

OLG Düsseldorf eine Heilung von Fehlern verworfen wurde,<sup>35</sup> ist eine Heilung – schon angesichts der großen Folgewirkungen eines nichtigen Konzessionsvertrages – grundsätzlich als möglich anzusehen. Die Nichtigkeitsfolge ist nur auf solche Fälle zu begrenzen, wo tatsächlich eine Heilung dem Wettbewerbscharakter widersprechen würde. Auch das OLG Düsseldorf hatte eine Heilung vor allem deshalb verworfen, weil der Vertrag bereits abgeschlossen war. Ist dies nicht der Fall, kann das fehlerhafte Bekanntmachungsverfahren dann noch nachgeholt werden. Wobei ein Einhalten der Zwei-Jahres-Frist allerdings häufig nicht mehr möglich sein dürfte. Jedoch zeigt die Drei-Monats-Regelung in § 46 Abs. 3 S. 4 EnWG, dass der Gesetzgeber selbst Ausnahmen von der Zwei-Jahres-Frist zulässt. Es spricht vieles dafür, dass jedenfalls fahrlässig herbeigeführte Fehler des Bekanntmachungsverfahrens geheilt werden können. Anderenfalls schwebte über jedem Konzessionsvertrag, der unter Verletzung von Bekanntmachungsvorschriften geschlossen wurde, das Damoklesschwert der Nichtigkeit.

### 5. Der öffentliche Verkehrsweg

Im Bereich des Konzessionsvertragsrechts ist teilweise umstritten, welche Wege als öffentliche Verkehrswege i. S. d. § 46 Abs. 1 EnWG anzusehen sind. Konzessionsverträge unterscheiden häufig zwischen öffentlichen Verkehrswegen und sonstigen Straßen und Wegen der Gemeinde. Angesprochen ist hierbei der Unterschied zwischen Verkehrswegen, die dem öffentlichen Verkehr nach den Straßengesetzen der Länder gewidmet sind, und sonstigen, d. h. nicht öffentlich gewidmeten Straßen der Gemeinde. Gemeint sind also insbesondere die Straßen und Wege des Fiskalvermögens, die nicht öffentlich-rechtlich gewidmet sind. Unabhängig von einer Widmung können diese aber durchaus öffentlich zugänglich sein.

Während das OLG Brandenburg im Fall „Neue Trift“<sup>36</sup> entschied, dass öffentliche Verkehrswege i. S. d. Konzessionsvertragsrechts des § 46 EnWG nur solche Straßen seien, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet wurden, entschied der BGH in der Revision am 11. November 2008 anders. Nach dem BGH<sup>37</sup> sind öffentliche Verkehrswege i. S. d. § 46 Abs. 1 EnWG sämtliche Wege einer Gemeinde, auf denen tatsächlich der öffentliche Verkehr eröffnet ist. Auf eine straßenrechtliche Widmung komme es nicht an.

Der BGH entscheidet sich hier also für eine Betrachtung, die an die tatsächliche Nutzung und nicht an die rechtliche Widmung

anknüpft. In der Konsequenz müsste dies zur Folge haben, dass Netzbetreiber damit grundsätzlich auf Basis des Konzessionsvertrages Zugang zu allen gemeindlichen Straßen und Wegen erhalten, wenn diese öffentlich zugänglich sind und entsprechend genutzt werden.

Daneben hat das Urteil Bedeutung für die Marktabgrenzung. Nach dem BGH spricht vieles dafür, dass es einen (engen) sachlich relevanten Markt für „öffentliche Verkehrswege“ gebe, auf dem die Gemeinde marktbeherrschend sei.

### III. Fazit

Das Konzessionsvertragsrecht ist unübersehbar im Umbruch. Gemessen an den inzwischen geltenden Vorgaben der §§ 46 f. EnWG erscheinen die seinerzeitigen Ermächtigungsgrundlagen der §§ 7 und 12 EnWG 1935 (Verordnungsermächtigung) und die Rahmenregelungen der §§ 103, 103a GWB a. F. (Freistellung, Anmeldeerfordernis, Laufzeitbegrenzung) geradezu rudimentär. Dementsprechend möchte man meinen, dass die Anwendungs- und Auslegungsfragen geringer und der rechtliche Rahmen eindeutiger geworden wären. Die größere Regelungsdichte hat aber nicht etwa eine größere Befriedungswirkung und Klarheit mit sich gebracht, sondern scheint zu mehr offenen Fragen als zuvor geführt zu haben. In der Rückschau schlummerte das Konzessionsvertrags- und Konzessionsabgabenrecht bis 1998 geradezu in einem Dornröschenschlaf.

Allerdings: Die Abschaffung des § 46 EnWG oder die Freigabe der Konzessionsabgaben ist nicht der richtige Weg. Zu verwurzelt ist dieses Rechtsgebiet im Energiewirtschaftsrecht, zu bedeutsam ist es für die Gemeinden. Um die angesprochenen Unstimmigkeiten zu lösen, ist vor allem der Gesetz- und Verordnungsgeber gefragt. Unübersehbar ist der Wunsch der Marktteilnehmer, offene Verfahrensfragen und Unklarheiten gesetzlich zu regeln. Zu nennen ist hier etwa das Verfahren des Neuabschlusses oder die Bemessung eines angemessenen Kaufpreises, gerade auch mit Blick auf die Anreizregulierung. Auch die Überlassungspflicht könnte klarer geregelt werden.

