

Die urbane Wärmewende – Wie können Städte und Gemeinden unabhängig von fossiler Gasversorgung werden?

Julian Senders

Inhaltsübersicht

A.	Klimaziele und Ordnungsrecht: Verschiedene Ansätze für die Wärmewende	212
I.	Klimaziele als Grundlage	212
II.	Ordnungsrecht: Bestehende und geplante Vorgaben im Gebäudeenergiegesetz	213
III.	Zielkonflikt	214
B.	Kommunale Wärmeplanung als neuer Lösungsansatz	214
I.	Ausgestaltung am Beispiel Baden-Württembergs	215
II.	Rechtsnatur einer solchen Planung	216
C.	Planmaßnahme: Lokaler Ausstieg von den Gasverteilnetzen?	218
I.	Umsetzung im kommunalen Wärmeplan	218
II.	Hemmnisse im nationalen Energierecht	219
1.	Verpflichtung zum bedarfsgerechten Netzausbau (§ 11 EnWG)	219
2.	Anspruch auf Netzanschluss und -zugang (§§ 17, 20 EnWG)	221
3.	Recht der Konzessionsvergabe (§§ 46 ff. EnWG)	222
III.	Verfassungsrechtliche Fragen	223
1.	Daseinsvorsorge/Gewährleistungsverantwortung	223
2.	Verletzung des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 GG)	225
D.	Zusammenfassung und Ausblick	226

Oft werden mit dem Begriff der Energiewende vor allem die wind- und sonnenbasierte Erzeugung von Strom sowie die neuesten Entwicklungen bei der E-Mobilität verbunden. Durch den russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine ist die Dekarbonisierung der Wärmeversorgung aus den Fachkreisen in den Fokus der öffentlichen Debatte gelangt. Dabei wird gerade der Wärmesektor im Hinblick auf sein Potenzial bei der Treibhausgas einsparung gelegentlich als „schlafender Riese“ bezeichnet.¹

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

Nachfolgend ist von Interesse, welcher Instrumente sich das Recht zur Förderung der Energiewende im Wärmebereich und insbesondere im Gebäudesektor bedient (A.), was das neue Instrument der kommunalen Wärmeplanung im Zusammenhang damit bei der Dekarbonisierung der Wärmeversorgung leisten kann (B.), welche Hemmnisse *de lege lata* für einen lokalen Ausstieg von der netzgebundenen Gasversorgung bestehen (C.) und welche Perspektiven für die Zukunft bestehen (D.).

A. Klimaziele und Ordnungsrecht: Verschiedene Ansätze für die Wärmewende

I. Klimaziele als Grundlage

Mit dem infolge des sogenannten Klimabeschlusses des Bundesverfassungsgerichts² novellierten Bundes-Klimaschutzgesetz³ (KSG) legt der Gesetzgeber sowohl sektorenübergreifende Klimaziele als auch auf einzelne Sektoren bezogene Ziele zur Einsparung von Treibhausgasemissionen fest.

In § 3 Abs. 2 Satz 1 KSG ist dabei das allgemeine Ziel der Treibhausgasneutralität bis 2045 festgeschrieben. Da diese in § 2 Nr. 9 KSG als Gleichgewicht zwischen anthropogenen Emissionen und dem Abbau von Treibhausgasen definiert wird, geht der Gesetzgeber von einer Gesamtminierungsquote von mindestens 97 % gegenüber 1990 bis 2045 aus.⁴ Während infolge des Klimabeschlusses des Bundesverfassungsgerichts in Anlage 3 KSG prozentual gegenüber 1990 definierte sektorenübergreifende Einsparungsziele über 2030 hinaus (bis 2040) festgelegt worden sind, legt Anlage 2 KSG sektorspezifische Ziele weiterhin nur bis 2030 fest.

Für den Gebäudesektor ist demnach für 2030 ein jährlicher Ausstoß in Höhe von 67 Mio. Tonnen CO₂-Äquivalent zu erreichen, während die erlaubte Jahresemissionsmenge im laufenden Jahr 2022 noch bei 108 Mio. t CO₂-Äquivalent liegt. Der Gebäudesektor ist von besonderer Relevanz, da mehr als die Hälfte der gesamten Endenergie in Deutschland im Wärme-

2 BVerfG NJW 2021, 1723.

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

4 BT-Drs. 19/30230, S. 18. Oftmals wird stattdessen auch – etwa in den Landesgesetzen – eine Reduktion auf 95 % verlangt, vgl. etwa § 3 Abs. 1 Satz 1 Berliner Klimaschutz- und Energiewendegesetz; § 3 Abs. 1 Satz 1 Thüringer Klimagesetz, wobei beide dieses 95 %-Ziel nicht als Netto-Treibhausgasneutralität legal definieren.

sektor verbraucht wird und die erzeugte Wärme zugleich nach wie vor weit überwiegend aus fossilen Energieträgern stammt.⁵ Fest steht damit aber auch, dass für den Gebäudesektor 2045 und in den Jahren davor kaum noch die Möglichkeit zum Ausstoß von Treibhausgasen bestehen wird, so dass insoweit weitere konkrete Maßnahmen zu ergreifen sind.

II. Ordnungsrecht: Bestehende und geplante Vorgaben im Gebäudeenergiegesetz

Zentrale Vorschrift für die ordnungsrechtliche Flankierung der Wärmewende im Gebäudebereich ist das Gebäudeenergiegesetz (GEG⁶). Die Fokussierung auf die Gebäudeseite und damit auf die Verbrauchsseite bringt es konsequenterweise mit sich, dass sich das Gesetz auf die Gebäudedämmung sowie die eigentlichen Verbrauchsgeräte – Heizungen – fokussiert.

