

Lars Koppe

(Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes

Lars Koppe

**(Re-)Kommunalisierung
des Strom- und Gas-
versorgungsnetzbetriebes**

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: 978-3-8288-6621-8

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter
der ISBN 978-3-8288-3876-5 im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

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.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen.

An erster Stelle möchte ich mich herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Florian Becker, LL.M., für die Anregung dieses Dissertations-themas und die ausgezeichnete Betreuung bedanken. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang insbesondere die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Meine fünfjährige Arbeitstätigkeit an seinem Lehrstuhl – zunächst als studentische und später als wissenschaftliche Hilfskraft – war eine äußerst erfahrungsreiche Zeit, die mich sehr geprägt hat. Ferner danke ich Herrn Prof. Dr. Sebastian Graf von Kielmansegg für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Weiterhin gebührt meinen Eltern, Ralf und Elke Koppe, ein riesiger Dank. Diese haben mich während meines Studiums und meiner Promotionsphase in materieller und immaterieller Hinsicht außerordentlich unterstützt. Außerdem danke ich Anja Koppe, Anita Goos und Christian Dethlefs für jedwede Unterstützung. Mein Dank gilt zudem noch meinen Freunden, Dr. Carsten Groth und Niklas Sievers, für die einzigartige Studien- und Promotionszeit.

In der Dissertation wurde die Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Oktober 2015 berücksichtigt. Danach folgte ein Gesetzentwurf der Bundesregierung im Hinblick auf die Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG, auf den am Ende dieser Arbeit im Rahmen eines kurzen Annexes eingegangen wird.

Kronshagen, im August 2016

Lars Koppe

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)	Privatisierungzwang	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

A. Einleitung

I. Einführung in das Thema

Im Bereich der Energieversorgung ist nicht zuletzt aufgrund diverser Novellen des EnWG in den vergangenen Jahren¹ allerhand in Bewegung gekommen. Insbesondere die Voraussetzung für die energetische Versorgung², nämlich die Einräumung eines öffentlichen Wegenutzungsrechts gem. § 46 Abs. 2 EnWG, stellte und stellt derzeit weiterhin bundesweit viele kommunale Selbstverwaltungskörperschaften vor eine große juristische Herausforderung. Hierbei geht es um ein Recht, welches die zuständige kommunale Gebietskörperschaft in Form eines Wegenutzungsvertrages³ einem kommunalen oder privaten Energienetzbetreiber einräumt. Dieser wird dann dazu befähigt, das unterirdisch verlegte Strom- und Gasversorgungsnetz der jeweiligen Kommune gegen Zahlung von Konzessionsabgaben⁴ zu betreiben, damit durch das Netz der Endverbraucher mit Strom und Gas beliefert werden

¹ Folgende sind zu nennen: Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.04.1998, BGBl. I, S. 730; Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 07.07.2005, BGBl. I, S. 1970; Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26.07.2011, BGBl. I, S. 1554.

² Eine genaue Differenzierung im Bereich der Energieversorgung ist spätestens seit der Einführung der Entflechtungsvorschriften im Jahr 2005 gem. §§ 6 ff. EnWG zwingend geboten, da die „Versorgung“ als Obergriff anzusehen ist.

³ Sofern ein Eigenbetrieb den Netzbetrieb durchführt, wird ein derartiger Vertrag nicht abgeschlossen, sondern die Wegenutzung durch eine kommunale Satzung oder einen Beschluss festgelegt, *Greb*, KommP spezial 2011, S. 93 (94); *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (357).

⁴ Geregelt in der Konzessionsabgabenverordnung (KAV). Legaldefiniert sind die Konzessionsabgaben in § 1 Abs. 2 KAV.

kann.⁵ Die meisten solcher Verträge,⁶ im Besonderen daher auch solche, die mit privaten Energienetzbetreibern geschlossen wurden, laufen aufgrund einer Laufzeitbefristung nach dem heutigen § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG nunmehr aus. Hieraus ergibt sich eine ideale Möglichkeit für die Gemeinden, den Betrieb des Strom- und Gasversorgungsnetzes zu (re-)kommunalisieren.

Der Begriff (Re-)Kommunalisierung beschreibt eine Neuorientierung der Gemeinde in dem Sinne, dass der bisherige private Netzbetreiber verdrängt wird und nun die kommunale Gebietskörperschaft selbst oder aber zumindest ein Unternehmen, welches mit Mehrheitsanteilen durch diese beherrscht wird, die Netze zurückkauft und den Betrieb übernimmt.⁷ Der Unterschied zur Kommunalisierung⁸ liegt lediglich darin, dass bei dieser die Gemeinde erstmalig seit Vorhandensein des Netzes als Betreiber auftritt.⁹ Während gerne von einem (Re-)Kommunalisierungstrend gesprochen wird,¹⁰ sind aktuelle empiri-

⁵ Der Netzbetreiber ist gem. § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG verpflichtet, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist.

⁶ Es wird geschätzt, dass es sich ungefähr um 20.000 Verträge handelt, Gemeinsamer Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 1.

⁷ Siehe *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 23 ff.; *Budäus/Hilgers*, DÖV 2013, S. 701 (702); *von Hoff*, VergabeR 2013, S. 395 (395); *Meyer-Gohde/Meinshausen/Schierenbeck/von Flotow*, ZögU, Bd. 36 (2013), S. 17 (18); *Burgi*, NdsVBl. 2012, S. 225 (225); *Menges/Müller-Kirchenbauer*, ZfE 2012, S. 51 (67).

⁸ Abgegrenzt werden muss hier zu den Aufgaben, welche von dem staatsunmittelbaren Verwaltungskonstrukt auf die Kommunen überführt werden, dazu *Henkel*, Die Kommunalisierung von Staatsaufgaben, 2010, S. 29 ff.; *Burgi*, NdsVBl. 2012, S. 225 (225).

⁹ *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 84. Eine Kommunalisierung liegt jedoch selten vor, da historisch gesehen die netzgebundene Versorgung mit Energie ursprünglich durch die Gemeinden errichtet wurde, *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 84. Laut *Jacob*, RdE 2011, S. 212 (214), ist die Bezeichnung „Rekommunalisierung“ „nur zutreffend in Sonderfällen, wo ein zunächst kommunal betriebenes, später privatisiertes Netz wieder in kommunale Trägerschaft zurückgeführt wird. Weit häufiger sind Kommunalisierungen von Ortsnetzen, die originär durch ein privates oder gemischtwirtschaftliches Unternehmen aufgebaut wurden und bisher noch nie [!] in rein kommunaler Hand waren.“

¹⁰ Allgemein hierzu *Bauer*, DÖV 2012, S. 329 (329 f.).

sche Zahlen der (Re-)Kommunalisierungen, die sich auf das gesamte Bundesgebiet erstrecken, im Hinblick auf den Netzbetrieb nicht bekannt.¹¹

Die Beweggründe einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft für das Betreiben der Energienetze sind vielfältig. Beispielsweise werden seitens der Kommunen das Begehr nach einem eigenen Netzbetreiberunternehmen, das finanzielle Interesse an kommunalen Einnahmen, die stärkere Berücksichtigung regenerativer Energien, der kommunale Einfluss auf ein Energieversorgungsunternehmen, aber auch die Unzufriedenheit mit der bisherigen Leistungserbringung als Motive genannt.¹² Eine Gemeinde sollte daher die Bürgerzufriedenheit nicht außer Acht lassen, wenn eine Abwägung stattfindet, ob die kommunale Gebietskörperschaft die örtlichen Verteilnetze zukünftig wieder selbst betreiben soll oder nicht.¹³ Die Bürgerinnen und Bürger können durch Wahlen auf die wirtschaftliche Betätigung der örtlichen Gebietskörperschaft mittelbaren Einfluss nehmen.¹⁴ Mediale Aufmerksamkeit im Hinblick auf die (Re-)Kommunalisierung der Strom- und Gasversorgungsnetze erlangten vor allem die Städte Berlin, Hamburg und Stuttgart, bei denen entsprechende Bürgerbegehren mit unterschiedlichen Ausgängen initiiert wurden.¹⁵ Während es in Hamburg schlussendlich zu einem erfolgreichen Bürgerentscheid kam,¹⁶ sind in Berlin nicht die erforderlichen Stimmen erreicht worden und angesichts des Entscheides in Stuttgart mussten sich sogar die Verwaltungsgerichte im Vorwege mit der Zulassung der Abstimmung beschäftigen.¹⁷ Diese setzten sich mit der Materie allerdings nicht grundlos auseinander. Zwar wurde in den vergangenen Jahren teilweise noch vertreten,¹⁸ dass sich die Gemeinden bei einem (Re-)Kommunalisierungsvorhaben mehr oder weniger problemlos selbst konzessionieren dürfen, um den Netzbetrieb in Zukunft

¹¹ So ebenfalls *Budäus/Hilgers*, DÖV 2013, S. 701 (703); *Schotten*, VergabeR 2013, S. 352 (352).

¹² Hierzu *Guckelberger*, VerwArch, Bd. 104 (2013), S. 161 (163 ff.); *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 22; vgl. auch *Stirn*, KommJur 2011, S. 48 (48 ff.); *Engartner*, ZögU, Bd. 32 (2009), S. 339 (352), der die Motive im Falle einer (Re-)Kommunalisierung im Bereich der Entsorgung aufgelistet hat.

¹³ *Leisner-Egensperger*, NVWZ 2013, S. 1110 (1112).

¹⁴ *Landsberg*, Wirtschaftsdienst 2013, S. 83 (84).

¹⁵ Auch in anderen Städten kam es in der Vergangenheit zu Bürgerbegehren, hierzu *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 89.

¹⁶ Siehe hierzu *Holznagel*, NordÖR 2014, S. 301 (301 ff.).

¹⁷ VG Stuttgart, Beschluss vom 29. April 2013, Az. 7 K 1016/13. Bestätigt durch VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 22.08.2013, Az. 1 S 1047/13.

¹⁸ *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 218; *Templin*, IR 2009, S. 125 (125, 127); *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (357 f.).

selbst durchzuführen. Einer derartig extensiven Entscheidungsbefugnis der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft stehen aber mittlerweile erhebliche unions- und verfassungsrechtliche, aber auch einfachgesetzliche Regelungen entgegen, was in jüngster Zeit durch die zivil- und verwaltungsgerechtliche Rechtsprechung¹⁹ bestätigt wurde, da sich aufgrund des Auslaufens der Wegenutzungsverträge nun auch vermehrt die Gerichte mit der Umsetzung einer (Re-)Kommunalisierung im Hinblick auf den Energienetzbetrieb auseinandersetzen müssen. Außerordentlich prägend sind die beiden Urteile des *BGH* vom 17.12.2013,²⁰ welche die Handlungsspielräume der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft für viele überraschend eingeschränkt haben. Mithin ist eine rechtmäßige (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes nicht mit einer einfachen Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG möglich. Daher urteilte das *VG Stuttgart* das Ziel des dortigen Bürgerbegehrens als rechtswidrig, da ein erfolgreicher Bürgerentscheid dazu geführt hätte, dass § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG und die kartellrechtlichen Vorschriften nicht beachtet worden wären.²¹

Die Intention des Gesetzgebers im Rahmen der EnWG-Novelle im Jahr 2005 war insbesondere mit den Entflechtungsvorschriften gem. §§ 6 ff. EnWG das praktische Problem der Quersubventionen vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen²² zu unterbinden.²³ Das örtliche Verteilnetz ist im Regelfall nur einmal vorhanden und stellt daher ein „exklusives Gut“²⁴ dar, welches als natürliches Monopol²⁵ angesehen werden muss.

¹⁹ Siehe beispielsweise *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/3 (V); *LG Köln*, Urteil vom 06.06.2014, Az. 90 O 169/13; *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12; *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 04.02.2013, Az. VII-Verg 31/12; *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12; *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/22; *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12.

²⁰ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12 = BGHZ 199, 289.

²¹ *VG Stuttgart*, Beschluss vom 29.04.2013, Az. 7 K 929/13, juris-Rn. 34.

²² Also solche, die nicht nur im Bereich der Energieerzeugung, sondern auch Energielieferung tätig sind, siehe *Sodan*, LKV 2013, S. 433 (434); *Britsch/Küper*, Grundsätze der Entflechtung, in: PricewaterhouseCoopers AG WPG (Hrsg.), Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, 2. Auflage, 2008, S. 10.

²³ BT-Drs. 15/3917, S. 51 (linke Spalte).

²⁴ So das *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 140.

²⁵ *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 117; *Funke*, KSzW 2011, S. 249 (249).

Bei einer Übernahme des Netzbetriebes darf eine kommunale Gebietskörperschaft nicht unterschätzen, dass dabei auch nicht unerhebliche finanzielle Mittel aufgewendet werden müssen und wirtschaftliche Risiken bestehen.²⁶ Hinter einer (Re-)Kommunalisierung steckt nicht nur eine einmalige Entscheidung, sondern eine solche stellt vielmehr einen langwierigen Prozess dar.²⁷

Die kommunale Gebietskörperschaft muss aber überhaupt i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG auf rechtmäßige Art und Weise das Netz vom bisherigen Konzessionsnehmer erhalten.²⁸ Zunächst muss nämlich ein Verfahren stattfinden, welches in § 46 EnWG aber nur rudimentär geregelt ist. Der Gesetzgeber hat für die Einräumung eines Wegenutzungsrechts beispielsweise eine Bekanntmachungspflicht gem. § 46 Abs. 3 S. 1 und S. 2 EnWG erlassen. Ein detailliertes Verfahren, welches den Kommunen bei Einhaltung einer rechtssicheren Vergabe ermöglicht, ist nicht in § 46 EnWG geregelt.²⁹ Aus diesem Grund können die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften dem Gesetz nicht explizit entnehmen, ob und inwieweit sie den Netzbetrieb wieder selbst in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form ausführen dürfen.

II. Gang der Untersuchung

Zunächst soll in der Arbeit auf die Ausgangslage einer Gemeinde hinsichtlich des örtlichen Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes eingegangen werden. Danach werden die Rahmenbedingungen aufgezeigt, wenn eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft ihrem eigenen Netzbetrieb ein Wegenutzungsrecht i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG einräumen möchte. Hierbei ist insbesondere das Wegenutzungsrecht juristisch einzustufen und es ist auf die „Doppelrolle“ der Kommune einzugehen, wenn deren Absicht eine (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes ist. Maßgeblich dafür ist im Wesentlichen § 46 EnWG. Anschließend soll untersucht werden, an welche wettbewerbsorientierten Vorgaben eine Kommune gebunden ist, wenn diese ein Wegenutzungsrecht einräumen möchte. Hier muss vor allem herausgearbeitet werden, ob und inwieweit unionsrechtliche, verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Vorgaben bestehen, um festzustellen, welche Auswirkungen die Grundsatzurteile des BGH vom 17.12.2013³⁰ bezüglich der Möglichkeit den Energienetzbetrieb zu (re-)kommunalisieren gehabt haben. In diesem Zusammenhang soll im Besonderen auch eine Antwort auf die Frage gefunden werden, ob ein energiewirtschaftliches Wegenutzungsrecht von der

²⁶ Dazu Steckert, RdE 1996, S. 94 (98).

²⁷ Menges/Müller-Kirchenbauer, ZfE 2012, S. 51 (54).

²⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 65.

²⁹ Sodan, LKV 2013, S. 433 (437).

³⁰ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12.

Richtlinie 2014/23/EU³¹ erfasst wird. Weiterhin ist zu untersuchen, welche kommunalwirtschaftlichen Voraussetzungen für eine (Re-)Kommunalisierung des Energiemetzbetriebes erforderlich sind. Neben der Schrankentrias sollen dabei gleichfalls fakultative Organisationsformen beleuchtet werden, welche für eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft in Betracht kommen könnten. Ein besonderes Augenmerk wird das gemischtwirtschaftliche Unternehmen und die Klärung erhalten, ob im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung ein getrenntes oder gebündeltes Verfahren stattzufinden hat, wenn das gemischtwirtschaftliche Unternehmen die gewünschte Organisationsform der Kommune ist.

Im Weiteren wird zu untersuchen sein, ob die durch den *EuGH* anerkannten Regeln eines Inhouse-Geschäfts aus dem Vergaberecht ebenso bei einer (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes gelten. Entscheidend wird es darauf ankommen, ob eine Übertragung dieser Regeln auf die Wegenutzungsrechtseinräumung in Deutschland möglich ist. Einzugehen sein wird an dieser Stelle insbesondere auf den Regelungsgehalt des § 46 EnWG.

Ein weiterer und wichtiger Aspekt stellt für eine kommunale Gebietskörperschaft, welche nach Vertragsablauf den Strom- und Gasversorgungsnetzbetrieb übernehmen möchte, die Festlegung der Auswahlkriterien dar. Das zentrale und aktuell viel diskutierte Problem ist, ob neben den Zielen des § 1 EnWG, auf welchen der § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG Bezug nimmt, weitere, dort nicht aufgezählte Ziele, als Auswahlkriterien zulässig sind. Ferner wird auf einzelne entscheidungserhebliche Auswahlkriterien näher einzugehen sein, um zu klären, welche von diesen überhaupt zulässig sind. In diesem Zusammenhang soll festgestellt werden, bis zu welchem Zeitpunkt Kriterien festgelegt werden müssen und unter welchen Umständen diese gegebenenfalls geändert werden können. Anschließend ist noch zu beurteilen, wie eine Kommune vorzugehen hat, wenn eine Pattsituation vorliegt, an welcher ihr Unternehmen beteiligt ist. Es ist herauszufinden, ob die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft ihr eigenes Unternehmen dann bevorzugen darf, um diesem das Wegenutzungsrecht einzuräumen.

Am Ende dieser Arbeit werden die behördlichen Maßnahmen und der Rechtsschutz unterlegener Bewerber im Falle einer rechtswidrigen (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes zu behandeln sein. Hier kommt ein behördliches Eingreifen der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes bzw. der Landeskartellbehörden und der Kommunalaufsicht in Betracht. Darüberhinaus ist zu untersuchen, welche Ansprüche ein privater Energiemetzbetreiber haben könnte, der im Verfahren unterlegen ist.

³¹ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. (EU) Nr. L 94, S. 1-64.

Die viel diskutierte Frage, ob eine Rügepflicht für einen privaten Netzbetreiber besteht, soll an dieser Stelle nachgegangen und beantwortet werden. Außerdem werden die Rechtsfolgen zu ermitteln sein, wenn die (Re-)Kommunalisierung des Energiennetzbetriebes rechtswidrig erfolgt.

B. Kommunale Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge im Hinblick auf den Energienetzbetrieb

I. Ausgangslage der Kommune

1. Rechtliche Vorgaben zur Privatisierung oder (Re-)Kommunalisierung

In einem ersten Schritt ist zu erwägen, ob und wenn ja, in welchem Ausmaß die Entscheidung einer kommunalen Gebietskörperschaft, einem privaten Energienetzbetreiber oder einem kommunalen Unternehmen³² das Wegenutzungsrecht einzuräumen, unions- oder nationalrechtlich vorgegeben ist. Aus dem europäischen Primärrecht lässt sich insoweit jedoch nicht ableiten, ob die Wahrnehmung einer Aufgabe dem Staat oder der privaten Wirtschaft zukommen soll.³³ Fasst eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft jedoch den Entschluss in einem solchen Bereich tätig zu werden, der wettbewerbsorientiert ausgerichtet ist, so ist sie grundsätzlich den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des AEUV unterworfen, wozu insbesondere ein diskriminierungsfreies Verhalten zählt.³⁴ Wird das nationale Recht betrachtet, führt dies zu keinem anderen Ergebnis, weil aus dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel selbst Art. 28 Abs. 2 GG keinen Anstoß in Richtung

³² Sofern in dieser Arbeit ein kommunales Unternehmen erwähnt wird, sind damit sämtliche Organisationsformen gemeint, die nach dem jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen von einer Gemeinde für die Ausübung des Energienetzbetriebes gewählt werden können. Der Vereinfachung wegen werden der Regie- und Eigenbetrieb im Regelfall nicht gesondert erwähnt.

³³ Burgi, NdsVBl. 2012, S. 225 (227); vgl. hierzu Art. 14 AEUV und Art. 4 Abs. 2 EUV.

³⁴ Burgi, NdsVBl. 2012, S. 225 (227); siehe auch Art. 106 Abs. 1 AEUV.

(Re-)Kommunalisierung gibt.³⁵ Dieser enthält nicht das Gebot, dass eine Kommune den Netzbetrieb auch selbst auszuführen hat.³⁶ Jedenfalls ergibt sich aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht kein (Re-)Kommunalisierungzwang.³⁷ Der Wortlaut und auch die Systematik des Art. 28 Abs. 2 GG lassen keinen Rückschluss darauf zu, ob und wenn ja, wie eine kommunale Gebietskörperschaft in dem Bereich der Energieversorgung handeln darf.³⁸ Im Endeffekt sind also die einfachgesetzlichen Regelungen für die Frage maßgeblich, ob eine (Re-)Kommunalisierung in Betracht kommt³⁹ und dies gilt natürlich ebenfalls im Rahmen einer kommunalen Übernahme des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes.⁴⁰ Hierbei stehen das EnWG, das GWB und die landesrechtlichen kommunalwirtschaftlichen Vorschriften im Mittelpunkt der Überlegungen.

2. Kommunales Selbstverwaltungsrecht

a) Reichweite der verfassungsrechtlichen Garantie gem. Art. 28 Abs. 2 GG

Die Verfassung enthält also aufgrund des Art. 28 Abs. 2 GG nicht die Pflicht, wohl aber die rechtliche Kompetenz, um eine (Re-)Kommunalisierung vorzunehmen.⁴¹ Das *BVerfG* erklärt, dass „die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften“ gehört.⁴² Nach Aussage des *BVerwG* zählt die kommunale Energieversorgung „zu den durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gewährleisteten Selbstverwaltungsangelegenheiten örtlich relevanten Charakters“⁴³ und „wie immer auch die örtliche Stromversorgung durchgeführt wird,

³⁵ *Burgi*, NdsVBl. 2012, S. 225 (227); vgl. auch *Löwer*, Energieversorgung und gemeindliche Selbstverwaltung, in: *Ipsen/Tettinger* (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der kommunalen Energieversorgung, 1992, S. 29 (39); *Löwer*, RdE 1992, S. 85 (89).

³⁶ *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 81.

³⁷ Zu diesem Ergebnis kommt *Schmidt*, DÖV 2014, S. 357 (359).

³⁸ *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 218.

³⁹ *Burgi*, NdsVBl. 2012, S. 225 (227).

⁴⁰ *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 85.

⁴¹ Vgl. *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, S. 1110 (1115 m.w.N.); ausführlich zur kommunalen Selbstverwaltung und der damit verknüpften Daseinsvorsorge siehe *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 132 ff.

⁴² *BVerfG*, NJW 1990, S. 1783 (1783).

⁴³ *BVerwGE* 98, 273 (275); zum Tatbestandsmerkmal der Örtlichkeit siehe *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 50, 131; *Schmidt*, DÖV 2014,

so unterfällt jedenfalls die Entscheidung hierüber der gemeindlichen Selbstverwaltung.⁴⁴ So weist der *BGH* in seinen jüngeren Entscheidungen nochmals darauf hin, dass die Energieversorgung unter die kommunale Selbstverwaltung i.S.d. Art. 28 Abs. 2 GG fällt.⁴⁵ Der Betrieb des örtlichen Strom- und Gasnetzes ist darunter dann zu subsumieren,⁴⁶ weil der Gesetzgeber mit § 46 EnWG ausdrücklich festgehalten hat, dass die Kommunen die Wegenutzungsrechtseinräumung vorzunehmen haben⁴⁷ und damit einhergehende Konzessionsverträge abschließen.⁴⁸ § 46 Abs. 2 bis Abs. 4 EnWG dient im Hinblick auf die Energienetze dazu, dass eine kommunale Gebietskörperschaft den zukünftigen Netzbetreiber auswählen darf, um dieses kommunale Selbstverwaltungsrecht zu gewährleisten.⁴⁹ Eine Bestandsgarantie für kommunale Energieversorgungsunternehmen bietet Art. 28 Abs. 2 GG allerdings nicht.⁵⁰

b) Gesetzesvorbehalt bzw. Einschränkungsmöglichkeit

Das Recht der kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG wird indessen nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern diese verfassungsrechtliche Regelung hält zugleich fest, dass das Recht, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln, lediglich „im Rahmen der Gesetze“ gilt.⁵¹ Dabei handelt es sich somit um einen Gesetzesvorbehalt.⁵² Im Hinblick auf die Energieversorgungsnetze geht die Rechtsprechung davon

S. 357 (362); *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, S. 1110 (1115); *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 194 ff.; *Britz*, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, 1994, S. 144; speziell zur Frage der Unternehmensfähigkeit außerhalb des kommunalen Territoriums siehe *Heintzen*, NVwZ 2000, S. 743 (743 ff.).

⁴⁴ *BVerwGE* 98, 273 (276); siehe ferner *BVerwGE* 122, 157 (162 f.).

⁴⁵ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 40 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 31 m.w.N.

⁴⁶ Siehe *Bringewat*, ZUR 2013, S. 82 (87).

⁴⁷ *Hoch/Theobald*, KSzW 2011, S. 300 (303); auf jeden Fall ist davon auszugehen, dass der Energienetzbetrieb von Art. 28 Abs. 2 GG erfasst ist, siehe *Templin*, VerwArch, Bd. 100 (2009), S. 529 (537 m.w.N.).

⁴⁸ *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 67. EL 2012, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93 m.w.N.

⁴⁹ *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 83.

⁵⁰ *Schmidt-Preuß*, Energieversorgung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV, 3. Auflage, 2006, § 93 Rn. 39.

⁵¹ In Bezug auf § 46 EnWG siehe beispielsweise *Sodan*, LKV 2013, S. 433 (437).

⁵² *BVerfGE* 79, 127 (143); nähere Ausführungen dazu von *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 67. EL 2012, Art. 28 Abs. 2 Rn. 103 ff.

aus, dass die kommunale Selbstverwaltung beschränkt werden kann.⁵³ Das kommunale Selbstverwaltungsrecht wird also durch den Gesetzgeber weiter ausgestaltet und geformt, wobei er jedoch nicht völlig frei handeln darf.⁵⁴ Der Kernbereich des gewährleisteten Selbstverwaltungsrechts schränkt ihn in seinem Handeln ein, weil demnach „der Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht ausgehöhlt werden [darf]“.⁵⁵ Es gibt keinen Aufgabenkatalog, der nach gewissen Kriterien erstellt werden könnte, um diesen Kernbereich zu bestimmen.⁵⁶ Der Betrieb eines Netzes gehört jedenfalls nicht zu diesem Kernbereich.⁵⁷ Die prinzipielle wirtschaftliche Betätigung einer Kommune ist vom Kernbereichsschutz zwar erfasst, aber nicht deren konkrete Form.⁵⁸

3. Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung

Kommunen haben eine bestimmte Verantwortung hinsichtlich des Energieernetzbetriebes. Beim Betrieb eines Strom- und Gasversorgungsnetzes muss zwischen der Erfüllungs- und der Gewährleistungsverantwortung differenziert werden. Die kommunalen Gebietskörperschaften können die Aufgabenerfüllung selbst vornehmen oder diese auf Private übertragen.⁵⁹ Der Staat gewährleistet eine entsprechende Aufgabenerfüllung, sofern ein privates Ener-

⁵³ VG Stuttgart, Beschluss vom 29.04.2013, Az. 7 K 929/13, juris-Rn. 32.

⁵⁴ BVerfGE 79, 127 (143).

⁵⁵ BVerfGE 79, 127 (143, 146).

⁵⁶ BVerfGE 107, 1 (12); ausführlich zur Bestimmung des Kernbereichs siehe Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 228 ff.; Kühne, Zur Kernbereichsermittlung bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, in: Frank/Langrehr (Hrsg.), Die Gemeinde, FS für Heiko Faber, 2007, S. 35 (35 ff.).

⁵⁷ Bucher, (Re-)Kommunalisierung der Energieversorgung in Deutschland und den USA, 2013, S. 23; Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 65; vgl. auch BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 41; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 32; Büdenbender, DVBl. 2012, S. 1530 (1538).

⁵⁸ Mehde, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 67. EL 2012, Art. 28 Abs. 2 Rn. 116; Schink, NVwZ 2002, S. 129 (133).

⁵⁹ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 81; vgl. auch Theobald, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 1 Rn. 151; Theobald, DÖV 2009, S. 356 (358); sehr kommunalfreundlich hinsichtlich der Entscheidung einer örtlichen Gebietskörperschaft, ob lediglich eine Gewährleistungs- oder gar Erfüllungsverantwortung übernommen werden soll, VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 101.

gieversorgungsunternehmen den Netzbetrieb ausführt.⁶⁰ Sicher gestellt wird eine Gewährleistung der Aufgabenerfüllung dann mittels vertraglicher Regelungen.⁶¹ Kann ein konzessionierter privater Netzbetreiber eine leitungsgebundene Energieversorgung nicht mehr leisten, so muss die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft selbst das Netz betreiben.⁶² Eine derartige Pflicht der Kommune resultiert aus dem Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG,⁶³ wobei das *BVerfG* im Rahmen der „Schaffung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“ dieses mit Art. 1 Abs. 1 GG verbindet.⁶⁴ Aus dem Sozialstaatsprinzip kann eine staatliche Gewährleistungsverantwortung für die leitungsgebundene Energieversorgung abgeleitet werden, weil dieser Versorgung eine existenzielle Bedeutung zukommt.⁶⁵ Mit Art. 1 Abs. 1 GG kann eine zusätzliche Absicherung stattfinden, um eine menschenwürdige Existenz zu ermöglichen, zu welcher im Wesentlichen Licht und Wärme gehören.⁶⁶ Art. 28 Abs. 2 GG gebietet gleichfalls die Gewährleistungsverantwortung.⁶⁷ Mithin wird in jedem Falle eine Gewährleistungsverantwortung durch die Kommunen getragen.⁶⁸ Eine

⁶⁰ *Sachse*, Vom Monopolpreis zur wirtschaftlich angemessenen Vergütung, 2013, S. 32 ff.; *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 70; *Templin*, VerwArch, Bd. 100 (2009), S. 529 (546).

⁶¹ *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 81.

⁶² *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 82; *Kühne*, N&R 2010 (Beilage 3), S. 6 (7 ff.); vgl. auch *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, 2009, S. 69.

⁶³ *Buchmann*, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, 2009, S. 212 f.; *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, 2009, S. 60 ff.

⁶⁴ *BVerfGE* 82, 60 (85).

⁶⁵ *Schiller*, Staatliche Gewährleistungsverantwortung und die Sicherstellung von Anschluss und Versorgung im Bereich der Energiewirtschaft, 2012, S. 106 f.

⁶⁶ Vgl. *Schiller*, Staatliche Gewährleistungsverantwortung und die Sicherstellung von Anschluss und Versorgung im Bereich der Energiewirtschaft, 2012, S. 106 f.

⁶⁷ Siehe *Kühne*, N&R 2010 (Beilage 3), S. 6 (9 ff.), der ausschließlich auf Art. 28 Abs. 2 GG abstellt.

⁶⁸ *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 81; *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 427; *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 218; *Schiller*, Staatliche Gewährleistungsverantwortung und die Sicherstellung von Anschluss und Versorgung im Bereich der Energiewirtschaft, 2012, S. 106 m.w.N.; *Hoch/Theobald*, KsZW 2011, S. 300 (303), *Kühne*, N&R 2010 (Beilage 3), S. 6 (8); *Templin*, Recht der Kon-

(Re-)Kommunalisierung hat zur Folge, dass sich der Staat von der reinen Gewährleistung abwendet.⁶⁹ Die Aufgabenerfüllung, das Netz zu betreiben, liegt dann in vollem Umfang in der öffentlichen Hand und es liegt sogar eine Erfüllungsverantwortung vor.

II. Ergebnis

Eine kommunale Gebietskörperschaft hat eine gute Ausgangslage, um den Netzbetrieb selbst vorzunehmen. Gesetzlich wird ihr nicht ausdrücklich vorgegeben, ob den Netzbetrieb ein privates oder kommunales Energieversorgungsunternehmen durchzuführen hat. Insbesondere sagt der Art. 28 Abs. 2 GG über diese Entscheidung nichts aus, sodass die einfachgesetzlichen Regelungen maßgeblich sein müssen und über eine rechtmäßige Umsetzung einer (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes entscheiden werden. Der örtliche Energiennetzbetrieb gehört jedenfalls zur Daseinsvorsorge, was die Rechtsprechung mehrfach bestätigt hat. Aufgrund der Einordnung als Daseinsvorsorge entsteht insbesondere aus dem Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG eine Pflicht für die Kommune, den örtlichen Netzbetrieb zu gewährleisten. Der Strom- und Gasnetzbetrieb ist als Teil der kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG anzusehen. Trotzdem sind aufgrund des Gesetzesvorbehaltens im Art. 28 Abs. 2 GG Einschränkungen hinsichtlich der Ausübung der leitungsgebundenen Energieversorgung möglich.

zessionsverträge, 2009, S. 219 ff.; *Templin*, VerwArch, Bd. 100 (2009), S. 529 (548); vgl. auch *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 342 ff.; *Püttner*, RdE 1992, S. 92 (92 f.).

⁶⁹ *Budäus/Hilgers*, DÖV 2013, S. 701 (703).

C. Einräumung des Wegenutzungsrechts durch die Kommune gem. § 46 EnWG

I. Rahmenbedingungen

1. Natürliche Monopolstellung

Das *OLG Schleswig* bezeichnete in seinem Urteil das Wegenutzungsrecht als „exklusives Gut“.⁷⁰ Diese Wortwahl macht bereits deutlich, dass die örtlichen Energienetze und das einzuräumende Wegenutzungsrecht eine enorme Bedeutung für die kommunale Energieversorgung haben. Die Straßen und Wege werden für die Leitungsverlegung benötigt. Um eine innerörtliche Energieverteilung zu gewährleisten, ist der Netzbetreiber auf die Kommune angewiesen, die regelmäßig Eigentümerin der örtlichen Straßen und Wege ist.⁷¹ Die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft hat diesbezüglich eine natürliche Monopolstellung inne.⁷² Eine (Re-)Kommunalisierung des Energienetzbetriebes

⁷⁰ *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 140.

⁷¹ *Hummel*, Konzessionsverträge für Energie als Instrumente gemeindlicher Politik, in: Frank/Langrehr (Hrsg.), *Die Gemeinde*, FS für Heiko Faber, 2007, S. 301 (302 f.); siehe auch *Glöckner*, *Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle*, 2009, S. 75 f.

⁷² *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 153; *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 8; *Holznagel*, NordÖR 2014, S. 301 (302); *Mantler/Kokew*, IR 2013, S. 245 (245); *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 60 ff. m.w.N.; *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 86; *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 19; *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 213; *Funke*, KSzW 2011, S. 249 (249); *Jacob*, RdE 2011, S. 212 (214); *Trzeciak*, Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung, 1990, S. 69; allgemein zu natürlichen

kann aus wirtschaftlichen Gründen und auch zur Einhaltung der Preisgünstigkeit, die § 1 Abs. 1 EnWG fordert, nur realisiert werden, wenn das vorhandene Netz übernommen wird.⁷³ Die Errichtung eines zweiten Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzes wäre nicht wirtschaftlich.⁷⁴

2. Konzessionsvertrag

Ziel einer Kommune ist der Abschluss eines Konzessionsvertrages mit dem kommunalen Unternehmen als Vertragspartner, wenn eine (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes angestrebt wird.⁷⁵ Aufgrund der Entflechtungsvorschriften gem. §§ 6 ff. EnWG beschränkt sich seit der Novelle im Jahr 2005 der Inhalt der Konzessionsverträge lediglich auf die Einräumung des Wegenutzungsrechts, sodass Aspekte eines Energieversorgungsunternehmens, welche die Erzeugung und den Vertrieb betreffen, keine Beachtung mehr finden dürfen.⁷⁶ Ein Energieversorgungsunternehmen muss daher den Netzbetrieb strikt von anderen energiewirtschaftlichen Aufgabenbereichen des Unternehmens trennen. § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG schreibt vor, dass die Laufzeit des Vertrages höchstens 20 Jahre betragen darf. Der Konzessionsvertrag wird mittlerweile mehrheitlich als privatrechtlich eingestuft.⁷⁷ Die aktuelle Rechtsprechung bestätigt dies.⁷⁸

Monopolen im Daseinsvorsorgebereich siehe *Aubin*, Daseinsvorsorge und Universal-dienst, 2013, S. 77 ff.; hingegen bezeichnet *Scheidler*, LKRZ 2014, S. 319 (321) es lediglich als „eine Art Monopol.“

⁷³ *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 656; siehe dazu auch *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschafts-rechts, 3. Auflage, 2013, S. 424 f.

⁷⁴ Vgl. *Theobald*, VerwArch, Bd. 92 (2001), S. 109 (127 f.).

⁷⁵ Ein Vertrag scheidet allerdings aus, wenn ein Eigenbetrieb den Netzbetrieb durchführen soll, siehe *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 39 f. Wird ein Regiebetrieb gewählt, ist ebenfalls kein Vertragsschluss denkbar.

⁷⁶ *Büdenbender*, DVBl. 2012, S. 1530 (1532); *ders.*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzes-sionsverträgen, 2011, S. 15, und angesichts der zuvor festzulegenden Auswahlkriterien gilt konsequenterweise das Gleiche, S. 35.

⁷⁷ BGHZ 15, 113 (115 f.); *Heim*, Konzessionsvertrag und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 7; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 282; *Püttner*, DÖV 1990, S. 461 (466); zu dieser Annahme, dass es sich um einen privatrechtlichen Vertrag handelt und dem Streitstand siehe *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 45 m.w.N.; *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013,

Die privatrechtliche Einordnung erfolgt deshalb, weil die Straßenbenutzung stets den Regeln des privaten Eigentums unterworfen wurde.⁷⁹ Um Leitungen zu verlegen, ist die Nutzung der öffentlichen Straßen kein Gemeingebrauch mehr, sondern wegen möglicher Beeinträchtigungen bereits als Sondernutzung anzusehen.⁸⁰ Bei einer Leitungsverlegung wäre somit eigentlich davon auszugehen, dass eine Ausbau- und Instandhaltungsmaßnahme des Netzes und die damit verknüpfte Nutzung der Straßen dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.⁸¹ Erfolgen Leitungsverlegungs- bzw. Instandhaltungsmaßnahmen, um die öffentliche Versorgung zu gewährleisten, verdeutlichen allerdings bereits § 8 Abs. 10 FStrG mit der Normüberschrift „Sondernutzung“ und auch die Straßengesetze der Länder,⁸² die Einräumung von Rechten zur Nutzung des staatlichen Straßeneigentums regelmäßig auf privatrechtlicher Grundlage durchzuführen.⁸³ Das Argument, dass § 102 EnWG, welcher bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem EnWG ergeben, die Landgerichte als ausschließlich zuständig ansieht, für eine privatrechtliche Einordnung sprechen soll, kann nicht gänzlich überzeugen.⁸⁴ Dabei handelt es sich um einen Zirkelschluss, denn die Frage ist ja gerade, ob der Konzessionsvertrag dem Privatrecht zuzuordnen ist und erst bei diesem Ergebnis der § 102 EnWG einschlägig ist. Die Frage, ob der Vertrag öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, muss also vorrangig gestellt werden und ist somit auch vor der Anwendung des § 102 EnWG zu hinterfragen. In den

S. 216 f.; *Kermel*, in: dies. (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 2012, Kapitel 2 Rn. 11 ff.; *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 13 ff. m.w.N.; differenzierend äußert sich *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 13 ff., der insbesondere darauf hinweist, dass die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft einen Energienetzbetreiber bestimmt, um einer öffentlichen Aufgabe nachzukommen.

⁷⁸ LG Düsseldorf, Urteil vom 26.02.2014, Az. 37 O 87/13 (EnW) U, juris-Rn. 24; OVG NRW, Beschluss vom 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11, juris-Rn. 15 f. m.w.N.

⁷⁹ *Wegner*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 45; vgl. auch *Scheidler*, LKRZ 2014, S. 319 (320).

⁸⁰ *Stahlhut*, Der Straßensordegebrauch, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Auflage, 2010, Kapitel 28 Rn. 17.

⁸¹ *Stahlhut*, Der Straßensordegebrauch, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Auflage, 2010, Kapitel 28 Rn. 17.

⁸² Siehe beispielsweise nur § 28 Abs. 1 StrWG SH („Nutzung nach bürgerlichem Recht“).

⁸³ *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 7; *Stahlhut*, Der Straßensordegebrauch, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Auflage, 2010, Kapitel 28 Rn. 17 f.

⁸⁴ So aber *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 217.

Stadtstaaten Berlin und Hamburg hingegen kann der Konzessionsvertrag ebenso öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden.⁸⁵

Der Konzessionsvertrag muss außerdem wirksam sein, damit es tatsächlich einen neuen Netzbetreiber gibt, was sich bereits aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG („neues Energieversorgungsunternehmen“) ableiten lässt.⁸⁶ Somit sollte es im Interesse einer kommunalen Gebietskörperschaft sein, ein rechtmäßiges Auswahlverfahren zu veranstalten, damit wirksam (re-)kommunalisiert wird. In dem Vertrag wird nicht lediglich festgehalten, dass der ausgewählte Energiebetreiber das Wegenutzungsrecht eingeräumt bekommt und im Gegenzug Konzessionsabgaben zu leisten hat, sondern es werden darüberhinausgehende Pflichten bestimmt.⁸⁷ Dazu zählen beispielsweise die Festlegung der Vertragslaufzeit und mögliche Einflussrechte auf das Unternehmen.⁸⁸ Insbesondere die Einflussnahme auf das kommunale Unternehmen im Falle einer (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes hat für viele Gemeinden eine enorme Bedeutsamkeit.

3. Einstufung des Wegenutzungsrechts

Nachdem der Konzessionsvertrag nun als privatrechtlicher eingeordnet wurde, ist davon die Fragestellung abzugrenzen, welche Rechtsnatur ein Wegenutzungsrecht hat. Die rechtliche Einstufung eines Wegenutzungsrechts ist durchaus prägend für das Verfahren einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft. Je nachdem, wie dieses einzuordnen ist, kann es nämlich eine Auswirkung auf das Begehrten haben, eine rechtmäßige (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebs zu erreichen bzw. eine solche unter Umständen zu erleichtern. Mit der Einstufung der rechtlichen Natur eines Wegenutzungsrechts entscheidet sich nämlich zugleich, an welche gesetzlichen Regelungen eine Kommune im Rahmen einer Ausschreibung gebunden ist.

⁸⁵ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 9; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 15; näher zu den Besonderheiten in Hamburg siehe Biedenbender, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge in Hamburg, in: Sandrock/Baur/Scholtka/Shapira (Hrsg.), FS für Gunther Kühne, 2009, S. 101 (107 ff.).

⁸⁶ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 59 ff.; Sauer, EWeRK 2013, S. 28 (36).

⁸⁷ Reck, KommJur 2009, S. 401 (402 f.).

⁸⁸ Ausführlich zum Vertragsinhalt siehe Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 148 ff.

a) Kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne der §§ 97 ff. GWB

In Betracht käme, dass die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge Anwendung finden.⁸⁹ Insoweit sind sich die Rechtsprechung⁹⁰ und die Literatur⁹¹ aber nahezu einig, dass die Wegenutzungsrechtseinräumung durch eine Kommune an einen Energienetzbetreiber nicht den §§ 97 ff. GWB unterfällt. Es mangelt bereits an der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzung des öffentlichen Auftrages i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB.⁹² Anders als es die Legaldefinition gem. § 99 Abs. 1 GWB vorsieht, handelt es sich beim Konzessionsvertrag nicht um

⁸⁹ Allgemein bezüglich (Re-)Kommunalisierungen und dem Vergaberecht siehe von Hoff, VergabeR 2013, S. 395 (395 ff.).

⁹⁰ VG Stuttgart, Beschluss vom 29.04.2013, Az. 7 K 929/13, juris-Rn. 30; LG Köln, Urteil vom 22.03.2013, Az. 90 O 51/13, juris-Rn. 30; VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 87 f.; OVG NRW, Beschluss vom 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11, juris-Rn. 27; LG Leipzig, Urteil vom 16.11.2012, Az. 5 O 2822/12, juris-Rn. 26, das darüber hinaus klarstellt, dass aber eine freiwillige Anwendung der §§ 97 ff. GWB i.V.m. VOL/A möglich ist.

⁹¹ Heim, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 12, 38; W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 7 ff.; Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 117; Holznagel, NordÖR 2014, S. 301 (303); Kermel/Wagner, RdE 2014, S. 221 (222); Richter/Brahms, KommJur 2014, S. 6 (7); Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 15; Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 34, 37; Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (12); Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (19); Büdenbender, DVBl. 2012, S. 1530 (1531); Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer, ER 2012, S. 22 (23); Geßner, LKV 2011, S. 450 (451); Bahr/Sassenberg, RdE 2011, S. 170 (175); Niehof, RdE 2011, S. 15 (16); Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 72 f.; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 33 f.; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 66; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 135; Pippke/Gaßner, RdE 2006, S. 33 (36); Kermel, RdE 2005, S. 153 (158); Klemm, Versorgungswirtschaft 2005, S. 197 (200). Zweifel hingegen äußert Byok, RdE 2008, S. 268 (270). Eine Anwendung der §§ 97 ff. GWB befürwortet sogar Salje, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 146. Ausführlich zur Frage, ob die Wegenutzungsrechtseinräumung unter die Vergaberechtsrichtlinien zu subsumieren ist, Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 123 ff.

⁹² Reimann/Decker, RdE 2000, S. 16 (21).

einen entgeltlichen Vertrag, den ein öffentlicher Auftraggeber mit einem Unternehmen schließt, mit der Folge, dass ein Geschäft erledigt wird.⁹³ Die kommunale Gebietskörperschaft handelt nämlich nicht, um als Nachfrager einer Leistung auf dem Markt aufzutreten, sondern vielmehr bietet sie das Wegenutzungsrecht an.⁹⁴ Also geht es darum, dass einem Unternehmen ein Wegenutzungsrecht eingeräumt wird und Entgelte als Gegenleistung – namentlich die Konzessionsabgaben – entrichtet werden.⁹⁵ Der Auftragnehmer trägt insbesondere auch kein wirtschaftliches Risiko, was jedoch für die Einräumung einer Dienstleistungskonzession elementar ist.⁹⁶

b) Erfüllung der Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession

Da es sich bei der Wegenutzungsrechtseinräumung nicht um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB handelt, kommt eine rechtliche Einstufung als Dienstleistungskonzession in Betracht. Im Folgenden soll aus diesem Grund festgestellt werden, ob die Einräumung eines Wegenutzungsrechts durch eine Kommune an einen Energienetzbetreiber eine Dienstleistungskonzession darstellt. Früher war umstritten, ob es sich um die Erteilung einer Dienstleistungskonzession handelte, wenn das Wegenutzungsrecht i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG eingeräumt wurde. Eine Auffassung stufte das Wegenutzungsrecht als eine solche ein.⁹⁷ Teilweise wurde diese Sichtweise jedoch

⁹³ Reimann/Decker, RdE 2000, S. 16 (21).

⁹⁴ Boos, Kommunales Konzessionsvertragsrecht für Strom und Gas, in: Held/Theobald (Hrsg.), Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, 2006, S. 353 (358 m.w.N.); Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 135 m.w.N.

⁹⁵ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 117; Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 37; Reimann/Decker, RdE 2000, S. 16 (21).

⁹⁶ Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), GWB-Kommentar, 3. Auflage, 2014, § 99 Rn. 561; Böckel, LKV 2003, S. 393 (395).

⁹⁷ VG Aachen, Beschluss vom 13.09.2011, Az. 1 L 286/11, juris-Rn. 18 ff.; W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 2; Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 37 ff.; Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 205 ff., 252; Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (229); Ortner, EWeRK 2012, S. 27 (28); Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 66; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 135; Michaels, IR 2009, S. 246 (249 f.); vgl. auch VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 22.08.2013, Az. 1 S 1047/13, juris-Rn. 27; Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer, ER 2012, S. 22 (23); Reimann/Decker, RdE 2000, S. 16

nicht geteilt.⁹⁸ Mittlerweile kann eine eindeutige Aussage hierzu getroffen werden, weil der Begriff Dienstleistungskonzeßion nun in der am 26.02.2014 erlassenen Richtlinie⁹⁹ des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe definiert ist. Zum jetzigen Zeitpunkt sollte diese ausschließlich maßgeblich sein, um die Frage zu beantworten, ob eine energiewirtschaftliche Wegenutzungsrechtseinräumung als Dienstleistungskonzeßion zu bewerten ist. Art. 5 Nr. 1b) KVR enthält hierzu eine Begriffsbestimmung.¹⁰⁰

Der zwischen der kommunalen Gebietskörperschaft und einem Energieversorgungsunternehmen bestehende Konzessionsvertrag wird schriftlich abgeschlossen und ist auch entgeltlich, weil das Energieversorgungsunternehmen Konzessionsabgaben zu entrichten hat. Darüber hinaus liegt gleichfalls die Voraussetzung vor, dass eine Vertragspartei ein öffentlicher Auftraggeber oder ein Auftraggeber i.S.d. Art. 1 Abs. 2a) oder 2b) KVR ist. Im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung kann die Kommune nämlich als öffentlicher Auftraggeber gem. Art. 6 Abs. 1 KVR eingestuft werden, da diese eine Ge-

(21) haben offengelassen, ob es sich um eine Dienstleistungskonzeßion handelt; allgemein zur Dienstleistungskonzeßion siehe *Hattig/Ruhland*, NZBau 2005, S. 626 (626 ff.).

⁹⁸ *Burgi*, NdsVBl. 2012, S. 225 (231); *Niehof*, RdE 2011, S. 15 (16 ff.); siehe auch *Kermel/Herten-Koch*, RdE 2013, S. 255 (258), die zusätzlich noch kritisieren, dass die Einstufung als Dienstleistungskonzeßion vereinzelt als allgemeine Meinung dargelegt wird.

⁹⁹ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. (EU) Nr. L 94, S. 1-64; vgl. hierzu Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. (EU) Nr. L 134, S. 114-240: „Dienstleistungskonzeßionen“ sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

¹⁰⁰ Diese lautet: Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Dienstleistungskonzeßion“ einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen trauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Buchstabe a bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Dienstleistung besteht.

bietskörperschaft i.S.d. Richtlinie darstellt.¹⁰¹ Selbst wenn dies unberechtigterweise verneint werden sollte, so ist jedenfalls i.S.d. Art. 7 Abs. 1a) KVR davon auszugehen, dass eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft einen Auftraggeber gemäß Anhang II der Richtlinie ist. Ein (öffentlicher) Auftraggeber betraut den Netzbetreiber außerdem mit Dienstleistungen, die erbracht werden müssen. Dieses „betrauen“ ist in der Begriffsbestimmung der Dienstleistungskonzeption gegenüber der aus dem Jahr 2004¹⁰² stammenden neu.¹⁰³

Das Energieversorgungsunternehmen erbringt und verwaltet den Netzbetrieb und es fehlt an den Voraussetzungen für eine Baukonzession i.S.d. Art. 5 Nr. 1a) KVR, weil das Energieversorgungsunternehmen nicht eine Bauleistung erbringen soll. Zwar kann ein Ausbau des Netzes erfolgen, aber das Netz wird im Wesentlichen vom bisherigen Netzbetreiber übernommen und es geht nicht primär um Bauleistungen, die erbracht werden sollen.¹⁰⁴ Vielmehr ist das unterirdische Netz im Wesentlichen vorhanden und erfordert eine Instandhaltung, welche von einer Bauleistung abgegrenzt werden muss. Selbst wenn angenommen werden sollte, dass die Erweiterung des Netzes oder gewisse aufwendigere Instandhaltungsmaßnahmen eine Bauleistung aufzeigten, so überwiegt der dienstleistende Charakter beim Betrieb eines örtlichen Energienetzes.¹⁰⁵ Die Gegenleistung ist das Recht eines legitimierten Netzbetreibers, die vertragsgegenständliche Dienstleistung zu verwerten, nämlich ein reguliertes Netznutzungsentgelt von den Nutzern zu verlangen.¹⁰⁶

Wenn ein energieproduzierendes Versorgungsunternehmen die Leitungen nutzen möchte, ist ein Entgelt zu entrichten. Im Endeffekt sind es aber die am Netz angeschlossenen Endkunden, von welchen Nutzungsgebühren erhoben werden. Die finanzielle Grundlage ergibt sich für einen Netzbetreiber, der das

¹⁰¹ Vgl. *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 145.

¹⁰² Vgl. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. (EU) Nr. L 134, S. 114-240.

¹⁰³ Diese Feststellung treffen ebenfalls *Knauff/Badenhausen*, NZBau 2014, S. 395 (396). Zugleich wird kritisiert, dass die Voraussetzung der „Betrauung“ zu einer unsicheren Rechtslage führt, weil eine genaue Definition vom Unionsgesetzgeber nicht erfolgt ist.

¹⁰⁴ Ähnlich auch *Niehof*, RdE 2011, S. 15 (17): „Soweit der Konzessionsvertragspartner sich zu Bau- oder Dienstleistungen gegenüber der Gemeinde verpflichtet, wie z.B. eine Entfernung veralteter Leitungen, ein Herrichten der Straßenoberfläche, haben diese gegenüber der Hauptleistung des Vertrages einen untergeordneten Wert“; siehe ferner zur Abgrenzung *Hövelberndt*, NZBau 2010, S. 599 (602 ff.); *Böckel*, LKV 2003, S. 393 (394).

¹⁰⁵ *Ortner*, EWeRK 2011, S. 111 (112), geht unmittelbar von einer reinen Dienstleistung aus.

¹⁰⁶ Siehe auch *Ortner*, EWeRK 2011, S. 111 (112).

Wegenutzungsrecht innehalt, nur aus den Netznutzungsentgelten.¹⁰⁷ Für eine Dienstleistungskonzession ist diese wirtschaftliche Verwertbarkeit des Nutzungsrechts prägend.¹⁰⁸ Zusätzlich muss der Energienetzbetreiber Konzessionsabgaben i.S.d. § 2 KAV an die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft entrichten und mithin aus diesem Grund ebenfalls eine Zahlung vornehmen.

Weiterhin ist das sogenannte Betriebsrisiko typisch für eine Dienstleistungskonzession.¹⁰⁹ Der Unionsgesetzgeber hat dieses im Art. 5 Nr. 1 UAbs. 2 KVR erwähnt.¹¹⁰ Laut der Richtlinie wird das Betriebsrisiko vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen [...] oder die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Damit ist der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt. Ein solches Betriebsrisiko ist bei einem Netzbetreiber im Regelfall anzunehmen.¹¹¹

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die energiewirtschaftliche Wegenutzungsrechtseinräumung eine Dienstleistungskonzession darstellt.¹¹²

4. Die Kommune in einer „Doppelrolle“

Bereits Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Kommune mit einem eigenen Unternehmen als Netzbetreiber tätig sein darf, was der Gesetzgeber durch § 46 Abs. 4 EnWG deutlich gemacht hat.¹¹³ Sobald sich eine kommunale Gebietskörperschaft dann für die Umsetzung eines (Re-)Kommunalisierungsvorhabens des Energienetzbetriebes ausgesprochen

¹⁰⁷ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 241.

¹⁰⁸ Hattig/Ruhland, NZBau 2005, S. 626 (627).

¹⁰⁹ Dazu näher Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 240 ff.

¹¹⁰ Siehe auch EuGH, Urteil vom 13.10.2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 – Parking Brixen, Rn. 40. Der EuGH grenzte mit der Erwähnung des Wortes Betriebsrisiko das erste Mal deutlich vom Dienstleistungsauftrag ab, siehe hierzu auch Jennert, NZBau 2005, S. 623 (624).

¹¹¹ Vgl. Michaels/Kohler, ZNER 2012, S. 29 (31).

¹¹² Eine Einstufung als Dienstleistungskonzession nach dieser Richtlinie halten im Ergebnis auch Wagner/Pfohl, ZfBR 2014, S. 745 (747), für denkbar.

¹¹³ Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 36 f.

hat, nimmt sie eine „Doppelrolle“ ein.¹¹⁴ Auf der einen Seite agiert sie als ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft, um im Rahmen eines Auswahlverfahrens einen zukünftigen Netzbetreiber auszusuchen. Da das Auswahlverfahren von den kommunalen Gebietskörperschaften durchgeführt wird, können diese als die „Herren des Konzessionsverfahrens“ angesehen werden.¹¹⁵ Andererseits tritt sie als Bewerberin auf, damit ihr kommunales Unternehmen in den folgenden Jahren das örtliche Netz betreiben könnte. Sie steht somit auf beiden Seiten während des Auswahlverfahrens und es könnte daher eine Interessenkollision entstehen.¹¹⁶

a) Gesetzliche Verfahrensvorgaben

aa) Information über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes gem. § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG

Eine Kommune ist für die Einräumung des energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechts verantwortlich. Der Gesetzgeber hat in § 46 EnWG rudimentär geregelt, wie eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft hierbei vorzugehen hat. Spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung des Vertragsablaufs i.S.d. § 46 Abs. 3 EnWG wird der bisherige Netzbetreiber gem. § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG, welcher seit der letzten EnWG-Novelle im Jahr 2011 in dieser Form besteht, verpflichtet, diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung, um einen Konzessionsvertrag abzuschließen, erforderlich sind. Der Grund hierfür liegt darin, dass nur ein wettbewerbliches Verfahren entstehen kann, sofern den möglichen Interessenten die Netzinformationen zugehen, damit diese eine Entscheidung treffen können, ob sie sich um den örtlichen Netzbetrieb bewerben möchten.¹¹⁷

¹¹⁴ Der Ausdruck „Doppelrolle“ wurde bereits von *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 40 und *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (90) in diesem Zusammenhang genannt.

¹¹⁵ *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 18.

¹¹⁶ Dazu auch *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 18 ff.; vgl. auch *Säcker*, RdE 2015, S. 1 (2 f.).

¹¹⁷ *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 10; *Embacher/Fischer*, RdE 2015, S. 16 (21); *Hofmann*, NZBau 2012, S. 11 (14); zur Bedeutsamkeit der Netzinformationen vor und nach der Wegenutzungsrechtseinräumung und möglichen Behinderungen des bisherigen Konzessionärs, siehe *Schau*, RdE 2011, S. 1 (3 f.); ausführlich zu diesem Thema auch

Die Ausgangslage muss für alle späteren Bewerber gleich sein,¹¹⁸ sodass ein potentieller kommunaler Netzbetreiber die gleiche Information erhalten muss wie interessierte private Netzbetreiber, damit ein wettbewerbliches Auswahlverfahren garantiert ist und kein Wissensvorsprung herrscht.¹¹⁹

Die Informationen über das Netz sind ebenfalls für das kommunale Unternehmen von Interesse, wenn eine Kommune den künftigen Netzbetrieb durch dieses vornehmen möchte. Anhand dieser Vorabinformation kann festgestellt werden, ob sich die Bewerbung eines kommunalen Unternehmens tatsächlich rentiert.¹²⁰ Die Bundesnetzagentur hat in Verbindung mit dem Bundeskartellamt bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keine Bestimmungen i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 5 EnWG zum Umfang und Format bezüglich der Datenherausgabe gem. § 29 EnWG festgelegt. Der Auskunftsanspruch umfasst aber insbesondere die technischen Fakten des örtlichen Energienetzes.¹²¹ Der BGH hat klargestellt, dass nach jetziger Rechtslage die Zurverfügungstellung von Netzinformationen im Rahmen der Auskunftsverpflichtung des gegenwärtigen Netzbetreibers gem. § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG auch die kalkulatorischen Netzdaten beinhaltet.¹²² Laut der Rechtsprechung geht es bei den kalkulatorischen Netzdaten „um Informationen über die wirtschaftliche Situation des Netzes, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Wegenutzungsvertrages nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG erforderlich sind.“¹²³ In der Literatur wurde eine Informationsherausgabe kalkulatorischer Netzdaten schon vor dieser Entscheidung vermehrt befürwortet.¹²⁴ Wirtschaft-

Bahr/Sassenberg, RdE 2011, S. 170 (170 ff.), allerdings unter Geltung der Rechtslage vor der EnWG-Novelle 2011.

¹¹⁸ Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (14).

¹¹⁹ Vgl. Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 20.

¹²⁰ Nur anhand der Vorabinformation kann ein Unternehmen sicherstellen, dass das Angebot betriebswirtschaftlich vertretbar ist und objektiv geprüft werden kann, Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, S. 95.

¹²¹ Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 40.

¹²² BGH, Urteil vom 14.04.2015, Az. EnZR 11/14, juris-Rn. 11. Davon sind bereits die Vorinstanzen, OLG Celle, Urteil vom 09.01.2014, Az. 13 U 52/13, juris-Rn. 18, 27; LG Hannover, Urteil vom 28.02.2013, Az. 21 O 10/11, juris-Rn. 28 ff., ausgegangen.

¹²³ OLG Celle, Urteil vom 09.01.2014, Az. 13 U 52/13, juris-Rn. 18.

¹²⁴ Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 111 m.w.N.; Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 73 f.; Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (93); Säcker/Mohr/Wolf, Konzes-

liche Fakten sind also bereits im Vorwege gem. § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG durch den gegenwärtigen Netzbetreiber mitzuteilen und nicht erst nach dem Auswahlverfahren, um die wirtschaftlich angemessene Vergütung zu ermitteln. Lediglich die Kommune hat gegen den aktuellen Konzessionär den Anspruch gem. § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG.¹²⁵ Sollte dieser nicht zur Herausgabe von Informationen bereit sein, kann die kommunale Gebietskörperschaft diese auf zivilrechtlichem Wege erlangen.¹²⁶

bb) Bekanntmachung gem. § 46 Abs. 3 S. 1 und S. 2 EnWG

Eine weitere gesetzliche Vorgabe ist die Bekanntmachung gem. § 46 Abs. 3 S. 1 und S. 2 EnWG.¹²⁷ Nach dieser Vorschrift haben Gemeinden spätestens zwei Jahre vor dem Ablauf von Verträgen das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG von der Gemeinde in geeigneter Form zu veröffentlichten Daten sowie den Ort der Veröffentlichung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt zu machen. § 46 Abs. 3 S. 2 EnWG besagt, dass die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen hat, wenn im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind. Da der Gesetzgeber das Wort „spätestens“ verwendet hat, kann eine Bekanntmachung auch bereits früher als zwei Jahre vor Vertragsende vorgenommen werden.¹²⁸ Eine kommunale Gebietskörperschaft sollte diese Frist strikt einhalten, um nicht dem späteren Vorwurf ausgesetzt zu sein, dass eine durchgeführte (Re-)Kommunalisierung im Ergebnis unwirksam ist.¹²⁹ Der Zweck der Bekanntmachung über das Auslaufen von Verträgen ist die Schaf-

sionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 94 f.; *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 21 f.; *Büttner/Templin*, ZNER 2011, S. 121 (128).

¹²⁵ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 105.

¹²⁶ Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (230).

¹²⁷ Ein Beispiel, wie eine Bekanntmachung aussehen kann, befindet sich bei Schotten, VergabeR 2013, S. 352 (355).

¹²⁸ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 111.

¹²⁹ Zum Streitstand, welche Rechtsfolge bei rechtswidriger Bekanntmachungsverfahrenspflicht eintritt siehe nur *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 158 ff. m.w.N.; ferner dazu Richter/Brahms, KommJur 2014, S. 6 (8 f.); Tischmacher, IR 2011, S. 246 (248 f.).

fung eines Wettbewerbes.¹³⁰ Im Amtsblatt der Europäischen Union hat eine Bekanntmachung zu erfolgen und nicht lediglich, wenn im Gemeindegebiet gem. § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG mehr als 100.000 Kunden an das Versorgungsnetz angeschlossen sind.¹³¹ Insoweit bedarf es einer unionsrechtskonformen Auslegung, wenn eine Binnenmarktrelevanz besteht.¹³² Andernfalls würde es beispielsweise zu einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gem. Art. 18 AEUV oder die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV kommen.¹³³ Sollte eine Gemeinde eine (Re-)Kommunalisierung des Energiennetzbetriebes anstreben, spielt § 46 Abs. 3 S. 3 EnWG¹³⁴ in der Regel keine Rolle, weil eine Konzessionsvertragsverlängerung geregelt wird und diese dann mit dem bisherigen Netzbetreiber, also einem privaten Energieversorgungsunternehmen, erfolgt. Wenn die Gemeinde eine Verlängerung des Konzessionsvertrages vor Ablauf der Vertragslaufzeit beabsichtigt, so sind nach dieser Vorschrift die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. Es geht um den Fall, dass eine Gebietskörperschaft keine aktuelle (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes wünscht. Einen direkten Bezugspunkt zur (Re-)Kommunalisierung hat § 46 Abs. 3 S. 3 EnWG also nicht. Allerdings besteht eine indirekte Relevanz, wenn die jeweilige Kommune nicht kurz-, sondern langfristig nach Ablauf eines zunächst neu abgeschlossenen Vertrages den Energiennetzbetrieb möglichst selbst übernehmen möchte, aber erst einmal noch einem privaten Energie-

¹³⁰ Das wurde bereits in der BT-Drs. 13/7274, S. 21 (linke Spalte), deutlich: „Nur wenn bekannt ist, dass ein Wegenutzungsvertrag zum Neuabschluss ansteht, kann auch ein Wettbewerb entstehen“; vgl. beispielsweise auch OLG Celle, Urteil vom 23.05.2013, Az. 13 U 185/12 (Kart), juris-Rn. 23; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008, Az. VI-2 U (Kart) 8/07, juris-Rn. 23 f.

¹³¹ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 696 f.; Ortner, EWeRK 2011, S. 111 (113); ders., VergabeR 2008, S. 608 (614). Ebenso sprechen sich Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 88, für eine unionsweite Bekanntgabe bezüglich des Auslaufens der Verträge aus.

¹³² Ortner, EWeRK 2011, S. 111 (113); ders., VergabeR 2008, S. 608 (614).

¹³³ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 696 f., der aber gegebenenfalls eine Ausnahme bei sehr kleinen Kommunen zuließe.

¹³⁴ Diese öffentliche Bekanntmachung muss mangels abweichender Regelung ebenfalls durch eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger erfolgen, BGH, Urteil vom 18.11.2014, Az. EnZR 33/13, juris-Rn. 15.

netzbetreiber das Wegenutzungsrecht gewährt. Wichtig ist bei diesem Vorgehen wiederum, dass ein Wettbewerb eröffnet wird.¹³⁵

cc) Angabe maßgeblicher Entscheidungsgründe gem.

§ 46 Abs. 3 S. 6 EnWG

Mit § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG hat der Gesetzgeber geregelt, dass, sofern sich mehrere Unternehmen um den Strom- und Gasversorgungsnetzbetrieb bewerben, die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen gem. § 46 Abs. 2 EnWG ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt macht. Hierbei handelt es sich um eine „ex post-Bekanntmachung“.¹³⁶ Insofern muss eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft darlegen, weshalb gerade ihrem kommunalen Unternehmen das Wegenutzungsrecht eingeräumt wurde. Also muss es sich um Gründe handeln, welche an die von der Ausschreibungsbehörde zuvor im Auswahlverfahren zulässigen und festgelegten Kriterien unmittelbar anknüpfen, mithin einen konkreten sachlichen Bezug herstellen. Das Ziel der (Re-)Kommunalisierung des Energiernetzbetriebes an sich ist dabei kein zulässiger Entscheidungsgrund.¹³⁷ Weil die Bekanntgabe über das Auslaufen des Vertrages dazu dient, die Schaffung eines Wettbewerbs zu ermöglichen, sind die Anforderungen an die Veröffentlichung dort auch höher als bei der Bekanntgabe der maßgeblichen Gründe i.S.d. § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG.¹³⁸ Auf jeden Fall müssen die maßgeblichen Gründe mittels kommunalen Amtsblattes öffentlich bekannt gemacht werden.¹³⁹ Der Sinn und Zweck der Bekanntmachung liegt darin, dass sowohl mögliche unterlegene Bewerber als auch die davon betroffenen Bürger über die Auswahlentscheidung und deren maßgeb-

¹³⁵ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 99; vgl. hierzu LG Hannover, Urteil vom 12.09.2012, Az. 21 O 16/12, juris-Rn. 14. Sollte eine Bekanntgabe nicht stattfinden, so ist von einem nichtigen Vertrag auszugehen, siehe OLG Celle, Urteil vom 23.05.2013, Az. 13 U 185/12 (Kart), juris-Rn. 24 ff., weil nur dann ein Wettbewerb entstehen kann; ebenfalls zustimmend Nonnen, IR 2013, S. 157 (158).

¹³⁶ So Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (16 f.).

¹³⁷ Vgl. Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 744 ff.

¹³⁸ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energiericht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 136.

