

Vereinbarkeit des Konzessionsrechts Erdgas mit den Anforderungen der kommunalen Wärmeplanung

Kurzstudie

Im Rahmen des Vorhabens „Wissenschaftliche Analysen zu aktuellen klimapolitischen Fragen im Bereich der Energieeffizienz insbesondere in den Sektoren Industrie, GHD und Gebäude“ (67KE0064)

Im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, und nukleare Sicherheit (ehem.)

Freiburg, Berlin,
12.12.2022

Autorinnen und Autoren

Dr. Veit Bürger, Friedhelm Keimeyer, Dr. Sibylle Braungardt
Öko-Institut e.V.

Die Verfasser danken Dr. Max Peters (Klimaschutz und Energieagentur Baden-Württemberg) sowie Oliver Antoni und Julian Senders (Stiftung Umweltenergierecht) für wertvolle Hinweise.

Kontakt

info@oeko.de
www.oeko.de

Geschäftsstelle Freiburg

Postfach 17 71
79017 Freiburg

Hausadresse

Merzhauser Straße 173
79100 Freiburg
Telefon +49 761 45295-0

Büro Berlin

Borkumstraße 2
13189 Berlin
Telefon +49 30 405085-0

Büro Darmstadt

Rheinstraße 95
64295 Darmstadt
Telefon +49 6151 8191-0

Inhaltsverzeichnis

1	Hintergrund und Ziele	4
2	Konzessionsrecht für Erdgas	4
2.1	Daten und Fakten	4
2.2	Grundlagen des Konzessionsrechts	6
2.3	Bedeutung der Konzessionsabgabe Erdgas für die kommunalen Haushalte	7
2.4	Ökonomische Einordnung der Folgen eines Gasausstiegs für die Verteilnetzbetreiber	9
2.5	Mögliche weitere Folgen eines Gasausstiegs	9
3	Konzessionsrecht vs. kommunale Wärmeplanung	10
3.1	Weitreichender Gasnetzzugangsanspruch der §§ 17/18 EnWG	10
3.2	Ausbaupflicht des Netzes nach § 11 EnWG	15
3.3	Vergabekriterien und Nebenleistungsverbot	15
3.4	Getrennte Konzessionsverfahren für Strom-, Gas- und Fernwärmenetze	17
3.5	Regulierung im Mehrebenensystem als Hindernis der Dekarbonisierung	18
3.6	Fazit	18
4	Skizzierung eines zukunftsorientierten Konzessions- und Gasnetzzugangsrechts	19
4.1	Gasnetzzugangsanspruch der §§ 17/18 EnWG reformieren	19
4.2	Ausbaupflicht in § 11 EnWG reformieren	20
4.3	Ausnahmen des Nebenleistungsverbots präzisieren; sektorübergreifenden Datenaustausch gewährleisten	20
4.4	Anpassung des § 1 EnWG	21
4.5	Potenzielle Rückbaupflicht sowie verkürzte Nutzungsdauern bei den Netzentgelten berücksichtigen	21
4.6	Alternative Erlöse für Kommunen schaffen bei Rückgang der Konzessionsabgaben	22
	Literaturverzeichnis	23

1 Hintergrund und Ziele

Laut Koalitionsvertrag setzt sich die Bundesregierung für die Einführung einer flächendeckenden kommunalen Wärmeplanung ein. Im Juli 2022 legte das BMWK im Rahmen eines Diskussionspapiers den aktuellen Stand der Überlegungen dar, wie die kommunale Wärmeplanung konkret umgesetzt werden könnte (BMWK 2022). Weitere Vorarbeiten zur konzeptionellen Ausgestaltung der kommunalen Wärmeplanung finden sich in UBA (2021), Öko-Institut; IKEM; adelphi (2021), Maaß (2020).

Bei der kommunalen Wärmeplanung handelt es sich um einen Prozess, im Rahmen dessen Kommunen räumlich aufgelöste Strategien entwickeln, wie die Wärmeversorgung langfristig dekarbonisiert werden kann. Die damit verbundenen Veränderungsprozesse haben maßgeblichen Einfluss auf die Entwicklung der kommunalen Infrastrukturen, v. a. die Gas-, Strom- und Fernwärmenetze. Bei den betroffenen Leitungsnetzen handelt es sich um natürliche Monopole, entsprechend werden sie in unterschiedlicher Tiefe reguliert. Hinzu kommt das Konzessionsrecht, welches regelt, welche Bedingungen für Strom- und Gasverteilnetzbetreiber gelten, wenn sie öffentlichen Grund für die Verlegung und den Betrieb ihrer Netze nutzen.

Das vorliegende Papier zielt darauf ab, die Schnittstelle zwischen kommunaler Wärmeplanung und Konzessionsrecht zu untersuchen. Es wird v. a. untersucht, ob bzw. in welcher Form das Konzessionsrecht den Zielen der kommunalen Wärmeplanung entgegensteht bzw. eine kommunale Wärmeplanung behindern kann. Die Untersuchung gliedert sich in drei Teile:

- Darstellung des derzeitigen Regelungsrahmens für die Konzessionsverträge (Konzessionsrecht) für Erdgas;
- Identifizierung von Punkten, bei denen das Konzessionsrecht der Umsetzung einer strategischen kommunalen Wärmeplanung möglicherweise entgegensteht;
- Skizzierung möglicher Änderungsoptionen am Konzessionsrecht, um dieses an die mittel- bis langfristigen Anforderungen anzupassen.

2 Konzessionsrecht für Erdgas

2.1 Daten und Fakten

Laut Monitoringbericht der Bundesnetzagentur gab es im Jahr 2020 insgesamt 704 Betreiber von Verteilnetzen für Erdgas (VNB). Das Verteilnetz verfügt über eine Länge von rund 522.000 Kilometern. Rund 50 % der Verteilnetzbetreiber betreiben Netze mit einer Länge kleiner als 250 km. Mehr als 80 % der Verteilnetze hat eine Länge unterhalb von 1.000 km.

Für die Verteilnetze besteht in der Regel ein Konzessionsvertrag zwischen dem Netzbetreiber und der Kommune. Der Konzessionsvertrag regelt die Wegenutzung durch den Netzbetreiber sowie die dafür zu zahlende Abgabe (s. Kapitel 2.2). Es gibt einige kommerzielle Anbietende von Datenbanken, die Informationen über die Konzessionsverträge in Deutschland enthalten (z. B. Lutum+Tappert DV-Beratung GmbH¹), jedoch keine kostenlose öffentlich zugängliche Datenbank. Aus diesem Grund ist es schwierig, Aussagen über die Altersverteilung der bestehenden

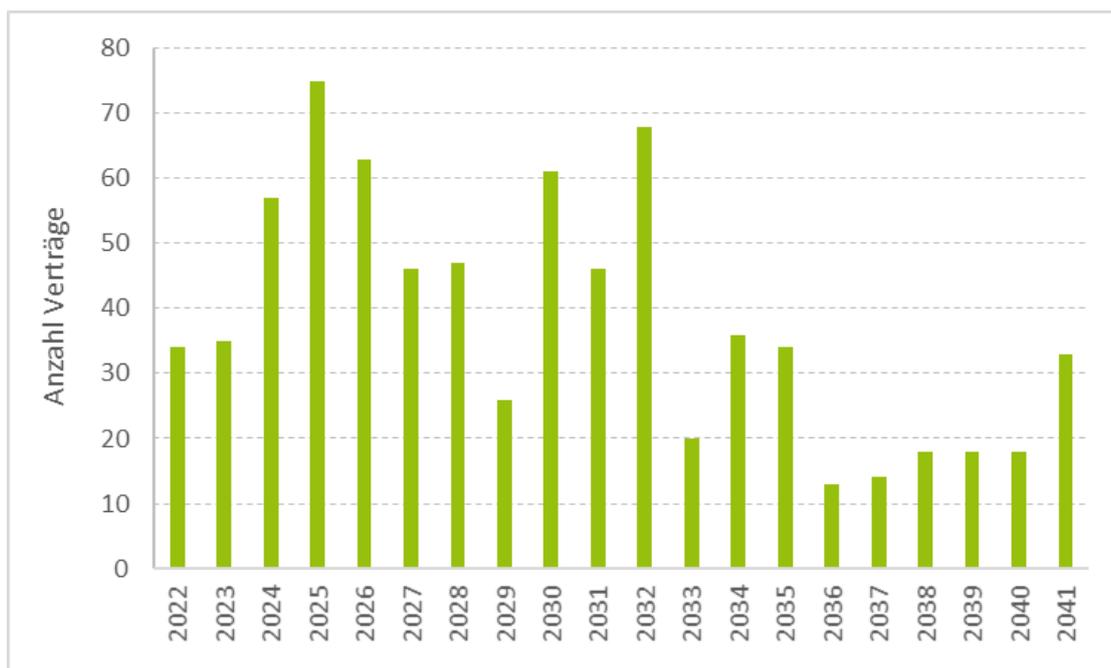
¹ <https://www.konzessionsnavigator.de/>.

Konzessionsverträge zu treffen bzw. Informationen darüber abzuleiten, zu welchem Zeitpunkt wie viele neue Konzessionen vergeben werden.

Ende der 1990er Jahre wurde die maximale Laufzeit der Konzessionsverträge in Deutschland aus Wettbewerbsgründen auf 20 Jahre beschränkt.² Daraufhin mussten sehr viele Kommunen ihre Konzessionen neu vergeben. Zur gleichen Zeit wurden die Konzessionen für die Leitungsnetze in Ostdeutschland zum ersten Mal vergeben. Entsprechend endeten um 2015 herum viele Konzessionsverträge nach zwanzigjähriger Laufzeit.

Etwas detailliertere Daten über die Altersstruktur der Konzessionsverträge liegen für Baden-Württemberg vor (vgl. Abbildung 2-1). Im Rahmen einer Landtagsanfrage befragte das Wirtschaftsministerium im Jahr 2009 alle baden-württembergischen Kommunen zu ihren Konzessionsverträgen für Strom und Gas, konkret zu welchem Datum die jeweiligen Konzessionen auslaufen.³ Aus der Rückmeldung der Kommunen lässt sich die Altersverteilung für rund 760 Gaskonzessionen darstellen. Für Konzessionsverträge, die zwischen dem Zeitpunkt der Befragung (2009) und heute ausliefen, wurde eine Neukonzessionierung mit 20-jähriger Laufzeit unterstellt. Aus der Darstellung wird deutlich, dass in Baden-Württemberg in den kommenden acht Jahren rund die Hälfte der Gas-Konzessionen neu vergeben wird.

