

Lars Koppe

(Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes

Tectum Verlag

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Einführung in das Thema	1
II. Gang der Untersuchung.....	5
B. Kommunale Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge im Hinblick auf den Energienetzbetrieb	8
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
C. Einräumung des Wegenutzungsrechts durch die Kommune gem. § 46 EnWG	14
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
D. Kommunalwirtschaftsrechtliche Voraussetzungen für eine (Re-)Kommunalisierung	65
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
E. Geltung der Regeln für ein Inhouse-Geschäft bei einer (Re-)Kommunalisierung trotz § 46 Abs. 4 EnWG?	94
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
F. Die Auswahlkriterien einer Kommune bei der Wegenutzungsrechtseinräumung	119
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
G. Behördliche Maßnahmen und Rechtsschutz unterlegener Bewerber bei rechtswidriger (Re-)Kommunalisierung	153
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
H. Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	192
I. Annex	197
J. Literaturverzeichnis	199