¹³⁹ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energiericht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 136; Templin, IR 2009, S. 125 (128), genügt die Bekanntmachung in dem kommunalen Amtsblatt oder eine Mitteilung in der kommunalen Presse.

lichen Gründe informiert werden.¹⁴⁰ Eine rechtssichere Wegenutzungsrechts-einräumung muss auf tatsächlichen Gründen beruhen, welche für ein kommunales Unternehmen gesprochen haben.

b) Aufreten der Kommune als Energiemetzbetreiberin

In der Literatur wird die „Doppelrolle“ der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft teilweise als „[paradoxe] Situation“ angesehen.¹⁴¹ Noch stärker kritisiert Sauer, der von einem wettbewerblichen Auswahlverfahren ausgeht, die Vornahme der Ausschreibung durch die kommunale Gebietskörperschaft.¹⁴² Es sei, sofern sich ein kommunales Unternehmen bewirbt, die für die Funktionsfähigkeit eines solchen Wettbewerbs unabdingbare Neutralität der Auswahlinstanz nicht mehr gewährleistet.¹⁴³ Noch drastischer ist es, wenn sich eine Gebietskörperschaft nicht neutral zu einer Wegenutzungsrechtseinräumung entschließt, sondern bereits mit der Entscheidung, den Netzbetrieb zu (re-)kommunalisieren, den Ausgang des Verfahrens vorwegnähme. Aus diesem Grunde wird gefordert, dass eine ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft nicht die Entscheidung treffen darf, wenn sich ein derselben örtlichen Gebietskörperschaft zugehöriges kommunales Unternehmen bewirbt, um den Netzbetrieb zukünftig durchzuführen.¹⁴⁴

Diese Bedenken sind nachvollziehbar. Die Kommune ist bei der Auswahl eines Energiemetzbetreibers, weil sie eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft ist, zwar an Art. 20 Abs. 3 GG, also an Gesetz und Recht gebunden.¹⁴⁵ Eine Bevorzugung des „eigenen“ Bewerbers darf mithin nicht erfolgen, sondern die ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft muss sicherstellen, dass eine objektive Auswahl stattfindet, ohne sich von dem der Gemeinde na-

¹⁴⁰ Templin, IR 2009, S. 125 (128).

¹⁴¹ So äußert sich Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 89 im Hinblick auf den Eigenbetrieb.

¹⁴² Sauer, EWeRK 2013, S. 100 (110 f.); ders., Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 447 ff. und speziell im Falle einer (Re-)Kommunalisierung, siehe S. 463 f.

¹⁴³ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 476. Einem Neutralitätsgebot der Ausschreibungsbehörde ist zuzustimmen, damit das Auswahlverfahren nicht zur reinen Formsache wird, siehe S. 455.

¹⁴⁴ Kaufmann, Der Wettbewerb um die Elektrizitätsversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung, 2014, S. 101; Jacob, RdE 2011, S. 212 (215).

¹⁴⁵ Siehe Michaels/Kohler, NZBau 2013, S. 282 (284). Ausführlich zu Mitwirkungsverböten im Rahmen des Verfahrens gem. § 46 EnWG siehe Schweizer/Wolkenhauer, DÖV 2013, S. 745 (745 ff.).

hestehenden Bewerber beeinflussen zu lassen.¹⁴⁶ Die Entscheidung einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft, wer das örtliche Netz betreiben soll, ist gerade nicht nur rechtlich festgelegt, sondern enthält auch Wertungsaspekte, bei denen sich eine Befangenheit als relevant erweisen kann. Beide Seiten müssen daher sachlich strikt getrennt werden.¹⁴⁷ Obwohl schlussendlich noch Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegener Bewerber bestehen, um den zukünftigen Netzbetrieb durch ein kommunales Unternehmen trotz einer rechtswidrigen Auswahlentscheidung zu unterbinden oder ein behördliches Eingreifen¹⁴⁸ in Betracht kommt, muss im Rahmen eines (Re-)Kommunalisierungsbegehrns des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes die Gefahr für die gebotene Wahrung der Neutralität prinzipiell beachtet werden.¹⁴⁹ Als Lösung darf nicht allein das Rechtsschutzersuchen privater Netzbetreiber oder ein behördliches Tätigwerden angeführt werden. Aufgrund der Gefahr, dass die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft im Falle eines (Re-)Kommunalisierungswunsches sich nicht neutral verhält, sollte zumindest eine neutrale Stelle die Auswahlentscheidung treffen, wenn sich ein kommunales Unternehmen bewerben wird.

5. Mitwirkung einzelner Kommunalvertreter

Neben einer institutionellen Befangenheit bei einem (Re-)Kommunalisierungswunsch eines Energienetzbetriebes kommt die Befangenheit einzelner Kommunalvertreter in Betracht. Ein Problem könnte im Falle eines (Re-)Kommunalisierungsprojektes gegeben sein, weil mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine teilweise vorhandene Personenidentität bei den Mitgliedern der Kommunalvertretung, insbesondere auch dem Bürgermeister und den Vertretern des für den Netzbetrieb bestimmten kommunalen Unternehmens bestehen wird. Aus wettbewerbsrechtlicher, vergaberechtlicher, gesellschaftsrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sicht ist jedoch kein Mitwirkungsverbot solcher Personen in einem Auswahlverfahren ersichtlich.¹⁵⁰ Möchte eine Gemeinde den Netzbetrieb (re-)kommunalisieren, so sollte sie jedoch im eigenen Interesse einen Befangenheitsanschein vermeiden.

¹⁴⁶ Büdenbender, DVBl. 2012, S. 1530 (1532).

¹⁴⁷ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 64; vgl. auch Reck, DVBl. 2009, S. 1546 (1547).

¹⁴⁸ Maßnahmen könnten durch die Bundesnetzagentur, das Bundeskartellamt bzw. Landeskartellamt und die Kommunalaufsicht ergehen.

¹⁴⁹ Ähnlich auch Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 463 f.

¹⁵⁰ Schweizer/Wolkenhauer, DÖV 2013, S. 745 (748 ff.).

den.¹⁵¹ Eine Kommune muss also beispielsweise bei einem Eigenbetrieb bereits vorsorglich handeln und darf nicht zulassen, dass ein Mitarbeiter des potentiellen Eigenbetriebes ebenso für die Ausschreibungsbehörde eine Arbeit ausübt.¹⁵²

6. Genehmigung des Netzbetriebes gem. § 4 EnWG

Das kommunale Unternehmen muss, um den Netzbetrieb überhaupt aufnehmen zu dürfen, eine Genehmigung von der nach Landesrecht zuständigen Behörde gem. § 4 Abs. 1 S. 1 EnWG einholen.¹⁵³ § 4 Abs. 2 S. 1 EnWG regelt, dass eine solche Genehmigung nur versagt werden darf, wenn der Antragsteller nicht die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt, um den Netzbetrieb entsprechend den Vorschriften des EnWG auf Dauer zu gewährleisten.¹⁵⁴ Sollte keiner dieser genannten Versagungsgründe¹⁵⁵ zutreffen, so hat das Unternehmen einen Anspruch darauf, dass die Genehmigung erteilt wird.¹⁵⁶ Diese Regelung stellt ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt dar.¹⁵⁷ Soll ein kommunales Unternehmen den Netzbetrieb übernehmen, muss dieses ebenfalls die Genehmigung gem. § 4 Abs. 1 S. 1 EnWG beantragen.¹⁵⁸ Von einer Ausnahme gem. § 4 Abs. 3 EnWG kann im Rahmen einer (Re-)Kommunalisierung kein Gebrauch gemacht werden, weil das kommunale Unternehmen nicht Gesamtrechtsnachfolger des bis dahin tätigen Netzbetreibers ist.¹⁵⁹ Für die aus dem Gewerberecht bekannten Begriffe der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind die in § 1 EnWG genannten Ziele maßgeblich, wobei eine Prognose erforderlich ist, ob der die Genehmigung beantragende Netzbetreiber diese erfüllen

¹⁵¹ Möglichkeiten, die beispielsweise zu einer derartigen Vermeidung beitragen, wenn das kommunale Unternehmen eine GmbH ist, zeigen *Schweizer/Wolkenhauer*, DÖV 2013, S. 745 (751 f.), auf.

¹⁵² *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 89.

¹⁵³ Siehe hierzu auch § 55 Abs. 2 EnWG.

¹⁵⁴ Zur Darlegungs- und Beweislast siehe *Franke*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 3 Rn. 19.

¹⁵⁵ Ausführlich dazu siehe *Franke*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 3 Rn. 20.

¹⁵⁶ *Säcker* in: ders. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage, 2014, § 4 EnWG Rn. 2.

¹⁵⁷ *Säcker* in: ders. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage, 2014, § 4 EnWG Rn. 2; *Becker*, RdE 2000, S. 7 (8).

¹⁵⁸ *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 229.

¹⁵⁹ *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 229.

wird.¹⁶⁰ Es muss erkennbar sein, dass in der Zukunft der Netzbetrieb trotz erforderlicher Investitionen ökonomisch stattfinden wird.¹⁶¹ Jedoch kann von einem Bewerber im Zeitpunkt der Angebotseinreichung noch keine Genehmigung gefordert werden, da diese Vorbereitungen bedürfte und dieser Aufwand nicht angemessen wäre.¹⁶²

7. Überlassung der Netzanlage an den kommunalen Netzbetreiber gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG

Nach einem durchgeführten Auswahlverfahren mit anschließender Entscheidung steht auf der Rechtsfolgenseite die Überlassung der Netzanlage an den neuen (kommunalen) Netzbetreiber an.¹⁶³ Gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ist der bisherige Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen, wenn der Vertrag nicht nach dem Ablauf verlängert wird.¹⁶⁴ Das neue Energieversorgungsunternehmen kann gem. § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird. Da im Falle einer (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes der Vertrag mit dem bisherigen Energienetzbetreiber nicht verlängert wird, sondern das kommunale Unternehmen Vertragspartner wird, muss das Netz überlassen werden. Der bisherige Netzbetreiber ist der Schuldner und der neue Wegenutzungsrechtsinhaber der Gläubiger des gesetzlichen Anspruches gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG auf Überlassung der notwendigen Verteilungsan-

¹⁶⁰ Säcker in: ders. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage, 2014, § 4 EnWG Rn. 40; vgl. Säcker, RdE 2015, S. 1 (4).

¹⁶¹ Säcker in: ders. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage, 2014, § 4 EnWG Rn. 40.

¹⁶² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V), juris-Rn. 62; anders hingegen Säcker, RdE 2015, S. 1 (4).

¹⁶³ Zu den dabei entstehenden verfassungsrechtlichen Problemen siehe Christ/Jacob, DVBl. 2013, S. 752 (752 ff.).

¹⁶⁴ Vor der EnWG-Novelle 2011 war strittig, ob zwingend ein Anspruch auf Eigentumsübertragung des Netzes anzunehmen ist, siehe dazu Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 44; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 76 f.; Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 118 ff.; Reck, KommJur 2009, S. 401 (405).

lagen.¹⁶⁵ Sobald ein Konzessionsvertrag wirksam abgeschlossen ist, entsteht gleichzeitig neben der Überlassungspflicht eine Informationserteilungspflicht des Altkonzessionärs gegenüber dem Neukonzessionär.¹⁶⁶ Der neukonzessionierte Netzbetreiber hat gegen den bisherigen Konzessionär Auskunftsansprüche, obwohl diese nicht in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG festgehalten sind.¹⁶⁷ Damit der Neukonzessionär allerdings eine leitungsgebundene Energieversorgung sicherstellen kann, sind nähere Umstände der Netzentflechtung sowie Netzübernahme mit dem Altkonzessionär abzusprechen.¹⁶⁸ Das kommunale Unternehmen muss i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG „neues Energieversorgungsunternehmen“ geworden sein, damit der Anspruch auf Überlassung des Netzes besteht.¹⁶⁹

Neben dem gesetzlichen Netzüberlassungsanspruch gem. § 46 Abs. 2 S. 2 bzw. S. 3 EnWG kann auch ein (abgetretener) vertraglich vereinbarter Anspruch auf Überlassung des Netzes bestehen.¹⁷⁰ Das kommunale Unternehmen könnte also einen vertraglichen Anspruch gegen den bisherigen Netzbetreiber haben, sofern die kommunale Gebietskörperschaft einen vertraglichen Netzüberlassungsanspruch im Konzessionsvertrag vereinbart hat, dieser Anspruch dann wirksam an den Neukonzessionär abgetreten wurde und schließlich durchsetzbar ist. Nach Ansicht des BGH stehe der Durchsetzung eines solchen Anspruches aus einer Endschachtsbestimmung der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen, wenn eine Auswahlentscheidung einer kommunalen Gebietskörperschaft zu Lasten des bisherigen Netzbetreibers gegen das Gebot diskriminierungsfreien Zugangs nach § 46 Abs. 1 EnWG und somit gegen § 20 Abs. 1 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 n.F.] verstöße.¹⁷¹ Die unmittelbaren Vorinstanzen hatten bereits klargestellt, dass ein „Ausspielen der vertraglichen Karte“ bzw. das „Ziehen der vertraglichen Option“ die gesetzlichen Vorschriften umgehe und aus dem Grund eine unzulässige Rechtsausübung darstelle.¹⁷² Wird der

¹⁶⁵ Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 71; vgl. auch Klemm, Versorgungswirtschaft 2005, S. 197 (198).

¹⁶⁶ OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 11.09.2014, Az. 2 U 122/13, juris-Rn. 26.

¹⁶⁷ OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 11.09.2014, Az. 2 U 122/13, juris-Rn. 27.

¹⁶⁸ OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 11.09.2014, Az. 2 U 122/13, juris-Rn. 27.

¹⁶⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 62 m.w.N.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 38, 42.

¹⁷⁰ Vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 158.

¹⁷¹ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 95; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 122; dazu auch Höch/Stracke, RdE 2013, 159 (164 f.).

¹⁷² OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn 171; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 170.

neu abgeschlossene Vertrag als nichtig eingestuft, so ist aufgrund der Einheitlichkeit des Geschäfts laut *BGH* davon auszugehen, dass die Abtretung eines vertraglichen Überlassungsanspruchs von der Kommune an den neuen Netzbetreiber ebenfalls nichtig ist.¹⁷³ Außerdem erhielte nach der Rechtsprechung der vermeintliche Neukonzessionär sonst trotz eines unwirksamen Vertrages einen Überlassungsanspruch, was nicht im Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen steht.¹⁷⁴

Der Netzbetreiber allerdings, der das Wegenutzungsrecht wirksam eingeräumt bekommen hat, sollte bereits selbst wegen § 46 Abs. 2 S. 2 und S. 3 EnWG darum bemüht sein, das Netz überlassen zu bekommen, um Verpflichtungen, die sich aus dem EnWG ergeben, also der Pflicht zur Gewährleistung von Netzanschluss und dem Netzzugang, nachzukommen.¹⁷⁵

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat in jüngster Vergangenheit eine Entscheidung zum Umfang der Netzüberlassung getroffen.¹⁷⁶ Nach dieser „gehören zum Netz der allgemeinen Versorgung alle Anlagen, die für die Versorgung aller vorhandenen Netznutzer im Konzessionsgebiet notwendig sind.“¹⁷⁷ Sollten die Endverbraucher direkt an einer Mittelspannungsleitung angeschlossen sein, ist auch diese vom Überlassungsanspruch erfasst.¹⁷⁸

8. Kaufpreis- bzw. Pachtzinsbestimmung

Der Anstieg der Zahl gerichtlicher Verfahren in der jüngsten Vergangenheit zeigt, dass die Netzüberlassung mit erheblichen Problemen behaftet sein kann und das betrifft gleichermaßen die (Re-)Kommunalisierungsfälle.¹⁷⁹ Häufig

¹⁷³ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 122.

¹⁷⁴ *LG Kiel*, Urteil vom 21.09.2012, Az. 14 O 19/12 (Kart), juris-Rn. 98.

¹⁷⁵ *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Energierecht*, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 65; zum einstweiligen Rechtsschutz im Rahmen der Netzüberlassung siehe *Becker*, *RdE* 2010, S. 243 (243 ff.); *Höch/Kalwa*, *RdE* 2010, S. 364 (364 ff.).

¹⁷⁶ *BGH*, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13.

¹⁷⁷ *BGH*, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 36.

¹⁷⁸ *BGH*, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 36. Ebenfalls besteht im Regelfall bei gemischt-genutzten Anlagen, also solche, welche in einem Konzessionsgebiet liegen, auf die zugleich aber Letztverbraucher in einem anderen Konzessionsgebiet für eine leitungsgebundene Energieversorgung angewiesen sind, eine Überlassungspflicht, siehe *OLG Sachsen-Anhalt*, Urteil vom 11.09.2014, Az. 2 U 122/13, juris-Rn. 34 f.; vgl. aber hierzu noch *Kermel/Hofman*, *RdE* 2011, S. 353 (353 ff.).

¹⁷⁹ Siehe nur den Verfahrensgang *LG Kiel*, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10; *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12.

wird keine Einigkeit zwischen dem bisherigen Netzbetreiber und dem kommunalen Unternehmen bestehen, wie die wirtschaftlich angemessene Vergütung gem. § 46 Abs. 2 S. 2 im Einzelfall ausfällt.¹⁸⁰ Im Gesetz wird offen gelassen, wie die wirtschaftlich angemessene Vergütung zu bestimmen ist. Der Kaufpreis des Netzes ist äußerst bedeutsam, weil potentielle Netzbetriebsinteressenten für das ausgeschriebene Gebiet infolge hoher Preisvorstellungen von einer konkreten Bewerbung abgehalten werden könnten und damit ein echter Wettbewerb entfiele.¹⁸¹ Möglich ist aber, dass in der Endschafsklausel eines Konzessionsvertrages geregelt ist, wie der Wert des Energienetzes bestimmt werden soll.¹⁸² Dann wäre der vereinbarte Vertragsinhalt zwischen dem bisherigen Netzbetreiber und der Kommune maßgeblich. Zur Festlegung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung kann der Sachzeitwert oder der Ertragswert herangezogen werden.¹⁸³ Der Altkonzessionär möchte häufig auf den für ihn in der Regel profitableren Sachzeitwert abstehen, während der Neukonzessionär meist für den Ertragswert plädiert, weil dieser oftmals niedriger ist.¹⁸⁴ Im Jahr 1999 hat sich der BGH in der Rechtssache „Kaufering“ mit diesen Berechnungsmethoden beschäftigt, weil Streit zwischen den Parteien darüber bestand, ob der im Vertrag in der Endschafsklausel festgehaltene Sachzeitwert tatsächlich zugrunde gelegt werden darf.¹⁸⁵ Ausschlaggebend dafür ist, ob der Kaufpreis des Netzes prohibitive Auswirkungen zeigt, mithin einen Wettbewerb um das Netz verhindert.¹⁸⁶ Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung wirkt der Kaufpreis prohibativ, wenn er die Übernahme der Stromversorgung durch einen nach Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft handelnden anderen Versorger ausschließe und die Kommune dadurch faktisch an

¹⁸⁰ Es geht dabei regelmäßig um die Kaufpreisfindung i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Genau so kann aber auch eine Uneinigkeit über den Pachtzins bestehen, wenn aufgrund des Abschlusses eines Pachtvertrages nur der Besitz gem. § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG eingeräumt werden soll. Im Rahmen des § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG müssen sich die Parteien nämlich auf einen „wirtschaftlich angemessenen Pachtzins“ einigen, weil wegen mangelnder gesetzgeberischer Regelung in § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG der § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG analog herangezogen werden muss, Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 92.

¹⁸¹ Richter/Brahms, KommJur 2014, S. 6 (11).

¹⁸² Siehe Meyer-Gohde/Meinshausen/Schiereck/von Flotow, ZögU, Bd. 36 (2013), S. 17 (23).

¹⁸³ Zu diesen beiden Berechnungsmethoden siehe Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 140 ff.; Sachse, Vom Monopolpreis zur wirtschaftlich angemessenen Vergütung, 2013, S. 46 ff.

¹⁸⁴ So auch bei OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 161.

¹⁸⁵ BGH, Urteil vom 16.11.1999, Az. KZR 12/97 = BGHZ 143, 128.

¹⁸⁶ BGH, Urteil vom 16.11.1999, Az. KZR 12/97, juris-Rn. 69 ff.

den bisherigen Versorger gebunden bliebe.¹⁸⁷ Diese Grenze sei erreicht, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Versorgungsnetzes nicht unerheblich übersteige.¹⁸⁸ Der Gesetzgeber geht von der Ertragswertmethode aus.¹⁸⁹ Diese Methode wird durch die einfachgesetzliche Regelung bestätigt¹⁹⁰ und außerdem sind auch keine diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 14 GG ersichtlich.¹⁹¹ Kritik kommt aus der Literatur, welche die „Kaufering“-Rechtsprechung zum Teil aufgrund wettbewerbsrechtlicher Aspekte als nicht mehr zeitgemäß ansieht.¹⁹² Bemängelt wird aber insbesondere auch, dass die aus dem Jahr 1999 stammende Rechtsprechung je nach Sachverhalt nicht mehr herangezogen werden muss, weil neben einem konzessionsvertraglichen Anspruch mittlerweile ebenfalls der gesetzliche Anspruch gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG geltend gemacht werden kann.¹⁹³ Diese beiden Ansprüche sind strikt zu trennen und es besteht eine Anspruchskonkurrenz.¹⁹⁴ In Bezug auf die Geltendmachung eines konzessionsvertraglichen Anspruches aus einer Endschäftsbestimmung hat die „Kaufering“-Rechtsprechung dem-

¹⁸⁷ BGH, Urteil vom 16.11.1999, Az. KZR 12/97, juris-Rn. 72.

¹⁸⁸ BGH, Urteil vom 16.11.1999, Az. KZR 12/97, juris-Rn. 72. Das OLG München, Urteil vom 17.11.2005, Az. U (K) 3325/96, juris-Rn. 45, hat im endgültigen Urteil nach Zurückverweisung des BGH angenommen, dass von einer Erheblichkeit von unter 10% nicht ausgegangen werden könne und es nicht wie im vorliegenden Fall ausreiche, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert um etwa 7 % übersteige. Kritik äußert Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 893 f., indem er einen Erheblichkeitszuschlag für unvereinbar im Rahmen der wettbewerblichen Wegenutzungsrechtseinräumung hält.

¹⁸⁹ BT-Drs. 17/6072, S. 88 (linke/rechte Spalte).

¹⁹⁰ Zu diesem Ergebnis kommt Sachse, Vom Monopolpreis zur wirtschaftlich angemessenen Vergütung, 2013, S. 174 ff., welche die Begriffe der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ auslegt.

¹⁹¹ Sachse, Vom Monopolpreis zur wirtschaftlich angemessenen Vergütung, 2013, S. 188 ff.; vgl. hierzu Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 895 ff.

¹⁹² Sauer, EWeRK 2012, S. 4 (13); siehe auch ders, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 900; vgl. hierzu Papier/Schröder, Wirtschaftlich angemessene Vergütung für Netzanlagen, 2012, S. 62 f.

¹⁹³ Büdenbender/Rosin/Michaelis, RdE 2014, S. 1 (1 ff.).

¹⁹⁴ Büdenbender/Rosin/Michaelis, RdE 2014, S. 1 (2 ff.).

nach keine Bedeutung mehr.¹⁹⁵ Die Rechtsprechung zieht die grundsätzlichen Aussagen des damaligen *BGH*-Urteils dennoch heute heran.¹⁹⁶

II. Zwischenfazit

Die Subsumtion unter die am 26.02.2014 erlassene Richtlinie über die Konzessionsvergabe¹⁹⁷ ergibt, dass die Wegenutzungsrechtseinräumung als Dienstleistungskonzeßion zu qualifizieren ist. Der Unionsgesetzgeber hat dies deutlich gemacht und diese Frage damit endgültig geklärt. Keinesfalls handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag i.S.d. §§ 97 ff. GWB. Das unterirdische Strom- und Gasversorgungsnetz stellt in einer kommunalen Gebietskörperschaft ein natürliches Monopol dar, was allgemein anerkannt ist. Eine Kommune schließt einen privatrechtlichen Konzessionsvertrag mit einem Netzbetreiber ab. Im Falle einer (Re-)Kommunalisierung handelt es sich bei dem neuen Netzbetreiber um ein kommunales Unternehmen. Der Vertrag zwischen der Kommune und deren eigenem Unternehmen muss wirksam sein, um den Anspruch gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG auszulösen.

III. Wettbewerbsorientierte Vorgaben

Für die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft, die nach Ablauf der Vertragslaufzeit ihrem kommunalen Unternehmen ein Wegenutzungsrecht einräumen möchte, stellt sich vor allem die Frage, ob und wenn ja, an welche gesetzlichen Vorgaben¹⁹⁸ sie gebunden ist. Denkbar wäre an sich auch, dass die Entscheidung allein in der Hand der jeweiligen Kommune liegt, den Netzbetrieb in Zukunft durch ein kommunales Unternehmen vorzunehmen. Dafür spräche vor allem, dass sie das Eigentum an den Straßen sowie den Wegen hat und eine Berufung auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht gem. Art. 28 Abs. 2 GG in Betracht kommt. Einfachgesetzliche Bindungen könnten jedoch aus dem EnWG, dem GWB und ebenso aus dem Kommunalwirtschaftsrecht resultieren und die Umsetzung einer (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes aus rechtlicher Sicht erschweren. Außerdem ergäben sich unter Umständen aus dem höherrangigen Verfassungs- und Unionsrecht für die

¹⁹⁵ Büdenbender/Rosin/Michaelis, RdE 2014, S. 1 (4).

¹⁹⁶ *BGH*, Beschluss vom 03.06.2011, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 45; *OLG Frankfurt*, Urteil vom 14.06.2011, Az. 11 U 36/10 (Kart), juris-Rn. 80 ff.; *LG Hannover*, Beschluss vom 27.03.2014, Az. 25 O 29/13, juris-Rn. 10 ff.; befürwortend zu dieser Rechtsprechung beispielsweise Genten/Krämer/Theobald/Wolkenhauer, RdE 2014, S. 213 (215).

¹⁹⁷ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. (EU) Nr. L 94, S. 1-64.

¹⁹⁸ Ausgenommen sind zunächst erforderliche kommunalwirtschaftliche Voraussetzungen, siehe dazu unten unter D.

kommunale Selbstverwaltungskörperschaft bestimmte Pflichten, welche die Ausübung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gem. Art. 28 Abs. 2 GG möglicherweise einschränken. Insbesondere, weil das Energieversorgungsnetz ein natürliches Monopol einer kommunalen Gebietskörperschaft darstellt, könnte dieser Umstand in einem Auswahlverfahren gewisse Pflichten hervorrufen und daher gesetzlichen Bindungen unterliegen.

1. Teilweise vertretene Auffassung: Extensiver Entscheidungsspielraum

Selbst nach der Novelle des EnWG im Jahre 2005 gibt es in der rechtswissenschaftlichen Literatur jedoch immer noch die Auffassung, dass sich eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft bei ihrer Auswahlentscheidung hinsichtlich der Auswahl des zukünftigen Netzbetreibers auf einen extensiven Entscheidungsspielraum berufen kann, was ihr bei einem (Re-)Kommunalisierungsvorhaben natürlich zugutekäme.¹⁹⁹ Diese Auffassungen werden mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG begründet,²⁰⁰ wobei in diesem Zusammenhang auch der Begriff Systementscheidung²⁰¹ genannt wird.²⁰² Wem die Kommune eine Konzession erteilen werde, liege demnach allein in ihrer Hand²⁰³ und die Laufzeitbegrenzung des Wegenutzungsrechts stelle demnach eine Option für die Kom-

¹⁹⁹ Dass die Gemeinde überhaupt berechtigt ist, eine (Re-)Kommunalisierung vorzunehmen, wird mit § 46 Abs. 4 EnWG und der kommunalen Gewährleistungsverantwortung begründet, Waller, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 219; Hoch/Theobald, KSzW 2011, S. 300 (303).

²⁰⁰ So zu verstehen sind Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 438; Waller, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 218, der aber zugleich von einer „Wettbewerbsförderung“ ausgeht, S. 240; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 358 f.; ders., IR 2009, S. 125 (125, 127); Theobald, DÖV 2009, S. 356 (357 f.); siehe noch im Hinblick auf den § 13 Abs. 3 EnWG 1998, Ortlieb, Vergaberechtliche Beurteilung von Konzessionsverträgen, in: Becker/Held/Riedel/Theobald (Hrsg.), Energiewirtschaft im Aufbruch, 2001, S. 379 (390 f.).

²⁰¹ Damit ist gemeint, dass die Kommune grundlegend selbst entscheiden darf, ob sie selbst oder ein privates Energieversorgungsunternehmen die Netze zukünftig betreibt, siehe nur Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 14.

²⁰² Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 36; Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 15; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 358; anderer Ansicht ist beispielsweise W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 43.

²⁰³ Theobald, DÖV 2009, S. 356 (357 f.).

mune dar, die Netze wieder selbst zu betreiben.²⁰⁴ Es wird dabei in erster Linie darauf abgestellt, dass es sich um einen politischen Entschluss der Kommune handele und rechtliche Vorgaben erst einmal keine Rolle spielen, jedoch die Kosten des Netzaufkaufs ein wesentlicher Entscheidungsfaktor seien.²⁰⁵ Wegen Art. 28 Abs. 2 GG stehe demnach einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft ein extensiver Entscheidungsspielraum zu und erlaube mithin sogar die Einbeziehung von Auswahlkriterien, die mit dem Netzbetrieb im engeren Sinne nichts zu tun haben,²⁰⁶ worunter beispielsweise neben örtlichen Arbeitsplätzen auch der politische Einfluss der Kommune auf das dann kommunale Unternehmen genannt werden.²⁰⁷ Trotzdem wird der Wettbewerbsgedanke offenbar nicht völlig außer Acht gelassen.²⁰⁸ Die (Re-)Kommunalisierung ist nach der Durchführung eines wettbewerbsorientierten Verfahrens aus diesem Grund nur eine Möglichkeit.²⁰⁹ In diesem Zusammenhang gibt es die Ansicht in der Literatur, dass die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft entweder den Netzbetrieb selbst übernimmt oder ein Wettbewerb durchgeführt wird, an welchem sich die Einräumung eines Wegenutzungsrechts an ein privates Unternehmen anschließt.²¹⁰ Die Vertreter dieser Ansichten scheinen das Anliegen zu verfolgen, dass die Gemeinde den Netzbetrieb ohne rechtliche Hindernisse mit der Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG (re-)kommunalisieren kann und, sofern der Betrieb zukünftig durch ein eigenes Unternehmen der kommunalen Gebietskörperschaft oder zumindest aufgrund einer Beteiligung an einem solchen erfolgen soll, nicht im Wettbewerb obsiegen muss, sondern sich selbst trotz Durchführung eines Wettbewerbs privilegieren darf.²¹¹ Ein näheres juristisches Argument ist allerdings für diese Ansicht nicht ersichtlich.

Die in jüngster Vergangenheit ergangenen Beschlüsse und Urteile der Rechtsprechung²¹² zeigen in der Gesamtschau, dass eine

²⁰⁴ *Templin*, IR 2009, S. 125 (125).

²⁰⁵ *Templin*, IR 2009, S. 125 (125).

²⁰⁶ *Templin*, IR 2009, S. 125 (127 m.w.N.).

²⁰⁷ *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (357).

²⁰⁸ *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 14 f.

²⁰⁹ *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 14 f.

²¹⁰ *Greb*, KommP spezial 2011, S. 93 (94) unter Annahme einer Inhouse-Privilegierung.

²¹¹ So hieß es in den Urteilen des OLG Schleswig vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 105 und Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 126: „In der juristischen Diskussion wurde [...] als weitgehend selbstverständlich angesehen, dass die Gemeinde in ihrer Entscheidung zum Selbsteintritt frei sein sollte“.

²¹² Beispielsweise BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12; VG Stuttgart, Beschluss vom 29.04.2013, Az. 7 K 929/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12.

(Re-)Kommunalisierung der Energieversorgungsnetze rechtlich nicht mit einer einfachen Berufung der Kommune auf ihr kommunales Selbstverwaltungsrecht abgetan ist. Zuletzt allerdings gab es auch einen „kommunalfreundlichen Beschluss“ des *VG Oldenburg* vom 17.07.2012.²¹³ Dieser konnte den (re-)kommunalisierungswilligen Gebietskörperschaften Hoffnung machen, da festgehalten wurde, dass es insofern eine fundamentale Entscheidung der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft sei, ob sie die Konzession an einen Dritten vergabe, sich also aus ihrer Erfüllungsverantwortung zugunsten einer bloßen Gewährleistungsverantwortung zurückziehen wolle oder ob sie sich dafür entscheide, die Erfüllungsverantwortung selbst zu übernehmen.²¹⁴ Dabei wird auf „eine weitgehend kontrollfreie grundlegende Systementscheidung“ verwiesen, die aus Art. 28 Abs. 2 GG folgen soll.²¹⁵ Das Gericht geht jedoch nicht von einer völlig freien Entscheidungsautonomie aus, sondern weist zugleich auf Grundsätze der Gleichbehandlung sowie Transparenz hin.²¹⁶ Von einer „eher wettbewerbs- und kartellrechtlich geprägten Betrachtungsweise“²¹⁷ wird in dem Beschluss des *VG Oldenburg* indes nicht ausgegangen.

2. Unionsrechtliche, verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Vorgaben

Fraglich ist, ob diese vertretenen Ansichten aus der Literatur und die eben erwähnte Rechtsprechung des *VG Oldenburg* vor allem nach den Urteilen des *BGH*²¹⁸ noch Bestand haben können und die Kommune bei einer Einräumung des Wegenutzungsrechts an ein kommunales Unternehmen oder ein solches mit kommunaler Beteiligung aufgrund des Art. 28 Abs. 2 GG eine privilegierte Stellung einnimmt.

²¹³ *VG Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12. Anlass dieses Beschlusses war eine kommunalaufsichtliche Beanstandungsverfügung. Zugleich muss darauf hingewiesen werden, dass in zweiter Instanz ein extensiver Entscheidungsspielraum der Kommune im Hinblick auf die Festlegung von Auswahlkriterien abgelehnt wurde, siehe OVG *Liineburg*, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 87/12, juris-Rn. 45 ff. *Groneberg*, ER 2013, S. 258 (262) bezeichnet die Ansicht des *VG Oldenburg* sogar als „verfassungsrechtlichen Irrweg“.

²¹⁴ *VG Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 101.

²¹⁵ *VG Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 102.

²¹⁶ *VG Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 88. Anders als in der Literatur *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, welcher auf derartige Grundsätze nicht detaillierter eingeht.

²¹⁷ *VG Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 91.

²¹⁸ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12.

Spätestens mit der Novelle des EnWG im Jahr 2005 und der damit verbundenen Einfügung der Entflechtungsvorschriften gem. § 6 ff. EnWG, die an vertikal integrierte Unternehmen gerichtet sind, sollte der Wettbewerb verstärkt Einzug in dem Bereich des Energienetzbetriebes halten.²¹⁹ Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur haben bereits im Jahr 2010 von einem bestehenden „Wettbewerb“ gesprochen.²²⁰ Ebenso geht die Literatur überwiegend von einem durchzuführenden Wettbewerb aus.²²¹ Ein extensiver Entscheidungsspielraum der kommunalen Gebietskörperschaft in dem Sinne, dass diese prinzipiell über eine (Re-)Kommunalisierung entscheiden darf, scheint daher nicht mehr in Betracht zu kommen. Die Gemeinde hat bei der (Re-)Kommunalisierung eines örtlichen Energienetzbetriebes gesetzliche Vorschriften einzuhalten und somit wird festgelegt, ob die Entscheidung der Kommune zulässig ist oder nicht.²²² Daher muss eine Bevorzugung kommunaler Unternehmen gegenüber privaten Unternehmen bei einem wettbewerbsorientierten Verfahren immer sorgfältig hinterfragt werden.²²³ Welche wettbewerbsorientierten Vorgaben den unionalen, verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Regelungen zu entnehmen sind, bestimmt daher ganz wesentlich die Umsetzung eines (Re-)Kommunalisierungswunsches einer Gebietskörperschaft. Je strenger die wettbewerbsfördernden Regelungen sind, desto schwieriger ist es für die Kommune, das gesetzte Vorhaben rechtmäßig umzusetzen.

a) Vorgaben durch das Unionsrecht

Aufgrund des mittlerweile erheblichen Einflusses des Unionsrechts auf die kommunale Gestaltungsmöglichkeiten und wegen der Geltung des allgemei-

²¹⁹ BT-Drs. 15/3917, S. 51 (linke Spalte). Damals mit Skepsis betrachtend *Püttner, ZögU*, Bd. 28 (2005), S. 394 (395). Zur Entflechtung des Netzbetriebes siehe *Schneider*, in: ders./Theobald (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 4. Auflage, 2013, § 2 Rn. 48 ff.

²²⁰ Gemeinsamer Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010, Rn. 21.

²²¹ Ausführlich zum Wettbewerbsprinzip siehe *Kaufmann*, *Der Wettbewerb um die Elektrizitätsversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung*, 2014; *Sauer*, *Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG*, 2012; *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2011.

²²² *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 85.

²²³ *Leisner-Egensperger*, *NVwZ* 2013, S. 1110 (1115).

nen Vorrangs dieses Rechts²²⁴ ist es zunächst sinnvoll zu untersuchen, ob und wenn ja, welche primär- bzw. sekundärrechtlichen Vorgaben die Gemeinde zu beachten hat, wenn nach Wunsch der Kommunalvertretung ein eigenes Unternehmen zukünftig den Netzbetrieb übernehmen soll.

aa) Primärrechtlich

Die Einräumung eines Wegenutzungsrechts durch eine deutsche Kommune an ein eigenes Unternehmen ist aus dem europäischen Blickwinkel nicht völlig rechtsfrei möglich, sondern unterliegt primärrechtlichen Vorgaben.²²⁵ In Betracht kommen bei der Vergabe eines Wegenutzungsrechts zu beachtende Vorgaben aus dem unionalen Kartellrecht und den Grundfreiheiten, da es Bewerber für den Netzbetrieb geben kann, welche in einem Mitgliedstaat ansässig sind. Während ein Mitgliedstaat an die Grundfreiheiten gebunden ist, gilt das unionale Kartellrecht für Unternehmen, worunter jedoch auch die Kommune fallen könnte.

(1) Unionales Kartellrecht gem. Art. 101 ff. AEUV

Die Anwendung des unionalen Kartellrechts gem. Art. 101 ff. AEUV erfordert unter anderem gem. Art. 102 S. 1 AEUV, dass die Kommune als Unternehmerin anzusehen sein müsste und eine marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben innehätte.

(a) Unternehmensbegriff

Eine konkrete Entscheidung der europäischen Rechtsprechung zur deutschen Rechtslage²²⁶ liegt nicht vor. Obwohl die deutsche Rechtsprechung in der

²²⁴ Dazu *Nettesheim*, in: ders. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 41. EL 2010, Art. 1 AEUV Rn. 71 ff.

²²⁵ Siehe hierzu *VGH Baden-Württemberg*, Beschluss vom 22.08.2013, Az. 1 S 1047/13, juris-Rn. 27; *VG Stuttgart*, Beschluss vom 29.04.2013, Az. 7 K 929/13, juris-Rn. 30; *LG Kiel*, Urteil vom 21.09.2012, Az. 14 O 19/12 (Kart), juris-Rn. 80 f.; *Schotten*, VergabeR 2013, S. 352 (353); *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 12 f.; *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 16 f.; *Meyer-Hetling/Templin*, ZNER 2012, S. 18 (19); *Polster/Kokew*, KSzW 2012, S. 144 (148); ohne expliziten Bezug zur deutschen Kommune *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 164 f.; *Michaels*, IR 2009, S. 246 (248 ff.).

²²⁶ Vgl. *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 280.

jüngsten Vergangenheit nur das deutsche Kartellrecht zugrundegelegt hat,²²⁷ wird jedoch vertreten, dass die Kommune eine erwerbswirtschaftliche Handlung vornimmt und somit im europarechtlichen Sinne die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft bei Einräumung des Rechts unter den Unternehmensbegriff zu subsumieren ist.²²⁸ Der (funktionale) Unternehmensbegriff des Art. 102 AEUV ist dem des Art. 101 AEUV gleichzusetzen.²²⁹ Nach Ansicht des EuGH umfasste der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.²³⁰ Dem Netzbetreiber wird das kommunale Wegeeigentum zur Verfügung gestellt, um Einnahmen zu erzielen.²³¹ Außerdem bietet die kommunale Gebietskörperschaft das Wegenutzungsrecht gegen ein Entgelt an, was eine Unternehmereigenschaft insoweit begründet.²³²

(b) Marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt

Die Kommune müsste als Unternehmerin allerdings zugleich gem. Art. 102 S. 1 AEUV eine marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben aufweisen und diese dann aus-

²²⁷ Siehe beispielsweise VGH *Baden-Württemberg*, Beschluss vom 22.08.2013, Az. 1 S 1047/13, juris-Rn. 23, 32; OLG *Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, 147 ff.; VG *Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 88.

²²⁸ *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 281 f.; *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 73 ff.; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 51 f.; *Britz*, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, 1994, S. 160 ff.; vgl. für die andere Ansicht *Hellermann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes* (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 9, 44, 66d.

²²⁹ *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage, 2011, Art. 102 AEUV Rn. 4.

²³⁰ EuGH, Urteil vom 23.04.1991 – Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 – Höfner und Elser, Rn. 21; ausführlich dazu *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage, 2011, Art. 101 AEUV Rn. 25; vgl. auch EuGH, Urteil vom 18.03.1997 – Rs. C-343/95, I-1547 – *Diego Cali*, Rn. 16, 18, der danach differenziert, ob „der Staat als öffentliche Hand handelt“ oder „wirtschaftliche Tätigkeiten industrieller oder kommerzieller Art ausübt.“ Zum nationalen kartellrechtlichen Unternehmensbegriff siehe unten unter C.III.2.c.bb.(2).(a).

²³¹ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 77.

²³² *Sodan*, LKV 2013, S. 433 (436); siehe auch *Bruhn*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), Energierecht, Einführung zu den Art. 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 75. EL 2012, Rn. 18 ff.

nutzen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die deutschen Konzessionsverträge der einzelnen kommunalen Gebietskörperschaften sind in Bezug auf Inhalt und Zielrichtung sehr ähnlich ausgestaltet.²³³ Es darf davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich die Fläche eines Mitgliedstaates einen wesentlichen Teil des Binnenmarktes darstellt.²³⁴ Teilweise wird angenommen, dass eine Kommune den Markt beherrsche, weil sie allein über die Einräumung des Wegenutzungsrechts entscheiden könne.²³⁵ Aus Sicht der Europäischen Kommission ist das Netzsystem ein natürliches Monopol und jedes einzelne Netz als eigenes räumliches Areal anzusehen, welches dann immer einen eigenen abgegrenzten relevanten Markt darstellt.²³⁶ Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Anknüpfend an die Fläche eines Mitgliedstaates decken im Prinzip die einzelnen örtlichen Netzmonopole in ihrer Gesamtheit das Bundesgebiet ab, was somit einen wesentlichen Teil des Binnenmarktes i.S.d. Art. 102 S. 1 AEUV ausmacht.²³⁷

(2) Grundfreiheiten

Eine Kommune ist als staatsorganisatorischer Teil des Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland an die Grundfreiheiten gebunden.²³⁸ Die Einräumung eines energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechts ist binnenmarktrelevant, sofern es sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt.²³⁹ Solch einer ist zu bejahen, weil sich bereits potentiell Netzbetreiber aus anderen

²³³ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 74.

²³⁴ Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 60.

²³⁵ Sodan, LKV 2013, S. 433 (436); anderer Ansicht ist Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 125.

²³⁶ Europäische Kommission, Entscheidung vom 10.05.2010, COMP/M.5827 – ELIA/IFM/50Hertz, Rn. 21.

²³⁷ Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 61.

²³⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 21.07.2005 – Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 – Coname, Rn. 16; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 68 ff.; Burgi, NZBau 2005, S. 610 (611 f.); zur Bindung an die Grundfreiheiten siehe Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 123.

²³⁹ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 202 ff.

Mitgliedstaaten bewerben könnten.²⁴⁰ Mithin muss die zuständige ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft im Rahmen des Auswahlverfahrens die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV und die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV beachten.²⁴¹ Der *EuGH* verdeutlicht regelmäßig in seiner Rechtsprechung die daraus resultierende Geltung des Diskriminierungsverbotes und des Transparenzgebotes in solchen Fällen.²⁴² Die Grundfreiheiten erfordern eine Ausschreibung, damit Netzbetreiberinteressenten, welche in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässig sind, die Möglichkeit haben, in einer deutschen Kommune zukünftig die Aufgabe des Netzbetriebes zu übernehmen.²⁴³ Wegen des Transparenzgebotes muss für Interessenten „ein angemessener Grad von Öffentlichkeit“ erreicht werden.²⁴⁴ Weiterhin haben die kommunalen Gebietskörperschaften aufgrund des Diskriminierungsverbotes eine sachgerechte Entscheidung zu treffen, wenn ein Konzessionsvertrag neu abgeschlossen oder verlängert werden soll.²⁴⁵

bb) Sekundärrechtlich

(1) Die neuen Vergaberichtlinien

Mangels bisheriger ausdrücklicher wettbewerbsrechtlicher Vorgaben in Bezug auf Dienstleistungskonzessionen hat die Europäische Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Vorschlag²⁴⁶ vorgelegt, die Konzessionsvergabe sekundärrechtlich zu regeln. Gerade in Deutschland ist dieser

²⁴⁰ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 202 ff.

²⁴¹ Heim, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 19; Schotten, VergabeR 2013, S. 352 (353); Sodan, LKV 2013, S. 433 (436).

²⁴² Siehe beispielsweise *EuGH*, Urteil vom 13.10.2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 – Parking Brixen, Rn. 46 ff.; *EuGH*, Urteil vom 07.12.2000 – Rs. 324/98, Slg. 2000, I-10745 – Tele Austria, Rn. 60 ff.

²⁴³ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 79; vgl. auch *EuGH*, Urteil vom 13.10.2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 – Parking Brixen, Rn. 52.

²⁴⁴ *EuGH*, Urteil vom 13.10.2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 – Parking Brixen, Rn. 49.

²⁴⁵ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 79.

²⁴⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM (2011) 897 vom 20.12.2011; für eine Zusammenfassung siehe Ortlieb, EWeRK 2012, S. 30 (30 ff.). Ausführlich interpretiert haben diesen Richtlinievorschlag Michaels/Kohler, ZNER 2012, S. 29 (31 ff.).

Vorschlag teilweise nicht auf Zustimmung gestoßen und der Bundesrat hatte sich strikt gegen den Erlass einer Dienstleistungskonzessionsrichtlinie ausgesprochen, da dieser unter anderem davon ausgeht, dass der europäische Gesetzgeber „bewusst“ keine Regelung für die Einräumung einer Dienstleistungskonzenzession geschaffen hat und der Wettbewerb bislang noch nicht ersichtlich verzerrt wurde.²⁴⁷ Am 17.04.2014 sind jedoch drei Richtlinien in Kraft getreten, die zu einer unionsweiten Novellierung des Vergaberechts beitragen sollen. Erlassen wurde eine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.²⁴⁸ Außerdem wurde eine Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste erlassen, die gleichzeitig die Richtlinie 2004/17/EG aufhebt.²⁴⁹ Ferner wurde die Richtlinie über die Konzessionsvergabe verabschiedet.²⁵⁰

Diese zuletzt genannte völlig neuartige Richtlinie muss betrachtet werden, um herauszufinden, ob sie sich auf die energiewirtschaftliche Wegenutzungsrechtseinräumung auswirkt. Wie der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie umsetzt, ist noch unklar. Teilweise wird offen gelassen, ob die Wegenutzungsrechtseinräumung überhaupt in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt.²⁵¹ Genauso wird eine Anwendung der Richtlinie für möglich gehalten.²⁵²

²⁴⁷ BR-Drs. 874/11 (Beschluss), S. 1 f.; siehe hierzu auch *Lattmann/Lott*, ZögU, Bd. 36 (2013), S. 58 (66 f.).

²⁴⁸ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. (EU) Nr. L 94, S. 65-242.

²⁴⁹ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch den Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. (EU) Nr. L 94, S. 243-374.

²⁵⁰ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. (EU) Nr. L 94, S. 1-64; dazu *Opitz*, NVwZ 2014, S. 753 (753 ff.); *Wagner/Pfohl*, ZfBR 2014, S. 745 (745 ff.).

²⁵¹ So *Tugendreich*, ZfBR 2014, S. 547 (552).

²⁵² *Wagner/Pfohl*, ZfBR 2014, S. 745 (747). Bei Erreichung des in der Richtlinie bestimmten Schwellenwertes geht *H. Weiß*, NVwZ 2014, S. 1415 (1419) ausdrücklich von einer Anwendbarkeit bei Strom- und Gaskonzessionen aus.

(2) Bewertung der Richtlinie über die Konzessionsvergabe

(a) Anwendbarkeit

Die Richtlinie findet gem. Art. 1 Abs. 1 KVR nur dann Anwendung, wenn die Schwellenwerte gem. Art. 8 KVR erreicht werden. Im Falle der Wegenutzungsrechtseinräumung ist regelmäßig davon auszugehen, dass der in Art. 8 Abs. 1 KVR genannte Mindestvertragswert i.H.v. 5.186.000 € erreicht wird. Unter den in Art. 5 Nr. 1b) KVR definierten Begriff der Dienstleistungskonzession müsste die Einräumung eines energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechts subsumierbar sein. Bei dem zwischen einem Energienetzbetreiber und einer kommunalen Gebietskörperschaft geschlossenen Vertrag über die Wegenutzungsrechtseinräumung handelt es sich um einen entgeltlichen, schriftlichen Vertrag. Der Netzbetreiber hat Konzessionsabgaben gem. § 2 KAV zu leisten,²⁵³ sodass dieser entgeltlich im Sinne der Richtlinie ist. An einer Bauleistung i.S.d. Art. 5 Nr. 1a) KVR mangelt es, weil ein Netzbetrieb zur Energieversorgung nicht als eine solche verstanden werden kann. Die Gemeinde ist außerdem (öffentlicher) Auftraggeber.²⁵⁴ Also ist grundsätzlich von einer Anwendbarkeit dieser Richtlinie auszugehen. Je nach Einzelfall richtete sich die Anwendbarkeit vor allem danach, ob der Schwellenwert überschritten sein würde.

(b) Ausschluss wegen Art. 10 Abs. 1 UAbs. KVR

Es könnte jedoch ein Ausschluss wegen Art. 10 Abs. 1 UAbs. KVR einschlägig sein.²⁵⁵ Sofern es sich bei der Einräumung eines Wegenutzungsrechts um ein ausschließliches Recht handeln sollte und die weiteren Merkmale erfüllt sein sollten, liegt ein solcher Ausschluss nach Art. 10 Abs. 1 UAbs. KVR vor. Das ausschließliche Recht ist in Art. 5 Abs. 10 KVR definiert.²⁵⁶

²⁵³ Näheres zu den Konzessionsabgaben bei *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 428 ff.

²⁵⁴ Siehe dazu oben unter C.I.3.b.

²⁵⁵ Dieser lautet: Diese Richtlinie gilt nicht für Dienstleistungskonzessionen, die an einen Wirtschaftsteilnehmer aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden, das dem Wirtschaftsteilnehmer im Einklang mit dem AEUV und den Unionsrechtsakten zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften über den Marktzugang für die in Anhang II genannten Tätigkeiten gewährt wurde.

²⁵⁶ Dieser lautet: Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „ausschließliche Rechte“ Rechte, die eine zuständige Behörde eines Mitgliedstaates im Wege einer mit den Verträgen im Einklang stehenden Rechts- oder veröffentlichten Verwaltungsvorschriften, gewährt hat, wodurch die Möglichkeit anderer Wirtschaftsteilnehmer zur Ausübung dieser Tätigkeit wesentlich eingeschränkt wird.

Wenn eine Gemeinde das Wegenutzungsrecht einräumt, ist sie nach gegenwärtiger Gesetzeslage (vgl. § 46 Abs. 2 EnWG) die zuständige Behörde, die unter Einhaltung der Vertragsbestimmungen einem (kommunalen) Energieversorgungsunternehmen wegen dieses Rechts einen Netzbetrieb gestattet. Andere Energieversorgungsunternehmen, welche Interesse an einem örtlichen Netzbetrieb haben, können diesen für den jeweiligen räumlichen Bereich nicht ausüben. Der Unionsgesetzgeber fordert in der Richtlinie eine wesentliche Einschränkung. Aufgrund des Netzmonopols ist sogar nicht nur eine Einschränkung gegeben, sondern der Netzbetrieb ist für weitere Interessenten gänzlich ausgeschlossen. Diese Konstellation muss dann erst recht erfasst sein.

Außerdem müsste eine in Anhang II der Richtlinie erwähnte Tätigkeit vorliegen. Im Bereich Strom muss der Netzbetrieb gem. Nr. 2a) und im Bereich Gas gem. Nr. 1a) als eingeschlossen angesehen werden. Jeweils wird an diesen Stellen ausdrücklich von dem „Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit“ gesprochen.

Insgesamt muss festgehalten werden, dass ein Wegenutzungsrecht ein ausschließliches Recht darstellt und der Netzbetrieb eine Tätigkeit i.S.d. Anhangs II der Richtlinie ist. Aus diesem Grund gilt der Netzbetrieb trotz des zuvor bejahten Anwendungsbereichs nicht bei einer Wegenutzungsrechtseinräumung, weil der Ausschluss gem. Art. 10 Abs. 1 UAbs. KVR einschlägig ist.

(c) Ausschluss wegen Art. 10 Abs. 8 a) KVR

Teilweise wird in der Literatur ein Ausschluss gem. Art. 10 Abs. 8 a) der KVR angenommen.²⁵⁷ Demnach gilt die Richtlinie nicht für Dienstleistungskonzessionen, die als Gegenstand den Erwerb oder die Miete von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen oder über Rechte daran, ungeachtet der Finanzmodalitäten. Es wird davon ausgegangen, dass § 46 Abs. 2 EnWG genau diesen Fall regelt, nämlich ein Wegenutzungsrecht an Grundstücken bzw. unbeweglichem Vermögen temporär zu gestatten.²⁵⁸ Diese Ansicht ist aber nicht zutreffend. Art. 10 Abs. 8 a) KVR regelt keinen Ausschlussgrund hinsichtlich der Wegenutzungsrechtseinräumung. Ein Konzessionär erwirbt oder mietet nämlich kein Grundstück. Vielmehr geht es um ein Wegenutzungsrecht. Die unterirdischen Energieleitungen durchlaufen

²⁵⁷ W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 8 f.

²⁵⁸ W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 8 f.

lediglich Grundstücke. Dabei sind diese Scheinbestandteile und somit auch kein unbewegliches, sondern bewegliches Vermögen.²⁵⁹

(d) Kein Gegenargument: Art. 10 Abs. 2 UAbs. KVR

Eine Regelung könnte unter Umständen dafür sprechen, dass der Unionsgesetzgeber den Strom- und Gasnetzbetrieb jedoch nicht unter den hier vertretenen Ausschluss von der Richtlinie gem. Art. 10 Abs. 1 UAbs. KVR fallen lassen wollte. Gem. Art. 10 Abs. 2 UAbs. KVR hat ein Mitgliedstaat, wenn dieser einem Wirtschaftsteilnehmer ein ausschließliches Recht zur Ausübung einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten gewährt, die Kommission binnen eines Monats nach Gewährung dieses ausschließlichen Rechts hiervon in Kenntnis zu setzen.

Diese Pflicht, welche später die Kommunen betreffen dürfte, hätte in der Praxis eine erhebliche Auswirkung. Die hohe Zahl auslaufender Verträge führte dazu, dass in einem bestimmten zeitlichen Rhythmus tausende Gemeinden in Deutschland innerhalb eines Monats nach einer Wegenutzungsrechtseinräumung die Kommission von diesem Vorgang in Kenntnis setzen müssten. Allerdings darf dieser bürokratische Aufwand nicht als Gegenargument eingesetzt werden, um den Ausschluss gem. Art. 10 Abs. 1 UAbs. KVR zu verneinen, weil das „in Kenntnis setzen“ die vom Unionsgesetzgeber gewählte Folge eines Ausschlusses ist, wenn ein ausschließliches Recht gewährt wird.

(e) Erwägungsgrund 16 der KVR

Des Weiteren könnte der Erwägungsgrund 16 der Richtlinie herangezogen werden, um gegen einen Ausschluss der energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechtseinräumung zu argumentieren. Der Erwägungsgrund hält fest, wann eine Gewährung von Wegerechten nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie gelten sollte. So möchte *H. Weiß* bereits aufgrund des Erwägungsgrundes 16 die Anwendung der KVR auf die energiewirtschaftliche Wegenutzungsrechtseinräumung verneinen.²⁶⁰ Im Rahmen dieses Arguments wird jedoch nicht der „sofern“-Satzteil am Ende des Erwägungsgrundes beachtet, der die Nichtgeltung der Richtlinie auf Wegerechte relativiert. An sich gibt es nämlich eine Lieferverpflichtung für den Wegenutzungsrechtsinhaber und die Dienstleistung soll auch für den Nutzer vorgenommen werden, sodass das energiewirtschaftliche Wegenutzungsrecht unter diesen Erwägungsgrund zu

²⁵⁹ *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, 2015, § 95 Rn. 6; siehe außerdem § 8 Abs. 1 NAV; ausführlicher zur Eigentumsfrage unten unter E.III.3.c.

²⁶⁰ *W. Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 8; vgl. auch *Kermel/Wagner*, RdE 2014, S. 221 (222).

subsumieren ist.²⁶¹ Bei der Frage, ob in den Anwendungsbereich ebenso ein Konzessionsvertrag i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG fiele, stellt *Tugendreich* auf diesen Erwägungsgrund ab und tendiert zur Anwendbarkeit der KVR, wenn der Konzessionär eine Dienstleistung erbringt.²⁶² Allerdings sollten die in der Richtlinie festgelegten Artikel entscheidend sein und nicht einem genannten Erwägungsgrund eine derartige ausschlaggebende Bedeutung beigegeben werden, ob ein Konzessionsvertrag i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG letztendlich unter die Richtlinie subsumiert werden muss oder nicht. Der Erwägungsgrund kann höchstens als Auslegungshilfe herangezogen werden.²⁶³ Weil aber ein Ausschluss der Anwendung bereits aufgrund einer ausdrücklichen Normierung vorliegt, kann der Erwägungsgrund 16 der KVR diesen nicht verdrängen.

b) Vorgaben durch das Verfassungsrecht

aa) Grundrechte privater Energienetzbetreiber gem. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG

Das nationale Verfassungsrecht muss bei der kommunalen Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG ebenfalls von der ausschreibenden Selbstverwaltungskörperschaft beachtet werden.²⁶⁴ Tritt ein kommunales Unternehmen als Bewerber auf dem Markt auf, um das Wegenutzungsrecht zu erhalten, könnte darin bereits ein Eingriff in die Grundrechte der interessierten privaten Energienetzbetreiber gem. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG vorliegen.²⁶⁵ Diese beiden Grundrechte könnten zu Gunsten privater Energienetzbetreiber wirken und daher schützen.²⁶⁶ Ein kommunales Unternehmen,

²⁶¹ Vgl. hierzu *H. Weiß*, NVwZ 2014, S. 1415 (1419).

²⁶² *Tugendreich*, ZfBR 2014, S. 547 (552).

²⁶³ Vgl. *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage, 2011, Art. 19 EUV Rn. 15.

²⁶⁴ Im Hinblick auf die gesamte Energieversorgung dazu *Schmidt-Preuß*, Energieversorgung, in: *Kirchhof/Isensee* (Hrsg.), HStR IV, 3. Auflage, 2006, § 93 Rn. 30 ff.; allgemein in Bezug auf (Re-)Kommunalisierungen siehe *Schmidt*, DÖV 2014, S. 357 (360); *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, S. 1110 (1112 ff.); *Guckelberger*, VerwArch, Bd. 104 (2013), S. 161 (168 f.).

²⁶⁵ Siehe die Streitdarstellung über den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG von *Wolff*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 96 ff. Allgemein zum grundrechtlichen Schutz, wenn die öffentliche Hand auf dem Markt auftritt siehe *Pierothen/Hartmann*, DVBl. 2002, S. 421 (421 ff.).

²⁶⁶ Zur Eröffnung des Schutzbereiches bei Art. 12 Abs. 1 GG siehe *Sauer*, Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 346 ff. und bei Art. 14 Abs. 1 GG S. 378 f.

das als potentieller Netzbetreiber in Betracht kommt, wird aus Sicht der privaten Energieversorgungsunternehmen als Konkurrenz wahrgenommen. Allerdings ist eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand auf dem Markt grundsätzlich nicht als unzulässig anzusehen.²⁶⁷ Das trifft in gleicher Weise im Bereich der Energieversorgung zu.²⁶⁸ Tritt der Staat auf dem Markt auf, so wird nach dem *BVerwG* nur der Druck zwischen den Marktteilnehmern erhöht, was einem marktwirtschaftlichen System immanent ist.²⁶⁹ Art. 12 GG bietet keinen Schutz vor Mitbewerbern auf dem Markt und das gilt auch für den Fall, dass die öffentliche Hand am Markt teilnimmt.²⁷⁰ Für Art. 12 Abs. 1 GG gilt, dass dieser nicht vor Konkurrenz schützt, wenn aufgrund des staatlichen Handelns die Teilnahme privater Mitbewerber am Markt nicht unmöglich ist.²⁷¹ Problematisch sind und somit eine Rechtfertigung erfordern die Fälle, bei denen die „private Konkurrenz unmöglich oder unzumutbar gemacht oder eine Monopolstellung der öffentlichen Hand erreicht wird“.²⁷² Im Hinblick auf den Energienetzbetrieb ist die Ausgangslage bereits so, dass ein Monopol vorliegt. Sofern die Gemeinde einen Wettbewerb veranstaltet, können die Mitbewerber jedoch keinen Schutz gegen einen kommunalen Netzbetreiber gem. Art. 12 Abs. 1 GG geltend machen.²⁷³

Ein Schutz gem. Art. 14 GG scheidet ebenfalls aus, wenn ein ordnungsgemäßer Wettbewerb mit anschließender Netzüberlassung erfolgt. Ein Auswahlverfahren unter echten Wettbewerbsbedingungen führt dazu, dass sich diesem gleichfalls das kommunale Unternehmen stellen muss und nicht privilegiert wird. Art. 14 GG schützt grundsätzlich auch nicht vor staatlicher Kon-

²⁶⁷ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 72. EL 2014, Art. 2 Rn. 120.

²⁶⁸ *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 72. EL 2014, Art. 12 Rn. 413; *Britz*, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, 1994, S. 58 ff.

²⁶⁹ *BVerwGE* 71, 183 (193).

²⁷⁰ *BVerwGE* 39, 329 (336); *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 14.08.2008, Az. 10 ME 280/08, juris-Rn. 10; *Schmidt*, DÖV 2014, S. 357 (360), geht davon aus, dass ein etwaiger Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG aufgrund einer kommunalwirtschaftlichen Be-tätigung jedenfalls mit Hilfe von Art. 28 Abs. 2 GG gerechtfertigt werden könne, ohne allerdings darauf einzugehen, ob im Falle eines Monopols eine andere Bewertung erforderlich ist.

²⁷¹ *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 14.08.2008, Az. 10 ME 280/08, juris-Rn. 10.

²⁷² *OVG Münster*, Beschluss vom 13.08.2003, Az. 15 B 1137/03, juris-Rn. 67.

²⁷³ *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Kon-zessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 25.

kurrenz, es sei denn, es wird durch deren Marktauftritt eine Monopolstellung erreicht.²⁷⁴

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ist ebenso für den bisherigen Netzbetreiber relevant.²⁷⁵ Die Eigentumsfreiheit hat vor allem im Rahmen der Netzüberlassung gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG und somit auf der Rechtsfolgenseite nach dem durchgeführten Auswahlverfahren eine Bedeutung.

Sobald das kommunale Unternehmen auf dem Markt mit dem Ziel auftritt, den örtlichen Netzbetrieb zu übernehmen, bieten die Grundrechte den privaten Energieversorgungsunternehmen mithin regelmäßig keinen Schutz, der ein Tätigwerden des kommunalen Unternehmens verbieten könnte.²⁷⁶

bb) Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG

Im Rahmen einer Wegenutzungsrechtseinräumung ist die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft an den Gleichheitssatz gebunden.²⁷⁷ Dies hat zur Konsequenz, dass sie keine willkürliche Auswahlentscheidung treffen darf, sondern hierfür immer sachliche Gründe vorgebracht werden müssen.²⁷⁸ Sie darf beispielsweise nicht nur mit einigen Interessenten in Verhandlung treten und diese somit bevorzugen,²⁷⁹ sondern muss dann mit allen Interessenten in Kontakt treten. Eine (Re-)Kommunalisierung wird nicht von vornherein durch den Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG unzulässig, weil dieser nur regelt, dass ein kommunales Unternehmen und ein privates Unternehmen gleich behandelt werden müssen.²⁸⁰

Bezüglich einer (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes kann also festgehalten werden, dass die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist und sachliche Gründe

²⁷⁴ *BVerwGE* 17, 306 (314), *BVerwGE* 39, 329 (337); *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 14.08.2008, Az. 10 ME 280/08, juris-Rn. 10; siehe *Papier*, DVBl. 1984, S. 801 (809), der in diesem Zusammenhang Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 GG erwähnt.

²⁷⁵ Umfassend zur Eigentumsfreiheit siehe *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 378 ff.

²⁷⁶ Vgl. *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 25 f.

²⁷⁷ *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 20 f.; *Brüning/Schulz*, EWeRK 2013, S. 237 (240); *Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer*, ER 2012, S. 22 (25).

²⁷⁸ *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 21.

²⁷⁹ *Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer*, ER 2012, S. 22 (25).

²⁸⁰ *Schmidt*, DÖV 2014, S. 357 (360).

heranziehen muss, um das Vorhaben rechtmäßig umzusetzen. Das kommunale Unternehmen darf somit nicht unsachlich privilegiert werden.²⁸¹

c) Vorgaben durch einfache Gesetze

aa) Energiewirtschaftsrecht

(1) § 46 Abs. 1 EnWG

Während oben²⁸² bereits das Verfahren betrachtet wurde, welches in § 46 EnWG für die Wegenutzungsrechtseinräumung niedergelegt ist, könnten aus den Normen des EnWG sogar wettbewerborientierte Vorgaben resultieren. Der § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG legt fest, dass die Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen haben. In der Praxis handelt es sich dabei um Direkt- oder Stichleitungen, damit einzelne Letztverbraucher eine Energieversorgung erhalten.²⁸³ § 46 Abs. 1 EnWG normiert die einfache Wegenutzung und ist leitungsbezogen.²⁸⁴ Einen Konzessionsvertrag, wie er im Rahmen des § 46 Abs. 2 EnWG abgeschlossen wird, gibt es im Falle der einfachen Wegenutzung gem. § 46 Abs. 1 EnWG in dieser Form nicht.²⁸⁵ Der Vertrag gem. § 46 Abs. 2 EnWG regelt hingegen die allgemeine Energieversorgung²⁸⁶ innerhalb der kommunalen Gebietskörperschaft und ist gebietsbezogen.²⁸⁷ Die einfache Wegenutzung gem. § 46 Abs. 1 EnWG muss also von der Wegenutzungsrechtseinräumung gem. § 46 Abs. 2 EnWG abgegrenzt werden. Dennoch kann die Regelung zur einfachen Wegenutzung gem. § 46 Abs. 1 EnWG angesichts der Antwort auf die Frage, inwieweit einfachge-

²⁸¹ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 682.

²⁸² Vgl. hierzu die Ausführungen unter C.I.

²⁸³ Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 Rn. 20; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 33, 37.

²⁸⁴ Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 20.

²⁸⁵ Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 20.

²⁸⁶ Legaldefinition der „Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung“ befindet sich in § 3 Nr. 17 EnWG.

²⁸⁷ Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 24. Der Vertrag i.S.d. § 46 Abs. 1 EnWG wird deswegen als einfacher Wegenutzungsvertrag bezeichnet, siehe auch Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 102.

setzliche Regelungen des EnWG einen Wettbewerb fordern, eine erhebliche Relevanz haben. Im Mittelpunkt steht dabei das im § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG enthaltene Wort „diskriminierungsfrei“ und dessen mögliche Anwendung auf die Einräumung eines Wegenutzungsrechtes i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG.²⁸⁸ Das zentrale Problem ist nämlich, dass der Gesetzgeber für die Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 nach dem reinen Wortlaut jedenfalls kein diskriminierungsfreies Vorgehen festgelegt hat. Dieses ist nur in § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG ausdrücklich normiert. In Betracht kommt allerdings, dass dieses gem. § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG ebenfalls im Rahmen einer Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG Anwendung finden soll.

Der BGH ist der Ansicht, dass die geforderte Diskriminierungsfreiheit in § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG in gleicher Weise für § 46 Abs. 2 EnWG gilt.²⁸⁹ Demnach erfasse der Wortlaut ohne weiteres auch Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG gehören.²⁹⁰ Der in § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG verwendete Begriff „unmittelbare Versorgung“ beschränke den Anwendungsbereich der Norm nicht auf zusätzlichen Direktleitungsbau.²⁹¹ Nach Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung lasse der Aufbau des § 46 EnWG nicht erkennen, dass die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften die Entscheidung über den Abschluss der von Absatz 2 dieser Norm erfassten Verträge ohne Bindung an das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG treffen könnten.²⁹² Mithin wurde durch die Rechtsprechung klargestellt, dass eine solche Bindung besteht.²⁹³ § 46 Abs. 2 EnWG stellt im Verhältnis zu § 46 Abs. 1 EnWG keine abschließende Regelung dar.²⁹⁴ Der Wortlaut und die Systematik des Gesetzes sprechen insgesamt dafür, der Ansicht zu folgen, dass eine Gemeinde auch im Rahmen einer energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechtsein-

²⁸⁸ Siehe zum Verhältnis dieser beiden Absätze auch *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 45 ff.

²⁸⁹ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 65/12, juris-Rn. 27 m.w.N; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 66/12, juris-Rn. 17, 28. Sehr kritisch zu dieser Rechtsprechung siehe *W. Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 35 ff., der insbesondere auf die Unterschiede des § 46 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG hinweist und daher im Ergebnis das Diskriminierungsverbot nicht dem § 46 Abs. 1 EnWG entnimmt.