35 OLG Düsseldorf, RdE 2008, 287, 289 (Urt. v. 12.3.2008 – Az. VI-2 U [Kart] 8/07).

36 OLG Brandenburg, RdE 2008, 291 (Urt. v. 15.5.2007 – Az. Kart U 3/06).

37 BGH, RdE 2009, 378 (Urt. v. 11.11.2008 – Az. KZR 43/07) (= N&R 2009, 196).

## Kommunale Gewährleistungsverantwortung bei fehlendem energiekonzessionsvertraglichem Nachfolgeinteresse

von Prof. Dr. Gunther Kühne\*

*Gegenwärtig und in naher Zukunft stehen viele Energiekonzessionsvertragsgebiete zu einem neuen Vertragsabschluss an. Dabei kann auch die Situation eintreten, dass sich kein Nachfolgeinteressent findet. Der Beitrag untersucht die Frage, ob in einem solchen Falle den Staat und insbesondere die Gemeinde eine Gewährleistungsverantwortung im Sinne einer Netzbetriebspflicht trifft. Die Ausführungen bejahen dies sowohl im Hinblick auf moderne Tendenzen zur Annahme einer Paarung von Selbstverwaltungsrecht und Selbstverwaltungspflicht als auch aufgrund europarechts-(richtlinien-)konformer Auslegung der deutschen verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsverbürgungen im Lichte der in den Binnenmarkt Richtlinien für Elektrizität und Erdgas enthaltenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten (Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinien).*

### I. Einleitung

Seit mehr als einem Jahrzehnt wird die energiewirtschaftsrechtliche Szene von den wechselvollen Phasen der Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte beherrscht. Etwas im Windschatten dieser Entwicklung hat indes ein anderer Problemkomplex in jüngster Zeit hohe Aktualität erlangt: das Konzessionsvertrags-

\* Dem Beitrag liegt eine auf eine Anfrage aus der Praxis gefertigte rechtsgutachtliche Stellungnahme zugrunde.

1 Zum Konzessionsvertragsrecht vgl. z. B. die Arbeiten von Keller-Herder, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, 2009; Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 2008; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009; Theobald, DÖV 2009, 356; Thomale/Kiebling, N&R 2008, 166.

und Konzessionsabgabenrecht.<sup>2</sup> Gegenwärtig und in naher Zukunft läuft eine Vielzahl von Konzessionsverträgen aus. Der Neuabschluss von Konzessionsverträgen unterliegt der Vorschrift des § 46 (insbesondere Abs. 3) EnWG. In den allermeisten Fällen wird sich ein Interessent für einen solchen Neuabschluss finden. Dies kann der bisherige Konzessionsinhaber, ein Dritter oder auch – gerade in der gegenwärtigen Rekommunalisierungstendenz – die Gemeinde selbst sein. Denkbar ist allerdings auch, dass keiner dieser potentiellen Vertragspartner an der Übernahme des Netzbetriebs interessiert und zu einem Vertragsabschluss bereit ist. Es stellt sich dann die Frage, ob und durch wen die Fortführung des Netzbetriebs und damit der infrastrukturellen Grundlage für eine Versorgungstätigkeit in dem betroffenen Gebiet sicherzustellen ist.

## II. Behandlung des Themas im Schrifttum

Der Fall, dass nach Auslaufen eines Konzessionsvertrages weder ein neuer Netzbetreiber noch der bisherige Netzbetreiber noch die Gemeinde ein Interesse an der Weiterführung des Netzbetriebs hat, wird in der Literatur bislang nur ganz selten angesprochen. Offenbar hielt man eine solche Fallkonstellation lange für rein theoretisch. In der 2003 erschienenen ersten Auflage des Praxishandbuchs von *Schneider/Theobald* findet sich folgende Passage von *Albrecht*:

„Aus der Gewährleistungsfunktion der Gemeinden folgt die Verpflichtung, für die Sicherstellung der zuverlässigen und flächendeckenden Energieversorgung im Gemeindegebiet zu sorgen. Die Sicherstellung der allgemeinen Versorgung i. S. d. § 10 EnWG ist also eine kommunale Aufgabe. Übernimmt eine Gemeinde die allgemeine Versorgung mit Elektrizität und Erdgas nicht selbst, ist es ihre Aufgabe, ein geeignetes Unternehmen auszuwählen, dem die Aufgabe der allgemeinen Versorgung übertragen wird. Findet eine Gemeinde kein Versorgungsunternehmen, das bereit ist, die allgemeine Versorgung zu übernehmen, muss die Gemeinde im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung selbst tätig werden.“<sup>3</sup>

In der zweiten Auflage aus dem Jahr 2008 findet sich eine ähnliche, auf den Netzbetreiber fokussierte Aussage:

„Die Auswahl des örtlichen Netzbetreibers ist damit letztlich eine *Entscheidung der Kommunalpolitik*. Insofern gilt nichts anderes als für andere Infrastrukturentscheidungen. Die Konsequenzen der Entscheidung tragen vor allem die Bürger der Gemeinde und die dort ansässigen Unternehmen. Lässt sich die Bereitstellung und der Betrieb eines flächendeckenden Energieversorgungsnetzes nicht anders aufrechterhalten, sind die Gemeinden im Rahmen ihrer Gemeinwohlverantwortung verpflichtet, selbst tätig zu werden. Insofern kommt den Gemeinden als Teil des Staates eine Gewährleistungsfunktion zu.“<sup>4</sup> (Hervorhebung im Original)

*Britz* hat die in der ersten Auflage getroffene Aussage nicht rechtspolitisch, sondern eher formal kritisiert. Es bedarf nach ihrer Auffassung für die Annahme einer Pflicht der Kommune zum Tätigwerden einer genaueren Regelung.<sup>5</sup>

Schon zu Beginn der Liberalisierungsdiskussion im Jahre 1991 ist die Fallgestaltung – damals auf der Basis der Einheit von Netzbetrieb und Versorgung – in einem Vortrag von *Schulz-Jander* erörtert und offenbar als Horrorszenario empfunden worden. Der Vortragende beleuchtete die Problematik aus der Sicht eines konzessionierten Versorgers und kam zu folgenden Ergebnissen:

- Ein Energieversorgungsunternehmen ist nicht zum Abschluss eines Konzessionsvertrages verpflichtet.
- § 6 EnWG als Ausfluss der Monopolstellung des Energieversorgungsunternehmens verpflichtet dieses zum Abschluss und der Versorgung nur solange, wie es tatsächlich die Monopolstellung innehat. Das Energieversorgungsunternehmen kann diese aufgeben.

- Die Verordnungen über Allgemeine Versorgungsbedingungen (AVBV) als nähere Ausgestaltung von § 6 EnWG gestatten dem Energieversorgungsunternehmen die Kündigung der Vertragsbeziehungen zu den einzelnen Kunden.
- Der vom Gesetzgeber gewollte Wettbewerb kann eine Versorgungseinstellung erzwingen.<sup>6</sup>

Diese Ausführungen waren erkennbar noch unbeeinflusst von dogmatischen Überlegungen zu staatlicher Infrastruktur- und Gewährleistungsverantwortung.