Abbildung 2-1: Verteilung des Enddatums der Gaskonzessionen in Baden-Württemberg



Quelle: Eigene Darstellung auf Basis LT-Drs. 14/4844

² Vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (BT-Drs. 13/7274) (<https://dserver.bundestag.de/btd/13/072/1307274.pdf>).

³ Stellungnahme des Wirtschaftsministeriums: Energie vor Ort – auslaufende Konzessionsverträge für Strom und Gas und Neufeststellung der Grundversorger in Baden-Württemberg (LT-Drs 14/4844) (http://www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP14/Drucksachen/4000/14_4844_D.pdf).

2.2 Grundlagen des Konzessionsrechts

Für die Verlegung und den Betrieb von Verteilnetzen der allgemeinen Versorgung mit Gas und Strom ist es in aller Regel erforderlich, öffentliche Verkehrswege in Anspruch zu nehmen. Hierfür schließen die Gemeinden mit Energieversorgungsunternehmen „Wegenutzungsverträge“ im Sinne der §§ 46 ff EnWG ab. Diese Verträge – üblicherweise als „Konzessionsverträge“ bezeichnet – gestatten eine entsprechende Nutzung durch die jeweiligen Netzbetreiber. Als Gegenleistung erhalten die Gemeinden „Konzessionsabgaben“. Hierbei handelt es sich um zivilrechtliche Entgelte, deren Zulässigkeit und Bemessung in der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) geregelt sind (Theobald und Kühling 2022, § 46 EnWG, Rn. 8). Die Kernregelungen des Konzessionsrechts sind:

- Zur Vergabe der Wegenutzungsrechte sehen die §§ 46 ff EnWG ein diskriminierungsfreies und wettbewerbliches Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren vor. Hierbei ist zwischen einer „einfachen“ Wegenutzung für einzelne Leitungen nach § 46 Abs. 1 EnWG und einer „qualifizierten“ Wegenutzung für gebietsbezogene Konzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG zu unterscheiden. Dabei muss als Konzessionsgebiet nicht unbedingt auf das Gemeindegebiet abgestellt werden. Vielmehr ist es auch möglich, dieses auf Teilgebiete einzuschränken (Smart Grids-Plattform Baden-Württemberg e.V. 2022, S. 45).
- Qualifizierte Konzessionsverträge nach Absatz 2 dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Diese Höchstlaufzeit soll einer Erstarrung der Versorgungsstrukturen entgegenwirken und Wettbewerbsmöglichkeiten schaffen (Theobald und Kühling 2022, § 46 EnWG, Rn. 30). Wird ein Konzessionsvertrag zum Ende der Vertragslaufzeit nicht verlängert, ist der bisherige Konzessionsnehmer verpflichtet, sein Netz inkl. notwendiger Peripherie (z. B. Pumpen, Speicher usw.) dem neuen Netzbetreiber gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Ein solcher Wechsel des Netzbetreibers geht mit zahlreichen zu klärenden regulatorischen Fragestellungen einher, deren Grundzüge das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur in einem „Gemeinsamen Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ erläutern (BNetzA und BKartA 2015).
- Bei der Durchführung des transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens zur Auswahl des Konzessionsnehmers ist die Gemeinde nach § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG verpflichtet. Dort heißt es „Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht“. Aufgrund der europarechtlich vorgegebenen Entflechtung zwischen Netz und anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung (z. B. Erzeugung und Vertrieb) sind dabei jedoch nur Kriterien zulässig, welche Errichtung und Betrieb des jeweiligen örtlichen Verteilnetzes betreffen (sog. „netzbezogene Kriterien“, vgl. (BNetzA und BKartA 2015, Rn. 29 sowie DSTGB 2021b, S. 15). Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können bei der Konzessionsvergabe jedoch auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden. Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen.
- Die Regelungen zur Konzessionsvergabe gelten dabei auch für Eigenbetriebe der Gemeinden (vgl. § 46 Abs. 6 EnWG).

- Die qualifizierten Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG sind gebietsbezogen („Konzessionsgebiet“) (Theobald und Kühling 2022, § 46 EnWG, Rn. 28). Eine nachträgliche Eingrenzung des Konzessionsgebiets z. B. in Form einer späteren Herausnahme einzelner Gebiete ist nicht ohne weiteres zulässig.⁴ Gleichzeitig fallen Neubaugebiete i. d. R. automatisch unter die bestehende Konzession.

Die maximal zulässige Höhe der Konzessionsabgabe regelt die Konzessionsabgabenverordnung (KAV).⁵ Konzessionsabgaben fallen je gelieferter Kilowattstunde Erdgas an. Für Erdgaslieferung zu Heizzwecken gelten nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 b) KAV für Tarifikunden folgende Höchstbeträge:

- bis 25.000 Einwohner 0,22 ct/kWh
- bis 100.000 Einwohner 0,27 ct/kWh
- bis 500.000 Einwohner 0,33 ct/kWh
- über 500.000 Einwohner 0,40 ct/kWh

Für Gaslieferungen an Sondervertragskunden gilt nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV ein Höchstsatz von 0,03 ct/kWh.

2.3 Bedeutung der Konzessionsabgabe Erdgas für die kommunalen Haushalte

Bei den Letztverbrauchern von Erdgas wird zwischen Kunden mit registrierender Leistungsmessung (RLM-Kunden) und Kunden ohne registrierende Leistungsmessung unterschieden. Bei Letzteren erfolgt keine Leistungsmessung, sondern es wird ein Standardlastprofil zu Grunde gelegt (SLP-Kunden). Daneben können die Gasletztverbraucher in Haushaltskunden und Nicht-Haushaltskunden (v. a. Industrie, Gewerbe, Dienstleistungen, Landwirtschaft und öffentliche Verwaltung) unterteilt werden (BNetzA und BKartA 2021).

Im Jahr 2019 wurden rund 860 TWh Erdgas an Endkunden geliefert (vgl. Tabelle 2-1). Davon entfielen rund 501 TWh auf RLM-Kunden und rund 360 TWh auf SLP-Kunden (überwiegend Privathaushalte). Im Monitoringbericht werden die Lieferungen in drei verschiedene Vertragskategorien aufgegliedert (BNetzA und BKartA 2021). Diese sind die Kategorien (vgl. Tabelle 2-1)

- Grundversorgung
- Vertrag mit dem Grundversorger außerhalb der Grundversorgung
- Vertrag bei einem Lieferanten, der nicht der örtliche Grundversorger ist

Bei den Haushaltskunden fällt knapp drei Viertel der Lieferungen auf das Verbrauchsband D2 (Jahresverbrauch zwischen 5.556 kWh (20 GJ) und 55.556 kWh (200 GJ)). In diesem

⁴ Vor diesem Hintergrund empfiehlt Smart Grids-Plattform Baden-Württemberg e.V. (2022, S. 44), dass in „Anlehnung an eine vergaberechtliche Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.09.2017, – Verg 33/16 (juris 29) [...] für Strom- und Gaskonzessionen eine Änderungsmöglichkeit in den Bestimmungen des ursprünglichen Konzessionsvertrages aufgenommen werden [sollte]. In laufenden Konzessionsvertragsverhandlungen sollte deshalb vorsorglich die Absicherung wärmeplanungsbedingter Änderungen für den Vertragstext vorgesehen werden.“

⁵ Konzessionsabgabenverordnung vom 9. Januar 1992 (BGBl. I S. 12, 407), die zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 der Verordnung vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477) geändert worden ist.

Verbrauchsband lag laut BNetzA und BKartA (2021) in 2019 die durchschnittliche Konzessionsabgabe bei 0,08 ct/kWh. Dieser Wert ergibt sich als mengengewichteter Mittelwert aus der durchschnittlichen Konzessionsabgabe in der Grundversorgung in Höhe von 0,27 ct/kWh sowie der durchschnittlichen Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden in Höhe von 0,03 ct/kWh. Dies bedeutet, dass auch die überwiegende Mehrheit der Haushaltskunden als Sondervertragskunden eingestuft wird. Dies ist möglich, weil – anders als bei Strom – die Konzessionsabgabenverordnung keinen Schwellenwert vorgibt, unterhalb dessen auf jeden Fall der volle Abgabensatz gezahlt werden muss. Infolgedessen zahlt der Großteil der Kunden – zu Lasten der Kommunalhaushalte – die mehr als 10-fach niedrigere Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden.⁶

Tabelle 2-1: Gaslieferungen an Endkunden in 2019

	RLM	SLP PHH	SLP Rest	Summe
	TWh	TWh	TWh	TWh
Grundversorgung	0,03	43,7		43,7
Vertrag mit dem Grundversorger außerhalb der Grundversorgung	120,9	128,4		249,3
Vertrag bei einem Lieferanten, der nicht der örtliche Grundversorger ist	380,3	89,9		470,2
Summe	501,2	262,0	98,0	861,2

Quelle: Eigene Darstellung auf Basis BNetzA und BKartA (2021).

Legt man für Gaslieferungen in der Grundversorgung einen Durchschnittssatz von 0,27 ct/kWh und für alle Sondervertragskunden den niedrigeren Abgabensatz von 0,03 ct/kWh zu Grunde, beläuft sich das Gesamtvolumen der kommunalen Erlöse aus der Konzessionsabgabe auf Erdgas, das zu Heizzwecken verbraucht wird, auf rund 330 Mio. EUR pro Jahr. Dieser Wert dürfte in der Realität etwas geringer ausfallen, da bei Großabnehmern nur für die ersten 5 GWh Konzessionsabgaben anfallen und darüber hinaus gehende Mengen von der Abgabe befreit sind (§ 2 Abs. 5 Nr. 1 KAV).