²⁹⁰ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 65/12, juris-Rn. 28.

²⁹¹ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 65/12, juris-Rn. 28.

²⁹² *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 65/12, juris-Rn. 29.

²⁹³ Eine gesetzliche Bindung nimmt *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 131 f., wohl nicht an, sondern weist darauf hin, dass es sich von selbst verstehе, alle Interessenten diskriminierungsfrei zu behandeln.

²⁹⁴ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 65/12, juris-Rn. 29.

räumung gem. § 46 Abs. 2 EnWG diskriminierungsfrei handeln muss.²⁹⁵ Der Wortlaut des § 46 Abs. 2 EnWG lässt nämlich keine abschließende Regelung erkennen.²⁹⁶ Aus dem systematischen Blickwinkel zeigt sich lediglich, dass nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG die Laufzeit eines Vertrages für höchstens 20 Jahre gewährt werden darf und es mangelt an einer anderweitigen inhaltlichen Regelung.²⁹⁷ Somit enthält § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG gegenüber dem Absatz 1 lediglich diese eine weitere Bestimmung, die nur eine zeitliche Begrenzung der Vertragslaufzeit betrifft.²⁹⁸ Im Ergebnis ist daher § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG als allgemeine Regelung anzusehen und § 46 Abs. 2 EnWG ist eine besondere Ausprägung dieser Norm, sodass ein allgemeines Diskriminierungsverbot besteht, welches auch bei einer Wegenutzungsrechtseinräumung gilt.²⁹⁹ Die Gemeinde muss mithin erst recht diskriminierungsfrei bei der Wegenutzungsrechtseinräumung gem. § 46 Abs. 2 EnWG handeln, wenn dies schon bei der Entscheidung über die Verlegung von einzelnen Leitungen gem. § 46 Abs. 1 EnWG gilt.³⁰⁰

²⁹⁵ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 41; siehe auch Kaufmann, Der Wettbewerb um die Elektrizitätsversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung, 2014, S. 98 f. m.w.N.; Lecheler, NVwZ 2014, S. 917 (918); Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (93) m.w.N. Hingegen vertritt W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 36 f., eine andere Ansicht und kritisiert die Urteile des BGH. Nach seiner Aussage seien die geregelten Sachverhalte in Abs. 1 und Abs. 2 unterschiedlich, was unterschiedliche Regeln rechtfertige und verlange.

²⁹⁶ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 41.

²⁹⁷ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 41.

²⁹⁸ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 41.

²⁹⁹ OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 93; Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 676; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 46.

³⁰⁰ OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 93; Büdenbender, DVBl. 2012, S. 1530 (1535).

(2) § 46 Abs. 2 EnWG

§ 46 Abs. 2 bis 4 EnWG schreibt laut des VG *Oldenburg* kein förmliches Auswahlverfahren vor, wenn ein Wegenutzungsrecht eingeräumt werden soll.³⁰¹ Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass dem § 46 Abs. 2 EnWG nur eine inhaltliche Ausgestaltungspflicht bezüglich des Konzessionsvertrages zu entnehmen ist, also dessen Laufzeit höchstens 20 Jahre betragen darf.³⁰² Richtig ist, dass das Gesetz im § 46 Abs. 2 EnWG keine Aussage dazu enthält, wie der neue Netzbetreiber ausgesucht wird.³⁰³ Allein aus § 46 Abs. 2 EnWG kann somit keine Verpflichtung für die Kommune resultieren, welche einen Wettbewerb zwischen interessierten Netzbetreibern bei der Wegenutzungsrechtseinräumung vorschreibt.

(3) § 46 Abs. 3 EnWG

Um die Frage zu beantworten, ob ein förmliches Auswahlverfahren erforderlich ist, kann § 46 Abs. 3 EnWG entscheidend sein. § 46 Abs. 3 EnWG regelt, wie oben bereits erwähnt,³⁰⁴ Verfahrensvorschriften für die Wegenutzungsrechtseinräumung. Dazu zählen die Bekanntmachungspflicht vor Ablauf des Vertragsendes gem. § 46 Abs. 3 S. 1 und S. 2 EnWG sowie die Bekanntmachung der Entscheidungsgründe gem. § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG. Wegen des eindeutigen Wortlautes ist die Bekanntmachungspflicht gem. § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG zwingend und wäre selbst bei Bejahung der Möglichkeit, das Wegenutzungsrecht „*inhouse*“ einzuräumen, unentbehrlich.³⁰⁵ Außerdem verdeutlicht dies § 46 Abs. 4 EnWG,³⁰⁶ nach welchem die Absätze 2 und 3 für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung finden. Eine Bekanntmachungspflicht ist also ausnahmslos erforderlich; auch und gerade bei einem (Re-)Kommunalisierungswunsch des Energiernetzbetriebes.

³⁰¹ VG *Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 86; zustimmend *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 23; siehe auch *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 49 ff., die vertreten, dass § 46 Abs. 1 bis 3 EnWG kein förmliches Auswahlverfahren anordnet.

³⁰² *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 49 f.

³⁰³ So auch vertreten von *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 50.

³⁰⁴ Vgl. unter C.I.4.a.bb. und cc.

³⁰⁵ *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 24.

³⁰⁶ *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 24.

Grundsätzlich befürwortet *Hellermann* ein förmliches Auswahlverfahren aufgrund unionsrechtlicher Bestimmungen, zu denen das Transparenzgebot und die Diskriminierungsfreiheit zählen.³⁰⁷ Wenn ein kommunales Unternehmen den Netzbetrieb zukünftig übernehmen möchte, nimmt *Hellermann* ausnahmsweise unter Berufung auf die unionsrechtlich anerkannten Inhouse-Privilegien eine andere Position ein, weil ein förmliches Auswahlverfahren dann nicht mehr vorausgesetzt wird.³⁰⁸ Teilweise wird die Notwendigkeit eines förmlichen Auswahlverfahrens jedoch abgelehnt, weil die Bekanntmachungspflicht hinsichtlich des Auslaufens eines Konzessionsvertrages allein ein solches nicht konstituiert, sondern vielmehr ein weiter Spielraum der Kommune bezüglich der Auswahl eines neuen Netzbetreibers besteht.³⁰⁹

Der Gesetzgeber hat spätestens mit der Einfügung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG erklärt, dass eine kommunale Gebietskörperschaft an § 1 EnWG gebunden ist und eine Entscheidung trotz der Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 GG nicht beliebig getroffen werden darf.³¹⁰ § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG ist lediglich eine Verfahrensvorschrift und stellt keine materiellrechtlichen Pflichten auf.³¹¹

(4) § 46 Abs. 4 EnWG

Der Gesetzgeber möchte mit § 46 Abs. 4 EnWG aufzeigen, dass eine Gemeinde an § 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG gebunden ist, selbst wenn ein Eigenbetrieb als Netzbetreiber gewählt werden soll. Diese Bestimmung hat der Gesetzgeber eingefügt, da er die Anwendung des Absatzes 2 und 3 als erforderlich ansieht, damit eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft nicht Gebrauch von „Ewigkeitsrechten“ machen kann.³¹² Eine Kommune soll beispielsweise nicht, sofern sie einem Eigenbetrieb das Wegenutzungsrecht einräumen möchte, auf die Vertragslaufzeitbegrenzung oder die Bekanntmachungspflicht verzichten

³⁰⁷ *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 24 ff.

³⁰⁸ *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 24 ff. Es muss in diesem Zusammenhang erwähnt werden, dass *Hellermann* von einem Inhouse-Privileg ausgeht, S. 17 ff., 39 f.

³⁰⁹ *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 49 f.

³¹⁰ *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (96); *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 63.

³¹¹ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 51 ff.

³¹² In Bezug auf den damaligen § 13 EnWG, BT-Drs. 13/7274, S. 21 (rechte Spalte).

dürfen.³¹³ Laut *BGH* soll mittels § 46 Abs. 4 EnWG erreicht werden, dass nicht zwischen den einzelnen Energienetzbetreibern unterschieden wird.³¹⁴ Gleichzeitig zieht die höchstrichterliche Rechtsprechung daraus das Erfordernis einer diskriminierungsfreien Entscheidung der kommunalen Gebietskörperschaft i.S.d. § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG.³¹⁵

bb) Kartellrecht

(1) 8. GWB-Novelle

Bis zum Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle³¹⁶ am 30.06.2013 konnten die §§ 19, 20 GWB im Rahmen der energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechts-einräumung relevant sein,³¹⁷ weil sich diese Vorschriften auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und auf das Diskriminierungsverbot bezogen. Laut des Gesetzgebers sollen nun alle Fälle, die den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung betreffen, in § 19 GWB geregelt sein.³¹⁸ Bereits die neue Überschrift des § 20 GWB zeigt dieses, weil diese das Wort „Diskriminierungsverbot“ nicht mehr enthält.³¹⁹ Bei der Überführung des § 20 Abs. 1 GWB a.F. in den § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F. handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Bereinigung.³²⁰ Der Gesetzgeber hat erklärt, dass damit „keine Änderung des materiellen Gehalts des Behinderungsmissbrauchs“ einhergeht,³²¹ weshalb die höchstrichterliche Rechtsprechung nun auch so verfährt.³²²

³¹³ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 146 m.w.N.

³¹⁴ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 36.

³¹⁵ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 36.

³¹⁶ BGBl. 2013, Teil I Nr. 32, S. 1738 ff.

³¹⁷ Siehe nur Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 70 f.

³¹⁸ BT-Drs. 17/9852, S. 41 (rechte Spalte).

³¹⁹ Vgl. auch BT-Drs. 17/9852, S. 8 (rechte Spalte).

³²⁰ BT-Drs. 17/9852, S. 8 (rechte Spalte).

³²¹ BT-Drs. 17/9852, S. 23 (rechte Spalte).

³²² BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 68; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 17; siehe beispielsweise ferner OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.11.2013, Az. 201 Kart 1/13, juris-Rn. 44.

(2) § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB

Gem. § 19 Abs. 1 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. Aus systematischer Sicht handelt es sich um eine Generalklausel, die ein allgemeines Missbrauchsverbot beinhaltet.³²³ Ein Missbrauch liegt gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen. Zu klären ist, ob die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft als Unternehmen betrachtet werden kann und darüber hinaus eine marktbeherrschende Stellung innehat.³²⁴

(a) Unternehmensbegriff

Eine kommunale Gebietskörperschaft könnte als Unternehmerin i.S.d. § 130 Abs. 1 GWB angesehen werden, wenn sie das Wegenutzungsrecht einräumt.³²⁵ Diese Ansicht wird auch mehrheitlich vertreten.³²⁶ Eine Kommune

³²³ Säcker, in: ders. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 2, 3. Auflage, 2014, § 19 GWB Rn. 3. Den § 19 Abs. 1 GWB erwähnt der BGH erstaunlicherweise in seinen Urteilen in diesem Zusammenhang nicht (siehe BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12), obwohl dieser die „Ausgangsnorm“ ist und festhält, dass die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten ist und in § 19 Abs. 2 GWB lediglich Beispiele aufgezählt werden, vgl. auch Bechtold, GWB-Kommentar, 7. Auflage, 2013, § 19 Rn. 33.

³²⁴ Da sich die Gemeinde im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung wirtschaftlich betätigt, ist das GWB jedenfalls grundsätzlich anwendbar, hierzu W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 11 ff.

³²⁵ Siehe dazu auch Büdenbender, DVBl. 2012, S. 1530 (1536).

³²⁶ BGH, Urteil vom 17.12.2013, 65/12, juris-Rn. 18; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V), juris-Rn. 33; W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 11 ff.; Lecheler, NVwZ 2014, S. 917 (918); Wegner, in: Säcker (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 115; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2 (Teil 1), 5. Auflage, 2014, § 130 GWB Rn. 26; Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 17; siehe auch BGH, Beschluss vom 15.04.1986, Az. KVR 6/85, juris-Rn. 13 und in Bezug auf den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff zum noch seiner-

bietet nämlich ein gewisses Territorium ihrer Gebietskörperschaft auf kommerzielle Art und Weise an.³²⁷ Es ist von einem funktionalen Unternehmensbegriff auszugehen, weil das GWB gerade eine Überwachung marktbeherrschender Stellungen bezwecken soll und dies bei der Wegenutzungsrechtseinräumung, die der netzgebundenen Energieversorgung dient, ein wettbewerbliches Problem zwischen interessierten Netzbetreibern darstellen kann.³²⁸ Entscheidend für eine Erfüllung des Unternehmensbegriffs ist, dass die öffentliche Hand wirtschaftlich tätig wird.³²⁹ Im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung bietet die Gemeinde die Nutzung ihres Eigentums an den Straßen und Wegen an und agiert mithin als Unternehmerin.³³⁰

(b) Marktbeherrschende Stellung

In der Vergangenheit wurde intensiv diskutiert, ob hinsichtlich der beherrschenden Stellung i.S.d. § 19 Abs. 1 GWB auf einen bundesweiten Markt oder den konkreten örtlichen Markt abzustellen ist.³³¹ Im Hinblick auf den Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebsmarkt hat dies eine erhebliche Relevanz, da es auch hier auf den jeweils örtlichen und mithin territorial stark abgegrenzten Markt oder auf den Netzbetriebsmarkt als Ganzes, demnach das gesamte Bundesgebiet, ankommen könnte. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat nun Klarheit geschaffen, ob eine Kommune eine marktbeherrschende Stellung innehat und entschieden, welcher Markt relevant ist.³³² Nach Auffassung des

zeitigen Gemeinschaftsrecht BGH, Beschluss vom 11.03.1997, Az. KZR 2/96, juris-Rn. 17; anderer Ansicht ist Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 9, 44, 66d.

³²⁷ Wegner, in: Säcker (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 115.

³²⁸ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 24.

³²⁹ Bechhold, GWB-Kommentar, 7. Auflage, 2013, § 130 Rn. 5; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 47 f.

³³⁰ Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 48.

³³¹ Ausführlich zu diesem Problem im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV siehe Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 284 ff.; ferner dazu Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 52 ff.

³³² BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 19 ff.; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 20 ff.; diese Ansicht vertreten im Übrigen auch das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und

BGH nimmt eine kommunale Gebietskörperschaft im Rahmen der Einräumung eines Wegenutzungsrechts eine marktbeherrschende Stellung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ein.³³³ Somit ist als Markt immer nur das Territorium einer kommunalen Gebietskörperschaft maßgeblich.³³⁴ Daraus wird deutlich, dass sich der *BGH* gegen einen bundesweiten Markt entschieden hat. Jedenfalls bisher wurde aber auch die Ansicht vertreten, welche eine marktbeherrschende Stellung einer einzelnen Kommune verneint, weil eben nicht ausschließlich auf den begrenzten örtlichen Markt einer Gebietskörperschaft abgestellt wird.³³⁵

Der *BGH* argumentiert, dass sich der relevante Markt bereits allein wegen des unterschiedlichen Bedarfs in der jeweiligen kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft nicht auf eine andere Körperschaft erstrecken sollte.³³⁶ Dieser Gedanke beruht darauf, dass die jeweiligen kommunalen Netzgebiete nicht vergleichbar sind, was beispielsweise allein durch die nicht zwingend zeitgleich auslaufenden Verträge deutlich wird.³³⁷

In räumlicher Hinsicht ist laut höchstrichterlicher Rechtsprechung der relevante Markt örtlich auf das Gemeindegebiet der jeweiligen Gemeinde beschränkt.³³⁸ Die vorinstanzlichen Gerichte haben ebenfalls eine Marktbeherr-

Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 18.

³³³ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 19 ff.; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 20 ff.

³³⁴ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, KZR 65/12, juris-Rn. 21 m.w.N. Die Rechtsprechung hat demnach gerade nicht auf das gesamte Bundesgebiet abgestellt, bei dem eine marktbeherrschende Stellung hätte verneint werden können. Dieser Rechtsprechung stimmt *W. Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 47 ff., zu. So bereits zuvor beispielsweise auch *Salje*, Energiewirtschaftsrecht, 2006, § 46 Rn. 184.

³³⁵ *Theobald*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 125; *Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer*, ER 2012, S. 22 (25); *Keller-Herder*, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, 2009, S. 437, der einen bundesweiten Markt als richtig erachtet.

³³⁶ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 65/12, juris-Rn. 22 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 66/12, juris-Rn. 23 m.w.N.

³³⁷ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 65/12, juris-Rn. 22 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 66/12, juris-Rn. 23 m.w.N.

³³⁸ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 65/12, juris-Rn. 22 m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. 66/12, juris-Rn. 23 m.w.N.; so ähnlich beispielsweise auch *LG Düsseldorf*, Urteil vom 11.12.2014, Az. 37 O 96/14, juris-Rn. 31.

schung der Gemeinden bejaht.³³⁹ Das OLG Schleswig hat im Wesentlichen auf die Monopolstellung einer kommunalen Gebietskörperschaft verwiesen, weil nur diese das Wegenutzungsrecht einräumen kann, um einem Interessenten den örtlichen Netzbetrieb zu ermöglichen.³⁴⁰ Ähnlich weist Büdenbender darauf hin, dass der lokale Markt ausschlaggebend sein muss, weil immer eine einzelne kommunale Gebietskörperschaft für den Abschluss eines Konzessionsvertrages zuständig ist.³⁴¹ Nach der Ansicht von W. Weiß ist ein Gemeindegebiet einem lokal begrenzten Markt gleichzusetzen und eine marktbeherrschende Stellung der kommunalen Gebietskörperschaft gem. § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB und § 18 Abs. 4 GWB gegeben.³⁴² Es sollte jedoch eher gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden, weil die Kommune das Wegenutzungsrecht einräumt, diesbezüglich Monopolist ist und daher keine Mitbewerber hat.³⁴³

d) Vereinbarkeit mit der kommunalen Selbstverwaltung

Die soeben dargestellten Ausführungen haben deutlich gemacht, dass eine Ausschreibungsbehörde und folglich die Gemeinde im Rahmen eines Auswahlverfahrens den Vorgaben des Wettbewerbsrechts unterliegt. Diese müssten mit der gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG im Einklang stehen, sofern die entsprechende Norm nicht auf das vorrangige Unionsrecht zurückzuführen ist. Von einem Eingriff in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung aufgrund der wettbewerbsorientierten Vorgaben ist trotz dieser gesetzlichen Bindungspflichten nicht auszugehen.³⁴⁴ Die kommunale Gebietskörperschaft muss aufgrund dessen

³³⁹ Siehe LG Kiel, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10, juris-Rn. 77; LG Kiel, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O 12/11 Kart, juris-Rn. 78; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/22, juris-Rn. 137 ff.; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 152 ff. An dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass die Entscheidungen dieser Instanzen vor der 8. Novelle des GWB (BGBl. 2013, Teil I Nr. 32, S. 1738 ff.) ergangen sind.

³⁴⁰ OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/22, juris-Rn. 138; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 153.

³⁴¹ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 69 f.

³⁴² W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 51 ff.

³⁴³ OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.11.2013, Az. 201 (Kart) 1/13, juris-Rn. 52.

³⁴⁴ Thomale, N&R 2014, S. 163 (165); Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 65.

vor allem die Sachlichkeit und Diskriminierungsfreiheit wahren.³⁴⁵ Auch der *BGH* hält die Verpflichtung einer örtlichen Gebietskörperschaft, bei der Auswahl eines Netzbetreibers diskriminierungsfrei vorzugehen, mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar.³⁴⁶ Diese Rechtsprechung sieht keine diesbezüglich verfassungsrechtlichen Probleme, weil eine diskriminierungsfreie Auswahl gerade den Wettbewerb fördert.³⁴⁷ Dieser ist geeignet und erforderlich, um im Interesse der Einwohner möglichst die Energieversorgungsbedingungen zu verbessern.³⁴⁸ Außerdem werden die Kommunen in ihrem Selbstverwaltungsrecht nicht über ein normales Maß hinaus beschränkt, da sie die Möglichkeit haben, mit einem kommunalen Unternehmen am Wettbewerb teilzunehmen.³⁴⁹ Demnach geht der *BGH* durchaus von einem Eingriff aus, der jedoch aufgrund des durchzuführenden Wettbewerbs um das Netz gerechtfertigt wird.³⁵⁰ Für *Wieland* sind die kommunalen Gebietskörperschaften nur noch „Agenturen des Vollzugs des staatlichen Energiewirtschaftsrechts“, weil sie aufgrund der aktuellen Rechtsprechung nicht in ausreichendem Maße ihr kommunales Selbstverwaltungsrecht hinsichtlich der leitungsgebundenen Energieversorgung nachkommen können.³⁵¹ Eine unverhältnismäßige Einschränkung kann indes nicht angenommen werden, weil eine Kommune weiterhin für die lokale Energieversorgung zuständig ist und energiewirtschafts- und kartellrechtliche Vorgaben nur die Art und Weise regeln, wie diese umgesetzt werden soll.³⁵²

3. Zwischenfazit

Ein extensiver Entscheidungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltungs-körperschaft bei der Auswahl eines Energienetzbetreibers besteht nicht. Die

³⁴⁵ *Büdenbender*, DVBl. 2012, S. 1530 (1538).

³⁴⁶ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 39; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 30.

³⁴⁷ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 42; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 33.

³⁴⁸ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 42; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 33.

³⁴⁹ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 42; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 33; zustimmend *Sauer*, EWeRK 2014, S. 159 (174).

³⁵⁰ Vgl. *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 42; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 33.

³⁵¹ *Wieland*, DÖV 2015, S. 169 (172); ähnlich *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 30 f.

³⁵² *VG Stuttgart*, Beschluss vom 29.04.2013, Az. 7 K 929/13, juris-Rn. 32; siehe auch *LG Kiel*, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10, juris-Rn. 85; *Thomale*, N&R 2014, S. 163 (165).

Ausführungen haben deutlich gemacht, dass eine Kommune unionsrechtliche, verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Vorgaben zu beachten hat, wenn ein Wegenutzungsrecht i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG eingeräumt werden soll.

IV. Ergebnis

Die wettbewerbsorientierten Vorgaben für die Einräumung eines Wegenutzungsrechts stammen teilweise aus dem Unionsrecht. Da eine Kommune im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung den Unternehmensbegriff erfüllt und eine marktbeherrschende Stellung gem. Art. 102 S. 1 AEUV innehat, ist sie an diese primärrechtliche Vorgabe gebunden und darf mithin nicht ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzen. Weiterhin muss eine kommunale Gebietskörperschaft die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV und die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV beachten, was sie insbesondere zur Einhaltung eines Diskriminierungsverbotes und eines Transparenzgebotes verpflichtet. Bislang gab es keine sekundärrechtlichen Vorgaben. Die Richtlinie 2014/23/EU ist an sich anwendbar, wenn der Schwellenwert erreicht wird. Allerdings liegt ein Ausschluss gem. Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 KVR vor, weil das energiewirtschaftliche Wegenutzungsrecht ein ausschließliches Recht i.S.d. Art. 5 Abs. 10 KVR darstellt. Auch aus Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 KVR und dem Erwägungsgrund 16 der KVR ergibt sich kein Gegenargument im Hinblick auf den Ausschluss gem. Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 KVR.

Ferner hat eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft das Verfassungsrecht zu beachten. Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG entfalten für einen privaten Energienetzbetreiber jedoch dann keine Schutzwirkung, sofern die Kommune einen ordnungsgemäßen Wettbewerb um das Netz veranstaltet, welcher aufgrund der Monopolstellung erforderlich ist. Wegen Art. 3 Abs. 1 GG ist es der Kommune ferner nicht erlaubt eine willkürliche Auswahlentscheidung zu treffen.

Die einfachgesetzlichen Vorgaben verdeutlichen, dass ein Wettbewerb um das Netz stattfinden muss. Das Diskriminierungsverbot gem. § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG gilt ebenfalls im Rahmen einer Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG. Jedoch kann nicht allein aus § 46 Abs. 2 EnWG das Erfordernis eines Wettbewerbs abgeleitet werden. Dieses ergibt sich im Wesentlichen aus den Pflichten, welche § 46 Abs. 3 EnWG vorschreibt. § 46 Abs. 4 EnWG soll verhindern, dass eine Kommune von „Ewigkeitsrechten“ Gebrauch macht und spiegelt somit gleichfalls den Wettbewerbsgedanken wieder. Die kartellrechtliche Vorschrift gem. § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB enthält – wie Art. 102 S. 1 AEUV – ein Missbrauchsverbot. Eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft ist ebenso nach dem na-

tionalen Recht als Unternehmerin einzustufen, wenn sie das Wegenutzungsrecht einräumt. Darüber hinaus hat die Kommune dann eine marktbeherrschende Stellung inne, wenn das jeweilige gemeindliche Territorium zugrundegelegt wird. Die Vorgaben sind insgesamt mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar.

D. Kommunalwirtschaftsrechtliche Voraussetzungen für eine (Re-)Kommunalisierung

I. Maßgaben energienetzwirtschaftlicher Betätigung und damit verbundene Grenzen

Neben den soeben dargestellten wettbewerbsrechtlichen Vorgaben haben bei einer (Re-)Kommunalisierung des Energieversorgungsnetzbetriebes zugleich die einfachgesetzlichen kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften eine enorme Bedeutung.³⁵³ Die Basis für die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune ist Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.³⁵⁴ Eine einzelne kommunale Selbstverwaltungskörperschaft muss sich rechtzeitig vor Ablauf des Vertrages Gedanken darüber machen, ob eine erstmalige oder erneute Rückholung des Netzbetriebes wirtschaftlich sinnvoll und überhaupt kommunalrechtlich³⁵⁵ möglich ist. Zu den kommunalen Unternehmen, die wirtschaftlich tätig sein können, zählen auch die Betriebe im Elektrizitäts- und Gasbereich.³⁵⁶

Der kommunalen Gebietskörperschaft stehen verschiedene organisationsrechtliche Möglichkeiten zur Verfügung, um sich beim Wettbewerb um das Netz rechtmäßig mit einem eigenen Unternehmen durchzusetzen und anschließend das Netz erfolgreich zu betreiben. Gleichzeitig sind ihr aber durch kommunalwirtschaftsrechtliche Vorgaben auch Grenzen gesetzt, weil eine zu extensive wirtschaftliche Betätigung nicht möglich ist und die Kommune so-

³⁵³ Diese müssen unabhängig von den oben dargestellten wettbewerbsorientierten Vorgaben vorliegen, vgl. *Schulz/Tischer*, GewArch 2014, S. 1 (1 f.); *Brüning/Schulz/Tischer*, ER 2013, S. 219 (221).

³⁵⁴ *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 401 f.

³⁵⁵ Siehe §§ 101 ff. GO SH.

³⁵⁶ Siehe beispielsweise zum privatwirtschaftlichen Tätigwerden *Ronellenfitsch*, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 4 Rn. 3.

mit die rechtlichen Grenzen immer zu beachten hat.³⁵⁷ Die einzelne kommunale Selbstverwaltungskörperschaft muss erst einmal feststellen, ob sie die kommunalrechtlichen Vorschriften des jeweiligen Bundeslandes erfüllt, um sich als Netzbetreiberin energiewirtschaftlich zu betätigen.³⁵⁸ Nur wenn dieses zu bejahen ist, kann sich ein von der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft geschaffenes Unternehmen am Wettbewerb beteiligen.³⁵⁹ Um jedenfalls kommunalwirtschaftliche Hürden zu verringern, waren die Landesgesetzgeber in den letzten Jahren sehr aktiv und haben Sonderregelungen im Hinblick auf die Energieversorgung getroffen.³⁶⁰ Ein Beispiel hierfür ist der § 107a GO NRW, welcher unter dem Titel „Zulässigkeit energiewirtschaftlicher Betätigung“ spezielle Regelungen trifft. Wählt eine nordrhein-westfälische Kommune eine privatrechtliche Organisationsform und möchte ein Unternehmen gründen bzw. sich an einem beteiligen, wird für eine energiewirtschaftliche Betätigungsabsicht gem. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW gesondert auf die Voraussetzung des § 107a GO NRW verwiesen. Allerdings hat bis heute kein Landesgesetzgeber eine Vorschrift erlassen, die sich konkret auf den Energienetzbetrieb oder gar deren (Re-)Kommunalisierungsmöglichkeiten bezieht.³⁶¹ Ebenfalls geht der schleswig-holsteinische Gesetzgeber in seinem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Gemeindewirtschaft nicht ausdrücklich darauf ein.³⁶²

1. Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit

Zunächst müsste der von einer kommunalen Gebietskörperschaft angestrebte Energienetzbetrieb eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen, damit die kommunalwirtschaftlichen Voraussetzungen überhaupt zur Anwendung gelangen.³⁶³ Sofern Leistungen auf einem Markt ausgetauscht werden, ist von

³⁵⁷ Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 98.

³⁵⁸ Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 49; nicht speziell auf den Netzbetrieb bezogen Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 18.

³⁵⁹ Siehe dazu Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 49.

³⁶⁰ Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 3, meint sogar, dass teilweise von einem „[Kommunalen] Energiewirtschaftsrecht“ gesprochen werden kann.

³⁶¹ Im Übrigen ist im EnWG eine solche Vorschrift auch nicht enthalten, siehe dazu Richter/Brahms, KommJur 2014, S. 6 (7).

³⁶² Siehe LT-Drs. SH 18/3152.

³⁶³ Zu den sachlichen Beschränkungen allgemein Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 206 ff.

einer wirtschaftlichen Tätigkeit der kommunalen Gebietskörperschaft auszugehen.³⁶⁴ Im Hinblick auf den Energienetzbetrieb erbrachte die Kommune eine Leistung, die vor allem in der Zurverfügungstellung für die Nutzung bzw. der Energiedurchleitung liegt und erhielt im Gegenzug eine entgeltliche Leistung von den Nutzern. Das kommunale Eigentum an den Wegen und Straßen wird durch die Gemeinde wirtschaftlich verwertet.³⁶⁵ Somit gibt es einen Markt und eine Marktgegenseite.³⁶⁶ Aus diesem Grund ist eine wirtschaftliche Betätigung und damit einhergehend die Anwendbarkeit kommunalwirtschaftsrechtlicher Vorschriften zu bejahen, wenn ein Netz betrieben werden soll.³⁶⁷

2. Schrankentrias

Um ein Unternehmen einsetzen zu können, welches das Netz betreibt, müssen die Voraussetzungen der kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften, insbesondere die sogenannte Schrankentrias³⁶⁸ erfüllt sein, welche in den Gemeindeordnungen der Länder determiniert ist und noch heute im Wesentlichen dem § 67 der Deutschen Gemeindeordnung³⁶⁹ von 1935 entspricht.

Die wirtschaftliche Betätigung im leitungsgebundenen Energiesektor muss demnach zunächst einen öffentlichen Zweck verfolgen, die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Kommune muss gesichert sein und die Subsidiarität der Kommune muss beachtet werden. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit muss darüber hinaus auch eingehalten werden, sodass im Ergebnis regelmäßig vier Voraussetzungen zu erfüllen sind.³⁷⁰

³⁶⁴ *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 17 Rn. 3.

³⁶⁵ *W. Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 17.

³⁶⁶ *W. Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 19.

³⁶⁷ So auch *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 45.

³⁶⁸ Allgemein zur Schrankentrias *Reck*, DVBl. 2009, 1546 (1548). Zu den Voraussetzungen der einzelnen Länder siehe § 102 Abs. 1 GemO BW; Art. 87 Abs. 1 GO Bay; § 91 Abs. 2 Bbg KVerf; § 121 Abs. 1 HGO; § 68 Abs. 1 KV M-V; § 136 Abs. 1 NKomVG; § 107 Abs. 1 GO NRW; § 85 Abs. 1 GemO RP; § 108 Abs. 1 KSVG SL; § 94a Abs. 1 Sächs GemO; § 116 Abs. 1 GO LSA; § 101 Abs. 1 GO SH; § 71 Abs. 2 Thür KO.

³⁶⁹ Deutsche Gemeindeordnung vom 30.01.1935, RGBI. I, Nr. 6, S. 49.

³⁷⁰ Trotzdem wird häufig nur von drei Voraussetzungen gesprochen, da die Leistungsfähigkeit und der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit eng miteinander verknüpft sind, siehe *Wolff*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 19.

a) Öffentlicher Zweck

Die Kommune muss mit dem zukünftigen Energienetzbetrieb einen öffentlichen Zweck³⁷¹ verfolgen, der als eine Voraussetzung der Schrankentrias die wirtschaftliche Betätigung rechtfertigt. Ein öffentlicher Zweck ist gegeben, wenn durch die wirtschaftliche Betätigung die Interessen der Allgemeinheit befriedigt werden können.³⁷² Bei der Bewertung, ob ein öffentlicher Zweck im konkreten Fall vorliegt, steht der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft ein weiter Spielraum zu, sofern zum Wohle der Einwohner gehandelt wird.³⁷³ Die kommunalwirtschaftliche Tätigkeit an sich muss auf einen öffentlichen Zweck abzielen und nicht lediglich die spätere Verwendung des Ertrages.³⁷⁴ Das Erfordernis der Verfolgung eines öffentlichen Zweckes dient freilich ebenso dazu, dass die Kommunen leistungsfähig bleiben können.³⁷⁵ Soll mit einem Unternehmen allein das fiskalische Interesse einer Gemeinde befriedigt werden, ist nicht von einem öffentlichen Zweck auszugehen.³⁷⁶

Die mittlerweile zahlreichen landesgesetzlichen Regelungen, die sich explizit auf die wirtschaftliche Betätigung in dem Energiebereich beziehen, sprechen allgemein von einer Versorgung mit Energie.³⁷⁷ Da der Begriff Versorgung den Oberbegriff darstellt, aber seit Einführung der Entflechtungsvorschriften der Netzbetrieb nur noch ein bestimmter Teil der gesamten Versorgung ist, muss gerade davon ausgegangen werden, dass bei einer solchen Formulierung des Landesgesetzgebers immer auch der Netzbetrieb erfasst sein soll.³⁷⁸

Während die meisten Gemeindeordnungen im Rahmen der Schrankentrias allgemein die Verfolgung eines öffentlichen Zweckes fordern, gibt es auch landesrechtliche Vorschriften, welche ausdrücklich den Bezug zur Energiever-

³⁷¹ Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, *Ruffert*, VerwArch, Bd. 92 (2001), S. 27 (39).

³⁷² *Rautenberg*, KommJur 2007, S. 1 (2).

³⁷³ *BVerwGE* 39, 329 (333 f.).

³⁷⁴ *Jarass*, DVBl. 2006, S. 1 (4).

³⁷⁵ Siehe beispielsweise § 91 Abs. 1 S. 2 Bbg KVerf, der ausdrücklich hervorhebt, dass die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften dem Schutz der Kommune dienen.

³⁷⁶ *BVerwGE* 39, 329 (334); *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 103; *Wolff*, in: *Theobald/Schneider* (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 23 m.w.N.

³⁷⁷ So etwa Art. 87 Abs. 2 S. 2 GO Bay oder § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO RP.

³⁷⁸ Unter den deutschen Versorgungsbegriff kann also immer gleichfalls auch der Netzbetrieb subsumiert werden, siehe *Bringewat*, ZUR 2013, S. 82 (87); *Wolff*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, § 5 Rn. 17.

sorgung herstellen. So regelt § 107a Abs. 1 GO NRW, dass die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung einem öffentlichen Zweck dient und zulässig ist, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Begründet hat der Gesetzgeber diese Vorschrift damit, dass „es sich bei der energiewirtschaftlichen Versorgung um ein elementares Grundbedürfnis der Bevölkerung handelt, die nicht von wenigen privaten Marktteilnehmern beherrscht werden darf“.³⁷⁹ Die Intention ist dabei vor allem, die kommunalen Unternehmen auf dem liberalisierten und deregulierten Energiemarkt wieder wettbewerbsfähiger zu machen, da mittlerweile auch europäische Energieversorgungsunternehmen, seien es nun private oder staatliche, auf den deutschen Energieversorgungsmarkt drängen können.³⁸⁰ Durch die Einfügung des § 107a GO NRW wurde nun gesetzlich festgelegt, dass mit der energiewirtschaftlichen Betätigung einer Kommune ein öffentlicher Zweck verfolgt wird.³⁸¹ Die Energieversorgung hat eine „[unbestreitbare] Gemeinwohlrelevanz“, weshalb der Landesgesetzgeber den öffentlichen Zweck determiniert hat.³⁸² Auch die an die kommunalen Gebietskörperschaften adressierten § 116 Abs. 2 GO LSA und § 68 Abs. 2 S. 2 KV M-V stellen klar, dass unter anderem energiewirtschaftliche Betätigungen im Strom- und Gasbereich einem öffentlichen Zweck dienen. In einigen Gemeindeordnungen, wie etwa gem. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GO Bay,³⁸³ wird ausdrücklich erklärt, dass eine Gewinnerzielung als öffentlicher Zweck ausscheidet, wobei einer Kommune bei der Verfolgung eines zulässigen öffentlichen Zwecks eine gleichzeitige Gewinnerzielung nicht verwehrt werden darf.³⁸⁴ Der schleswig-holsteinische Gesetzgeber benennt in seinem Gesetzentwurf zur Stärkung der Kommunalwirtschaft (§ 101a) hingegen ausdrücklich die „Verteilung von Energie“,³⁸⁵ wodurch der Netzbetrieb dann erfasst wird und die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks widerlegbar vermutet werden soll.

³⁷⁹ LT-Drs. NRW 15/27, S. 11; siehe in diesem Zusammenhang ebenso *Burgi*, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, 2010.

³⁸⁰ LT-Drs. NRW 15/27, S. 1 f.

³⁸¹ *Held*, in: ders./Winkel/Wansleben (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Band 1, 31. EL (2013), § 107a GO, S. 1.

³⁸² *Burgi*, NdsVBl. 2012, S. 225 (229).

³⁸³ Näher zu diesem Artikel und zu den weiteren Vorschriften dieser Art in den Gemeindeordnungen siehe *Uechtritz/Otting/Olgemöller*, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 6 Rn. 54 ff.

³⁸⁴ *Wolff*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 25.

³⁸⁵ LT-Drs. SH 18/3152, S. 9, 22.

Als zulässiger öffentlicher Zweck kommt in Betracht, dass die ansässigen Letztverbraucher mit Hilfe eines kommunalen Netzbetriebs oder einer Beteiligung einer Gemeinde an einem Unternehmen die kommunal erzeugte Energie beziehen können.³⁸⁶ Mit einem kommunalen Energienetzbetrieb kann also gewährleistet werden, dass eine sichere Versorgung stattfindet.³⁸⁷

b) Leistungsfähigkeit

Der energiewirtschaftliche Netzbetrieb muss auch in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der kommunalen Gebietskörperschaft und dem voraussichtlichen Bedarf stehen,³⁸⁸ wodurch die Kommune vor wirtschaftlichen Gefahren bewahrt werden soll.³⁸⁹ Die Kommune darf in finanzieller und verwaltungstechnischer Hinsicht nicht ihre Kompetenzen überschreiten und sie muss ebenfalls genau einschätzen, wie viel Kapital sie aufwenden muss, um die (Re-)Kommunalisierung durchzuführen.³⁹⁰ Dadurch sollen nicht nur die Einwohner der jeweiligen Gebietskörperschaft, sondern gleichfalls die anderen kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften innerhalb eines Landes aufgrund der „Verwobenheit der Finanzbeziehungen“ geschützt werden.³⁹¹ Die Gemeinde darf also nur ein Unternehmen gründen, welches auch im Hinblick auf die Größe zu ihr passt. Wenn ein eher kleines Unternehmen gegründet werden soll, muss die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft einen Eigen- bzw. Regiebetrieb wählen. Da der Energienetzbetrieb durch ein kommunales Unternehmen eine umfangreiche Aufgabe darstellt, wird der Wahl einer Kommune für eine privatrechtliche Organisationsform jedoch nichts entgegenstehen. Aufgrund des § 4 EnWG müsste die Kommune im Ergebnis daher insgesamt zweimal die Hürde der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit überwinden, wobei die jeweiligen Anforderungen keine gravierenden Unterschiede aufzeigen. Es ist davon auszugehen, dass auch die kommunalwirtschaftsrechtlichen Voraussetzungen eine permanente Finanzierungsgewährleistung des Netzbetriebes – wie bei § 4 EnWG - erfordern.³⁹²

³⁸⁶ Waller, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 240.

³⁸⁷ Auf alle kommunalen Energieunternehmen bezogen Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 21.

³⁸⁸ Siehe dazu beispielsweise § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO-SH.

³⁸⁹ Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 104.

³⁹⁰ Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 104.

³⁹¹ Wolff, in: Theobald/Schneider (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 36.

³⁹² Franke, in: Theobald/Schneider (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 3 Rn. 21.

Die geforderte Leistungsfähigkeit beinhaltet gleichfalls die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes.³⁹³ Um die Kosten des Netzkaufes zu bewältigen, muss eine Kommune häufig eine Finanzierung vornehmen, da der Haushalt so beträchtliche Summen grundsätzlich nicht hergeben wird. Die Anforderungen an eine Kreditaufnahme³⁹⁴ müssen selbstverständlich ebenso erfüllt werden. Durch die Konzessionsabgaben, die auch ein kommunales Unternehmen zahlen muss, kann allerdings eine Refinanzierung erfolgen, da diese neben den Gewerbesteuern eine wichtige Einnahmequelle für die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft sind. Unabhängig davon, ob die jeweilige Gemeindeordnung ausdrücklich ein wirtschaftliches und sparsames Handeln vorschreibt, sind die Kommunen an diesen Grundsatz gebunden.³⁹⁵ Jede kommunale Gebietskörperschaft muss daher selbst nach einer intensiven Beurteilung der Finanz- und Sachlage entscheiden, ob unter Einhaltung dieses Grundsatzes die Netze zukünftig wieder selbst betrieben werden können.

c) Subsidiaritätsklausel

Um die wirtschaftliche Betätigung des örtlichen Energienetzbetriebs rechtmäßig zu übernehmen, stellt sich im Rahmen der Schrankentrias für eine Kommune zudem das nicht unerhebliche Problem der Subsidiarität, die in den Gemeindeordnungen in unterschiedlichen Formen determiniert ist. Die Subsidiaritätsklausel ist bedeutsam bei der Errichtung eines kommunalen Energienetzbetriebs, da sie erneut vor finanziellen Gefahren schützen soll und sie dient daneben als Schutz von Individualinteressen, was durch einen grundsätzlich normierten Vorrang privater Dritter erreicht werden kann.³⁹⁶ Hier gilt

³⁹³ Vgl. hierzu *Brüning*, Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, 2012, S. 59 (66 ff.); *Oebbecke*, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 9 Rn. 5 ff.; siehe auch *Brüning*, VerwArch, Bd. 100 (2009), S. 453 (467 ff.).

³⁹⁴ Vgl. beispielsweise § 76 Abs. 3 GO SH.

³⁹⁵ *Oebbecke*, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 9 Rn. 8; siehe auch *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 18 Rn. 21.

³⁹⁶ *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 48 f.; *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, S. 104. Ob neben der Leistungsfähigkeit ebenso die Individualinteressen geschützt werden sollen, ist umstritten. Der Schutz der Individualinteressen bei einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung wurde in der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung erstmalig bestätigt durch den *VerfGH Rheinland-Pfalz*, NJW 2000, S. 801 (803 f.); befürwortend in der Literatur beispielsweise *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (138); *Mann*, JZ 2002, S. 819 (824); *Faber*, DVBL.

es genau zwischen den Subsidiaritätsklauseln der einzelnen Gemeindeordnungen zu differenzieren, da es solche gibt, die privaten Unternehmen den Vorrang einräumen, wenn die Gemeinde die Tätigkeit nicht besser und wirtschaftlicher ausführen kann und es anderen Landesgesetzgebern bereits ausreicht, wenn ein privater Dritter ebenso gut die Leistung besorgen kann.³⁹⁷

Nach den Vorschriften einiger Gemeindeordnungen ist eine energiewirtschaftliche Betätigung einer Kommune einfacher als in anderen. Einige Landesgesetzgeber ermöglichen den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften durch die neuen und speziellen Regelungen, dass potentielle kommunale Energieversorgungsunternehmen teilweise außerordentlich privilegiert werden.³⁹⁸ Bevorzugt werden beispielsweise die Kommunen gem. § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW, wonach das Erfordernis einer Subsidiarität nur besteht, wenn ein wirtschaftliches Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge stattfinden soll. Die Energieversorgung wird laut des Gesetzgebers als kommunale Daseinsvorsorge eingestuft,³⁹⁹ sodass daher das Subsidiaritätserfordernis als Voraussetzung entfällt. In diesem Sinne ist etwa auch die Regelung gem. § 116 Abs. 2 S. 1 GO LSA äußerst (re-)kommunalisierungsfreundlich, welche im Bereich der Strom- und Gasversorgung nur die angemessene Leistungsfähigkeit der Gemeinde sowie einen voraussichtlichen Bedarf fordert und somit der öffentliche Zweck und die Subsidiarität nicht mehr festgestellt werden müssen.

Zusätzlich wird in einigen Landesgesetzen ein sog. Markterkundungsverfahren gefordert,⁴⁰⁰ welches eine (Re-)Kommunalisierung des Energienetzbetriebes erschwert. Dieses Verfahren ist vorgeschrieben, damit „durch öffentliche Bekanntgabe der Gründungsabsicht und Vorlage von Angeboten potentiell interessierter privater Dritter oder auch durch eine unabhängige sachverständige Wirtschaftsexpertise gegenüber der Vertretungskörperschaft ein

2003, S. 761 (765); ablehnend hingegen *Gusy*, JA 1995, S. 253 (254); zumindest in Bezug auf § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW *Schlacke*, JA 2002, S. 48 (50 f.).

³⁹⁷ Siehe *Sonder*, LKV 2013, S. 202 (203); *Pogoda*, LKV 2012, S. 159 (159); *Grinewald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), B. Kommentar, Energierecht, Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht, 83. EL 2015, Rn. 29 ff.

³⁹⁸ Siehe § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW; Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 GO Bay; § 136 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG; § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW; § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO RP; § 116 Abs. 2 S. 1 GO LSA; § 71 Abs. 2 Nr. 4 Thür KO; zu den Unterschieden auch *Uechtritz/Otting/Olgemöller*, in: *Uechtritz/Reck* (Hrsg.), Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 6 Rn. 88 ff.

³⁹⁹ LT-Drs. BW 12/4055, S. 24; dazu auch VGH *Baden-Württemberg*, Beschluss vom 29.11.2012, Az. I S 1258/12, juris-Rn. 62.

⁴⁰⁰ Siehe beispielsweise § 121 Abs. 6 HGO oder § 107 Abs. 5 GO NRW.

marktwirtschaftlicher Vergleich möglich gemacht wird“.⁴⁰¹ Untersucht werden kann dadurch, ob die Subsidiaritätsklausel effektiv angewendet wird.⁴⁰² Ein solches Verfahren hat unter anderem daher auch den Zweck einer eigenen Prüfung innerhalb der Verwaltung, ob nämlich tatsächlich die Bedingungen erfüllt sind, um sich kommunalwirtschaftlich zu betätigen.⁴⁰³ Für eine Kommune sind mit dem Markterkundungsverfahren weitere Kosten verbunden und insbesondere muss sie ihre bessere wirtschaftliche Betätigung bzw. gleichrangige Befähigung je nach Gemeindeordnung darlegen, was im Hinblick auf das (Re-)Kommunalisierungsprojekt eine weitere Hürde darstellt.⁴⁰⁴ Bei einem Markterkundungsverfahren handelt es sich in einigen Bundesländern also um einen weiteren Verfahrensschritt, den die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft vorzunehmen hat. Nur bei einem erfolgreichen Ausgang für die Kommune ist es zulässig, dass sie sich um die örtlichen Netze bewirbt und anschließend auch deren Betrieb übernehmen kann.

3. Fakultative Organisationsformen

Nun soll erörtert werden, welche fakultativen Organisationsformen für eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft zur Auswahl stehen. Der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft stehen mehrere Organisationsformen zur Auswahl, um als Netzbetreiberin vor allem den Ausbau und die Instandhaltung der Netze in den kommenden Jahren vorzunehmen. Bereits aus Art. 28 Abs. 2 GG ergibt sich, dass die jeweilige Kommune bei der Wahl der Organisationsform weitgehend frei ist.⁴⁰⁵ Ein privates Unternehmen gibt nach Ablauf der Vertragslaufzeit, wenn eine (Re-)Kommunalisierung ansteht, den Netzbetrieb auf. Für den zukünftigen Netzbetrieb kann seitens der Gemeinde aber eine privatrechtliche Organisationsform gewählt werden. Außerdem kommen gleichfalls die herkömmlichen öffentlich-rechtlichen Organisations-

⁴⁰¹ Grünwald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), B. Kommentar, Energierecht, Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht, 83. EL 2015, Rn. 30; siehe dazu gleichfalls Brüning, VerwArch, Bd. 100 (2009), S. 453 (469).

⁴⁰² Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 46.

⁴⁰³ Grünwald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), B. Kommentar, Energierecht, Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht, 83. EL 2015, Rn. 30.

⁴⁰⁴ Waller, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 245.

⁴⁰⁵ Graf Vitzthum, AöR, Bd. 104 (1979), S. 580 (605). Anders hingegen Ehlers, DÖV 1986, S. 897 (903), der davon ausgeht, dass eine Kommune grundsätzlich eine öffentlich-rechtliche Organisationsform zu wählen hat.

formen in Betracht.⁴⁰⁶ § 46 Abs. 4 EnWG verdeutlicht, auch wenn auf den Eigenbetrieb bezogen, dass öffentlich-rechtliche Organisationsformen bei einer (Re-)Kommunalisierung gewählt werden können.⁴⁰⁷

a) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

aa) Anstalt des öffentlichen Rechts bzw. Kommunalunternehmen

Eine der möglichen Organisationsformen ist die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts,⁴⁰⁸ welche zum Beispiel traditionell für die Errichtung von Sparkassen gewählt wird.⁴⁰⁹ Es besteht die Möglichkeit, eine Anstalt des öffentlichen Rechts für den örtlichen Strom- und Gasnetzbetrieb neu zu gründen oder eine Umwandlung aus einem Regie- oder Eigenbetrieb bzw. sogar aus privatrechtlich organisierten Gesellschaften vorzunehmen. Unter den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen ist die Anstalt den privatrechtlichen Kapitalgesellschaften noch am Ähnlichsten.⁴¹⁰ Die meisten Bundesländer haben jene Organisationsform in die Gemeindeordnungen aufgenommen.⁴¹¹ Wegen des organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalts ist dies auch erforderlich, wenn eine Gemeinde diese Organisationsform wählen möchte. Einige Landesgesetzgeber haben in ihrer Gemeindeordnung statt der Anstalt des öffentlichen Rechts das Kommunalunternehmen determiniert,⁴¹² worin aber kein wesentlicher Unterschied zu einer Anstalt besteht. Nicht zuletzt erfolgt durch die Begrifflichkeit eine Annäherung an die GmbH.

Auch im Falle einer (Re-)Kommunalisierung der Netze muss eine Satzung für das Unternehmen beschlossen werden. Eine Beteiligung privater Dritter ist bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts bzw. dem Kommunalunternehmen

⁴⁰⁶ Zu den kommunalen Unternehmen im Energiewirtschaftsrecht *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 105 f.

⁴⁰⁷ *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, 2014, Band 1 (Teil 2), § 46 EnWG Rn. 146; *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 241; *Byok/Dierkes*, RdE 2011, S. 394 (401); allgemein zu den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen *Ronellenfitsch*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV, 3. Auflage, 2006, § 98, Rn. 21 ff.

⁴⁰⁸ Siehe beispielsweise § 94 f. Bbg KVerfV, § 126 a HGO oder §§ 76 a ff. Thür KO.

⁴⁰⁹ *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 17 Rn. 76; *Hellermann*, in: *Uechtritz/Reck* (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 64.

⁴¹⁰ Vgl. *Hellermann*, in: *Uechtritz/Reck* (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 63 f.

⁴¹¹ *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 17 Rn. 76.

⁴¹² Siehe beispielsweise Art. 89 GO Bay oder § 106a GO SH.

grundsätzlich nicht vorgesehen.⁴¹³ Wiederum ist es möglich, dass mehrere Gemeinden eine Anstalt des öffentlichen Rechts gründen.⁴¹⁴ Die Trägerkommune schafft einen Verwaltungsrat, der den Vorstand des Kommunalunternehmens kontrolliert und somit der Einfluss der kommunalen Gebietskörperschaft erhalten bleiben kann.⁴¹⁵ Die Kommunalvertretung kann über die Errichtung einer Anstalt entscheiden, welche gleichzeitig eine Satzung für diese erforderlich macht.⁴¹⁶ Außerdem ist zu bedenken, dass die Trägerkommune in einigen Bundesländern⁴¹⁷ unbeschränkt für deren Verbindlichkeiten haftet,⁴¹⁸ was jedoch aus dem europarechtlichen Blickwinkel mit der Vereinbarkeit des Art. 107 Abs. 1 AEUV als äußerst kritisch angesehen werden muss.⁴¹⁹ Die Konsequenz ist eine unionsrechtswidrige Beihilfe.⁴²⁰

Im direkten Vergleich einer GmbH und einer Anstalt zeigt sich, dass beide Organisationsformen viele Gemeinsamkeiten haben.⁴²¹ Eine Abweichung besteht grundsätzlich in der Haftung, da einige Gemeindeordnungen, wenn auch nachrangig, eine unbeschränkte Haftung⁴²² für die Anstalt vorsehen und

⁴¹³ Wambach, Die Anstalt des öffentlichen Rechts – ein Erfolgsmodell für die Rechtsform der Zukunft, in: ders. (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen, 2004, S. 15 (20).

⁴¹⁴ Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 64.

⁴¹⁵ Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 107.

⁴¹⁶ Siehe beispielsweise § 106 a Abs. 2 GO SH.

⁴¹⁷ Siehe beispielsweise Art. 89 Abs. 4 GO Bay.

⁴¹⁸ Heim, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 31; Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 63.

⁴¹⁹ In Bezug auf die (Re-)Kommunalisierung des Energiemetzbetriebes in Berlin kommt Sodan, LKV 2013, S. 433 (440 ff.) zu dem Ergebnis, dass eine Gewährträgerhaftung des Landes Berlin nicht mit Art. 107 Abs. 1 AEUV vereinbar wäre. Zur Problematik der Gewährträgerhaftung bei öffentlichen Kreditinstituten siehe Quardt, EuZW 2002, S. 424 (424 ff.).

⁴²⁰ Sodan, LKV 2013, S. 433 (442); vgl. hierzu auch Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 131 ff.

⁴²¹ Lindt/Schmitz, Die AöR – Überzeugende Alternative zu Eigenbetrieb und GmbH, in: Wambach (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen, 2004, S. 41 (48 ff.). Auf S. 53 befindet sich auch eine überblicksartige Darstellung der wichtigsten Unterschiede zwischen dem Eigenbetrieb, der GmbH und der Anstalt des öffentlichen Rechts.

⁴²² Siehe beispielsweise hinsichtlich eines Kommunalunternehmens Art. 89 Abs. 4 GO Bay; anders hingegen unter anderem § 106a GO SH, in dem eine unbeschränkte Haftung nicht erwähnt ist. Zur Frage, ob eine Anstaltslast ebenfalls greift, wenn diese nicht ausdrücklich im Gesetz festgehalten ist, Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 73.

dies bei Errichtung einer GmbH aufgrund der Konzernhaftung regelmäßig nicht der Fall ist.⁴²³ Da der Netzbetrieb als Aufgabe häufig an ein Energieversorgungsunternehmen aus der freien Wirtschaft mittels Konzessionsvertrages übertragen wird, führt ein unternehmerisches Scheitern letztendlich dazu, dass der Staat bzw. die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft nun wegen der bereits oben festgestellten Gewährleistungsverantwortung⁴²⁴ den Netzbetrieb aufrechterhalten müsste. Allerdings spricht das nicht unmittelbar für die Anstalt des öffentlichen Rechts, sondern zeigt nur, dass diese beiden Organisationsformen aus dem öffentlich- und privatrechtlichen Bereich angesichts der Haftung auf einer Stufe stehen und eine Anstalt nicht prinzipiell eine schärfere Haftung beinhaltet. Diese Ausführungen stehen aber unter dem Vorbehalt, dass die Gewährträgerhaftung einer kommunalen Gebietskörperschaft für die Verbindlichkeiten einer Anstalt im Einzelfall nicht als unionsrechtswidrig i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV eingestuft werden.

bb) Eigenbetrieb

Auch Eigenbetriebe⁴²⁵ können errichtet werden, wenn eine kommunale Übernahme des lokalen Strom- und Gasnetzbetriebes erfolgen soll. Diese Organisationsform ist rechtlich nicht verselbstständigt und könnte daher auch als „nicht rechtsfähige öffentlich-rechtliche Anstalt“⁴²⁶ bezeichnet werden. Darin liegt gerade das Problem gegenüber der Anstalt des öffentlichen Rechts bzw. dem Kommunalunternehmen. So besitzen Eigenbetriebe aufgrund der nicht vorhandenen rechtlichen Trennung von der Kommune ebenfalls keine eigene Rechtspersönlichkeit, was beispielsweise zur Folge hat, dass bei etwaigen Rechtsstreitigkeiten die kommunale Gebietskörperschaft und nicht der Eigenbetrieb selbst Klagegegner ist.⁴²⁷ Sollte sich eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft dafür entscheiden, dass ein Eigenbetrieb die Netze übernimmt, so kann wegen der nicht gegebenen rechtlichen Verselbstständigung des Betriebes die Kommune mithin keinen Konzessionsvertrag mit dem Eigenbetrieb abschließen, da es sich um die identische juristische Person handelt

⁴²³ Lindt/Schmitz, Die AöR – Überzeugende Alternative zu Eigenbetrieb und GmbH, in: Wambach (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen, 2004, S. 41 (50 f.).

⁴²⁴ Siehe oben unter B.I.3.

⁴²⁵ Allgemein ohne den Bezug zu den Energienetzen Burgi, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 17 Rn. 76; Brüning, VerwArch, Bd. 100 (2009), S. 453 (471); Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 141 ff.; siehe beispielsweise auch die Legaldefinition in Art. 88 Abs. 1 GO Bay.

⁴²⁶ Burgi, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 17 Rn. 76.

⁴²⁷ Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 62.

und ein solch zivilrechtlicher Vertrag dann ausscheidet.⁴²⁸ Dies zeigt in gleicher Weise gerade der Hinweis des Gesetzgebers gem. § 46 Abs. 4 EnWG, der die entsprechende Anwendung der Absätze 2 und 3 für Eigenbetriebe fordert und die Kommune statt des Abschlusses eines Konzessionsvertrages daher eine Satzung festlegen oder einen Beschluss fassen muss.⁴²⁹

Der Eigenbetrieb ist im Vergleich zu den privatrechtlichen Organisationsformen wegen seiner Unflexibilität für eine (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes nicht geeignet.⁴³⁰ Auch im Vergleich zur Anstalt des öffentlichen Rechts hat der Eigenbetrieb keine ausschlaggebenden Vorteile.⁴³¹ So werden beispielsweise Arbeitnehmer eines Eigenbetriebes wegen der grundsätzlichen Mitgliedschaft einer Kommune im entsprechenden Arbeitgeberverband und der damit einhergehenden automatischen Bindung an das öffentliche Tarifsystem nach diesem entlohnt.⁴³² Wandelte eine Kommune einen Eigenbetrieb in eine Anstalt des öffentlichen Rechts um, wäre die Anstalt aufgrund ihrer Eigenschaft als eigenständige juristische Person nicht per se an das Tarifsystem gebunden, sondern müsste selbst dem Arbeitgeberverband beitreten.⁴³³ Erfolgt dieser Beitritt nicht, erhalten nur die weiterhin beschäftigten Arbeitnehmer eine Entlohnung nach dem öffentlichen Tarifsystem, welches für die Zukunft dann aber auch nicht mehr gilt.⁴³⁴ Wenn nun neue Arbeitnehmer bei der Anstalt angestellt werden, muss nicht mehr nach dem öffentlichen Tarifsystem entlohnt werden, was das Tor zu einer untertariflichen Entlohnung öffnet.⁴³⁵

⁴²⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 33 m.w.N.; *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 Rn. 151; *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015; § 46 Rn. 86; *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (357); *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 172.

⁴²⁹ BT-Drs. 13/7274, S. 21 (rechte Spalte).

⁴³⁰ Waller, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 242. Auch *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (358) stellt fest, dass die privatrechtliche Organisationsform, speziell die GmbH, von den Kommunen bevorzugt wird und nicht ein Eigenbetrieb.

⁴³¹ *Lindt/Schmitz*, Die AöR – Überzeugende Alternative zu Eigenbetrieb und GmbH, in: Wambach (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen, 2004, S. 41 (46 f.).

⁴³² *Lindt/Schmitz*, Die AöR – Überzeugende Alternative zu Eigenbetrieb und GmbH, in: Wambach (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen, 2004, S. 47.

⁴³³ *Lindt/Schmitz*, Die AöR – Überzeugende Alternative zu Eigenbetrieb und GmbH, in: Wambach (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen, 2004, S. 47.

⁴³⁴ *Lindt/Schmitz*, Die AöR – Überzeugende Alternative zu Eigenbetrieb und GmbH, in: Wambach (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen, 2004, S. 47.

⁴³⁵ *Lindt/Schmitz*, Die AöR – Überzeugende Alternative zu Eigenbetrieb und GmbH, in: Wambach (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen: Ein Praxishandbuch, 2004, S. 47.

Auch solche Umstände können für die jeweilige (re-)kommunalisierungswillige Gebietskörperschaft dazu führen, dass ein Eigenbetrieb als Organisationsform nicht herangezogen wird. Vorteilhaft erscheint bei der Wahl eines Eigenbetriebes nur die starke Einbindung in die jeweilige Verwaltung, welche gleichfalls zur Berücksichtigung der kommunalen Interessen führen kann,⁴³⁶ aber die anderen Nachteile nicht wettmacht.

cc) Regiebetrieb

Eine weitere mögliche öffentlich-rechtliche Organisationsform ist der Regiebetrieb, der keine juristische Person und somit auch rechtlich nicht ausgegliedert ist.⁴³⁷ Er stellt vielmehr einen Bereich der „unmittelbaren Kommunalverwaltung“ dar⁴³⁸ und es mangelt ihm somit an eigenen Organen, die für ihn handeln könnten.⁴³⁹ Verglichen mit dem Eigenbetrieb ist der Regiebetrieb gerade im Hinblick auf eine autonome Führung des Betriebes und dem damit verbundenen wirtschaftlichen Handeln wiederum deutlich eingeschränkter.⁴⁴⁰ Private Energienetzbetreiber können, wie im Übrigen beim Eigenbetrieb, nicht beteiligt werden und ein Konzessionsvertrag kommt aufgrund der noch intensiveren Einbindung in die Verwaltung hier ebenso nicht in Betracht.⁴⁴¹ Für eine derartig umfangreiche Aufgabe wie der (Re-)Kommunalisierung des Betriebes unterirdischer Energienetze ist der Regiebetrieb somit nicht prädestiniert und kann auch die unternehmerische Flexibilität nur schwerlich erreichen, welche die anderen Organisationsformen, insbesondere privatrechtliche,

⁴³⁶ Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 107.

⁴³⁷ Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 24; Burgi, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 17 Rn. 76; Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 30. Zur Frage, ob ein Regiebetrieb überhaupt als kommunales Unternehmen eingestuft wird siehe Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 25.

⁴³⁸ Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 22 ff., subsumieren den Regiebetrieb daher nicht unter den Begriff Unternehmen.

⁴³⁹ Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 24; Burgi, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 17 Rn. 76; Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 30.

⁴⁴⁰ Ohne Netzbezug Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 33; Burgi, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 17 Rn. 76; Schmidt, Kommunale Kooperation, 2005, S. 29 ff.

⁴⁴¹ Waller, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 241; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015; § 46 Rn. 86.

bieten können.⁴⁴² Aus diesen Gründen ist der Regiebetrieb hinsichtlich der jahrelang erforderlichen Instandhaltung und des Ausbaus der Netze innerhalb einer Gebietskörperschaft als fakultative Organisationsform für eine Kommune nicht attraktiv.⁴⁴³

dd) Kommunale Gemeinschaftsarbeit

(1) Zweckverband

Der Zweckverband bietet als Körperschaft des öffentlichen Rechts eine weitere Möglichkeit, ein Netz gemeinschaftlich zu betreiben, in dem sich mehrere Kommunen für diese Aufgabe finden.⁴⁴⁴ Die Länder haben die kommunale Zusammenarbeit überwiegend in eigenständigen Gesetzen geregelt.⁴⁴⁵ Bei einem Zweckverband kooperieren die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages miteinander.⁴⁴⁶ Der maßgebliche Vorteil einer solchen interkommunalen Kooperation liegt darin, dass mindestens zwei Kommunen Synergieeffekte nutzen können,⁴⁴⁷ was bei einem Netzbetrieb als Stärke gewertet werden muss.

Problematisch erscheint die Gründung eines Zweckverbandes für den Netzbetrieb jedoch ebenfalls im Hinblick auf das Erfordernis eines Wettbewerbs um das jeweilige Netz, weil mit der Errichtung ein nicht zu unterschätzender Finanz- und Verwaltungsaufwand einhergeht, obwohl zur Zeit der Gründung der Ausgang des wettbewerblichen Auswahlverfahrens noch unklar ist. Eine Gebietskörperschaft, welche den Netzbetrieb (re-)kommunalisieren möchte, müsste also rechtzeitig vor Beginn des Wettbewerbs die Errichtung eines Zweckverbandes planen und mindestens eine wei-

⁴⁴² Allgemein auf die Energiewirtschaft bezogen Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 61; siehe auch Schoch, DÖV 1993, S. 377 (381).

⁴⁴³ Allgemein auf die Energiewirtschaft bezogen Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 61.

⁴⁴⁴ Ohne Netzbezug Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 144; Oebbecke, NVwZ 2010, S. 665 (665); Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 132 ff.

⁴⁴⁵ Siehe beispielsweise für Schleswig-Holstein das Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (GkZ).

⁴⁴⁶ Uechtritz/Reck, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012; § 16 Rn. 84; Burgi, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 19 Rn. 4.

⁴⁴⁷ Oebbecke, NVwZ 2010, S. 665 (665); Kraft-Zörcher/Neubauer, LKV 2010, S. 193 (198 f.); Karasek, Ausgewählte Fragen des Wasserwirtschaftsrechts, in: Held/Theobald (Hrsg.), Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, 2006, S. 483 (486).

tere Gemeinde finden, deren Konzessionsverträge in naher Zukunft auch auslaufen. Sodann erfolgten die Errichtung des Zweckverbandes unter Einhaltung der kommunalwirtschaftlichen Voraussetzungen und die Bewerbung um die Netze, damit der Zweckverband auch zukünftig als Netzbetreiber in den jeweiligen Kommunen agieren kann. Im Falle eines Obsiegen können die Netze durch den Zweckverband betrieben werden. Bei dieser Organisationsform besteht aber in gleicher Weise die Gefahr, dass sich der Zweckverband im Wettbewerbsverfahren nicht durchsetzt und dieser somit auch nicht aufrechterhalten wird bzw. werden kann. Es kann daher die Konstellation eintreten, dass nur in einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft der Zweckverband den Wettbewerb gewinnt. Somit zeigt sich, dass ein Zweckverband auch immer von einem Erfolg in mehreren Kommunen abhängig ist. Insgesamt muss daher festgehalten werden, dass ein Zweckverband grundsätzlich keine idealen Voraussetzungen bietet, um die Netze in Zukunft kooperativ erfolgreich zu betreiben.

(2) Gemeinsame kommunale Anstalten

b) Privatrechtliche Organisationsformen

aa) Eigengesellschaft

Eine andere Art der Organisation wirtschaftlichen Handelns einer kommunalen Gebietskörperschaft bieten die gern gewählten privatrechtlichen Organisationsformen, welche in den Gemeindeordnungen eingeräumt werden.⁴⁴⁸ Der Netzbetrieb kann also selbstverständlich gleichfalls von einer Eigengesellschaft vorgenommen werden, bei der eine Kommune/mehrere Kommunen alle Gesellschaftsanteile inne hat/haben, also die Gesellschaft vollständig von kommunaler Seite getragen wird.⁴⁴⁹ Ein Argument einer kommunalen Gebietskörperschaft, sich für eine Eigengesellschaft zu entscheiden, könnte darin liegen, dass sie nicht unmittelbar den Verpflichtungen des öffentlichen Rechts

⁴⁴⁸ § 103 ff. GemO BW; Art. 92 ff. GO Bay; § 96 ff. Bbg KVerf; § 122 ff. HGO; § 69 ff. KV M-V; § 137 ff. NKomVG; § 108 f. GO NRW; § 87 f. GemO RP; § 110 ff. KSVG SL; § 96 ff. Sächs GemO; § 117 ff. GO LSA; § 102 ff. GO SH; § 73 ff. Thür GO. Allgemein zu den privatrechtlichen Organisationsformen *Ronellenfitsch*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HStR IV, 3. Auflage, 2006, § 98, Rn. 25 ff.

⁴⁴⁹ Ohne Netzbezug *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 106; *Trzeciak*, Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung, 1990, S. 195 f.; *Hellermann*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 92; *Schoch*, DÖV 1993, S. 377 (378).

unterworfen ist, wie beispielsweise dem Personal- und Haushaltsrecht.⁴⁵⁰ Ferner erhofft sich die Kommune mit einer Eigengesellschaft im direkten Vergleich zu den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen mehr Anpassungsfähigkeit und eine daraus folgende wirtschaftliche Zweckdienlichkeit.⁴⁵¹ Es gibt mehrere Formen von Eigengesellschaften.