Die Frage nach dem Einsetzen staatlicher oder kommunaler Gewährleistungsverantwortung wird dann akut, wenn das bisher primär mit der Aufgabenwahrnehmung betraute Unternehmen zu dieser Aufgabenwahrnehmung nicht mehr herangezogen werden kann. Vor einer näheren Betrachtung des Topos „Gewährleistungsverantwortung“ ist daher zu klären, ob der Eigentümer des Netzes, dessen Konzessionsvertrag abgelaufen und der zu einem Weiterbetrieb des Netzes auch nicht mehr bereit ist, jedenfalls bis zur Gewinnung eines neuen betriebswilligen Leistungsunternehmens zum Weiterbetrieb verpflichtet ist.

## III. Weiterbestehen der Betriebspflicht des früheren Konzessionsvertragspartners nach Ablauf des Konzessionsvertrages?

Eine spezielle Regelung über eine nachkonzessionsvertragliche Betriebspflicht des früheren Konzessionärs besteht nicht. Eine solche lässt sich auch nicht aus § 48 Abs. 4 EnWG herleiten. Nach dieser Bestimmung besteht die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages für ein Jahr fort, es sei denn, dass zwischenzeitlich eine anderweitige Regelung getroffen wird. Die Vorschrift will nur im Interesse der Rechtsklarheit für den nicht selten vorkommenden Fall, dass wegen Verzögerung der Versorgungsnachfolgeregelung die Versorgungstätigkeit in beiderseitigem Einverständnis noch nach Ende des Konzessionsvertrages fortgesetzt wird, einen klaren, von den Schwierigkeiten des Bereicherungsrechts freien Anspruch statuieren.<sup>7</sup> *Büdenbender* weist darüber hinaus zutreffend darauf hin, dass sich die Fortwirkung der vertraglichen Pflichten während der Jahresfrist nicht nur auf die Zahlungspflicht, sondern auch auf die Rechte und Pflichten des gesamten Konzessionsvertrages erstreckt: Die Rechte und Pflichten werden für ein Jahr prolongiert.<sup>8</sup> Insofern ist das Energieversorgungsunternehmen dann unzweifelhaft auch „Betreiber“ des Netzes i. S. d. § 11 Abs. 1 EnWG.

Eine unabhängig von dem Versorgungswillen des Energieversorgungsunternehmens und über den Jahreszeitraum hinaus wirkende Betriebspflicht allein aufgrund Vorhandenseins und Innehabung eines betriebsfähigen Netzes könnte sich dann nur aus § 11 Abs. 1 EnWG selbst ergeben. Nach § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG sind „Betreiber von Energieversorgungsnetzen verpflichtet, ein ... Energieversorgungsnetz ... zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist“. Der Begriff des „Betreibers“, also des Normadressaten in § 11

2 Dies betrifft insbesondere den Gassektor und das Verhältnis zwischen Konzessionsabgabenrecht und Kartellrecht; vgl. dazu insbesondere im Zusammenhang mit der Entscheidung des BKartA, WuW DE-V 1803 (Beschl. v. 16.9.2009 – Az. B10-11/09) (= ZNER 2009, 429) – *Gasversorgung Ahrensburg, Höch/Kalwa*, ZNER 2009, 361; *Kühne*, RdE 2010, 6; *Lecheler*, WuW 2009, 1249; *Meyer-Hetling/Templin*, ZNER 2010, 139.

3 *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, 2003, § 8 Rn. 135 (S. 418).

4 *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, 2. A., 2008, § 9 Rn. 72 (S. 438).

5 *Britz*, Die Verwaltung 2004, 145, 158.

6 *Schulz-Jander*, in: Baur, Ablauf von Konzessionsverträgen – Versorgungssicherheit und Wettbewerb, 1992, S. 67, 83.

7 *Büdenbender*, EnWG, 2003, § 14 EnWG 1998 Rn. 49, qualifiziert die inhaltsgleiche Vorgängerregelung des § 14 Abs. 4 EnWG 1998 rechtssystematisch als „gesetzlich vorgesehene Nachwirkung einer vertraglichen Absprache“.

8 *Büdenbender* (Fn. 7), § 14 EnWG 1998 Rn. 51.

EnWG, wird inhaltlich im EnWG nicht umschrieben.<sup>9</sup> Die in § 3 Nr. 2 bis 10 EnWG („Betreiber von ...“) enthaltenen Begriffsbestimmungen erläutern den Begriff in erster Linie subjekt-, aber nicht tätigkeitsbezogen. Teilweise finden sich tautologische Umschreibungen, etwa: „Entscheidend für den Betreiberbegriff ist, wer das Netz faktisch betreibt.“<sup>10</sup> Als ausschlaggebend wird dafür die tatsächliche Sachherrschaft angesehen.<sup>11</sup> Es ist zu vermuten, dass auch diese Aussagen eher subjektbezogen, d. h. auf die Verschiedenheit der Rechtssubjekte im integrierten Konzern abgestellt sind (Obergesellschaft, Betriebsgesellschaft als Betreiber?).

Weiterführend ist hier schon die im Schrifttum zu findende Erläuterung zum Betreiberbegriff in § 3 Nr. 2 bis 7 EnWG. „Betreiber“ sind danach diejenigen, die die Energieanlage unterhalten und die bestimmungsgemäße Nutzung organisieren.<sup>12</sup> Der Hinweis auf die bestimmungsgemäße Nutzung zeigt an, dass die tatsächliche Sachherrschaft allein denjenigen, der sie innehat, noch nicht zum „Betreiber“ macht. Es muss ein finales Element hinzukommen. Dieses kann sich aus objektiven Umständen, insbesondere einem bestehenden Konzessionsvertrag,<sup>13</sup> und/oder subjektiven Umständen (z. B. vorkonzessionsvertragliche Transportaufnahme) ergeben. Fehlt es an beidem, so kann von einer „Betreiber“-Stellung nicht die Rede sein. Dies bedeutet, dass der Netzbetreiber nach Auslaufen eines Konzessionsvertrages einschließlich der Jahresfrist des § 48 Abs. 4 EnWG und Aufgabe der Zweckbestimmung „Versorgungstätigkeit“ keiner Betriebspflicht (mehr) unterliegt.