Die Bedeutung der Konzessionsabgabe Erdgas für die kommunalen Haushalte soll folgendes Beispiel veranschaulichen: Die Stadt Freiburg (ca. 230.000 Einwohner) erhielt zwischen 2017 und 2019 durch die städtische Beteiligung an den Stadtwerken (Beteiligung von rund 33 % an der badenova AG) eine durchschnittliche jährliche Gewinnausschüttung in Höhe von rund 17,5 Mio. EUR. In der gleichen Zeit kamen pro Jahr Erlöse aus der Konzessionsabgabe von durchschnittlich 11,5 Mio. EUR dazu. Letztere umfassen sowohl die Strom- als auch die Gaskonzession für Freiburg. Mangels Daten lassen sich die Gesamterlöse aus der Gaskonzession nur überschlägig abschätzen, dürften aber innerhalb der Bandbreite von 1-3 Mio. EUR/a liegen. Ein Wegfall der Erlöse aus der Konzessionsabgabe hätte für den Freiburger Haushalt bei einem Gesamtvolumen von mehr als 1 Mrd. EUR pro Jahr zwar eine überschaubare Auswirkung. Angesichts der angespannten Haushaltsslage würde die Kompensation des Verlusts dennoch eine Herausforderung darstellen.

⁶ S. hierzu u. a. DSTGB (2021a).

2.4 Ökonomische Einordnung der Folgen eines Gasausstiegs für die Verteilnetzbetreiber

Da in den meisten Klimaschutzszenarien Wasserstoff in der Gebäudewärme auch langfristig keine bzw. nur eine sehr untergeordnete Rolle spielt, führt der sukzessive Ausstieg aus der Nutzung von Erdgas im Bereich der Gebäudewärme dazu, dass der Gasdurchsatz in den Gasverteilnetzen sinkt. Für die Verteilnetzbetreiber hätte dies folgende Wirkungen:

- Der Absatzrückgang führt zu steigenden spezifischen Betriebskosten (also Kosten pro kWh Gasdurchsatz). Diese Kosten gehen allerdings in die Festlegung der Netzentgelte ein und lassen sich deswegen bis zu der Grenze refinanzieren, bis zu der die Bundesnetzagentur die Umlage auf die Netzentgelte akzeptiert. Denkbar ist jedoch, dass der Absatz so stark sinkt, dass eine Kompensierung durch höhere Netzentgelte tatsächlich nicht mehr möglich bzw. durchsetzbar ist.
- Die Konzessionsabgabe ist für die Verteilnetzbetreiber ein „Durchlaufposten“. Die Konzessionsabgabe wird von den Verbrauchern über die Gasrechnung für jede Kilowattstunde erhoben und an die Gemeinde weitergeleitet. Ein sinkender Gasabsatz hat zwar negative Folgen für die Kommunalfinanzen, für den Verteilnetzbetreiber hingegen nicht.
- Ein sukzessiver Ausstieg aus der Gasversorgung (ggf. inkl. sukzessiver Stilllegung des Verteilnetzes) führt zu einem Rückgang der Gesamtinvestition in das Netz. Damit verringert sich für die Netzbetreiber auch die absolute Marge, da sich diese vereinfacht aus dem eingesetzten Kapital (also dem Investitionsvolumen) und der durch die Bundesnetzagentur festgelegten Eigenkapitalverzinsung ergibt ($\text{Marge} = \text{Investition} \times \text{Eigenkapitalverzinsung}$). Je geringer die Investition (z. B. in Form neuer Gasleitungen), desto geringer der absolute Gewinn.
- Gasverteilnetzbetreiber müssen bei der Berechnung ihrer Netzentgelte für die Rohrleitungen eine Nutzungsdauer von 45 bis 55 Jahren zugrunde legen (Anlage 1 zu § 6 GasNEV). Eine Stilllegung von Teilen des Gasverteilnetzes vor Ablauf dieser Nutzungsdauer erfordert entsprechende Wertberichtigungen auf Seiten der Netzbetreiber (vgl. dazu u. a. Öko-Institut und Hamburg Institut 2021). Hinzu kommt, dass die Möglichkeit besteht, dass die Kommune nach Beendigung der Konzession die Entfernung der stillgelegten Gasleitungen aus den Wegegrundstücken verlangen könnte (BBH 2021, S. 25ff).⁷ Dies ginge mit einer weiteren Kostenbelastung einher, die seitens der Netzbetreiber bisher nur vereinzelt in Form von Rückbaurückstellungen bilanziert wird.

2.5 Mögliche weitere Folgen eines Gasausstiegs

Im Hinblick auf die Konzessionierung kann langfristig folgendes Problem entstehen: Nimmt in einer Kommune die Gasnachfrage ab und wird gleichzeitig das Gasverteilnetz nach und nach stillgelegt, kann eine Situation eintreten, in der eine Kommune keinen neuen Konzessionsnehmer mehr findet, wenn nach 20 Jahren die Konzession neu ausgeschrieben wird. Dann muss ggf. die Kommune oder ein Treuhänder so lange den Betrieb des Verteilnetzes übernehmen, bis das Netz komplett stillgelegt werden kann. Hierbei stellt sich dann auch die Frage, wer die Kosten der Stilllegung übernimmt.

⁷ Der Beseitigungsanspruch könnte sich demnach aus § 1004 BGB ergeben: Nach dieser zivil-rechtlichen Norm besteht ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, wenn das Eigentum [hier: der Gemeinde] in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird. Inwiefern eine Störung des Eigentums durch die nicht mehr benötigten Gasleitungen vorliegt, kann vorliegend nicht bewertet werden.

3 Konzessionsrecht vs. kommunale Wärmeplanung

Aus den bestehenden energiewirtschaftlichen Regelungen im Zusammenhang mit den Konzessionen für Gas ergeben sich einige Herausforderungen für kommunale Dekarbonisierungsinstrumente, beispielsweise die kommunale Wärmeplanung. Diese könnten einer stringenten Umsetzung dieser Instrumente entgegenstehen.

3.1 Weitreichender Gasnetzzugangsanspruch der §§ 17/18 EnWG

Im Rahmen der Kommunalen Wärmeplanung identifiziert eine Kommune räumlich aufgelöste Strategien für die Dekarbonisierung der Wärmeversorgung. Dies kann z. B. dazu führen, dass ein Gebiet, in dem heute die Gebäude vorwiegend mit dezentralen Gaskesseln versorgt werden, als Fernwärmeausbaugesamt identifiziert wird, in dem mittel- bis langfristig eine Fernwärmeversorgung die beste Option einer klimaneutralen Wärmeversorgung darstellt. Der Ausbau der Fernwärme würde also die Nachfrage nach Erdgas sukzessive senken. Gleiches gilt beispielsweise für Quartiere, in denen eine Kombination aus energetischer Sanierung und Wärmepumpe als geeignete Dekarbonisierungslösung erscheint. Die kommunale Wärmeplanung könnte dabei so weit gehen, dass solche Gebiete als „Gasrückzugsgebiete“ identifiziert werden.⁸

Betreiber von Gasnetzen sind allerdings nach den §§ 17 und 18 EnWG grundsätzlich verpflichtet, Letztverbraucher an ihr Netz anzuschließen und die Entnahme von Energie zu gestatten. Nur unter sehr engen Gründen kann der Anschluss ausnahmsweise verweigert werden (Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit).⁹ Einzelheiten sind in der Gasnetzzugangsverordnung (Gas-NZV)¹⁰ sowie der Niederdruckanschlussverordnung (NDAV)¹¹ geregelt. Dies führt dazu, dass innerhalb des Konzessionsgebiets auch Gebäude an das Gasnetz angeschlossen werden müssen, obwohl dies weder im langfristigen Interesse der betroffenen Gemeinde noch des jeweiligen Netzbetreibers liegt (z. B. einzelne Gebäude in einem Neubaugebiet, in dem die meisten Gebäude mit einer Wärmepumpe beheizt werden). Vielmehr könnte die Anschlussverpflichtung des EnWG theoretisch dazu führen, dass in „Gasrückzugsgebieten“ die Anzahl an Netzanschlüssen zunimmt, weil Hauseigentümer von Heizöl auf Gas umsteigen oder sich zu Gunsten eines dezentralen Gaskessels von der Fernwärme abkoppeln.

Da eine Konzession in der Regel das gesamte Gemeindegebiet umfasst¹², können ferner Neubaugebiete nicht einfach aus einer bestehenden Konzession herausgelöst werden. Auch Kündigungen von Bestandskunden in Gebieten, in denen nach dem Willen der Gemeinde oder des Netzbetreibers zukünftig keine Versorgung mit Gas stattfinden soll, sind nach den Vorgaben des § 25 Abs. 1 S. 2 NDAV iVm. § 18 EnWG allenfalls in engen Grenzen möglich. Hintergrund ist, dass

⁸ Dies erfolgt beispielsweise im Rahmen der Energieplanung in der Stadt Zürich, bei der explizit auch Gasrückzugsgebiete festgelegt werden (<https://www.stadt-zuerich.ch/dib/de/index/energieversorgung/energieplanung.html>).

⁹ Einzelheiten in BBH (2021), S. 33.

¹⁰ Gasnetzzugangsverordnung vom 3. September 2010 (BGBl. I S. 1261), die zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 3026) geändert worden ist.

¹¹ Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Gasversorgung in Niederdruck vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477, 2485), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 1. November 2021 (BGBl. I S. 4786) geändert worden ist.

¹² Das Gebiet, in dem das Netz der allgemeinen Versorgung betrieben wird, muss sich nicht mit dem Gemeindegebiet decken; vgl. hierzu auch den Wortlaut des § 18 Abs. 1 EnWG „für Gemeindegebiete, in denen sie Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung von Letztverbrauchern betreiben“. Näher hierzu: Hartmann/Wagner in Theobald und Kühling (2022), § 18 EnWG, Rn. 17. Es ist beispielsweise denkbar, dass eine Gemeinde in mehrere Konzessionsgebiete aufgeteilt ist.

die Regelungen einen weitreichenden Verbraucherschutz anstreben, Strom und Gas im EnWG weitgehend gleichbehandelt werden und die energiewirtschaftlichen Vorschriften auf einen stetigen Ausbau der Netze ausgelegt sind.¹³

Das Konzessionsrecht setzt der Gasnetzzugangsberechtigung nichts entgegen. Das Wegenutzungsrecht erstreckt sich auf das im Vertrag festgelegte Konzessionsgebiet und wird während der Laufzeit des Konzessionsvertrags nicht an die Folgen der Kommunalen Wärmeplanung angepasst werden, z. B. durch eine nachträgliche Anpassung der Konzessionsgrenzen¹⁴ oder ein Wegfallen des Gasnetzzugangsanspruchs (insbesondere für Neukunden).