(1) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Wenn es einer Kommune insbesondere darum geht, in Zukunft Einfluss auf den Netzbetrieb auszuüben, kann sie als privatrechtliche Organisationsform vor allem die Gründung einer GmbH in Erwägung ziehen. So sehen bereits die Landesgesetzgeber vor, dass die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft einen angemessenen Einfluss auf das Unternehmen in Privatrechtsform haben muss, was hier beispielsweise durch eine Beteiligung im Aufsichtsrat erreichbar ist.⁴⁵² Die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft hat mithin eine Ingerenzpflicht, der sie sich auch nicht entziehen kann.⁴⁵³ Vorteilhaft an einer Eigengesellschaft in Form der GmbH ist, dass die Gesellschafterversammlung gem. § 46 Nr. 5 GmbHG über die personelle Zusammensetzung hinsichtlich der Geschäftsführung und eines möglicherweise bestehenden Aufsichtsrates bestimmen kann.⁴⁵⁴ Außerdem ist die personelle Besetzung der GmbH zumindest mittelbar demokratisch legitimiert.⁴⁵⁵ Mit diesen gesellschaftsrechtlichen Steuerungsmitteln bleibt der Kommune viel Raum für einen Betrieb des Strom- und Gasnetzes, auf den sie ausreichend Einfluss nehmen kann. Die GmbH befindet sich mit Blick auf den kommunalen Einfluss zwischen dem stark in die Verwaltung eingebundenen Eigenbetrieb und der noch strikter verselbständigte AG.⁴⁵⁶ Indes können die in den Gemeindeordnungen

⁴⁵⁰ Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 96.

⁴⁵¹ Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 97; Schoch, DÖV 1993, S. 377 (381).

⁴⁵² Etwa § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO; § 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG; § 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO RP; Häufermann, Die Steuerung der kommunalen Eigengesellschaft, 2004, S. 97; Schoch, DÖV 1993, S. 377 (381) weist hingegen darauf hin, dass gegenüber dem Regie- und Eigenbetrieb der kommunale Einfluss reduziert wird, da die Eigengesellschaft als juristische Person verselbständigt ist.

⁴⁵³ Siehe beispielsweise § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO SH; vgl. hierzu etwa auch Schneider/Dreßler, Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung, 14. EL 1999, Erl. § 122 S. 13.

⁴⁵⁴ Siehe zu dieser Einflussnahme auch Häufermann, Die Steuerung der kommunalen Eigengesellschaft, 2004, S. 83 f.

⁴⁵⁵ Häufermann, Die Steuerung der kommunalen Eigengesellschaft, 2004, S. 96 f.

⁴⁵⁶ Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 240.

gen normierten Haftungsbegrenzungen ein überzeugendes Argument für die Gemeinde darstellen, sich im Falle eines (Re-)Kommunalisierungswunsches für die GmbH⁴⁵⁷ zu entscheiden, um im wettbewerblichen Auswahlverfahren erfolgreich gegen andere anzutreten.

(2) Aktiengesellschaft

Für den erstmaligen oder erneuten Netzbetrieb kommt ferner eine AG in Betracht, sofern eine solche Errichtung in Relation zur Größe der kommunalen Gebietskörperschaft bzw. zum Netzgebiet steht. Im Gegensatz zur GmbH kann eine AG nämlich von einer größeren kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft gewählt werden, bei der ein ausgedehnter Betrieb erforderlich ist.⁴⁵⁸ In einigen Gemeindeordnungen ist sogar eine Nachrangigkeit der AG festgelegt.⁴⁵⁹ Der Vorteil der AG ist allerdings, dass sie als juristische Person sowohl rechtlich als auch organisatorisch von den Kommunen getrennt ist und mithin nicht nur im Hinblick auf das Vermögen und den Haushalt, sondern wegen ihres Status als Eigengesellschaft, wie auch die GmbH, von den Verpflichtungen des öffentlichen Rechts im Grunde befreit ist.⁴⁶⁰ Damit hat die Kommune, wie auch bei anderen Eigengesellschaften, den Vorzug, sich beispielsweise nicht an die Besoldungsordnungen halten zu müssen.⁴⁶¹ Somit müssen die Mitarbeiter der AG, die den Netzbetrieb ausführen, in gleicher Weise nicht nach diesen Standards entlohnt werden. Zu beachten ist von der Kommune jedoch, dass das AktG nicht die gleiche Einwirkungsintensität auf das Unternehmen wie das GmbHG ermöglicht.⁴⁶² Die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft muss sich den sehr formalisierten Regelungen des AktG unterwerfen und diese kann daher vor allem aufgrund des einflussreichen Vorstandes,⁴⁶³ der eigenverantwortlich das Unternehmen führt, selbst keinen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben.⁴⁶⁴ Einige Landesgesetz-

⁴⁵⁷ Gleiches gilt für die AG.

⁴⁵⁸ *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 204; *Gaß*, Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen, 2003, S. 50.

⁴⁵⁹ Siehe beispielsweise § 103 Abs. 2 GemO BW oder § 87 Abs. 2 GemO RP.

⁴⁶⁰ *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 204; vgl. aber *BVerfGE* 128, 226 (226 ff.).

⁴⁶¹ *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 204.

⁴⁶² *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 228.

⁴⁶³ Siehe § 76 ff. AktG.

⁴⁶⁴ *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 206, 221. Der Landesgesetzgeber Mecklenburg-Vorpommerns hat sich sogar gegen die Möglichkeit einer Neugründung einer Aktiengesellschaft ausgesprochen, weil „die Einwirkungsmöglichkeiten der Hauptversammlung (und auch der Gemeindevertretung mit ihren

geber haben aus diesem Grund festgelegt, dass die Aktiengesellschaft subsidiär gewählt werden soll.⁴⁶⁵ In der Rechtspraxis dürfte es in Bundesländern mit einer solchen Vorschrift nicht zur Gründung einer AG kommen, da der öffentliche Zweck ebenso durch eine andere Rechtsform zu erfüllen sein wird.⁴⁶⁶ Die Wahl einer Aktiengesellschaft als Rechtsform, um den Energienetzbetrieb in Zukunft selbst vorzunehmen, wird daher nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Aufgrund der in den meisten Fällen wohl mangelnden Größe oder der Erreichung des öffentlichen Zwecks mittels einer GmbH in gleicher Weise, sollte sich die Kommune daher im Zweifelsfall gegen eine AG entscheiden.⁴⁶⁷

(3) GmbH und Co. KG

Eine weitere Organisationsform für den Netzbetrieb durch eine Kommune bietet die GmbH und Co. KG. In der Praxis wird sie nur in seltenen Fällen von kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften gewählt, obwohl sie wegen ihrer Haftungsbeschränkung der GmbH und AG sehr nahe ist⁴⁶⁸ und ideal für einen Netzbetrieb sein könnte. Die Gemeinde hätte die Möglichkeit eine GmbH zu gründen, welche dann die Stellung des Komplementärs einnimmt und die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft könnte sich selbst in die Rolle der Kommanditistin begeben.⁴⁶⁹ Dadurch ist auch wieder gewährleistet, dass die Haftung begrenzt ist,⁴⁷⁰ was die Gemeindeordnungen für eine wirtschaftliche Betätigung fordern. Während im Bereich der Energieerzeugung insbesondere die GmbH & Co. KG eine immer größere Bedeutung zu erlangen scheint, um Bürgerbeteiligungen an Windparks zu ermöglichen,⁴⁷¹ konnte sie

Weisungsrechten, die gegenüber dem Aufsichtsrat nur sehr eingeschränkt wirken) auf den Vorstand im Aktienrecht wesentlich schwächer ausgestaltet sind als die einer Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung bei einer GmbH, und auch nicht das Recht besteht wie im GmbH-Recht jeden Einzelfall an sich zu ziehen, kann bei einer Aktiengesellschaft nicht mehr von einem ausreichenden Einfluss der Gemeinde auf ihr Unternehmen gesprochen werden", LT-Drs. M-V 5/4173.

⁴⁶⁵ Siehe beispielsweise § 107 Abs. 4 GO NRW oder § 87 Abs. 2 GemO RP.

⁴⁶⁶ In Bezug auf § 95 Abs. 2 Sächs GemO siehe Billig, ZNER 2003, S. 100 (103).

⁴⁶⁷ Vgl. Heim, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 31.

⁴⁶⁸ Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 126; siehe auch Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage 2006, Rn. 117.

⁴⁶⁹ Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 126.

⁴⁷⁰ Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 126.

⁴⁷¹ Kruse/Legler, ZUR 2012, S. 348 (349); von Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, S. 791 (792).

sich bislang beim Energienetzbetrieb nicht durchsetzen. Vor allem stellt sich dabei erneut das Problem, dass die Errichtung der Netzgesellschaft einen enormen Aufwand erfordert, der sich nur im Falle eines Obsiegens lohnen würde. Ebenfalls ist aber beim Betrieb eines Strom- und Gasnetzes denkbar, dass Bürger als Kommanditisten an der GmbH & Co. KG beteiligt sind, da das örtliche Netzmonopol und auch der Wettbewerb keine Gründe erkennen lassen, die eine Bürgerbeteiligung ausschließen können. Immerhin sind Beteiligungen bei privaten Energieversorgungsunternehmen üblich, auch wenn es sich bei den Beteiligten vielleicht nicht um lokal ansässige Bürger oder Unternehmen handelt.

(4) Weitere Eigengesellschaften

Neben der soeben erwähnten GmbH, AG und GmbH und Co. KG kommen für den Netzbetrieb keine weiteren Arten von Eigengesellschaften in Betracht, da die kommunalwirtschaftsrechtlich geforderte Haftungsbegrenzung beispielweise bei der GbR, KG oder oHG nicht erfüllt werden kann.⁴⁷² Gewählt werden könnten daher lediglich Kapitalgesellschaften.⁴⁷³

bb) Gemeinschaftsunternehmen

Für den Fall, dass eine Kommune nicht eine angemessene Größe aufweist, um ein kommunales Unternehmen zumindest kostendeckend zu betreiben, bietet sich ein Gemeinschaftsunternehmen an,⁴⁷⁴ das sich gerade beim Netzbetrieb in jüngster Vergangenheit bewährt hat.⁴⁷⁵ Es handelt sich um eine gemischt-öffentliche Beteiligungsgesellschaft, die durch etliche kommunale Selbstverwaltungskörperschaften getragen wird bzw. werden kann.⁴⁷⁶ Das Gemeinschaftsunternehmen kann für eine (re-)kommunalisierungsfreudige Kommu-

⁴⁷² Allgemein dazu *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 118; vgl. auch *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 31.

⁴⁷³ Ohne Netzbereich *Ronellenfitsch*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Auflage, 2006, § 98, Rn. 25.

⁴⁷⁴ Wolff, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 69. Das bietet sich auch gerade für eher kleine Gemeinden an; dazu auch *Falke/Schnutenhaus*, EWeRK 2012, S. 196 (198).

⁴⁷⁵ So *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (359), der diese übrigens als „horizontale Kooperationen“ von Kommunen bezeichnet. Vor der EnWG Novelle 1998 wurde zwar gemeinschaftlich Lobbyismus betrieben, aber kommunale Zusammenarbeit im Energiewirtschaftssektor stellte eher die Ausnahme dar, siehe dazu *Blumenthal-Barby*, IR 2007, S. 255 (255 f.).

⁴⁷⁶ *Hellermann*, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 161.

ne, für die ein eigenes Unternehmen nicht in Relation zur Größe des Netzgebietes stünde, eine Alternative zu einer reinen Eigengesellschaft sein. Die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform wird nur durch die abschließenden im Gesellschaftsrecht normierten Formen begrenzt.⁴⁷⁷ Zu denken ist im Rahmen einer privatrechtlichen Organisationsform primär an eine GmbH, GmbH & Co. KG oder AG, um die Gründung eines gemeinsamen kommunalen Unternehmens umzusetzen.⁴⁷⁸ Aus technischer Sicht ist ein Gemeinschaftsunternehmen kompliziert, weil grundsätzlich das jeweilige Netz einer kommunalen Gebietskörperschaft nicht mit denen einer anderen verbunden ist.⁴⁷⁹ In der Tat kann von einer (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes gesprochen werden, obwohl sich die jeweilige Kommune lediglich beteiligt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass bei den Gemeinschaftsunternehmen prinzipiell Kommunen beteiligt sind und diese mithin durch die öffentliche Hand betrieben werden.

Ein gemeinsames Auslaufen der Konzessionsverträge in den jeweiligen Gebietskörperschaften ist allerdings nicht zwingend erforderlich, da auch die Möglichkeit besteht, dass zunächst eine Kommune ein Unternehmen gründet und erst später eine andere Kommune eine Beteiligung an dem Unternehmen erwirbt, wenn die Einräumung eines Wegenutzungsrechts in der dann betreffenden kommunalen Gebietskörperschaft ansteht.⁴⁸⁰ Problematisch erscheint dieses Vorgehen jedoch, falls das wettbewerbliche Auswahlverfahren strikt eingehalten werden soll, was spätestens seit der jüngeren Rechtsprechung stets geboten ist. Die Gemeinde müsste sich vor dem Ablauf des Wettbewerbsverfahrens an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligen, damit sich dieses Unternehmen im späteren Wettbewerb um die Netze bewerben kann. Nur im Falle eines Obsiegens kann dann auch durch das Gemeinschaftsunternehmen das Netz in dieser kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft betrieben werden. Sollte das Unternehmen im Wettbewerb unterlegen sein, so besteht – vorausgesetzt, dass die kommunalwirtschaftlichen Vorschriften eingehalten werden – die Möglichkeit, die Beteiligung trotzdem aufrecht zu erhalten oder die Kommune veräußert die Anteile am Gemeinschaftsunternehmen wieder, was die wohl bessere Lösung ist. Hier besteht der wesentliche

⁴⁷⁷ Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 351.

⁴⁷⁸ Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 351 f.; Hellermann, in: Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn. 162; Held/Blumenthal-Barby, Gründung gemeinsamer Netzgesellschaften, in: Held/Theobald (Hrsg.), Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, 2006, S. 199 (209).

⁴⁷⁹ Siehe dazu allgemein Blumenthal-Barby, IR 2007, S. 255 (257).

⁴⁸⁰ Waller, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 242.

Unterschied zum Zweckverband, der immer auf mindestens eine weitere Kommune angewiesen ist und auch beim Netzbetrieb nicht eine derartige Flexibilität aufweist, wie sie bei privatrechtlichen Organisationsformen üblich ist.

cc) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Eine beliebte Organisationsform für den Netzbetrieb ist mittlerweile das gemischtwirtschaftliche Unternehmen.⁴⁸¹ Im Regelfall handelt es sich dabei um ein Unternehmen mit einer privatrechtlichen Rechtsform in Form einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH,⁴⁸² wobei sich im Wege des Netzbetriebes die Kommune wegen der schon häufiger angesprochenen regelmäßiger mangelnden Größe eher für letztere entscheiden sollte. Die Besonderheit eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens besteht darin, dass die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft als Teil des Staates mit einem privaten Dritten zusammenarbeitet und die Netze betreibt. Dabei wird ein lokales Unternehmen errichtet, damit dieses mit einem strategischen Partner geführt werden kann.⁴⁸³ Ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen hat für die Kommune ganz entscheidende, synergetische Vorteile, da sie selbst noch nie oder aber zumindest über einen längeren Zeitraum die eigenen unterirdischen Netze nicht mehr betrieben hat und durch die Kooperation auch die Chance auf ein Obsiegen im wettbewerblichen Auswahlverfahren erhöhen kann, um sich gegen konkurrierende Bewerber durchzusetzen. Insbesondere aus zwei Gründen ist für eine Gemeinde eine öffentlich-rechtliche Partnerschaft nicht nur im Vergleich zur reinen kommunalen Eigengesellschaft sehr attraktiv. Einerseits kann sie vom energiewirtschaftlichen Fachwissen des privaten Dritten Gebrauch machen, indem beispielsweise die Arbeitsplätze innerhalb des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens entsprechend personell besetzt werden und andererseits bringt dieser im Regelfall auch eigenes Kapital mit, wovon die Kommune ebenfalls profitieren kann.⁴⁸⁴ Es muss jedoch darauf geachtet werden, den einfach- und verfassungsrechtlich gebotenen Einfluss der Gemeinde zu wahren.

⁴⁸¹ Theobald, DÖV 2009, S. 356 (359) spricht von „vertikalen Kooperationen“; näher zum Begriff des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, Spannowsky, ZHR 1996, S. 560 (561 f.). Der Staat bzw. hier die Kommune hält dann nicht mehr wie bei der Eigengesellschaft alle Anteile, sondern ein privater Dritter hält auch welche.

⁴⁸² Spannowsky, ZHR 1996, S. 560 (563).

⁴⁸³ Theobald, DÖV 2009, S. 356 (359).

⁴⁸⁴ Groneberg, RdE 2013, S. 312 (314). Häufig soll der private Dritte beim Netzbetrieb bestimmte kaufmännische und mechanische Führungsfunktionen wahrnehmen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 2; Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, 2006, Rn. 311, 382.

Teilweise wird ein privates Energieversorgungsunternehmen, welches bislang die Netze betreibt, der neue Partner der Kommune.⁴⁸⁵ Für die Kommune ist das ein finanzieller Vorteil,⁴⁸⁶ weil diese in einem solchen Fall dann nicht allein den Netzkauf finanzieren muss. Weiterhin bleibt aber die Aufgabe des örtlichen Strom- und Gasnetzbetriebes im kommunalen Verantwortungsbereich.⁴⁸⁷ Da die Kommune bei einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen nur einen gewissen Anteil hält, drängt sich die Frage auf, ob in einem solchen Fall überhaupt von einer (Re-)Kommunalisierung gesprochen werden kann. Maßgeblich ist, ob die Gemeinde die Mehrheit der Anteile hat und somit auch erheblichen Einfluss auf das Unternehmen beibehält.⁴⁸⁸ Im Regelfall wird eine Beteiligung von mehr als fünfzig Prozent immer gerade das Ziel der Kommune sein, um Einfluss zu erreichen⁴⁸⁹ und aus diesem Grund darf oder muss sogar in den meisten Konstellationen von einer (Re-)Kommunalisierung gesprochen werden. Gegenüber einer von der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft gewählten öffentlich-rechtlichen Organisationsform oder einer privatrechtlichen Organisationsform gehen mit dem Netzbetrieb mittels Errichtung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens gleichfalls einige nicht zu unterschätzende rechtliche Probleme einher. Selbst die Rechtsprechung hat daher sogar festgestellt, dass es sich bei diesem ganzen Prozess um ein vielschichtiges juristisches Problem und „rechtliches Neuland“ handelt.⁴⁹⁰ Eine wesentliche Schwierigkeit liegt darin, einen strategischen Partner aus der freien Wirtschaft zu finden und die bereits oben herausgearbeiteten Wettbewerbsprinzipien vollkommen zu beachten. Die Kommune sieht sich sonst dem Vorwurf ausgesetzt, dass sie sich im Vorwege bereits für das gemischtwirtschaftliche Unternehmen entschieden hat und ein echtes wettbewerbsorientiertes Verfahren schlussendlich unterblieben ist.⁴⁹¹ Andernfalls würde sie

⁴⁸⁵ *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (359).

⁴⁸⁶ Vgl. *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (359).

⁴⁸⁷ Ohne Netzbezug *Spannowsky*, ZHR 1996, S. 560 (562).

⁴⁸⁸ *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 25; *von Hoff*, VergabeR 2013, S. 395 (396). *Waller*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung, 2013, S. 244 macht die Subsumtion unter dem (Re-)Kommunalisierungsbegriff von der Letztentscheidungsbefugnis abhängig.

⁴⁸⁹ Dies bestätigen etwa auch die Fälle des *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 04.02.2013, Az. VII-Verg 31/12 und der Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12; siehe auch *Wilke*, NordÖR 2011, S. 431 (433).

⁴⁹⁰ *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 04.02.2013, Az. VII-Verg 31/12, juris-Rn. 40.

⁴⁹¹ So argumentierte auch eine Antragstellerin, siehe *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 20; *Kohler*, NZBau 2013, S. 282 (283); *Byok/Graef/Faasch*, NZBau 2012, S. 556 (558).

womöglich den gesamten Aufwand nicht betreiben, weil das private Energieversorgungsunternehmen als Partner auch das erhebliche Risiko eingeht, sich im Wettbewerb nicht durchzusetzen.⁴⁹² Dieser Vorwurf kann im Übrigen prinzipiell erhoben werden, wenn sich eine Gemeinde für eine (Re-)Kommunalisierung des Energienetzbetriebes ohne einen privaten Partner entscheidet und in diesem Zuge eine Neugründung oder Umwandlung eines kommunalen Unternehmens vornimmt.

(1) Trennung der Verfahren

Ein getrenntes Verfahren ist eine sichere Möglichkeit für die Kommune, wenn sie zukünftig gemeinsam mit einem privaten Partner die Netze betreiben möchte.⁴⁹³ Das heißt, dass die Kommune zunächst ein Vergabeverfahren durchführt, welches als Ziel die Errichtung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens hat und dass sich dieses erst danach in einem Wettbewerbsverfahren durchsetzen muss. Unter Beachtung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie der Sektorenverordnung kann die Gemeinde einen Partner suchen und zu einem späteren Zeitpunkt unter Beachtung des EnWG das Wegenutzungsrecht einräumen, sodass getrennte Verfahren stattfinden.⁴⁹⁴ Ob eine Ausschreibungspflicht erforderlich ist, hängt vom Einzelfall ab, weil insbesondere die Erreichung des Schwellenwertes darüber entscheidet, ob und inwieweit das GWB anwendbar ist.⁴⁹⁵ Die rechtlichen Grundlagen sind in beiden Verfahren indes unterschiedlich und es muss daher genau differenziert werden. Bei der Suche nach einem strategischen Partner für den Netzbetrieb ist das wirtschaftlichste Angebot i.S.d. § 97 Abs. 5 GWB ausschlaggebend und grundsätzlich sind nicht die Kriterien des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG mit Verweis auf die Ziele in § 1 EnWG oder gar die §§ 2 und 3 KAV entscheidend.⁴⁹⁶ Aller-

⁴⁹² Das Obsiegen des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens im Wettbewerb ist zwingend erforderlich, siehe auch Groneberg, RdE 2013, S. 312 (314); Kohler, NZBau 2013, S. 282 (283); Sauer, EWeRK 2013, S. 100 (109).

⁴⁹³ Wollenberg, KommJur 2014, S. 161 (164), Groneberg, RdE 2013, S. 312 (317); für dieses ist beispielsweise Falke/Schmutenhaus, EWeRK 2012, S. 196 (199); siehe in diesem Zusammenhang auch ein (Re-)Kommunalisierungsvorhaben, das einem Vergabenachprüfungsverfahren unterlag, OLG Celle, Beschluss vom 16.05.2013, Az. 13 Verg 13/12.

⁴⁹⁴ VK Münster, Beschluss vom 08.06.2012, Az. VK 6/12, juris-Rn. 131.

⁴⁹⁵ Siehe dazu Groneberg, RdE 2013, S. 312 (314); Kohler, NZBau 2013, S. 282 (284 ff.); in diesem Zusammenhang ohne konkreten Netzbezug auch Koenig, Öffentlich Private Partnerschaften im Anwendungsbereich kommunaler Wirtschaftsbetätigung, in: Held/Theobald (Hrsg.), Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, 2006, S. 39 (50 ff.).

⁴⁹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 100; siehe auch Richter/Brahms, KommJur 2014, S. 6 (7); vgl. auch Tugendreich, ZfBR 2014, S. 547 (550).

dings ist eine Berücksichtigung der aufgezählten Ziele des § 1 EnWG nicht völlig im Verfahren zur Erlangung eines Partners ausgeschlossen, da diese gerade die Eigenschaften eines optimalen Netzbetreibers beschreiben und mithin nicht gänzlich außer Betracht bleiben können.⁴⁹⁷ Im Grundsatz sind die Ziele des § 1 EnWG somit auch bei der Suche eines strategischen Partners schon relevant. Etwa können die Gemeinden den Einfluss auf das spätere Unternehmen oder fiskalische Belange mit einbeziehen, da sich diese letztendlich aus § 97 Abs. 5 GWB und gleichfalls aus den wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Gemeindeordnungen ergeben.⁴⁹⁸ Hier können also Kriterien seitens der Kommune bei der Partnersuche berücksichtigt werden, denen bei der endgültigen Auswahlentscheidung für einen Netzbetreiber unter Umständen gar keine Beachtung geschenkt werden darf, wenn die (Re-)Kommunalisierung im Einklang mit den einfachgesetzlichen Normen stehen soll. Die anschließende Entscheidung der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft hingegen, wer das Netz betreiben soll, wird maßgeblich durch § 1 EnWG bestimmt.⁴⁹⁹ Eine rechtssichere Vorgehensweise ist jedenfalls gegeben, wenn die Kommune beide Verfahren strikt trennt. Der praktische Nachteil ist dann aber, dass ein gegründetes Unternehmen regelmäßig nicht bestehen bleiben wird, falls es im Wettbewerb um das Netz nicht als Sieger hervorgeht.⁵⁰⁰

(2) Bündelung der Verfahren

Eine für die Praxis mit erheblichen Vorteilen⁵⁰¹ verbundene Möglichkeit ist eine Bündelung beider Verfahren, da die Errichtung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens eigentlich erst im Falle des Obsiegens sinnvoll ist.⁵⁰² Die Rechtsprechung hat diese einstufige Verfahrensdurchführung für zulässig erklärt und sieht bei dieser Vorgehensweise keine „unüberwindliche[n] tatsächliche[n] oder rechtliche[n] Hindernisse“.⁵⁰³ Sie gesteht aber auch ein, dass die

⁴⁹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 101.

⁴⁹⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2013, Az. VII-Verg 31/12, juris-Rn. 64; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 100.

⁴⁹⁹ Siehe nur Richter/Brahms, KommJur 2014, S. 10 f.

⁵⁰⁰ Siehe dazu Groneberg, RdE 2013, S. 312 (317); Kohler, NZBau 2013, S. 282 (283). Aufgrund des Wettbewerbs gibt es nicht die Garantie eines Obsiegens, Richter/Brahms, KommJur 2014, S. 6 (7).

⁵⁰¹ Zu den Vor- und Nachteilen eines getrennten und gebündelten Verfahrens siehe Tugendreich, ZfBR 2014, S. 547 (551).

⁵⁰² Groneberg, RdE 2013, S. 312 (313).

⁵⁰³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 71; genauso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2013, Az. VII-Verg 31/12, juris-Rn. 56.

Kommunen prinzipiell ein erhebliches Interesse daran haben könnten, dass ein Wegenutzungsrecht „aus sachwidrigen Überlegungen“ heraus dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen eingeräumt werden könnte,⁵⁰⁴ wie es gleichfalls für die zweite Stufe des getrennten Verfahrens gilt.

Viel kritischer wird eine Bündelung der Verfahren in der Literatur gesehen.⁵⁰⁵ Das hängt damit zusammen, dass das Erfordernis eines Wettbewerbs um die Netze die Privilegierung eines zumindest unter kommunalen Einfluss stehenden Unternehmens nicht mehr zulässt und nur das getrennte Verfahren in Betracht kommen soll.⁵⁰⁶ Eine solche Handlungsweise der Kommune steht jedoch nicht mehr mit der „Verfahrensökonomie“ im Einklang, wie der *EuGH* bereits festgestellt hat.⁵⁰⁷ Verlangte man zwingend eine getrennte Vorgehensweise, so könnte die Errichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen wegen der Länge derartiger Verfahren und der bestehenden Ungewissheit, die Konzession im Ergebnis auch zu erhalten, den Staat abschrecken und dieser betätigte sich mithin gegebenenfalls überhaupt nicht mehr wirtschaftlich durch eine solche Organisationsform.⁵⁰⁸ Die Kommunen könnte es daher abhalten für eine Übernahme des örtlichen Netzbetriebes ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen zu gründen, weil ein getrenntes Verfahren immer auch die Gefahr in sich birgt, im späteren Wettbewerb nicht zu obsiegen. Somit stellt sich das Kernproblem, ob die Kommunen auch ein gebündeltes Verfahren anwenden dürfen. Nur ein getrenntes Verfahren für zulässig zu erklären, um ein wettbewerbsorientiertes Verfahren zu gewährleisten,⁵⁰⁹ steht im Widerspruch zur deutschen und europäischen Rechtsprechung.⁵¹⁰ Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Bündelung per se ausgeschlossen werden sollte, denn es kommt entscheidend darauf an, ob in der Praxis trotz einer Bündelung die

⁵⁰⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 88. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass dieses Problem genauso bei einer Trennung der Verfahren auftreten kann.

⁵⁰⁵ Sauer, EWeRK 2013, S. 100 (109 f.); Groneberg, RdE 2013, S. 312 (316 ff.); a.A. Heim, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 13; Kohler, NZBau 2013, S. 282 (284); Massumi, EWeRK 2013, S. 344 (347).

⁵⁰⁶ Sauer, EWeRK 2013, S. 100 (109 f.).

⁵⁰⁷ EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-196/08, Slg. 2009, I-9913, Rn. 58 – Acoset. Dieser Ansicht stimmt Wolkenhauer, IR 2013, S. 248 (249 f.), zu.

⁵⁰⁸ EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-196/08, Slg. 2009, I-9913, Rn. 61 – Acoset.

⁵⁰⁹ So Sauer, EWeRK 2013, S. 100 (109 f.).

⁵¹⁰ Das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 71 bejaht eine gemeinsame Ausschreibung. Ebenfalls spricht sich der EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-196/08, Slg. 2009, I-9913, Rn. 58, 61 – Acoset, für die Möglichkeit eines gemeinsamen Verfahrens aus.

Diskriminierungsfreiheit und Transparenz bewahrt bleibt. Kann dies umgesetzt werden, so ist ein gebündeltes Verfahren unter Einhaltung der wettbewerbsorientierten Vorgaben denkbar.⁵¹¹

Unberüht davon käme aber auf jeden Fall in Betracht, dass die Kommune gleichzeitig beide Ausschreibungen vornimmt und nur das Verfahren hinsichtlich der Suche nach einem strategischen Partner früher enden lässt, damit in der Zwischenzeit, also vor Ablauf des Wettbewerbsverfahrens, ein Unternehmen errichtet wird. Zwingend erforderlich ist nicht die Vermeidung einer zeitlichen Überschneidung der jeweiligen Verfahren. Zu bedenken ist hierbei wiederum, dass es nahezu einem getrennten Verfahren gleich käme und die Kommune trotzdem den praktischen Nachteil einer vor dem Wettbewerb durchzuführenden Errichtung des Unternehmens spürte. Offensichtlich spricht aber nichts dagegen, die beiden Verfahren gleichzeitig beginnen und zu unterschiedlichen Zeiten enden zu lassen.

dd) Sonstige Netzbetreibermodelle

Insbesondere durch die Einführung der Entflechtungsvorschriften gem. §§ 6 bis 10 EnWG im Rahmen der Novelle 2005 war erforderlich geworden, dass viele Kommunen, die eine Energieversorgung auf allen Marktstufen vorgenommen hatten, den bislang in eigener Hand durchgeführten Energienetzbetrieb rechtlich aus dem restlichen Bereich der Versorgung ausgliedern mussten.⁵¹² Um die Entflechtung umzusetzen, gründeten häufig mehrere kommunale Energieversorgungsunternehmen eine interkommunale Netzgesellschaft. Hierbei boten sich im Wesentlichen drei unterschiedliche Modelle an, die einen erheblichen Unterschied darin aufweisen, ob das Eigentum des kommunalen Energieversorgungsunternehmens an dem örtlichen Netz an die Netzgesellschaft übertragen wird und inwieweit die Netzgesellschaft auch weitere Unternehmensaktivitäten wahrnehmen soll.⁵¹³ So ist es ebenso in der heutigen Zeit im Falle eines (Re-)Kommunalisierungswunsches des Energienetzbetrie-

⁵¹¹ Es sollte selbstverständlich sein, dass die Kommune die Einräumung des Wegenutzungsrechts nicht von der Eingehung einer öffentlich-rechtlichen Partnerschaft abhängig machen darf, Groneberg, RdE 2013, S. 312 (316); Sauer, EWeRK 2013, S. 100 (109 f.); BKartA, Beschluss vom 30.11.2012, Az. B8-101/11.

⁵¹² Siehe hierzu Held/Blumenthal-Barby, Die Gründung gemeinsamer Netzgesellschaften als Chance kommunale Zusammenarbeit, in: Held/Theobald (Hrsg.), Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, 2006, S. 199 (206 f.).

⁵¹³ Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 347 ff.

bes möglich und deswegen auch üblich, dass eine Gemeinde ein Pacht- und Dienstleistungsmodell wählt.⁵¹⁴

Ein im Vergleich eher geringer Einbezug eines privaten Partners liegt vor, wenn eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft ein eigenes Unternehmen gründet, welches das Wegenutzungsrecht eingeräumt bekommt und aufgrund der Überlassung des Netzes gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG Eigentümer an diesem wird und mit dem privaten Partner einen Dienstleistungsvertrag abschließt.⁵¹⁵ In diesem Dienstleistungsvertrag wird eine Betriebsführung in technischer bzw. kaufmännischer Hinsicht festgehalten, wofür das kommunale Unternehmen im Gegenzug ein Betriebsführungsentsgelt entrichtet.⁵¹⁶ Sofern es sich um einen Dienstleistungsvertrag handelt, besteht eine Ausschreibungspflicht gem. §§ 97 ff. GWB.⁵¹⁷

Bei einer Netzpacht erhält das kommunale Unternehmen das Wegenutzungsrecht und entrichtet auch Konzessionsabgaben an die Kommune.⁵¹⁸ Das kommunale Unternehmen wird Netzeigentümer, verpachtet das Netz jedoch an den privaten Partner, welcher die Betriebsführung übernimmt und im Regelfall die Rechte und Pflichten übernimmt, die sich aus dem Konzessionsvertrag ergeben.⁵¹⁹ Der private Partner entrichtet einen Pachtzins an das kommunale Unternehmen und betreibt das komplette Netz, während das kommunale Unternehmen weiterhin das Wegenutzungsrecht innehat.⁵²⁰

II. Ergebnis

Neben den wettbewerbsorientierten Vorgaben des GWB muss eine Kommune bei Gründung des entsprechenden Unternehmens kommunalrechtliche Vorschriften beachten, wenn diese den Energienetzbetrieb (re-)kommunalisieren

⁵¹⁴ Dies zeigt beispielsweise das Urteil des OLG Düsseldorf vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, wo acht Städte und Gemeinden aus dem Münsterland die Strom- und Gasnetze wieder selbst betreiben wollten und hierfür zunächst jeweils eigene kommunale Netzgesellschaften gründeten, welche dann zusammen wiederum eine interkommunale Netzgesellschaft errichtet haben. Das Hauptproblem dieses Falles lag jedoch in dem Vorwurf, dass eine Voreingenommenheit gegeben sei, wenn ein strategischer Partner gesucht wird. Vgl. hierzu auch die Anmerkung von Sauer, EWeRK 2013, S. 100 (109), der sich in diesem Zusammenhang übrigens für ein getrenntes Verfahren ausspricht.

⁵¹⁵ Tugendreich, ZfBR 2014, S. 547 (547 f.); siehe hierzu auch Heim, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 32.

⁵¹⁶ Tugendreich, ZfBR 2014, S. 547 (548).

⁵¹⁷ Tugendreich, ZfBR 2014, S. 547 (549).

⁵¹⁸ Tugendreich, ZfBR 2014, S. 547 (548).

⁵¹⁹ Tugendreich, ZfBR 2014, S. 547 (548).

⁵²⁰ Tugendreich, ZfBR 2014, S. 547 (548).

möchte. Dazu müssen ebenfalls beim Betrieb eines Strom- und Gasnetzes zwingend die Bedingungen der Schrankentrias erfüllt sein, wenn sie sich diesbezüglich wirtschaftlich betätigen möchte. Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks wird eine Kommune nicht vor eine große Herausforderung stellen, vor allem aufgrund der mittlerweile in einigen Bundesländern erlassenen Gesetze, die ausdrücklich festlegen, dass eine energiewirtschaftliche Betätigung der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks dient. Die Leistungsfähigkeit muss eine kommunale Gebietskörperschaft vorweisen können und die Subsidiaritätsklausel einhalten. Bei dieser kann ebenso je nach Landesgesetz eine Privilegierung gegeben sein, die ein (Re-)Kommunalisierungsvorhaben erleichtern kann, jedoch gilt dies immer nur bezüglich der Erfüllung kommunalwirtschaftlicher Regelungen. Eine Gemeinde kann zwischen verschiedenen Organisationsformen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur wählen. Eine erhöhte Aufmerksamkeit im Rahmen einer (Re-)Kommunalisierung des Energienetzbetriebes erlangt das gemischtwirtschaftliche Unternehmen. Ob hier ein getrenntes oder gebündeltes Verfahren angewendet wird, ist der kommunalen Gebietskörperschaft überlassen. Weiterhin kommen individuelle Modelle in Betracht.

E. Geltung der Regeln für ein Inhouse-Geschäft bei einer (Re-)Kommunalisierung trotz § 46 Abs. 4 EnWG?

Fraglich ist, ob sich Kommunen im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG auf eine durch europäische Rechtsprechung geschaffene Inhouse-Privilegierung berufen können, die eine Gemeinde zumindest von den wettbewerbsrechtlichen Bindungen⁵²¹ befreite.⁵²² Unter einem Inhouse-Geschäft ist herkömmlicherweise „der vergaberechtsfreie Leistungsaustausch zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern ohne Beteiligung privater Unternehmen“⁵²³ zu verstehen. Während grundsätzlich sowohl die Rechtsprechung,⁵²⁴ das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur⁵²⁵ als

⁵²¹ Siehe hierzu oben unter C.III.

⁵²² Das erleichterte beispielsweise ungemein das (Re-)Kommunalisierungsvorhaben der Hansestadt Hamburg nach dem Bürgerentscheid, um der Stromnetz Hamburg GmbH als zukünftigen Netzbetreiber die Konzession einzuräumen, vgl. Holznagel, NordÖR 2014, S. 301 (303).

⁵²³ So die grundlegende kartellrechtliche Definition, siehe *Eschenbruch*, in: Kularz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 3. Auflage, 2014, § 99 Rn. 385 m.w.N.

⁵²⁴ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 31, 38; VG Stuttgart, Beschluss vom 29.04.2013, Az. 7 K 929/13, juris-Rn. 31; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 75 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2013, Az. VII-Verg 31/12, juris-Rn. 57; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 162; LG Kiel, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10, juris-Rn. 83.

⁵²⁵ BKartA, Beschluss vom 02.12.2013, Az. B8-180/11-1; BKartA, Beschluss vom 18.10.2011, Az. B10-6/11; Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 22; siehe auch den Leitfaden vom 15.12.2010, Rn. 22 a.E.; im Übrigen auch ablehnend *Energiekartellbehörde Baden-Württemberg*, Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe vom 09.07.2013, S. 7 f.

auch ein Teil der Literatur⁵²⁶ von einer derartigen Bevorzugung nicht ausgehen, wurde zumindest vor den Urteilen des *BGH*⁵²⁷ geäußert,⁵²⁸ dass die Grundsätze des Inhouse-Geschäfts auch bei der Einräumung eines Wegenutzungsrechts i.S.d. § 46 Abs. 2 ff. EnWG gelten sollen. Im Hinblick auf den Betrieb der örtlichen Strom- und Gasnetze wäre die Folge, dass kommunale Gebietskörperschaften ihrem eigenen Unternehmen,⁵²⁹ bei der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen das Wegenutzungsrecht für maximal zwanzig Jahre direkt, mithin ohne die Veranstaltung eines umfangreichen und zeitaufwendigen Auswahlverfahrens einräumen könnten.⁵³⁰ Die Chance für (re-)kommunalisierungswillige Gebietskörperschaften erhöhte sich bei Existenz eines kommunalen Unternehmens ungemein, wenn ein Inhouse-Privileg vorläge. Bereits an dieser Stelle kann angemerkt werden, dass von einer Bekanntmachungspflicht wegen des Wortlautes des § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG selbst bei Bejahrung eines Inhouse-Privilegs auszugehen ist und diese mithin unent-

⁵²⁶ *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 119; *Schüttpelz*, VergabeR 2013, S. 361 (364 f.); *Massumi*, EWeRK 2013, S. 350 (354); *Wolkenhauer*, IR 2013, S. 248 (249); *Kafka*, IR 2013, S. 84 (86); *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 89 m.w.N.; *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 272 f., 443 f.; *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 46, 79; *Bucher*, (Re-)Kommunalisierung der Energieversorgung in Deutschland und den USA, 2013, S. 86 m.w.N.

⁵²⁷ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12.

⁵²⁸ VG *Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 96; *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 16, 53; *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 36 ff.; *Haupt/Slawinski*, IR 2012, S. 122 (124 f.); *Ortner*, EWeRK 2011, S. 111 (114); *Greb*, KommP spezial, S. 93 (94); *Hoch/Theobald*, KSzW 2011, S. 300 (304 f.); *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, S. 103. Vgl. auch die Ansicht von *Eufinger*, NVwZ 2014, S. 779 (782 f.), der auf die *BGH*-Urteile und das Inhouse-Privileg eingeht, aber seine „Verhaltensempfehlung für Gemeinden“ wiederum so zu verstehen ist, dass wegen Art. 28 Abs. 2 GG ein kommunales Unternehmen eine privilegierte Stellung innehaben kann.

⁵²⁹ Beispielsweise also eine reine Eigengesellschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts bzw. Kommunalunternehmen.

⁵³⁰ Siehe dazu ohne Netzbezug *Ortner*, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, 2007, S. 237.

behrlich bliebe.⁵³¹ Sofern mehr bzw. gewichtigere Argumente gegen ein Privileg sprechen, würde ein entsprechender kommunaleigener Netzbetrieb, welcher sich dem Wettbewerb unterwirft und nicht obsiegt, keinen weiteren Be stand haben.⁵³² Ein Ausweichen auf andere Geschäftsfelder, wie beispielsweise Stromerzeugung, bleibt dann jedoch denkbar.

Im Folgenden geht es um die Problematik, welche Kriterien aus dem europarechtlichen Blickwinkel verlangt werden, wenn ein Inhouse-Geschäft vorgenommen wird und ob das Inhouse-Geschäft nicht nur im Vergaberecht, sondern ferner im Rahmen der Einräumung einer Dienstleistungskonzession seine Anwendung finden darf. Dies muss dann im Falle der Bejahung speziell für die Wegenutzungsrechtseinräumung in Deutschland i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG hinterfragt werden. Dabei kommt der Auslegung des § 46 Abs. 4 EnWG eine besondere Bedeutung zu, um den tatsächlichen Regelungsinhalt dieser Norm herauszuarbeiten.

I. Anerkennung durch den EuGH im Vergaberecht

1. Teckal-Entscheidung und Kriterien

Ausgangspunkt für eine Privilegierung ist die grundlegende Entscheidung des *EuGH* in der Rechtssache Teckal,⁵³³ in welcher das heute sogenannte Inhouse-Geschäft erstmalig angesprochen wurde. In diesem Vorabentscheidungsverfahren ging der *EuGH* davon aus, dass der in dem Fall erteilte Auftrag einer Kommune grundsätzlich einer Ausschreibung bedurfte.⁵³⁴ Als einzige Ausnahme des europäischen Vergaberechts kam nach seiner Ansicht nur das Inhouse-Geschäft in Betracht.⁵³⁵ Der *EuGH* hat mit dieser Rechtsprechung die zwei wichtigen Voraussetzungen festgelegt, die erforderlich sind, um einen Auftrag vergaberechtsfrei zu erteilen. Die erste Voraussetzung ist das sogenannte Kontrollkriterium. Demnach ist erforderlich, dass „die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen“.⁵³⁶ Das zweite Erfordernis ist das Wesentlichkeitskriterium, welches kumulativ vorliegen muss und verlangt, dass die andere (juristische)

⁵³¹ Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 24; siehe auch Hoch/Theobald, KSzW 2011, S. 300 (304); anders hingegen Ortner, EWeRK 2011, S. 111 (113).

⁵³² Allgemein dazu, wenn das Inhouse-Privileg entfiele, Ambrosius, ZögU, Bd. 34 (2011), S. 214 (226 f.).

⁵³³ *EuGH*, Urteil vom 18.11.1999 – Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 – Teckal.

⁵³⁴ *EuGH*, Urteil vom 18.11.1999 – Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 – Teckal, Rn. 50.

⁵³⁵ *EuGH*, Urteil vom 18.11.1999 – Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 – Teckal, Rn. 50.

⁵³⁶ *EuGH*, Urteil vom 18.11.1999 – Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 – Teckal, Rn. 50.

Person „zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben“.⁵³⁷ Mit dieser Rechtsprechung wurde eine Basis für die Inhouse-Geschäfte gelegt.

2. Fortentwicklung der Rechtsprechung

Die Teckal-Kriterien wurden in den folgenden Jahren durch weitere Entscheidungen des *EuGH* hinsichtlich der Inhouse-Geschäfte fortentwickelt. Weil die Kriterien unbestimmte Rechtsbegriffe darstellen,⁵³⁸ mangelt es teilweise noch an der „Konturenschärfe“ dieser Ausnahme.⁵³⁹ In der Rechtssache Stadt Halle⁵⁴⁰ hielt der *EuGH* fest, dass selbst eine Minderheitenbeteiligung eines privaten Dritten an einer zu beauftragenden Gesellschaft, an welcher auch der maßgebliche öffentliche Auftraggeber Anteile innehat, eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle definitiv ausschließt.⁵⁴¹ Erwähnenswert ist ebenfalls die Rechtssache Coditel Brabant,⁵⁴² bei deren Entscheidung der *EuGH* ein Inhouse-Geschäft auch bei einer interkommunalen Zusammenarbeit als zulässig erachtet hat.⁵⁴³ Die Rechtssache Tragsa⁵⁴⁴ gab Aufschluss darüber, ab welcher Prozentzahl das Wesentlichkeitskriterium erfüllt ist. Der *EuGH* nahm an, dass eine Verrichtung für staatliche Einrichtungen in Höhe von ungefähr 90 % ausreichend sind, um dieses Kriterium zu bejahen.⁵⁴⁵ Insgesamt setzt der *EuGH* die Grenzen im Rahmen der Zulässigkeit eines Inhouse-Geschäfts immer sehr eng.⁵⁴⁶

II. Anerkennung durch den EuGH bei der Einräumung einer Dienstleistungskonzession

Die dargelegten Kriterien für Dienstleistungskonzessionen müssten auch bei der Einräumung eines Wegenutzungsrechts anwendbar sein. Eine ausschlaggebende Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Rechtssache

⁵³⁷ *EuGH*, Urteil vom 18.11.1999 – Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 – Teckal, Rn. 50.

⁵³⁸ So *Ortner*, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, 2007, S. 232 f.

⁵³⁹ So *Guckelberger*, VerwArch, Bd. 104 (2013), S. 161 (181).

⁵⁴⁰ *EuGH*, Urteil vom 11.01.2005 – Rs. C-26/03, Slg. 2005, I-1 – Stadt Halle.

⁵⁴¹ *EuGH*, Urteil vom 11.01.2005 – Rs. C-26/03, Slg. 2005, I-1 – Stadt Halle, Rn. 49.

⁵⁴² *EuGH*, Urteil vom 13.11.2008 – Rs. C-324/07, Slg. 2008, I-8457 – Coditel Brabant.

⁵⁴³ *EuGH*, Urteil vom 13.11.2008 – Rs. C-324/07, Slg. 2008, I-8457 – Coditel Brabant, Rn. 41 f.

⁵⁴⁴ *EuGH*, Urteil vom 19.04.2007 – Rs. C-295/05, Slg. 2007, I-2999 – Tragsa.

⁵⁴⁵ *EuGH*, Urteil vom 19.04.2007 – Rs. C-295/05, Slg. 2007, I-2999 – Tragsa, Rn. 63.

⁵⁴⁶ Siehe beispielsweise *EuGH*, Urteil vom 11.01.2005 – Rs. C-26/03, Slg. 2005, I-1 – Stadt Halle, Rn. 46; zur erlassenen KVR und den darin enthaltenen Vorschriften zum Inhouse-Geschäft siehe *Knauff*, EuZW 2014, S. 486 (486 ff.).

Parking-Brixen⁵⁴⁷ zu. Hier stellte der *EuGH* im Vorabentscheidungsverfahren klar, dass ebenfalls im Falle einer Dienstleistungskonzeßion die Gemeinschaftsvorschriften nicht zur Anwendung gelangen, sofern „eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllt, ohne sich an externe Einrichtungen zu wenden“.⁵⁴⁸ Alles in allem hat der *EuGH* für mehr Klarheit gesorgt und auch den Begriff der Dienstleistungskonzeßion näher erklärt.⁵⁴⁹ Demnach muss davon ausgegangen werden, dass sich eine Stelle, die energiewirtschaftsrechtliche Wegenutzungsrechte vergibt, grundsätzlich auf diese Rechtsprechung des *EuGH* berufen kann.⁵⁵⁰

III. Übertragung dieser anerkannten Grundsätze auf eine kommunale Wegenutzungsrechtseinräumung in Deutschland

Ein anderes Ergebnis käme zustande, wenn eine Übertragung der Regeln für das Inhouse-Geschäft auf die kommunale Wegenutzungsrechtseinräumung nicht möglich ist. Das wesentliche Problem ist nun, ob die entwickelten europäischen Grundsätze eines Inhouse-Geschäfts auch bei der Einräumung des kommunalen Wegenutzungsrechts in Deutschland angewendet werden können, um die Energieversorgungsnetze mittels eines kommunaleigenen Unternehmens zu betreiben. Wie oben bereits erwähnt, müssten sich auch gerade die kommunalen Gebietskörperschaften bei der Einräumung ihres Wegenutzungsrechts an ein eigenes Unternehmen,⁵⁵¹ welches grundsätzlich „inhousefähig“ ist, auf die Grundsätze der Rechtsprechung des *EuGH* zum Inhouse-Geschäft berufen können.

⁵⁴⁷ *EuGH*, Urteil vom 13.10.2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 – Parking Brixen.

⁵⁴⁸ *EuGH*, Urteil vom 13.10.2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 – Parking Brixen, Rn. 61.

⁵⁴⁹ *EuGH*, Urteil vom 13.10.2005 – Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 – Parking Brixen, Rn. 40.

⁵⁵⁰ Auch *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 269, stellt fest, dass allein aus unionsrechtlicher Sicht ein Inhouse-Geschäft in Betracht kommt, da es sich bei der Wegenutzungsrechtseinräumung um eine Dienstleistungskonzeßion handelt und dann grundsätzlich das Inhouse-Geschäft Geltung erlangen müsste.

⁵⁵¹ Die Befürworter eines Inhouse-Geschäfts erkennen an, dass bei einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen aufgrund der Beteiligung eines privaten Energieversorgungsunternehmens ein solches dann ausscheiden würde, *Greb*, KommP spezial 2011, S. 93 (94); *Hoch/Theobald*, KSzW 2011, S. 300 (305); vgl. hierzu auch *EuGH*, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-196/08, Slg. 2009, I-9913, Rn. 51 ff. – *Acoset*; *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 75; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, S. 103 f.

1. Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums

Notwendigerweise muss vorrangig geklärt werden, ob das Kontroll- und Wesentlichkeitskriterium prinzipiell erfüllt ist, wenn eine (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes angestrebt wird. Bezuglich des Kontrollkriteriums wird es immer auf die organisatorische Ausgestaltung des Unternehmens im Einzelnen ankommen.⁵⁵² Eine allgemeine Aussage ist jedoch bezüglich des Wesentlichkeitskriteriums unvermeidlich, welches von einer kommunalen Gebietskörperschaft zwingend erfüllt sein müsste. Vorstellbar ist nämlich, dass die Erfüllung dieses Kriteriums überhaupt nicht in Betracht kommt, womit auch die Wahrnehmung eines Inhouse-Geschäfts bei der Übernahme des Netzbetriebes gänzlich entfiele.⁵⁵³ Ausschlaggebend ist daher, für wen das Energienetz im Wesentlichen betrieben wird. So wird etwa die Ansicht vertreten, dass die Dienstleistung eines Netzbetriebes überwiegend nicht für die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft an sich, sondern für jegliche leitungsabhängige Energiebezieher innerhalb des kommunalen Territoriums erbracht wird.⁵⁵⁴ Einerseits betreibt allerdings ein Unternehmen die Energienetze für die Letztverbraucher und andererseits erbringt es die Dienstleistung gerade aufgrund des eingeräumten Wegenutzungsrechts.⁵⁵⁵ Im Endeffekt profitieren natürlich die Letztverbraucher, also die kommunalen Einwohner, weil diese wegen des Netzbetriebes eine leitungsgebundene Energie beziehen können. Aus der rechtlichen Perspektive zeigt sich jedoch eindeutig, dass der Netzbetrieb im Wesentlichen für die Kommune erbracht wird.⁵⁵⁶ Die jeweilige

⁵⁵² Vgl. *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gas-konzessionsverträgen, 2013, S. 17 f.; zu dem Kontrollkriterium auch *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 104 ff.

⁵⁵³ Zu diesem Problem ausführlich ohne konkreten energiewirtschaftlichen Netzbezug *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 109 ff.

⁵⁵⁴ OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 162; *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 Rn. 119 m.w.N; *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 79.

⁵⁵⁵ Ohne konkreten energiewirtschaftlichen Netzbezug *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 111.

⁵⁵⁶ Vgl. *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gas-konzessionsverträgen, 2013, S. 18 f.; eine andere Ansicht vertritt *Tischmacher*, IR 2011,

kommunale Selbstverwaltungskörperschaft trägt die Gewährleistungsverantwortung aufgrund des Art. 28 Abs. 2 GG hinsichtlich des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes⁵⁵⁷ und der Netzbetreiber erfüllt als Wegenutzungsrechtsinhaber somit ebenfalls eine Pflicht, welchem ihm gegenüber der kommunalen Gebietskörperschaft obliegt.⁵⁵⁸ Eine kommunale Gebietskörperschaft ist aufgrund ihrer Gewährleistungsverantwortung notfalls immer in der Pflicht den Energienetzbetrieb fortzuführen, sofern ein anderweitiger Betrieb hierfür nicht mehr im Betracht kommt.⁵⁵⁹ Sollte sogar der Fall eintreten, dass sich nach Ablauf der Vertragslaufzeit kein neuer Netzbetreiber findet, so ist die Gemeinde selbst in der Pflicht den Netzbetrieb zu übernehmen.⁵⁶⁰ Mithin ist davon auszugehen, dass der Netzbetrieb auch im Wesentlichen für die Kommune erbracht wird,⁵⁶¹ weil sie schlussendlich die Verantwortung für eine leistungsgebundene Energieversorgung trägt.⁵⁶² Außerdem spricht gleichfalls der Konzessionsvertrag, welcher zwischen einem Energieversorgungsunternehmen und der Gemeinde geschlossen wird, für eine solche Sichtweise. Mit diesem verpflichtet sich das Unternehmen die Konzessionsabgaben an die kommunale Gebietskörperschaft zu entrichten und ihm wird als Gegenleistung das Recht eingeräumt die Energieleitungen des kommunalen Netzes zu verlegen und insgesamt zu betreiben.⁵⁶³ Mithin handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, der beide Parteien verpflichtet. Die Erfüllung des Wesent-

S. 246 (247), der davon ausgeht, dass der Netzbetrieb für die Letztverbraucher ausgeübt wird.

⁵⁵⁷ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 17, 80 f.; Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 17; ähnlich auch Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 18 f.; allgemein zur Gewährleistungsverantwortung im Hinblick auf den Netzbetrieb Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 344 ff.

⁵⁵⁸ Michaels, IR 2009, S. 246 (250).

⁵⁵⁹ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2014, § 9 Rn. 81 f.

⁵⁶⁰ Kühne, N&R 2010 (Beilage 3), S. 6 (7 ff.).

⁵⁶¹ W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 25; Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 19.

⁵⁶² Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2014, § 9 Rn. 81 f.

⁵⁶³ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 15, 34.

lichkeitskriteriums kann jedoch bereits entfallen, falls sich ein kommunaleigene Unternehmens gleichzeitig bei einer anderen örtlichen Gebietskörperschaft, die keine Gesellschaftsanteile an dem netzbetriebsinteressierten Unternehmen hält, bewirbt und ebenfalls einen Konzessionsvertrag abschließt, um das dortige Netz zu betreiben.⁵⁶⁴ In einem solchen Fall wird das kommunale Unternehmen in erheblichem Umfang für einen Dritten tätig.⁵⁶⁵ Somit muss immer genau beachtet werden, ob und inwieweit das kommunale Unternehmen für die betreffende Kommune oder auch etwaige andere Auftraggeber Dienstleistungen verrichtet.⁵⁶⁶ Prinzipiell ist jedoch nicht davon auszugehen, dass eine Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums ausscheidet.⁵⁶⁷

2. Schilderpräge-Rechtsprechung

Teilweise wird im Rahmen der (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes auf die Schilderpräge-Rechtsprechung⁵⁶⁸ des BGH Bezug genommen, um die Privilegierung⁵⁶⁹ eines kommunalen Unternehmens durch Annahme eines Inhouse-Geschäfts auf diese Weise abzulehnen.⁵⁷⁰ In dem damaligen kartellrechtlichen Fall ging es um eine Kommune, die an einem Grundstück, auf welchem ein Gebäude stand, gemeinsam mit dem Rheinisch-Westfälischen TÜV Eigentum hatte.⁵⁷¹ Im ersten Obergeschoß befanden sich drei Räume, die an Schilderpräger vermietet waren und im zweiten

⁵⁶⁴ Ohne energiewirtschaftlichen Netzbezug *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, S. 112.

⁵⁶⁵ *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, S. 112; vgl. auch *Hoch/Theobald*, KSzW 2011, S. 300 (305).

⁵⁶⁶ *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 19.

⁵⁶⁷ So auch *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 16 f.; siehe auch *Sauer*, EWeRK 2013, S. 28 (38, Fn. 24).

⁵⁶⁸ BGH, Urteil vom 24.09.2002, Az. KZR 4/01.

⁵⁶⁹ Diese läge für die Kommune insbesondere darin, dass kein vom Wettbewerb geprägtes Auswahlverfahren stattfinden müsste.

⁵⁷⁰ Siehe BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 47; LG Kiel, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O 12/11 Kart, juris-Rn. 81; LG Kiel, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10, juris-Rn. 84; LG Kiel, Urteil vom 21.09.2012, Az. 14 O 19/12 (Kart), juris-Rn. 87; *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 723 f.; Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 22.

⁵⁷¹ BGH, Urteil vom 24.09.2002, Az. KZR 4/01, juris-Rn. 1 f.

Obergeschoss befand sich die Zulassungsstelle.⁵⁷² Die Klägerin, ebenfalls Schilderprägerin, wandte sich unter anderem gegen die Kommune, da diese einen der Räume noch vor dem durchgeführten Ausschreibungsverfahren für die Räume ihrer Eigengesellschaft überließ.⁵⁷³ Somit war – anders als bei den weiteren Räumen – dieser Raum deshalb nicht vom Ausschreibungsverfahren umfasst.⁵⁷⁴ Der *BGH* entschied, dass die Kommune „auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung“ innehabe⁵⁷⁵ und, sofern sie erwerbswirtschaftlich tätig werde, nicht von ihren hoheitlichen Befugnissen zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen Gebrauch machen dürfe, indem sie eine öffentlich-rechtliche Monopolstellung ausnutze.⁵⁷⁶ Nach dieser Rechtsprechung umfasse der Markt, auf den abzustellen sei, das Angebot von Gewerbevlächen, die sich für einen Schilderpräger zur Anmietung oder sonstigen Nutzung eignen würden, der den bei den Besuchern der Zulassungsstelle anfallenden Bedarf an KFZ-Schildern decken möchte.⁵⁷⁷ Die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft hat als Schilderprägerin wegen ihres Monopolstatus also von ihrer marktbeherrschenden Stellung Gebrauch gemacht und ihre Eigengesellschaft aufgrund der Zuteilung eines Raumes vor Beginn des Ausschreibungsverfahrens privilegiert, was jedoch nicht zulässig ist.

Der Sachverhalt des Schilderpräge-Falls und die Konstellation bei einer Wegenutzungsrechtseinräumung enthalten Ähnlichkeiten, unterscheiden sich jedoch auch in wesentlichen Punkten. Zum Teil wird versucht, eine Abgrenzung dieser Fallkonstellationen herzustellen, um nicht bereits aufgrund der Schilderpräge-Rechtsprechung ein Inhouse-Geschäft abzulehnen. So wird vertreten, dass bei den Schilderprägefällen überhaupt erst die KFZ-Zulassungsstelle, also eine staatliche Einrichtung, ein Bedarf an KFZ-Kennzeichen verursache und dieser Vorgang bei der energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechtseinräumung nicht festgestellt werden könne.⁵⁷⁸ Hier werde wegen eines staatlichen Verwaltungshandelns, das darin zu sehen sei, dass die Kommune die Wegenutzungsrechte anbiete, kein Bedarf an einem

⁵⁷² *BGH*, Urteil vom 24.09.2002, Az. KZR 4/01, juris-Rn. 1 f.

⁵⁷³ *BGH*, Urteil vom 24.09.2002, Az. KZR 4/01, juris-Rn. 2 f.

⁵⁷⁴ *BGH*, Urteil vom 24.09.2002, Az. KZR 4/01, juris-Rn. 2 f.

⁵⁷⁵ *BGH*, Urteil vom 24.09.2002, Az. KZR 4/01, juris-Rn. 19.

⁵⁷⁶ *BGH*, Urteil vom 24.09.2002, Az. KZR 4/01, juris-Rn. 26. Grundsätzlich wird von der Rechtsprechung jedoch anerkannt, dass freistehende Gewerbevlächen im Inneren einer KFZ-Zulassungsstelle vermietet werden dürfen, siehe nur *BGH*, Urteil vom 14.07.1998, Az. KZR 1/97, juris-Rn. 29.

⁵⁷⁷ *BGH*, Urteil vom 24.09.2002, Az. KZR 4/01, juris-Rn. 19.

⁵⁷⁸ Hoch/Theobald, KSzW 2011, S. 300 (305).

wirtschaftlichen Gut, wie den KFZ-Kennzeichen, ausgelöst.⁵⁷⁹ Der Bedarf an der Netzdienstleistung besteht nach dieser Ansicht auch dauerhaft, losgelöst von der Wegenutzungsrechtseinräumung und erfolge zumindest nicht aufgrund einer hoheitlichen Tätigkeit.⁵⁸⁰ Dieses Argument ist jedoch nicht überzeugend, um bereits aus diesem Grund eine erforderliche Abgrenzung der Zurverfügungstellung eines Raumes, um in diesem Schilder zu prägen, zur energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechtseinräumung vorzunehmen. Die Bürger haben grundsätzlich sowohl einen dauerhaften Bedarf an Kennzeichen als auch an Energiebezug. Bereits vor der Zulassung ist dieser Bedarf gegeben. Selbst wenn dies anders gesehen werden sollte, ist eine andere Ansicht jedenfalls deswegen untragbar, weil die öffentliche Hand ihre marktbeherrschende Stellung in einem Bereich ausnutzt, um wirtschaftlich aktiv zu werden. Im Schilderprägefall und auch bei einer energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechtseinräumung geht es im Wesentlichen um die Schaffung eines Wettbewerbs. Wenn die öffentliche Hand aufgrund einer bestehenden Eigengesellschaft selbst Kennzeichen prägt, wird genauso in den Markt eingegriffen, als wenn diese den örtlichen Netzbetrieb ohne einen transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb erneut bzw. erstmalig übernimmt. In beiden Fällen geht es um etwas abstraktes, nämlich einen Wettbewerb zu schaffen, der wegen einer staatlichen Handlung jedoch beeinträchtigt wird. In diesem Bereich unterscheidet sich ein Schilderprägebetrieb nur geringfügig vom energiewirtschaftlichen Netzbetrieb. Zwar handelt es sich bei einer Wegenutzungsrechtsreinräumung um einen Monopolmarkt und beim Kennzeichenprägen um einen Wettbewerbsmarkt, aber allein aus den soeben genannten Ausführungen kann noch kein Argument hergeleitet werden, um eine Übertragung der Schilderpräge-Rechtsprechung abzulehnen.

Obwohl sich hinsichtlich der Wettbewerbsfrage beide Fälle ähneln, können diese trotzdem nicht gleichgesetzt werden. Im Rahmen des Schilderprägefalls handelt es sich nämlich um die Erbringung einer wirtschaftlichen Leistung, welcher zuvor eine hoheitliche Handlung vorausgeht, aber von dieser strikt getrennt ist.⁵⁸¹ Die Auswahl eines Netzbetreibers und die anschließende Einräumung eines Wegenutzungsrechts können jedoch im Gegensatz dazu nicht getrennt werden, sondern sind fest miteinander verknüpft.⁵⁸² Während die KFZ-Zulassungsstelle als Behörde tätig wird und der Endkunde prinzipiell

⁵⁷⁹ Hoch/Theobald, KSzW 2011, S. 300 (305).

⁵⁸⁰ Hoch/Theobald, KSzW 2011, S. 300 (305 f.).

⁵⁸¹ W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 15.

⁵⁸² W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 15.

einen Schilderpräger auswählen kann, ist die Wegenutzungsrechtseinräumung anders gelagert. Ein Energieversorgungsunternehmen wird in einem Verfahren ausgewählt und genau dieses betreibt dann das örtliche Netz. Im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.v. § 46 Abs. 2 EnWG gibt es mithin eine konkrete Folge. Das Unternehmen, welches das Wegenutzungsrecht gewährt bekommt, ist für den Netzbetrieb zuständig. Die KFZ-Zulassungsstelle hingegen legt nicht fest, welchen Schilderpräger der Endkunde auszuwählen hat.

Überdies kommt ein weiterer und wichtiger Aspekt zum Tragen, welcher zeigt, dass die Berufung auf einen Schilderprägefallo, um ein Inhouse-Geschäft zu verneinen, nicht greift. Vor allem muss beachtet werden, dass der Schilderprägefallo lediglich die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde betrifft, um KFZ-Kennzeichen anzubieten, während der Strom- und Gasnetzbetrieb so bedeutsam ist, dass er unter die Daseinsvorsorge fällt.⁵⁸³ Bei der bloßen Vermietung eines im Eigentum einer Kommune stehenden Raumes geht es im Gegensatz zur Wegehoheit nicht um eine originäre Selbstverwaltungsaufgabe gem. Art. 28 Abs. 2 GG.⁵⁸⁴ Dieser Unterschied macht beide Fälle unvergleichbar.⁵⁸⁵

Aufgrund des unter die Daseinsvorsorge fallenden Energienetzbetriebes kann die Schilderpräge-Rechtsprechung nicht als treffendes Argument herangezogen werden, um die Bevorzugung eines kommunalen Unternehmens, Regie- oder Eigenbetriebes einer (re-)kommunalisierungswilligen Gebietskörperschaft angesichts der leitungsgebundenen Energieversorgung nicht zuzulassen.⁵⁸⁶

⁵⁸³ VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 94; Schüttpelz, VergabeR 2013, S. 361 (364); Büttner/Templin, ZNER 2011, S. 121 (123 f.); Hoch/Theobald, KSzW 2011, S. 300 (306); vgl. hierzu W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 15 ff.

⁵⁸⁴ Hellerman, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 42 f.

⁵⁸⁵ Auch Schüttpelz, VergabeR 2013, S. 361 (364) geht davon aus, dass eine einfache Übertragung des Schilderprägefallo nicht in Betracht kommt, weil der Energienetzbetrieb unter die Daseinsvorsorge fällt.

⁵⁸⁶ Im Hinblick auf das Daseinsvorsorgeargument siehe Schüttpelz, VergabeR 2013, S. 361 (364).

3. Regelungsinhalt des § 46 EnWG

a) Wortlaut

Im Hinblick auf die Anwendung der Regeln eines Inhouse-Geschäfts bei der energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechtseinräumung kommt es nun im Wesentlichen auf den Regelungsgehalt des § 46 EnWG an. Immerhin handelt es sich bei einem Inhouse-Geschäft um einen originär vergaberechtlichen Begriff, während § 46 EnWG die Wegenutzungsverträge regelt.

Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch im EnWG keinen eindeutigen Wortlaut eines Ge- oder Verbotes gewählt, welcher das Inhouse-Geschäft in Deutschland im Rahmen der energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechtseinräumung ausdrücklich regelt.⁵⁸⁷ Sofern es nämlich einen eindeutigen Wortlaut gäbe, entfiele jegliche Diskussion darüber. Der Wortlaut des § 46 Abs. 4 EnWG ist insoweit vage.

b) Systematik

aa) Privatisierungszwang

Es wird argumentiert, dass ein Inhouse-Geschäft bereits deshalb möglich sein müsse, weil eine Kommune sonst nahezu gezwungen werde, den Netzbetrieb zu privatisieren.⁵⁸⁸ Dies ist aber kein Argument, welches für die Zulässigkeit eines Inhouse-Geschäfts spricht, sondern ein Zirkelschluss. Die vorgelagerte Frage ist nämlich gerade, ob eine Privilegierung bei einer Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG greift. Dann kann dagegen als Argument nicht ein ansonsten bestehender Privatisierungszwang vorgebracht werden. Um überhaupt einen Privatisierungszwang annehmen zu können, müsste zunächst feststehen, dass ein Inhouse-Geschäft nicht zulässig ist.