Auch zur Vorläufervorschrift des § 4 Abs. 1 EnWG 1998 ist zutreffend die Auffassung vertreten worden, dass aus ihr keine zeitlich endlose Betätigungspflicht ohne die Möglichkeit der Beendigung folgt.<sup>14</sup> Eine solche Folgerung würde auch auf verfassungsrechtliche Bedenken jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) stoßen. Art. 12 GG schützt anerkanntermaßen nicht nur die Freiheit zur Berufs- und Arbeitsplatzwahl, also zur Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit, sondern auch die Freiheit zur Berufsbeendigung.<sup>15</sup> Ebenso wie die Freiheit zur Aufnahme einer Berufstätigkeit kann auch die Beendigungsfreiheit Einschränkungen unter Gemeinwohlgesichtspunkten unterliegen. Als ein die Freiheit zur Beendigung der Netzbetreibertätigkeit einschränkender Gemeinwohlgesichtspunkt kommt hier die Verhinderung des Entstehens versorgungsfreier Räume in Betracht.<sup>16</sup>

Steht nach Ablauf eines Konzessionsvertrages ein Nachfolger für den Netzbetrieb bereit, so regeln sich die Modalitäten nach den §§ 46 ff. EnWG. Findet sich freiwillig kein Nachfolger, so kann die Beendigungsfreiheit hinsichtlich der Netzbetreibertätigkeit des bisherigen Konzessionärs dadurch verwirklicht werden, dass ein zur Übernahme der Netzbetriebstätigkeit Verpflichteter zur Verfügung steht. Dies kann nach Lage der Dinge nur der Staat sein.

#### IV. Staatliche Gewährleistungsverantwortung für Infrastruktureinrichtungen (Energieversorgung)

Im Zuge der Entwicklung hin zu Privatisierung und Liberalisierung ehemals in staatlicher Regie betriebener Daseinsvorsorgebereiche und Infrastruktureinrichtungen hat sich der Gedanke der sog. staatlichen Gewährleistungsverantwortung entwickelt. Im Hinblick auf ein fortbestehendes öffentliches Interesse an der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen und an dem Vorhandensein sowie Funktionieren der dazu erforderlichen Infrastruktureinrichtungen kann der Staat aus seiner Verantwortung für diese Bereiche nicht entlassen werden. Schaltet er Dritte in die Wahrnehmung dieser Aufgabenbereiche ein, so verbleibt bei ihm doch die sog. Garantie- oder Gewährleistungsverantwortung.<sup>17</sup> Sie bedeutet dann eine Überwachungs- und Einstandsverantwortung.<sup>18</sup>

Zu den Aufgabenbereichen, für die eine staatliche Gewährleistungsverantwortung angenommen wird, gehört insbesondere auch die Energieversorgung einschließlich der für eine sichere und preiswürdige Energieversorgung erforderlichen infrastrukturellen Voraussetzungen (Netze).<sup>19</sup> Dies gilt zunächst für die Elektrizitätsversorgung, sodann aber auch für die Erdgasversorgung jedenfalls, soweit sie einmal eingeführt ist.<sup>20</sup>

Das BVerfG<sup>21</sup> hat in ständiger Rechtsprechung die Sicherung der Energieversorgung als „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“ bezeichnet und sie damit geradezu zu einem Paradebeispiel für die Annahme einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung gemacht. Dementsprechend hat sich dieses Verständnis inzwischen weithin durchgesetzt.<sup>22</sup> Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung hat es sich inzwischen zu eigen gemacht, wie die Entscheidung des BVerwG vom 11. Juli 2002 zur Frage der Vereinbarkeit der Enteignungsvorschrift des § 12 EnWG 1998 mit Art. 14 GG zeigt.<sup>23</sup> Dort heißt es:

„Die Energierechtsreform 1998 hat zwar im Zuge der Deregulierung die Rahmenbedingungen für mehr Wettbewerb im Energiesektor geschaffen und die staatlichen Aufsichtsmittel in ihrer Reichweite modifiziert und teilweise in ihrer Intensität zurückgenommen. Der Gesetzgeber hat jedoch auf die Aufsicht und Steuerung der leitungsgebundenen Energieversorgung nicht verzichtet. Er hat die bisherigen Aufsichtsmittel im Wesentlichen beibehalten und lediglich auf die neuen Marktbedingungen zugeschnitten. Die staatliche Gewährleistungsverantwortung für eine sichere und preisgünstige Energieversorgung auch durch privat rechtlich organisierte Versorgungsunternehmen ist damit gewahrt worden.“<sup>24</sup>

Gilt diese Aussage bereits für den durch das EnWG 1998 geschaffenen Ordnungsrahmen, so trifft sie in weit höherem Maße für die auf dem zweiten Binnenmarktpaket 2003 aufsetzende Rechtslage nach dem EnWG 2005 und – noch weiter verstärkt – für den Ordnungsrahmen zu, wie er sich jetzt auf der Grundlage des dritten Binnenmarktpaketes 2009<sup>25</sup> herausbildet. Der durch diese Gesetz-

9 Vgl. Stötzl, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2008, § 11 Rn. 8.

10 So z. B. Stötzl (Fn. 9), § 11 Rn. 8; vgl. in diesem Sinne schon Büdenbender (Fn. 7), § 4 EnWG 1998 Rn. 14.

11 Stötzl (Fn. 9), § 11 Rn. 8; Büdenbender (Fn. 7), § 4 EnWG 1998 Rn. 14.

12 So Salje, EnWG, 2006, § 3 Rn. 16; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 9), § 3 Rn. 12.

13 Die Bedeutung des Konzessionsvertrages für die Betreiberfunktion kommt auch darin zum Ausdruck, dass das „bestimmte Gebiet“, auf das sich die Aufgabenwahrnehmung und Verantwortlichkeit nach § 3 Nr. 3 EnWG bezieht, also durch den jeweiligen Konzessionsvertrag bestimmt angesehen wird, vgl. Hellermann (Fn. 12), § 3 Rn. 13.

14 So Büdenbender (Fn. 7), § 4 EnWG 1998 Rn. 18.

15 BVerfGE 39, 128, 141 (Beschl. v. 22.1.1975 – Az. 2 BvL 51/71); 84, 133, 146 (Urt. v. 24.4.1991 – Az. 1 BvR 1341/90); Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. A., 2005, Art. 12 Rn. 55; Lücke, Die Berufsfreiheit, 1994, S. 10 f.