Damit greifen (nur) die allgemeinen Regelungen des § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG, wonach die Anschlusspflicht(en) nicht bestehen, wenn „*der Anschluss oder die Anschlussnutzung für den Betreiber des Energieversorgungsnetzes aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist*“.¹⁵ Dabei handelt es sich um einen „*unbestimmten Rechtsbegriff, der unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls in der konkreten Situation und unter Abwägung der Interessen nicht nur des Netzbetreibers, sondern auch des Anschlussnehmers zu konkretisieren ist*“.¹⁶ Nach einer Entscheidung des OLG Dresden aus dem Jahr 2020 besteht eine Anschlusspflicht nur im Rahmen der dem Netzbetreiber wirtschaftlich zumutbaren Investitionskosten.¹⁷ 2019 hat das OLG Brandenburg¹⁸ anlässlich eines Elektrizitätsanschlusses entschieden, dass die Hürden für die Unzumutbarkeit sehr hoch liegen:

„§ 16 Abs. 1 S. 2 NAV [Niederspannungsanschlussverordnung] in Verbindung mit § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG soll als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dem Ausgleich des Eingriffs in die Vertragsfreiheit dienen, der durch die Anschlusspflicht des Netzbetreibers begründet wird. Als Ausnahmeregelung von der Anschlusspflicht ist § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG allerdings restriktiv auszulegen (Britz/Hellermann/Herms, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 18 Rn 22; Hartmann, in: Danner/Theobald, a.a.O., § 18 EnWG Rn 30), die Hürde, den Anschluss eines Haushaltskunden als für den Netzbetreiber wirtschaftlich unzumutbar

¹³ Vgl. Artikel 25 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 94) zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2019/692 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (ABl. L 117 vom 3.5.2019, S. 1): „*in seinem Gebiet ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Netz zu betreiben, zu warten und auszubauen.*“

§ 11 Abs. 1 S. 1 EnWG enthält dementsprechend eine ausdrückliche Netzausbauverpflichtung: „*Betreiber von Energieversorgungsnetzen sind verpflichtet, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist.*“ Eine Einschränkung gibt es allerdings seit 2018 für die L-Gasversorgungsnetze durch Abs. 1 S. 6: „*Der Ausbau eines L-Gasversorgungsnetzes ist nicht bedarfsgerecht im Sinne von Satz 1, wenn er auf Grund von Netzanschlüssen erfolgen muss, zu deren Einräumung der Betreiber des L-Gasversorgungsnetzes nicht nach den §§ 17 und 18 verpflichtet war.*“

¹⁴ Dies dürfte schon aus allgemein vertragsrechtlichen Gründen nicht möglich sein. Das Aufstellen einer Kommunalen Wärmeplanung dürfte kein Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinne des §§ 313, 314 BGB sein, welcher zu einer Anpassung bzw. Kündigung des Vertrages führt.

¹⁵ Die Sonderregelungen des § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und S. 3 und 4 EnWG für die Verweigerung eines Anschlusses an das L-Gasversorgungsnetz, wenn ein Anschluss an ein H-Gasversorgungsnetz in Betracht kommt, werden vorliegend nicht näher betrachtet.

¹⁶ So Hartmann/Wagner in Theobald und Kühling (2022), § 18 EnWG, Rn. 29.

¹⁷ Hartmann/Wagner in Theobald und Kühling (2022), § 18 EnWG, Rn. 31 unter Verweis auf OLG Dresden, NJW-RR 2000, 1083.

¹⁸ OLG Brandenburg, Urteil vom 17.12.2019 - 6 U 58/18.

anzusehen, liegt sehr hoch. Maßgeblich für die Beurteilung, ob der Netzanschluss für den Netzbetreiber wirtschaftlich zumutbar ist, ist die wirtschaftliche Situation des Netzbetreibers im Hinblick auf das konkrete Vertragsverhältnis zum jeweiligen Anschlussnehmer. Dabei ist eine Äquivalenz zwischen den Kosten der Instandsetzung und den aus der betroffenen Anlage zu erzielenden Entgelten nicht zu fordern, denn in Anbetracht des demographischen Wandels und der Entvölkerung ländlicher Gebiete kann die mangelnde Kostendeckung einer Leitung für sich genommen kein Kriterium für die wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung einer Versorgung im Einzelfall sein (Britz/Hellermann/Herms, a.a.O., Rn 29a). Vielmehr ist dem Begriff der „Unzumutbarkeit“ immanent, dass er nicht auf einen vollständigen Interessenausgleich abstellt, sondern die Grenze des hinzunehmenden Ungleichgewichts beschreibt. Ob der Netzanschluss bzw. seine Aufrechterhaltung für Netzbetreiber wirtschaftlich unzumutbar sind, lässt sich nur auf Grundlage einer Abwägung aller konkreten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG beurteilen, die Darlegungs- und Beweislast für die behauptete Unzumutbarkeit trägt der Netzbetreiber.“

In dem konkreten Fall ging es um die Aufrechterhaltung einer 800 Meter langen (Strom-)Stichleitung zu einem verwahrlosten Hausgrundstück im Wald, welches nach dem Tod des letzten Bewohners einige Jahre lang leer stand. Die Anschlusspflicht wurde in dem konkreten Einzelfall verneint.

Die Maßstäbe für die Unzumutbarkeit scheinen jedenfalls nicht einheitlich ausgelegt zu werden, denn nach dem Energierechts-Kommentar (Hartmann/Wagner in Theobald und Kühling (2022), § 18 EnWG, Rn. 31) soll eine Unzumutbarkeit bereits dann vorliegen, wenn die Bandbreite der auf das Netz der allgemeinen Versorgung ausgerichteten Kappungsgrenze überschritten werde, „wobei sich die Kalkulation an einer Gruppenkalkulation auszurichten“ habe. Der Anschlussnehmer habe zudem die Möglichkeit, durch zusätzliche finanzielle Leistungen die wirtschaftliche Unzumutbarkeit auszuräumen.

Exkurs:

Gasnetzzugangsanspruch und Anschluss- und Benutzungspflicht an Fernwärme

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Kommunen in der Praxis durch die Verabschiedung einer Anschluss- und Benutzungspflicht im Rahmen einer Fernwärmesatzung den Gasnetzzugangsansprüchen der §§ 17, 18 EnWG iVm. der Niederdruckanschlussverordnung entgegentreten können. Hierzu sollen zunächst Anforderungen an die Anschluss- und Benutzungspflicht an Fernwärme dargestellt (A) und dann auf das Verhältnis der beiden Regelungen eingegangen werden (B).

A. Eine Anschluss- und Benutzungspflicht findet sich im Kommunalrecht (zumindest) aller Flächenländer unter weitgehend vergleichbaren Bedingungen. Demnach können Bürger*innen verpflichtet werden, sich an eine „öffentliche Einrichtung“ anzuschließen. Im Bereich der Fernwärme erfolgt dies über Fernwärmesatzungen, in denen das jeweilige Gebiet abgegrenzt wird und in denen für Einzelfälle auch Befreiungsmöglichkeiten aufgeführt sind.¹⁹

¹⁹ Hierzu Buchmüller (2017) in der Besprechung des Urteils des BVerwG vom 8.9.2016, Az. 10 CN 1.15, „Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärme zum Zwecke des Klimaschutzes nach § 16 EEWärmeG“ (EWeRK 2017, 13): „Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang werden in Fernwärmesatzungen lediglich aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und für Einzelfälle vorgesehen. So gelten Ausnahmen in der Regel für Wärmeverbraucher, die sich als Eigenversorger selbst mit Wärme aus

Es ist ständige Rechtsprechung, dass aus dem Charakter der „öffentlichen Einrichtung“ folgt, dass die Verantwortung für den Einrichtungsbetrieb bei der Gemeinde liegen muss.²⁰ Dies wird – neben Grundrechtserwägungen – unter anderem damit begründet, dass öffentliche Einrichtungen ein Mittel zur Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen darstellen.²¹

Es ist allerdings seit langem anerkannt, dass die öffentliche Hand *„Aufgaben der Daseinsvorsorge in verschiedenen Organisationsformen – und damit auch in privater Rechtsform – wahrnehmen [kann]. Sie muss eine öffentliche Einrichtung nicht notwendig selbst oder durch ein eigenes Unternehmen betreiben.*

Wird eine Einrichtung durch einen von der Gemeinde unabhängigen Rechtsträger [= ein Fernwärmeunternehmen] betrieben, ist die Gemeinde – um den Charakter als öffentliche Einrichtung zu wahren – verpflichtet, durch entsprechende Vereinbarungen sicherzustellen, dass die öffentliche Einrichtung den Einwohnern wie eine durch die Gemeinde selbst betriebene zur Verfügung steht.“²²

Das OVG Magdeburg beschrieb dies 2018 anlässlich einer Fernwärmesatzung genauer: *„Die Übertragung der Betriebsführung auf einen Privaten lässt die Verantwortung der Kommune für den Betrieb und dessen Charakter als öffentliche Einrichtung unberührt, wenn sie weiterhin maßgeblichen Einfluss auf die wesentlichen Fragen der Betriebsführung hat. Sie muss die Zugangsansprüche des Personenkreises nach § 24 Abs. 1 KVG LSA [=Einwohner*innen] gewährleisten sowie die Ausgestaltung der Benutzungsverhältnisse und die weitere betriebliche Entwicklung vorgeben können. Dies bedeutet, dass die Kommune rechtlich in der Lage sein muss, in diesen Bereichen ihre Vorstellungen gegenüber dem Privaten durchzusetzen. Zum anderen muss sie tatsächlich bereit sein, von den ihr vorbehaltenen rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen.“²³*

Die Sicherstellung des maßgeblichen kommunalen Einflusses ist in der Praxis kein Selbstläufer. So scheiterte die Fernwärmesatzung in der streitgegenständlichen Kommune, da *„wesentliche Entscheidungen zur technischen Umgestaltung der bestehenden Fernwärmeversorgungsanlagen und zur Betriebsführung“* von einem „Einvernehmen“ zwischen Kommune und dem Fernwärmeunternehmen abhängig waren. Bei einem Einvernehmen hat die Kommune zwar ein Vetorecht, kann Entscheidungen allerdings auch nicht gegen den Willen des Unternehmens durchsetzen.