Ein Privatisierungszwang könnte außerdem nur dann vorliegen, wenn einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft ein Inhouse-Geschäft verwehrt bliebe und sie weiterhin nicht die Möglichkeit hätte, überhaupt als Netzbetreiberin tätig zu sein. Zwar ist, wie oben bereits festgestellt, notwendig, dass eine (re-)kommunalisierungswillige Gebietskörperschaft im Wettbewerb obsiegen muss, um den Netzbetrieb zukünftig vorzunehmen.⁵⁸⁹ Unbenommen bleibt es ihr, an diesem Wettbewerb teilzunehmen und mit einem kommunaleigenen Betrieb im wettbewerblichen Auswahlverfahren zu gewin-

⁵⁸⁷ Dass der Wortlaut allein noch nicht ein Inhouse-Geschäft verbietet, erkennt auch der BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 32.

⁵⁸⁸ Ortner, EWeRK 2011, S. 111 (113).

⁵⁸⁹ Siehe hierzu oben unter C.III.2.

nen, um die Netzdienstleistung zukünftig in eigener Hand durchzuführen.⁵⁹⁰ Infolgedessen wird es einer kommunalen Gebietskörperschaft zwar erschwert, die Netze selbst zu betreiben, aber es besteht die Möglichkeit des Obsiegens, sodass ein privates Energieversorgungsunternehmen nicht zwingend das Auswahlverfahren gewinnt.

bb) Erst-recht-Schluss

Unter Umständen hatte der deutsche Gesetzgeber mit dem EnWG die Absicht, eine strengere Regelung als im Vergaberecht zu schaffen, damit ein Inhouse-Geschäft bei der Einräumung eines Wegenutzungsrechts gerade ausscheiden soll. So gibt es die Auffassung, die eine strengere nationale Regelung eines Verbotes des Inhouse-Geschäfts nicht anerkennt, sondern vielmehr den Standpunkt eines Erst-recht-Schlusses vertritt. Demnach überlagern die Regeln für die unionsrechtlich anerkannte Zulässigkeit eines Inhouse-Geschäfts den § 46 EnWG.⁵⁹¹ Auch das VG *Oldenburg* vertritt diese Ansicht.⁵⁹² Das Gericht stellt sich auf den Standpunkt, dass die Notwendigkeit eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens bei der Einräumung eines Wegenutzungsrechts aus dem Kartellrecht herröhrt, insbesondere den §§ 19 und 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.], damit das wettbewerbsrechtliche Verfahren transparent und diskriminierungsfrei erfolgen kann.⁵⁹³ Da gem. §§ 97 ff. GWB auch interne Vergaben möglich sind, müsse dies erst recht gelten, wenn die §§ 19 und 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] maßgeblich seien.⁵⁹⁴ Diese Ansicht verkennt aber, dass eine strengere nationale Regelung grundsätzlich denkbar ist.⁵⁹⁵ Dies zeigt auch beispielsweise ein Beschluss des OLG *Düsseldorf* vom

⁵⁹⁰ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 42; vgl. auch OVG *Lüneburg*, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 44; Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 662.

⁵⁹¹ VG *Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 96; Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 16; Ortner, EWerk 2011, S. 111 (113); siehe auch Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 17 f.

⁵⁹² VG *Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 96.

⁵⁹³ VG *Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 96.

⁵⁹⁴ VG *Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 96.

⁵⁹⁵ Siehe OLG *Düsseldorf*, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 77; W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 31; Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 272 f.; Schüttelpelz, VergabeR 2013, S. 361 (364); vgl.

02.03.2011,⁵⁹⁶ in dem es darum ging, dass die vier Kreise des Münsterlandes an eine gemeinschaftliche Verkehrsgesellschaft direkt mehrere Buslinien für 10 Jahre vergaben. Eine maßgebliche Rolle spielte hier eine Verordnung der Europäischen Union,⁵⁹⁷ welche die Möglichkeit einer direkten Vergabe vorsieht, wenn dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist.⁵⁹⁸ § 2 Abs. 10 ÖPNVG NRW, der auch anderen Verkehrsunternehmen die Möglichkeit einer Beteiligung an der Ausgestaltung des ÖPNV zu vergleichbaren Bedingungen einräumen soll, ist nach Ansicht des Vergabesenats eine solche nationale Regelung gegen welche aufgrund der direkten Vergabe verstoßen worden ist.⁵⁹⁹ Damit wird deutlich, dass ein nationaler Gesetzgeber selbst eine auf europäischer Ebene geregelte Ausnahme eines Inhouse-Geschäfts nicht übernehmen muss, sondern „abschaffen oder einschränken kann“.⁶⁰⁰ Entscheidungserheblich ist dann nur, ob der Gesetzgeber dies deutlich genug formuliert hat.⁶⁰¹

Jedoch wird das Erfordernis eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens aus dem § 46 EnWG hergeleitet. Nach § 46 EnWG muss die Einräumung des Wegenutzungsrechts an ein Energieversorgungsunternehmen auf jeden Fall diskriminierungsfrei durchgeführt werden und § 46 EnWG ist spezieller als §§ 19 und 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.].⁶⁰² Der Gesetzgeber macht mit dem Hinweis auf die Diskriminierungsfreiheit im § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG deutlich, dass er einen strengeren Maßstab als bei § 20 Abs. 1 GWB a.F.

Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 17.

⁵⁹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.03.2011, Az. VII-Verg 48/10.

⁵⁹⁷ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdiene auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. (EU) Nr. L 315, S. 1–13.

⁵⁹⁸ So Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdiene auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. (EU) Nr. L 315, S. 1–13.

⁵⁹⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.03.2011, Az. VII-Verg 48/10, juris-Rn. 137 ff.

⁶⁰⁰ Schüttpelz, VergabeR 2013, S. 361 (364).

⁶⁰¹ Schüttpelz, VergabeR 2013, S. 361 (364); vgl. hierzu BT Drs. 13/7274, S. 21 (rechte Spalte).

⁶⁰² Zum grundsätzlichen Vorrang siehe Säcker, in: ders.(Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierrecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 111 EnWG Rn. 6; Hölscher, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 111 Rn. 3 ff.

[§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] und mithin im Vergaberecht anlegt.⁶⁰³ Somit ist eine Argumentation, die aus dem GWB herührt, nicht haltbar.

Außerdem gibt es einen weiteren Grund, der gegen einen Erst-recht-Schluss spricht. Grundsätzlich gilt der Vorrang des Unionsrechts. Allgemein und somit auch in diesem energiewirtschaftlichen Fall muss allerdings etwas Entscheidendes beachtet werden. Das Unionsrecht möchte einen harmonischen Binnenmarkt in Europa schaffen und erreicht diesen mit Hilfe der Grundfreiheiten und Art. 101 f. AEUV sowie dem Erlass von Richtlinien und Verordnungen, weil nur so eine Transparenz geschaffen und Diskriminierung verhindert werden kann. Wenn nun aber ein nationaler Gesetzgeber nicht den Grundsatz des Inhouse-Geschäfts für die energiewirtschaftliche Wegenutzungsrechtseinräumung gelten lassen möchte, sondern eine strengere Regelung schafft, ist dies zulässig, da diese zu Gunsten eines harmonischen Binnenmarktes erfolgt.⁶⁰⁴ Durch eine strengere nationale Vorschrift könnten in diesem Fall auch Energienetzbetreiber aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union profitieren, sodass das Argument der Überlagerung in diesem umgekehrten Fall nicht greifen kann.⁶⁰⁵

cc) § 46 Abs. 4 EnWG

Eine solche strengere Regelung könnte im vorliegenden Fall der § 46 Abs. 4 EnWG darstellen, weil damit festgelegt wird, dass Absatz 2 und 3 für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung finden. Ein Problem stellt sich somit insbesondere im Hinblick auf den § 46 Abs. 4 EnWG, weil die Bedeutung des Wortlautes „für“ zunächst eine unterschiedliche rechtliche Bewertung zulässt. Das „für“ entscheidet über den Normadressaten des § 46 Abs. 4 EnWG und mithin über den Sinn und Zweck dieses Absatzes.

⁶⁰³ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 46; vgl. auch Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 667.

⁶⁰⁴ Da den Kommunen ein Inhouse-Geschäft verwehrt ist, wird der Wettbewerb um das Netz größer, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 77.

⁶⁰⁵ Dies ist im Ergebnis ebenfalls die Ansicht von Tugendreich, ZfBR 2014, S. 547 (551): „Die europarechtlichen Vorgaben im Hinblick auf den Umfang der Ausschreibungspflicht stellen immer nur einen Mindeststandard dar. Sie hindern den nationalen Gesetzgeber nicht, umfangreiche Vorgaben – hier zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens – zu machen, so wie es der deutsche Gesetzgeber mit § 46 Abs. 4 EnWG getan hat.“ Hinsichtlich der KVR würde H. Weiß, NVwZ 2014, S. 1415 (1420), eine verschärzte mitgliedstaatliche Regelung akzeptieren, befürwortet aber die Möglichkeit eines Inhouse-Geschäfts.

Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Regelung des § 46 Abs. 4 EnWG und das darin enthaltene Wort „für“ die Eigenbetriebe lediglich im Falle ihres Auftretens als Konzessionsgeber zur Beachtung des Absatzes 2 und 3 verpflichten.⁶⁰⁶ Wenn ein Gesetz „für“ jemanden gelte, so sei dieser zur Anwendung des Gesetzes verpflichtet und nicht bloßes Objekt einer Gesetzesregelung.⁶⁰⁷

Nicht ersichtlich ist wiederum, weshalb ein Eigenbetrieb einer Kommune einem Außenstehenden ein Wegenutzungsrecht i.S.d. Absatzes 2 und 3 einräumen sollte.⁶⁰⁸ Die Eigenbetriebe sind, wie oben bereits festgestellt, in die Kommunalverwaltung völlig integriert⁶⁰⁹ und es ist daher nicht erkennbar, weshalb der Gesetzgeber im § 46 Abs. 4 EnWG dieses nochmal für Eigenbetriebe erwähnen sollte, wenn die Absätze 2 und 3 für diese dann sowieso gäten.⁶¹⁰

Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist auf die Bedeutung des Wortes „für“ nicht eingegangen. Im Urteil des BGH aus dem Jahr 2013 wird vielmehr klargestellt, dass der § 46 Abs. 4 EnWG die „Pflichten der Gemeinde bei der Übertragung der Wegenutzung auf Eigenbetriebe“ regelt.⁶¹¹ Die privilegierenden Regelungen dürfen nach Auffassung des BGH bei der Wegenutzungsrechtseinräumung somit nicht angewendet werden. Im Urteil heißt es ferner, dass § 46 Abs. 4 EnWG „also nicht etwa nur die Vergabe von Wegenutzungsrechten durch Eigenbetriebe“ betrifft.⁶¹² Der BGH erkennt, dass der Wortlaut des § 46 Abs. 4 EnWG allein noch nicht eine privilegierte Wegenutzungsrechtseinräumung an einen Eigenbetrieb unterbinden kann,⁶¹³ da vor allem der § 46 Abs. 4 EnWG nicht explizit auf das Diskriminierungsverbot verweist, welches im § 46 Abs. 1 EnWG enthalten ist.⁶¹⁴ Da der BGH nun ebenfalls wegen § 46 Abs. 4 EnWG bei Eigenbetrieben § 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG entsprechend anwendet und prinzipiell bei der Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG ein diskriminierungsfreies Vorgehen aus dem

⁶⁰⁶ Haupt/Slawinski, IR 2012, S. 122 (123); Ortner, EWeRK 2011, S. 111 (113).

⁶⁰⁷ Haupt/Slawinski, IR 2012, S. 122 (123).

⁶⁰⁸ So auch Schüttpelz, VergabeR 2013, S. 361 (364).

⁶⁰⁹ Das ist der Grund, weshalb der § 46 Abs. 4 EnWG erforderlich ist, BGH, Urteil vom 17.12.2013, juris-Rn. 33 m.w.N.

⁶¹⁰ So ähnlich Schüttpelz, VergabeR 2013, S. 361 (364); Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 24 f., folgt im Ergebnis dieser Ansicht im Rahmen der Bekanntmachungspflicht.

⁶¹¹ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 33.

⁶¹² BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 33.

⁶¹³ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 32.

⁶¹⁴ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 34.

§ 46 Abs. 1 S. 1 zieht,⁶¹⁵ ist das Diskriminierungsverbot aus diesem systematischen Grund bereits inkludiert.

Letztendlich stellt der *BGH* auf den Zweck des § 46 EnWG ab.⁶¹⁶ Diese Vorschrift macht deutlich, dass die Kommune bei einer gewünschten Einräumung des Wegenutzungsrechts an einen Eigenbetrieb wegen des § 46 Abs. 1 EnWG nicht diskriminierend vorgehen darf.⁶¹⁷ Mit dieser Aussage zum § 46 Abs. 4 EnWG schließt sich der *BGH* der weit überwiegenden Rechtsprechung an, welche sich in den vergangenen Jahren wegen des Auslaufens der abgeschlossenen Konzessionsverträge in Deutschland mit diesem Thema beschäftigen musste.⁶¹⁸ Der *VGH Baden-Württemberg*⁶¹⁹ argumentiert auch gegen die Ansicht, welche den § 46 Abs. 4 EnWG so interpretiert, dass sich ein Eigenbetrieb als Konzessionsgeber an § 46 Abs. 2 und 3 EnWG halten müsse. Der Grund hierfür ist, dass die Kommune an den § 46 Abs. 3 EnWG gebunden ist, wenn sie einen zukünftigen Energiennetzbetreiber auswählt und nicht ein Eigenbetrieb, der eine solche Auswahl gar nicht zu treffen hat.⁶²⁰ Der § 46 Abs. 4 EnWG verbietet somit die Anwendung einer privilegierenden Regelung, die ein Inhouse-Geschäft ermöglichen würde.⁶²¹

c) Sinn und Zweck

Das Verbot der Anwendung der Regeln für ein Inhouse-Geschäft kann auch anhand des Sinns und des Zwecks von § 46 EnWG bestätigt werden.⁶²² Könnte die Kommune einen eigenen potentiellen Energiennetzbetreiber privilegieren, stünde dies im Widerspruch zum erforderlichen Wettbewerb um das Netz, da die im § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG geregelte Diskriminierungsfreiheit auch gerade

⁶¹⁵ Siehe *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 27 m.w.N; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 17, 28.

⁶¹⁶ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 35.

⁶¹⁷ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 35.

⁶¹⁸ Beispielsweise *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 122; *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 77; a.A. *VG Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 96.

⁶¹⁹ *VGH Baden-Württemberg*, Beschluss vom 22.08.2013, Az. 1 S 1047/13, juris-Rn. 28.

⁶²⁰ *VGH Baden-Württemberg*, Beschluss vom 22.08.2013, Az. 1 S 1047/13, juris-Rn. 28.

⁶²¹ Ausführlich zur Bedeutung des § 46 Abs. 4 EnWG auch *W. Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 22 ff., der insbesondere noch auf gesetzgeberische Intentionen eingeht und im Ergebnis ebenfalls eine strengere Regelung wegen des § 46 Abs. 4 EnWG bejaht.

⁶²² Dazu *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 35 ff.; *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 272 f.

für § 46 Abs. 2 EnWG gelten soll.⁶²³ Mit dem Hinweis auf die Diskriminierungsfreiheit im § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG stellt der Gesetzgeber klar, dass er von einem strengeren Maßstab als bei § 20 Abs. 1 GWB a.F. [§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] und mithin im Vergaberecht ausgeht.⁶²⁴ Der Unterschied zu Fällen, in denen im Bereich des Vergaberechts kommunaleigene Unternehmen bevorzugt werden können, liegt darin, dass das Netzmonopol innerhalb der Kommune während der Vertragslaufzeit alle anderen interessierten Netzbetreiber – anders als bei einem nicht monopolartigen Markt – völlig ausschließt.⁶²⁵ Eine Privilegierung eines kommunalen Unternehmens hebelte das Diskriminierungsverbot aus und würde es wirkungslos machen.⁶²⁶ Auch der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Erlass des damaligen § 13 Abs. 4 EnWG⁶²⁷ im Jahre 1998 gezeigt, dass er diese Regelung zur Vereitelung von „Ewigkeitsrechten“ für nötig hält, damit also gerade keine Umgehung ermöglicht wird.⁶²⁸ Er stellt weiterhin mit dem gegenwärtigen § 46 Abs. 4 EnWG klar, dass die Kommunen jedenfalls nicht absolut frei über die leitungsgebundene Energieversorgung entscheiden dürfen, da sonst der § 13 Abs. 4 EnWG im Jahr 1998 nicht erlassen und bis heute mit dem § 46 Abs. 4 EnWG aufrechterhalten worden wäre.⁶²⁹ Einer örtlichen Gebietskörperschaft soll also nicht das Recht zustehen, permanent den Energienetzbetrieb durch die Aktivität eines kommunaleige-

⁶²³ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 46; bezüglich der vertretenen Anwendung der Diskriminierungsfreiheit gem. § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG bei der Einräumung des Wegenutzungsrechts i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG siehe auch Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 676 m.w.N.; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 35.

⁶²⁴ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 46; vgl. auch Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 667.

⁶²⁵ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 46.

⁶²⁶ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 46.

⁶²⁷ Entspricht dem heutigen § 46 Abs. 4 EnWG.

⁶²⁸ BT-Drs. 13/7274, S. 21 (rechte Spalte); hierzu auch BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 36 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 79.

⁶²⁹ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 443, 666 f.

nen Unternehmens durchzuführen.⁶³⁰ Der § 46 Abs. 4 EnWG soll also die Eigenbetriebe, bei denen ein Konzessionsvertrag wegen ihrer mangelnden rechtlichen Verselbstständigung ausscheidet, mit den Eigengesellschaften gleichsetzen, damit § 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG auch bei Eigenbetrieben angewendet werden muss und sich daraus ergebende Rechtsfolgen somit ebenfalls für diese gelten.⁶³¹

Ein wichtiger verfassungsrechtlicher Aspekt, weshalb eine vollumfängliche Entscheidungshoheit über die (Re-)Kommunalisierung samt Anspruch auf Energienetzübereignung nicht möglich sein kann, macht ebenfalls das Verhältnis des Art. 28 Abs. 2 GG zu Art. 14 GG deutlich.⁶³² Die gesamte Netzanlage muss nämlich zwingend gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG übereignet werden und darin besteht der wesentliche Unterschied zum Vergaberecht.⁶³³ Im Rahmen einer (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes steht dem zukünftigen Netzbetreiber nur dann ein Anspruch auf Überlassung des gesamten Netzes zu, wenn diesem zuvor wirksam das Wegenutzungsrecht, regelmäßig durch einen Konzessionsvertrag, eingeräumt wurde.⁶³⁴ Nur dann ist anzunehmen, dass die Regelung i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG mit Art. 14 GG verfassungsrechtlich im Einklang steht.⁶³⁵ Ob der Schutzbereich des Art. 14 GG eröffnet ist, hängt von einer zivilrechtlichen Fragestellung ab, ob nämlich ein Energieversorgungsunternehmen das Eigentum an den Leitungen hat, obwohl diese auf fremden Grundstücken liegen. Die Energieleitungen könnten ein wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks gem. § 94 Abs. 1 BGB sein und somit dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks gehören, solange sie nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden gem. § 95 Abs. 1 BGB verbunden wären.⁶³⁶ Laut BGH kann

⁶³⁰ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 36.

⁶³¹ Salje, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 172 f.

⁶³² Dazu Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 646 ff.

⁶³³ Sauer, EWeRK 2013, S. 28 (38).

⁶³⁴ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 59, 62 ff; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 62, 65 ff; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 Kart 137/12 (V), juris-Rn. 128; LG München, Urteil vom 01.08.2012, Az. 37 O 19383/10, juris-Rn. 160; siehe gleichfalls Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 778 ff.

⁶³⁵ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 662.

⁶³⁶ Siehe ausführlich zu dieser zivilrechtlichen Problematik Brüning, VIZ 1997, S. 398 (398 ff.); vgl. hierzu Papier/Schröder, Wirtschaftlich angemessene Vergütung für Netzanlagen, 2012, S. 28 ff.

ein Versorgungsunternehmen das Eigentum an den Leitungen haben, unabhängig davon, ob diese über ein fremdes Grundstück verlaufen, weil sonst kein einheitliches Eigentum an den Leitungen gegeben wäre, sondern eine Unterteilung der Leitungen in bestimmten Strecken vorläge.⁶³⁷ Ein Netzbetreiber hat also Eigentum an dem Netz und es handelt sich dabei um einen Scheinbestandteil i.S.d. § 95 Abs. 1 BGB.⁶³⁸ Das Energieversorgungsunternehmen, welches bislang den Netzbetrieb vorgenommen hat, kann sich daher auf Art. 14 GG berufen, sodass der sachliche Schutzbereich eröffnet ist.⁶³⁹ Ebenso verhält es sich mit dem persönlichen Schutzbereich, weil ein Netzbetreiber eine juristische Person des Privatrechts sein wird (Art. 19 Abs. 3 GG),⁶⁴⁰ jedenfalls wenn eine (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes ansteht. Dann hat bislang ein privates Energieversorgungsunternehmen den Netzbetrieb vorgenommen.

Andererseits kann sich eine Kommune auf Art. 28 Abs. 2 GG berufen,⁶⁴¹ aber allein damit steht ihr nicht das Recht zu, in Grundrechte einzugreifen.⁶⁴² Die kommunale Gebietskörperschaft hat das Interesse ihr eigenes Unternehmen zu privilegieren, während der bisherige Netzbetreiber weiterhin seine Tätigkeit ausüben möchte. Nur mittels Abwägung kann die Kollision dieser beiden Artikel gelöst werden.⁶⁴³ Bei Kollision dieser gegenüberstehenden Rechte zeigt sich, dass die gewichtigeren Argumente für Art. 14 GG und somit

⁶³⁷ BGH, NJW 1962, S. 1817 (1817 f.).

⁶³⁸ *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, 2015, § 95 Rn. 6; *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 379; *Hüffer/Tettinger*, Rechtsfragen beim Versorgerwechsel nach Ablauf von Konzessionsverträgen, 1992, S. 29 f. m.w.N; siehe auch § 8 Abs. 1 NAV. Kritisch hingegen *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 480 f., der darauf hinweist, dass Leitungen auch nach einem Vertragsende nicht entfernt werden.

⁶³⁹ *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 378 f. Der bisherige Konzessionsvertragspartner hat ein berechtigtes Interesse daran, auch in Zukunft die Netze zu betreiben, was nur möglich ist, wenn er weiterhin Eigentümer des Netzes ist, vgl. S. 660; siehe ferner *Säcker/Jaecks*, BB 2001, S. 997 (1001).

⁶⁴⁰ *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 379; allgemein hierzu siehe *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 72. EL 2014, Art. 19 Abs. 3 Rn. 37 ff.

⁶⁴¹ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 72. EL 2014, Art. 28 Abs. 2 Rn. 47.

⁶⁴² Hierfür bedarf es einer Ermächtigungsgrundlage durch den Gesetzgeber, siehe *BVerfGE* 9, 137 (147); *BVerwGE* 90, 359 (363); vgl. *Sauer*, EWeRK 2014, S. 159 (161); *Christ/Jacob*, DVBL 2013, S. 752 (756).

⁶⁴³ Ausführlich nimmt diese *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 660 ff., vor.

für das individuelle Interesse des Energieversorgungsunternehmens sprechen, weil unter anderem kein Bedarf an einer Privilegierung eines kommunaleigenen Netzbetreibers besteht, wenn ein oder mehrere Energieversorgungsunternehmen aus der privaten Wirtschaft bereit ist bzw. sind, sich einem wettbewerbsrechtlichen Auswahlverfahren zu unterwerfen.⁶⁴⁴ Außerdem ist eine Privilegierung nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn es eine Pflicht des bisherigen Netzbetreibers gäbe, die örtliche Netzanlage gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG einem kommunaleigenen Unternehmen überlassen zu müssen, ohne dass dieses im Auswahlverfahren obsiegte.⁶⁴⁵ Es ist davon auszugehen, dass nur bei einer diskriminierungsfreien Wettbewerbsveranstaltung die Pflicht des bisherigen Netzbetreibers ausgelöst wird, das Eigentum am örtlichen Verteilnetz zu übertragen.⁶⁴⁶

d) Keine andere Sichtweise wegen Art. 28 Abs. 2 GG

Unweigerlich stellt sich nun das Problem, ob die soeben dargestellte Ansicht mit der kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar ist, da andernfalls zwingend eine (re-)kommunalisierungsfreundlichere Sichtweise statzufinden hätte. In der Literatur wird vertreten, dass ein Inhouse-Geschäft zulässig sein müsse, da ein Verbot eines solchen Geschäfts wegen Art. 28 Abs. 2 GG sonst „wohl auch verfassungswidrig [wäre]“.⁶⁴⁷ Vielmehr sei es eine „Entscheidung der Kommune, ob sie ihre Aufgaben selbst erfüllt oder hierfür Dritte hinzuzieht und in welcher Organisationsform sie ihre Daseinsvorsorge erfüllen will“.⁶⁴⁸ Das Argument, welches darauf abzielt, dass sehr wohl gem. Art. 28 Abs. 2 GG zumindest „im Rahmen der Gesetze“ das kommunale Selbstverwaltungsrecht durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden kann, wird dabei nicht akzeptiert.⁶⁴⁹ Hingegen wird davon ausgegangen, dass nur dann ein diskriminierungsfreies Verfahren durchgeführt werden muss, sofern sich eine Gemeinde dafür entscheidet, den Strom- und Gasnetzbetrieb nicht durch ein kommunaleigenes Unternehmen zu betreiben.⁶⁵⁰ Die höchst-

⁶⁴⁴ Vgl. Sauer, *Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG*, 2012, S. 663.

⁶⁴⁵ Sauer, *Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG*, 2012, S. 663 f.

⁶⁴⁶ Sauer, *Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG*, 2012, S. 662, 665.

⁶⁴⁷ Ortner, EWeRK 2011, S. 111 (113), der dies nicht näher erläutert. Dabei stellt sich an dieser Stelle gerade das Problem, ob eine Verfassungswidrigkeit vorliegt oder nicht.

⁶⁴⁸ Haupt/Slawinski, IR 2012, S. 122 (125).

⁶⁴⁹ Haupt/Slawinski, IR 2012, S. 122 (125).

⁶⁵⁰ Haupt/Slawinski, IR 2012, S. 122 (125).

richterliche Rechtsprechung geht im Gegensatz dazu davon aus, dass diese Einschränkung der kommunalen Selbstverwaltung verfassungsgemäß ist.⁶⁵¹ Das hängt damit zusammen, dass Art. 28 Abs. 2 GG die kommunale Selbstverwaltung nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet und das EnWG daher als allgemeines Gesetz die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune einschränken kann.⁶⁵² Der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung ist nicht tangiert,⁶⁵³ weil den Kommunen wesentliche Steuerungsmöglichkeiten im Hinblick auf die leistungsgebundene Versorgung der Einwohner mit Energie innerhalb der Gebietskörperschaft erhalten bleiben, was sich insbesondere in der Befugnis zeigt, die Auswahlkriterien zu bestimmen.⁶⁵⁴ Selbst wenn ein Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht zu bejahen wäre, da die Kommune wegen § 46 Abs. 1 und Abs. 4 EnWG keine Privilegierung eines ihr nahestehenden potentiellen Netzbetreibers vornehmen darf, so läge gleichwohl eine verhältnismäßige Regelung vor, welche nicht als verfassungswidrig anzusehen wäre.⁶⁵⁵ Eine Rechtfertigung erfährt die zwingende diskriminierungsfreie Auswahl, weil der daraus entstehende Wettbewerb um den zeitlich begrenzten Erhalt des Wegenutzungsrechts „geeignet und erforderlich“ ist, um im Interesse der Gemeinschaft eine optimierte Energieversorgung zu gewährleisten.⁶⁵⁶ Im Ergebnis ist somit das Verbot eines Inhouse-Geschäfts im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gem. Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar.

4. Reichweite des Ausschlusses von Inhouse-Geschäften

Zu klären ist nun noch, welche Reichweite das Verbot der Anwendung der Regeln für ein Inhouse-Geschäft hat. Ein solches Geschäft kann zu Gunsten einer Eigengesellschaft bereits deswegen nicht erfolgen, weil mit dieser auf-

⁶⁵¹ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 39 ff.

⁶⁵² BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 40; siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 80; ähnlich auch Wolff, in: Recht der Energiewirtschaft, Schneider/Theobald (Hrsg.), 4. Auflage, 2013, § 5 Rn. 93; Britz, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, 1994, S. 145.

⁶⁵³ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 41; Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 669; Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 65.

⁶⁵⁴ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 669.

⁶⁵⁵ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 42; so ebenfalls OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V).

⁶⁵⁶ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 42.

grund ihrer Stellung als juristische Person ein Konzessionsvertrag i.S.d. § 46 Abs. 2 und 3 EnWG abgeschlossen wird und vor Einräumung eines Wegenutzungsrechts ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren stattgefunden haben muss, bei dem sich die angetretene Gesellschaft gegen andere interessierte Netzbetreiber durchsetzt.⁶⁵⁷ Auch die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und Gemeinschaftsunternehmen können nicht von der Anwendung der Regeln für ein Inhouse-Geschäft profitieren, weil sie in privatrechtlicher Form organisiert sind. Aus diesem Grund kommt es mit diesen ebenso zum Abschluss eines Konzessionsvertrages, sodass der § 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG unmittelbar angewendet wird.

Wie soeben deutlich gemacht wurde, sind die Eigenbetriebe nicht als „inhousefähig“ anzusehen. Ein besonderes Problem liegt vor, wenn eine kommunale Gebietskörperschaft einen potentiellen Netzbetreiber vorweist, welcher nicht rechtlich selbstständig, sondern vielmehr in der Kommunalverwaltung integriert ist.⁶⁵⁸ Hierbei kann es sich nur um einen Regiebetrieb handeln. Da dieser wie der Eigenbetrieb keine juristische Person ist, entfällt auch hier die Möglichkeit einen Konzessionsvertrag abzuschließen.⁶⁵⁹ Außerdem wird der Regiebetrieb nicht von § 46 Abs. 4 EnWG erfasst, sodass § 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG an sich nicht bei einer solchen Konstellation angewendet werden können.⁶⁶⁰ Daher könnte diese Lücke als Argument dafür herangezogen werden, dass eine Kommune zumindest einen eigenen Regiebetrieb privilegieren darf, indem das energiewirtschaftliche Wegenutzungsrecht diesem mittels Inhouse-Geschäfts eingeräumt wird,⁶⁶¹ sofern prinzipiell die Voraussetzungen eines solchen Geschäfts erfüllt werden. Nach einer Ansicht im Schrifttum ist nicht ersichtlich, weshalb eine Ausweitung des Ausschlusses bei einem Inhouse-Geschäft auf die Konstellationen vorgenommen werden sollte, bei denen die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft einen Regiebetrieb für den zukünftigen Netzbetrieb einsetzen möchte.⁶⁶² Die Forderung von *Salje*, dass ein Wettbewerb gewährleistet sein muss und nicht mangels Konzessionsvertrages bzw. rechtlicher Möglichkeit zum Abschluss eines solchen Vertrages scheitern darf,⁶⁶³ ist an dieser Stelle berechtigt. Zwar gilt der

⁶⁵⁷ Ähnlich *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 172.

⁶⁵⁸ *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 174.

⁶⁵⁹ *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 174.

⁶⁶⁰ *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 174; siehe auch *Hellermann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes* (Hrsg.) EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 86.

⁶⁶¹ So *Haupt/Slawinski*, IR 2012, S. 122 (125).

⁶⁶² *Haupt/Slawinski*, IR 2012, S. 122 (125).

⁶⁶³ *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 174; dieser Ansicht schließt sich *Hellermann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes* (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015,

Gesetzestext seit der Novelle des EnWG im Jahre 1998 und der Gesetzgeber ist auch im Rahmen der zwei weiteren Novellen nicht aktiv geworden und hat den Regiebetrieb im Wortlaut des § 46 Abs. 4 EnWG ergänzt,⁶⁶⁴ doch sprechen Sinn und Zweck des § 46 Abs. 4 dafür, dass § 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG ebenfalls bei einem Regiebetrieb angewendet werden müssen.⁶⁶⁵ Andernfalls könnte eine Gemeinde mit einem Regiebetrieb die Anwendung von § 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG umgehen. Teilweise wird allerdings eine analoge Anwendung von § 46 Abs. 4 EnWG für Fälle abgelehnt, in denen der Netzbetrieb zukünftig von einem Regiebetrieb ausgeführt werden soll.⁶⁶⁶ Dabei wird vorgebracht, dass eine Gleichstellung von Eigen- und Regiebetrieb nicht ausgemacht werden kann, weil der Regiebetrieb noch deutlich stärker als der Eigenbetrieb in die Verwaltung der örtlichen Gebietskörperschaft integriert ist.⁶⁶⁷ Der Regiebetrieb ist gewiss stärker integriert, jedoch haben sowohl der Eigenbetrieb als auch der Regiebetrieb eine wesentliche Gemeinsamkeit. Es handelt sich bei beiden Formen nicht um juristische Personen, weshalb der Abschluss eines Konzessionsvertrages ausscheidet. Der Eigen- und Regiebetrieb sind insoweit gleich zu behandeln. Eine analoge Anwendung des § 46 Abs. 4 EnWG ist somit zwingend angebracht, wenn ein Regiebetrieb künftig als Netzbetreiber in Betracht kommt.⁶⁶⁸

IV. Ergebnis

Wird die Zulässigkeit eines Inhouse-Geschäfts bei der Wegenutzungsrechts-einräumung allein aus der europarechtlichen Sicht betrachtet, müsste es zulässig sein. Die aufgestellten Voraussetzungen eines solchen Geschäfts an sich sind erfüllt. Im Besonderen stellt das Wesentlichkeitskriterium als Teilveraussetzung eines Inhouse-Privilegs kein Problem dar, weil der Netzbetrieb im Wesentlichen für die kommunale Gebietskörperschaft ausgeübt wird. Diese trägt nämlich letztendlich die Verantwortung für den örtlichen Energiernetzbe-

§ 46 Rn. 87 an; ähnlich auch *Bucher*, (Re-)Kommunalisierung der Energieversorgung in Deutschland und den USA, 2013, S. 85 f., der mit dem Sinn und Zweck des § 46 EnWG, also der Wettbewerbsveranstaltung, argumentiert.

⁶⁶⁴ *Haupt/Slawinski*, IR 2012, S. 122 (125).

⁶⁶⁵ *Hellermann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes* (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 87. Es muss jedenfalls dafür Sorge getragen werden, dass der Wettbewerb nicht umgangen werden kann, *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 174.

⁶⁶⁶ *Haupt/Slawinski*, IR 2012, S. 122 (125).

⁶⁶⁷ *Haupt/Slawinski*, IR 2012, S. 122 (125).

⁶⁶⁸ Ohne ausdrücklich das Wort „analog“ zu verwenden siehe *Hellermann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes* (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 46 Rn. 87; *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 46 Rn. 174.

trieb. Der deutsche Gesetzgeber hat gem. § 46 Abs. 4 EnWG allerdings deutlich gemacht, dass ein Inhouse-Privileg bei einer Wegenutzungsrechtseinräumung nicht gilt. Es wurde eine strengere Regelung geschaffen, die zulässig ist, damit ein noch intensiverer Wettbewerb stattfinden kann. Dies ist die Konsequenz der Auslegung von § 46 Abs. 4 EnWG. Art. 28 Abs. 2 GG ändert daran nichts. Eine Kommune kann durch die Festlegung und Gewichtung der Auswahlkriterien weiterhin erheblichen Einfluss auf die leitungsgebundene Energieversorgung nehmen. Der Gesetzgeber kann „im Rahmen der Gesetze“ Regelungen schaffen, welche das kommunale Selbstverwaltungsrecht einschränken. § 46 Abs. 4 EnWG erfasst nicht nur den Eigenbetrieb, sondern eine analoge Anwendung ist erforderlich, wenn mittels Regiebetrieb die (Re-)Kommunalisierung vorgenommen werden soll.

F. Die Auswahlkriterien einer Kommune bei der Wegenutzungsrechtseinräumung

I. Ziel der kommunalen Gebietskörperschaft bei Teilnahme: Obsiegen des eigenen Netzbetriebes im wettbewerblichen Auswahlverfahren

Da sich eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft im Rahmen des gewünschten erstmaligen oder erneuten Betriebes der Strom- und Gasversorgungsnetze grundsätzlich nicht auf eine Inhouse-Privilegierung berufen kann, muss sich der in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form gegründete potentielle Netzbetreiber im Wettbewerb durchsetzen.⁶⁶⁹ Die von der Kommune selbst festzulegenden Auswahlkriterien könnten daher insgesamt eine richtungsweisende Stellung einnehmen, um das begehrte Obsiegen des kommunalen Energieversorgungsnetzbetriebes im Wettbewerb zu erreichen. Die Kriterien stellen das „Kernstück“ des gesamten Auswahlverfahrens dar.⁶⁷⁰ Aufgrund dessen ist für die Kommune im Rahmen ihrer Funktion als ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft sehr entscheidend, inwiefern sie die maßgeblichen Kriterien rechtmäßig so ausgestalten darf, dass sich ihr eigener Netzbetrieb gegen etwaige andere interessierte Energieversorgungsunternehmen, die in der Regel aus der privaten Wirtschaft stammen, unter Einhaltung eines diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahrens möglichst durchsetzen kann. Unmittelbar sind in § 46 EnWG keine Auswahlkriterien durch den Gesetzgeber normiert worden.⁶⁷¹ Zurzeit besteht wegen der meisten bundesweit auslaufenden Konzessionsverträge, eine stetige Dis-

⁶⁶⁹ Siehe im Hinblick auf den erforderlichen Wettbewerb nur *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 16.

⁶⁷⁰ Schotten, Vergaber 2013, S. 352 (356).

⁶⁷¹ Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (15).

kussion⁶⁷² darüber, welche Kriterien von einer kommunalen Gebietskörperschaft zur Auswahl eines Netzbetreibers führen dürfen.

II. Kriterien gem. § 46 Abs. 3 S. 5 i. V. m. § 1 EnWG

In jedem Fall muss eine kommunale Gebietskörperschaft bei der Festlegung einer Bewertungsmatrix aufgrund des Verweises gem. § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG das Zielpentagon⁶⁷³ des § 1 EnWG in das Auswahlverfahren einfließen lassen.⁶⁷⁴ Der Zweck des Gesetzes gem. § 1 Abs. 1 EnWG schreibt vor, dass eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, stattzufinden hat. Wie intensiv eine Kommune an diese Norm gebunden ist, kann an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben,⁶⁷⁵ weil sie diese aufgrund des Verweises wenigstens zu berücksichtigen hat. Bei einem (Re-)Kommunalisierungswunsch muss der eigene im Wettbewerb angetretene Energieversorgungsnetzbetreiber ebenfalls von der kommunalen Instanz genau im Hinblick auf die Erfüllung der Kriterien analysiert werden. Da § 1 Abs. 1 EnWG von der Versorgung mit Elektrizität und Gas spricht, müssen diese generellen Zwecke dieser Norm konkret auf den Strom- und Gasversorgungsnetzbetrieb angewendet werden.⁶⁷⁶ Eine sichere Versorgung mit Energie erfordert demnach, dass die jeweilige kommunale Selbstverwaltungskörperschaft einschätzt, welche Folgen die Auswahl eines Netzbetriebsinteressenten auf die Netzbeschaffenheit sowie den gesamten Netzbetrieb hat und ob dieser auch verbraucherfreundlich handelt.⁶⁷⁷ Zur Verbraucherfreundlichkeit gehört unter anderem der Kundenservice, welcher insbesondere beinhaltet, ob der Energienetzbetreiber dazu fähig sein wird, im Falle einer Störung zügig zu handeln.⁶⁷⁸ Außerdem ist die Kommune in der Pflicht festzustellen, inwieweit

⁶⁷² Siehe dazu beispielsweise *Richter/Brahms*, KommJur 2014, S. 6 (10).

⁶⁷³ So bezeichnet von *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (95); teilweise wird auch vom „magischen Fünfeck“ gesprochen, siehe *Säcker/Timmermann*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage, 2014, § 1 EnWG Rn. 1.

⁶⁷⁴ Ausführlich zu den einzelnen Inhalten der Ziele gem. § 1 Abs. 1 EnWG siehe *Säcker*, RdE 2015, S. 1 (4 ff.).

⁶⁷⁵ Hierzu unten unter F.II.2.

⁶⁷⁶ Diesen konkreten Bezug auf den Netzbetrieb haben *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 90; *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 140 ff., hergestellt.

⁶⁷⁷ *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 90.

⁶⁷⁸ *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 141.

ein potentieller Netzbetreiber in Zukunft umweltverträglich handeln wird.⁶⁷⁹ Weiterhin muss kontrolliert werden, welche Konsequenzen eine Entscheidung für den jeweiligen Netzbetreiber auf die Netzentgelthöhe hätte.⁶⁸⁰ Freilich kann sie dabei weitere Abstufungen unter die vom Gesetzgeber erwähnten Ziele vornehmen, wobei eine einheitliche Gewichtung nicht erforderlich ist.⁶⁸¹ Da § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG auf § 1 EnWG verweist, sind auch die Absätze 2 und 3 von § 1 EnWG einzubeziehen.⁶⁸² Zu diesen hat sich der BGH in seinen Urteilen vom 17.12.2013 nicht geäußert,⁶⁸³ sondern lediglich zu § 1 Abs. 1 EnWG.⁶⁸⁴ § 1 Abs. 2 EnWG, welcher sich auf die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze bezieht,⁶⁸⁵ zeigt noch einmal auf, dass ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb sichergestellt werden soll.⁶⁸⁶ Im Hinblick auf die von der Ausschreibungsbehörde zu erstellende Bewertungsmatrix kann dem § 1 Abs. 2 EnWG somit nichts abgewonnen werden. Ferner soll § 1 Abs. 3 EnWG lediglich klarstellen, dass die Normen des Energiewirtschaftsgesetzes unionsrechtskonform ausgelegt werden müssen.⁶⁸⁷ Eine nennenswerte Relevanz ist bezüglich der aufzustellenden Auswahlkriterien hier ebenfalls nicht zu erkennen.

1. Auslegung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG

Eine Gemeinde hat allerdings ein erhebliches Interesse daran, rechtmäßige Auswahlkriterien vor dem Beginn eines Auswahlverfahrens festzulegen, wel-

⁶⁷⁹ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 90; ausführlicher dazu Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 142.

⁶⁸⁰ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 90, siehe auch Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 144.

⁶⁸¹ Energiekartellbehörde Baden-Württemberg, Positionspapier Konzessionsvergabe vom 05.12.2011, S. 3.

⁶⁸² Kurz zum gesamten § 1 EnWG siehe Büdenbender, DVBl. 2012, S. 1530 (1533).

⁶⁸³ Diese Feststellung trifft ebenfalls Wollenberg, KommJur 2014, S. 161 (164).

⁶⁸⁴ Siehe nur BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 36; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 52.

⁶⁸⁵ Hierzu näher Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 1 EnWG Rn. 29 ff.

⁶⁸⁶ Vgl. Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 1 EnWG Rn. 31.

⁶⁸⁷ BT-Drs. 15/3917, S. 48 (linke Spalte); Säcker/Timmermann, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage, 2014, § 1 EnWG Rn. 50; Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 1 EnWG Rn. 43 f.

che gerade nicht unter den Zielkanon des § 1 EnWG fallen.⁶⁸⁸ Vornehmlich handelt es sich um Belange, die einer Kommune zukünftig gewisse Vorteile einbringen, hauptsächlich in fiskalischer Hinsicht. Beispielsweise sei an dieser Stelle genannt, dass die Kommune als Kriterium gerne festlegen würde, dass der Sitz des zukünftigen Netzbetriebsunternehmens innerhalb des eigenen Territoriums liegt, um zugleich von etwaigen Gewerbesteuereinnahmen zu profitieren.⁶⁸⁹ Damit könnte sich einerseits die Bewerbungsneigung privater Energieversorgungsunternehmen, die nicht am Ort ansässig sind und dies auch nicht zukünftig sein wollen, ändern und andererseits käme es der (re-)kommunalisierungswilligen Gebietskörperschaft im Auswahlverfahren gelegen, weil ihr eigener Betrieb häufig innerhalb des Gemeindegebietes liegen muss.

a) Wortlaut

Eine maßgebliche Bedeutung hat § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG, um festzustellen, ob und wenn ja, inwieweit die kommunale Gebietskörperschaft zusätzlich noch andere Auswahlkriterien neben denen aus § 1 EnWG nennen darf.⁶⁹⁰ Die Novelle des EnWG im Jahr 2005⁶⁹¹ brachte diesbezüglich keine neuen Erkenntnisse hervor.⁶⁹² Gegenwärtig liefert § 46 EnWG im Hinblick auf die maßgeblichen Kriterien unmittelbar immer noch keinen Hinweis.⁶⁹³ § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG macht aber deutlich, dass eine Kommune bei der Festlegung ihrer Kriterien zumindest den § 1 EnWG zu berücksichtigen hat und schließt den Einbezug

⁶⁸⁸ Alle Auswahlkriterien, welche mit dem Zielkanon des § 1 EnWG vereinbar sind, sind gleichzeitig als zulässig einzustufen, *Büdenbender*, DVBl. 2012, S. 1530 (1537).

⁶⁸⁹ So auch bei BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 90.

⁶⁹⁰ Dazu Höch, RdE 2013, S. 60 (62 ff.); Mau/Bormann, ZNER 2013, S. 459 (461 f.); Fischer/Wolf/Embacher, RdE 2012, S. 274 (274 ff.). Zum § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG und der Möglichkeit auch andere Wertungskriterien heranzuziehen siehe auch Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 61 ff. Die Bundesregierung verweist übrigens bei dieser Fragestellung auf bestimmte Vorschriften im EnWG, die praktische Handhabung und die Rechtsprechung, BT-Drs. 17/14630, S. 5 f.

⁶⁹¹ BGBI I 2005, S. 1970 ff.

⁶⁹² Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 62; vgl. auch BT-Drs. 15/3917, S. 67 (rechte Spalte).

⁶⁹³ W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 70; Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierrecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 126; Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (15).

weiterer Kriterien noch nicht ausdrücklich aus.⁶⁹⁴ Eine hingegen eher strenge Ansicht in diesem Zusammenhang vertritt *Sodan*.⁶⁹⁵ Dieser geht davon aus, dass der Wortlaut der Vorschrift des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG eine restriktive Normwendung nahe lege, weil die kommunalen Gebietskörperschaften den Zielen des § 1 EnWG „verpflichtet“ seien und der Gesetzgeber sonst eine Begeiflichkeit wie beispielsweise „beachten“ oder „berücksichtigen“ gewählt hätte, wenn eine Kommune nicht so intensiv an die Ziele gebunden sein sollte.⁶⁹⁶ Ferner vertritt *Burgi* sogar die Meinung, dass die Auswahlentscheidung ausschließlich an den Zielen des § 1 EnWG ausgerichtet sein müsse.⁶⁹⁷ Für eine solch enge Sichtweise findet sich jedoch im Wortlaut des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG kein ersichtlicher Anhaltspunkt.⁶⁹⁸ Der Gesetzgeber hätte sonst dem Satz beispielsweise ergänzend ein „nur“ oder „ausschließlich“ hinzufügen können, um eine Ansicht, die eine intensive Bindung bei der Festlegung der Auswahlkriterien fordert, anzunehmen.⁶⁹⁹ Beim gegenwärtigen Wortlaut scheinen jedoch weitere Kriterien, die nicht unter die Zielsetzung des § 1 EnWG fallen, nicht ausgeschlossen.⁷⁰⁰ § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG gibt keinen Aufschluss darüber, wie intensiv eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft an den Zielkanon des § 1 EnWG gebunden ist.⁷⁰¹ Auch *Sodan* relativiert in dem Sinne, dass eine kommunale Gebietskörperschaft zumindest nicht Auswahlkriterien festlegen darf, welche im Widerspruch zu § 1 EnWG stehen bzw. anderen Zielen kein Vorrang eingeräumt werden darf⁷⁰² und lässt dem-

⁶⁹⁴ *Brüning/Schulz*, EWeRK 2013, S. 237 (240); *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (96); *Fischer/Wolf/Embacher*, RdE 2012, S. 274 (274); vgl. VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 93, 104.

⁶⁹⁵ *Sodan*, LKV 2013, S. 433 (438). Einen ähnlichen Standpunkt vertritt *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 37 ff.

⁶⁹⁶ *Sodan*, LKV 2013, S. 433 (438); auch *Höch*, RdE 2013, S. 60 (62) geht von einem strengen Verweis auf die Ziele des § 1 EnWG aus.

⁶⁹⁷ *Burgi*, NdsVBl. 2012, S. 225 (231).

⁶⁹⁸ *Richter/Brahms*, Kommjur 2014, S. 6 (10); *Mau/Bormann*, ZNER 2013, S. 459 (461); *Fischer/Wolf/Embacher*, RdE 2012, S. 274 (274).

⁶⁹⁹ Siehe dazu *Höch*, RdE 2013, S. 60 (62), der das Fehlen eines derartigen Wortes zwar feststellt, aber trotzdem von einer intensiven Bindung an die Ziele des § 1 EnWG ausgeht, weil eine Kommune sich immer für denjenigen Netzbetreiber entscheiden muss, welcher die Ziele am besten erfüllt. Darauf, dass beispielsweise ein Wort wie „ausschließlich“ fehlt, weisen auch *Mau/Bormann*, ZNER 2013, S. 459 (461) hin.

⁷⁰⁰ *Richter/Brahms*, KommJur 2014, S. 6 (10); *Fischer/Wolf/Embacher*, RdE 2012, S. 274 (274).

⁷⁰¹ LG Köln, Urteil vom 07.11.2012, Az. 90 O 59/12, juris-Rn. 34.

⁷⁰² *Sodan*, LKV 2013, S. 433 (438).

nach weitere Kriterien prinzipiell zu. Der Wortlaut des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG schließt die Heranziehung weiterer Kriterien neben den Zielen des § 1 EnWG nicht aus.⁷⁰³ Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht auch davon aus, dass eine Kommune bei der Festlegung ihrer Kriterien nicht ausnahmslos die Ziele des § 1 EnWG einbeziehen muss, sondern nur vorrangig.⁷⁰⁴

b) Systematik

Die Stellung des § 46 EnWG im gesamtem Gesetz liefert kein erkennbares systematisches Argument. Für die Möglichkeit einer Heranziehung weiterer Kriterien spricht allerdings das Zusammenspiel des § 46 Abs. 5 S. 3 EnWG mit der KAV.⁷⁰⁵ So zeigt § 48 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 3 Abs. 1 KAV auf, dass eine Gemeinde gleichfalls andere Leistungen, wie beispielsweise einen Kommunalrabatt, neben oder anstelle von Konzessionsabgaben beziehen kann.⁷⁰⁶ Da eine solche Vereinbarung zulässig ist, muss dies auch als Kriterium zulässig sein, obwohl – in diesem Fall das fiskalische Interesse einer Kommune – ein solches nicht in § 1 EnWG aufgezählt ist.⁷⁰⁷ Das Gesetz lässt gem. § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG ausdrücklich zu, dass der Abschluss eines Konzessionsvertrages abgelehnt werden kann, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 EnWG verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist. Dies kann als systematisches Argument dahingehend verstanden werden, dass „das Gesetz jedenfalls insoweit auch außerhalb der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG liegende, dem gemeindlichen Interesse dienende Verweigerungsgründe anerkennt“.⁷⁰⁸

Des Weiteren gilt § 1 EnWG für Energieversorgungsunternehmen.⁷⁰⁹ Die Einräumung eines Wegenutzungsrechts i.S.v. § 46 Abs. 2 EnWG stellt ein Verhältnis zwischen einem Energienetzbetreiber und der jeweiligen über die kommunale Wegehoheit verfügende Gebietskörperschaft dar und nicht das Verhältnis zwischen einem Letztverbraucher und einem Energieversorgungs-

⁷⁰³ Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (240).

⁷⁰⁴ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 41; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 49.

⁷⁰⁵ Mau/Bormann, ZNER 2013, S. 459 (461).

⁷⁰⁶ Mau/Bormann, ZNER 2013, S. 459 (461).

⁷⁰⁷ Mau/Bormann, ZNER 2013, S. 459 (461); Fischer/Wolf/Embacher, RdE 2012, S. 274 (278).

⁷⁰⁸ Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 33.

⁷⁰⁹ Siehe § 2 Abs. 1 EnWG.

unternehmen.⁷¹⁰ Ein Energieversorgungsunternehmen ist an die Ziele des § 1 EnWG gebunden, kann aber gleichfalls auch andere Ziele verfolgen. In erster Linie verfolgt es natürlich wirtschaftliche Interessen, die jedoch auch nicht in § 1 EnWG aufgeführt sind. Aus systematischer Sicht ist nicht erkennbar, weshalb die Kommune, die nun nach § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG an die Ziele des § 1 EnWG gebunden ist, nicht ebenfalls weitere Auswahlkriterien als die dortigen einbeziehen darf, die an sich im § 1 EnWG nicht aufgezählt sind.⁷¹¹

c) Sinn und Zweck

Der Sinn und Zweck des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG bekräftigt die Möglichkeit zu einer Heranziehung weiterer Auswahlkriterien neben den in § 1 EnWG aufgezählten Zielen. Aufgrund des im Rahmen der EnWG-Novelle neu eingefügten § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG wird deutlich, dass eine Kommune die Ziele des § 1 EnWG auf jeden Fall in das Auswahlverfahren einbeziehen muss. Der Verweis auf § 1 EnWG dient der Sicherstellung einer leistungsgebundenen Energieversorgung. Solange eine kommunale Gebietskörperschaft aber keine Auswahlkriterien festlegt, die den Zielen des § 1 EnWG entgegenstehen, müssen diese zulässig sein.⁷¹² Wenn eine Kommune in die Bewertungsmatrix die Ziele des § 1 EnWG aufnimmt, also dem gesetzlichen Verweis gem. § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG nachkommt, muss es ihr gestattet sein, anderweitige Kriterien einzubeziehen, weil sie jedenfalls die gesetzliche Pflicht eingehalten hat. Eine andere Bewertung läge vor, wenn die Ausgangslage so wäre, dass § 1 Abs. 1 EnWG abschließend ist, wofür es aber keine eindeutigen Hinweise gibt. Überdies kommt es immer auf die Größe einer kommunalen Gebietskörperschaft an, die unterschiedlich ist und entsprechend abweichende Auswahlkriterien und somit einen kommunalen Beurteilungsspielraum erfordert.⁷¹³

d) Zwischenfazit

Sowohl der Wortlaut, die Systematik als auch der Sinn und Zweck des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG sprechen nicht gegen die Zulassung weiterer Auswahlkriterien. Insoweit ist nämlich der Wortlaut offen und es mangelt an einer expliziten Wortwahl des Gesetzgebers, dass nur die in § 1 Abs. 1 EnWG aufge-

⁷¹⁰ Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 67; Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (239).

⁷¹¹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (240 f.).

⁷¹² Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (241). Teilweise sind die Ziele des § 1 EnWG im Verhältnis zueinander bereits an sich widersprüchlich, siehe W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 71; Mau/Bormann, ZNER 2013, S. 459 (461 f. m.w.N.).

⁷¹³ Mau/Bormann, ZNER 2013, S. 459 (461).

zählten Kriterien zulässig sein dürfen. Außerdem zeigt die systematische Auslegung, dass fiskalische Interessen zulässig sein können, obwohl diese nicht in § 1 Abs. 1 EnWG aufgeführt sind. Nach dem Sinn und Zweck können nur solche Kriterien nicht weiter festgelegt werden, die im Widerspruch zu den gesetzlich Vorgegebenen stehen. Insgesamt ist mithin festzuhalten, dass weitere Auswahlkriterien neben denen in § 1 Abs. 1 EnWG Genannten zulässig sein müssen.

e) Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG

Geklärt werden muss noch die Frage, ob die Vorschrift des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG, welche die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet, mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht gem. Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar ist.⁷¹⁴ Das gewährleistete Selbstverwaltungsrecht gilt, wie auch oben bereits mehrfach erwähnt,⁷¹⁵ lediglich „im Rahmen der Gesetze“. Zu den einschränkenden Normen gehört der § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG.⁷¹⁶ Die jeweilige Kommune hat weiterhin die Möglichkeit mit einem eigenen Netzbetrieb am wettbewerblichen Auswahlverfahren teilzunehmen und unter Umständen sogar weitere Kriterien neben Zielen des § 1 EnWG einzubeziehen.⁷¹⁷ § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG muss folglich als verhältnismäßig erachtet werden.⁷¹⁸ Der Kernbereich der kommunalen Selbstverwal-

⁷¹⁴ Insgesamt sehr kritisch zur Rechtsprechung hinsichtlich der Auswahlkriterien und der Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG äußert sich *Wieland*, DÖV 2015, S. 169 (169 ff.); siehe außerdem *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 33 f.

⁷¹⁵ Siehe beispielsweise hierzu B.I.2.b.

⁷¹⁶ OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 44.

⁷¹⁷ OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 44.

⁷¹⁸ OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 44; vgl. auch *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 62 ff., welcher die kommunalen Einschränkungen als verfassungsgemäß ansieht. Ferner zur im Ergebnis bejahenden Vereinbarkeit des gesamten § 46 EnWG mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ohne konkrete Bezugnahme auf den § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG siehe *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 664 ff. Auch das VG Stuttgart, Beschluss vom 29.04.2013, Az. 7 K 929/13, juris-Rn. 32, kommt zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich des § 46 EnWG ein verhältnismäßiger Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG vorliegt.

tungsgarantie wird durch den § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG nicht tangiert.⁷¹⁹ Ebenso geht der BGH richtigerweise davon aus, dass die Bindung einer örtlichen Gebietskörperschaft an die Ziele des § 1 EnWG im Hinblick auf das Auswahlverfahren mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar ist.⁷²⁰

2. Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG

Nachdem nun festgestellt wurde, dass die Einbeziehung weiterer Kriterien neben den in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zielen möglich sein muss, stellt sich die Frage, mit welcher Intensität eine kommunale Gebietskörperschaft an die Ziele des § 1 EnWG gebunden ist. Wegen des klaren Wortlautes in § 46 Abs. 5 S. 3 EnWG ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Gemeinde verpflichtet ist, den Zielkanon des § 1 EnWG bei ihrer Auswahlentscheidung einzubeziehen.⁷²¹ Nur gilt es zwischen den Begrifflichkeiten zu unterscheiden. Zu klären ist, was „verpflichtet“ meint und ob es einem „berücksichtigen“ oder „beachten“ gleichsteht. Während der Begriff „beachten“ immer einen zwingenden und unausweichlichen Einbezug meint, verlangt hingegen ein „berücksichtigen“ lediglich überhaupt einen Einbezug.⁷²² Darüber hinaus kann eine Übertragung der inhaltlichen Bedeutung dieser Begrifflichkeiten vorgenommen werden, wie sie in Fällen der Raumordnung zu verstehen sind. Im Rahmen des § 4 Abs. 1 ROG bedeutet die Pflicht etwas zu beachten „eine strikte Bindung an die Vorgabe des Ziels“.⁷²³ Eine Berücksichtigungspflicht hingegen erfordert nur „etwas in Abwägungs- und Ermessensentscheidungen einzustellen“.⁷²⁴

Die diesbezüglich bislang konkreteste Aussage in der Rechtsprechung hat das OVG Lüneburg⁷²⁵ getroffen. Dieses geht davon aus, „dass die Ziele des § 1 EnWG mindestens gleichwertig, also zu mindestens 50 % in die Auswahlbewertung einfließen müssen“.⁷²⁶ Eine Kommune soll demnach rechtlich

⁷¹⁹ Höch, RdE 2013, S. 60 (63); siehe bezüglich des gesamten § 46 EnWG, Wieland, DÖV 2015, S. 169 (171). Eine Verletzung des Kernbereichs hielten Mau/Bormann, ZNER 2013, S. 459 (462) jedoch für denkbar, wenn eine Kommune strikt an § 1 EnWG gebunden wäre.

⁷²⁰ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. 66/12, juris-Rn. 43; kritisch im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (241).

⁷²¹ Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (96).

⁷²² Vgl. Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (239).

⁷²³ Goppel/Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 2010, § 4 Rn. 22.

⁷²⁴ Goppel/Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 2010, § 4 Rn. 52.

⁷²⁵ OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12.

⁷²⁶ OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 44. Diese Prozentangabe kritisieren Massumi, EWeRK 2013, S. 344 (347), der bei Erwähnung einer solchen, eine tiefergehende Auseinandersetzung angesichts der Gewichtungsfragen vermisst

zwingend an die in § 1 EnWG genannten Ziele gebunden sein und kann nicht selbst entscheiden, ob sie diese nun in ihre Bewertungsmatrix einbezieht, da der Gesetzgeber die kommunale Gebietskörperschaft verpflichtet, die Ziele des § 1 EnWG bei einem Auswahlverfahren heranzuziehen.⁷²⁷ Es ist davon auszugehen, dass offensichtlich viele Wertungskriterien unter die genannten Zielsetzungen des § 1 EnWG subsumiert werden können.⁷²⁸ Somit kann eine derartige prozentuale Vorgabe ein weiterer Hinweis darauf sein, dass die Ziele des § 1 EnWG jedenfalls von einer Kommune wesentlich in die Bewertungsmatrix aufgenommen werden müssen, wenn auch eine trennscharfe Abgrenzung einzelner Kriterien häufig nicht möglich ist.⁷²⁹ Besondere kommunale Interessen dürfen zumindest nicht stärker gewichtet werden als die geschriebenen netzbezogenen Auswahlgründe,⁷³⁰ welche in § 1 Abs. 1 EnWG enthalten sind. Außerdem ist es enorm wichtig, dass Unterkriterien gleichfalls eine Gewichtung erhalten, um dem Transparenzgebot zu genügen und eine Manipulation nicht zuzulassen.⁷³¹

Die übrige Rechtsprechung hat bislang auf prozentuale Angaben verzichtet, wie stark die Ziele des § 1 EnWG einbezogen werden müssen und nur auf die rechtliche Bedeutung des § 1 EnWG abgestellt.⁷³² Demgemäß reicht es nicht aus, wenn eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft bloß die genannten Ziele berücksichtigt.⁷³³ So fordert das OLG Karlsruhe eine „schwerpunktmaßige Berücksichtigung“ des § 1 EnWG.⁷³⁴ Das OLG Schleswig ging da-

und Nonnen, IR 2013, S. 231 (232), welche diese für „willkürlich“ hält. Höch, RdE 2013, S. 60 (67) und Sauer, EWeRK 2014, S. 159 (163, Übersicht auf S. 168 f.) gehen von (mindestens) 75 % aus. Siehe hierzu gleichfalls Energiekartellbehörde Baden-Württemberg, Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe vom 09.07.2013, S. 2 ff., welcher für „sonstige Belange des Vergebenden“ (S. 5) lediglich 5-15 Punkte von insgesamt möglichen 100 Punkten vorsieht.

⁷²⁷ OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 44.

⁷²⁸ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 731; ders., EWeRK 2012, S. 106 (113).

⁷²⁹ So ist beispielsweise denkbar das Auswahlkriterium „Netzentgelte“ der Preisgünstigkeit, der Verbraucherfreundlichkeit oder aber eben auch der Effizienz zuordnen, Schulte-Beckhausen/Hofmann, RdE 2015, S. 13 (15).

⁷³⁰ OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 44.

⁷³¹ LG Köln, Urteil vom 06.06.2014, Az. 90 O 169/13, juris-Rn. 51.

⁷³² Siehe beispielsweise OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 51; OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.11.2013, Az. 201 Kart 1/13, juris-Rn. 65 ff.; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 106 ff.

⁷³³ OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.11.2013, Az. 201 Kart 1/13, juris-Rn. 65.

⁷³⁴ OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 51.

von aus, dass die Auswahlkriterien sich primär an diesem orientieren müssen.⁷³⁵ Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum teilweise als eine zu starke Verpflichtung angesehen.⁷³⁶ Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss sich die Auswahl eines zukünftigen Energiemetztreibers durch eine kommunale Gebietskörperschaft „vorrangig“ an den Zielen des § 1 EnWG orientieren.⁷³⁷ Die Ansicht der überwiegenden Rechtsprechung setzt daher den Schwerpunkt bei der Festlegung der Auswahlkriterien auf die durch den Gesetzgeber genannten Ziele. So wird teilweise von einem Rangverhältnis ausgegangen, weil der BGH von „vorrangig“ spricht und weitere Auswahlkriterien, die nicht den Zielen des § 1 EnWG entsprechen, lediglich „dann berücksichtigt werden dürfen, wenn zwei oder mehrere Bieter sich im Hinblick auf die „vorrangigen“ Kriterien als gleichwertig erweisen.“⁷³⁸ Dies entspricht dem üblichen Verständnis eines Rangverhältnisses im juristischen Sprachgebrauch, wie er etwa § 879 BGB zugrunde liegt, während ein bloßes prozentualles Übergewicht regelmäßig durch den Begriff „überwiegend“ zum Ausdruck gebracht werde.⁷³⁹

Vielmehr ist aber zu befürworten, dass die Ziele des § 1 EnWG nicht vorrangig oder gar ausschließlich als Wertungskriterien einbezogen werden müssen,⁷⁴⁰ weil eine solche Ansicht nicht dem Wortlaut des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG entnommen werden kann.⁷⁴¹ Jedoch sollten diese Ziele durch die Kommune zumindest berücksichtigt werden.⁷⁴² Wichtig ist außerdem, dass die Auswahlkriterien generell mit dem Netzbetrieb zusammenhängen.⁷⁴³ Die Ziele des § 1 EnWG müssen daher berücksichtigt werden, selbst wenn die Gemeinde den Netzbetrieb zukünftig selbst ausführen möchte. Ein Anhaltspunkt, der

⁷³⁵ OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 106 ff; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 127 ff.

⁷³⁶ Sauer, EWeRK 2013, S. 28 (41).

⁷³⁷ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 36, 41 m.w.N.; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 49.

⁷³⁸ Schulz-Gardyan, N&R 2014, S. 172 (174 f.).

⁷³⁹ Schulz-Gardyan, N&R 2014, S. 172 (174).

⁷⁴⁰ Schulz/Tischer, GewArch 2014, S. 1 (5); Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (240). Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, S. 11 gehen sogar davon aus, dass „der weite Entscheidungsspielraum der Kommunen und ihre Kriterienfindungskompetenz nicht wesentlich eingeschränkt“ wird.

⁷⁴¹ Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (240).

⁷⁴² W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 74; Wieland, DÖV 2015, S. 169 (174); Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (240).

⁷⁴³ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 731.

eine Kommune im Auswahlverfahren stärker an die Ziele bindet, geht nicht aus dem Gesetzeswortlaut hervor.⁷⁴⁴ Möchte die jeweilige Gemeinde eine (Re-)Kommunalisierung durchführen, welche mit der gegenwärtigen höchstrichterlichen Rechtsprechung im Einklang steht, muss sie die Ziele des § 1 EnWG sogar maßgeblich in die Wertungskriterien einfließen lassen. Die vom BGH geforderte vorrangige Einbeziehung der Ziele des § 1 EnWG schließt weitere Kriterien nicht aus. Die Gemeinden sind also im Hinblick auf die Auswahl der entscheidenden Wertungskriterien und deren jeweilige Gewichtung nicht gänzlich eingeschränkt, sondern können noch wesentlichen Einfluss darauf nehmen, sofern ein sachlicher Bezug gegeben ist.⁷⁴⁵ Das ist wichtig, weil dadurch den jeweiligen lokalen Interessen der in der kommunalen Gebietskörperschaft ansässigen Letztverbraucher, für die ein solcher Wettbewerb veranstaltet wird, Rechnung getragen werden kann.⁷⁴⁶ Die Schwerpunktsetzung der Kriterien kann von Kommune zu Kommune sehr abweichen.

III. Die einzelnen entscheidungserheblichen Kriterien

Es gibt bestimmte Auswahlkriterien, die eine (re-)kommunalisierungswillige Gebietskörperschaft gerne festlegen und dann prozentual höher gewichten möchte, damit das Obsiegen des eigenen im wettbewerblichen Verfahren angetretenen Netzbetriebes erreicht wird. Hierbei handelt es sich um Kriterien, die eine besondere Relevanz für die Kommune aufweisen, weil diese gerade der Beweggrund sein könnten, zukünftig selbst die Aufgabe des Netzbetriebes erstmalig oder erneut zu übernehmen. Daher sollen im Folgenden lediglich die Auswahlkriterien betrachtet werden, die im Rahmen eines (Re-)Kommunalisierungswunsches eine übergeordnete Rolle spielen können.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ Brüning/Schulz, EWeRK 2013, S. 237 (240).

⁷⁴⁵ W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 74; Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 91 f. Ebenfalls geht Danner, in: ders./Theobald, Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 123, davon aus, dass die von der Kommune festgelegten Auswahlkriterien nach Belieben gewichtet werden dürfen.

⁷⁴⁶ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 731.

⁷⁴⁷ Für eine umfangreiche Auflistung zulässiger und unzulässiger Kriterien siehe Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 732 ff.