16 Dies entspricht auch dem vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung (BVerfGE 30, 292, 323 f. [Beschl. v. 16.3.1971 – Az. 1 BvR 52/66 u. a.]; 66, 248, 258 [Beschl. v. 20.3.1984 – Az. 1 BvL 28/82]) hervorgehobenen Rang der Versorgungssicherheit als eines „Gemeinschaftsinteresses höchsten Ranges“.

17 Grundlegend dazu Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 334 ff.

18 So Schmidt-Abmann, in: Schmidt-Abmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. A., 2005, Kap. 1 Rn. 122.

19 Dies ungeachtet der Tatsache, dass im Falle der Energieversorgung dem Staat eine Gewährleistungsverantwortung nicht durch ausdrückliche Regelung zugewiesen ist; vgl. hierzu und zu anderen Fällen staatlicher Infrastruktur-gewährleistungsverantwortung Weyer, in: FS Kühne, 2009, S. 423, 424 f.

20 Vgl. Albrecht (Fn. 4), § 9 Rn. 21 (S. 425).

21 BVerfGE 30, 292, 323 f. (Beschl. v. 16.3.1971 – Az. 1 BvR 52/66 u. a.); 66, 248, 258 (Beschl. v. 20.3.1984 – Az. 1 BvL 28/82).

22 Vgl. statt vieler Ehlers/Pünder, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, 2. A., 2000, § 4 Rn. 11 (S. 244).

23 BVerwGE 116, 365 (Urt. v. 11.7.2002 – Az. 4 C 9.00).

24 BVerwGE 116, 365, 371 f. (Urt. v. 11.7.2002 – Az. 4 C 9.00).

25 Insbesondere die neuen Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkttrichtlinien 2009/72/EG u. 2009/73/EG; vgl. dazu Schreiber, N&R 2009, 154.

gebungsschritte geprägte Entfaltungsspielraum der Unternehmen der leitungsgebundenen Energiewirtschaft im Allgemeinen und der Netzbetreiber im Besonderen ist durch weitreichende staatlich-regulatorische Ingerenzen geprägt, die sich insbesondere auch auf die wirtschaftlichen Ergebnisaussichten auswirken (z. B. die Rentabilität von Netzen als Folge der Regulierung der Netzentgelte). Ein solches staatlich durchwirktes Ordnungssystem muss für die Fälle mangelnder Verfügbarkeit privater Betreiber – schon unter dem Gesichtspunkt der Verantwortung wegen „vorangegangenen (staatlichen) Tuns“ – auch die staatliche Gewährleistungsverantwortung umfassen.

## V. Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden

Mit der Annahme einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung für die Sicherstellung der Energieversorgung ist noch nichts darüber ausgesagt, welcher Teil der Staatsorganisation Träger dieser Gewährleistungsverantwortung ist. Zur Klärung dieser Frage ist das einfache Recht, darüber hinaus auch das Verfassungsrecht zu befragen.

### 1. Spezielle einfachgesetzliche Zuweisung der Gewährleistungsverantwortung?

Gewährleistungsaufgaben aus dem Bereich der Daseinsvorsorge können Gemeinden durch besondere (einfach-) gesetzliche Regelung zugewiesen werden. Dies ist z. B. im Bereich der Abfallentsorgung geschehen. Beauftragen die Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger z. B. Dritte mit der Erfüllung ihrer Pflichten (§ 16 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG), so bleibt ihre eigene Verantwortlichkeit für die Erfüllung der Pflichten hiervon unberührt (§ 16 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG). Ähnlich verhält es sich bei der Abwasserbeseitigung: Nach § 56 S. 3 WHG 2009 können sich die zur Abwasserbeseitigung Verpflichteten (i. d. R. juristische Personen des öffentlichen Rechts) zur Erfüllung ihrer Pflichten Dritter bedienen. Ungeachtet des Fehlens einer diesbezüglichen ausdrücklichen Regelung nach Art des § 16 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG wird dabei der Fortbestand der Gewährleistungsverantwortung der Körperschaft des öffentlichen Rechts schon nach früherem Recht (§ 18a Abs. 2 S. 3 WHG) als gegeben angenommen.<sup>26</sup> Im Bereich der Energieversorgung ist die Situation normativ wesentlich anders. Das EnWG enthält keine Aufgabenzuweisung an die Gemeinden hinsichtlich der Wahrnehmung der Energieversorgungsaufgabe, so dass dem EnWG auch nicht eine Gewährleistungsverantwortung gerade der Gemeinden entnommen werden kann. Sie kann sich damit nur aus allgemeinen übergeordneten Grundlagen wie der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ergeben.

### 2. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und Energieversorgung nach Art. 28 Abs. 2 GG und den Landesverfassungen

Zu den von der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG umfassten Gegenständen gehört nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>27</sup> und des BVerwG<sup>28</sup> auch die örtliche Energieversorgung. Man mag über die Zuordnung der Energieversorgung als Gesamtaufgabe zur Selbstverwaltungsgarantie gerade im Lichte der Liberalisierung noch immer streiten.<sup>29</sup> Hinsichtlich der Netzinfrastruktur ergibt sich der streng örtliche Charakter klar aus der zwangsläufigen Bindung des Netzes an das Gemeindeterritorium. Dies ist auch der Ausgangspunkt für die im Schrifttum<sup>30</sup> weithin bejahte Gewährleistungs-(Infrastruktur-)Verantwortung der Gemeinde für das Vorhandensein eines funktionsfähigen Leitungsnetzes.

Die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen konkretisieren z. T. den kommunalen Aufgabenbereich. So haben nach der bayerischen Staatsverfassung die Gemeinden gemäß

Artikel 11 Absatz 2 Satz 2 das Recht, „ihre eigenen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze selbst zu ordnen und zu verwalten“. In Artikel 83 Absatz 1 wird dieser eigene Wirkungskreis der Gemeinden näher in der Weise konkretisiert, dass dazu auch „die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft“ gerechnet wird. Im Übrigen belassen es auch die Landesverfassungen bei der allgemeinen Aufgabenbeschreibung nach Art. 28 Abs. 2 GG.