Eine weitere Voraussetzung für eine Anschluss- und Benutzungspflicht ist, dass die Kommune nachweisen muss, dass die Fernwärmesatzung ein geeignetes Mittel zur Verbesserung des Klima- und Ressourcenschutzes ist. Die bundesrechtliche Regelung des § 109 Gebäudeenergiegesetz

erneuerbaren Energien versorgen, oder in Form von Übergangsregelungen für Wärmekunden, die bereits über Heizungsanlagen verfügen und daher erst nach einer gewissen Übergangsfrist dem Anschluss- und Benutzungszwang unterworfen werden.“

²⁰ OVG Magdeburg, Urt. vom 21.02.2017 – 4 K 185/16, 4 K 168/14; OVG Münster, Beschl. v. 13.3.2018 – 15 A 971/17, (KommJur 2018, 303); OVG Magdeburg, Urt. v. 21.3.2018 – 4 K 181/15; OVG Schleswig, Urt. v. 5.1.2005 – 2 LB 62/04, juris Rn. 73; OVG Bautzen, Urt. v. 3.6.2003 – 4 D 373/99, juris Rn. 116 und 119, und vom 25.2.2003 – 4 D 699/99, juris Rn. 73.

²¹ OVG Magdeburg, Urt. vom 21.02.2017 - 4 K 185/16, 4 K 168/14 Rn. 27.

²² OVG Münster, Beschl. v. 13.3.2018 – 15 A 971/17, (KommJur 2018, 303); Leitsätze der Entscheidung.

²³ OVG Magdeburg, Urt. v. 21.3.2018 – 4 K 181/15, Rn. 28; Amtlicher Leitsatz 2 der Entscheidung.

(GEG)²⁴ (früher: § 16 EEWärmeG) erweitert insoweit die landesrechtlichen Bestimmungen, die bisher oftmals keine Anschluss- und Benutzungspflicht zugunsten des globalen Klimas zulassen.

Zwar wurden die Voraussetzungen für den Nachweis 2016 durch die Rechtsprechung des BVerwG erleichtert,²⁵ sofern die Voraussetzungen des § 44 Abs. 2 GEG vorliegen.²⁶ Werden diese Standards („wesentlichen Anteil aus erneuerbaren Energien“ oder mind. 50 % KWK- und Abwärme) erfüllt, besteht nach dem BVerwG „eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung dafür, dass der Anschluss- und Benutzungszwang ein geeignetes Mittel zur Förderung des Klima- und Ressourcenschutzes darstellt.“

Auch nach dieser wesentlichen Erleichterung durch das BVerwG für die Anordnung einer Anschluss- und Benutzungspflicht verbleiben viele Einzelfragen, die zu einer Aufhebung der Fernwärmesatzung führen können. So ist beispielsweise nicht geklärt, wie hoch der Anteil der erneuerbaren Energien sein muss, um als „wesentlicher Anteil“ angesehen zu werden. Nach einem Urteil des OVG Magdeburg ist dies „dahingehend auszulegen, dass es sich bei der Versorgung der Fernwärmeanlagen mit Biogas bzw. Biomethan um einen Anteil von mindestens 30 % handeln muss.“²⁷

Des Weiteren muss nach dem OVG Magdeburg für die konkrete Fernwärmeeinrichtung beim Erlass einer Fernwärmesatzung eine Prognose zugrunde liegen, dass die Anforderungen des § 44 Abs. 2 GEG dauerhaft erfüllt werden. „Die Prognose müsse aber auf eine methodisch einwandfreie Weise erarbeitet sein und sei dahingehend überprüfbar, ob sie auf einer zuverlässigen Tatsachenbasis beruhe und in sich schlüssig sei.“²⁸

Werden die Voraussetzungen des § 44 Abs. 2 GEG nicht erreicht, so muss die Gemeinde in der Regel anhand eines Sachverständigengutachtens nachweisen, dass die Anordnung der Anschluss- und Benutzungspflicht an die Fernwärme im Vergleich zu einer Versorgung der Grundstücke des Fernwärmegebiets mit Einzelheizungen einen tatsächlichen Beitrag zum Klimaschutz leistet. Dazu müssen die jeweiligen CO₂-Emissionen verglichen werden. Nicht ausreichend soll es nach dem restriktiven Urteil des OVG Magdeburg „angesichts des globalen Maßstabes allerdings [sein], dass im Vergleich überhaupt eine Reduktion“ vorliege.²⁹ Vielmehr müsse „zumindest eine Bagatellgrenze überschritten sein, um anzunehmen, dass die prognostizierte Reduktion letztlich effektiv dem Klimaschutz dient.“ Wo diese Bagatellgrenze liegt, erörterte das Gericht jedoch nicht näher, da es ohnehin methodische Fehler in dem Sachverständigengutachten feststellte.

²⁴ Gebäudeenergiegesetz vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1728), das durch Artikel 18a des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1237) geändert worden ist.

²⁵ BVerwG, Urteil vom 8.9.2016, Az. 10 CN 1.15

²⁶ Die Rechtsprechung erging noch zu Anlage VIII des EEWärmeG. Diese wurde überführt in § 44 Abs. 2 GEG und lautet:

„Die in dem Wärme- oder Kältenetz insgesamt verteilte Wärme oder Kälte muss stammen zu

1. einem wesentlichen Anteil aus erneuerbaren Energien,
 2. mindestens 50 Prozent aus Anlagen zur Nutzung von Abwärme,
 3. mindestens 50 Prozent aus KWK-Anlagen oder
 4. mindestens 50 Prozent durch eine Kombination der in den Nummern 1 bis 3 genannten Maßnahmen.
- § 35 und die §§ 37 bis 43 sind entsprechend anzuwenden.“

²⁷ OVG Magdeburg, Urt. v. 21.3.2018 – 4 K 181/15, Rn. 45.

²⁸ Maiworm (2018), S. 282.

²⁹ OVG Magdeburg, Urt. v. 21.3.2018 – 4 K 181/15.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass eine Anschluss- und Benutzungspflicht an Fernwärme umfassende Fragen aufwirft, so dass diese in vielen Fällen in der Praxis nicht erfolgreich angewendet werden dürfte.

B. Die Gasnetzzugangsansprüche nach den §§ 17, 18 EnWG und Anschluss- und Benutzungspflicht sind zwei unabhängige Rechtsinstitute, deren Verhältnis zueinander nicht explizit gesetzlich festgeschrieben ist. Im Ergebnis dürfte sich jedoch die Anschluss- und Benutzungspflicht durchsetzen. Dies ergibt sich daraus, dass nach § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG der *„Anschluss oder die Anschlussnutzung für den Betreiber des Energieversorgungsnetzes aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist“*. Nach den Gesetzesmaterialien³⁰ kann eine *„solche Unzumutbarkeit der Herstellung oder Vorhaltung eines Anschlusses [...] insbesondere vorliegen, wenn ein Anschlussnehmer den Anschluss nicht oder nicht mehr zur Entnahme von Energie nutzen will.“* Dies muss entsprechend für Fälle gelten, in denen der Anschlussnehmer den Anschluss nicht nutzen darf, da er der Anschluss- und Benutzungspflicht unterliegt. In der Gesetzesbegründung heißt es weiter: *„In diesem Fall kann der Vorhaltung eines Anschlusses und einer entsprechenden Kapazität des Verteilernetzes, um die vereinbarte Leistung über diesen Anschluss zu beziehen, kein wirtschaftliches Äquivalent gegenüberstehen, das eine Vorhaltung unter Berücksichtigung des Interesses aller Letztverbraucher an einer preiswürdigen Energieversorgung wirtschaftlich zumutbar erscheinen lässt.“*

Auch wenn sich die Anschluss- und Benutzungspflicht an die Fernwärme gegen die Gasnetzzugangsansprüche durchsetzt, sollte im Blick behalten werden, dass der Fernwärmeausbau oftmals ohne Anschluss- und Benutzungspflicht durchgeführt werden wird. Die Gasnetzzugangsansprüche in der jetzigen Form können somit ein Hemmnis für die kommunale Wärmeplanung und ggf. auch den Fernwärmeausbau darstellen.

3.2 Ausbaupflicht des Netzes nach § 11 EnWG

Betreiber von Energieversorgungsnetzen sind nach § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG *„verpflichtet, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist.“* Dadurch kann der Netzbetreiber auch verpflichtet sein, sein Netz auf bisher nicht erschlossene Gebiete einer Gemeinde auszudehnen.³¹ Nach Hartmann/Wagner (in: Theobald und Kühling 2022, § 18 EnWG, Rn. 19) kann angesichts dieser Ausbaupflicht jeder potenzielle Anschlussnehmer von dem Netzbetreiber auch einen Netzausbau verlangen, um seinen Netzzugangsanspruch durchzusetzen. Die Ausbaupflichtung müsse sich zwar am Bedarf orientieren – allerdings stehe sie unter dem Vorbehalt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit.

3.3 Vergabekriterien und Nebenleistungsverbot

Die Vergabe einer Konzession für ein Gasverteilstrecknetz erfolgt durch Ausschreibung. Wie bereits unter Kapitel 2.2 erwähnt, dürfen Gemeinden im Auswahlverfahren nur „netzbezogene Kriterien“ berücksichtigen, d. h. Kriterien, die sich auf den Betrieb des konkreten Verteilstrecknetzes beziehen, für das die Konzession vergeben wird. Kriterien, die andere Bereiche der energiewirtschaftlichen

³⁰ BT-Drs. 15/3917, Begründung zu § 18 EnWG, S. 58.