1. Fiskalische Interessen der Kommune

Die aus der Sicht vieler Kommunen wohl wichtigste Absicht, zukünftig den Netzbetrieb selbst vornehmen zu wollen, ist die Verfolgung fiskalischer Interessen. Ein kommunaleigener Netzbetrieb bietet die Möglichkeit, Gewinne zu generieren, die der örtlichen Gebietskörperschaft zu Gute kämen. Sofern ein Bewerber nicht die Bereitschaft zeigt, die höchstzulässigen Konzessionsabgaben zu zahlen, kann die kommunale Gebietskörperschaft gem. § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG einen Wegenutzungsvertragsabschluss ablehnen.⁷⁴⁸ Obwohl diese Regelung gerade nicht eine preisgünstige Versorgung i.S.d. § 1 EnWG fördert, hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG seine diesbezügliche Akzeptanz zum Ausdruck gebracht.⁷⁴⁹ In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass die gesetzgeberisch zugelassenen Einnahmen durch die KAV für den kommunalen Haushalt von größter Bedeutung sind.⁷⁵⁰ Die höchstzulässige Konzessionsabgabe zu erreichen, ist dabei sehr gebräuchlich.⁷⁵¹ Nur weitere Nebenleistungen, welche in § 3 KAV festgehalten sind, dürfen zwischen dem Energienetzbetreiber und der jeweiligen Kommune vereinbart oder gewährt werden.⁷⁵² Die gesetzgeberische Wortwahl „vereinbaren oder gewähren“ in § 3 Abs. 1 KAV bringt zum Ausdruck, dass die Nebenleistungen bei den Auswahlkriterien eine Rolle spielen können⁷⁵³ und fiskalische Interessen somit als Auswahlkriterium zulässig sein müssen.⁷⁵⁴ Die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft ist auch dazu angehalten, ihre eigenen fiskalischen Interessen zu vertreten.⁷⁵⁵ Teilweise wird in der Literatur angenommen, dass die Berücksichtigung fiskalischer Interessen bei einem Auswahlverfahren nicht zulässig ist, da diese ein Kriterium ohne einen Netzbezug darstellen.⁷⁵⁶ Andere wiederum erachten diese als zulässig,⁷⁵⁷

⁷⁴⁸ Dazu auch Höch, RdE 2013, S. 60 (63 f.).

⁷⁴⁹ Höch, RdE 2013, S. 60 (64).

⁷⁵⁰ Büdenbender, DVBl. 2012, S. 1530 (1538).

⁷⁵¹ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 195.

⁷⁵² Zum Nebenleistungsverbot siehe Albrecht, in Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 213 ff.

⁷⁵³ Fischer/Wolf/Embach, RdE 2012, S. 274 (278).

⁷⁵⁴ W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 74; Mau/Borrman, ZNER 2013, S. 459 (461).

⁷⁵⁵ Fischer/Wolf/Embach, RdE 2012, S. 274 (278).

⁷⁵⁶ Sodan, LKV 2013, S. 433 (439); ähnlich auch Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Energirecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 132; Burgi, NdsVBl. 2012, S. 225 (231).

weil das Gesetz die Verfolgung eines solchen Interesses nicht verbiete.⁷⁵⁸ Jedemfalls ist aber davon auszugehen, dass Höchstsätze im Rahmen der Konzessionsabgabe zulässig sein müssen, weil § 46 Abs. 1 EnWG dies deutlich zu erkennen gibt und außerdem die in der KAV festgehaltenen Preisobergrenzen klar dafür sprechen.⁷⁵⁹ Ferner dürfen Kommunalrabatte sowie zulässige Kostenertattungen des Energienetzbetreibers geregelt werden.⁷⁶⁰ Alle anderen fiskalischen Interessen seien als nicht zulässig einzustufen und dürfen auch im späteren Konzessionsvertrag keine Erwähnung finden.⁷⁶¹

Nach Aussage des VG *Oldenburg* können neben den Zielen des § 1 EnWG unter anderem gleichfalls die fiskalischen Interessen verfolgt werden.⁷⁶² Das OLG *Schleswig* ist hingegen strenger als das VG *Oldenburg* und geht davon aus, dass eine Gemeinde „erst in zweiter Linie“ im Rahmen eines Auswahlverfahrens derartige Belange heranziehen darf.⁷⁶³ Die fiskalischen Interessen dürfen also nicht auf primärer Ebene eine Bedeutung erlangen.⁷⁶⁴ Im Vergleich zum VG *Oldenburg* handelt es sich um eine Rechtsprechung, die den Kommunen keine maßgeblichen Möglichkeiten bietet, ihren fiskalischen Interessen nachzukommen. Sobald eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft mit den Kriterien allerdings „einen ausreichenden Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrages“ herstellt, dürfen laut des BGH fiskalische Interessen im Rahmen einer Wegenutzungsrechtseinräumung eine Berücksichtigung finden.⁷⁶⁵ Nach dieser Rechtsprechung ist aber nur das erlaubt, was die KAV als

⁷⁵⁷ *Wieland*, DÖV 2015, S. 169 (173); *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 441; *Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer*, ER 2012, S. 22 (26 f.).

⁷⁵⁸ *Wieland*, DÖV 2015, S. 169 (173).

⁷⁵⁹ *Büdenbender*, DVBl. 2012, S. 1530 (1537 f.).

⁷⁶⁰ *Held/Fenzel*, LKV 2010, S. 19 (20).

⁷⁶¹ *Held/Fenzel*, LKV 2010, S. 19 (20).

⁷⁶² VG *Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 104; anderer Ansicht ist *Büdenbender*, DVBl. 2012, S. 1530 (1537).

⁷⁶³ OLG *Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 108.

⁷⁶⁴ OLG *Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 108.

⁷⁶⁵ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 75. Auf „einen sachlichen Bezug zur Konzession oder zum Netz“ wird ebenfalls im Gemeinsamen Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010, Rn. 23, abgestellt; bestätigt durch den Leitfaden vom 21.05.2015, Rn. 23. Mit dem wettbewerblichen Auswahlverfahren nicht vereinbar und daher zu weitgehend ist die Ansicht von *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 442, wonach die Vergabe an einem im Eigentum der Gemeinde stehenden Energieversorgungsunternehmen zu-

zulässig ansieht.⁷⁶⁶ Von einer lediglich sekundären Berücksichtigung geht der BGH demnach nicht aus, aber beschränkt die Verfolgung fiskalischer Interessen auf die Regelungen in der KAV. Es wurde damit aber deutlich gemacht, dass fiskalische Interessen bei der Festlegung der Auswahlkriterien prinzipiell eine Bedeutung haben können.⁷⁶⁷ Im Ergebnis muss es einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft daher gestattet sein, die Verfolgung fiskalischer Interessen wahrzunehmen, wenn diese sogar in der KAV genannt sind. Darüber hinaus kann der Verfolgung eines solchen Interesses nicht zugestimmt werden, weil die KAV insoweit als Regelung mit abschließendem Charakter anzusehen ist.⁷⁶⁸

2. Arbeitsplätze und § 613a BGB

Aufgrund des (Re-)Kommunalisierungsbegehrens liegt es sehr nahe, dass im Rahmen der Erstellung einer Bewertungsmatrix der Erhalt bzw. die Neuschaffung von örtlichen Arbeitsplätzen eine besondere Aufmerksamkeit erhält.⁷⁶⁹ Ein kommunaleigenes Netzbetreiberunternehmen wird im Regelfall einen innerörtlichen Sitz haben, mit dem gleichzeitig Arbeitsplätze verbunden sind. Deswegen wird es ein Anliegen der kommunalen Gebietskörperschaft sein, die Gewährleistung örtlicher Arbeitsplätze als ein Auswahlkriterium festzulegen.⁷⁷⁰ Insoweit ist nämlich davon auszugehen, dass ein kommunaleigenes Unternehmen dieses Kriterium jedenfalls erfüllt. Sicher ist, dass die Arbeitsverhältnisse des bisher aktiven Netzbetreibers auf den neuen Konzessionsinhaber übergehen, wenn das Leitungsnetz einen Betrieb i.S.d. § 613a BGB dar-

lässigerweise damit begründet werden könne, Gewinne des Unternehmens zu vereinnahmen.

⁷⁶⁶ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 45, 94.

⁷⁶⁷ Siehe hierzu auch Säcker, RdE 2015, S. 1 (8).

⁷⁶⁸ Vgl. Held/Fenzel, LKV 2010, S. 19 (20).

⁷⁶⁹ Beispielsweise lehnt Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 38 f., die Festlegung dieses Kriteriums ab, weil er insoweit die Aufzählung in § 1 Abs. 1 EnWG als abschließend betrachtet. Anderer Ansicht ist unter anderem Theobald, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 1 Rn. 149, der trotz des eingefügten § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG kommunalfreundliche Auswahlkriterien als zulässig erachtet.

⁷⁷⁰ Zumindest vor der EnWG-Novelle 2011 als zulässig erachtend Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 364 f.; Holznagel, NordÖR 2014, S. 301 (305), schätzt ein Kriterium, das die Arbeitsplätze sichern soll, als „schwierig“ ein, ohne dies jedoch näher zu begründen.

stellt.⁷⁷¹ Dies wird indessen selten der Fall sein. Der Grund dafür ist, dass der frühere Energienetzbetreiber, welcher häufig nicht nur innerhalb der betreffenden Gebietskörperschaft tätig ist, an das kommunaleigene Unternehmen im Regelfall lediglich Abschnitte des Verteilnetzes überlässt und dieses dann meist kein sowohl wirtschaftlich als auch organisatorisch abgrenzbarer Betrieb i.S.v. § 613a Abs. 1 BGB darstellt.⁷⁷² Die Arbeitnehmer großer Energieversorgungsunternehmen sind regelmäßig nicht ausschließlich für ein Netzgebiet zuständig, in dem das Unternehmen Konzessionsinhaber ist.⁷⁷³ Dann ist entscheidend, ob es sich um einen Betriebsteilübergang handelt oder nicht.⁷⁷⁴

In den vom *BGH* entschiedenen Fällen⁷⁷⁵ war das Kriterium der Arbeitsplätze nicht von Bedeutung. In der Literatur wird argumentiert, dass, sofern § 613a BGB mangels Zuordnungsfähigkeit der Arbeitsplätze zu dem örtlichen Verteilernetz nicht griffe, es nicht Aufgabe des Energierechts sei, diese Lücke zu schließen.⁷⁷⁶ Es ist auch nicht erkennbar, welche Norm das leisten sollte. Wenn also nicht gem. § 613a BGB die örtlichen Arbeitsplätze gesichert werden, solle keine Möglichkeit bestehen, mithilfe einer energiewirtschaftsrechtlichen Vorschrift dieses Ziel zu erreichen.

Das Auswahlkriterium soll aber nach der neuen Rechtsprechung des *BGH* nicht prinzipiell als unzulässig angesehen werden, weil auch beispielsweise fiskalische Interessen unter gewissen Voraussetzungen, obwohl diese nicht in

⁷⁷¹ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), *Energierecht*, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 70; Walk/Wiese, RdE 2012, S. 234 (235); Schulz, LKRZ 2012, S. 41 (44); Reck, KommJur 2009, S. 401 (407); vgl. auch Steckert, RdE 1996, S. 94 (97).

⁷⁷² Reck, KommJur 2009, S. 401 (407). Die wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen eines Betriebes/Betriebsteils i.S.d. § 613a Abs. 1 BGB werden nach dem *BAG* wie folgt definiert, *BAGE* 118, 168 (177): „Erforderlich ist die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden.“

⁷⁷³ Walk/Wiese, RdE 2012, S. 234 (235).

⁷⁷⁴ Dazu ausführlich Walk/Wiese, RdE 2012, S. 234 (235 ff.); Braedel, *Die Überlassung von Verteilungsanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG*, 2011, S. 112 ff.

⁷⁷⁵ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12.

⁷⁷⁶ Büdenbender, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2011, S. 39; vgl. ders., DVBl. 2012, S. 1530 (1537).

§ 1 Abs. 1 EnWG aufgeführt sind, einbezogen werden können.⁷⁷⁷ Bei den fiskalischen Interessen verlangt der BGH schließlich, wie bereits oben erwähnt, „einen ausreichenden Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags“.⁷⁷⁸ Dieses Erfordernis des Bezugs zum Konzessionsvertrag kann nicht einfach unmittelbar auf diese Problematik übertragen werden. Das Kriterium der Arbeitsplätze ist anders als das des fiskalischen Interesses eher durch einen sozialstrukturellen Bezug gekennzeichnet. Schafft es eine kommunale Gebietskörperschaft diese Verbindung zum Konzessionsvertrag im Hinblick auf das Auswahlkriterium „Arbeitsplätze“ herzustellen, ist eine zulässige Festlegung in der Bewertungsmatrix jedoch möglich. Die Arbeitsplatzschaffung bzw. -sicherung als Kriterium zu benennen, ist zulässig, sofern jeder Bewerber dieses in gleicher Weise erfüllen kann.⁷⁷⁹

3. Unternehmenssitz in der Gebietskörperschaft

Ferner hat eine Kommune ein erhebliches Interesse daran, dass der spätere Betreiber des Strom- und Gasversorgungsnetzes den Unternehmenssitz auf dem eigenen Gebiet hat. Die Kommune könnte dann insbesondere von Gewerbesteuereinnahmen profitieren.⁷⁸⁰ Natürlich kann auch der Sitz eines privaten Energienetzbetreibers innerhalb des eigenen Gemeindegebietes liegen, aber dass der Sitz eines kommunalen Unternehmens auf dem Gebiet liegt, ist deutlich wahrscheinlicher. Die Festlegung eines Auswahlkriteriums, welches fordert, dass der Unternehmenssitz des zukünftigen Energienetzbetreibers in der eigenen Gebietskörperschaft liegen sollte, stünde mit einem (Re-)Kommunalisierungsbestreben rechtlich im Einklang, sofern es der Zielerreichung von § 1 EnWG, also einem sicheren und verbraucherfreundlichen Netzbetrieb, dient.⁷⁸¹

Vor der Novelle des EnWG im Jahr 2011 wurde in der Literatur teilweise ohne weiteres davon ausgegangen, dass der Unternehmenssitz als Auswahl-

⁷⁷⁷ Hierzu BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 75.

⁷⁷⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 75.

⁷⁷⁹ Vgl. Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 76.

⁷⁸⁰ Diese müssen auch kommunale Unternehmen entrichten, siehe Hüttemann, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2002, S. 21 f.

⁷⁸¹ Vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 90 f. Dieser hat lediglich das Kriterium „Regionale Präsenz“ behandelt, worunter jedenfalls lokale Kundenbüros oder Netzstörungsstellen fallen. Das Kriterium „Unternehmenssitz in der Gebietskörperschaft“ wurde insoweit nicht abgeurteilt.

kriterium festgelegt werden darf.⁷⁸² Bereits damals wurde dieses Kriterium aber wohl ebenso abgelehnt.⁷⁸³ Nach der Novelle des EnWG spricht sich *Sauer* gegen eine Zulässigkeit der Aufnahme dieses Kriteriums in die Bewertungsmatrix aus.⁷⁸⁴ Begründet wird dies mit Art. 18 AEUV, der die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet und es somit nicht zulässig sein soll, festzulegen, dass sich der Unternehmenssitz im Inland bzw. im jeweiligen Ort befinden muss.⁷⁸⁵ Weiterhin stellt *Sauer* auf die Grundfreiheiten gem. Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) sowie Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) und somit auf das europäische Primärrecht ab.⁷⁸⁶

Ein sachlicher Grund käme allenfalls in Betracht, wenn die Gemeinde nachweisen kann, dass der Unternehmenssitz innerhalb der Gebietskörperschaft dazu dient, den Zielkanon des § 1 Abs. 1 EnWG besser zu erreichen.⁷⁸⁷ Eine Kommune muss sich wieder der Gegenfrage ausgesetzt sehen, weshalb der Sitz zwingend in der Gebietskörperschaft sein muss und es nicht ausreicht, wenn sich der Unternehmenssitz des Netzbetreibers in der näheren Umgebung der Gebietskörperschaft befindet. Ein sachlicher Grund ist dann nicht ersichtlich. Außerdem fehlt es an einem „sachlichen Zusammenhang zum Konzessionsvertrag“, wenn es der Kommune bei der Festlegung dieses Kriteriums um Gewerbesteuereinnahmen geht.⁷⁸⁸ Bewerber, welche in dem jeweiligen Ort nicht ansässig sind, werden sonst diskriminiert.⁷⁸⁹ Also ist im

⁷⁸² *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 364 f.; *ders.*, IR 2009, S. 125 (127); ebenfalls tendenziell in diese Richtung gehend *Reck*, KommJur 2009, S. 401 (404).

⁷⁸³ *Wilke*, NordÖR 2011, S. 431 (433), der die Ansässigkeit eines Bewerbers in der Region als ein unzulässiges Auswahlkriterium ansieht und demnach erst recht das Kriterium „Unternehmenssitz in der Gebietskörperschaft“ ablehnen müsste. Er stellt darauf ab, dass das Auswahlverfahren diskriminierungsfrei sein muss und Auswahlkriterien an die Bewerber an sich gerichtet sein müssen.

⁷⁸⁴ *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 758.

⁷⁸⁵ *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 758.

⁷⁸⁶ *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 758.

⁷⁸⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 91.

⁷⁸⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 91. Die Verfolgung von Gewerbesteuereinnahmen ist kein zulässiges fiskalisches Interesse, weil die Regelungen der KAV insoweit als abschließend zu betrachten sind und Gewerbesteuereinnahmen dort nicht genannt werden, siehe oben unter F.III.1.

⁷⁸⁹ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 91.

Ergebnis das Auswahlkriterium „Unternehmenssitz in der Gebietskörperschaft“ als unzulässig einzustufen.⁷⁹⁰

4. Einfluss- und Mitgestaltungsmöglichkeit

Eine kommunale Gebietskörperschaft hat regelmäßig das Anliegen, Einfluss auf den späteren Netzbetreiber nehmen zu können und gerade im Falle eines (Re-)Kommunalisierungsvorhabens diesen als zulässiges Auswahlkriterium festlegen zu dürfen. Das eigene kommunale Unternehmen möchte sich im Wettbewerb durchsetzen. Mithin könnte das kommunale Unternehmen eine bessere Bewertung erhalten als andere Bewerber.

Erforderlich ist eine Differenzierung zwischen dem Einfluss, damit möglichst die Ziele des § 1 EnWG erreicht werden und einem solchen, der kommunalpolitische Absichten verfolgen soll. In der Literatur wird das Auswahlkriterium der Möglichkeit einer Einflussnahme auf den Energienetzbetreiber nicht einheitlich beurteilt.⁷⁹¹

Das *VG Oldenburg* geht davon aus, dass die Möglichkeit der Einflussnahme durch eine Kommune auf den Netzbetrieb ein zulässiges Wertungskriterium darstellt.⁷⁹² Das *OVG Lüneburg* bemängelt, dass unter anderem die Einflussnahmemöglichkeit bei der Bewertung übergewichtet wurde und nicht die Ziele des § 1 EnWG in ausreichendem Maße in die Bewertungsmatrix auf-

⁷⁹⁰ Im Rahmen des Kriteriums „Regionale Präsenz“ hat so auch der *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 90 f., dem Berufungsgericht zugestimmt und es als unzulässig erachtet; *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 758, lehnt es ebenso ab.

⁷⁹¹ Sehr kommunalfreundlich in Bezug auf eine Einflussmöglichkeit sind *Theobald*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 145; *Hellermann*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 38. *Säcker*, RdE 2015, S. 1 (8) und *Schüttpelz*, VergabeR 2013, S. 361 (366), schließen es nicht generell aus. Ablehnend *Schulz-Gardyan*, N&R 2014, S. 172 (176), der darauf hinweist, das EnWG sehe keinen echten Einfluss der kommunalen Gebietskörperschaft auf den Netzbetrieb vor. *Höch*, RdE 2013, S. 60 (64 f.), stuft es ausdrücklich als unzulässig ein, weil er insbesondere davon ausgeht, dass aus der Gewährleistungsverantwortung einer Kommune kein Einflussnahmerecht resultiert. Nach dessen Ansicht darf nicht der Bewerber „belohnt“ werden, der einer Kommune eine erhebliche Mitgestaltung ermöglichen wird.

⁷⁹² *VG Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, juris-Rn. 104, 114.

genommen worden sind.⁷⁹³ Das *LG Kiel* lehnt hingegen dieses Kriterium ab, weil es sich schlichtweg nicht um ein Ziel des § 1 EnWG handelt.⁷⁹⁴

Wiederum schließt der *BGH* grundsätzlich nicht aus, dass eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft die Möglichkeit der Einflussnahme als zulässiges Auswahlkriterium festgelegt.⁷⁹⁵ Nach Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung gehören dazu „Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf Effizienz, Sicherheit und Preisgünstigkeit des Netzbetriebes oder zur Absicherung ihrer Planungshoheit bei Netz- oder Kapazitätserweiterungen oder Maßnahmen zur Modernisierung des Netzes.“⁷⁹⁶ Damit spricht der *BGH* ausdrücklich den Zielkanon des § 1 EnWG an. Durch eine Einflussnahme auf den Netzbetreiber kann die Einhaltung von Qualitätsstandards beim Netzbetrieb sichergestellt werden.⁷⁹⁷ Die kommunalen Gebietskörperschaften müssen bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen dafür Sorge tragen, dass der jeweilige Betreiber des Strom- und Gasversorgungsnetzes während der Vertragslaufzeit den Zielvorgaben des § 1 EnWG tatsächlich nachkommt.⁷⁹⁸ Alle Bewerber müssen theoretisch in der Lage sein, die Leistungsbeschreibung zu erfüllen.⁷⁹⁹ Ein privater Netzbetreiber, der sich bewirbt, müsste überhaupt rechtlich den gleichen Einfluss wie bei einem kommunalen Unternehmen zulassen können. Wenn es um die Verwirklichung der Ziele gem. § 1 Abs. 1 EnWG geht, ist ein gleicher Einfluss möglich. Eine Einflussnahme könnte im Hinblick auf ein privates Unternehmen mittels konzessionsvertraglicher Regelungen geschaffen werden.⁸⁰⁰

Eine besondere Aufmerksamkeit ist seitens der Kommune ebenfalls geboten, wenn ein Bewerber eine spätere Mitgestaltung durch die kommunale

⁷⁹³ OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 44 f.

⁷⁹⁴ *LG Kiel*, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10, juris-Rn. 81 f. Die Kommune hat allerdings in diesem Fall auch den § 1 EnWG nicht einbezogen. Zustimmung im Hinblick auf dieses Problem, welches das *LG Kiel* zu lösen hatte, von *Sauer*, EWeRK 2012, S. 106 (113), der nochmal bekräftigt, dass der Grund einer Kommune, zukünftig Einflussnahme auf den Netzbetrieb haben zu wollen, eine (Re-)Kommunalisierung nicht rechtfertigen kann. Das *LG Kiel*, Urteil vom 21.09.2012, Az. 14 O 19/12 Kart, juris-Rn. 85 f., hat nochmals deutlich gemacht, dass die Ziele des § 1 EnWG maßgeblich sein sollten und es einer Kommune unter anderem bei der Festlegung von Auswahlkriterien nicht um einen Einfluss auf den Netzbetrieb gehen darf. Ob das *LG Kiel* nun gänzlich dieses Kriterium als unzulässig ansieht, ist aber nicht deutlich geworden.

⁷⁹⁵ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 52, 97.

⁷⁹⁶ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 52.

⁷⁹⁷ *Theobald*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), *Energierecht*, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 145.

⁷⁹⁸ *Theobald*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), *Energierecht*, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 145.

⁷⁹⁹ *Sodan*, LKV 2013, S. 433 (438).

⁸⁰⁰ *Sauer*, EWeRK 2012, S. 106 (113).

Selbstverwaltungskörperschaft ermöglichen möchte, indem ihr eine Beteiligung an der Energienetzbetreibergesellschaft angeboten wird.⁸⁰¹ Darunter kann im Einzelfall – je nach Höhe der Beteiligung – auch eine (Re-)Kommunalisierung verstanden werden. Hier droht jedoch gerade die Gefahr, dass die Kommune ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, weil die Grenzen der KAV nicht eingehalten würden oder umgangen werden könnten und außerdem droht die Verfälschung eines Leistungswettbewerbs auf der Anbieterseite.⁸⁰² Jedenfalls darf in der Beschreibung kein kommunalrechtlicher Einfluss verlangt werden.⁸⁰³

In einem (Re-)Kommunalisierungsfall hat das *LG Köln* eine zu starke Gewichtung dieses Kriteriums kritisiert, da ein kommunales Unternehmen dieses leichter als andere Bewerber erfüllen könnte und diese dann diskriminiert werden könnten.⁸⁰⁴ Grundsätzlich ist auch davon auszugehen, dass die Festlegung eines Kriteriums, welches eine gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeit der Kommune sichern soll, nicht zulässig ist.⁸⁰⁵ Eine Ausnahme kann laut des *BGH* nur dann bestehen, sofern nicht anderweitig, beispielsweise mit Hilfe von vertragsrechtlichen Bestimmungen, die Ziele des EnWG hinsichtlich des Netzbetriebes in Zukunft erreicht werden können.⁸⁰⁶ Andernfalls würden Bewerber benachteiligt werden, die eigenverantwortlich und somit ohne eine gesellschaftsrechtliche Einflussnahme durch die Kommune das Netz betreiben möchten.⁸⁰⁷ *Sauer* geht konsequent davon aus, dass das Angebot einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung unzulässig ist.⁸⁰⁸ Er argumentiert unter anderem damit, dass eine gesellschaftsrechtliche Beteiligungsforderung keinen sachli-

⁸⁰¹ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 53.

⁸⁰² Darauf hat das *Bundeskartellamt* hingewiesen, *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 53.

⁸⁰³ *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013, S. 76.

⁸⁰⁴ *LG Köln*, Urteil vom 06.06.2014, Az. 90 O 169/13, juris-Rn. 55.

⁸⁰⁵ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 53, vgl. Rn. 97.

⁸⁰⁶ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 53. Für *Theobald*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 145, stellt es wohl nicht lediglich eine Ausnahme dar: „Bewertet werden können schließlich auch Formen und Möglichkeiten zur Partizipation der Kommunen, etwa im Rahmen von gesellschaftsrechtlichen Kooperationen“.

⁸⁰⁷ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 53.

⁸⁰⁸ *Sauer*, EWeRK 2013, S. 100 (109 f.); *ders.*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 750 f. Diese Ansicht vertritt ebenso *Schulz-Gardyan*, N&R 2014, S. 172 (177).

chen Zusammenhang zum Gegenstand des Konzessionsvertrages und der Netzbetriebstätigkeit herstelle.⁸⁰⁹

Insgesamt zeigt sich, dass eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft eine Einflussnahme in die Bewertungsmatrix aufnehmen darf und sich sogar zusichern lassen sollte, wenn es ihr darum geht, Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG zu verwirklichen. Ein Kriterium, welches der Verfolgung rein kommunalpolitischer Interessen mithilfe eines gesellschaftsrechtlichen Einflusses dienen soll, ist hingegen nicht zulässig.

5. Vorantreiben erneuerbarer Energien

Eine weitere Motivation einer Kommune den örtlichen Netzbetrieb zu übernehmen, könnte darin liegen, andere Wertschöpfungsketten im Bereich der Energiewirtschaft, wie die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien bzw. deren Vertrieb, zu unterstützen. Die Festlegung eines Auswahlkriteriums, welches dieses fordert, ist indessen als äußerst problematisch einzustufen.⁸¹⁰ Sonstige Wirtschaftszweige der Energiewirtschaft, namentlich die des Erzeugungs- und des Vertriebssektors, können als Kriterien in die Bewertungsmatrix nämlich grundsätzlich nicht aufgenommen werden.⁸¹¹ Der Grund hierfür ist, dass der Energienetzbetreiber und der Strom- und Gaslieferant keine Identität aufweisen, was die Folge der Entflechtungsvorschriften gem. §§ 6 ff. EnWG ist⁸¹² und daher nicht der Netzbetreiber über die Einspeisung erneuerbarer Energien in das Verteilnetz entscheidet.⁸¹³ Ein Konzessionsvertrag darf aus diesem Grund keine Vorgaben mehr zum Betrieb einer Erzeugungsanlage enthalten.⁸¹⁴ Die kommunale Gebietskörperschaft soll die Ziele ihrer energiewirtschaftlichen Kommunalpolitik im Bereich der Erzeugung und den Vertrieb nicht dadurch erreichen, indem sie ihre Alleinstellung bei der Wegenutzungsrechtseinräumung ausnutzt.⁸¹⁵ Eine Kommune verstößt sonst

⁸⁰⁹ Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 751.

⁸¹⁰ Beispielsweise schließt Holznagel, NordÖR 2014, S. 301 (305), solche Kriterien, die einen Bezug zur Energieerzeugung aufweisen, gänzlich aus.

⁸¹¹ Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (97). Die Ansicht von Büdenbender, DVBl. 2012, S. 1530 (1533, 1537), welcher die Erzeugung und den Vertrieb von Energie als ein nicht zulässiges Auswahlkriterium einstuft, ist somit als richtig anzusehen; siehe auch Holznagel, DÖV 2014, S. 301 (305).

⁸¹² Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (16); dazu auch Byok/Dierkes, RdE 2011, S. 394 (401).

⁸¹³ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 58.

⁸¹⁴ Kahl/Schmidtchen, RdE 2012, S. 1 (3).

⁸¹⁵ Höch, RdE 2013, S. 60 (61).

beispielsweise gegen §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.], wenn sie versucht, Einfluss auf den Vertrieb eines Bewerbers zu nehmen.⁸¹⁶ Unmittelbar kann der Konzessionär nicht darauf einwirken, dass durch dessen Verteilnetz erneuerbare Energie fließt.⁸¹⁷

Im Grundsatz hat der Gesetzgeber gem. § 8 Abs. 1 EEG, verkürzt geschrieben, normiert, dass Netzbetreiber verpflichtet sind, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien vorrangig an ihr Netz anzuschließen und dass die Netzbetreiber gem. § 11 Abs. 1 EEG vorrangig den Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen haben. Idealerweise könnte ein kommunaleigener Energiernetzbetrieb das Verteilnetz erweitern, um das Einspeisen von erneuerbaren Energien dadurch zu beschleunigen.⁸¹⁸ Es wird die Meinung vertreten, dass die Entscheidung für einen Netzbetreiber nicht davon abhängen dürfe, ob er einen Beitrag zur Förderung erneuerbarer Energien leiste.⁸¹⁹ Das vorgebrachte Argument ist, dass der einzelne Netzbetreiber zu einem solchen Sonderbeitrag gar nicht in der Lage sei, weil er wie jeder andere Netzbetreiber ohnehin zur umfassenden Förderung der Stromerzeugung durch erneuerbare Energien gesetzlich verpflichtet sei.⁸²⁰ Ein Auswahlkriterium des freiwilligen Netzausbau, um unmittelbar erneuerbare Energien zu fördern, ist insgesamt als nicht zulässig zu bewerten,⁸²¹ damit die Einhaltung der eingefügten Entflechtungsvorschriften gewährleistet wird.

Unabhängig von gesetzlichen Bestimmungen besteht allerdings die Möglichkeit mittelbar erneuerbare Energien zu fördern.⁸²² Die kommunalen Gebietskörperschaften können, um die regenerativen Energien voranzutreiben, weitere Schritte einleiten.⁸²³ Damit ist gemeint, dass ausschreibende Selbst-

⁸¹⁶ Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010, Rn. 22 m.w.N.

⁸¹⁷ Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (16).

⁸¹⁸ Lehner/Templin/Theobald, VerwArch, Bd. 102 (2011), S. 83 (104); vgl. hierzu auch § 14 Abs. 1b S. 1 EnWG.

⁸¹⁹ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 36.

⁸²⁰ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 36.

⁸²¹ Siehe auch Säcker, RdE 2015, S. 1 (7 f.); Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (16) m.w.N.; Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 142.

⁸²² Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (16).

⁸²³ Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (16).

verwaltungskörperschaften die Betriebskonzepte von den Bewerbern dahingehend überprüfen können, ob diese für eine Förderung erneuerbarer Energien einstehen.⁸²⁴ Denkbar ist beispielsweise, dass die Muttergesellschaft eines Bewerbers anbietet, innerhalb der Gebietskörperschaft einige Photovoltaik-Anlagen, an welchen die Bürger beteiligt sind, zu errichten.⁸²⁵ Allein § 1 Abs. 1 EnWG verlangt von den ausschreibenden Selbstverwaltungskörperschaften festzustellen, welche Konsequenzen ihre Auswahlentscheidung im Hinblick auf die Förderung erneuerbarer Energien hat.⁸²⁶

6. Effizienzwerte

Sehr bedeutsam könnte der Effizienzwert eines Energienetzbetreibers sein, der sich um die Wegenutzungsrechtseinräumung bewirbt. Der § 12 Abs. 1 S. 1 ARegV schreibt – verkürzt dargelegt – vor, dass die Bundesnetzagentur vor Beginn einer Regulierungsperiode einen bundesweiten Effizienzvergleich für die Betreiber von Elektrizitäts- und Gasverteilernetzen mit dem Ziel durchzuführen hat, die Effizienzwerte für diese Netzbetreiber zu ermitteln. Diese Effizienz bezieht sich auf die entstehenden Kosten eines Netzbetreibers.⁸²⁷ Mit einem Effizienzwert kann ein Vergleich angestellt und somit ausgedrückt werden, wie effizient ein Energienetzbetreiber im Verhältnis zu anderen arbeitet.⁸²⁸ Büdenbender geht davon aus, dass dieser festgestellte Effizienzwert die Leistung eines Energienetzbetreibers widerspiegelt und sich die ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft daran wesentlich orientieren sollte.⁸²⁹ Nach seiner Ansicht soll dieser somit das ausschlaggebende Kriterium sein, weil lediglich dann die kommunale Entscheidung sachgerecht ist.⁸³⁰ Der Effizienzwert ist für Schulz-Gardyan sogar „der beste objektive Anhalts-

⁸²⁴ Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (16); zur im Ergebnis bejahten Zulässigkeit von Energieberatungsleistungen siehe Morber/Probst, ZNER 2014, S. 141 (141 ff.).

⁸²⁵ Hofmann, NZBau 2012, S. 11 (16).

⁸²⁶ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 90.

⁸²⁷ Siehe Ruge, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 18 Rn. 32; Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 302.

⁸²⁸ Ruge, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 18 Rn. 32.

⁸²⁹ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 47.

⁸³⁰ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 47.

punkt.⁸³¹ Allerdings werden diesbezüglich Zweifel erhoben.⁸³² Nach der Ansicht von Wegner haben die ermittelten Effizienzwerte gem. § 12 Abs. 2 ARegV keinen hinreichend bedeutungsvollen Inhalt, um die Effizienz eines jeweiligen Netzbetriebes aufzuzeigen.⁸³³ Der Grund hierfür ist, dass eine Regulierungsperiode bei weitem nicht so lang ist wie die mögliche Laufzeit eines Vertrages über die Wegenutzungsrechtseinräumung.⁸³⁴ Die in den ermittelten Effizienzwerten enthaltene prognostische Komponente ist jedenfalls als nicht ausreichend einzustufen. Es findet auch i.S.d. § 16 Abs. 1 ARegV ein Abbau der Ineffizienzen statt, sodass zu dem kommunalen Auswahlentscheidungszeitpunkt der gegenwärtig tatsächlich vorhandene Effizienzwert keine zulängliche Ausagekraft beinhaltet.⁸³⁵ Außerdem spricht gegen den Einbezug des Effizienzwertes als Auswahlkriterium, dass dieser Investitionen unberücksichtigt lässt.⁸³⁶ So kann eine beträchtliche Investition den Wert verschlechtern, auch wenn sich eine solche aus unternehmerischen Gründen gar nicht umgehen ließe.⁸³⁷ Sinnvoll und erforderlich wäre es daher zu prognostizieren, ob ein sich um die Konzession bewerbendes Energieversorgungsunternehmen in

⁸³¹ Schulz-Gardyan, N&R 2014, S. 172 (175).

⁸³² Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 128; Hellermann, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, 2013, S. 34 ff.; Mau/Bormann, ZNER 2013, S. 459 (462); Schwensfeier, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kapitel 5 Rn. 226. Auch W. Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 71, Säcker, RdE 2015, S. 1 (7) und Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 442, messen den Effizienzwerten keine erhöhte Bedeutung bei.

⁸³³ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 128; ähnlich Schwensfeier, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kapitel 5 Rn. 228.

⁸³⁴ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 128; Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, 2013, S. 442. Gem. § 3 Abs. 2 ARegV dauert eine Regulierungsperiode fünf Jahre und ein Konzessionsvertrag kann gem. § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG mit einer Laufzeit von bis zu 20 Jahren geschlossen werden.

⁸³⁵ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 128.

⁸³⁶ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 128.

⁸³⁷ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 128.

Zukunft das jeweils örtliche Netz effizient betreiben wird, was allerdings nur schwer möglich ist.⁸³⁸

Darüber hinaus gäbe es enorme Schwierigkeiten, wenn sich ein Netzbetreiber aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union um die Wegenutzungsrechtseinräumung einer Kommune bewirbt.⁸³⁹ Die Bundesnetzagentur setzt nur Effizienzwerte für die deutsche Netzinfrastuktur fest.⁸⁴⁰ Zöge die Ausschreibungsbehörde einen längst festgelegten Effizienzwert heran, so könnte ein Bewerber, der aus einem anderen europäischen Mitgliedstaat stammt, nichts entsprechendes vorweisen und würde diskriminiert werden.⁸⁴¹ Dies kann auch für interessierte nationale Netzbetreiber gelten, sofern ein vereinfachtes Verfahren i.S.d. § 24 ARegV bei einem kleinen Netzbetreiber stattfindet.⁸⁴² In einem solchen Fall fehlte ein individueller Effizienzwert des Netzbetreibers.⁸⁴³ Wenn der Strom- und Gasnetzbetrieb (re-)kommunalisiert werden soll, liegt ein ähnliches Problem vor. Ein neu gegründetes oder umgewandeltes kommunales Unternehmen könnte keinen brauchbaren Effizienzwert aus der Vergangenheit vorweisen, weil dieses bislang noch inaktiv war. Ein diskriminierungsfreies Auswahlverfahren ist dann ebenfalls nicht gewährleistet. Bereits dieser Umstand an sich sollte ein ausreichender Grund sein, dass eventuell vorhandene Effizienzwerte kein zulässiges Auswahlkriterium darstellen dürfen. Trotzdem muss die Ausschreibungsbehörde selbstverständlich darauf achten eine effiziente leitungsgebundene Energieversorgung zu gewährleisten.⁸⁴⁴

7. Konzessionsvertragslaufzeit

Die Laufzeit eines abgeschlossenen Konzessionsvertrages zwischen einer Kommune und einem privaten Netzbetreiber bestimmt, zu welchem Zeitpunkt eine (Re-)Kommunalisierung des jeweiligen Strom- und Gasversor-

⁸³⁸ *Schwensfeier*, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kapitel 5 Rn. 226 ff.

⁸³⁹ Ein solcher kann gerade keinen Effizienzwert nach der ARegV aufweisen, siehe OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/22, juris-Rn. 107.

⁸⁴⁰ *Wegner*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 128; vgl. auch § 12 Abs. 1 ARegV.

⁸⁴¹ *Schwensfeier*, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kapitel 5 Rn. 226. Denkbar wäre allerdings, dass der Netzbetreiber den Effizienzwert eines analogen nationalen Verfahrens vorlegt.

⁸⁴² H. Weiß, NVwZ 2014, S. 1415 (1418).

⁸⁴³ H. Weiß, NVwZ 2014, S. 1415 (1418).

⁸⁴⁴ Zum Effizienzbegriff i.S.d. § 1 Abs. 1 EnWG siehe *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 143.

gungsnetzbetriebes überhaupt vorgenommen werden könnte. Sofern eine Gemeinde erst bei der übernächsten Wegenutzungsrechtseinräumung selbst die Netze betreiben möchte,⁸⁴⁵ stellt sich die Frage, ob auf Grund dessen eine kürzere Vertragslaufzeit festgelegt werden und dies dann ein Auswahlkriterium sein darf. Der BGH sieht eine verkürzte Vertragslaufzeit grundsätzlich als ein zulässiges Auswahlkriterium an, weil § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG nicht zwingend erfordert, dass die Laufzeit 20 Jahre beträgt, sondern lediglich eine Höchstgrenze festgelegt wird.⁸⁴⁶ Somit wird nicht gegen § 46 EnWG verstoßen, wenn eine Ausschreibungsbehörde nicht die Laufzeithöchstgrenze von 20 Jahren wählt, sondern eine kürzere, damit eine mögliche (Re-)Kommunalisierung früher stattfinden könnte.⁸⁴⁷ Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung kann also eine kürzere Vertragslaufzeit vereinbart werden, wenn eine Kommune das Anliegen hat, nicht 20 Jahre zu warten, um das übernächste Verfahren zur Wegenutzungsrechtseinräumung zu veranstalten.⁸⁴⁸

Im Ergebnis darf mithin eine Kommune grundsätzlich zulässigerweise als Auswahlkriterium eine kürzere Vertragslaufzeit bestimmen, um dann nach Ablauf dieser, schneller die Möglichkeit zu erhalten, eine (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes unter den Wettbewerbsbedingungen umzusetzen. Ein Abwarten einer unter Umständen sogar 20-jährigen Vertragslaufzeit ist damit nicht zwingend erforderlich.

IV. Festlegungszeitpunkt und Änderungen der Auswahlkriterien

Zu klären ist nun noch, bis wann eine Ausschreibungsbehörde die Auswahlkriterien einschließlich deren genauen Gewichtungen⁸⁴⁹ festgelegt haben muss bzw. ob sie nach deren Bekanntgabe überhaupt noch rechtmäßig Änderungen vornehmen darf. Ein Netzbetriebsinteressent – und somit auch das kommunaleigene Unternehmen – muss sich dann gegebenenfalls auf die neuen relevanten Leistungsanforderungen einstellen.

⁸⁴⁵ Dazu *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (361).

⁸⁴⁶ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 80.

⁸⁴⁷ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 80; anders aber zuvor das OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 125. *Säcker*, RdE 2015, S. 1 (9), vertritt, dass eine Vertragslaufzeit von weniger als zehn Jahren nicht mit dem Ziel der Versorgungssicherheit vereinbar ist.

⁸⁴⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 80.

⁸⁴⁹ Zur Gewichtung einzelner Auswahlkriterien siehe *Säcker*, RdE 2015, S. 1 (9 f.); siehe außerdem hierzu *Energiekartellbehörde Baden-Württemberg*, Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe vom 09.07.2013, der ebenfalls vom BGH herangezogen wird, siehe beispielsweise das Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 84.

Energieversorgungsunternehmen, die ein Interesse an der zukünftigen Netzbetriebsdienstleistung zeigen, müssen die Möglichkeit haben, wahrzunehmen, welche genauen Leistungserwartungen die kommunale Gebietskörperschaft hat und wie diese prozentual gewichtet werden.⁸⁵⁰ Für ein (Re-)Kommunalisierungsvorhaben bietet es sich an, dass ein eigener Betrieb zugeschnitten wird, damit die ausschlaggebenden Auswahlkriterien im Idealfall vollumfänglich bei der späteren Bewertung erfüllt werden können.⁸⁵¹ Im Laufe eines Auswahlverfahrens dürfen die Auswahlkriterien dann keine Änderungen mehr erfahren, sondern die Gemeinde ist vielmehr an die festgelegte Leistungsbeschreibung gebunden, da die einzuhaltende Transparenz dies erfordert.⁸⁵² Infolgedessen ist es geboten, dass alle Bewerber gleich behandelt werden und das gebietet eine vorherige Festlegung der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung.⁸⁵³

⁸⁵⁰ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 35 m.w.N.; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 44 m.w.N. Sofern interessierte Energieversorgungsunternehmen ihren Wunsch, die zukünftigen Netzbetriebsdienstleistungen vorzunehmen, angezeigt haben, wird normalerweise ein Verfahrensbrief ausgegeben, der die Auswahlkriterien samt Gewichtung enthält, siehe *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 17; *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 88.

⁸⁵¹ Eine kommunale Gebietskörperschaft darf aber keinesfalls die Auswahlkriterien derart festlegen, dass im Ergebnis nur der potentielle kommunale Netzbetreiber die Erwartungen erfüllen kann, weil ein solches Vorgehen nicht mehr dem Gebot der Diskriminierungsfreiheit genügt, *Sodan*, LKV 2013, S. 433 (439 f.) und ebenso dürfen die Auswahlkriterien nicht so gewichtet werden, dass ein Vorteil entsteht, *Höch*, RdE 2013, S. 60 (66). Infolgedessen kann aber nach Erstellung der Bewertungsmatrix ein kommunaler Netzbetrieb errichtet werden, der die festgelegten Kriterien bestmöglich erfüllt.

⁸⁵² LG Leipzig, Urteil vom 16.11.2012, Az. 5 O 2822/12, juris-Rn. 34; OVG NRW, Beschluss vom 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11, juris-Rn. 35 ff. m.w.N.; VG Aachen, Beschluss vom 13.09.2011, Az. 1 L 286/11, juris-Rn. 24. Skeptisch hinsichtlich späterer Änderungen sind auch *Byok/Dierkes*, RdE 2011, S. 394 (399) und abgelehnt werden solche strikt von *Sauer*, EWeRK 2014, S. 59 (S. 63 f.). Viel kulanter hingegen ist *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 95, welcher ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren als nicht gefährdet ansieht, wenn die Auswahlkriterien und deren Gewichtung auch noch später geändert werden. Voraussetzung ist für ihn dann jedoch, dass alle Interessenten Kenntnis von den Änderungen erlangen und gegebenenfalls die Frist zur Abgabe des Angebots verlängert wird.

⁸⁵³ LG Leipzig, Urteil vom 12.11.2013, NZBau 2014, S. 250 (253); LG Leipzig, Urteil vom 16.11.2012, Az. 5 O 2822/12, juris-Rn. 35; vgl. hierzu *W. Weiß*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, 2015, S. 41.

Laut Aussage des *VG Aachen* muss eine Kommune das gesamte Auswahlverfahren beenden und es darf mithin nicht fortgeführt werden, wenn eine Änderung über eine genauere Formulierung oder anderweitige Verdeutlichung der Auswahlkriterien hinausgeht.⁸⁵⁴ Eine nicht nachvollziehbare und daher willkürliche Änderung der Auswahlkriterien bzw. deren Gewichtung ist nicht zulässig.⁸⁵⁵ Jedoch muss es immer eine Frage des Einzelfalls sein, ob von einer Änderung auszugehen ist oder nur eine Konkretisierung vorliegt, die beispielsweise aufgrund einer Nachfrage eines Interessenten vorgenommen wird. Eine Konkretisierung ohne Vornahme einer inhaltlichen Änderung tangiert das Transparenzgebot nicht, sofern alle Interessenten darüber informiert werden. Diese sonst mit weitreichenden Konsequenzen verbundene Vorgehensweise ist notwendig, um zu gewährleisten, dass sich alle Bewerber umfassend auf die Kriterien einlassen können und ferner haben auch weitere, unter Umständen aufgrund der Änderung neu interessierte Energiernetzbetreiber die Chance, sich um das Wegenutzungsrecht zu bewerben.⁸⁵⁶

V. Pattsituation

1. Kein Auswahlermessen der ausschreibenden Selbstverwaltungskörperschaft

Eine praktisch wohl seltene, aber mögliche Situation liegt vor, wenn eine kommunale Ausschreibungsbehörde mehrere Angebote erhält und die Interessenten auf Grundlage der zuvor festgelegten Auswahlkriterien gleich bewertet werden. Rechtsprechung⁸⁵⁷ und Literatur⁸⁵⁸ haben sich mit einer Pattsi-

⁸⁵⁴ *VG Aachen*, Beschluss vom 13.09.2011, Az. 1 L 286/11, juris-Rn. 26. Im Übrigen verstößt eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft auch gegen das Transparenzgebot und die Diskriminierungsfreiheit, wenn eine Auswahlentscheidung getroffen und mitgeteilt wurde und danach von ihr eine Neubewertung mit der Folge in Auftrag gegeben wird, dass sich die Reihenfolge der Bieter ändert und angeblich ein kommunales Unternehmen (Stadtwerke Leipzig) gewonnen haben soll, *LG Leipzig*, Urteil vom 12.11.2013, NZBau 2014, S. 250 (253). Kritische Anmerkungen zu diesem Urteil hinsichtlich der Begründung von *Sauer*, EWeRK 2014, S. 59 (63 ff.).

⁸⁵⁵ *LG Düsseldorf*, Urteil vom 11.12.2014, Az. 37 O 69/14, juris-Rn. 35, 65. In diesem einstweiligen Rechtsschutzfall stand die Bewertung und somit auch die Gewichtung fest. Danach wurde allerdings eine andere Gewichtung der Kriterien vorgenommen, sodass das ursprünglich durchgesetzte Unternehmen dann nicht mehr die beste Bewertung hatte, sondern ein anderer Bewerber (juris-Rn. 7 ff.).

⁸⁵⁶ *VG Aachen*, Beschluss vom 13.09.2011, Az. 1 L 286/11, juris-Rn. 26.

⁸⁵⁷ Siehe nur *LG Düsseldorf*, Urteil vom 26.02.2014, Az. 37 O 87/13 (EnW) U; *LG Leipzig*, Urteil vom 16.11.2012, Az. 5 O 2822/12.

tuation auseinandergesetzt. Allerdings ging es nicht speziell um das Problem einer Bevorzugung eines kommunalen Unternehmens, wenn dieses am Ende des Verfahrens gleich bewertet wurde. Im Hinblick auf ein (Re-)Kommunalisierungsvorhaben steht die Kommune vor dem Problem, ob sie beim Vorliegen einer solchen Konstellation ihren eigenen interessierten Netzbetrieb ausnahmsweise rechtmäßig bevorzugen darf.

Einerseits kann vertreten werden, dass die Wegenutzungsrechtseinräumung an das kommunale eigene Unternehmen zwingend als rechtmäßig angesehen werden müsste, da der ausschreibenden Selbstverwaltungskörperschaft im Falle einer Pattsituation der Bewerber zumindest bezüglich dieser letzten Entscheidung des gesamten Verfahrens kein diskriminierendes oder intransparentes Verhalten vorgeworfen werden könnte. Nach Ansicht des *LG Leipzig* müsste der Kommune ein Auswahlermessens zustehen, wenn sich am Ende des Verfahrens eine Pattsituation ergeben sollte, weil die Pflicht einer Festlegung ihres Auswahlermessens im Vorhinein nicht sachgerecht sei.⁸⁵⁹ Daraus ist zu folgern, dass bei Beteiligung eines kommunalen Unternehmens dieses ausgewählt werden dürfte und gleichfalls rechtmäßig das Wegenutzungsrecht eingeräumt bekäme. Weiterhin wird die Ansicht dadurch gefestigt, dass die ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft somit auch beispielsweise nicht zur Durchführung eines Losverfahrens gezwungen werden könnte⁸⁶⁰ oder gar zu einer erneuten Durchführung eines Auswahlverfahrens, weil zuvor der Wettbewerb ordnungsgemäß stattgefunden habe.⁸⁶¹

Diese Meinung, welche der Ausschreibungsbehörde ein solches Auswahlermessens zugesteht, ist nicht überzeugend.⁸⁶² Wenn der eigene Netzbetriebsbewerber die gleiche Bewertung wie ein anderer Bewerber, welcher aus der

⁸⁵⁸ Siehe nur *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 763 ff.

⁸⁵⁹ *LG Leipzig*, Urteil vom 16.11.2012, Az. 5 O 2822/12, juris-Rn. 47. Kritik hinsichtlich dieses Urteils äußert ebenfalls *Müller*, IR 2013, S. 86 (87), weil das *LG Leipzig* nicht erläutert, weshalb der ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft ein Auswahlermessens zustehen solle, da es eben keine Norm gebe, welche ein solches Ermessen begründe. Wie die eben genannte Entscheidung des *LG Leipzig* zeigt sich gleichfalls *Danner*, in: ders./Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 124 m.W.N., sehr kommunalfreundlich und gewährt den Kommunen einen „Beurteilungsspielraum“.

⁸⁶⁰ *LG Leipzig*, Urteil vom 16.11.2012, Az. 5 O 2822/12, juris-Rn. 48.

⁸⁶¹ *LG Leipzig*, Urteil vom 16.11.2012, Az. 5 O 2822/12, juris-Rn. 50. Anders muss der Fall jedoch bewertet werden, wenn das zuvor veranstaltete wettbewerbliche Auswahlverfahren derart mit einem Fehler behaftet war, dass die Durchführung eines erneuten Verfahrens erforderlich ist, weil es sich auf das Endergebnis auswirken könnte.

⁸⁶² *Müller*, IR 2013, S. 86 (87).

privaten Wirtschaft stammt, erhält, darf sich eine kommunale Gebietskörperschaft nicht ohne weiteres zu Gunsten des eigenen Unternehmens entscheiden.⁸⁶³ Der begründungsfreien Bevorzugung stehen die Normen entgegen, welche gerade eine diskriminierungsfreie Wegenutzungsrechtseinräumung erfordern.⁸⁶⁴ Eine von mehreren vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten, um eine endgültige Entscheidung beim Vorliegen einer Pattsituation herbeizuführen, ist gerade, dass die ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft das Auswahlverfahren mit der Festlegung neuer Kriterien wiederholen kann.⁸⁶⁵ Hervorgehoben werden muss allerdings, dass sie es „kann“.⁸⁶⁶ Solange jedoch der Gesetzgeber nicht aktiv wird und die Wiederholung eines kompletten Auswahlverfahrens bestimmt, kann die erneute Durchführung keine Pflicht für eine Ausschreibungsbehörde darstellen. Diese legt die Bewertungskriterien regelmäßig nach lokalen Gegebenheiten fest und sie kann zumindest nicht ohne eine gesetzliche Bestimmung dazu verpflichtet werden, ein erneutes Auswahlverfahren durchzuführen, um dann zwingend andere Kriterien festzulegen oder zu gewichten, nur damit am Ende nicht wieder eine Pattsituation entsteht.⁸⁶⁷ Allerdings handelt es sich hierbei um eine denkbare Lösungsmöglichkeit und es steht ihr frei, diese auch zu nutzen.⁸⁶⁸ Idealerweise könnte die Gemeinde bereits bei der Festlegung der Auswahlkriterien ebenso die Kriterien nennen, welche im Falle einer Pattsituation später ausschlaggebend sein sollen.⁸⁶⁹ Denkbar wäre eine bestimmte Schwerpunktsetzung auf ein oder mehrere zuvor bestimmte Auswahlkriterien, die für eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft besonders prioritär sind und nur denen sich die zu-

⁸⁶³ Siehe dazu ohne (Re-)Kommunalisierungsbezug *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 763 ff.

⁸⁶⁴ Ohne konkret auf eine Pattsituation einzugehen, in welcher sich gleichfalls ein kommunales Unternehmen befindet, nennt *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 763, in diesem Zusammenhang daher völlig zu Recht Normen, wie beispielsweise § 46 Abs. 1 EnWG, welche die Diskriminierungsfreiheit des Verfahrens fordern.

⁸⁶⁵ *Müller*, IR 2013, S. 86 (87).

⁸⁶⁶ Davon geht *Müller*, IR 2013, S. 86 (87), offenbar auch aus und nicht von einer Pflicht zur Wiederholung des gesamten Auswahlverfahrens.

⁸⁶⁷ Häufig ist aber davon auszugehen, dass die ausschreibende Selbstverwaltungskörperschaft im Verfahren gerade keine gehaltvollen Bewertungskriterien bestimmt hat, wenn es später zu einer Pattsituation kommt, vgl. *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 763.

⁸⁶⁸ Für *Müller*, IR 2013, S. 86 (87) gibt es nicht nur eine Möglichkeit, die Pattsituation rechtmäßig zu lösen.

⁸⁶⁹ Dies ist ein weiterer Vorschlag von *Müller*, IR 2013, S. 86 (87).

nächst gleichbewerteten Bewerber im Falle einer Pattsituation nochmals unterziehen müssten. Eine echte Wahlmöglichkeit zur Herbeiführung einer Entscheidung im Rahmen einer Pattsituation kann somit auch ein Losverfahren sein.⁸⁷⁰ In jedem Fall ist die Entscheidung ebenfalls frei von einer Diskriminierung, weil der Zufall diese trifft.⁸⁷¹

Zur Erfüllung des (Re-)Kommunalisierungswunsches kann also nicht das kommunale Unternehmen privilegiert werden, da die erforderliche Diskriminierungsfreiheit dann nicht gewahrt ist. Die Ausschreibungsbehörde sollte also beispielsweise nach der Ansicht von *Sauer* losen.⁸⁷² Die Kommune kann nicht gezwungen werden eine bestimmte dieser Lösungsmöglichkeiten zu wählen, aber eine muss sie wählen, um den Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit und dem Transparenzgebot zu genügen.

2. Altkonzessionär und die Beachtung von Grundrechten

Wenn ein potentieller Energiennetzbetreiber in der bestehenden Pattsituation der Altkonzessionär ist, könnte ein spezieller Bewerbergleichstand vorliegen. Der kommunale Eigene Netzbetreiberinteressent einer örtlichen Gebietskörperschaft kann nicht der Altkonzessionär sein, weil der Netzbetrieb gerade (re-)kommunalisiert werden soll. Möglich erscheint, dass sich der Altkonzessionär auf Grundrechte berufen kann, was sich auf das (Re-)Kommunalisierungsvorhaben negativ auswirkt. Eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft muss vor allem Art. 14 GG berücksichtigen.⁸⁷³ Der Schutzbereich des Art. 14 GG ist eröffnet⁸⁷⁴ und der Eingriff in das Eigentumsrecht des Altkonzessionärs liegt in der Netzüberlassungspflicht, obwohl diese nicht erforderlich ist, um den Zweck eines Wettbewerbs zu erreichen.⁸⁷⁵ Gerade wegen der Eigentumsgarantie des Altkonzessionärs wird in diesem Zusammenhang daher von der Notwendigkeit einer verfassungskonformen

⁸⁷⁰ Dies ist ein Vorschlag von *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 763.

⁸⁷¹ *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 763.

⁸⁷² *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 763.

⁸⁷³ LG Leipzig, Urteil vom 16.11.2012, Az. 5 O 2822/12, juris-Rn. 59 m.w.N., welches zugleich Art. 12 GG erwähnt; *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 135; *Pippke/Gaßner*, RdE 2006, S. 33 (38). Nur auf das Eigentum beziehend siehe LG Düsseldorf, Urteil vom 26.02.2014, Az. 37 O 87/13 (EnW) U, juris-Rn. 38 f.

⁸⁷⁴ Vgl. oben unter E.III.3.c.

⁸⁷⁵ LG Leipzig, Urteil vom 16.11.2012, Az. 5 O 2822/12, juris-Rn. 59 m.w.N.

Auslegung ausgegangen.⁸⁷⁶ Teilweise wird in der Literatur eine Privilegierung des Altkonzessionärs bzw. bisherigen Eigentümers des Netzes abgelehnt,⁸⁷⁷ weil die Kommune einen Beurteilungsspielraum habe.⁸⁷⁸ An dieser Stelle ist eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich. Sofern die Kommune nicht von einer der oben genannten Lösungsmöglichkeiten – zum Beispiel einem Losverfahren – Gebrauch macht, ist eine verfassungskonforme Auslegung zu Gunsten des Altkonzessionärs vertretbar und der Ansicht, welche in einem solchen Falle die Kommune verpflichtet, den Altkonzessionär zu konzessionieren, zuzustimmen. Anders muss die Beurteilung in der Tat ausfallen, wenn, wie hier, eine Auswahlfreiheit verneint wird, um ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren zu gewährleisten. Wenn sich jedoch die Ausschreibungsbehörde für ein Losverfahren entscheidet und dabei der Altkonzessionär nicht gewinnt, ist von einem diskriminierungsfreien Vorgang auszugehen, weil im vorausgehenden Wettbewerb der Altkonzessionär die Chance hatte, sich direkt gegen andere Bewerber durchzusetzen.⁸⁷⁹ Ähnlich verhält es sich, wenn die Ausschreibungsbehörde sich dazu entschließt, ein neues Auswahlverfahren durchzuführen. Wie oben bereits ausgeführt, kann die Gemeinde nämlich nicht frei entscheiden, wer von den in der Pattsituation involvierten Bewerbern das Wegenutzungsrecht eingeräumt bekommt.⁸⁸⁰ Die oben genannten Lösungsmöglichkeiten dienen einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren und der Ausschreibungsbehörde wird es damit verwehrt einen Bewerber bevorzugt auszuwählen.

Wenn allerdings das gesamte Auswahlverfahren wiederholt wird, privilegiert die Kommune keinen der Bewerber und jeder hat erneut die Chance, im Wettbewerb zu obsiegen. Eine verfassungskonforme Auslegung hätte nur dann eine Relevanz, wenn die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft ihr eigenes Unternehmen und nicht den Altkonzessionär bevorzugen würde. Diese Situation wird aber nicht eintreten, wenn eine der oben genannten Lö-

⁸⁷⁶ *Wegner*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 29, 135.

⁸⁷⁷ *Danner*, in: ders./Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 124; *Byok*, RdE 2008, S. 268 (272 f.).

⁸⁷⁸ *Danner*, in: ders./Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 124.

⁸⁷⁹ *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 764.

⁸⁸⁰ Davon geht aber wohl *Wegner*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 29, aus. Dieses Problem der verfassungskonformen Auslegung stellt sich aber dann nicht mehr, sofern die Ausschreibungsbehörde sich nicht direkt für einen der gleich bewerteten Bewerber entscheidet, sondern ein weiterer Akt, wie beispielsweise das Losverfahren, durchgeführt wird.

sungsmöglichkeiten angewendet wird. Hat die Kommune zu Beginn des Auswahlverfahrens bereits festgelegt, welche Kriterien im Falle einer Pattsituation entscheiden sollen, wird der Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit und des Transparenzgebotes erfüllt.

VI. Ergebnis

Die Festlegung und Gewichtung von Auswahlkriterien bieten einer Kommune viele Möglichkeiten den Netzbetrieb im Vorwege nach den eigenen Wünschen zu bestimmen. Selbstverständlich hat die Einfügung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG jedenfalls dazu geführt, dass die Kriterien gem. § 1 EnWG bei der Erstellung einer Bewertungsmatrix einbezogen werden müssen. Die in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Ziele müssen dabei lediglich berücksichtigt werden und die Auslegung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG stellt klar, dass weitere Auswahlkriterien neben denen des § 1 Abs. 1 EnWG möglich sind. Wenn die aufgestellten Kriterien die in § 1 Abs. 1 EnWG aufgeführten abdecken, muss einer kommunalen Gebietskörperschaft somit zugestanden werden, weitere Kriterien aufzunehmen. Diese müssen dann aber von jedem Bewerber erfüllbar sein. Einer Kommune darf es erst dann möglich sein, weitere Kriterien festzulegen, wenn sie ihrer Berücksichtigungspflicht hinsichtlich § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG i.V.m. § 1 EnWG nachgekommen ist.

Die fiskalischen Interessen, die Arbeitsplatzsicherung sowie eine verkürzte Vertragslaufzeit, können zulässige Kriterien darstellen. Hingegen ist eine Festlegung in der Bewertungsmatrix, welche einen Unternehmenssitz in der Gebietskörperschaft fordert ebenso wie das unmittelbare Vorantreiben erneuerbarer Energien als unzulässiges Auswahlkriterium einzustufen. Das Kriterium der Einfluss- und Mitgestaltungsmöglichkeit ist nur innerhalb eines engen Rahmens zulässig. Der Effizienzwert eines Netzbetreibers ist ein zu berücksichtigendes Kriterium, darf allerdings nicht als wesentlicher Maßstab herangezogen werden.

Auswahlkriterien müssen vor Beginn eines Verfahrens festgelegt und gewichtet werden. Sind wesentliche Änderungen nötig, so ist im Zweifel das Auswahlverfahren zu beenden und muss neu begonnen werden.

Sollte eine Pattsituation eintreten, an der das kommunale Eigene Unternehmen beteiligt ist, darf dieses nicht bevorzugt ausgewählt werden und unmittelbar das Wegenutzungsrecht i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG erhalten. Hierfür sind weitere Schritte, wie beispielsweise ein Losverfahren, erforderlich. Im Wesentlichen ändert sich selbst dann nichts, wenn sich sogar der Altkonzessionär in der Pattsituation befindet.

G. Behördliche Maßnahmen und Rechtsschutz unterlegener Bewerber bei rechtswidriger (Re-)Kommunalisierung

Sollte die Umsetzung einer (Re-)Kommunalisierung aus behördlicher Sicht gegen Vorschriften wie § 19 GWB, § 46 EnWG oder kommunalrechtliche Regelungen verstößen, wird gegen den Netzbetreiberwechsel, welcher zu Gunsten der Gebietskörperschaft stattfindet, regelmäßig vorgegangen. Die privaten Strom- und Gasnetzbetreiber verfolgen verständlicherweise ein wirtschaftliches Interesse und haben ein Recht auf ein rechtmäßiges Auswahlverfahren, damit ein Wettbewerb entsteht. Gegebenenfalls suchen diese Marktteilnehmer daher auch eigenen Rechtsschutz.

I. Behörden

1. Bundesnetzagentur und kumulatives Tätigwerden eines Zivilgerichts

Ein Tätigwerden der Bundesnetzagentur (Regulierungsbehörde) kommt in Betracht, wenn diese einen (Re-)Kommunalisierungsvorgang als fehlerhaft einstuft. Durch die Bundesnetzagentur werden Maßnahmen auf Grundlage des EnWG getroffen.

Die zentralen Normen hinsichtlich der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur sind die §§ 54 ff. EnWG. Der Zweck des § 54 EnWG liegt darin, zu regeln, welche Behörde im formellen Sinne für die Vollziehung der Regelungen des EnWG zuständig ist.⁸⁸¹ Gem. § 54 Abs. 1 EnWG nehmen die Aufgaben der Regulierungsbehörde die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur) und nach Maßgabe des Absatzes 2 die Landesregulierungsbehörden wahr. Diese Norm entscheidet somit über die Zuständigkeit einer Behörde, die bei einer rechtswidrigen (Re-)Kommunalisierung die Einhaltung der EnWG-Regelungen verlangen

⁸⁸¹ Schmidt-Preuß, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 54 EnWG Rn. 1.

kann. Grundsätzlich ist die Bundesnetzagentur zuständig, wenn es um die Einhaltung der Wegenutzungsrechtseinräumung gem. § 46 EnWG geht.⁸⁸² Eine Landesregulierungsbehörde, deren Zuständigkeiten in § 54 Abs. 2 EnWG enumerativ aufgelistet sind, ist nicht zuständig, wenn gegen § 46 EnWG verstochen wird.⁸⁸³ Nur in einigen Fällen, wie bereits der § 46 Abs. 5 EnWG verdeutlicht, kann eine Zuständigkeit der Kartellbehörden angenommen werden.⁸⁸⁴

Die Bundesnetzagentur hat die Befugnis mittels Ermächtigungsgrundlage gem. § 65 EnWG, welche eine Generalklausel darstellt, Verwaltungsakte zu erlassen.⁸⁸⁵ Sie ergreift auch auf dieser Grundlage aufsichtsrechtliche Maßnahmen.⁸⁸⁶ Indes besteht ein Streit darum, ob nicht die Bundesnetzagentur § 30 EnWG und § 31 EnWG anwenden müsste.⁸⁸⁷ Das wesentliche Problem ist die Stellung des § 46 EnWG, welcher sich erst im Abschnitt 4 und dem dortigen Teil 5 befindet. Zu hinterfragen ist somit auf welcher Grundlage die Bundesnetzagentur handeln darf, falls eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft im Rahmen eines Auswahlverfahrens nicht die Vorgaben einhält, welche aus § 46 EnWG resultieren.

Teilweise wird angenommen, dass es schlussendlich nicht rechtlich erheblich sei, ob § 65 EnWG oder § 30 Abs. 2 EnWG von der Bundesnetzagentur angewendet wird, weil die behördlichen Handlungsmöglichkeiten dieser Norm

⁸⁸² Gemeinsamer Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 9. Zur bejahten Zuständigkeit in einem Fall, bei dem es um eine Übereignung bzw. Besitzverschaffung des Netzes ging, *BNetzA*, Beschluss vom 26.01.2012, Az. BK6 11-052, S. 9 f.

⁸⁸³ *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (103); *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 81.

⁸⁸⁴ Gemeinsamer Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.10.2010, Rn. 9.

⁸⁸⁵ *Wende*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 65 EnWG Rn. 1.

⁸⁸⁶ *BNetzA*, Beschluss vom 19.06.2012, Az. BK6 11-079, S. 11; *BNetzA*, Beschluss vom 26.01.2012, Az. BK6 11-052, S. 9. Allerdings wurde letzterer durch das *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 137/12 (V), wieder aufgehoben und weist unter anderem nochmal auf die Einhaltung eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens gem. § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG hin, juris-Rn. 153. Der *BGH*, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, bestätigt die Aufhebung des Beschlusses.

⁸⁸⁷ Siehe *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (232 f.).

vergleichbar seien und kein Rechtsbehelf allein damit begründet werden könne, dass die Behörde nicht die zutreffende Ermächtigungsgrundlage zugrunde gelegt habe.⁸⁸⁸ Trotzdem ist es in einem Rechtsstaat erforderlich, dass eine Behörde, also hier die Bundesnetzagentur als obere Bundesbehörde, die korrekte Norm heranzieht, um eine aufsichtsrechtliche Maßnahme wegen Nichteinhaltung der Vorgaben aus § 46 EnWG zu erlassen.