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie wird herkömmlicherweise als Rechtsposition der Gemeinden verstanden, wie bereits in dem Text des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zum Ausdruck kommt („... muß das Recht gewährleistet sein ...“). Die hier gestellte Frage nach einer kommunalen Gewährleistungsverantwortung geht indes über den Charakter einer Rechtsposition hinaus und betrifft eventuelle Pflichten Aspekte der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie.

### 3. Kommunale Gewährleistungsverantwortung und Selbstverwaltungspflicht

Die Annahme einer Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden für die der Daseinsvorsorge zuzurechnenden Aufgabenfelder der kommunalen Selbstverwaltung erscheint dann problematisch, wenn man der Selbstverwaltungsgarantie einen verpflichtenden Charakter abspricht. *Britz*<sup>31</sup> lehnt eine Gewährleistungsverantwortung der Kommune trotz positiver Einschätzung dieses Gedankens ab, weil es insoweit einer klaren gesetzlichen Regelung bedürfe. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG reiche – nicht zuletzt wegen der Unschärfe des Begriffs der Daseinsvorsorge – als Grundlage einer Gewährleistungsverantwortung nicht aus. In diesem Zusammenhang äußert sie Zweifel daran, dass sich die als Rechtsgewährung gedachte Selbstverwaltungsgarantie zu einer Pflichtenposition erweitern lasse.

Diese Einschätzung dürfte mit der gegenwärtigen Konzeption der kommunalen Selbstverwaltung nicht in Einklang stehen. Schon positivrechtlich ist die Ausgestaltung der Selbstverwaltungsgarantie teilweise eine andere. In mehreren Landesverfassungen ist die Selbstverwaltungsgarantie ausdrücklich sowohl als berechtigende als auch als verpflichtende Aufgabenzuweisung ausgeformt. So erklären Art. 46 der Verfassung Schleswig-Holsteins,<sup>32</sup> Art. 72 Abs. 1 der Verfassung Mecklenburg-Vorpommerns und Art. 87 Abs. 2 S. 1 der Verfassung Sachsen-Anhalts<sup>33</sup> die Kommunen für „berechtigt und im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet“, in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben (Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft) selbständig (in eigener Verantwortung) wahrzunehmen. Auch in den Bundesländern, deren Verfassung den verpflichtenden Charakter nicht ausdrücklich benennt – wie in Nordrhein-Westfalen (Art. 78 der dortigen Verfassung) – wird dies so gesehen: Die verfassungsrechtliche Institutionalisierung eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung zielt auch auf eine grundsätzliche – die Entscheidung über ein Tätigwerden im Einzelfall unberührt lassende – Pflicht zur Ausfüllung der Funktion des Selbstverwaltungsträgers.<sup>34</sup> Ein solches erweitertes Verständnis der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie beginnt sich gerade auch im Zeichen

26 Vgl. nur *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. A., 2004, Rn. 520.

27 Statt vieler BVerfG, NJW 1990, 1783 (Beschl. v. 16.5.1989 – Az. 1 BvR 705/88).

28 BVerwGE 98, 273, 275 (Urt. v. 18.5.1995 – Az. 7 C 58.94).

29 Vgl. z. B. die Position von *Löwer*, DVBl. 1991, 132, 140 ff.

30 Vgl. *Albrecht* (Fn. 4), § 9 Rn. 21 (S. 425); *Pippke/Gaßner*, RdE 2006, 33, 38.

31 Vgl. die Nachweise bei *Britz*, Die Verwaltung 2004, 145, 161 f.

32 Vgl. dazu *Groth*, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Kommentar zur Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 46 Rn. 38.

33 Vgl. *Reich*, Kommentar zur Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, 2004, Art. 87 Rn. 2.

34 So wörtlich *Erichsen*, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1988, § 16 B 2 (S. 325).

der Diskussion um die Privatisierung öffentlicher Aufgaben herauszubilden.<sup>35</sup>

Die Einschränkung der Aufgabenwahrnehmungs- und Selbstverwaltungspflicht durch die Grenze der Leistungsfähigkeit versteht sich von selbst. Dabei hat die Gemeinde jedoch alle Möglichkeiten auszuschöpfen. Dies kann bedeuten, dass private Leistungserbringer einzuschalten oder die Möglichkeiten zu interkommunaler Zusammenarbeit<sup>36</sup> auszuschöpfen sind. U. U. sind auch die Dringlichkeiten verschiedener Aufgabenfelder neu zu gewichten. Der Sicherstellung der örtlichen Energieversorgung durch Unterhaltung eines Strom- oder Gasnetzes dürfte dabei Priorität gegenüber manchen anderen Aufgabenbereichen zukommen. Angesichts der damit geforderten Flexibilität wäre die gesetzliche Fixierung einer Gewährleistungsverantwortung i. S. d. Forderung von *Britz*<sup>37</sup> eher kontraproduktiv.

Sollte selbst bei Ausschöpfung aller Möglichkeiten die Sicherstellung des Fortbestandes der Netzinfrastruktur die Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigen, so bedeutet dies nicht, dass damit die Gewährleistungsverantwortung der öffentlichen Hand entfällt und auf den letzten Netzbetreiber zurückspringt. Vielmehr verbleibt die Gewährleistungsverantwortung in der staatlichen Sphäre. In einem solchen Falle dürfte sich die Gewährleistungsverantwortung des Landes für die Ermöglichung der Aufgabenwahrnehmung durch die Gemeinden aktualisieren.<sup>38</sup>

Insgesamt ist daher eine Gewährleistungsverantwortung einer Kommune zur Unterhaltung eines Gasversorgungsnetzes nach Beendigung eines Konzessionsvertrages zu bejahen, wenn weder der bisherige Konzessionsinhaber noch ein Dritter zur weiteren Unterhaltung eines Netzes bereit sind.

Theoretisch ergeben sich dann für die Sicherstellung der Gasversorgung durch die Gemeinde von der Netzseite her zwei Möglichkeiten: Der bisherige Netzbetreiber überlässt der Gemeinde das vorhandene Netz oder die Gemeinde errichtet ein neues eigenes Netz<sup>39</sup> unter Ausübung ihres Beseitigungsanspruchs nach § 1004 BGB.<sup>40</sup> Im Hinblick auf die Notwendigkeit einer kontinuierlichen Sicherstellung der Versorgung hat die letztgenannte Alternative jedoch auszuscheiden.<sup>41</sup> Aus energiewirtschaftlichen Gründen reduziert sich damit die Optionsbreite der Gemeinde auf die Netzübernahme entsprechend den Grundsätzen nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG.