Bereits im Koalitionsvertrag der Ampelkoalition von September 2021 einigten sich die Regierungsfractionen darauf, ab dem 1.1.2025 nur noch solche Heizungen in Gebäuden zum Neueinbau zuzulassen, die mit mindestens 65 % erneuerbarer Energie betrieben sein würden.⁷ Dies wurde auch in der sogenannten Eröffnungsbilanz Klimaschutz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz wieder aufgegriffen.⁸ Unter dem Eindruck des russischen Angriffskriegs in der Ukraine und auch der Bereitschaft Russlands, Energieversorgungssicherheit als politisches Druckmittel gegen Deutschland einzusetzen, wurde im März 2022 ein Entlastungspaket beschlossen, in dessen Zuge das De-Facto-Einbauverbot für konventionelle Erdgasheizungen auf den 1.1.2024 vorgezogen werden sollte.⁹

Zum jetzigen Stand wurde die öffentliche Konsultation hierzu abgeschlossen und deren Ergebnis bei der Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz sowie das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen berück-

5 O. Däuper, Die Wärmewende findet auf lokaler Ebene statt – oder gar nicht, EnWZ 2019, 97 (97).

6 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.

7 Koalitionsvertrag zwischen der SPD, B90/Die Grünen und der FDP für 2021-2025, S. 90.

8 BMWK, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, S. 28.

9 Bundesregierung, Maßnahmenpaket des Bundes zum Umgang mit den hohen Energiekosten, 23.3.2022, S. 4.

sichtigt. Der Referentenentwurf befindet sich derzeit in der Ressortabstimmung.

III. Zielkonflikt

Aus diesem Zusammenwirken von zielorientierten und ordnungsrechtlichen Instrumenten ergibt sich ein gewisses Problempotenzial für die Erreichung der Klimaziele. Aus dem geplanten Einbauverbot zum 1.1.2024 folgt nämlich auch, dass bis zu diesem Zeitpunkt noch Anlagen eingebaut werden können, die über lange Zeiträume und durchaus auch über 20 Jahre mit fossilen Energieträgern in Betrieb sein können, obwohl die Treibhausgasemissionen auch im Gebäudesektor stufenweise bis 2045 abgebaut werden sollen und nicht erst „auf einen Schlag“: die Zwischenziele einschließlich der sektorbezogenen Zielvorgabe für 2030 in Anlage 2 KSG sind ebenfalls verbindlich.

B. Kommunale Wärmeplanung als neuer Lösungsansatz

Diesem Zielkonflikt könnte vor allem dadurch begegnet werden, dass eine regional differenzierte und auf die konkreten örtlichen Belange besser eingehende, koordinierende Steuerung ermöglicht wird. Der hier hervortretende Gedanke der Wärmeplanung stellt streng genommen kein Novum dar, wenn man bedenkt, dass es schon in der DDR eine koordinierte staatliche Planung des Wärmenetzausbaus gab. In den letzten Jahrzehnten ist die Planung von Wärmeinfrastrukturen angesichts von Privatisierungs- und Liberalisierungstendenzen jedoch weitgehend als Instrument aus der Fachdiskussion verschwunden.¹⁰

Allerdings gab und gibt es im europäischen Ausland¹¹ Vorschriften über Wärme- und Energieplanungen und -konzepte. In den letzten Jahren wurde eine solche kommunalen Wärmeplanung sodann auch in einigen

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

11 Vgl. etwa §§ 4 ff. Energiegesetz Kanton Zürich (EnerG ZH); §§ 6 ff. Kantonales Energiegesetz Bern (KE nG BE); §§ 4 ff. Kantonales Energiegesetz Luzern (KE nG LU). Im Kanton Zürich dient die Energieplanung den Gemeinden ausdrücklich als Grundlage für ihre eigene Energieplanung, § 4 Abs. 3 EnerG ZH.

deutschen Bundesländern in verschiedenen Ausformungen¹² auf den Weg gebracht. Seit neuestem besteht – der Ankündigung im Koalitionsvertrag¹³ entsprechend – auch auf Bundesebene die Ambition, eine verpflichtende kommunale Wärmeplanung zu normieren. Derzeit kursiert hierzu ein Diskussionspapier mit teilweise konkret ausformulierten Vorschlägen.¹⁴

I. Ausgestaltung am Beispiel Baden-Württembergs

Innerhalb Deutschlands muss die Ausgestaltung der Wärmeplanung in Baden-Württemberg als die fortgeschrittenste angesehen werden, zumal sie auch ab einer bestimmten Gemeindegröße – nämlich für Große Kreisstädte sowie Stadtkreise – verpflichtend ist (§ 7d Abs. 1 Satz 1 Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg – KSG BW¹⁵). Daher sollen die Regelungen in Baden-Württemberg hier als Referenzbeispiel dienen. Hiernach sind durch die verpflichteten Gemeinden bis zum 31.12.2023 Pläne zu erstellen und ab 2024 spätestens alle sieben Jahre fortzuschreiben (§ 7d Abs. 1 Sätze 1, 2 KSG BW). Das übergeordnete Ziel dieser Wärmeplanung wird in § 7c Abs. 1 KSG BW genannt – bis 2040 ist ein klimaneutraler Gebäudebestand zu erreichen.