Maßnahmen, die zur Einhaltung des § 46 EnWG durch die Bundesnetzagentur erlassen werden, können nämlich nicht auf § 30 EnWG und § 31 EnWG gestützt werden, sodass nur die allgemeine Vorschrift gem. § 65 EnWG einschlägig sein kann.⁸⁸⁹ Der Wortlaut des § 30 Abs. 1 S. 1 EnWG macht nicht deutlich, ob diese Norm auf alle Regelungen innerhalb des EnWG Anwendung findet.⁸⁹⁰ Gegen eine Anwendung von § 30 EnWG und § 31 EnWG spricht die Systematik des Gesetzes, weil diese im Abschnitt 4 des dritten Teils des EnWG normiert sind und somit der § 30 Abs. 1 EnWG nur hinsichtlich dieses Teils angewendet werden darf.⁸⁹¹ Ein weiteres systematisches Argument lässt sich aus dem gesetzlichen Beispiel gem. § 30 Abs. 1 Nr. 1 EnWG herleiten, weil dort lediglich auf die Abschnitte 2 und 3 des dritten EnWG-Teils verwiesen wird.⁸⁹² Es gibt keinerlei Hinweise darauf, dass die Vorschriften ab dem 4. Teil des EnWG, wie insbesondere der hier relevante § 46 EnWG, erfasst sein sollen. Vielmehr zeigt bereits § 65 EnWG aufgrund der systematischen Stellung im Teil 8 mit dem Titel „Verfahren und

⁸⁸⁸ *Theobald/Werk*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 66. EL 2010, § 65 EnWG Rn. 39; dazu auch *Franke*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 19 Rn. 81.

⁸⁸⁹ *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (103); *Büdenbender*, Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 81 ff., geht auf diese Problematik nicht ein, sondern setzt die Anwendbarkeit des § 65 EnWG offenbar voraus.

⁸⁹⁰ Hingegen wollen *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (232) aus dem Wortlaut ableiten können, dass es sich beim § 30 Abs. 1 S. 1 EnWG um eine Generalklausel handelt. Der Wortlaut gibt allerdings keinen Aufschluss über den Anwendungsumfang, sodass dieses Argument allein nicht überzeugen kann.

⁸⁹¹ *Weyer*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage, 2014, § 30 EnWG Rn. 17; siehe auch in Bezug auf § 30 Abs. 1 EnWG und dessen Einstufung als abschließende Regelung i.S.d. § 111 Abs. 1 und 2 EnWG im Bereich des Netzanschlusses- und zugangs, *ders.*, RdE 2012, S. 354 (355 f., 358).

⁸⁹² *Weyer*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage, 2014, § 30 EnWG Rn. 17. Eine andere Ansicht vertreten *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (232), die einwenden, dass es sich ja gerade um Regelbeispiele handle.

Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren“ die Geltung für alle anderen aufsichtsrechtlichen Fälle, jedenfalls nicht für den Teil 3. Dies wird ebenfalls mit Hilfe der Gesetzesbegründung zum § 30 EnWG deutlich, dass dieser auf jeden Fall nicht herangezogen werden darf, wenn die Einhaltung des § 46 EnWG überprüft werden soll.⁸⁹³ Die Bundesnetzagentur muss also von § 65 EnWG Gebrauch machen, wenn sie eine aufsichtsrechtliche Verfügung bezüglich § 46 EnWG erlassen möchte.⁸⁹⁴

Adressiert werden kann eine Aufsichtsmaßnahme i.S.d. § 65 EnWG vor allem an ein Unternehmen.⁸⁹⁵ Der Begriff des Unternehmens ist sehr weit zu verstehen und entscheidend ist, dass eine wirtschaftliche Betätigung stattfindet.⁸⁹⁶ Diskutiert wird in diesem Zusammenhang, ob eine kommunale Gebietskörperschaft im Falle der Wegenutzungsrechtseinräumung als Unternehmerin i.S.d. § 65 EnWG angesehen werden kann.⁸⁹⁷ *Büdenbender* subsumiert eine Kommune im Hinblick auf § 19 und § 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] unter den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff, wenn sie ein Wegenutzungsrecht einräumt.⁸⁹⁸ Aufgrund des

⁸⁹³ So heißt es in der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/3917, S. 36 (linke Spalte): „Die Vorschrift ist Grundlage der nachträglichen Missbrauchsauflauf über die Einhaltung der Bestimmungen der Netzregulierung der Abschnitte 2 und 3 (Ex-post-Aufsicht).“ Der Gesetzgeber ließe bei einer anderen Ansicht außerdem keinen ausreichenden Anwendungsbereich für den § 65 EnWG zu, wenn grundsätzlich der § 30 EnWG einschlägig wäre.

⁸⁹⁴ Dies wird auch durch *BGH*, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 14, deutlich.

⁸⁹⁵ *Theobald/Werk*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 66. EL 2010, § 65 EnWG Rn. 17; *Hanebeck*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 65 Rn. 6.

⁸⁹⁶ *Theobald/Werk*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 66. EL 2010, § 65 EnWG Rn. 18. Es soll ein „funktioneller Unternehmensbegriff“ gelten, so *Wende* in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 65 EnWG Rn. 21 m.w.N.

⁸⁹⁷ *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (103), lässt dies im Ergebnis offen, weil nach seiner Ansicht „das Kartellrecht umfassende Aufsichts- und Sanktionsmöglichkeiten gegenüber der gemeindlichen Auswahlentscheidung bietet und deshalb kein praktisches Bedürfnis für eine zusätzliche regulierungsrechtliche Kontrolle besteht.“

⁸⁹⁸ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 67 ff.; *Byok/Dierkes*, RdE 2012, S. 221 (227) tendieren eher dazu, die Kommune nicht als Unternehmerin i.S.d. § 65 Abs. 1 EnWG anzusehen, weil für die nur die in § 3 Nr. 18 EnWG

sen wird auch die Ansicht vertreten, dass die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften dann als Adressat von Aufsichtsmaßnahmen gem. § 65 EnWG in Betracht kommen, wenn das Verfahren zur Einräumung eines energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechts nicht den Anforderungen des § 46 EnWG entspricht.⁸⁹⁹ Weil die Kommune der Normadressat des § 46 EnWG ist, muss auch gegen diese durch die Bundesnetzagentur vorgegangen werden dürfen.⁹⁰⁰

Bislang wurde auf Maßnahmen eingegangen, die ex-post ergehen. Die Frage ist nun, ob die Bundesnetzagentur bereits zu einem früheren Zeitpunkt ein aus ihrer Sicht rechtswidriges (Re-)Kommunalisierungsvorhaben gem. § 65 EnWG unterbinden darf. § 46 EnWG und ebenso sonstige einfachgesetzliche Regelungen sagen darüber direkt nichts aus. Die Einfügung des § 46 Abs. 2 S. 4 und S. 5 EnWG im Rahmen der EnWG-Novelle stellen allerdings indirekt klar, dass die Bundesnetzagentur auch frühzeitiger Maßnahmen ergreifen können muss.⁹⁰¹ § 46 Abs. 2 S. 5 EnWG ermöglicht der Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen treffen zu können. Der Gesetzgeber zeigt mit dieser Vorschrift auf, dass die Bundesnetzagentur bereits vor dem Abschluss eines Wegenutzungsrechtsvertrages han-

legaldefinierten Energieversorgungsunternehmen darunter fallen und möchten also zwischen dem kartell- und regulierungsrechtlichen Unternehmensbegriff unterscheiden.

⁸⁹⁹ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 81 f.; Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 144. Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (103) und ders. RdE, 2011, S. 1 (6 f.), geht tendenziell wegen der Gesetzesystematik des EnWG, welche sich auf Energieversorgungsunternehmen und vor allem Netzbetreiberunternehmen bezieht, nicht davon aus. Er argumentiert damit, dass sich § 30 EnWG ausweislich des Wortlautes nur an Netzbetreiber richte und § 65 EnWG eine solche Beschränkung nicht enthielte. Diese systematische Auslegung ist allerdings nicht haltbar. Es zeigt sich gerade, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 65 EnWG die Kommune als Unternehmen und somit Adressat der Norm erfassen wollte, weil sonst im § 65 EnWG, wie im § 30 EnWG, der Netzbetreiber oder zumindest Energieversorgungsunternehmen und nicht das begrifflich weiter gefasste Unternehmen genannt worden wäre.

⁹⁰⁰ Vgl. Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82; siehe auch BGH, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 15 f.

⁹⁰¹ Vgl. Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (232).

deln darf und somit gleichfalls anderweitige Maßnahmen zu diesem frühen Zeitpunkt zulässig sein müssen.

Die Bundesnetzagentur darf den Abschluss eines Konzessionsvertrages im Vorwege verbieten, sofern eine Gemeinde unzulässige Entscheidungskriterien einbeziehen wird.⁹⁰² Sie hat also die Möglichkeit eine drohende unrechtmäßige (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes zu verhindern. Im Jahr 2010 und somit vor der EnWG-Novelle 2011 gingen die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt noch davon aus, dass die Bundesnetzagentur lediglich nach einem neuen Vertragsabschluss Befugnisse zur Durchsetzung von konzessionsrechtlichen Ansprüchen haben soll, weil nur dann ein regulierungsrechtliches Problem aufgrund des dann bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses gem. § 46 Abs. 2 EnWG mit dem neuen Energiemetzbetreiber entstehen kann.⁹⁰³ Daran halten die Behörden auch weiterhin fest.⁹⁰⁴ Im Rahmen einer (Re-)Kommunalisierung des Energiemetzbetriebes entsteht dieses gesetzliche Schuldverhältnis, wenn das kommunale Unternehmen den Konzessionsvertrag mit der örtlichen Gebietskörperschaft abgeschlossen hat, weil sodann der Neukonzessionär gegen den Altkonzessionär grundsätzlich einen unmittelbaren Netzherausgabeanspruch hat.⁹⁰⁵ Diese strikte Sichtweise, dass die Bundesnetzagentur erst nach Abschluss eines Konzessionsvertrages tätig wird, ist nicht mehr mit der gegenwärtigen Rechtslage vereinbar.⁹⁰⁶ Das macht der im Wege der EnWG-Novelle 2011 eingeführte § 46 Abs. 2 S. 5 EnWG nun deutlich, weil dieser aufzeigt, dass ein Tätigwerden, in diesem Fall im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt, zeitlich weit vor dem Abschluss eines Konzessionsvertrages möglich ist.⁹⁰⁷ Zwar äußert die Bundesnetzagentur, dass nicht durch die Regulierungsbehörde im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens nach § 65 EnWG zu überprüfen sei,

⁹⁰² Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82.

⁹⁰³ Gemeinsamer Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.10.2010, Rn. 10; Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 775, sieht dies genauso.

⁹⁰⁴ Gemeinsamer Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 10.

⁹⁰⁵ Ausführlich zum Netzherausgabeanspruch siehe Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 60 ff.

⁹⁰⁶ Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (231 f.); vgl. Becker/Templin, ZNER 2013, S. 10 (11).

⁹⁰⁷ Vgl. Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (232).

ob die Konzessionsvergabe rechtlich fehlerfrei erfolge,⁹⁰⁸ aber das schließt nicht prinzipiell ein mögliches Eingreifen ihrerseits aus. Die Behörde ist nicht in der Pflicht zu überprüfen, es steht aber trotzdem in ihrem Ermessen, eine kommunale Gebietskörperschaft zur Einhaltung des § 46 EnWG zu zwingen, wenn sie von einem gesetzeswidrigen Verhalten Kenntnis erlangt. Der Bundesnetzagentur ist es also bereits deutlich frühzeitiger gestattet, Maßnahmen zu ergreifen.⁹⁰⁹

Hervorzuheben ist jedoch, dass nur die jeweilige Kommune, welche dem Unternehmensbegriff unterfällt, als Normadressat bei der energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechtseinräumung gegen den § 46 EnWG verstoßen kann und nicht der die Konzession erhaltende Vertragspartner selbst.⁹¹⁰ Anders kann dies nur bewerten werden, wenn ein Eigen- oder Regiebetrieb das Wegenutzungsrecht erhalten soll, weil diesem gerade eine eigene Rechtspersönlichkeit fehlt und ein Gesetzesverstoß der Gemeinde dann auch unmittelbar dem Eigen- oder Regiebetrieb zugerechnet werden muss. In den meisten Fällen wird eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft jedoch nicht einen solchen Betrieb wählen. Grundsätzlich kann die Bundesnetzagentur somit nicht aufsichtsrechtlich gegen den Energienetzbetreiber vorgehen, weil diesem ein solcher Gesetzesverstoß nicht vorgeworfen werden kann.⁹¹¹ Eine Ausnahme lässt *Büdenbender* wegen des Näheverhältnisses zwischen der kommunalen Gebietskörperschaft und deren Unternehmen gerade in dem Fall zu, wenn eine (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes angestrebt wird.⁹¹² Sofern die Gebietskörperschaft mit dem kommunalen Unternehmen einen Konzessionsvertrag auf Grundlage unzulässiger Auswahlkriterien abgeschlossen hat, soll mit Hilfe des Rechtsgedankens, welcher dem § 36 Abs. 2 S. 1 GWB entnommen wird, von einer wirtschaftlichen Einheit ausgegangen werden.⁹¹³ Diese

⁹⁰⁸ *BNetzA*, Beschluss vom 19.06.2012, Az. BK6 11-079, S. 14.

⁹⁰⁹ Vgl. *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (232).

⁹¹⁰ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82.

⁹¹¹ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82.

⁹¹² *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82.

⁹¹³ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82. Vgl. auch *Höch/Stracke*, RdE 2013, S. 159 (161), die nicht auf § 36 Abs. 2 S. 1 GWB abstehen, aber im Zusammenhang mit der Nichtigkeit eines Konzessionsvertrages von einer Zurechnung ausgehen, wenn ein kommunales Unternehmen das Wegenutzungsrecht erteilt bekommt.

Idee resultiert daraus, dass § 46 EnWG und §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] eine ähnliche Schutzrichtung aufweisen.⁹¹⁴ Zwischen einer kommunalen Gebietskörperschaft und deren Unternehmen besteht eine rechtliche Verbundenheit, die dessen Schutzwürdigkeit herabsetzt.⁹¹⁵

Von einem nichtigen Vertrag kann dann ausgegangen werden, wenn der Dritte, also in der vorliegenden Konstellation das kommunale Unternehmen, Kenntnis vom Gesetzesverstoß hat oder gar daran mitgewirkt hat.⁹¹⁶ Das hat dann zur Folge, dass das kommunale Unternehmen so gestellt wird, als wenn es selbst gegen den § 46 EnWG verstoßen hat.⁹¹⁷ Mithin ist es ausnahmsweise möglich, dass die Bundesnetzagentur eine Verfügung erlässt, die sich gegen den unter rechtswidrigen Umständen zustande gekommenen Konzessionsvertrag zwischen der Gebietskörperschaft und dem kommunalen Unternehmen richtet und im Ergebnis zu dessen Aufhebung führen soll.⁹¹⁸ Umgekehrt darf eine Kommune aufgrund der wirtschaftlichen Einheit, die sie mit dem Energiemetztreiber bildet, nicht begünstigt werden.⁹¹⁹ Verdeutlicht wird dies bereits durch das spezielle Diskriminierungsverbot gem. § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG.⁹²⁰

Das Verfahren, um den Regelungsgehalt des § 46 EnWG durchzusetzen, kann einerseits von Amts wegen oder wegen eines gestellten Antrages i.S.d. § 66 Abs. 1 EnWG erfolgen.⁹²¹ In erster Linie ist ein Antrag eines unterlegenen Bewerbers sehr wahrscheinlich, wenn dieser davon ausgeht, dass die Umset-

⁹¹⁴ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82.

⁹¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 Kart 137/12 (V), 3 Kart 137/12 (V), juris-Rn. 136.

⁹¹⁶ So die Argumentation bei einem kartellrechtsrelevanten Folgevertrag, Bechtold, GWB-Kommentar, 7. Auflage, 2013, § 19 Rn. 99.

⁹¹⁷ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82.

⁹¹⁸ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82.

⁹¹⁹ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82 f.

⁹²⁰ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82 f.

⁹²¹ Theobald/Werk, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 66. EL 2010, § 65 EnWG Rn. 10; Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (102). Es liegt im Ermessen der Bundesnetzagentur, ob sie gegen ein Unternehmen, dessen Verhalten von einem Dritten gerügt wird, eine Maßnahme ergreift, BGH, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 16.

zung der (Re-)Kommunalisierung nicht rechtmäßig erfolgte. Die Bundesnetzagentur muss konkret feststellen, dass die Vorschriften des EnWG nicht eingehalten worden sind.⁹²² Eine Verfügung i.S.d. § 65 EnWG muss ferner verhältnismäßig sein.⁹²³ Die Hürde, um die Erforderlichkeit und Angemessenheit einer Maßnahme zu bejahen, ist nach Aussage des OLG Düsseldorf hoch, weil eine solche Maßnahme für ein Unternehmen sowohl erheblich rechtliche als auch wirtschaftliche Folgeschäden hervorrufen kann.⁹²⁴ Außerdem steht es gem. § 65 EnWG („kann“) im Ermessen der Regulierungsbehörde, ob sie tätig wird.⁹²⁵ Der BGH stellt bezüglich des § 65 Abs. 2 EnWG jedenfalls klar, dass von einem weiten Ermessen der Bundesnetzagentur auszugehen ist.⁹²⁶ Sie entscheidet, ob überhaupt eingeschritten wird und wenn ja, welche Maßnahme dann konkret ergriffen werden soll.⁹²⁷ Von einer Ermessensreduzierung auf Null ist in der Regel nicht auszugehen.⁹²⁸ Ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten muss verneint werden.⁹²⁹ Ein unterlegener Bewerber kann nämlich im Regelfall mittels zivilrechtlicher Klage einschreiten und da die Bundesnetzagentur im öffentlichen Interesse tätig wird, gehört es nicht zu ihrer Aufgabe, die Interessen eines einzelnen, letztendlich nicht konzessionierten Bewerbers durchzusetzen.⁹³⁰

⁹²² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 Kart 137 (V), juris-Rn. 90.

⁹²³ Wende, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 65 EnWG Rn. 16.

⁹²⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 Kart 137 (V), juris-Rn. 93.

⁹²⁵ Wende, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 65 EnWG Rn. 24.

⁹²⁶ BGH, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 15.

⁹²⁷ BGH, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 15.

⁹²⁸ Wende, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 65 EnWG Rn. 24; vgl. hingegen Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 65 Rn. 9, der darauf hinweist, dass im Falle einer Ermessensreduzierung auf Null auch ein Anspruch auf entsprechendes Einschreiten bestünde.

⁹²⁹ Ähnlich Salje, Energiewirtschaftsgesetz, 2006, § 65 Rn. 28.

⁹³⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 137/12 (V), juris-Rn. 91; Wende, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 65 EnWG Rn. 24. Teilweise wird aber davon ausgegangen, dass bei der Frage, ob ein Verfahren überhaupt aufgenommen wird, berücksichtigt werden darf, in welchem Maße auf zivilrechtlichem Wege ein möglicher Rechtsschutz besteht, Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 13.

In diesem Zusammenhang ist offensichtlich, dass neben einem Tätigwerden der Bundesnetzagentur gleichzeitig bei einem Zivilgericht ein Verfahren stattfinden könnte. Gegenstand dieser beiden Verfahren ist dann die Durchsetzung des Netzherausgabeanspruches gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Eine Klage des neu konzessionierten kommunalen Unternehmens mit dem Ziel, den Anspruch auf Herausgabe des Netzes gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG durch den bisherigen Netzbetreiber durchzusetzen, kommt gelegentlich vor.⁹³¹ Teilweise wird die Durchsetzung eines Netzherausgabeanspruches und folglich eine (Re-)Kommunalisierung dadurch erschwert, dass der Altkonzessionär auf ein nicht ordnungsgemäßes Verhalten der kommunalen Gebietskörperschaft bei der Auswahl des Netzbetreibers verweist.⁹³² Immer droht eine gleichzeitige Beschäftigung eines Zivilgerichts und der Bundesnetzagentur mit ein und demselben Netzübernahmefall. Unter Umständen wird darüber hinaus noch gerichtlich gegen einen Beschluss der Bundesnetzagentur vorgegangen.

Nun stellt sich die Frage, ob das Rechtsschutzbedürfnis einer etwaigen Klage verneint werden müsste, wenn die Bundesnetzagentur bereits ein Verfahren eingeleitet hat.⁹³³ Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt in einem solchen Fall jedoch nicht, weil das Vorgehen der Bundesnetzagentur, um den Netzherausgabeanspruch i.S.v. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG geltend zu machen, kein gleich wirksames Mittel darstellt, um diesen Anspruch durchzusetzen.⁹³⁴ Selbst bei Aufnahme eines Verfahrens hat die Bundesnetzagentur ein Ermessen, ob sie überhaupt tätig wird und wenn ja, wie sie dieaufsichtsrechtliche Maßnahme inhaltlich im Einzelnen ausgestaltet.⁹³⁵ Sofern die Bundesnetzagentur eine Entscheidung trifft und das gerichtliche Verfahren noch andauert, besteht eine gewisse rechtliche Unklarheit. Das Gericht hat die Regulierungsbehörde allerdings gem. § 104 Abs. 1 S. 1 EnWG über alle Rechtsstreitigkeiten nach § 102 Abs. 1 EnWG zu unterrichten und die Regulierungsbehörde kann weiterhin gerichtliche Unterlagen verlangen, vgl. § 104 Abs. 1 S. 2 EnWG. Außerdem bietet § 148 ZPO dem Gericht die Möglichkeit gegebenenfalls das Verfahren bei Voreignlichkeit auszusetzen. Insgesamt gibt es also Möglichkeiten,

⁹³¹ Siehe nur *LG Kiel*, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O 12/11 Kart; *LG Kiel*, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10.

⁹³² Siehe nur *LG Kiel*, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10.

⁹³³ Siehe dazu *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (234).

⁹³⁴ *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (235).

⁹³⁵ BGH, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 15; *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (235); zum Ermessen i.R.d. § 65 EnWG siehe *Wende*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, 2014, Band 1 (Teil 2), § 65 EnWG Rn. 24 f.

damit es nicht zu konträren Entscheidungen der Bundesnetzagentur und des Gerichts kommt.⁹³⁶

Umgekehrt ist vorstellbar, dass nach einer Klageerhebung ein behördliches Verfahren eingeleitet wird.⁹³⁷ Die Regulierungsbehörde ist befugt, ein Verfahren gem. § 66 Abs. 1 EnWG von Amts wegen einzuleiten. Ein behördliches Verfahren muss also parallel zulässig sein.⁹³⁸ Dafür spricht bereits, dass ein gerichtliches Verfahren zwischen den Parteien ausgetragen wird und diese somit auch die Disposition darüber haben.⁹³⁹ Das behördliche Verfahren hingegen steht nicht zur Disposition und die Bundesnetzagentur kann unabhängig von einem gerichtlichen Verfahren von Amts wegen ein Verfahren aufnehmen.⁹⁴⁰ Die Bundesnetzagentur erkennt selbst, dass ihr Einschreiten zulässig bleiben muss, weil sonst ein Verfahrensbeteiligter gezielt durch eine zivilrechtliche Klage ein aufsichtsrechtliches Tätigwerden ihrerseits blockieren könnte.⁹⁴¹ Der Regulierungsbehörde steht es aber auch zu, sich gem. § 104 Abs. 2 EnWG am gerichtlichen Verfahren zu beteiligen.

Eine weitere Problematik stellt sich, wenn einerseits ein zivilrechtliches Gerichtsverfahren rechtshängig ist und andererseits gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur eine Beschwerde gem. § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG erhoben wurde.⁹⁴² Für letztere Rechtsstreitigkeit ist das Oberlandesgericht gem. § 75 Abs. 4 EnWG sachlich zuständig.⁹⁴³ In einem solchen Fall könnte eine Rechtshängigkeit i.S.v. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO vorliegen. Eine derartige Rechtshängigkeitssperre liegt vor, wenn die Parteien und die Streitgegenstände identisch sind.⁹⁴⁴ Sobald die Beschwerde beim zuständigen Oberlandesgericht eingereicht wird, liegt ein gerichtliches Verfahren vor, womit gleichzeitig Rechtshängigkeit gegeben ist.⁹⁴⁵ Im Klageverfahren und dem beschwerdegerichtlichen Verfahren sind die Parteien nicht identisch.⁹⁴⁶ Gem.

⁹³⁶ Siehe *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (236).

⁹³⁷ *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (235).

⁹³⁸ *BNetzA*, Beschluss vom 19.06.2012, Az. BK6 11-079, S. 12 f.; *Richter/Brahms*, KommJur 2014, S. 6 (12); *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (235).

⁹³⁹ *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (235).

⁹⁴⁰ *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (235).

⁹⁴¹ *BNetzA*, Beschluss vom 19.06.2012, Az. BK6 11-079, S. 12 f.

⁹⁴² Dazu *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (235 f.).

⁹⁴³ *Hanebeck*, in: *Britz/Hellermann/Hermes* (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 75 Rn. 17.

⁹⁴⁴ *Becker-Eberhard*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Band 1, 4. Auflage, 2013, § 261 Rn. 50 ff.

⁹⁴⁵ *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (236).

⁹⁴⁶ *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (236).

§ 79 Abs. 1 Nr. 1 EnWG sind der Beschwerdeführer, dabei handelt es sich um einen Betreiber von Energienetzen, und gem. § 79 Abs. 1 Nr. 2 EnWG die Regulierungsbehörde in Gestalt der Bundesnetzagentur an dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht beteiligt.⁹⁴⁷ Im Klageverfahren, um die Herausgabe der Netze gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG zu erzwingen, sind indes der (vermeintliche) Neu- und der Altkonzessionär beteiligt. Also zeigt sich, dass in beiden Verfahren die Parteien nicht identisch sind und eine Rechtshängigkeit i.S.d. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ausscheidet.⁹⁴⁸ Obendrein liegt ebenso kein identischer Streitgegenstand vor, obwohl es in beiden Verfahren um den Herausgabeanspruch gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG geht.⁹⁴⁹ Beim Vorgehen gegen die Beschwerde soll die verwaltungsrechtliche Entscheidung der Bundesnetzagentur kontrolliert werden.⁹⁵⁰ Im Klageverfahren geht es hingegen direkt um den zivilrechtlichen Anspruch auf Netzherausgabe gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG und nicht um die konkrete Entscheidung der Bundesnetzagentur. Aus diesem Grund ist im Ergebnis nicht von einer Rechtshängigkeitssperre auszugehen.⁹⁵¹

2. Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden

Des Weiteren kommt im Falle einer rechtswidrigen (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes ein Einschreiten des Bundeskartellamtes bzw. einer Landeskartellbehörde in Betracht. In den vergangenen Jahren hat das Bundeskartellamt regelmäßig bei der Einräumung eines energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechts auf der Grundlage des GWB eingegriffen.⁹⁵² Allerdings müsste zunächst einmal prinzipiell eine Kartellbehörde überhaupt die §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] in Fällen einer rechtswidrigen (Re-)Kommunalisierung anwenden dürfen.⁹⁵³

⁹⁴⁷ Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (236).

⁹⁴⁸ Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (236).

⁹⁴⁹ Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (236).

⁹⁵⁰ Roesen/Johanns, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 75 EnWG Rn. 2.

⁹⁵¹ Diese Ansicht vertreten auch BNetzA, Beschluss vom 19.06.2012, Az. BK6 11-079, S. 13; Richter/Brahms, KommJur 2014, S. 6 (12); Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (236).

⁹⁵² Siehe u.a. BKartA, Beschluss vom 02.12.2013, Az. B8-180/11-1; BKartA, Beschluss vom 30.11.2012, Az. B8-101/11; BKartA, Beschluss vom 22.06.2012, Az. B10-16/11; BKartA, Beschluss vom 21.11.2011, Az. B10-17/11; dazu auch Jasper/Biemann, IR 2012, S. 50 (50 ff.).

⁹⁵³ Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 125 m.w.N. geht bereits davon aus, dass eine marktbeherrschende Stellung der kommunalen Gebietskörperschaft bei der Wegenutzungsrechtseinräumung nicht gegeben ist, so dass nach dieser Ansicht ein Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB a.F. erst gar nicht möglich ist.

Gem. § 46 Abs. 5 EnWG bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt. Ferner regelt § 111 EnWG das Verhältnis zum GWB. § 111 Abs. 1 S. 1 EnWG legt fest, dass die §§ 19, 20 und 29 GWB⁹⁵⁴ nicht anzuwenden sind, soweit durch das EnWG oder aufgrund des EnWG erlassener Rechtsverordnungen ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Dabei sollen gem. § 111 Abs. 1 S. 2 EnWG die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden unberührt bleiben. Überdies regelt § 130 Abs. 3 GWB, dass die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes der Anwendung der §§ 19, 20 und 29 GWB⁹⁵⁵ nicht entgegenstehen, soweit in § 111 des EnWG keine andere Regelung getroffen ist. Somit ist vor allem entscheidend, ob es eine abschließende Regelung im EnWG gibt, welche eine Anwendung der §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] nicht zuließe. Das Tätigwerden einer Kartellbehörde wäre dann ausgeschlossen. In Betracht kommt, dass § 30 EnWG als abschließende Regelung i.S.d. § 111 Abs. 1 S. 1 EnWG angesehen werden könnte. Der Tatbestand des § 30 Abs. 1 EnWG verbietet den Betreibern von Energieversorgungsnetzen einen Missbrauch ihrer Marktstellung. Erfasst sind somit lediglich die Betreiber.⁹⁵⁶ Selbst wenn man also verträge, dass die vermeintlich speziellere Norm gem. § 30 EnWG im Rahmen der Kontrolle des § 46 EnWG heranzuziehen ist, so könnte eine Kommune gar nicht darunter subsumiert werden, weil dort im Tatbestand nur „Betreiber von Energieversorgungsnetzen und nicht „Unternehmen“ im Allgemeinen erwähnt sind. Hingegen lässt sich eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft unter den Unternehmensbegriff i.S.d. §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] subsumieren, da diese bei der Einräumung ihres Wegenutzungsrechts eine marktbeherrschende Stellung innehat.⁹⁵⁷ Somit kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber im EnWG mit dem § 30 EnWG eine abschließende Regelung getroffen hat.⁹⁵⁸ Außerdem sind keine weiteren im EnWG enthaltene Vorschriften i.S.d. § 111 Abs. 1 EnWG ersichtlich, welche die Anwendung der §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] ausschlössen. Das hat zur Folge, dass die Kartellbehörden trotz der energiewirtschaftlichen Aufsicht durch die Bundesnetzagentur die §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1

⁹⁵⁴ §§ 19, 20 GWB a.F. entsprechen dem § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.

⁹⁵⁵ §§ 19, 20 GWB a.F. entsprechen dem § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.

⁹⁵⁶ Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (232).

⁹⁵⁷ Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (103 f.); siehe auch C.III.2.c.bb.(2).(b).

⁹⁵⁸ § 30 EnWG verdrängt also nicht die §§ 19, 20 GWB, vgl. BGH, Beschluss vom 06.11.2012, Az. KVR 54/11, juris-Rn. 21; Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (103).

GWB n.F.] anwenden können.⁹⁵⁹ Weiterhin kommt noch eine Anwendung des Art. 102 AEUV in Betracht.⁹⁶⁰

Darüber hinaus muss geklärt werden, welche Kartellbehörde gem. § 48 Abs. 1 GWB, also die eines Landes oder das Bundeskartellamt für die Anwendung des § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB zuständig ist, um eine rechtswidrige (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes zu vereiteln. Eine zentrale Bedeutung erlangt bei dieser Abgrenzung § 48 Abs. 2 GWB.⁹⁶¹ Satz 1 regelt, dass, sofern eine Vorschrift des GWB eine Zuständigkeit einer bestimmten Kartellbehörde nicht zuweist, das Bundeskartellamt die in diesem Gesetz der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahrnimmt, wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Gem. § 49 Abs. 2 S. 1 GWB soll in allen übrigen Fällen diese Aufgaben und Befugnisse die nach Landesrecht zuständige oberste Landesbehörde wahrnehmen. Das GWB weist keiner bestimmten Kartellbehörde die Zuständigkeit zu, wenn ein Verstoß gegen § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB vorliegen könnte. Zur Erfüllung des § 48 Abs. 2 S. 1 GWB ist erforderlich, dass geografisch die Grenze eines Bundeslandes überschritten wird und sich ein Verhalten auf dem

⁹⁵⁹ Das Bundeskartellamt bezieht sich auf diese kartellrechtlichen Normen, siehe etwa *BKartA*, Beschluss vom 02.12.2013, Az. B8-180/11-1, S. 8; *BKartA*, Beschluss vom 22.06.2012, Az. B10-16/11, S. 11; Gemeinsamer Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 11. *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (103), argumentiert im Wesentlichen mit dem § 46 Abs. 5 EnWG, ohne auf konkrete Normen abzustellen, welche die Anwendung der GWB-Vorschriften ausschließen könnten. Eine andere Ansicht, *Richter/Brahms*, KommJur 2014, S. 6 (12) m.w.N., lehnt eine Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften ab, weil bereits § 30 Abs. 1 EnWG als eine Generalklausel eingestuft werden müsse und die Bundesnetzagentur die Missbrauchsaufsicht vorzunehmen habe. Es bliebe daher für die Kartellbehörden lediglich die Überwachung der Energieerzeugung und des Energievertriebes übrig.

⁹⁶⁰ *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (104); *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 83; Gemeinsamer Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010, Rn. 11, 22; *BKartA*, Beschluss vom 21.11.2011, Az. B10-17/11, S. 5. Das *BKartA*, Beschluss vom 02.12.2013, Az. B8-180/11-1, S. 8, hat die Anwendung des Art. 102 AEUV in dem dortigen Fall beispielsweise jedoch abgelehnt.

⁹⁶¹ Mit dieser Abgrenzung beschäftigen sich auch *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (104); *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (233 f.).

Markt des anderen Bundeslandes auswirkt.⁹⁶² Bezogen auf die Einräumung eines Wegenutzungsrechts wirkt sich dieses Verhalten aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich nicht über die Grenzen eines Bundeslandes hinaus aus, weil nur das jeweilige kommunale Territorium betroffen ist.⁹⁶³ Die Wirkung i.S.d. § 48 Abs. 2 S. 1 GWB betrifft also nur das Konzessionsgebiet. Bewirbt sich ein Netzbetreiber aus einem Bundesland, in welchem nicht gleichfalls die Gemeinde liegt, die das Auswahlverfahren durchführt, reicht die Wirkung also nicht über das Gebiet eines Landes hinaus. Es bleibt dabei, dass sich die Wirkung lediglich auf dem lokalen Markt zeigt. Mithin ist in einem solchen Fall die jeweilige Landeskartellbehörde zuständig.

Im Grundsatz wird die Landeskartellbehörde zuständig sein, wenn die (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes rechtswidrig erfolgt. Hiervon gibt es jedoch zwei Ausnahmen. Eine erste Ausnahme kann dann bestehen, wenn sich das Konzessionsgebiet auf ein weiteres Bundesland erstreckt.⁹⁶⁴ Im Regelfall wird die Landeskartellbehörde originär zuständig sein, wenn die Auswahlentscheidung zur Einräumung des Wegenutzungsrechts einer kommunalen Gebietskörperschaft aus dem kartellrechtlichen Blickwinkel überprüft werden muss.⁹⁶⁵ Eine pauschale Festlegung, welche Kartellbehörde prinzipiell zuständig ist, kann mithin nicht vorgenommen werden, da es immer darauf ankommt, wie im Einzelfall das Verhalten i.S.d. § 48 Abs. 2 S. 1 GWB wirkt.⁹⁶⁶

Die zweite Ausnahme bildet § 49 Abs. 3 S. 1 GWB,⁹⁶⁷ von dem in der Praxis häufig Gebrauch gemacht wird und daher das Bundeskartellamt im Ergebnis regelmäßig die Fälle entscheidet.⁹⁶⁸ Der Grund liegt darin, dass auf Antrag des Bundeskartellamtes gem. § 49 Abs. 3 S. 1 GWB trotz grundsätzlicher

⁹⁶² Bechtold, GWB-Kommentar, 7. Auflage, 2013, § 48 Rn. 6; bejaht beispielsweise durch BKartA, Beschluss vom 03.06.2009, Az. B10-71/08, S. 4. Zusätzlich wurde aber auch die Sache gem. § 49 Abs. 3 S. 1 GWB abgegeben.

⁹⁶³ Schau, NdsVBl. 2013, S. 89, (104); vgl. auch oben unter C.III.2.c.bb.(2).(b).

⁹⁶⁴ Schau, NdsVBl. 2013, S. 89, (104, Fn. 167).

⁹⁶⁵ Schau, NdsVBl. 2013, S. 89, (104).

⁹⁶⁶ Schray/Tischmacher, ZNER 2013, S. 229 (234); Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 12.

⁹⁶⁷ Siehe Schau, NdsVBl. 2013, S. 89, (104, Fn. 167).

⁹⁶⁸ BKartA, Beschluss vom 02.12.2013, Az. B8-180/11-1, S. 5; BKartA, Beschluss vom 22.06.2012, Az. B10-16/11, S. 8; BKartA, Beschluss vom 21.11.2011, Az. B10-17/11, S. 5. Teilweise nimmt das Bundeskartellamt eine originäre Zuständigkeit gem. § 48 Abs. 2 S. 1 GWB an und zusätzlich kommt es zu einer ihrerseits beantragten Abgabe der Sache, BKartA, Beschluss vom 27.04.2010, Az. B10-42/09, S. 4 f.; BKartA, Beschluss vom 16.09.2009, Az. B10-11/09, S. 8 f.

Zuständigkeit einer Landeskartellbehörde eine Sache, so auch die im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 EnWG, abgegeben wird, wenn dies aufgrund der Umstände der Sache angezeigt ist. Die Landeskartellbehörde kann allerdings nicht verpflichtet werden, die Sache an das Bundeskartellamt abzugeben.⁹⁶⁹ § 49 Abs. 3 S. 2 GWB bestimmt, dass im Falle eines Einvernehmens dieser beiden Behörden mit der Abgabe das Bundeskartellamt die zuständige Behörde wird. Aufgrund dieser gesetzlichen Regelung der Abgabe wird die Möglichkeit geboten, dass das Bundeskartellamt solche Verfahren mit besonderer Relevanz abhandelt.⁹⁷⁰ Diese Vorgehensweise erscheint im Rahmen der energiewirtschaftlichen Konzessionsvergabe nur sinnvoll, um eine bundesweit einheitliche rechtliche Würdigung zu wahren. Bei jedem wettbewerblichen Auswahlverfahren können dann dieselben Maßstäbe vorgegeben werden. Dazu zählen gleichfalls die (Re-)Kommunalisierungsfälle des Energiennetzbetriebes.

Im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung muss die kommunale Gebietskörperschaft neben dem § 46 Abs. 1 EnWG vor allem dem normativen Anspruch des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB gerecht werden.⁹⁷¹ Ansonsten wird ein unterlegener Bewerber unbüllig behindert, weil er nämlich nicht die gleiche Möglichkeit hat, konzessioniert zu werden.⁹⁷² Zumindest diese Prüfungsmöglichkeit muss mithin einer Kartellbehörde offen stehen. Die jeweils im Einzelfall zuständige Kartellbehörde kann auf Grundlage des § 32 GWB Maßnahmen ergreifen, um eine rechtswidrige (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes zu verhindern. Sie hat daher die Möglichkeit gem. § 32 Abs. 1 GWB, ein Unternehmen, worunter eine Gemeinde kartellrechtlich zu subsumieren ist, zu verpflichten, eine Zu widerhandlung gegen §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] oder gar Art. 102 AEUV abzustellen.⁹⁷³ Nach § 32 Abs. 2 GWB kann die Kartellbehörde hierzu Abhilfemaßnahmen vorschreiben, sofern diese verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zu widerhandlung erforderlich sind. Die Kartellbehörde kann eine Verfügung erlassen, dass die Entscheidung, einem bestimmten Energienetzbetreiber das Wegenutzungsrecht einzuräumen, aufgehoben werden muss.⁹⁷⁴ Überdies soll sie der rechtswidrig handelnden Kom-

⁹⁶⁹ Bechtold, GWB-Kommentar, 7. Auflage, 2013, § 49 Rn. 3.

⁹⁷⁰ Bechtold, GWB-Kommentar, 7. Auflage, 2013, § 49 Rn. 3.

⁹⁷¹ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 50; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 54; BKartA, Beschluss vom 02.12.2013, Az. B8-180/11-1, S. 9.

⁹⁷² BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 50; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 54.

⁹⁷³ Siehe etwa Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (104).

⁹⁷⁴ Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (104).

mune auferlegen, eine Neuaußschreibung vorzunehmen und diese beiden Anordnungen mit Hilfe der verwaltungsrechtlichen Vollstreckung gem. § 86a GWB durchsetzen können.⁹⁷⁵

Geklärt werden muss allerdings, ob mit den Mitteln des Kartellrechts überhaupt ein Konzessionsvertrag zwischen einer Kommune und deren Unternehmen aufgehoben werden kann. Hiervon ist gerade in Fällen auszugehen, in denen der durch einen Vertrag konzessionierte Energienetzbetreiber Kenntnis von dem kartellrechtswidrigen Verhalten der kommunalen Gebietskörperschaft hat und sogar daran beteiligt war.⁹⁷⁶ Beispielsweise ist damit eine Bestechung gemeint, aber nicht zwingend muss es eine strafrechtliche Vorgehensweise betreffen.⁹⁷⁷ Die Beteiligung muss über eine bloße Vertragspartnerchaft hinausgehen. Wenn eine solche Beteiligung vorliegt, dann handelt es sich um ein kollusives Zusammenwirken.⁹⁷⁸ Ansonsten darf die Kartellbehörde nicht den Konzessionsvertrag aufheben, weil dem Vertragspartner sonst seine vertragsrechtlich zugesicherte Position entzogen werden würde.⁹⁷⁹ Jedenfalls stellt sich in (Re-)Kommunalisierungsfällen, bei denen ein eigenes Unternehmen konzessioniert wird, nicht dieses soeben dargestellte Problem, welches sonst insbesondere bei einem auf rechtswidriger Grundlage abgeschlossenen Konzessionsvertrag mit einem privaten Energienetzbetreiber entsteht. Es ist dann nämlich der Rechtsgedanke heranzuziehen, dass die kommunale Gebietskörperschaft und das kommunale Unternehmen eine Einheit i.S.d. § 36 Abs. 2 S. 1 GWB bilden.⁹⁸⁰ Daher muss sich das kommunale Unternehmen auf jeden Fall den Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] so zurechnen lassen, als hätte es diesen selbst begangen. Angesichts dieses Umstandes hat daher sowohl die Kommune als auch deren eigenes Unternehmen kartellrechtswidrig gehan-

⁹⁷⁵ Schau, NdsVBl. 2013, S. 89 (104).

⁹⁷⁶ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 138, 140, 144.

⁹⁷⁷ Vgl. Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (23).

⁹⁷⁸ Vgl. Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (23).

⁹⁷⁹ Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 144; vgl. zum Kartellvergaberecht hierzu Kermel/Wagner, RdE 2014, S. 221 (222); siehe auch unten unter G.II.2.a.

⁹⁸⁰ Diese Idee stammt von Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82, die er ursprünglich im Rahmen der energiewirtschaftlichen Aufsichtsmaßnahmen angesprochen hat. Er deutet eine Übertragung jedoch im Falle der kartellrechtlichen Aufsichtsmaßnahmen an, S. 84.

delt.⁹⁸¹ Der Kartellbehörde muss es also gleichfalls hier möglich sein, eine Verfügung zu erlassen, die auf den Vertrag abzielt und letztendlich zu dessen Aufhebung führt.⁹⁸² Damit wäre dann der Weg für die Durchführung eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens, vor allem unter Einhaltung aller Vorgaben gem. § 46 EnWG, geebnet.

Eine Kartellbehörde kann auch in Erwägung ziehen, § 32b GWB anzuwenden. Dann wird das Verfahren aufgrund einer Verpflichtungszusage beendet und das Unternehmen, in diesem Falle die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft, verpflichtet, ein erneutes kartellrechtskonformes Auswahlverfahren durchzuführen.⁹⁸³ Die Verpflichtungszusage eines Unternehmens wird mit Hilfe des § 32b GWB erst verbindlich, aber mit der Entscheidung der Kartellbehörde wird keine Aussage darüber getroffen, ob das missbräuchliche Verhalten rechtmäßig oder rechtswidrig ist.⁹⁸⁴ Ist der Konzessionsvertrag bereits abgeschlossen worden, kommt dessen Aufhebung in Betracht, sofern sich die Beteiligten dazu bereit erklären.⁹⁸⁵

In der Praxis haben die privaten Energienetzbetreiber, welche nicht konzessioniert worden sind, jedoch ein erhebliches Interesse an einem kartellbehördlichen Eingreifen und rügen, damit gegen eine rechtswidrige (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes vorgegangen wird.⁹⁸⁶ Die Kartellbehörde leitet gem. § 54 Abs. 1 S. 1 GWB ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag ein.⁹⁸⁷ Das Wort „kann“ im § 32 Abs. 1 GWB verdeutlicht dies und zeigt damit auch die Vergleichbarkeit zum § 65 Abs. 1 EnWG auf.⁹⁸⁸

⁹⁸¹ Siehe dazu *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 Kart 137/12 (V), juris-Rn. 136.

⁹⁸² *Büdenbender*, Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82, 84.

⁹⁸³ *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (104); *BKartA*, Beschluss vom 02.12.2013, Az. B8-180/11-1, S. 7 ff.; *BKartA*, Beschluss vom 03.06.2009, Az. B10-71/08, S. 3 ff.

⁹⁸⁴ *Bechtold*, GWB-Kommentar, 7. Auflage, 2013, § 32b Rn. 1.

⁹⁸⁵ *BKartA*, Beschluss vom 02.12.2013, Az. B8-180/11-1, S. 7.

⁹⁸⁶ Siehe etwa *BKartA*, Beschluss vom 02.12.2013, Az. B8-180/11-1, S. 5.

⁹⁸⁷ Siehe etwa *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V), juris-Rn. 7, bei dem der Altkonzessionär, der nicht erneut das Wegenutzungsrecht erhielt, an die Landeskartellbehörde NRW wandte.

⁹⁸⁸ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 84; siehe auch *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 144.

3. Kommunalaufsicht

Neben der Bundesnetzagentur und den Kartellbehörden kommt außerdem in Betracht, dass die Kommunalaufsicht gegenüber der ausschreibenden Selbstverwaltungskörperschaft wegen eines gesetzlichen Verstoßes einschreitet. Eine Gemeinde muss der Kommunalaufsichtsbehörde im Regelfall nur mitteilen, dass sie (re-)kommunalisiert.⁹⁸⁹ Im Rahmen von (Re-)Kommunalisierungsprojekten kam es in jüngster Vergangenheit bereits zu aufsichtsrechtlichen Verfügungen. Daraus resultieren auch gerichtliche Entscheidungen.⁹⁹⁰ Welche Kommunalaufsichtsbehörde formell im Einzelfall zuständig ist, richtet sich nach der einschlägigen Gemeindeordnung eines jeden Landes. Das Land übt die Aufsicht darüber aus, dass die Gemeinden die Selbstverwaltungsaufgaben rechtmäßig erfüllen, § 120 S. 1 GO SH.⁹⁹¹ Laut Wegner soll die Kommunalaufsicht bei einem Konzessionsvergabeverfahren prüfen, ob die Vorgaben aus § 46 Abs. 3 S. 1 bis 4 EnWG, dem nationalen Kartellrecht und dem Europäischen Primärrecht eingehalten werden.⁹⁹² In diesem Umfang ist einer kommunalaufsichtlichen Prüfung auf jeden Fall zuzustimmen. Allerdings muss eine Kommunalaufsichtsbehörde im Hinblick auf die Einhaltung des EnWG weitere Normen prüfen und nicht lediglich § 46 Abs. 3 S. 1 bis 4 EnWG. Diese muss sicherstellen, dass eine Gemeinde sowohl das Bundes- und Landesrecht als auch das Europarecht einhält.⁹⁹³ Die Gerichte haben daher eine umfängliche Prüfung durch die Aufsichtsbehörde bezüglich des EnWG akzeptiert.⁹⁹⁴ Weiterhin kann die Behörde vorgehen, um

⁹⁸⁹ Schmidt, DÖV 2014, S. 357 (363). Siehe nur die schriftliche Anzeigepflicht gem. § 108 Abs. 1 GO SH.

⁹⁹⁰ VG *Sigmaringen*, Urteil vom 05.11.2014, Az. 2 K 521/12; VG *Oldenburg*, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12 und nachgehend das OVG *Lüneburg*, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 87/12, 10 ME 88/12. Eine andere Kommune betreffend, die denselben Netzgesellschaft das Wegenutzungsrecht einräumen wollte, VG *Oldenburg*, Beschluss vom 18.07.2012, Az. 1 B 3587/12 und nachgehend OVG *Lüneburg*, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12.

⁹⁹¹ Zu den Rechten der Kommunalaufsichtsbehörde siehe §§ 122 ff. GO SH.

⁹⁹² Wegner, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 145.

⁹⁹³ Burgi, Kommunalrecht, 5. Auflage, 2015, § 8 Rn. 32. Siehe beispielsweise auch § 170 Abs. 1 S. 2 NKomVG

⁹⁹⁴ Insbesondere durfte die Kommunalaufsicht auch bemängeln, dass der § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG i.V.m. § 1 EnWG nicht ausreichend einbezogen wurde, OVG *Lüneburg*, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 87/12, 10 ME 88/12, juris-Rn. 11,43, 45. Außerdem hat das OVG *Lüneburg*, Beschluss vom 11.09.2013, 10 ME 88/12, juris-Rn.

die Kommune zur Einhaltung der kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften zu zwingen.⁹⁹⁵ Unter anderem besteht mithin die Möglichkeit kommunalaufsichtsrechtlich zu beanstanden, wenn die kommunale Gebietskörperschaft nicht sparsam und wirtschaftlich handelt.⁹⁹⁶

Indessen hat das *OVG Lüneburg* im Rahmen eines niedersächsischen (Re-)Kommunalisierungsfalles noch betont, dass die Kommunalaufsicht gem. § 170 Abs. 1 S. 2 NKomVG derart handeln soll, damit die Entschlusskraft und die Verantwortungsfreude der kommunalen Gebietskörperschaft nicht beeinträchtigt wird.⁹⁹⁷ Ferner bleibt es eine Ermessensentscheidung der Behörde, ob und wenn ja, wie eingeschritten wird.⁹⁹⁸ Sie wird im öffentlichen Interesse tätig,⁹⁹⁹ sodass ein unterlegener privater Netzbetreiber die Kommunalaufsicht somit nicht zu einem Einschreiten gegen die rechtswidrig agierende kommunale Gebietskörperschaft zwingen kann. Also besteht kein subjektiv-öffentliches Recht auf ein Einschreiten.

II. Private Energienetzbetreiber

Die privaten Energienetzbetreiber, welche im Verfahren unterlagen, können bei einem (Re-)Kommunalisierungsvorhaben ein erhebliches Interesse an einer gerichtlichen Überprüfung haben, insbesondere dann, wenn noch nach dem stattzufindenden Auswahlverfahren ein kommunales Unternehmen das Wegenutzungsrecht eingeräumt bekommt.¹⁰⁰⁰ Die Skepsis angesichts der Durchführung eines wettbewerblichen bzw. fehlerfreien Auswahlverfahrens kann

48, einen Verstoß gegen § 12 Abs. 1 S. 1 GemHKVO festgestellt, wonach vor einer Investition von erheblicher finanzieller Bedeutung ein Wirtschaftlichkeitsvergleich durchzuführen ist, um unter mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten die für die Gemeinde wirtschaftlichste Lösung zu ermitteln.

⁹⁹⁵ Zur Aufsicht bei einer wirtschaftlichen Betätigung einer Kommune, *Ruffert*, VerwArch, Bd. 92 (2001), S. 27 (27 ff.).

⁹⁹⁶ Hierzu VG *Sigmaringen*, Urteil vom 05.11.2014, Az. 2 K 521, bei dem beanstandet wurde, dass das Verhalten einer Kommune, welches in dem Abschluss eines Konzessionsvertrages mit einer eigenen GmbH & Co. KG lag, zu Rechtsstreitigkeiten und somit zu Kosten für die Kommune führen könnte (juris-Rn. 31 ff.), wobei das Gericht im Ergebnis keinen Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz festgestellt hat (juris-Rn. 58).

⁹⁹⁷ OVG *Lüneburg*, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 41; allgemein dazu *Geis*, Kommunalrecht, 3. Auflage, 2014, § 24 Rn. 36.

⁹⁹⁸ OVG *Lüneburg*, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, juris-Rn. 41; ein benachteiligter Bewerber hat keinen Anspruch darauf, dass die Kommunalaufsicht einschreitet, *Byok/Dierkes*, RdE 2012, S. 221 (227).

⁹⁹⁹ *Geis*, Kommunalrecht, 3. Auflage, 2014, § 24 Rn. 36.

¹⁰⁰⁰ Siehe beispielsweise LG *Köln*, Urteil vom 06.06.2014, Az. 90 O 169/13.

unter Umständen sogar größer sein als in einem Fall, bei dem die Ausschreibungsbehörde das Wegenutzungsrecht einem anderen privaten Energieversorgungsunternehmen einräumt.

1. Unterlassungsanspruch zur Verhinderung eines Vertragsabschlusses

Bereits vor Abschluss eines Konzessionsvertrages zwischen der Gemeinde und dem kommunalen Unternehmen könnte in Erwägung gezogen werden, dass ein unterlegener Bewerber den kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch gem. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB geltend macht, um eine (Re-)Kommunalisierung zu verhindern.¹⁰⁰¹ Nach dieser Vorschrift müsste beispielsweise ein Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB oder den Art. 102 AEUV vorliegen. Der private Energiernetzbetreiber müsste ein Betroffener i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB, also als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt sein. Da die Gemeinde im Rahmen der Konzessionsvergabe als marktbeherrschendes Unternehmen i.S.d. §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] bzw. Art. 102 AEUV tätig ist und ein unterlegener privater Energiernetzbetreiber in einem (Re-)Kommunalisierungsfall, bei dem kein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren stattfindet, beeinträchtigt wird, ist ein solcher Anspruch gegeben.¹⁰⁰² Die Kommune wäre dann gem. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

Darüber hinaus könnten einem privaten Energiernetzbetreiber weitere gesetzliche Anspruchsgrundlagen zur Verfügung stehen. Der Unterlassungsanspruch gem. § 32 Abs. 1 EnWG scheidet jedoch wegen systematischer Gründe aus, weil sich dieser nur auf die Abschnitte 2 und 3 des EnWG bezieht und somit lediglich auf die §§ 17-28a EnWG.¹⁰⁰³ § 46 EnWG wird also nicht er-

¹⁰⁰¹ Siehe beispielsweise *LG Stuttgart*, Beschluss vom 21.11.2014, Az. 11 O 180/14, juris-Rn. 91; *LG Stuttgart*, Urteil vom 02.10.2014, Az. 11 O 182/14, juris-Rn. 54; *LG Düsseldorf*, Urteil vom 11.12.2014, Az. 37 O 96/14, juris-Rn. 29; *LG Düsseldorf*, Urteil vom 26.02.2014, Az. 37 O 87/13 (EnW) U, juris-Rn. 35. Sollte der Konzessionsvertragsabschluss bereits erfolgt sein, kommt ein einstweiliger Rechtsschutz nicht mehr in Betracht, siehe hierzu *OLG Celle*, Beschluss vom 24.09.2015, Az. 13 W 52/15.

¹⁰⁰² *LG Leipzig*, Urteil vom 12.11.2013, NZBau 2014, S. 250 (252); dazu auch *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 84 f.; Beispiele, wann ein Rechtsschutz in Erwägung gezogen werden kann bei *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 771 f.

¹⁰⁰³ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 86.

fasst.¹⁰⁰⁴ Allerdings ist denkbar, dass ein Anspruch auf Unterlassung des rechtswidrigen Handelns einer Kommune aus § 823 Abs. 2 BGB herührt, sofern das Verfahren nicht transparent und diskriminierungsfrei durchgeführt wird.¹⁰⁰⁵ Um die Anspruchsgrundlage gem. § 32 Abs. 1 EnWG allerdings nicht zu unterlaufen, darf sich ein unterlegener Netzbetreiber nicht auf die allgemeine Anspruchsgrundlage gem. §§ 823, 1004 BGB berufen.¹⁰⁰⁶ Neben dem gesetzlichen Anspruch gem. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB kann aber ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen der kommunalen Gebietskörperschaft und dem am Wegenutzungsrecht interessierten Bewerber entstehen.¹⁰⁰⁷ Ein solches vorvertragliches Schuldverhältnis wird begründet, wenn ein Bewerber zu erkennen gibt, am Auswahlverfahren partizipieren zu wollen und die Bekanntmachung durch die Kommune über das Auslaufen des Vertrages bereits erfolgt ist.¹⁰⁰⁸ Ob es sich um eine Aufnahme von Vertragsverhandlungen i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB¹⁰⁰⁹ oder ähnliche geschäftliche Kontakte i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB handelt, kann dahingestellt bleiben.¹⁰¹⁰ Die Kommune muss Sorgfalts- bzw. Schutzpflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB im Umgang mit dem Bewerber einhalten, sobald ein derartiges Schuldverhältnis entsteht.¹⁰¹¹ Somit hat ein privates Energieversorgungsunternehmen, das Interesse am Netzbetrieb zeigt, einen Anspruch gem. § 311 Abs. 2 BGB i.V.m. § 241 BGB auf Unterlassung eines diskriminierenden bzw. intransparenten Auswahlverfahrens.¹⁰¹²

Eine Geltendmachung der Ansprüche gem. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB und § 311 Abs. 2 BGB i.V.m. § 241 BGB könnte im Rahmen eines einstweiligen

¹⁰⁰⁴ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 86.

¹⁰⁰⁵ So LG Leipzig, Urteil vom 12.11.2013, NZBau 2014, S. 250 (252); Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (25); Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 772 m.w.N.

¹⁰⁰⁶ Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 86 f.

¹⁰⁰⁷ Zum vorvertraglichen Schuldverhältnis, Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (24 f.); vgl. auch bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte Dicks, VergabeR 2012, S. 531 (533 f.).

¹⁰⁰⁸ Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (24).

¹⁰⁰⁹ So das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 64.

¹⁰¹⁰ Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (24).

¹⁰¹¹ Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (24); eher ablehnend Byok, RdE 2008, S. 268 (273).

¹⁰¹² LG Leipzig, Urteil vom 12.11.2013, NZBau 2014, S. 250 (252); LG Köln, 07.11.2012, Az. 90 O 59/12, juris-Rn. 29.

Rechtsschutzes in Betracht kommen. Dieser hat dann eine große Bedeutung, wenn nach der Beschlussfassung der Kommune der Vertragsabschluss mit dem eigenen Unternehmen erfolgt und dieser danach nicht mehr beseitigt werden kann. Sofern feststehen sollte, dass ein drohender Vertragsabschluss, der auf rechtswidriger Grundlage basierte, zustande kommen wird, sollte einem privaten Energiemetztreiber grundsätzlich nicht die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes verwehrt bleiben. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 935 ff. ZPO.¹⁰¹³ Von einem Verfügungsgrund geht das *LG Leipzig* aus, wenn der Vertragsabschluss mit einem anderen Unternehmen unmittelbar droht und davon ist unabhängig, ob kommunalrechtliche Vorschriften zuvor noch weitere Verfahrensschritte vorsehen, weil der unterlegene Netzbetreiber darauf nicht einwirken kann.¹⁰¹⁴ Also muss nicht erst eine kommunale Beschlussfassung zu Gunsten des eigenen Unternehmens stattfinden, um einen Verfügungsgrund annehmen zu können.¹⁰¹⁵ Teilweise wird aufgrund des durchgeföhrten Eilrechtsschutzverfahrens vor dem *LG Köln*¹⁰¹⁶ angenommen, dass ein Konzessionsvertrag aus Sicht des Gerichts trotz eines unter Umständen mängelbehafteten Auswahlverfahrens später nicht mehr aufgehoben werden kann, weil das Gericht sonst nicht von einer Eilbedürftigkeit ausginge.¹⁰¹⁷ So hätte im Fall des *LG Leipzig*¹⁰¹⁸ nach der hier vertretenen Ansicht ebenso nach Abschluss des Konzessionsvertrages eine Möglichkeit von dessen Beseitigung bestanden, weil die eigene Stadtwerke GmbH (wieder) das Wegenutzungsrecht eingeräumt bekommen sollte und somit der Rechtsgedanke gem. § 36 Abs. 2 S. 1 GWB greifen muss, weil Kommune und eigenes Unternehmen eine Einheit bilden. Die Frage ist immer, ob eine Eilbedürftigkeit dann noch zu bejahen ist, wenn ein Konzessionsvertrag auch später noch aufgehoben werden könnte.¹⁰¹⁹ Das *LG Düsseldorf* erwähnt bezüglich des Verfügungsgrundes, dass bei möglichem Eintritt des Vertragsabschlusses „die Durchsetzung des Anspruchs [der Klägerin] auf Durchführung eines diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens zumindest erschwert werden würde“.¹⁰²⁰ Im Rahmen eines (Re-)Kommunalisierungsfalls hat das *LG Köln* darauf hingewiesen, „dass bei einem rechtzeitig vor Vertragsschluss eingereichten

¹⁰¹³ Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (27).

¹⁰¹⁴ *LG Leipzig*, Urteil vom 12.11.2013, NZBau 2014, S. 250 (251).

¹⁰¹⁵ *LG Leipzig*, Urteil vom 12.11.2013, NZBau 2014, S. 250 (251).

¹⁰¹⁶ *LG Köln*, Urteil vom 07.11.2012, Az. 90 O 59/12.

¹⁰¹⁷ Probst, ZNER 2013, S. 64 (67).

¹⁰¹⁸ *LG Leipzig*, Urteil vom 12.11.2013, NZBau 2014, S. 250 (250 ff.).

¹⁰¹⁹ Siehe hierzu Probst, ZNER 2013, S. 64 (67).

¹⁰²⁰ *LG Düsseldorf*, Urteil vom 26.02.2014, Az. 37 O 87/13 (EnW) U, juris-Rn. 29; siehe auch *LG Stuttgart*, Urteil vom 02.10.2014, Az. 11 O 182/14, juris-Rn. 53.

Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz die notwendige Dringlichkeit besteht, um im frühestmöglichen Stadium der drohenden Rechtsverletzung entgegenzuwirken.“¹⁰²¹

2. Anspruch auf Aufhebung eines abgeschlossenen Vertrages

Sollte bereits ein Konzessionsvertrag zwischen der kommunalen Gebietskörperschaft und deren eigenen Unternehmen abgeschlossen worden sein, so kann in Betracht gezogen werden, dass ein Anspruch auf Aufhebung dieses Vertrages besteht. Gem. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB könnte der diskriminierte private Energienetzbetreiber einen Beseitigungsanspruch geltend machen. Dieser soll gerade dazu dienen, die bestehende rechtswidrige Lage zu beseitigen,¹⁰²² also den Konzessionsvertrag aufzuheben. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein abgeschlossener Vertrag nicht wieder aufgehoben werden kann, weil dem konzessionierten Unternehmen regelmäßig kein Gesetzesverstoß vorzuwerfen ist.¹⁰²³ Das muss insbesondere in den Fällen gelten, in denen ein kommunaler Energienetzbetreiber das Wegenutzungsrecht eingeräumt bekommen hat. Oben wurde aber im Rahmen der behördlichen Eingriffsmaßnahmen schon erklärt, dass im Falle einer rechtswidrigen (Re-)Kommunalisierung jedenfalls der Rechtsgedanke gem. § 36 Abs. 2 S. 1 GWB herangezogen werden sollte.¹⁰²⁴ Also ist die Aufhebung eines bereits abgeschlossenen Konzessionsvertrages jedenfalls dann möglich, wenn ein kommunales Unternehmen konzessioniert wurde.

3. Nichtigkeit des Konzessionsvertrages gem. § 134 BGB oder § 138 BGB

In Betracht kommt eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrages gem. § 134 BGB. Eine speziellere Vorschrift als diese ist nicht vorhanden.¹⁰²⁵ Im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass ein Vertragsabschluss, bei dem lediglich eine Partei gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, im Regelfall wirksam ist.¹⁰²⁶ Wenn indessen eine kommunale Gebietskörperschaft einen Netzbetreiber unter rechtswidrigen Umständen konzessioniert, gehen die unterinstanzliche

¹⁰²¹ *LG Köln*, Urteil vom 06.06.2014, Az. 90 O 169/13, juris-Rn. 70; vgl. *LG Düsseldorf*, Urteil vom 11.12.2014, Az. 37 O 96/14, juris-Rn. 28.

¹⁰²² *Bechtold*, GWB-Kommentar, 7. Auflage, 2013, § 33 Rn. 15.

¹⁰²³ *Höch/Stracke*, RdE 2013, S. 159 (160).

¹⁰²⁴ Eine Idee von *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 82 f., 90; siehe auch hierzu oben unter G.I.1.

¹⁰²⁵ *Höch/Stracke*, RdE 2013, S. 159 (159).

¹⁰²⁶ BGHZ 46, 24 (26); 89, 369 (373); *Armbriëster*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 6. Auflage, 2012, § 134 Rn. 48.

Rechtsprechung¹⁰²⁷ und die Literatur¹⁰²⁸ häufig von einer Nichtigkeit des Vertrages aus. In den Urteilen vom 17.12.2013 hat der BGH die Konzessionsverträge als nichtig eingestuft.¹⁰²⁹ Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Konzessionsvertrag i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG für einen langen Zeitraum andere Netzbetriebsinteressenten dieser Tätigkeit gänzlich ausschließt und die damit einhergehende – vor allem diskriminierende – Auswirkung nur dadurch bereinigt werden kann, indem der Vertrag als nichtig eingestuft wird.¹⁰³⁰ Dabei wird erkannt, dass grundsätzlich ein Gesetzesverstoß beider Parteien erforderlich ist und in diesem Fall jedoch ausnahmsweise wegen des sonst bestehenden langfristigen Ausschlusses anderer Interessenten ein solches diskriminierendes Verhalten bezüglich der Auswahlentscheidung

¹⁰²⁷ *LG Kiel*, Urteil vom 21.09.2012, Az. 14 O 19/12 Kart, juris-Rn. 88 ff.; bei Nichteinhaltung der Bekanntmachungspflicht und daraus resultierender Überschreitung einer Laufzeit von 20 Jahren, wobei auf ein Verstoß gegen § 1 GWB abgestellt und dann § 139 BGB herangezogen wurde, *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 12.03.2008, Az. VI-2 U (Kart) 8/07, juris-Rn. 43 f.; anders wohl *LG Köln*, Urteil vom 07.11.2012, Az. 90 O 59/12, juris-Rn. 32. Sollte eine Bekanntmachung nur im Deutschen Ausschreibungsschritt und nicht dem Bundesanzeiger erfolgen, folgt daraus keine Unwirksamkeit des Vertrages gem. § 134 BGB, *LG Hannover*, Urteil vom 12.09.2012, Az. 21 O 16/12, juris-Rn. 12 ff.; keine Annahme einer Nichtigkeit im Fall *LG Mannheim*, Urteil vom 03.05.2013, Az. 22 O 33/12, was allerdings in der Berufung vor dem *OLG Karlsruhe*, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 38 ff., keinen Bestand hatte.

¹⁰²⁸ *Schotten*, VergabeR 2013, S. 352 (360); *Höch/Stracke*, RdE 2013, S. 159 (161ff.); *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 97 ff.; a.a. *Meyer-Hetting/Probst/Wolkenhauer*, ER 2012, S. 22 (S. 27 f.); siehe im Hinblick auf die Rechtsfolgen bei mangelnder Bekanntmachung *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 137 f. m.w.N.; *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 708 ff.; ders., EWeRK 2009, S. 117 (121); *Byok*, RdE 2008, S. 268 (269).

¹⁰²⁹ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, KZR 65/12, juris-Rn. 77 ff.; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, juris-Rn. 101 ff. Zuvor haben bereits die Vorinstanzen eine Nichtigkeit angenommen, siehe *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 146 ff.; *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 133 ff.; *LG Kiel*, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O 12/11 Kart, juris-Rn. 82 ff.; *LG Kiel* vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10, juris-Rn. 86 ff. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist in einem jüngeren Urteil so fortgeführt worden, *BGH*, Urteil vom 18.11.2014, Az. EnZR 33/13, juris-Rn. 20.

¹⁰³⁰ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, juris-Rn. 105; zustimmend *Schulz-Gardyan*, N&R 2014, S. 172 (177); vgl. hierzu auch *Heim*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, 2015, S. 15.

nicht haltbar ist.¹⁰³¹ Anders könnte der Fall nur bewertet werden, wenn jeder unterlegene Interessent rechtlich gegen die diskriminierende Auswahlentscheidung vorgehen könnte, dies aber nicht tut.¹⁰³² Damit keine Regelungslücke entsteht, ist bei einem Eigenbetrieb aufgrund der mangelnden Rechtspersönlichkeit und des nicht bestehenden Konzessionsvertrages § 134 BGB analog anzuwenden, welches schon der § 46 Abs. 4 EnWG gebietet.¹⁰³³ Selbiges muss dann für den Regiebetrieb gelten.