#### 4. Europarechtskonforme Auslegung

Es ist zu fragen, ob sich eine kommunale Gewährleistungsverantwortung für die Unterhaltung eines Energieversorgungsnetzes im Wege europarechtskonformer Auslegung auch aus europarechtlichen Rechtsquellen ableiten lässt. Für den Strombereich hat *Britz*<sup>42</sup> aus Art. 3 Abs. 3 S. 1, 2 der Elektrizitätsbinnenmarkt-richtlinie 2003/54/EG eine solche spezialnormative Gewährleistungsverantwortung hergeleitet. Die Bestimmung lautet:

„Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass alle Haushalts-Kunden und, soweit die Mitgliedstaaten dies für angezeigt halten, Kleinunternehmen, nämlich Unternehmen, die weniger als 50 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mio. EUR haben, in ihrem Hoheitsgebiet über eine Grundversorgung verfügen, also das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten Preisen haben. Zur Gewährleistung der Bereitstellung der Grundversorgung können die Mitgliedstaaten einen Versorger letzter Instanz benennen.“

Für den Gasbereich kennt die Erdgasbinnenmarkt-richtlinie 2003/55/EG eine so weitgehende gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nicht.<sup>43</sup>

Die partiell in diesen Anwendungsbereich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen hineinragende Passage lautet wie folgt (Artikel 3 Absatz 3):

„Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzes und tragen insbesondere dafür Sorge, dass für schutzbedürftige Kunden ein angemessener Schutz besteht, wozu auch geeignete Maßnahmen gehören, mit denen diesen Kunden geholfen wird, den Ausschluss von der Versorgung zu vermeiden. In diesem Zusammenhang können sie Maßnahmen zum Schutz von Kunden in abgelegenen Gebieten treffen, die an das Erdgasnetz angeschlossen sind. Sie können für an das Gasnetz angeschlossene Kunden einen Versorger letzter Instanz benennen.“

In den Vorschriften des dritten Binnenmarktpakets hat sich an dieser Rechtslage nichts Wesentliches geändert (Art. 3 Abs. 3 der Elektrizitätsbinnenmarkt-richtlinie 2009/72/EG, Art. 3 Abs. 3 der Erdgasbinnenmarkt-richtlinie 2009/73/EG). Immerhin heißt es in Art. 3 Abs. 3 S. 4 der Erdgasbinnenmarkt-richtlinie 2009/73/EG nicht mehr „können treffen“, sondern: „Insbesondere treffen sie geeignete Maßnahmen zum Schutz von Endkunden ...“ Die grundsätzliche Differenzierung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zwischen Strom und Gas ist im Hinblick darauf, dass die Gaspenetration in europäischem Maßstab noch deutlich hinter der Stromnetzichte zurückbleibt, durchaus sachgerecht. Der Gemeinschaftsgesetzgeber wollte offenbar die Mitgliedstaaten nicht zum rasanten Aufbau neuer hochgradig kapitalintensiver flächendeckender Gasnetze verpflichten. Art. 3 Abs. 3 der Erdgasbinnenmarkt-richtlinie 2003/55/EG und noch akzentuierter Art. 3 Abs. 3 der Erdgasbinnenmarkt-richtlinie 2009/73/EG zeigen jedoch, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Mitgliedstaaten dort, wo bereits Gebiete für die Gasversorgung infrastrukturell erschlossen worden sind, auf die Gewährleistung einer sicheren und preisgünstigen Gasversorgung hat verpflichten wollen.<sup>44</sup> Dies zwingt zu der Schlussfolgerung, dass damit den Mitgliedstaaten nach Erschließung eines Gebietes für die Gasversorgung auch die Gewährleistungsverantwortung für eine kontinuierliche Fortführung einer einmal begründeten Gasversorgung unabhängig von der Existenz eines Konzessionsvertrages auferlegt ist.

Es ist zu klären, wie dieser gemeinschaftsrechtliche Normbefund auf der innerstaatlichen Ebene umzusetzen ist. Adressaten der Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt-richtlinien sind die Mitgliedstaaten, nicht aber die Gemeinden, so dass eine unmittelbare Pflichtenbeziehung zwischen der EU und den Gemeinden nicht besteht. In Betracht kommt hier das Instrument europarechtskonformer (richtlinienkonformer) Auslegung des nationalen Rechts. Dieser Grundsatz ist in der Rechtsprechung des EuGH<sup>45</sup> und der nationalen Gerichte anerkannt und noch jüngst

35 In diesem Sinne die Ausführungen von *Tomerius/Breitkreuz*, DVBl 2003, 426.

36 In diesem Sinne z. B. *Schweiger*, in: Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Stand: 14. Ergänzungslieferung (Juli 2008), Art. 83 Rn. 3: „Übersteigt eine Pflichtaufgabe die Leistungsfähigkeit der Gemeinde, so ist sie in kommunaler Zusammenarbeit zu erfüllen (Art. 57 Abs. 3 GO)“.

37 Vgl. *Britz*, Die Verwaltung 2004, 145, 161.

38 Vgl. zum Gewährleistungsanspruch der Gemeinde gegenüber dem Land *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. A., 2001, Art. 28 Rn. 90.

39 Vgl. *Büdenbender* (Fn. 7), § 4 EnWG 1998 Rn. 19.

40 Vgl. *Templin* (Fn. 1), S. 380.

41 Vgl. *Templin* (Fn. 1), S. 380: „In der Praxis ist der bestehende Beseitigungsanspruch der Gemeinde aber nicht durchsetzbar, denn die Gemeinde ist nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG im Rahmen ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zur örtlichen Elektrizitätsversorgung im Sinne einer Gewährleistungsverantwortung verpflichtet“.

42 *Britz*, Die Verwaltung 2004, 145, 159.

43 Vgl. *Lecheler/Gundel*, EWS 2001, 249, 254 Fn. 50.

44 Vgl. auch Erwägungsgrund 40 der Erdgasbinnenmarkt-richtlinie 2009/73/EG: „Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und die sich daraus ergebenden gemeinsamen Mindeststandards müssen weiter gestärkt werden, damit ...“

45 Vgl. EuGH, Slg. 1984, 1891, 1909 Rn. 26, 28 (Urt. v. 10.4.1984 – Rs. 14/83) (= NJW 1984, 2021) – *v. Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen*; Slg. 2004, I-8835, 8917 Rn. 113 (Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-397/01) (= NJW 2004, 3547) – *Pfeiffer u. a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.*

vom BGH<sup>46</sup> zu einer Pflicht zu richtlinienkonformer Rechtsfortbildung ausgeweitet worden.