Die Planung selbst erfolgt in notwendigerweise aufeinander aufbauenden Stufen, die in § 7c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 KSG BW dargestellt werden. Sie gliedert sich in eine Bestandsanalyse, bei der Wärmebedarf und -verbrauch, die Gebäudetypen und Baualtersklassen sowie die Versorgungsstruktur systematisch ermittelt werden.¹⁶ Hierauf folgt eine Analyse der Einsparungspotenziale für die einzelnen Sektoren und sodann – als zentraler Bestandteil der Planung – die Darstellung eines klimaneutralen Szenarios für 2040 mit Zwischenzielen für 2030, einschließlich einer flächende-

12 Vgl. etwa §§ 7c f. Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg; § 7 Energiewende- und Klimaschutzgesetz Schleswig-Holstein; § 25 Hamburgisches Klimaschutzgesetz.

13 Koalitionsvertrag zwischen der SPD, B90/Die Grünen und der FDP für 2021-2025, S. 58.

14 *BMWK*, Diskussionspapier: Konzept für die Umsetzung einer flächendeckenden kommunalen Wärmeplanung als zentrales Koordinierungsinstrument für lokale, effiziente Wärmenutzung, Stand 28.7.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/diskussionspapier-waermeplanung.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

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

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

ckenden Darstellung der zu diesem Zweck angedachten Versorgungsstruktur.

Den Abschluss – und wohl aus rechtlicher Sicht spannendsten Teil – bildet die Maßnahmenplanung, wobei explizit fünf Maßnahmen benannt werden müssen, mit deren Umsetzung innerhalb der kommenden fünf Jahre begonnen werden soll (§ 7c Abs. 2 Sätze 2 und 3 KSG BW). Eine Pflicht zur Umsetzung dieser Maßnahmen sieht das Gesetz wiederum nicht vor. Dies wurde im Rahmen der Verbändeanhörungen kritisiert.¹⁷

Die kommunale Wärmeplanung, der zwar schon aus kompetenzrechtlichen Gründen – nicht zuletzt mit Blick auf das GEG – ein strukturell ordnungsrechtlicher Zugriff verwehrt ist, vereint in sich somit sowohl Elemente der aus dem Bundes-KSG bekannten Zielorientierung als auch der konkreten Maßnahmenplanung, wie sie aus anderen Planungsvorschriften im Umweltrecht bekannt ist.

II. Rechtsnatur einer solchen Planung

Vor diesem Hintergrund stellt sich auch die Frage nach der Rechtsnatur und konkret nach der Reichweite der Bindungswirkung einer so ausgestalteten kommunalen Wärmeplanung. In der Verwaltungsrechtswissenschaft wird gemeinhin zwischen verschiedenen Formen der Planung differenziert, so etwa zwischen der räumlichen Gesamtplanung sowie der Fachplanung, welche zwar ebenfalls oft räumliche Bezüge aufweist, aber einen bestimmten Sachzweck beziehungsweise eine sektorale Aufgabe in den Vordergrund stellt.¹⁸ Dabei wird es sich oftmals um umweltspezifische oder jedenfalls umweltrelevante Belange handeln.¹⁹ Zum Teil wird zwischen Raumordnung/Bauleitplanung, raumrelevanter Fachplanung und spezifisch umweltrechtlichen Fachplanungen differenziert,²⁰ wobei diese Art der Aufteilung

17 LT BW-Drs. 16/8570, S. 46.

18 M. Klopfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 108 ff.; W. Hoppe, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, § 77 Rn. 27; W. Köck, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 36 Rn. 44 f.

19 W. Kahl/K. Gärditz, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 4 Rn. 51; S. Schlacke, Umweltrecht, 8. Aufl. 2021, § 5 Rn. 16 f.

20 U. Ramsauer, in: H.-J. Koch/E. Hofmann/M. Reese, Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 66.

lediglich eine von vielen darstellt.²¹ Nicht zuletzt auch angesichts der Dynamik des Planungsrechts²² lässt sich konstatieren, dass es eine allgemein anerkannte Aufteilung der Planungsarten im Umweltrecht nicht gibt. Dies ist der Vielfalt der bestehenden Instrumente geschuldet, muss aber auch nicht daran hindern, einige Gemeinsamkeiten mit zuvor bestehenden Instrumenten aufzuzeigen.

So bildet etwa die fehlende Umsetzungsverpflichtung bei der bisherigen Konzeption der kommunalen Wärmeplanung den entscheidenden Unterschied zu den meisten Umweltfachplanungen²³ sowie den Energienetzbedarfsplanungen²⁴. Zugleich ähnelt aber die Anforderung, bestimmte Maßnahmen festzulegen, deutlich der Luftqualitätsplanung – die eine umweltspezifische Fachplanung darstellt – und steht im deutlichen Gegensatz zu einer räumlichen Gesamtplanung wie der Bauleitplanung.

Dass eine Umsetzungsverpflichtung nicht vorgesehen ist, folgt den spezifischen Sachzwängen, denen die kommunale Verwaltung und die mit ihr eng verbundene²⁵ Kommunalpolitik unterworfen sind.²⁶ Der Gesetzgeber verweist auf das Recht auf kommunale Selbstverwaltung, in welches durch eine Umsetzungsverpflicht eingegriffen würde.²⁷ Abgesehen davon ist die Befürchtung plausibel, dass im Falle einer allzu strikten Bindung der Verwaltungsträger aufseiten der Maßnahmenplanung nur „schwache“ Maßnahmen den Vorrang bekommen würden.²⁸

21 Vgl. etwa bei *Kloepfer* (Fn. 18) § 5 Rn. 71 ff. („Holistische, integrierte und additive Umweltplanung“) sowie § 5 Rn. 104 ff. („Umweltspezifische und umweltrelevante Planung“).