³¹ So Hartmann/Wagner in Theobald und Kühling (2022), § 18 EnWG, Rn. 19, der als Beispiel „die Ermöglichung der allgemeinen Anschlusspflicht“ anführt.

Wertschöpfungskette wie Erzeugung und Vertrieb betreffen, sind als Auswahlkriterien unzulässig (BNetzA und BKartA 2015).

Zentrales Kriterium für die Auswahl des Netzbetreibers ist die Höhe der an die Gemeinde zu zahlenden Konzessionsabgabe. Insoweit erfolgt durch § 2 KAV eine recht strikte Regulierung der Bemessung und Höhe der Konzessionsabgaben. § 3 KAV sieht nur wenige enumerativ aufgelistete Leistungen vor, welche neben oder anstelle von Konzessionsabgaben vereinbart werden dürfen. Das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV lässt außer den in der KAV genannten Nebenleistungen ausdrücklich keine weiteren Finanz- oder Sachleistungen zu. Dieses Verbot würde umgangen, wenn darüber hinaus gehende, insbesondere fiskalische Interessen der Gemeinde als Auswahlkriterien zulässig wären (BNetzA und BKartA 2015). Fiskalische Interessen könnten sich z. B. daraus ergeben, dass eine Gemeinde bewusst den Bewerber auswählt, bei dem sie den größten Einfluss auf den Netzbetrieb hätte (z. B. Bewerber, bei denen die Gemeinde direkt oder indirekt Anteilseigner ist); oder daraus, dass eine Gemeinde die Konzession an den Bewerber vergibt, bei dem sie sich die höchsten Gewerbesteuerzahlungen erhofft.

Die Auswahlkriterien dürfen auch nicht so gefasst werden, dass kommunale Unternehmen (dies umfasst u. a. Unternehmen mit kommunaler Beteiligung) automatisch bessergestellt würden. Kriterien wie „kommunaler Einfluss“ oder „Einflussmöglichkeiten der Kommune“ sind deswegen nicht zulässig (BNetzA und BKartA 2015).

Eine Konkretisierung der Vergabekriterien stellt die Energiekartellbehörde des Landes Baden-Württemberg in Form eines Musterkriterienkatalogs bereit (Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden Württemberg 2015). Die Kriterien, die sowohl das Strom- als auch Gasverteilnetz betreffen, erfassen die Bereiche:

- Netzsicherheit (u. a. Finanz-, Sach- und Personalausstattung des Bewerbers, Betriebskonzept, durchschnittliche Zeit von Versorgungsunterbrechungen eines Bewerbers, Konzept für technische Verbesserung des Netzes)
- Effiziente, preisgünstige, verbraucherfreundliche Versorgung (u. a. Effiziente Ressourcennutzung, Minimierung der Verlustenergie (Strom), Minimierung Gasschwund, zu erwartende Netznutzungsentgelte, Qualität des Netzservice vor Ort, Konzept und Monitoring zur Entwicklung des örtlichen Netzes zu einem „intelligenten Netz“)
- Umweltverträgliche Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht; hier auch ortsbezogene Umweltbelange (u. a. Beratungsleistungen zur Entwicklung der lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung, Bürgerinformation zur Akzeptanzstärkung (z. B. Aufstellung eines Umweltentwicklungsplans), Konzepte für optimale Einbindung erneuerbarer Energie, Öffentlichkeitsarbeit über Umstellung des Energiesystems und Netzausbau, zeitnahe Einbindung von EE-Anlagen, umweltverträglicher Netzbetrieb)

Auch wenn demnach Ansatzpunkte für Effizienz und Umweltbelange vorhanden sind, geht die gesetzliche Konzeption davon aus, dass sich Kriterien auf den Betrieb des konkreten Verteilnetzes beziehen müssen. Eine Wärmeplanung oder eine integrierte, spartenübergreifende Dekarbonisierung steht damit jedenfalls nicht im Fokus.³²

³² Siehe ausführlich zu Auswahlkriterien: Stiftung Umweltenergierecht (2022), S. 16ff.

Allerdings sieht das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV vor, dass folgende Leistungen nicht unzulässig sind. Sie dürfen allerdings explizit nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen:

„Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, bleiben unberührt, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen.“

Damit besteht zwar eine partielle Öffnung, die jedoch in sich diverse Rechtsunsicherheiten birgt und insgesamt unzureichend ausgestaltet ist (hierzu ausführlich Theobald/Templin in Theobald und Kühling 2022, § 3 KAV, Rn. 181 ff.):

- Zum einen ist zweifelhaft, ob die Einschränkung des letzten Halbsatzes („...nicht im Zusammenhang...“) sich auch auf die Energiekonzepte bezieht oder nur auf die sonstigen „Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen“ (Theobald und Kühling 2022, § 3 KAV, Rn. 186f.). Richtigerweise soll mehrheitlich vertreten werden, dass dies nur für Letzteres gilt. Dies ist dem Wortlaut jedoch nicht entnehmbar, so dass keine Rechtssicherheit besteht.
- Zum anderen ist nicht gesichert, dass unter diese Ausnahmeregelung auch eine integrierte, spartenübergreifende Netzplanung fällt (hierzu DSTGB 2021c, S. 5).
- Es existiert bisher keine höchstrichterliche Rechtsprechung dazu, in welchem Umfang umweltpolitische Maßnahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HS. 2 Alt. 2 KAV zulässig sind (Theobald und Kühling 2022, § 3 KAV, Rn. 190f.).
- Die Einbeziehung von Kriterien, welche rechtlich nicht als abgesichert gelten, können einen Angriffspunkt liefern, die gesamte Konzessionsvergabe gerichtlich anzufechten.

Insgesamt dürfte zumindest eine hohe Rechtsunsicherheit bestehen, Belange der kommunalen Wärmeplanung umfassend im Rahmen der Konzessionsvergabe zu berücksichtigen, da der Rechtsrahmen so ausgestaltet ist, dass eine sektorspezifische Konzession vergeben werden soll.

3.4 Getrennte Konzessionsverfahren für Strom-, Gas- und Fernwärmenetze

Konzessionsverträge werden für Strom- und Gasverteilnetze getrennt vergeben. Wärmenetze werden zwar durch das EnWG nicht erfasst, aber auch dafür vergeben Kommunen entsprechende Konzessionen (sogenannte Gestattungsverträge). Mangels Regulierungsrahmens gilt für diese weder eine zeitliche Obergrenze für die Vertragslaufzeit (bei Strom und Gas 20 Jahre) noch ein Ausschließlichkeitsprinzip. In der Praxis führt dies dazu, dass Wegenutzungsverträge für Wärmenetze in der Regel weitaus längere Vertragslaufzeiten haben und größere Kommunen oftmals Verträge mit verschiedenen Wärmenetzbetreibern abschließen.³³ Die getrennte Vergabe der Wegenutzungsverträge für die verschiedenen Medien bzw. der nicht koordinierte Betrieb der

³³ AGFW (Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK), Wegenutzungsverträge für Fernwärmeleitungen, abrufbar unter: <https://www.agfw.de/energiewirtschaft-recht-politik/recht/wegenutzungsvertraege-fuer-fernwaermeleitungen/>.

entsprechenden Netze kann zu verschiedenen Problemen führen, die der Idee einer stärkeren Kopplung der Infrastrukturen entgegenstehen:

- Die getrennte Vergabe der Konzessionen kann dazu führen, dass in einer Straße Gasverteilnetz und Wärmenetz parallel verlegt werden und sich die beiden Infrastrukturen gegenseitig „die Kunden wegnehmen“. Aus der Kostenperspektive wäre es sinnvoll, in „Wärmenetzvorranggebieten“ (wie sie beispielsweise im Rahmen der kommunalen Wärmeplanung identifiziert werden) das Gasverteilnetz nicht weiter auszubauen (im Sinne eines „Moratoriums“), sondern stattdessen sukzessive stillzulegen. Mit Stilllegung des Gasverteilnetzes würde die entsprechende Konzession obsolet. Hierzu bräuchte es entsprechende Regelungen, welche Wärmenetzvorranggebieten oder anderen öffentlichen Planungen Vorrang einräumen vor dem Gasnetzzugangsanspruch.
- Das Konzessionsrecht erlaubt den Kommunen nicht, im Rahmen der Konzessionsvergabe, von den Konzessionsnehmern den gegenseitigen Datenaustausch zu fordern (wegen des Nebenleistungsverbots). In vielen Fällen wäre dies aber notwendig, um sowohl den Netzbetrieb als auch die Netzentwicklung besser aufeinander abzustimmen. Dabei geht es z. B. um den Betrieb klassischer Sektorkopplungstechnologien (Power-to-Heat in Wärmenetzen, Elektrolyseure usw.) oder die Abstimmung von Verlegezeitpunkten.

3.5 Regulierung im Mehrebenensystem als Hindernis der Dekarbonisierung

Das Konzessionsrecht ist durch das Energiewirtschaftsrecht als recht geschlossenes System bundeseinheitlich geregelt. Eine kommunale Wärmeplanung ist bisher jedoch nur auf kommunaler Ebene oder teilweise auf Landesebene (so in Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein) vorhanden, bundesweit allerdings noch nicht etabliert. Das Energiewirtschaftsrecht bietet bisher jedoch nicht genügend rechtliche Ansatzpunkte, um entsprechenden Planungen der Länder und Kommunen zur Durchsetzung bzw. Wirksamkeit zu verhelfen.

3.6 Fazit

Das Konzessionsrecht an sich ist kein fundamentales Hemmnis für das Gelingen der kommunalen Wärmewende. Das Gelingen ist vielmehr abhängig von der Instrumentierung auf Ebene des Bundes (z. B. 65%-Erneuerbaren-Anforderung an Heizungsanlagen, Verbot des Einbaus neuer Gaskessel, Bundesgesetz und ggf. Förderung zur Dekarbonisierung der Fernwärme usw.), die dafür sorgt, dass individuelle Investitionsentscheidungen zielkonform erfolgen. Die kommunale Wärmeplanung liefert die räumlich aufgelöste Orientierung darüber, welche Sanierungsmaßnahmen und Heizsysteme in welchem Quartier die geeignetsten sind. Ohne die entsprechenden Instrumente auf Bundesebene läge es allerdings in der Verantwortung der Kommune, durch eigene kommunalpolitische Instrumente die kommunale Wärmewende voranzutreiben (z. B. in Form kommunaler Verbrennungsbeschränkungen, vgl. z. B. Landeshauptstadt München 2021). Dafür müssten die Kommunen aber stärker als bisher in die Lage versetzt werden, mit kommunalen Instrumenten ihre Wärmepläne umzusetzen (vgl. z. B. Öko-Institut und Hamburg Institut 2021).