Als richtlinienkonform auszulegende innerstaatliche Normen kommen hier die bundes- und landesverfassungsrechtlichen Vorschriften über das kommunale Selbstverwaltungsrecht in Betracht.

Art. 28 Abs. 2 GG und die landesverfassungsrechtlichen Vorschriften verwenden den Begriff „Verantwortung“. Dieser Begriff lässt sich durchaus richtlinienkonform dahin interpretieren, dass er die europarechtliche Gewährleistungsverantwortung für eine Sicherstellung der Stromversorgung und für eine unterbrechungsfreie Fortführung einer einmal eingeführten Erdgasversorgung und damit auch für die Unterhaltung eines Erdgasversorgungsnetzes als Selbstverwaltungspflicht in sich aufnimmt.

Die neuere Tendenz zum Verständnis des Selbstverwaltungsrechts als einer auch eine Selbstverwaltungspflicht umschließenden Rechtsposition erweist sich damit jedenfalls hinsichtlich solcher gegenständlich der Selbstverwaltungsgarantie unterfallenden Aufgabenbereiche als europarechtlich fundiert, in welchen mitgliedstaatliche Pflichten begründet werden, die aber positivrechtlich nicht an anderer Stelle den Gemeinden zugewiesen sind.

## VI. Wesentliche Ergebnisse

Es lassen sich somit folgende Ergebnisse festhalten:

- Findet sich nach Auslaufen eines Strom- oder Gaskonzessionsvertrages kein privates Unternehmen, welches zur Fortsetzung des Netzbetriebes bereit ist, so trifft den Staat eine Gewährleistungsverantwortung für den Weiterbetrieb der Netzinfrastruktur im Bereich der Elektrizitäts- und Gasversorgung.
- In Ermangelung einer spezialgesetzlichen Zuweisung der Gewährleistungsverantwortung an die Gemeinden kommt als Grundlage einer solchen Verantwortung nur die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) in Betracht. Zu

deren gegenständlichem Aufgabenbereich gehört innerhalb der Energieversorgung jedenfalls der Betrieb der dazu erforderlichen Netzinfrastruktur.

- Die Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden für die Vorhaltung und den Betrieb der Energienetzinfrastruktur im Bereich der Elektrizitäts- und – nach erfolgter Erschließung – auch der Gasversorgung ergibt sich aus dem modernen Verständnis, dass das Selbstverwaltungsrecht auch eine entsprechende Pflichtenstellung umfasst. Diese im Vordringen begriffene Auffassung von einer Paarung von Selbstverwaltungsrecht und Selbstverwaltungspflicht hat in einigen Bundesländern bereits ihren ausdrücklichen landesverfassungsrechtlichen Niederschlag gefunden (Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt). Der dabei gemachte Vorbehalt der kommunalen Leistungsfähigkeit verpflichtet die Gemeinde zur Anspannung aller Kräfte, notfalls auch zu interkommunaler Zusammenarbeit. Erforderlichenfalls muss der Staat (das Land) die kommunale Leistungsfähigkeit im Rahmen seiner Gewährleistungsverantwortung sicherstellen.
- Die vorstehend beschriebene Gewährleistungsverantwortung wird auch durch europarechtskonforme (richtlinienkonforme) Auslegung der deutschen Normen über die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gestützt: Die Berücksichtigung der in Art. 3 Abs. 3 der Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt-Richtlinien aus den Jahren 2003 und – gesteigert – 2009 niedergelegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten innerhalb des Tatbestandsmerkmals „Verantwortung“ führt zur Anreicherung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie um die Gewährleistungsfunktion für den Betrieb eines Stromversorgungs- und – jedenfalls nach erfolgter Erschließung – eines Gasversorgungsnetzes.

46 BGHZ 179, 27, 34 Rn. 21 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VIII ZR200/05) m. zust. Besprechung durch Pfeiffer, NJW 2009, 412.

Prof. Dr. *Gunther Kühne*, LL.M. (Columbia), Jahrgang 1939, ist emeritierter Professor und ehemaliger Direktor des Instituts für deutsches und internationales Berg- und Energierecht der Technischen Universität Clausthal (1978–2007) sowie Honorarprofessor an der Universität Göttingen (seit 1986). Seine ca. 200 Publikationen erstrecken sich insbesondere auf das Berg- und Energierecht sowie das Wirtschaftsrecht und das internationale Privatrecht.



*Toralf Baumann*, Jahrgang 1969, ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät SCHOLTKA & PARTNER Rechtsanwälte, Berlin. Seine Beratungsschwerpunkte liegen neben dem Konzessionsvertragsrecht im Energiewirtschaftsrecht und im Recht der erneuerbaren Energien sowie im Vergaberecht. Er studierte Rechtswissenschaften in Potsdam und Kiel. *Toralf Baumann* ist Mitautor des im Verlag EW Medien und Kongresse erschienenen Buches „Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung“.



Dr. *Boris Scholtka*, Jahrgang 1967, ist Rechtsanwalt und Partner der auf die Beratung der Energiewirtschaft, Industrie und Infrastrukturunternehmen spezialisierten Sozietät SCHOLTKA & PARTNER Rechtsanwälte, Berlin. Seine Beratungsschwerpunkte umfassen neben dem Konzessionsvertragsrecht weitere Rechtsgebiete des Energierechts, insbesondere das Energiewirtschaftsrecht einschließlich des Regulierungsrechts, die Kraft-Wärme-Kopplung und das Recht der erneuerbaren Energien. Ein weiterer Beratungsschwerpunkt liegt im Energiekartellrecht. Dr. *Scholtka* studierte Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Universität Bayreuth und war wissenschaftlicher Assistent an dem von Prof. Dr. Gunther Kühne geleiteten Institut für internationales Berg- und Energierecht der Technischen Universität Clausthal. 1998 wurde er mit einer Dissertation zum Konzessionsabgabenrecht an der Georg-August-Universität Göttingen promoviert.

