

Lars Koppe

# **(Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes**

Tectum Verlag

Lars Koppe

(Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes

© Tectum Verlag Marburg, 2017

Zugl. Diss. Christian-Albrechts-Universität zu Kiel 2016

ISBN: 978-3-8288-3876-5

Druck und Bindung: CPI buchbücher.de, Birkach

Printed in Germany

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

[www.tectum-verlag.de](http://www.tectum-verlag.de)



### **Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b>	<b>1</b>
I. Einführung in das Thema .....	1
II. Gang der Untersuchung .....	5
<b>B. Kommunale Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge im Hinblick auf den Energienetzbetrieb</b>	<b>8</b>
I. Ausgangslage der Kommune .....	8
1. Rechtliche Vorgaben zur Privatisierung oder (Re-)Kommunalisierung ...	8
2. Kommunales Selbstverwaltungsrecht .....	9
a) Reichweite der verfassungsrechtlichen Garantie gem. Art. 28 Abs. 2 GG .....	9
b) Gesetzesvorbehalt bzw. Einschränkungsmöglichkeit .....	10
3. Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung .....	11
II. Ergebnis .....	13
<b>C. Einräumung des Wegenutzungsrechts durch die Kommune gem. § 46 EnWG</b>	<b>14</b>
I. Rahmenbedingungen .....	14
1. Natürliche Monopolstellung .....	14
2. Konzessionsvertrag .....	15
3. Einstufung des Wegenutzungsrechts .....	17
a) Kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne der §§ 97 ff. GWB .....	18
b) Erfüllung der Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession .....	19
4. Die Kommune in einer „Doppelrolle“ .....	22
a) Gesetzliche Verfahrensvorgaben .....	23
aa) Information über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes gem. § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG .....	23
bb) Bekanntmachung gem. § 46 Abs. 3 S. 1 und S. 2 EnWG .....	25
cc) Angabe maßgeblicher Entscheidungsgründe gem. § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG .....	27
b) Auftreten der Kommune als Energienetzbetreiberin .....	28
5. Mitwirkung einzelner Kommunalvertreter .....	29
6. Genehmigung des Netzbetriebes gem. § 4 EnWG .....	30

7. Überlassung der Netzanlage an den kommunalen Netzbetreiber gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG .....	31
8. Kaufpreis- bzw. Pachtzinsbestimmung.....	33
II. Zwischenfazit.....	36
III. Wettbewerbsorientierte Vorgaben.....	36
1. Teilweise vertretene Auffassung: Extensiver Entscheidungsspielraum.....	37
2. Unionsrechtliche, verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Vorgaben.....	39
a) Vorgaben durch das Unionsrecht .....	40
aa) Primärrechtlich.....	41
(1) Unionales Kartellrecht gem. Art. 101 ff. AEUV.....	41
(a) Unternehmensbegriff.....	41
(b) Marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt .....	42
(2) Grundfreiheiten.....	43
bb) Sekundärrechtlich.....	44
(1) Die neuen Vergaberichtlinien .....	44
(2) Bewertung der Richtlinie über die Konzessionsvergabe .....	46
(a) Anwendbarkeit.....	46
(b) Ausschluss wegen Art. 10 Abs. 1 UAbs. KVR .....	46
(c) Ausschluss wegen Art. 10 Abs. 8 a) KVR .....	47
(d) Kein Gegenargument: Art. 10 Abs. 2 UAbs. KVR.....	48
(e) Erwägungsgrund 16 der KVR.....	48
b) Vorgaben durch das Verfassungsrecht.....	49
aa) Grundrechte privater Energienetzbetreiber gem. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG .....	49
bb) Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG .....	51
c) Vorgaben durch einfache Gesetze .....	52
aa) Energiewirtschaftsrecht .....	52
(1) § 46 Abs. 1 EnWG.....	52
(2) § 46 Abs. 2 EnWG.....	55
(3) § 46 Abs. 3 EnWG.....	55
(4) § 46 Abs. 4 EnWG.....	56
bb) Kartellrecht .....	57
(1) 8. GWB-Novelle.....	57
(2) § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB.....	58
(a) Unternehmensbegriff.....	58
(b) Marktbeherrschende Stellung .....	59
d) Vereinbarkeit mit der kommunalen Selbstverwaltung.....	61