22 Hierzu C. Franzius, Infrastrukturen zwischen Regulierung und Planung, EnWZ 2022, 302 (304).

23 Vgl. etwa die eindeutige Vorgabe für Luftreinhaltepläne in § 47 Abs. 6 BImSchG.

24 Hier kann die BNetzA einen Netzentwicklungsplan der Übertragungsnetzbetreiber sogar im Wege der Ersatz-vornahme durchsetzen, vgl. § 65 Abs. 2a EnWG. Zu Energienetzbedarfsplanungen allgemein J. Senders/N. Wegner, Die Bedarfsplanung von Energienetzinfrastrukturen, EnWZ 2021, 243.

25 Kommunale Verwaltung und Kommunalpolitik sind in Deutschland gerade nicht getrennt, vgl. etwa § 28 Abs. 1 der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen: Der Gemeinderat ist ein Organ der Gemeinde.

26 Zugleich wird aber im Leitfaden des Ministeriums empfohlen, über den Wärmeplan einen Gemeinderatsbeschluss herbeizuführen, um eine gewisse Verbindlichkeit auch mit Blick auf die Umsetzung der Maßnahmen zu schaffen, vgl. *MUKE BW* (Fn. 16), S. 84.

27 LT BW-Drs. 16/8570, S. 48.

28 Auf die negative Anreizfunktion einer strikt bindenden Planung auch aufmerksam machend W. Kahl/M. Schmidtchen, Kommunale Wärme- und Klimaaktionspläne, EurUP 2013, 184 (191).

In erster Linie dürfte die kommunale Wärmeplanung daher in der hier gezeigten Ausgestaltung eine informelle Planungsgrundlage im Sinne eines verwaltungsinternen Programms darstellen, mit der die Klimaziele auf Landesebene, die wiederum nationale Klimaziele zur Grundlage haben, einer lokalen Konkretisierung zugeführt werden. Dennoch spricht einiges dafür, dass es eine beschränkte Bindungswirkung jedenfalls dann haben kann, wenn etwa – wie in § 11 Abs. 3 KSG BW – allgemeine Berücksichtigungspflichten geregelt sind. Ferner schiene es widersprüchlich, wenn eine kommunale Behörde nach ihrem Ermessen eine bestimmte Entscheidung treffen würde, die eindeutig den im Rahmen der Wärmeplanung genannten Maßnahmen entgegenstünde. Somit kann hier eine vor allem auf widersprüchliches Verhalten begrenzte Bindungswirkung im Rahmen des behördlichen Ermessens bei anderen Maßnahmen angenommen werden.²⁹

C. Planmaßnahme: Lokaler Ausstieg von den Gasverteilnetzen?

I. Umsetzung im kommunalen Wärmeplan

Eine mögliche und seitens des Gesetzgebers auch explizit hervorgehobene Maßnahme im Rahmen einer solchen kommunalen Wärmeplanung ist der Ausbau und die Dekarbonisierung von Fernwärmenetzen, die ihrerseits notwendigerweise in Konkurrenz zu den Gasverteilernetzen gelangen. Ein Nebeneinander von Fernwärme- und Gasnetzen wird als wenig sinnvoll angesehen und ein „Rückzug von Gasverteilernetzen“ als mögliches Ziel-szenario einer kommunalen Wärmeplanung angesehen.³⁰ Nicht uninteressant ist dabei die in Regierungskreisen beabsichtigte Verknüpfung von Wärmenetzausbau und GEG dergestalt, dass bei einem absehbaren Anschluss an ein Wärmenetz eine Ausnahme vom geplanten Einbauverbot für Gasheizungen, die nicht mindestens mit 65 % erneuerbaren Energieträgern betrieben werden, geschaffen wird.³¹

Dabei stellt sich zunächst die Frage, wie genau ein solcher lokaler Gasnetzausstieg – der auch aufgrund der aktuellen geopolitischen Entwick-

29 Vgl. hierzu schon *J. Senders*, Wärmeplanung und Gaskonzessionen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht, Nr. 27, März 2022, S. 5.

30 *MUKE BW* (Fn. 16), S. 17 f., 76.

31 *BMWK/BMWStB*, 65 % erneuerbare Energien beim Einbau von neuen Heizungen ab 2024, Stand: 14.7.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/65-prozent-erneuerbare-energien-beim-einbau-von-neuen-heizungen-ab-2024.pdf?__blob=publicationFile&v=6, S. 10.

lungen notwendiger erscheint denn je – in einer kommunalen Wärmeplanung als Maßnahme umschrieben werden kann. Denkbar ist zum einen die Festlegung, dass in einem bestimmten Gebiet ab einem bestimmten Datum, ggf. mit Übergangsfristen, nur noch der Einbau/der Betrieb von Heizungsanlagen erlaubt ist, die nicht mit fossilen Brennstoffen bzw. Erdgas betrieben werden. Eine solche Regelung dürfte allerdings faktisch im Widerspruch zur bundesrechtlichen Regelung im GEG stehen, die diese grundrechtsrelevante Frage bereits abschließend regelt. Deswegen bietet sich alternativ noch an, im Plan die Maßnahme aufzunehmen, in einem bestimmten Gebiet die netzgebundene Versorgung mit Erdgas einzustellen bzw. hierauf hinzuwirken. Rechtlich ist dies, da der Netzbetrieb grundsätzlich und jedenfalls formal privatwirtschaftlich organisierten Akteuren obliegt, allerdings nur durch Handeln ebendieses Netzbetreibers möglich.

II. Hemmnisse im nationalen Energierecht

Wird nun angenommen, dass ein lokaler Gasnetzbetreiber ebenso ein wirtschaftliches Interesse hat, den Gasverteilernetzbetrieb zurückzufahren, so stellen sich für das weitere Vorgehen konkrete Fragen der Vereinbarkeit mit dem nationalen Energierecht.