Das Konzessionsrecht und auch das EnWG sind aber auch nicht zielgerichtet für eine kommunale Wärmewende oder eine Dekarbonisierung ausgestaltet. Die erforderlichen Ansatzpunkte – extensiver Gasnetzzugangsanspruch, restriktives Nebenleistungsverbot, Rechtsunsicherheit für Rückstellungen für den Rückbau, Öffnungsklauseln für kommunale Planungen etc. – könnten in dem

bestehenden Regulierungsrahmen reformiert werden, ohne dass das Konzessionsrecht an sich wesentlich umgestaltet werden müsste.

4 Skizzierung eines zukunftsorientierten Konzessions- und Gasnetzzugangsrechts

Im Folgenden sollen mögliche Änderungsoptionen am Konzessionsrecht, aber auch an Gasnetzrelevanten Regelungen im EnWG, skizziert werden, um diese an die mittel- bis langfristigen Anforderungen einer Dekarbonisierung anzupassen.

4.1 Gasnetzzugangsanspruch der §§ 17/18 EnWG reformieren

Einer der wichtigsten Reformansätze wäre es, den Gasnetzzugangsanspruch der §§ 17/18 EnWG (iVm. der GasNZV) zu reformieren und im Ergebnis abzuschwächen. Hierbei sollte nicht nur auf das derzeit besonders diskutierte Instrument der kommunalen Wärmeplanung abgestellt werden, sondern auch andere Planungen bzw. Vorgaben der Gemeinde einbezogen werden. So kommt beispielsweise in Betracht, dass Gemeinden eine Anschluss- und Benutzungspflicht für ein Fernwärmenetz festlegen (nach § 109 GEG bzw. den Bestimmungen des Landesrechts) oder energiebezogene Festlegungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB³⁴ im Rahmen eines Bebauungsplans treffen. Für die rechtliche Umsetzung wird in entsprechenden Fällen regelmäßig an das „Entgegenstehen öffentlich-rechtlicher Vorschriften“ angeknüpft. Da die kommunale Wärmeplanung allerdings bisher auch ohne entsprechende Rechtswirksamkeit aufgestellt wird, wäre dies vorliegend nicht zu empfehlen. Stattdessen könnte daran gedacht werden, die Zugangsansprüche der §§ 17 und 18 EnWG unter den Vorbehalt zu stellen, dass diese nicht den „... Zielen der Dekarbonisierung und des § 1 Absatz 1 widersprechen, insbesondere der zunehmenden Versorgung mit erneuerbaren Energien“. Alternativ kommt in Betracht, den Zugangsanspruch unter den Vorbehalt zu stellen, dass eine energiebezogene Planung (worunter dann eine entsprechend ausformulierte kommunale Wärmeplanung fiele) in dem betreffenden Gebiet nicht entgegensteht.

BBH weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch die Kündigung von bestehenden Netzkunden einfacher durchsetzbar werden müsste (in BBH 2021, S. 33). Zudem wird ein Verweigerungsgrund angedacht, der an den „Rückbau des Gasverteilnetzes aufgrund von Maßnahmen zur Dekarbonisierung“ anknüpft. Letzteres erscheint jedoch zu eng: Es geht nicht nur um den explizierten Rückbau des Gasverteilnetzes. Vielmehr sollte in vielen Fällen einfach der weitere Ausbau im Sinne eines Moratoriums gestoppt werden.

Für letzteres gibt es seit 2018 durch § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EnWG bereits eine Regelung für das L-Gasversorgungsnetz, welche als Vorbild dienen könnte. So bestehen die Anschlussverpflichtungen nicht wenn:

„2. ab dem 21. Dezember 2018 der Anschluss an ein L-Gasversorgungsnetz beantragt wird und der Betreiber des L-Gasversorgungsnetzes nachweist, dass der beantragenden Partei

³⁴ § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB lautet: „Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden: [...] 23. Gebiete, in denen [...] b) bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen“.

auch der Anschluss an ein H-Gasversorgungsnetz technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist“.

Satz 3 und 4 des Absatzes enthalten einen Zumutbarkeitsmaßstab und eine Rückausnahme.³⁵

Diese Regelung könnte allgemein auf Gasnetze zugunsten eines Fernwärmenetzes übertragen werden:

„3. ab dem [Datum des Regulierungsbeginns, z. B. 01.01.2024] der Anschluss an ein Gasversorgungsnetz beantragt wird und der Betreiber des Gasversorgungsnetzes nachweist, dass der beantragenden Partei auch der Anschluss an ein Fernwärmenetz technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist.“

Die besonders positive Wirkung wäre, dass eine solche Änderung unmittelbar von den Betreibern der Gasversorgungsnetze angewendet werden könnte – auch in Gemeinden, in denen noch keine verbindliche Wärmeplanung umgesetzt wurde, sondern sich beispielsweise noch in der Planung befindet.

4.2 Ausbaupflicht in § 11 EnWG reformieren

Hierzu korrespondierend könnte und sollte auch die Netzausbaupflicht des § 11 Abs. 1 EnWG entsprechend der dortigen Regelung für L-Gasversorgungsnetze eingeschränkt werden. So heißt es in § 11 Abs. 1 S. 6 EnWG:

„Der Ausbau eines L-Gasversorgungsnetzes ist nicht bedarfsgerecht im Sinne von Satz 1, wenn er auf Grund von Netzanschlüssen erfolgen muss, zu deren Einräumung der Betreiber des L-Gasversorgungsnetzes nicht nach den §§ 17 und 18 verpflichtet war.“

Dies könnte entsprechend erweitert werden auf alle Gasversorgungsnetze:

„Der Ausbau eines L- oder H-Gasversorgungsnetzes ist nicht bedarfsgerecht im Sinne von Satz 1, wenn er auf Grund von Netzanschlüssen erfolgen muss, zu deren Einräumung der Betreiber des Gasversorgungsnetzes nicht nach den §§ 17 und 18 verpflichtet war.“

4.3 Ausnahmen des Nebenleistungsverbots präzisieren; sektorübergreifenden Datenaustausch gewährleisten

Unter 3.2 wurden verschiedene Unzulänglichkeiten des Nebenleistungsverbots nach § 3 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) erläutert – insbesondere unter dem Gesichtspunkt des sektorübergreifenden Datenaustauschs. Vor diesem Hintergrund sollte § 3 KAV novelliert werden (zumindest für Gas). Ansatzpunkte sind:

- Es sollte eine Klarstellung über die zweideutige Formulierung in § 3 Abs. 2 KAV erfolgen (s. o. 3.2), dass „Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder

³⁵ *„In der Regel sind die Kosten für die Herstellung eines Anschlusses an ein H-Gasversorgungsnetz wirtschaftlich zumutbar im Sinne von Satz 2 Nummer 2, wenn sie die Kosten für die Herstellung eines Anschlusses an ein L-Gasversorgungsnetz nicht wesentlich übersteigen. Satz 2 Nummer 2 und Satz 3 sind nicht anzuwenden, wenn der technische Umstellungstermin gemäß § 19a Absatz 1 Satz 5 im Gebiet des beantragten Anschlusses bereits zu veröffentlichen ist und der Gesamtbedarf an L-Gas in dem betreffenden L-Gasversorgungsnetz durch den Anschluss nur unwesentlich erhöht wird.“*

regionaler Energiekonzepte“ auch in Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen können.

- Zudem sollte klargestellt werden, dass sich diese Ausnahmeregelung („wertungsrelevant“) sowohl über eine integrierte, spartenübergreifende Netzplanung (DSTGB 2021c, S. 5) als auch die Wärmeplanung erstreckt.
- Es sollte zudem geprüft werden, inwieweit gesetzlich klargestellt werden kann, in welchem Umfang umweltpolitische Maßnahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HS. 2 Alt. 2 KAV zulässig sind, da hierzu höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt.

Ein alternativer Ansatzpunkt bestünde darin, im EnWG einen generellen Auskunftsanspruch der Gemeinde zur Planung der Dekarbonisierung und der Sektorkopplung zu schaffen. Hierdurch wäre vermutlich ein noch klarerer Handlungsauftrag an die Gemeinden verbunden, von den Konzessionsnehmern entsprechende Daten für ihre Wärmeplanung auch einzufordern. Dieser Auskunftsanspruch sollte jedoch nicht wie § 46a EnWG an das Auslaufen der Konzession gekoppelt sein. Vorbild für eine bundesgesetzliche Regelung könnte insoweit § 7e des Klimaschutzgesetzes Baden-Württemberg sein („Datenübermittlung zur Erstellung kommunaler Wärmepläne“). Allerdings gilt § 7e KSG BW nur im Zusammenhang mit der Erstellung einer kommunalen Wärmeplanung und gerade nicht generell für Planungen der Gemeinde. Hier sollte eine offenere Lösung gefunden werden, welche die Nutzung auch für weitere Planungszecke der Gemeinde erlaubt (beispielsweise Bauleitplanung).

4.4 Anpassung des § 1 EnWG

§ 1 Abs. 1 EnWG sieht derzeit als Gesetzeszweck vor:

„Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.“

Dieser Gesetzeszweck sollte ambitionierter formuliert werden und eine vollständige Versorgung mit erneuerbaren Energien bzw. eine Energieversorgung ohne Treibhausgase als Ziel formulieren.

„Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche, auf erneuerbaren Energien beruhende leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff.“

4.5 Potenzielle Rückbaupflicht sowie verkürzte Nutzungsdauern bei den Netzentgelten berücksichtigen

Eine vollständige Dekarbonisierung dürfte viele Gasnetze überflüssig machen – auch bei einem Umstellen auf erneuerbaren Wasserstoff. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob und inwieweit Gasnetze zurückgebaut werden (müssen) und inwieweit dies im Konzessionsrecht berücksichtigt werden soll (BBH 2021, S. 25ff). Als wichtigster Schritt erscheint derzeit, die Bildung entsprechender Rückstellungen für den Rückbau zu ermöglichen. Die Kosten sollten also in einem ersten Schritt als zulässige Kosten in GasNEV und ARegV anerkannt werden. Mittelfristig sollten die diesbezüglichen Erfahrungen evaluiert werden, inwieweit solche Rückstellungen verpflichtend vorgesehen werden sollten.

Ebenso hilfreich wäre eine Anpassung der Abschreibungsdauern. Wie in Kapitel 2.4 dargestellt, werden Investitionen in die Gasverteilernetze über einen Zeitraum von 45-55 Jahren abgeschrieben. Für viele Investitionen liegt das Abschreibungsende jenseits des Zieljahres für die Klimaneutralität des Gebäudesektors (2045). Eine Verkürzung der Abschreibungsdauern würde helfen, Investitionen in die Verteilnetze über ihre reale Nutzungszeit abzuschreiben. Damit ließe sich das Risiko von „stranded investments“ vermeiden. In diesem Sinne leitete die Bundesnetzagentur im Juli 2022 ein Verfahren ein, die kalkulatorischen Nutzungsdauern von Erdgasleitungsinfrastrukturen so zu verkürzen, dass sie nicht über das Jahr 2045 hinausreichen.³⁶

4.6 Alternative Erlöse für Kommunen schaffen bei Rückgang der Konzessionsabgaben

Wie in Kapitel 2.3 skizziert, hätte ein Rückgang bzw. Wegfall der Erlöse aus der Konzessionsabgabe für die kommunalen Haushalte eine spürbare Wirkung. Zur Kompensation der Kommunen schlagen Agora Energiewende (2013) vor, die Bemessungsgrundlage der Konzessionsabgabe von Arbeit (kWh) auf Leistung (kW) umzustellen. Die Konzessionsabgabe würde dann nicht mehr pro kWh anfallen, sondern pro kW Anschlussleistung eines Gebäudes. Hierzu müssten jedoch EnWG und KAV geändert werden, die bisher zwingend eine verbrauchsabhängige Berechnung der Konzessionsabgabe vorgeben.

Ferner sollte das Konzessionsrecht so geändert werden, dass auch im Falle von Gas Liefermengen unterhalb eines festgelegten Schwellenwertes dem Abgabensatz für Tarifkunden unterliegen. Wie in Kapitel 2.3 gezeigt, zahlen die meisten Gaskunden nur die sehr niedrige Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden. Würde zum Beispiel die für Strom geltende Regelung in § 2 Abs. 7 KAV auf den Gasbereich übertragen, müssten alle Gaskunden bis zu einem bestimmten Verbrauch den mehr als zehnmal so hohen Abgabensatz bezahlen.

³⁶ Beschluss der Beschlusskammer 9 der BNetzA „Festlegung von kalkulatorischen Nutzungsdauern von Erdgasleitungsinfrastrukturen („KANU“)“ BK9-22-614 (https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK9-GZ/2022/2022_bis0999/BK9-22-0614/BK9-22-0614_Festlegung_Download_BF.pdf?blob=publicationFile&v=2).

Literaturverzeichnis

Agora Energiewende (Hg.) (2013): Raue LLP. Reform des Konzessionsabgabenrechts, 2013. Online verfügbar unter [https://static.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/2012/Konzessionsabgabe/Agora Gutachten Konzession 12092012 final_web.pdf](https://static.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/2012/Konzessionsabgabe/Agora_Gutachten_Konzession_12092012_final_web.pdf).

BBH (2021): Fehlinvestitionen vermeiden – Eine Untersuchung zu den rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen zur Defossilisierung der deutschen Volkswirtschaft bis 2045, 2021. Online verfügbar unter https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/05/2021-05-12_BBH_Gutachten_Fehlinvestitionen-vermeiden.pdf.

BMWK (2022): Diskussionspapier des BMWK: Konzept für die Umsetzung einer flächendeckenden kommunalen Wärmeplanung als zentrales Koordinierungsinstrument für lokale, effiziente Wärmenutzung, 2022. Online verfügbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/diskussionspapier-waermeplanung.pdf?blob=publicationFile&v=4>.

BNetzA - Bundesnetzagentur; BKartA - Bundeskartellamt (2015): Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2015. Online verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Vergabe%20von%20Strom-%20und%20Gaskonzessionen.pdf;jsessionid=B8DBC08D1594966B86F6931EE274AF4B.2_cid378?blob=publicationFile&v=7.

BNetzA - Bundesnetzagentur; BKartA - Bundeskartellamt (Hg.) (2021). Monitoringbericht 2020, 2021. Online verfügbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Monitoringberichte/Monitoringbericht_Energie2020.pdf;jsessionid=D2724E3A26FE5BFDF1C5EAE3B75459AA?blob=publicationFile&v=8.

Buchmüller, C. (2017): Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärme zum Zwecke des Klimaschutzes nach § 16 EEWärmeG (01. Aufl.) (E-WeRK), 2017.

DSTGB - Deutscher Städte- und Gemeindebund (2021a): Konzessionsabgabenverordnung reformieren - Kommunale Einnahmen sichern, 2021. Online verfügbar unter <https://www.dstgb.de/themen/energiewende/aktuelles/papier-des-dstgb-zur-reform-der-konzessionsabgabenverordnung/kernforderungen-konzession-040321.pdf?cid=qwy>.

DSTGB - Deutscher Städte- und Gemeindebund (Hg.) (2021b): DSTGB - Deutscher Städte- und Gemeindebund; BBH; BET. Auslaufende Konzessionsverträge, Ein Leitfaden für die kommunale Praxis, 2021. Online verfügbar unter <https://www.dstgb.de/publikationen/dokumentationen/nr-163-auslaufende-konzessionsvertraege-dokumentation-von-dstgb-bet-und-bbh-gibt-kommunen-hilfestellungen/doku163-konzessionen-v3.pdf?cid=j41>.

DSTGB - Deutscher Städte- und Gemeindebund (Hg.) (2021c): DSTGB - Deutscher Städte- und Gemeindebund; BET; BBH. Kernforderungen bei der Konzessionsvergabe im Energiebereich, 2021. Online verfügbar unter <https://www.dstgb.de/publikationen/positionspapiere/kernforderungen-bei-der->

[konzessionsvergabe-im-energiebereich/kernforderungen-20konzession-20energie-20dez-202021.pdf?cid=kmm.](https://www.stadt.muenchen.de/dam/jcr:dc76020e-b14b-42ca-9eea-4c3ce538b951/Massnahmenplan-Klimaneutralitaet-Muenchen.pdf)

Landeshauptstadt München (Hg.) (2021): Timpe, C.; Kenkmann, T.; Hesse, T.; Mundt, J.; Maaß, C.; Kapfer, J.; Claas-Reuther, J.; Rudolf, A.; Kluth, T. Maßnahmenplan Klimaneutralität München. Unter Mitarbeit von Öko-Institut, Hamburg Institut, Intraplan, 2021. Online verfügbar unter <https://stadt.muenchen.de/dam/jcr:dc76020e-b14b-42ca-9eea-4c3ce538b951/Massnahmenplan-Klimaneutralitaet-Muenchen.pdf>, zuletzt geprüft am 30.09.2022.

Maaß, C. (2020): Wärmeplanung: Grundlagen einer neuen Fachplanung. In: Zeitschrift für Umweltrecht 31 (01). Online verfügbar unter https://www.hamburg-institut.com/wp-content/uploads/2021/07/Aufsatz_ZUR_2020_Grundlagen_einer_neuen_Waermeplanung.pdf.

Maiworm, C. (2018): Zum Anschluss- und Benutzungszwang zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes, Besprechung der Entscheidung OVG Magdeburg, Urf. v. 21.3.2018 - 4 K 181/15. In: Infrastrukturrecht 2018.

Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden Württemberg (2015): Konzessionsvergabe - Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe für die Entscheidung über die Einräumung von Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg, 2015. Online verfügbar unter https://www.versorger-bw.de/fileadmin/BENUTZERDATEN/Bildmaterial/Kartell/Musterkriterienkatalog_als_Orientierungshilfe_-_derzeit_in_Bearbeitung.pdf.

Öko-Institut; Hamburg Institut (2021): Agenda Wärmewende 2021, 2021. Online verfügbar unter <https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/06/2021-06-10-Waermewende-2021.pdf>.

Öko-Institut; IKEM; adelphi (2021): Köhler, B.; Bürger, V.; Weidinger, R.; Doderer, H.; Schäfer-Stradowsky, S.; Tänzler, D. Strategische kommunale Wärmeplanung (Ariadne-Analyse), 2021. Online verfügbar unter https://ariadneprojekt.de/media/2021/07/Ariadne-Analyse_Kommunale-Waermeplanung_Juli2021.pdf.

Smart Grids-Plattform Baden-Württemberg e.V. (Hg.) (2022): Rühling, U. Die drei handlungsmächtigsten Instrumente der Kommunen für eine klimagerechte Siedlungsentwicklung, 2022. Online verfügbar unter https://smartgrids-bw.net/public/uploads/2022/03/20211231_V07_BPlanung_Essay_final.pdf.

Stiftung Umweltenergierecht (2022): Senders; J. Wärmeplanung und Gaskonzessionen (Würzburger Studien zum Umweltenergierecht, 27), 2022. Online verfügbar unter https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2022/03/Stiftung_Umweltenergierecht_Senders_Waermeplanung-und-Gaskonzessionen_2022-03-30.pdf.

Theobald, C.; Kühling, J. (2022): Energierecht, Kommentar 116. Aufl.

UBA (Hg.) (2021): Riechel, R.; Walter, J. Kurzgutachten Kommunale Wärmeplanung. Deutsches Institut für Urbanistik, 2021. Online verfügbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/kurzgutachten-kommunale-waermeplanung>.