3. Zwischenfazit .....	62
IV. Ergebnis .....	63
<b>D. Kommunalwirtschaftsrechtliche Voraussetzungen für eine (Re-)Kommunalisierung</b>	<b>65</b>
I. Maßgaben energienetzwirtschaftlicher Betätigung und damit verbundene Grenzen.....	65
1. Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit.....	66
2. Schrankentrias .....	67
a) Öffentlicher Zweck.....	68
b) Leistungsfähigkeit.....	70
c) Subsidiaritätsklausel.....	71
3. Fakultative Organisationsformen.....	73
a) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen.....	74
aa) Anstalt des öffentlichen Rechts bzw. Kommunalunternehmen.....	74
bb) Eigenbetrieb .....	76
cc) Regiebetrieb .....	78
dd) Kommunale Gemeinschaftsarbeit .....	79
(1) Zweckverband .....	79
(2) Gemeinsame kommunale Anstalten .....	80
b) Privatrechtliche Organisationsformen .....	80
aa) Eigengesellschaft.....	80
(1) Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....	81
(2) Aktiengesellschaft.....	82
(3) GmbH und Co. KG .....	83
(4) Weitere Eigengesellschaften .....	84
bb) Gemeinschaftsunternehmen .....	84
cc) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen.....	86
(1) Trennung der Verfahren .....	88
(2) Bündelung der Verfahren .....	89
dd) Sonstige Netzbetreibermodelle .....	91
II. Ergebnis .....	92
<b>E. Geltung der Regeln für ein Inhouse-Geschäft bei einer (Re-)Kommunalisierung trotz § 46 Abs. 4 EnWG?</b>	<b>94</b>
I. Anerkennung durch den EuGH im Vergaberecht .....	96
1. Teckal-Entscheidung und Kriterien .....	96
2. Fortentwicklung der Rechtsprechung .....	97

II. Anerkennung durch den EuGH bei der Einräumung einer Dienstleistungskonzession.....	97
III. Übertragung dieser anerkannten Grundsätze auf eine kommunale Wegenutzungsrechtseinräumung in Deutschland.....	98
1. Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums.....	99
2. Schilderpräge-Rechtsprechung.....	101
3. Regelungsinhalt des § 46 EnWG.....	105
a) Wortlaut.....	105
b) Systematik .....	105
aa) Privatisierungszwang .....	105
bb) Erst-recht-Schluss .....	106
cc) § 46 Abs. 4 EnWG .....	108
c) Sinn und Zweck.....	110
d) Keine andere Sichtweise wegen Art. 28 Abs. 2 GG.....	114
4. Reichweite des Ausschlusses von Inhouse-Geschäften .....	115
IV. Ergebnis .....	117
<b>F. Die Auswahlkriterien einer Kommune bei der Wegenutzungsrechtseinräumung</b>	<b>119</b>
I. Ziel der kommunalen Gebietskörperschaft bei Teilnahme: Obsiegen des eigenen Netzbetriebes im wettbewerblichen Auswahlverfahren.....	119
II. Kriterien gem. § 46 Abs. 3 S. 5 i. V. m. § 1 EnWG.....	120
1. Auslegung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG.....	121
a) Wortlaut.....	122
b) Systematik .....	124
c) Sinn und Zweck.....	125
d) Zwischenfazit.....	125
e) Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG .....	126
2. Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG.....	127
III. Die einzelnen entscheidungserheblichen Kriterien .....	130
1. Fiskalische Interessen der Kommune .....	131
2. Arbeitsplätze und § 613a BGB .....	133
3. Unternehmenssitz in der Gebietskörperschaft.....	135
4. Einfluss- und Mitgestaltungsmöglichkeit .....	137
5. Vorantreiben erneuerbarer Energien .....	140
6. Effizienzwerte.....	142
7. Konzessionsvertragslaufzeit .....	144

IV. Festlegungszeitpunkt und Änderungen der Auswahlkriterien.....	145
V. Pattsituation .....	147
1. Kein Auswahlermessen der ausschreibenden Selbstverwaltungskörperschaft .....	147
2. Altkonzessionär und die Beachtung von Grundrechten .....	150
VI. Ergebnis .....	152
<b>G. Behördliche Maßnahmen und Rechtsschutz unterlegener     Bewerber bei rechtswidriger (Re-)Kommunalisierung</b>	<b>153</b>
I. Behörden.....	153
1. Bundesnetzagentur und kumulatives Tätigwerden eines Zivilgerichts .....	153
2. Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden.....	164
3. Kommunalaufsicht .....	171
II. Private Energienetzbetreiber .....	172
1. Unterlassungsanspruch zur Verhinderung eines Vertragsabschlusses.....	173
2. Anspruch auf Aufhebung eines abgeschlossenen Vertrages .....	176
3. Nichtigkeit des Konzessionsvertrages gem. § 134 BGB oder § 138 BGB.....	176
4. Rügezeitpunkt .....	180
5. Rechtsweg, Zuständigkeit des Gerichts und Klageart .....	185
III. Rechtsfolgen .....	187
1. Einrede des Altkonzessionärs .....	187
2. Erneute Durchführung eines Auswahlverfahrens.....	189
IV. Ergebnis .....	189
<b>H. Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse</b>	<b>192</b>
<b>I. Annex</b>	<b>197</b>
<b>J. Literaturverzeichnis</b>	<b>199</b>