1. Verpflichtung zum bedarfsgerechten Netzausbau (§ 11 EnWG)

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Energiewirtschaftsgesetz³² (EnWG) haben die Betreiber von Energieversorgungsnetzen (worunter zunächst sämtliche Ebenen von Strom- und Gasnetzen zählen, § 3 Nr. 16 EnWG) ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Netz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit dies wirtschaftlich zumutbar ist. Eine trennscharfe Abgrenzung von Ausbau, Verstärkung und Optimierung ist dabei nicht möglich, aber auch nicht notwendig.³³

32 Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1325) geändert worden ist.

33 J. Sötebier, in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 11 EnWG Rn. 56 f., 59. Zumal das NOVA-Prinzip („Netzoptimierung vor -verstärkung vor -ausbau“) keineswegs Rechtsverbindlichkeit aufweist, vgl. BT-Drs. 16/10491, 18; BVerwG

Zentraler Begriff ist hier vielmehr die Bedarfsgerechtigkeit³⁴ und der damit verbundene Fokus: Die Gasnetzbetreiber müssen eine Bedarfsprognose vornehmen, für die wiederum die voraussichtliche, auf gewisse Dauer angelegte Nachfrage der verschiedenen Netznutzer maßgeblich ist.³⁵ Auch wenn hierdurch – anders als in § 12 Abs. 1 EEG 2021³⁶ – keine individuellen Ansprüche geschaffen werden, wird eine gewisse Perspektive deutlich, aus der die Gesetzgebung bislang auf die Netze und auch die Gasnetze geschaut hat. Der Netzausbau – zumal auf lokaler Ebene³⁷ – erfolgt grundsätzlich in Abhängigkeit von der Nachfragesituation, ohne dass es insoweit klima- oder energiepolitisch motivierte Steuerungsmöglichkeiten seitens staatlicher oder gemeindlicher Stellen gibt.

Auch dem Netzbetreiber ist eine freie Entscheidung über die Stilllegung von Netzbereichen verwehrt, ein Netzausbau kann erst dann unterbleiben, wenn dieser wirtschaftlich unzumutbar ist. Dies ist aber nur der Fall, wenn im Rahmen einer einzelfallorientierten Kosten-Nutzen-Analyse auf Grundlage einer langfristigen Betrachtung³⁸ nachgewiesen ist, dass sich trotz der Möglichkeit einer Umlegung der Netzausbaukosten auf die Netzentgelte eine jedenfalls mehr als erhebliche bzw. besondere Belastung für den Netzbetreiber ergibt.³⁹ Jedenfalls bei einer Existenzgefährdung des Unternehmens wird diese Grenze als erreicht angesehen.⁴⁰

Insgesamt bietet eine Argumentation mit der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit aufgrund ihrer sehr hohen Hürden kein geeignetes Mittel, einen ggf. auch aus wirtschaftlicher Sicht nicht mehr gewünschten Netzausbau zu unterlassen. Aus der Perspektive der Kombination der staatlichen Gewährleistungsverantwortung mit einer rein nachfrageorientierten Entwicklung

ZUR 2012, 499 (502); *F. Sailer*, Die allgemeine Netzausbaupflicht aus § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG – Überblick und aktuelle Fragestellungen, RdE 2016, 444 (450).

34 Zum bedarfsgerechten Netzausbau nach § 11 EnWG vgl. *Sailer* (Fn. 33), 444 ff.; zur Bedarfsplanung der Netze vgl. *Senders/Wegner* (Fn. 24), 243 ff.

35 *C. Theobald*, in: *C. Theobald/J. Kühling*, Energierecht, 116. EL, Mai 2022, § 11 EnWG, Rn. 24.

36 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353) geändert worden ist.

37 Durchaus sieht die formalisierte Bedarfsplanung für die Übertragungs- und Fernleitungsnetze im Rahmen der Erstellung von Szenariorahmen die Berücksichtigung der klima- und energiepolitischen Ziele der Bundesregierung vor (§§ 12a Abs. 1 Satz 2, 15a Abs. 1 Satz 4 EnWG). Steuerungsmöglichkeiten für den Netzausbau auf lokaler Ebene gibt es dagegen nicht.

38 *Theobald* (Fn. 35), § 11 EnWG Rn. 6.

39 *Sötebier* (Fn. 33), § 11 Rn. 86 ff.

40 *Sötebier* (Fn. 33), § 11 Rn. 86.

des Netzes ist diese Ausgestaltung konsequent. Den Fall, dass der Netzbetreiber trotz bestehenden Bedarfs eine Stilllegung des Netzes durchführen möchte, obwohl ihm der Netzbetrieb an dieser Stelle wirtschaftlich zumutbar ist, sieht das geltende Recht schlicht nicht vor.

2. Anspruch auf Netzanschluss und -zugang (§§ 17, 20 EnWG)

Aus § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG ergibt sich ein Anspruch von Letztverbraachern, Erzeugungs- und Verbrauchsanlagen sowie Speichern und nachgelagerten Netzen auf Netzanschluss. Damit korrespondiert der in § 20 EnWG normierte Anspruch von „jedermann“ auf Netzzugang. Die Trennung zwischen Netzanschluss und Netzzugang hängt mit der Liberalisierung des Energiesektors und der damit verbundenen Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen Schritten der energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette (insbesondere Erzeugung und Vertrieb) zusammen.⁴¹ Während der Anschluss die rein technische Verbindung mit der jeweiligen Netzebene meint, regelt der Netzzugang – mit einem wettbewerblichen Fokus – das Recht zur Nutzung des gesamten Netzsystems für den Energietransport.⁴²

Zwar können Netzanschluss- und Netzzugangsansprüche auf den ersten Blick einer Stilllegung von Netzen oder Netzteilen schon deswegen nicht entgegenstehen, weil auch zum heutigen Zeitpunkt faktisch keineswegs eine flächendeckende netzgebundene Gasversorgung in Deutschland besteht. Dennoch fragt sich, ob nicht ein Letztverbraucher Netzanschluss und -zugang verlangen könnte, zumal er nach dem allgemeinen Verursachungsprinzip, dem Wortlaut des § 17 EnWG („zu angemessenen wirtschaftlichen Bedingungen“) sowie auch ausweislich der hierzu bestehenden Spezialregelungen⁴³ grundsätzlich die Netzanschlusskosten trägt.⁴⁴ § 17 EnWG sieht jedenfalls seinem Wortlaut nach eine längen- oder kostenmäßige Beschränkung des Anschlusses nicht vor, obschon eine solche Konstellation aufgrund der hohen, vom Netzanschlusspetenten zu zahlenden Kosten als unrealistisch anzusehen ist.

41 K. Bourwieg, in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 2.

42 T. C. Hartmann/F. Wagner, in: C. Theobald/J. Kühling, Energierecht, 116. EL Mai 2022, § 17 EnWG, Rn. 20 f.

43 Zu nennen sind hier § 9 NAV/NDAV für den Bereich Niederspannung (Strom) und Niederdruck (Gas), zudem die Möglichkeit zur Erhebung eines Baukostenzuschusses (§ 11 NAV/NDAV) sowie § 8 KraftNAV und § 16 Abs. 1 EEG.

44 Hartmann/Wagner (Fn. 42), § 17 EnWG, Rn. 110 f.

Gemäß § 17 Abs. 2 EnWG kann ein Netzanschluss verweigert werden, soweit die Gewährung aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen (unter Berücksichtigung der Zwecke aus § 1 EnWG) nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Somit könnte die Frage aufgeworfen werden, ob ein (geplanter) Rückbau des Netzes etwaigen Netzanschlussbegehren als betriebsbedingter Grund im Sinne dieser Vorschrift entgegengehalten werden könnte. Technische Mängel oder nicht ausreichende Netzkapazitäten werden allenfalls als vorübergehende Gründe einer Anschlussverweigerung angesehen.⁴⁵

Damit besteht aus einer rein rechtlichen Sicht insoweit eine Unklarheit des Rechtsrahmens. Sie wird auch in der Literatur gesehen: Zwar gibt es ältere Rechtsprechung, wonach ein Netzanschluss im Einzelfall wirtschaftlich unzumutbar sein könne, wenn etwa auf einem abgelegenen Gebiet Anschluss begehrt wird.⁴⁶ Allerdings würden die meisten Unzumutbarkeiten aufgrund der Kostentragungsregeln zulasten des Anschlusspetenten entfallen.⁴⁷ Zudem lässt sich diese Unklarheit auch vom Gesamtsystem her erklären: Das Gesetz sieht in § 11 Abs. 1 EnWG vor, dass bei einer Nachfrage, der das Netz nicht hinterherkommt, mittelfristig ohnehin ein Netzausbau erfolgen muss.⁴⁸

3. Recht der Konzessionsvergabe (§§ 46 ff. EnWG)

Das Recht der Konzessionsvergabe könnte eine weitere Hürde für die Beendigung des Gasnetzbetriebs darstellen. Gemäß § 46 Abs. 1 EnWG hat die Gemeinde ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Verfügung zu stellen. Prinzipiell ergibt sich aus diesem Rechtsrahmen dann kein Problem, wenn es keine Interessenten gibt, die das kommunale Netz betreiben wollen. Allerdings würde dann die Gemeinde selbst den Netzbetrieb übernehmen müssen, sodass sich wiederum die obigen Fragen (Netzausbau, Netzanschluss- und Netzzugangsanspruch) stellen würden, die aber vom Konzessionsrecht unabhängig sind. Aus einer rein faktischen Perspektive könnte das Konzessionsrecht aller-

45 F. J. Säcker/K. V. Boesche, in: F. J. Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 17 EnWG, Rn. 56 ff.

46 OLG Dresden NJW-RR 2000, 1083; OLG Köln RdE 1985, 80.

47 Säcker/Boesche (Fn. 45), § 17 EnWG, Rn. 79; so auch *Hartmann/Wagner* (Fn. 42), § 17 EnWG, Rn. 153 f.

48 Hierauf machen auch Säcker/Boesche (Fn. 45), § 17 EnWG, Rn. 60, aufmerksam.

dings insoweit ein Hindernis für die zügige Stilllegung von Netzen darstellen, als dass in diesen in aller Regel für 20 Jahre (Maximallaufzeit gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG) das Recht verliehen wird, das Netz zu betreiben. Diese laufenden Verträge können in aller Regel nicht ohne weiteres angepasst werden, zumal wesentliche Anpassungsklauseln und Änderungen ohnehin wiederum der Ausschreibungspflicht unterliegen würden.⁴⁹ Allerdings gilt auch hier, dass eine Stilllegung des Netzes *de lege lata* ohnehin nur durch Handeln des Netzbetreibers und mangels Rechtsgrundlagen nicht durch staatliches oder kommunales Handeln erfolgen kann. Insofern ist auch hier eine Einigung denkbar, sodass das Recht der Gaskonzessionsvergabe im Ergebnis keine echte Hürde darstellt. Anders ist die Rolle des Konzessionsrechts zu beurteilen, wenn es darum geht, wie das Gaskonzessionsrecht in allen anderen Belangen abgesehen von einer Netzstilllegung mit der kommunalen Wärmeplanung im Konflikt steht. Dies betrifft vor allem die stärkere Implementierung klimaschutzbezogener Aspekte des Netzbetriebs sowie Anwendungen der Sektorenkopplung.⁵⁰

III. Verfassungsrechtliche Fragen

Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht und insbesondere aus der Perspektive der Grundrechte bestehen offene Fragen eines kommunalen Gasanstiegs.

1. Daseinsvorsorge/Gewährleistungsverantwortung

Auf Ebene des nationalen Energierechts besteht neben der Pflicht zum bedarfsgerechten Netzausbau (§ 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG) zudem auf Ebene der Versorgung eine sog. Grundversorgungspflicht (§ 36 EnWG), die sich auf Strom und Gas bezieht. Für den Stromsektor ist diese Grundversorgungspflicht auch in Art. 27 Strombinnenmarkttrichtlinie⁵¹ unionsrechtlich vorge-

49 A. Katz, Kommunales Konzessionierungsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionsverträge, KommJur 2018, 1 (3).

50 Zu allem vgl. Senders (Fn. 29), S. 14 ff.

51 Richtlinie 2019/944/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (ABl. L 158/125).

geben, für den Gassektor fehlt in der Gasbinnenmarktrichtlinie⁵² eine vergleichbare Regelung.⁵³ Auf Ebene des deutschen Verfassungsrechts besteht zwar keine klare Regelung. Traditionell wird – unabhängig von einer verfassungsrechtlichen Einordnung – die Versorgung mit Strom und Gas in Deutschland aber als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge angesehen,⁵⁴ die je nach Lesart eine (Letzt-) Verantwortung⁵⁵ oder Gewährleistungsverantwortung⁵⁶ für die Erbringung der jeweiligen Leistung darstellt.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Energieversorgung insgesamt als „eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“⁵⁷. In dieser Formulierung ist ein gewisser Bezug zum Sozialstaatsprinzip auszumachen. In einer anderen Entscheidung wird die kommunale Energieversorgung als ein in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnder Belang der Daseinsvorsorge charakterisiert und in der Konsequenz dem Schutz von Art. 28 Abs. 2 GG unterstellt.⁵⁸

Abgesehen von der Perspektive der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist der rechtliche Gehalt einer solchen Einordnung als Gegenstand der Daseinsvorsorge überaus zweifelhaft.⁵⁹ Die hier betrachtete Schutzrichtung ist eher diejenige, ob ein Gemeindebewohner hieraus Rechte herleiten kann, was sich eher aus der sozialstaatlich motivierten Formulierung des BVerfG⁶⁰ herleiten ließe. Eine Entscheidung kann allerdings aus einer anderen Überlegung heraus offenbleiben: Während *Forsthoff* noch von einem

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

53 Art. 3 Abs. 3 Gasbinnenmarktrichtlinie ist weniger verbindlich und bezieht die Gewährleistung auf den Verbraucherschutz, vgl. *M. Fleckenstein*, in: C. Kermel, *Praxis-Handbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben*, 2012, Kap. 6 Rn. 220.

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

55 *M. Schmidt-Preuß*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, 3. Aufl. 2014, § 93 Rn. 48; *ders.*, in: F. J. Säcker, *Berliner Kommentar zum Energierecht*, 4. Aufl. 2019, Kap. 1 Abschnitt C., Rn. 18, 114.

56 *G. Hermes*, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 152 ff., 323 ff.; *C. König*, in: F. J. Säcker, *Berliner Kommentar zum Energierecht*, 4. Aufl. 2019, § 11 EnWG, Rn. 67.

57 BVerfGE 66, 248 (258); zuvor schon andeutend BVerfGE 38, 258 (270 f.); VG Berlin RdE 1995, 158 (159).

58 BVerfG LKV 1996, 23 (23).

59 *J. Hellermann*, in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes, *EnWG*, 3. Aufl. 2015, § 36 Rn. 3.

60 BVerfGE 66, 248 (258).

Recht auf Versorgung mit Strom und Gas ausging⁶¹ und davon angesichts der Modalitäten der Energieversorgung in seiner Zeit auch zwangsläufig ausgehen musste, hat das BVerfG bereits den offeneren Begriff der Energieversorgung gewählt.⁶² Hieraus kann geschlossen werden, dass es nicht um die Versorgung mit einem bestimmten Energieträger geht, sondern um die Versorgung dergestalt, dass die gewöhnlichen Anwendungen im Haushalt (und damit letztlich das Heizen, Kochen und Waschen) oder in der Industrie möglich sein müssen. Ob dies über Strom oder Gas oder einen anderen Energieträger realisiert wird, dürfte verfassungsrechtlich dagegen ohne Belang sein.

2. Verletzung des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 GG)

Durch eine Entscheidung zum Gas(netz)ausstieg im Rahmen einer kommunalen Wärmeplanung könnte das Eigentum an entsprechenden Gasverbrauchsanlagen beeinträchtigt sein. Hier ist die Rechtsnatur der kommunalen Wärmeplanung als Vorfrage von Relevanz: Handelt es sich mangels Umsetzungspflicht in erster Linie um eine informelle Planungsgrundlage mit (Selbst-) Bindungswirkungen ausschließlich gegenüber den eigenen gemeindlichen Behörden im Einzelfall, kann schwerlich bereits die kommunale Wärmeplanung an sich einen Eingriff in Grundrechte darstellen. Infrage kommt aber faktisches Handeln der Gemeinde – etwa durch Abschluss eines Vertrags mit dem Gasnetzbetreiber über die Stilllegung eines Netzbereichs – welches auch grundrechtlich relevante Wirkung haben und ggf. als Eingriff angesehen werden kann.⁶³

Dabei ist grundsätzlich bereits jede Beschränkung der Nutzung als Eingriff in den – hier eröffneten – Schutzbereich von Art. 14 GG anzusehen.⁶⁴ Mit der hier in Frage stehenden Stilllegung des Gasnetzes in einer Gemeinde oder einem Gemeindeteil wird die Nutzungsmöglichkeit von Gasthermen und weiteren Anlagen, die Gas zu Haushaltszwecken verbrauchen, beseitigt. Hierin liegt ein Eingriff. Da der Begriff der Enteignung seit der Ent-

61 Forsthoff (Rn. 54), S. 14 ff.

62 BVerfGE 66, 248 (258); BVerfG LKV 1996, 23 (23).

63 BVerfGE 149, 86 Rn. 75 f.; BVerwG NJW 1985, 1481; NJW 1987, 2884 (2885); R. Wendt, in: M. Sachs, Grundgesetz: GG - Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 14 Rn. 52; H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 14 Rn. 25.

64 P. Axer, in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK-Grundgesetz, 52. Ed., 15.08.2022, Art. 14 Rn. 69.

scheidung des BVerfG zur 13. Atomgesetz-Novelle einen staatlichen Güterbeschaffungsvorgang voraussetzt⁶⁵ und ein solcher offenkundig nicht gegeben ist, ist von einer Inhalts- und Schrankenbestimmung auszugehen. Fraglich ist nun, ob und inwieweit eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung erfolgen kann. Insbesondere muss jede Inhalts- und Schrankenbestimmung dabei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.⁶⁶

Insoweit kann eine Parallele zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Verkehrsverboten für Diesellochfahrzeuge in Luftreinhalteplänen gezogen werden: Durch die Anordnung insbesondere von zonalen Verkehrsverboten für bestimmte Diesellochfahrzeuge sei die Nutzungsmöglichkeit am Eigentum insbesondere für diejenigen Fahrzeughalter entwertet, die in der vom Verkehrsverbot betroffenen Zone leben. Dennoch könne die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne dadurch sichergestellt werden, dass – abgesehen von sachlichen Ausnahmen von Verkehrsverboten, die hier nicht übertragbar sind – für ihre Einführung ausreichende Übergangsfristen unter Berücksichtigung der Entwicklung des Wertverlusts dieser Fahrzeuge gewährt werden.⁶⁷ Auch bei der kommunalen Wärmeplanung und der damit verbundenen Entscheidung über die Einstellung des Gasnetzbetriebs kann, jedenfalls wenn eine Stilllegung nicht in ganzen Netzbereichen, sondern schrittweise nach Anschlüssen vorgesehen wird, eine solche Berücksichtigung der Entwicklung des Wertverlusts der angeschlossenen Anlagen gewährt werden. Hierdurch könnte die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in das Eigentum an Gasverbrauchsanlagen gesichert werden.

D. Zusammenfassung und Ausblick

Fest steht nach der Darstellung der bestehenden Instrumente zunächst, dass es im Zusammenwirken zwischen Klimaschutzzielen und den bestehenden und geplanten ordnungsrechtlichen Vorgaben zu Friktionen kommen dürfte: Die bestehenden und geplanten ordnungsrechtlichen Vorgaben reichen für sich genommen noch nicht aus, um die klimaschutzrechtlichen sektorbezogenen und sektorenübergreifenden Ziele zu erreichen. Die kommunale Wärmeplanung, die in einigen Bundesländern bereits existiert

⁶⁵ BVerfGE 143, 246.

⁶⁶ BVerfGE 75, 78 (97 f.); BVerfGE 110, 1 (28); Jarass (Fn. 63), Art. 14 Rn. 36.

⁶⁷ BVerwG NVwZ 2018, 883 (887).

und auch auf Bundesebene geplant ist, ist hier ein vielversprechender Ansatz.

So erscheint zunächst ein kommunaler Gasausstieg auf Grundlage einer kommunalen Wärmeplanung möglich. Bislang ist dieser allerdings von einer hohen Kooperationsbereitschaft des Gasnetzbetreibers abhängig. Insofern würde eine weitergehende Möglichkeit der Gemeinde zur Durchführung eines Gasnetzausstiegs eine weitreichende Ergänzung des EnWG voraussetzen, die erhebliche Durchgriffsrechte gegenüber den Gasnetzbetreibern verleihen würde. Dies wiederum wirft die Frage nach der unionsrechtlichen Vereinbarkeit auf, welche jedenfalls einer eingehenden Prüfung bedürfte.

Doch auch bei einer vorhandenen Kooperationsbereitschaft des Gasnetzbetreibers ist das nationale Energierecht bislang nicht auf eine aus klima- bzw. energiepolitischen Motiven erfolgende Stilllegung von fossilen Infrastrukturen – unterhalb der sehr hohen Schwelle einer wirtschaftlichen Unzumutbarkeit – ausgelegt. Die geplante Novelle des GEG, durch die fossil betriebene Heizungen weitestgehend verboten werden, wird daher einen wichtigen Zwischenschritt bei der kommunalen Wärmewende darstellen. Wärmewendebedingte Anpassungen im allgemeinen Energierecht – insbesondere eine konzeptionelle Relativierung der Ausbau-, Anschluss- und Zugangsgewährungspflicht in §§ 11 Abs. 1, 17 und 20 EnWG – wird der Gesetzgeber mittelfristig dennoch nicht vermeiden können.