Teilweise wird in der Literatur die Rechtsprechung kritisiert, die von einer Nichtigkeit des Vertrages ausgeht, wenn bei der Auswahl des Netzbetreibers unzulässige Kriterien zugrunde gelegt worden sind.¹⁰³⁴ Beispielsweise geht die Literatur hierbei auf das Urteil des *LG Kiel*¹⁰³⁵ ein.¹⁰³⁶ Demnach dürfe nicht die gravierende Rechtsfolge der Nichtigkeit des Konzessionsvertrages eintreten, weil es sich um einen einseitigen Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] handele.¹⁰³⁷ Diese Kritik und Argumentation hinsichtlich dieser Rechtsprechung ist insoweit zuzustimmen, weil es sich gerade nicht um einen (Re-)Kommunalisierungssachverhalt handelte. Dann ist nicht von einem richtigen Vertrag auszugehen. Sobald es sich jedoch um einen solchen Fall der (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes handelt, muss die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft und deren eigenes Unternehmen als Einheit betrachtet werden.¹⁰³⁸ Der Einwand, die kartellrechtlichen Vorschriften richten sich nur an die Kommune als marktbeherrschendes Unternehmen aufgrund ihrer Stellung, das Wegenutzungsrecht einzuräu-

¹⁰³¹ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, juris-Rn. 107; siehe auch *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 99. Anderer Ansicht ist *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 164 f., der einen zweiseitigen Verstoß verneint und auch sonst grundsätzlich keinen schweren Verstoß anerkennt.

¹⁰³² *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, juris-Rn. 108 f.

¹⁰³³ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, KZR 65/12, juris-Rn. 78 f.

¹⁰³⁴ *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 96; *Schüttelpelz*, Vergaber 2013, S. 361 (368).

¹⁰³⁵ *LG Kiel*, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O 12/11.

¹⁰³⁶ *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 96.

¹⁰³⁷ *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 96.

¹⁰³⁸ Vgl. *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 88.

men,¹⁰³⁹ kann dann wiederum nicht voll überzeugen. Die Ausnahme im Rahmen des § 134 BGB ist immer eine (Re-)Kommunalisierung, welche auf einer rechtswidrigen Umsetzung beruht.¹⁰⁴⁰ Der BGH hat an dieser Stelle nicht ausreichend differenziert zwischen einem Fall der rechtswidrigen Einräumung des Wegenutzungsrechts an einen privaten Energienetzbetreiber und einer Konstellation, bei der ein kommunales Unternehmen bzw. Eigen- oder Regiebetrieb das Wegenutzungsrecht erhalten soll. Die Konsequenz dieser Differenzierung wäre, dass ein abgeschlossener Konzessionsvertrag zwischen einer kommunalen Gebietskörperschaft und deren Unternehmen stets nichtig ist, sofern eine (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes rechtswidrig erfolgte.¹⁰⁴¹ Räumt die Kommune hingegen einem privaten Energieversorgungsunternehmen auf einer rechtswidrigen Grundlage das Wegenutzungsrecht ein, liegt keine Nichtigkeit gem. § 134 BGB vor.

Darüber hinaus ist auch denkbar, dass eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrages aus § 138 BGB resultiert. Ein Konzessionsvertrag ist demnach als nichtig einzustufen, wenn vor dem Abschluss eines solchen von der kommunalen Gebietskörperschaft und dem Unternehmen, welchem das Wegenutzungsrecht eingeräumt werden sollte, ein sittenwidriges Verhalten ausgeübt wurde.¹⁰⁴² Auf jeden Fall ist von einem nichtigen Konzessionsvertrag wegen eines kollusiven Zusammenwirkens auszugehen, sofern die Kommune und der (vermeintlich) neue Wegenutzungsrechtsinhaber vereinbaren, dass andere Bewerber nicht zum Zuge kommen sollen und ein wettbewerbliches Auswahlverfahren in Wirklichkeit gar nicht stattfinden soll.¹⁰⁴³ Ob im Rahmen eines (Re-)Kommunalisierungsprojektes ein solches Zusammenwirken zu bejahen ist, kommt auf den Einzelfall an, ob nämlich tatsächlich ein „Scheinwettbewerb“ – also seitens der Kommune nur pro forma ein Auswahlverfahren – durchgeführt wurde oder das Auswahlverfahren lediglich fehlerhaft war, wie beispielsweise beim Einbezug unzulässiger Bewertungskriterien. Bei Letzterem ist nicht von einer Nichtigkeit gem. § 138 BGB auszugehen, aber

¹⁰³⁹ So *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 96.

¹⁰⁴⁰ Es sei darauf hingewiesen, dass *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 9 Rn. 96, ebenfalls Ausnahmen annimmt, erwähnt diese einer rechtswidrigen (Re-)Kommunalisierung aber nicht ausdrücklich. Allerdings führt er beispielsweise das kollusive Zusammenwirken an.

¹⁰⁴¹ Zu den Heilungsmöglichkeiten bei einer Nichtigkeit gem. § 134 BGB siehe *Dümke*, ER 2014, S. 155 (155 ff.).

¹⁰⁴² *Meyer-Hetling/Templin*, ZNER 2012, S. 18 (23).

¹⁰⁴³ Siehe nur *Meyer-Hetling/Templin*, ZNER 2012, S. 18 (23); *Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer*, ER 2012, S. 22 (29 f.).

es könnte jedenfalls eine solche gem. § 134 BGB vorliegen. Bei einem „Scheinwettbewerb“ ist von einer Nichtigkeit gem. § 138 BGB auszugehen, weil die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft das eigene Unternehmen bevorzugt, was von Anfang an so beabsichtigt war. Der private Netzbetreiber, welcher an sich den Wettbewerb gewonnen hätte, wenn das Auswahlverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre, erhält hingegen nicht das Wegenutzungsrecht.

4. Rügezeitpunkt

Eine rege Diskussion findet in letzter Zeit darüber statt, ob einen privaten Energienetzbetreiber eine Rügepflicht bereits während des Auswahlverfahrens trifft.¹⁰⁴⁴ Die Gerichte handeln dieses Problem im Rahmen der Frage ab, ob eine Verwirkung gem. § 242 BGB vorliegt,¹⁰⁴⁵ weil es sich in den Streitigkeiten meistens um den Anspruch auf Herausgabe des Netzes i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG handelt, nachdem ein Konzessionsvertrag schon abgeschlossen worden ist.¹⁰⁴⁶ Denkbar ist eine Verwirkung, wenn sich ein unterlegener Bewerber nicht während eines Auswahlverfahrens auf etwaige Fehler beruft, sondern erst verspätet. Für ein (Re-)Kommunalisierungsbestreben hat diese Frage eine außerordentliche Relevanz. Sofern eine verspätete Rüge eines unterlegenen Bewerbers, regelmäßig vielleicht sogar des Altkonzessionärs, im Hinblick auf ein rechtswidriges Auswahlverfahren, nicht anerkannt werden würde, so könnte die (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes trotzdem erfolgreich sein. Das EnWG sah in den bisherigen Fassungen und sieht auch in der aktuellen Fassung keine Präklusionsvorschrift vor. Dennoch hat sich die Rechtsprechung teilweise für eine Präklusion ausgesprochen.¹⁰⁴⁷ So stellt das *LG Köln* darauf ab, dass eine Rechtsabteilung eines Unternehmens die erforderlichen Kenntnisse hat und geht aus diesem Grund davon aus, diese müsse etwaige Fehler im Auswahlverfahren erkennen.¹⁰⁴⁸ Eine spätere Rüge sei dann nicht mehr möglich.¹⁰⁴⁹ Dieses Urteil erweckt den Eindruck, dass das *LG Köln*

¹⁰⁴⁴ Dazu u.a. *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), *Energierecht*, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 163 ff.; *Kermel/Herten-Koch*, RdE 2013, S. 255 (255 ff.); *Höch/Stracke*, RdE 2013, S. 159 (163).

¹⁰⁴⁵ Siehe nur *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 90; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 118.

¹⁰⁴⁶ Zur Verwirkungsfrage siehe *Kermel/Herten-Koch*, RdE 2013, S. 255 (259 ff.).

¹⁰⁴⁷ *LG Köln*, Urteil vom 07.11.2012, Az. 90 O 59/12, juris-Rn. 30 ff.; *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 64; dieser Ansicht zustimmend äußern sich *Probst*, ZNER 2013, S. 64 (67); *Michaels/Kohler*, NZBau 2013, S. 382 (385).

¹⁰⁴⁸ *LG Köln*, Urteil vom 07.11.2012, Az. 90 O 59/12, juris-Rn. 31.

¹⁰⁴⁹ *LG Köln*, Urteil vom 07.11.2012, Az. 90 O 59/12, juris-Rn. 31.

im Besonderen deswegen eine Verwirkung annehmen möchte, da die Klägerin eine eigene Rechtsabteilung hat. Insoweit ist das Urteil kritisch zu sehen, weil das bloße Vorhandensein einer eigenen Rechtsabteilung zumindest nicht generell dazu führen darf, dass ein Recht verwirkt. Allenfalls wäre eine Verwirkung nur dann möglich, wenn der unterlegene Bewerber alle erforderlichen Informationen erhalten hat, damit ein gesetzlicher Verfahrensverstoß festgestellt werden kann.¹⁰⁵⁰

Der Vergabesenat des *OLG Düsseldorf* hat in einem Fall, bei dem es um die Eingehung einer strategischen Partnerschaft ging, eine Präklusion angenommen, weil es eine unselbstständige Nebenpflicht eines Bewerbers sei, die Ausschreibungsbehörde auf rechtliche Fehler aufmerksam zu machen.¹⁰⁵¹ Des Weiteren ergebe sich diese Pflicht aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis gem. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.¹⁰⁵² Es ist nicht erkennbar, warum den Bewerber eine Aufklärungspflicht treffen sollte, insbesondere auch deswegen, weil kein „Informationsgefälle“ zwischen der Ausschreibungsbehörde und dem Bewerber vorherrscht.¹⁰⁵³ Darüber hinaus war diese Aussage des Vergabesenats nicht entscheidungserheblich¹⁰⁵⁴ und da der Sachverhalt von der Eingehung einer strategischen Partnerschaft handelt, kann dem Beschluss jedenfalls keine allgemeingültige Aussage entnommen werden.

Die höchstrichterliche¹⁰⁵⁵ und instanzliche Rechtsprechung¹⁰⁵⁶ geht nicht von der Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Rügepflicht und einer damit einhergehenden präkludierenden Wirkung aus. In einem klassischen Vergabeverfahren gem. § 107 Abs. 3 GWB sind Rügefristen vorgesehen, die bei Nichteinhaltung einen Antrag vor der Vergabekammer unzulässig werden lassen. Der *BGH* nimmt keine Übertragung dieser Vorschrift auf die energie-

¹⁰⁵⁰ *Kermel/Wagner*, RdE 2014, S. 221 (226).

¹⁰⁵¹ *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 64; zustimmend äußern sich *Kafka*, IR 2013, S. 84 (85); *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (105). Anders hingegen *Sauer*, EWeRK 2013, S. 100 (108), der es nicht mit dem Wettbewerbsgedanken vereinbar hält und vor allem ein rechtmäßiges Auswahlverfahren stattgefunden haben muss, damit die gesetzliche Netzbereignungspflicht überhaupt ausgelöst werden kann.

¹⁰⁵² *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 64; anders hingegen *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 86; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 113.

¹⁰⁵³ *Kermel/Herten-Koch*, RdE 2013, S. 255 (257).

¹⁰⁵⁴ Siehe auch *Kermel/Herten-Koch*, RdE 2013, S. 255 (256).

¹⁰⁵⁵ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 85 ff.; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 112 ff.

¹⁰⁵⁶ Siehe nur *LG Kiel*, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O 12/11 (Kart), juris-Rn. 86; nachgehend *OLG Schleswig*, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12, juris-Rn. 154 f.

wirtschaftsrechtliche Wegenutzungseinräumung an, sondern lehnt diese vielmehr ausdrücklich ab.¹⁰⁵⁷ Der Kartellsenat geht davon aus, dass eine rechtssichere Einräumung des Wegenutzungsrechts gewährleistet ist, wenn den unterlegenen Bewerbern in Anlehnung an § 101a GWB vor dem Vertragsschluss mitgeteilt werde, für welchen Netzbetreiber sich die kommunale Gebietskörperschaft entschieden hat.¹⁰⁵⁸ Damit plädiert der BGH aber nicht für eine „schematische Übertragung von Voraussetzungen und Rechtsfolgen auf das Konzessionierungsverfahren“.¹⁰⁵⁹ Hielte die Ausschreibungsbehörde eine derartige Frist nicht ein, führt dies dann zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB, wenn dem Abschluss ein diskriminierendes Verhalten vorausgegangen sei.¹⁰⁶⁰ Eine Rügepflicht wird in der Rechtsprechung grundsätzlich nicht angenommen, weil die Regelungen gem. § 46 EnWG und §§ 19, 20 GWB a.F. [§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.] dem öffentlichen Interesse dienen und somit nicht primär dem unterlegenen Bewerber.¹⁰⁶¹

Das OLG Karlsruhe unterscheidet zwischen den übrigen unterlegenen Bewerbern und dem Altkonzessionär, der sich erneut bewirbt und unterlegen ist.¹⁰⁶² Dieser soll auf jeden Fall auch noch auf Mängel im Hauptverfahren aufmerksam machen müssen, weil er aufgrund des Netzüberlassungsanspruches gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG einen Zwangsverkauf vorzunehmen hat, der

¹⁰⁵⁷ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 85; BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, juris-Rn. 112. Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer, ER 2012, S. 22 (29 f.), befürworten hingegen eine Heranziehung des § 242 BGB oder eine analoge Anwendung; auch das LG Köln, Urteil vom 06.06.2014, Az. 90 O 35/14, juris-Rn. 60; LG Köln, Urteil vom 06.06.2014, Az. 90 O 169/13, juris-Rn. 60; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, juris-Rn. 60, halten eine analoge Anwendung des § 107 Abs. 3 GWB für möglich; offen gelassen vom OLG Celle, Beschluss vom 16.05.2013, Az. 13 Verg 13/12, juris-Rn. 21.

¹⁰⁵⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 85 unter vergleichenden Hinweis auf BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 108 f. Schüttelpelz, VergabeR 2013, S. 361 (367), spricht sich für eine Bekanntmachung vor Vertragsabschluss aus, um effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen. Kritisch zu einer entsprechenden Anwendung des § 101a GWB äußert sich Sauer, EWeRK 2014, S. 59 (65); vgl. außerdem auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 69 ff.

¹⁰⁵⁹ Kermel/Wagner, RdE 2014, S. 221 (225).

¹⁰⁶⁰ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 110.

¹⁰⁶¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 Kart 137/12 (V), juris-Rn. 137; siehe auch BGH, Beschluss vom 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, juris-Rn. 16; OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 22/12, juris-Rn. 167; LG Kiel, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O 12/11 (Kart), juris-Rn. 86; Sauer, EWeRK 2013, S. 100 (108).

¹⁰⁶² OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 75.

unter Beachtung des Art. 14 Abs. 1 GG nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn das Auswahlverfahren rechtmäßig erfolgte.¹⁰⁶³ Der Altkonzessionär müsste demnach keine möglichen Verfahrensfehler im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzes erheben, sondern könnte auch noch später darauf hinweisen.¹⁰⁶⁴ Demnach hätte der Altkonzessionär eine privilegierte Stellung inne. Aufgrund befürchteter dogmatischer Probleme einer solchen Differenzierung zwischen den unterlegenen Bewerbern und den Besonderheiten bei einem Altkonzessionär im Hinblick auf die BGH-Rechtsprechung soll nach Aussage des OLG Karlsruhe ein Vertrag, der auf Grundlage eines diskriminierenden Verhaltens abgeschlossen wird, generell als nichtig i.S.d. § 134 BGB eingestuft werden.¹⁰⁶⁵ Nur den unterlegenen Bewerbern – der privilegierte Altkonzessionär ist hier nach Ansicht des Gerichts ausgenommen – soll unter analoger Heranziehung des § 101a GWB keine Möglichkeit mehr wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB zustehen, sich auf die Nichtigkeit eines Konzessionsvertrages zu berufen, wenn sie vor dessen Abschluss nicht rechtlich dagegen vorgegangen sind.¹⁰⁶⁶

Die Rechtsprechung hat aber nun zur Folge, dass es auch in den beiden BGH-Fällen,¹⁰⁶⁷ bei denen es um die Geltendmachung eines Netzherausgabeanspruches ging, ausgereicht hätte, wenn der bisherige Netzbetreiber erst im Laufe des gerichtlichen Verfahrens (vermeintliche) Fehler im Auswahlverfahren rügt. Der Betreiber der Energienetze könnte dadurch regelmäßig eine Verzögerung einer von der örtlichen Gebietskörperschaft geplanten (Re-)Kommunalisierung verursachen. Eine solche Rechtsprechung muss kritisch eingestuft werden.¹⁰⁶⁸ Die praktische Auswirkung dieser Rechtsprechung ist nämlich, dass der Altkonzessionär bei einer rechtmäßigen (Re-)Kommunalisierung die Netze zurück behalten und warten könnte, bis auf Herausgabe des Netzes i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG geklagt wird.¹⁰⁶⁹ Eine sofortige Rüge wäre den unterlegenen Bewerbern jedenfalls zuzumuten, weil aufgrund des vielschichtigen Auswahlverfahrens im Gegensatz zu einem normalen Vergabeverfahren, rechtlicher Beistand erforderlich ist und einer

¹⁰⁶³ OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 75.

¹⁰⁶⁴ OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 75; ähnlich Sauer, EWeRK 2014, S. 159 (173).

¹⁰⁶⁵ OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 77.

¹⁰⁶⁶ OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 76 f.

¹⁰⁶⁷ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12.

¹⁰⁶⁸ Schüttipelz, VergabeR 2013, S. 361 (366), sieht die vorinstanzlichen Entscheidungen ebenfalls kritisch.

¹⁰⁶⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang Schüttipelz, VergabeR 2013, S. 361 (368 f.)

Rügepflicht daher nachgekommen werden könnte.¹⁰⁷⁰ Dies reicht aus, um den Bewerber später zu präkludieren. Indes ist nicht nachvollziehbar, weshalb ausgerechnet der Altkonzessionär, welcher das engste Näheverhältnis zur Kommune hat, weil er bislang das örtliche Energienetz betrieb, später als mögliche andere unterlegene Bewerber rügen könnte.

Auch wenn darauf hingewiesen wird, dass der Gesetzgeber im Vergaberecht – ausgenommen ist an dieser Stelle § 101b Abs. 1 GWB – einen Rechtschutz vor dem Abschluss eines Vertrages möglich macht und dies aufgrund eines „Erst-recht-Schlusses“ für ein Verfahren i.S.d. § 46 EnWG gelten müsse,¹⁰⁷¹ ist das Verlangen nach einer solchen Rechtsschutzregelung nachvollziehbar. Der Gesetzgeber hat die Einräumung des energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechts jedoch im § 46 EnWG geregelt und gerade nicht im Vergaberecht. Es ist nicht ersichtlich, dass er eine Informations- und Wartepflicht i.S.d. § 101a GWB ebenso auf die Fälle der Konzessionsvergabe angewendet sehen möchte.¹⁰⁷² Im § 46 EnWG mangelt es an einer entsprechenden Regelung oder einem Verweis auf die vergaberechtlichen Regelungen und Dienstleistungskonzessionen werden nun einmal gerade nicht vom GWB erfasst.¹⁰⁷³ Bereits § 100 Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 3 GWB stellen klar, dass Mietverhältnisse für Grundstücke und Rechte an Grundstücken nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfallen sollen und dies aber gerade der Inhalt des § 46 EnWG ist, sodass auf jeden Fall mangels Planwidrigkeit eine Analogie zu verneinen ist.¹⁰⁷⁴ Der BGH hat diese ebenfalls nicht angenommen.¹⁰⁷⁵ Somit ist nach dem jetzigen gesetzlichen Stand nicht von einer unmittelbaren Anwendung der vergaberechtlichen Rügepflicht auszugehen, sofern das Auswahlverfahren nicht rechtmäßig abläuft.¹⁰⁷⁶ Sollte sich der Gesetzgeber für eine kurze

¹⁰⁷⁰ Schüttpelz, VergabeR 2013, S. 361 (366 f.).

¹⁰⁷¹ Schüttpelz, VergabeR 2013, S. 361 (368). Das OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, juris-Rn. 77, möchte den § 101a GWB auch analog für unterlegene Bewerber mit Ausnahme des bisherigen Netzbetreibers annehmen. Kritisch beurteilt Schotten, VergabeR 2013, S. 352 (355), eine analoge Anwendung.

¹⁰⁷² Kermel/Wagner, RdE 2014, S. 221 (225); ähnlich Scholtka/Baumbach/Pietrowicz, NJW 2013, S. 2724 (2727).

¹⁰⁷³ Auch Sauer, EWeRK 2013, S. 100 (108), argumentiert damit, dass anders als im Vergaberecht das EnWG keine Vorschrift enthält, die einen Netzbetreiber präkludiert, weil dies den Wettbewerb um die Netze beeinträchtigen könnte; siehe auch Kermel/Wagner, RdE 2014, S. 221 (221 ff.).

¹⁰⁷⁴ Kermel/Herten-Koch, RdE 2013, S. 255 (258).

¹⁰⁷⁵ BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 85; BGH, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 112.

¹⁰⁷⁶ Scholtka/Baumbach/Pietrowicz, NJW 2013, S. 2724 (2727 m.w.N.).

Rügefrist, nämlich während eines Auswahlverfahrens entscheiden, so muss er sich darüber bewusst werden, dass eine umfangreiche Liste mit möglichen Mängeln eines unterlegenen Bewerbers erstellt wird, um den Rügeerfolg zu erhöhen. Eine solche Überprüfung kann zu einer ähnlichen Verzögerung führen. Nach geltendem Recht kann sich eine (re-)kommunalisierungswillige Gebietskörperschaft also erst ab dem Zeitpunkt in Sicherheit wiegen, ab dem das Netzüberlassungsverfahren durchgeführt wurde. Eine Rüge des Altkonzessionärs kann jedenfalls dann nicht mehr gehört werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 46 EnWG keine Vorgaben hinsichtlich eines Rügezeitpunktes enthält. Eine unmittelbare Anwendung kartellrechtlicher Rügevorschriften ist außerdem abzulehnen, weil für eine solche keine ausreichenden Anhaltspunkte des Gesetzgebers erkennbar sind. Im Hinblick auf den Rügezeitpunkt ist eine Differenzierung zwischen einem Altkonzessionär und anderen unterlegenen Bewerbern nicht sachgerecht, weil der Altkonzessionär dann bevorzugt sein würde. Da § 46 EnWG und § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F. dem öffentlichen Interesse dienen, ist nicht von einer Rügepflicht eines Bewerbers zu einem bestimmten Zeitpunkt auszugehen.

5. Rechtsweg, Zuständigkeit des Gerichts und Klageart

Zur Klärung rechtlicher Probleme bei der Wegenutzungsrechtseinräumung gem. § 46 EnWG hat der unterlegene Energienetzbetreiber nicht den Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten, sondern den ordentlichen Rechtsweg gem. § 13 GVG i.V.m. § 102 EnWG einzuschlagen, weil es sich bei den Wegenutzungsrechten um eine privatrechtliche Angelegenheit handelt.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁷ *LG Düsseldorf*, Urteil vom 11.12.2014, Az. 37 O 96/14, juris-Rn. 25; *LG Düsseldorf*, Urteil vom 26.02.2014, Az. 37 O 87/13 (EnW) U, juris-Rn. 24; *LG Leipzig*, Urteil vom 12.11.2013, NZBau 2014, S. 250 (251); *OVG NRW*, Beschluss vom 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11, juris-Rn. 9 ff.; *Richter/Brahms*, KommJur 2014, S. 6 (12); *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (230); *Byok/Dierkes*, RdE 2012, S. 221 (222 f.); Gemeinsamer Leitfaden von *Bundeskartellamt* und *Bundesnetzagentur* zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, Rn. 9; *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 770; ders., EWeRK 2009, S. 117 (124); *Byok*, RdE 2008, S. 268 (273). Eine andere Ansicht hat das *VG Aachen*, Beschluss vom 13.09.2011, Az. 1 L 286/11, welches sich für zuständig angesehen hat. Diese Auffassung des *VG Aachen* lehnen *Ortner*, EWeRK 2012, S. 27 (28 f.) und *Fischer/Wolf/Embacher*, RdE 2012, S. 274 (276 f.), richtigerweise ab. Bei einer Rechtsstreitigkeit, bei der es um einen Anspruch gem. § 33 Abs. 1 GWB geht, ist ebenfalls der ordentliche Rechtsweg einschlägig, *KG Berlin*, Urteil vom 06.10.2014, Az. 2 W 4/14 (Kart), juris-Rn. 7.

Erstinstanzlich ist das Landgericht gem. §§ 102, 103 EnWG sachlich zuständig.¹⁰⁷⁸ Aufgrund des § 87 GWB und des § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG sind die Landgerichte auch dann ausschließlich zuständig, wenn um mögliche Ansprüche aus dem GWB gestritten wird.¹⁰⁷⁹ Die Zuständigkeit der Landgerichte ist ebenfalls gem. § 937 Abs. 1 ZPO bei einer einstweiligen Verfügung gegeben.¹⁰⁸⁰ Sollte eine Berufung gegen ein Endurteil eingelegt werden, so ist gem. § 91 GWB im Falle eines Streites, der aus dem GWB herröhrt, der Kartellsenat des Oberlandesgerichts zuständig. Gleiches gilt, wenn es sich um eine energiewirtschaftsrechtliche Streitigkeit handelt, wie § 106 EnWG klarstellt. Gegen das Urteil des Kartellsenats eines Oberlandesgerichts kann wiederum eine Revision vor dem entsprechenden Senat des BGH gem. § 94 Abs. 1 Nr. 3 GWB respektive gem. § 107 Abs. 1 Nr. 3 EnWG eingelegt werden.¹⁰⁸¹

Hat ein unterlegener privater Energiernetzbetreiber den Verdacht, dass das Auswahlverfahren nicht den Anforderungen entsprach, so könnte es möglich sein, dass dieser mittels Feststellungsklage gem. § 256 ZPO den Konzessionsvertrag zwischen der örtlichen Gebietskörperschaft und dem konzessionierten kommunalen Unternehmen auf dessen Nichtigkeit überprüfen lässt.¹⁰⁸² Problematisch gestaltet sich diese Klage allerdings, weil nach dem Abschluss eines Konzessionsvertrages ein unterlegener Bewerber an diesem selbst nicht beteiligt ist.¹⁰⁸³ Der Vertrag zwischen der Kommune und deren Unternehmen entfaltet nur in diesem Verhältnis rechtliche Auswirkungen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung nimmt aber auch bei einem Drittverhältnis durchaus die Statthaftigkeit einer Feststellungsklage an.¹⁰⁸⁴

Ein Rechtsschutzbedürfnis des unterlegenen Bewerbers kann darin zu erblicken sein, dass das Auswahlverfahren intransparent sowie diskriminierend durchgeführt wurde und aus diesem Grunde nicht die gleichen Voraussetzungen für die Bewerber herrschten, sondern das kommunale Unternehmen

¹⁰⁷⁸ *LG Düsseldorf*, Urteil vom 11.12.2014, Az. 37 O 96/14, juris-Rn. 26 f.; *LG Düsseldorf*, Urteil vom 26.02.2014, Az. 37 O 87/13 (EnW) U, juris-Rn. 25; *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (104 f.).

¹⁰⁷⁹ Siehe dazu auch *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (105); vgl. *OLG Celle*, Beschluss vom 09.07.2014, Az. 4 AR 35/14, juris-Rn. 8.

¹⁰⁸⁰ *LG Düsseldorf*, Urteil vom 26.02.2014, Az. 37 O 87/13 (EnW) U, juris-Rn. 25.

¹⁰⁸¹ Mit der Zuständigkeitsfrage beschäftigen sich auch *Schau*, NdsVBl. 2013, S. 89 (105); *Schray/Tischmacher*, ZNER 2013, S. 229 (230 f.).

¹⁰⁸² Sofern ein Auswahlverfahren gar nicht stattgefunden haben sollte, siehe *Meyer-Hetling/Templin*, ZNER 2012, S. 18 (28), die eine derartige Klage im Ergebnis befürworten.

¹⁰⁸³ *Meyer-Hetling/Templin*, ZNER 2012, S. 18 (28).

¹⁰⁸⁴ *BGH*, Urteil vom 16.06.1993, Az. VII ZR 222/92, juris-Rn. 9 m.w.N.

letztendlich konzessioniert wurde.¹⁰⁸⁵ *Byok* geht davon aus, dass ein Rechts-schutzbedürfnis vorliegt und somit eine Feststellungsklage gem. § 256 Abs. 1 ZPO statthaft ist, weil ein unterlegener Bewerber ein Interesse daran hat, zu erfahren, ob der mit der kommunalen Gebietskörperschaft abgeschlossene Konzessionsvertrag eine Wirksamkeit entfaltet.¹⁰⁸⁶

Jedenfalls besteht aber die Möglichkeit, dass der bisherige Konzessionär negativ feststellen lässt, dass er nicht verpflichtet ist, das Netz dem (vermeintlich) neuen Konzessionär i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen, wenn der neu abgeschlossene Konzessionsvertrag gem. § 134 BGB nichtig ist.¹⁰⁸⁷ Gerade aufgrund der Regelung gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG liegt in diesem Verhältnis sicher ein Rechtsverhältnis vor.

III. Rechtsfolgen

1. Einrede des Altkonzessionärs

Der Altkonzessionär könnte unter Umständen eine Einrede erheben, um die Überlassung der Strom- und Gasversorgungsnetzleitungen zu versagen, wenn ein nicht ordnungsgemäß durchgeführtes Auswahlverfahren erfolgt ist. In der Literatur wird von der Existenz einer solchen teilweise nicht ausgegangen.¹⁰⁸⁸ So vertritt *Theobald* die Ansicht, dass der Altkonzessionär insbesondere nicht die Herausgabe des Netzes mit dem Argument verweigern dürfe, dass der Konzessionsvertrag wegen Verfahrensfehler unwirksam sei, weil ihm sonst ein Rechtsschutzinstrument zur Verfügung stünde, auf welches kein anderer Wettbewerber zurückgreifen könne.¹⁰⁸⁹ Sofern aber von einer Nichtigkeit eines abgeschlossenen Konzessionsvertrages ausgegangen wird, ist die notwendige Folge, dass die Erhebung einer Einrede der Nichtüberlassung die Netzüber-eignung gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG hindert.¹⁰⁹⁰ Das kommunale Unterneh-

¹⁰⁸⁵ Vgl. Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2012, S. 18 (28); *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 179, äußert dazu Zweifel.

¹⁰⁸⁶ *Byok*, RdE 2008, S. 268 (274).

¹⁰⁸⁷ OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 38 ff. Ein Abwarten unter dem Gesichtspunkt des zivilprozessualen Feststellungsinteresses ist dem bisherigen Konzessionär nicht zumutbar, weil er dann zunächst das Netz überließe und erst nach dieser Abwicklung zivilrechtlichen Schutz suchen könnte.

¹⁰⁸⁸ *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 180.

¹⁰⁸⁹ *Theobald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 78. EL 2013, § 46 EnWG Rn. 180; ablehnend auch *Hummel*, ZNER 2004, S. 20 (20 ff.).

¹⁰⁹⁰ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Aus-wahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 90 f.

men müsste demnach das neue Energieversorgungsunternehmen geworden sein. Dafür ist jedoch erforderlich, dass der mit ihr abgeschlossene Konzessionsvertrag wirksam ist.¹⁰⁹¹ Der *BGH* spricht sich ebenfalls dafür aus.¹⁰⁹² Der Altkonzessionär und somit gleichzeitig Überlassungsschuldner des Energienetzes muss geschützt werden, weil es nicht zulässig ist, dass dieser an einen lediglich vermeintlichen Neukonzessionär das Netz zu überlassen hat.¹⁰⁹³ Sonst entstünde laut höchstrichterlicher Rechtsprechung die Situation, dass der nachfolgende Energienetzbetreiber, welcher wirksam das Wegenutzungsrecht eingeräumt bekäme, keinen Anspruch i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG gegen den Altkonzessionär mehr habe, weil dieser gem. § 362 BGB erloschen wäre und dieser Anspruch sogar der Unmöglichkeit gem. § 275 BGB unterfiele.¹⁰⁹⁴ Um gerade diesen Fall zu vermeiden, kann der bisherige Netzbetreiber die Einrede gem. § 320 BGB geltend machen.¹⁰⁹⁵ Im Übrigen ist nicht erkennbar, dass § 320 BGB nicht auch bei dem gesetzlichen Schuldverhältnis gem. § 46 Abs. 2 S. 2 bzw. S. 3 EnWG anzuwenden sein darf.¹⁰⁹⁶ Also muss das kommunale Unternehmen gerichtlich den Anspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG geltend machen, um überhaupt das Netz überlassen zu bekommen. Das führt zu einer Verzögerung der (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes oder gar zum Scheitern, wenn sich tatsächlich herausstellt, dass das Aus-

¹⁰⁹¹ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 90 f.; *OLG Karlsruhe*, Urteil vom 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart), juris-Rn. 38 ff.

¹⁰⁹² *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12, juris-Rn. 62 ff.; *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 65 ff.

¹⁰⁹³ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 67; vgl. *Sauer*, EWeRK 2014, S. 159 (170).

¹⁰⁹⁴ *BGH*, Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12, juris-Rn. 67. Auf etwaige Ansprüche des Altkonzessionärs, das Netz zurückzuerhalten, geht *Büdenbender*, Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 91 f., ein.

¹⁰⁹⁵ *OLG Koblenz*, Urteil vom 23.04.2009, Az. U 646/08 (Kart), juris-Rn. 191 ff.; *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1(Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 93 m.w.N.; *Hummel*, ZNER 2004, S. 20 (21 f.), lehnt im Regelfall ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 BGB und auch gem. § 273 BGB ab.

¹⁰⁹⁶ *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1(Teil 2), 3. Auflage, 2014, § 46 EnWG Rn. 93.

wahlverfahren rechtswidrig war.¹⁰⁹⁷ Sollte der Vertrag nichtig sein, besteht ohnehin kein Anspruch auf Überlassung des Netzes.

2. Erneute Durchführung eines Auswahlverfahrens

Wenn der mit dem kommunalen Unternehmen abgeschlossene Konzessionsvertrag nichtig sein sollte, ist auf jeden Fall erneut ein Auswahlverfahren mit neuartig aufgestellten und gewichteten Kriterien durchzuführen, um einem unterlegenen Bewerber unter diskriminierungsfreien und transparenten Rahmenbedingungen die Chance zu gewähren, das Wegenutzungsrecht für die kommenden Jahre zu erhalten. Zu befürworten ist, dass nicht nur die Auswahlkriterien neu festgelegt werden, sondern eine komplette Neuaußschreibung stattfinden muss.¹⁰⁹⁸ Nur so kann eine Diskriminierung gegenüber neuen Bewerbern, die bei der letzten Ausschreibung kein Interesse zeigten, ausgeschlossen und Marktöffnenheit gewährleistet werden.¹⁰⁹⁹ Insbesondere wird interessierten Netzbetreibern, welche sich zuvor nicht beworben haben, weil sie wegen etwaiger nicht mit § 1 EnWG zu vereinbarenden Gesichtspunkte ihrerseits eventuell eine Bewerbung unterlassen haben, nun die Möglichkeit eingeräumt, sich zu bewerben.¹¹⁰⁰ Im Übrigen ist ein neues Auswahlverfahren bereits dann erforderlich, wenn es zuvor derart fehlerhaft war, dass es theoretisch Auswirkungen auf die Auswahlentscheidung hatte.¹¹⁰¹

IV. Ergebnis

Im Falle einer rechtswidrigen (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes kommen unterschiedliche behördliche Maßnahmen in Betracht. Die nach § 54 Abs. 1 EnWG zuständige Bundesnetzagentur kann aufsichtsrechtliche Maßnahmen mittels Generalklausel gem. § 65 EnWG erlassen. Die Gesetzesystematik zeigt, dass die §§ 30, 31 EnWG nicht anzuwenden sind, wenn die Vorgaben gem. § 46 EnWG nicht eingehalten werden.

Eine kommunale Selbstverwaltungskörperschaft unterfällt dem Unternehmensbegriff des § 65 EnWG und somit kann gegen diese eine Ex-post-

¹⁰⁹⁷ Sollte tatsächlich eine Nichtigkeit festgestellt werden, müssten konsequenterweise die bisher gegenseitig erbrachten Leistungen wieder rückabgewickelt werden, siehe hierzu *Dümke*, ER 2014, S. 155 (157 f.). Zu den Auswirkungen der weiteren abgeschlossenen Verträge bei einem Kooperationsmodell siehe *Wolf/Embacher*, RdE 2014, S. 270 (270 ff.), die eine Nichtigkeit dieser Verträge dann befürworten, wenn von einem einheitlichen Rechtsgeschäft auszugehen ist.

¹⁰⁹⁸ *Dümke*, ER 2014, S. 155 (159).

¹⁰⁹⁹ *Dümke*, ER 2014, S. 155 (159).

¹¹⁰⁰ *Dümke*, ER 2014, S. 155 (159).

¹¹⁰¹ *Höch/Stracke*, RdE 2013, S. 159 (162).

Maßnahme erlassen werden. Indes steht es der Bundesnetzagentur gleichfalls zu, bereits vor Abschluss eines Konzessionsvertrages einzugreifen. Die Bundesnetzagentur kann bei Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 36 Abs. 2 S. 1 GWB gegen den Netzbetreiber vorgehen. Dann nämlich, wenn ein Näheverhältnis zwischen der Kommune und ihrem eigenen Unternehmen besteht. Eine Schutzwürdigkeit entfällt in einer solchen Konstellation wegen der rechtlichen Verbundenheit.

Außerdem können das Zivilgericht und die Bundesnetzagentur kumulativ tätig werden, insbesondere ist das Rechtsschutzbedürfnis der Klage zu bejahen. Sollte erst die Klage erhoben werden und dann die Bundesnetzagentur einschreiten wollen, ist dies möglich. Als Argument muss hier vor allem vorgegebracht werden, dass die Klage im Gegensatz zum behördlichen Verfahren dispositiv ist.

Wird gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur eine Beschwerde gem. § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG eingereicht, findet das Verfahren vor dem Oberlandesgericht statt. Gleichzeitig kann ein zivilrechtliches Verfahren rechtshängig sein. Weil die Parteien in dem jeweiligen Verfahren nicht identisch sind, sind beide Verfahren zulässig. Darüberhinaus liegt kein identischer Streitgegenstand vor.

Weitere behördliche Maßnahmen können von dem Bundeskartellamt oder einer Landeskartellbehörde erlassen werden, deren jeweilige Zuständigkeit sich nach § 48 GWB entscheidet. Maßnahmen kann die zuständige Behörde auf Grundlage von § 32 GWB vornehmen. In Betracht kommt ferner die Erwirkung einer Verpflichtungszusage gem. § 32b GWB. Ein kommunalaufsichtsrechtliches Einschreiten ist ebenfalls denkbar.

Private Energienetzbetreiber können gem. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB einen Unterlassungsanspruch geltend machen, um den Vertragsabschluss zu verhindern. Des Weiteren kann ein solcher Anspruch aus § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 BGB resultieren. Diese beiden Ansprüche können im Regelfall mittels einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden.

Sofern der Konzessionsvertrag gem. § 134 BGB nichtig ist, kann ein privater Netzbetreiber, welcher unterlegen ist, einen Beseitigungsanspruch gem. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB geltend machen. Unter Umständen kann der Konzessionsvertrag sogar gem. § 138 BGB nichtig sein, was vor allem bei einem Scheinwettbewerb zu bejahen ist.

Da das EnWG keine Präklusion regelt und eine Übertragung kartellrechtlicher Rügepflichten abzulehnen ist, besteht eine solche Pflicht nicht. Liegt eine rechtswidrige (Re-)Kommunalisierung des Energienetzbetriebes vor, kann dieser dem Anspruch des kommunaleigenen Unternehmens auf Übertragung des Netzes gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG eine Einrede gem. § 320 BGB entgegen

halten. Ein neues Auswahlverfahren ist durchzuführen, wenn der Konzessionsvertrag nichtig ist.

H. Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

Deutlich geworden ist, dass die Einräumung eines Wegenutzungsrechts i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG ein rechtlich komplexer Vorgang ist, den die kommunalen Gebietskörperschaften vorzunehmen haben. Daher ist gerade auch eine rechtmäßige (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes gegenwärtig ein aus juristischer Sicht heikles Unterfangen. Die leistungsgebundene Energieversorgung zählt zum Bereich der kommunalen Selbstverwaltung i.S.d. Art. 28 Abs. 2 GG. Insoweit ist aber rechtlich nicht vorgegeben, ob zwingend ein privater oder kommunaleigener Netzbetreiber konzessioniert werden muss, weil es an diesbezüglichen unions- oder nationalrechtlichen Bestimmungen mangelt. In jedem Falle trägt eine Kommune jedoch eine Gewährleistungsverantwortung hinsichtlich des örtlichen Netzbetriebes und wenn sie eine (Re-)Kommunalisierung erfolgreich umsetzt, hat sie sogar eine Erfüllungsverantwortung.

Die Einräumung eines Wegenutzungsrechts stellt keinen öffentlichen Dienstleistungsauftrag i.S.d. §§ 97 ff. GWB dar. Vielmehr konnte auf Grundlage der am 26.02.2014 erlassenen Richtlinie über die Konzessionsvergabe¹¹⁰² herausgearbeitet werden, dass der Begriff der Dienstleistungskonzession i.S.d. Art. 5 Nr. 1b) KVR erfüllt ist. Damit kann nun ebenfalls aus unionsrechtlicher Perspektive eine solche Einordnung bestätigt werden.

Eine (Re-)Kommunalisierung des Energienetzbetriebes erfordert sachliche Gründe und ist als vorgebrachter Grund an sich nicht zulässig. Eine Privilegierung eines kommunaleigenen Unternehmens unter Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG scheidet generell aus. Die teilweise vertretene Auffassung, dass eine kommunale Gebietskörperschaft eine sogenannte Systementscheidung hat, ob sie ihrem oder einem privaten Unternehmen das Wegenutzungs-

¹¹⁰² Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. (EU) Nr. L 94, S. 1-64.

recht einräumt, ist nach gegenwärtiger Rechtslage bzw. höchstrichterlicher Rechtsprechung in keiner Weise haltbar.

Die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft hat verschiedene wettbewerbsorientierte Vorgaben zu beachten, wenn einem (kommunalen) Unternehmen das Wegenutzungsrecht i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG eingeräumt werden soll. Herausgearbeitet werden konnte, dass die aktuelle Richtlinie über die Konzessionsvergabe¹¹⁰³ zwar grundsätzlich im Falle einer energiewirtschaftlichen Wegenutzungsrechtseinräumung anwendbar ist, aber der Ausschluss gem. Art. 10 Abs. 1 UAbs. KVR greift. Der Ausschlussgrund gem. Art. 10 Abs. 8a) KVR ist indes nicht einschlägig. Mangels sekundärrechtlicher Vorgaben gelten sodann solche aus dem unionalen Primärrecht. Zudem ist eine Kommune in einem Auswahlverfahren an die Grundrechte privater Netzbetreiber gebunden. Ebenfalls tragen die einfachgesetzlichen Vorschriften zu einem wettbewerbsorientierten Verfahren bei. § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG findet im Rahmen der Wegenutzungsrechtseinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG Anwendung und daher besteht ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Hingegen können aus § 46 Abs. 3 und 4 EnWG keine unmittelbaren wettbewerbsorientierten Vorgaben abgeleitet werden. Aus dem kartellrechtlichen Blickwinkel ist eine Gemeinde an § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB, also das allgemeine Missbrauchsverbot, gebunden. Sie hat nämlich auf dem örtlichen Markt eine marktbeherrschende Stellung inne, da nur die Kommune das Wegenutzungsrecht i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG einräumen kann. Insgesamt muss ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren stattfinden. Dies hat zuletzt auch die BGH-Rechtsprechung insoweit klargestellt.

Neben den wettbewerbsorientierten Vorgaben müssen gleichfalls die kommunalwirtschaftlichen Vorschriften eingehalten werden. Der Betrieb eines Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes unterfällt diesen Vorschriften, sodass auch die jeweilige landesrechtliche Schrankentrias erfüllt sein muss.

Außerdem wurde herausgearbeitet, dass ein Inhouse-Privileg zu Gunsten eines kommunaleigenen Unternehmens nicht zulässig ist. Die Kriterien eines Inhouse-Geschäfts sind dem Grunde nach bei der Wegenutzungsrechtseinräumung erfüllt. An sich ist allein aus unionsrechtlicher Sicht eine Inhouse-Privilegierung zulässig. Die Auslegung des § 46 EnWG ergibt jedoch, dass der deutsche Gesetzgeber eine strengere Regelung beabsichtigt hat, was vor allem § 46 Abs. 4 EnWG verdeutlicht. Eine strengere Regelung in einem Mitgliedstaat muss rechtlich möglich sein, weil dadurch ein intensiverer Wettbewerb entsteht, der zu einem noch harmonischeren Binnenmarkt führt. Die Durch-

¹¹⁰³ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. (EU) Nr. L 94, S. 1-64.

führung eines wettbewerbsorientierten Verfahrens und die Unzulässigkeit einer Inhouse-Privilegierung sind ferner mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht gem. Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar. Der Gesetzgeber darf demnach „im Rahmen der Gesetze“ Regelungen treffen und tangiert damit nicht den Kernbereich des kommunalen Selbstverwaltungsrechts. Eine Verfassungswidrigkeit muss aber bereits verneint werden, weil eine diskriminierungsfreie Auswahl des zukünftigen Netzbetreibers einen Wettbewerb schafft und eine solche daher gerechtfertigt ist.

Obwohl die kommunale Selbstverwaltungskörperschaft einen Wettbewerb um das Netz veranstalten muss und sich nicht auf ein Inhouse-Privileg berufen kann, steht es ihr zu, weiterhin erheblichen Einfluss auf die Auswahlentscheidung zu nehmen, weil sie die Auswahlkriterien festlegen und gewichten darf, die somit über das spätere Obsiegen des (kommunalen) Unternehmens entscheiden können. Die Einfügung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG im Rahmen der EnWG-Novelle 2011 hat lediglich dafür gesorgt, dass die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG berücksichtigt werden müssen. Eine intensivere Einbeziehungspflicht der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG ist bei der jetzigen Wortwahl des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG nicht erkennbar. Allein das Wort „verpflichtet“ i.S.d. § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG erfordert keine strengere Ansicht. Eine vorrangige Einbeziehung der Ziele gem. § 1 Abs. 1 EnWG, wie es nun der BGH vertritt, ist aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG nicht ablesbar. Eine Kommune, welche die Netze in Zukunft durch ein eigenes Unternehmen betreiben möchte, hat ein erhebliches Interesse an der Festlegung von Auswahlkriterien, die die Gebietskörperschaft in struktureller Hinsicht voranbringt. Insofern möchte eine kommunale Gebietskörperschaft solche Ziele als Auswahlkriterien festlegen, welche nicht im § 1 Abs. 1 EnWG aufgezählt sind. Die Untersuchung hat ergeben, dass der Wortlaut des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG weitere Kriterien zulässt. Bestätigt werden konnte dieses durch die Systematik sowie den Sinn und Zweck.

Möglich ist, dass nach der Auswertung eine Pattsituation zwischen dem kommunalen Unternehmen und einem privaten Unternehmen entsteht. In dieser Konstellation ist eine Auswahlentscheidung zu Gunsten des kommunalen Unternehmens nicht tragbar, weil der weitere Bewerber sonst diskriminiert werden würde. Die kommunale Gebietskörperschaft kann erneut ein komplettes Auswahlverfahren durchführen oder ein Losverfahren anstrengen, weil der Zufall endgültig den zukünftigen Netzbetreiber bestimmt und ein diskriminierendes Verhalten somit ausscheidet. Alternativ könnte die Kommune bereits im Vorfeld regeln, ob und wenn ja, welche einzelnen Auswahlkriterien bei einer Pattsituation höhergewichtet werden sollen. Dann stünde von Anfang an fest, welche Kriterien später entscheidend sein sollen und somit würde das Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot eingehalten werden. Aus-

geschlossen ist auf jeden Fall eine Privilegierung des kommunalen Unternehmens, wenn eine derartige Pattsituation eintritt. Anders gestaltet es sich im Grunde auch dann nicht, wenn zwischen einem kommunalen Unternehmen und einem Altkonzessionär eine Pattsituation vorliegt.

Des Weiteren wurde untersucht, welche behördlichen Maßnahmen möglich sind, sofern eine (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes rechtswidrig erfolgt. Die Bundesnetzagentur, welche gem. § 54 Abs. 1 EnWG zuständig ist, kann auf Grundlage der Generalklausel gem. § 65 EnWG aufsichtsrechtliche Verwaltungsakte erlassen, weil die Systematik des Gesetzes gegen eine Anwendung der §§ 30, 31 EnWG spricht. Eine Gemeinde ist unter den Unternehmensbegriff i.S.d. § 65 EnWG zu subsumieren und es können somit Ex-post-Maßnahmen gegen diese ergehen. Im Vorwege können allerdings gleichfalls Maßnahmen ergriffen werden, was indirekt § 46 Abs. 2 S. 4 und 5 EnWG deutlich macht. Sollte die Bundesnetzagentur die Kenntnis haben, dass eine Kommune nicht den Regelungsgehalt des § 46 EnWG einhält, so kann sie gegen diese Maßnahmen i.S.d. § 65 EnWG ergreifen. Ein Netzbetreiber kann einbezogen werden, wenn der Rechtsgedanke aus § 36 Abs. 2 S. 1 GWB herangezogen wird, weil dieser zeigt, dass ein Näheverhältnis zwischen der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft und dem eigenen Unternehmen besteht. Eine volle Schutzwürdigkeit wie bei einem privaten Energieversorgungsunternehmen ist dann wegen der rechtlichen Verbundenheit nicht erforderlich.

Soll ein Netzherausgabeanspruch gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG durchgesetzt werden, kann die Folge ein kumulatives Tätigwerden eines Zivilgerichtes und der Bundesnetzagentur sein. An einem Rechtsschutzbedürfnis einer zivilrechtlichen Klage mangelt es nicht, wenn die Bundesnetzagentur schon ein Verfahren eingeleitet hat, weil ein solches kein gleich wirksames Mittel darstellt. Es gibt ausreichend Möglichkeiten konträre Entscheidungen im Rahmen dieser beiden Verfahren zu vermeiden. Wird nach einer Klageerhebung ein behördliches Verfahren eingeleitet, ist auch dieses zulässig, da dieses nicht dispositiv ist. Weiterhin kann ein zivilrechtliches Verfahren und zugleich ein Verfahren vor dem Oberlandesgericht stattfinden, sofern nämlich gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur eine Beschwerde gem. § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG eingereicht wird. Zulässig muss dies insbesondere deshalb sein, da die Parteien in diesen Verfahren nicht identisch sind.

Je nach Zuständigkeit kann ebenso das Bundeskartellamt oder eine Landeskartellbehörde gem. § 32 GWB Maßnahmen bei einer rechtswidrigen (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes ergreifen. Darauf hinaus gibt es die Möglichkeit, dass die zuständige Behörde eine Verpflichtungszusage gem. § 32b GWB erwirkt. Vorstellbar ist gleichfalls eine kommunalaufsichtsrechtliche Verfügung.

Hinsichtlich des Rechtsschutzes privater Energienetzbetreiber hat die Untersuchung gezeigt, dass bereits der Konzessionsvertragsabschluss auf Grundlage des kartellrechtlichen Unterlassungsanspruchs gem. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB möglich sein muss. Ein interessierter privater Netzbetreiber kann aber ebenfalls einen Unterlassungsanspruch gem. § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 BGB geltend machen, damit auch im Falle einer (Re-)Kommunalisierung ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren gewährleistet ist. Im Regelfall besteht die Möglichkeit einen Unterlassungsanspruch mittels einstweiligen Rechtsschutzes durchzusetzen.

Ist eine (Re-)Kommunalisierung des Energienetzbetriebes erfolgt und der Konzessionsvertrag gem. § 134 BGB nichtig, kann ein zuvor im Auswahlverfahren unterlegener privater Energienetzbetreiber einen Beseitigungsanspruch gem. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB durchsetzen. Ferner kann im Einzelfall sogar der Konzessionsvertrag gem. § 138 BGB nichtig sein.

Das EnWG enthält gegenwärtig keine Präklusionsvorschrift. Von einer unmittelbaren Rügepflicht ist deshalb auch nicht auszugehen und vor allem ist eine Übertragung kartellrechtlicher Rügevorschriften abzulehnen, weil es dafür keine ausreichenden Anhaltspunkte gibt, dass dies der Wille des Gesetzgebers ist.

Ein Altkonzessionär, der im Falle einer rechtswidrigen (Re-)Kommunalisierung des Energienetzbetriebes dem Anspruch des kommunaleigenen Unternehmens gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ausgesetzt ist, kann eine Einrede gem. § 320 BGB erheben. Sollte sich herausstellen, dass der Konzessionsvertrag tatsächlich nichtig ist, muss ein komplett neues Auswahlverfahren durchgeführt werden.

I. Annex

Die Bundesregierung hat ein Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung entworfen¹¹⁰⁴. Mit diesem Entwurf soll das im Koalitionsvertrag erwähnte Ziel verfolgt werden, das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe der Verteilnetze eindeutig und rechtssicher zu regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang zu verbessern.¹¹⁰⁵ Der Gesetzentwurf soll die aktuellen Probleme aufgreifen, die in der Praxis entstanden sind und zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt haben. Die Schaffung einer erhöhten Rechtssicherheit hinsichtlich des Verfahrens der Wegenutzungsrechtseinräumung und anschließender Netzüberlassung ist daher nun der zentrale Aspekt dieses Entwurfs. § 46 EnWG soll demnach durch zwei weitere Paragraphen ergänzt werden. Es ist vorgesehen, dass ein § 46a EnWG den Auskunftsanspruch der Gemeinde und ein § 47 EnWG die Rügeobliegenheit sowie Präklusion regelt.

Der geplante § 46a EnWG sieht als inhaltliche Erneuerung einen konkreten Auskunftsanspruch einer Kommune gegenüber dem gegenwärtigen Wegenutzungsrechtsinhaber bezüglich relevanter Netzdaten vor. Nur so kann nach Auffassung der Bundesregierung ein „Wettbewerb um das Netz“ ermöglicht werden, wenn die am Verfahren teilnehmenden Netzbetreiber ausführliche und belastbare Informationen erhalten.¹¹⁰⁶ Der § 46a EnWG benennt hierfür auch eine Aufzählung von Beispielen der zu erbringenden Informationen („insbesondere“).¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung vom 05.02.2016, BReg-Drs. 73/16.

¹¹⁰⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 59.

¹¹⁰⁶ BReg-Drs. 73/16, S. 7.

¹¹⁰⁷ BReg-Drs. 73/16, S. 3, 19 f. (§ 46a).

Außerdem sollen den beteiligten Energieversorgungsunternehmen zeitlich gestaffelte Rügeobliegenheiten zustehen. Die Bundesregierung möchte durch die Rügepflicht verhindern, dass Fehler im Auswahlverfahren noch Jahre nach einer Entscheidung durch eine Kommune geltend gemacht werden. Der Schwebezustand einer Rechtsunsicherheit soll durch die Einführung einer Rügepflicht nicht mehr möglich sein.¹¹⁰⁸

Um vorübergehende Einnahmeverluste der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft im Falle einer Streitigkeit im Rahmen eines Netzüberganges zu unterbinden, sieht der Gesetzentwurf darüber hinaus eine entsprechende Regelung zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe vor. Der bisherige Wegenutzungsrechtsinhaber ist also verpflichtet, die Konzessionsabgabe im Falle einer Auseinandersetzung weiter zu zahlen. Allerdings ist die Voraussetzung, dass die Kommune tatsächlich ein Verfahren gem. § 46 Abs. 2 bis Abs. 5 EnWG initiiert hat.¹¹⁰⁹

Zudem strebt die Bundesregierung an, die Netzübereignung gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung sicherzustellen. Die Netzübereignung soll zukünftig nicht wegen eines zu hohen Kaufpreises für das Netz fehlschlagen. Die Grundlage für die Kaufpreisbestimmung soll das Kaufering-Urteil¹¹¹⁰ darstellen. Der Entwurf sieht also im Regelfall vor, den objektivierten Ertragswert für die Kaufpreisbestimmung heranzuziehen. Vorrang soll jedoch die Vertragsautonomie der Parteien haben.¹¹¹¹

Weiterhin sollen die Interessen der örtlichen Gemeinschaft eine stärkere Bedeutung erhalten, wenn ein Netzbetreiber ausgewählt wird. Die Vorstellungen der Fraktion DIE LINKE, auf einen Wettbewerb um das Wegenutzungsrecht zu verzichten, um einem kommunalen Unternehmen im Rahmen einer Inhouse-Vergabe das Wegenutzungsrecht einzuräumen,¹¹¹² sind in dem Gesetzentwurf nicht vorgesehen. Vielmehr wird in dem Gesetzentwurf gerade insbesondere deutlich, dass der jetzige § 46 EnWG aus Sicht der Bundesregierung einen Wettbewerb schaffen soll und dieser zwingend in Zukunft aufrecht erhalten werden soll. Die Gemeinde soll unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, wie insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigen dürfen.¹¹¹³

¹¹⁰⁸ BReg-Drs. 73/16, S. 7, 20 ff.

¹¹⁰⁹ BReg-Drs. 73/16, S. 7, 22 (§ 48 Abs. 4).

¹¹¹⁰ BGH, Urteil vom 16.11.1999, Az. KZR 12/97 = BGHZ 143, 128.

¹¹¹¹ BReg-Drs. 73/16, S. 8, 12.

¹¹¹² BT-Drs. 18/3745.

¹¹¹³ BReg-Drs. 73/16, S. 8, 17 f.

J. Literaturverzeichnis

- Ambrosius, Gerold*, Wettbewerbliche Reformen versus monopolistische Traditionen, ZögU, Bd. 34 (2011), S. 214 - 230
- Aubin, Bernhard*, Daseinsvorsorge und Universaldienst, Tübingen 2013
- Bahr, Christian/Sassenberg, Thomas*, Auskunftsverlangen im Rahmen von Konzessionsverträgen, RdE 2011, S. 170 - 176
- Bauer, Hartmut*, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 329 - 338
- Bechtold, Rainer* (Hrsg.), Kommentar zum GWB, 7. Auflage, München 2013
- Becker, Peter*, Eilrechtsschutz bei einer Netzübernahme, RdE 2010, S. 243 - 245
- Becker, Peter/Templin, Wolf*, Missbräuchliches Verhalten von Netzbetreibern bei Konzessionierungsverfahren und Netzübernahmen nach §§ 30, 32 EnWG, ZNER 2013, S. 10 - 18
- Becker, Ullrich*, Die Betriebsaufnahmegenehmigung nach § 3 EnWG im Gefüge des neuen Energiewirtschaftsrechts, RdE 2000, S. 7 - 15
- Billig, Uta-Sophie*, Die Novellierung des sächsischen Gemeindewirtschaftsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf kommunale Beteiligungsgesellschaften, ZNER 2003, S. 100 - 108
- Blumenthal-Barby, Sebastian*, Die Gründung gemeinsamer Netzgesellschaften in der Tradition kommunaler Zusammenarbeit, IR 2007, S. 255 - 265
- Böckel, Markus*, Vergaberechtliche Behandlung von Dienstleistungskonzessionen, LKV 2003, S. 393 - 399
- Braedel, Stephanie*, Die Überlassung von Verteilungsanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG, Baden-Baden 2011
- Bringewat, Jörn*, Windenergie aus kommunaler Hand - Erwiderung auf ZUR 2012, 348, ZUR 2013, S. 82 - 89

- Britsch, Wolfgang/Küper, Michael H., Grundsätze der Entflechtung, in:*
PricewaterhouseCoopers AG WPG (Hrsg.), Entflechtung und Regulierung in
der deutschen Energiewirtschaft, 2. Auflage, S. 9 - 33, Freiburg u.a. 2008
- Britz, Gabriele, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem
Recht, Baden-Baden 1994*
- Britz, Gabriele/Hellermann, Johannes/Hermes, Georg (Hrsg.), EnWG-Kommentar,
2. Auflage, München 2010*
- Brüning, Christoph, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand –
Maßstäbe und Grenzen, VerwArch, Bd. 100 (2009), S. 453 - 473*
- Brüning, Christoph, Die Sonderrechtsfähigkeit von Grundstücksbestandteilen – Ein
zivilrechtliches Problem bei der Privatisierung kommunaler Leitungsnetze,
VIZ 1997, S. 398 - 403*
- Brüning, Christoph, Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung, in:
Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Hajasch, Lydia (Hrsg.),
Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 59 - 71, Potsdam 2012*
- Brüning, Christoph/Schulz, Sönke E., Das Verhältnis der Zielsetzungen aus
§ 1 EnWG zu weiteren Vergabekriterien, EWeRK 2013, S. 237 - 243*
- Brüning, Christoph/Schulz, Sönke E./Brackmann, Franziska/Tischer, Jakob, Die Rolle
der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, Kiel
2013*
- Brüning, Christoph/Schulz, Sönke E./Tischer, Jakob, Die Rolle der Kommunen bei der
Wegenutzung, ER 2013, S. 219 - 225*
- Bucher, Leon, (Re-)Kommunalisierung der Energieversorgung in Deutschland und
den USA, Münster 2013*
- Buchmann, Felix, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise,
Baden-Baden 2009*
- Budäus, Dietrich/Hilgers, Dennis, Mutatis mutandis: Rekommunalisierung
zwischen Euphorie und Staatsversagen, DÖV 2013, S. 701 – 708*
- Büdenbender, Ullrich, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden
bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen
Konzessionsverträgen, Essen 2011*
- Büdenbender, Ullrich, Rechtliche Anforderungen an die kommunale Auswahl des
Vertragspartners in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, DVBl.
2012, S. 1530 - 1539*
- Büdenbender, Ullrich, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge in Hamburg, in:
Sandrock, Otto/Baur, Jürgen F./Scholtka, Boris/Shapira, Amos (Hrsg.),
Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, Energiewirtschaftliche
Konzessionsverträge in Hamburg, S. 101 - 114, Frankfurt am Main 2009*

Büdenbender, Ullrich/Rosin, Peter/Michaelis, Jana, Aspekte der Bestimmung der »wirtschaftlich angemessenen Vergütung« nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG, RdE 2014, S. 1 - 13

Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.10.2010, abrufbar unter:
http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/EntflechtungKonzessionenArealnetze/Konzessionsverträge/konzessionsverträge-node.html, zuletzt abgerufen am: 04.11.2015

Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, abrufbar unter:
http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/EntflechtungKonzessionenArealnetze/Konzessionsverträge/konzessionsverträge-node.html, zuletzt abgerufen am: 04.11.2015

Burgi, Martin, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, NZBau 2005, S. 610 - 617

Burgi, Martin, Kommunalrecht, 5. Auflage, München 2015

Burgi, Martin, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, Stuttgart 2010

Burgi, Martin, Privatisierung und Rekommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, NdsVBl. 2012, S. 225 - 232

Büttner, Svenja/Templin, Wolf, Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers – Ein richtiger Schritt in Richtung Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze, ZNER 2011, S. 121 - 129

Byok, Jan, Neuabschluss und Verlängerung von Konzessionsverträgen – Anforderungen an Bekanntmachung und Durchführung des Auswahlverfahrens, RdE 2008, S. 268 - 274

Byok, Jan/Dierkes, Mathias, Beendigung und Neuvergabe von Konzessionen in der Energie- und Wasserwirtschaft, RdE 2011, S. 394 - 402

Byok, Jan/Dierkes, Mathias, Rechtsschutz im Laufe und nach Beendigung des Konzessionsvergabeverfahrens in der Energie- und Wasserwirtschaft, RdE 2012, S. 221 - 228

Byok, Jan/Graef, Andreas/Faasch, Rolf, Neugründung kommunaler Stadtwerke-Gesellschaften im Lichte des Kartellvergaberechts, NZBau 2012, S. 556 - 559

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zum EUV/AEUV, 4. Auflage, München 2011

Christ, Bianca/Jacob, Martin, Verfassungsfragen des Netzüberganges nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG, DVBl. 2013, S. 752 - 760

Cronauge, Ulrich/Westermann, Georg, Kommunale Unternehmen, 5. Auflage, Berlin 2006

Danner, Wolfgang/Theobald, Christian (Hrsg.), Energierecht, Stand: 84. EL, München 2015

Dicks, Heinz-Peter, Nochmals: Primärrechtsschutz bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2012, S. 531 - 545

Dümke, Christian, Der Umgang mit nichtigen Konzessionsverträgen, ER 2014, S. 155 - 160

Ehlers, Dirk, Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen, DÖV 1986, S. 897 - 905

Embacher, Patrick/Fischer, Henning, Der Inhalt des Anspruchs nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG – gleichzeitig Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 3.6.2014, EnVR 10/13, RdE 2015, S. 16 - 23

Energiekartellbehörde Baden-Württemberg Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg vom 09.07.2013, abrufbar unter: [http://www.versorger-bw.de/versorger-in-baden-wuerttemberg /hinweise-erhebungsboegen/downloads/?L=0&tx_wesegovernment_pi1\[controller\]=Document&t&cHash=1b9121fe389cd50296ee1e7a38be2d29](http://www.versorger-bw.de/versorger-in-baden-wuerttemberg /hinweise-erhebungsboegen/downloads/?L=0&tx_wesegovernment_pi1[controller]=Document&t&cHash=1b9121fe389cd50296ee1e7a38be2d29), zuletzt abgerufen am 04.11.2015

Energiekartellbehörde Baden-Württemberg Positionspapier Konzessionsvergabe des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg vom 05.12.2011, abrufbar unter: [http://www.versorger-bw.de/versorger-in-baden-wuerttemberg/hinweise-erhebungsboegen/downloads/?L=0&tx_wesegovernment_pi1\[controller\]=Document&cHash=1b9121fe389cd50296ee1e7a38be2d29](http://www.versorger-bw.de/versorger-in-baden-wuerttemberg/hinweise-erhebungsboegen/downloads/?L=0&tx_wesegovernment_pi1[controller]=Document&cHash=1b9121fe389cd50296ee1e7a38be2d29), zuletzt abgerufen am: 04.11.2015

Engartner, Tim, Kehrt der Staat zurück? Rekommunalisierungen in den Aufgabenbereichen Entsorgung und Gebäudereinigung, ZögU, Bd. 32 (2009), S. 339 - 355

Eufinger, Alexander, Neuvergabe von Konzessionsverträgen durch Gemeinden, NVwZ 2014, S. 779 - 783

Faber, Angela, Aktuelle Entwicklungen des Drittschutzes gegen die kommunale wirtschaftliche Betätigung, DVBl. 2003, S. 761 - 768

- Falke, Iris/Schnutenhaus, Jörn*, VG Oldenburg: Zum verfassungsrechtlich geschützten Gestaltungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum einer Gemeinde beim Neuabschluss von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 3 EnWG, EWeRK 2012, S. 196 - 199
- Fischer, Henning/Wolf, Thomas/Embacher, Patrick*, Rechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung der Auswahlverfahren zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen nach § 46 EnWG, RdE 2012, S. 274 - 280
- Funke, Thomas*, Perspektiven der kartellrechtlichen Marktabgrenzung bei Strom und Gas, KSzW 2011, S. 249 - 259
- Gaß, Andreas*, Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen, Stuttgart u.a. 2003
- Geis, Max-Emanuel*, Kommunalrecht, 3. Auflage, München 2014
- Genten, Alexandra/Krämer, Michael/Theobald, Christian/Wolkenhauer, Sören*, Die »wirtschaftlich angemessene Vergütung« nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG im Licht der aktuellen Rechtsprechung und Literatur, RdE 2014, S. 213 - 221
- Gefßner, Janko*, Kommunen und Stromkonzessionsverträge: Drum prüfe, wer sich ewig bindet?, LKV 2011, S. 450 - 455
- Glöckner, Arne*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, München 2009
- Graf Vitzthum, Wolfgang*, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR, Bd. 104 (1979), S. 580 - 634
- Greb, Klaus*, Das Konzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG, KommP spezial 2011, S. 93 - 97
- Groneberg, Simon Thomas*, Beanstandung der Konzessionsvergabe (Gas und Strom) durch die Kommunalaufsicht: OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.09.2013 – 10 ME 88/12, ER 2013, S. 258 - 263
- Groneberg, Simon Thomas*, Wegerechtskonzessionen und Strategische Partnerschaften: einstufiges oder zweistufiges »Vergabe-«Verfahren?, RdE 2013, S. 312 - 321
- Guckelberger, Annette*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, VerwArch, Bd. 104 (2013), S. 161 - 187
- Gusy, Christoph*, Die wirtschaftliche Betätigung des Staates (Teil 2), JA 1995, S. 253 - 259
- Hattig, Oliver/Ruhland, Bettina*, Die Rechtsfigur der Dienstleistungskonzessionen, NZBau 2005, S. 626 - 630
- Haupt, Andreas/Slawinski, Katharina*, Zur Zulässigkeit ausschreibungsfreier Vergaben von Netzkonzessionen nach § 46 EnWG – Keine Einschränkung des Inhouse-Privilegs aus kartellrechtlichen Gründen, IR 2012, S. 122 - 126

- Häußermann, Daniel*, Die Steuerung der kommunalen Eigengesellschaft, Stuttgart 2004
- Heim, Jörg-Rafael*, Konzessionswettbewerb und Kooperation beim Netzbetrieb, Köln 2015
- Heintzen, Markus*, Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-) Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, NVwZ 2000, S. 743 - 746
- Held, Christian/Theobald, Christian* (Hrsg.), Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2006
- Held, Friedrich Wilhelm/Winkel, Johannes/Wansleben, Rudolf* (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Kommentar zur Gemeindeordnung, Band I, Stand: 33. EL, Wiesbaden 2015
- Held, Jens/Fenzel, Stefan*, Der Konzessionsvertrag als Königsweg? – Maximierung der kommunalen Einnahmen ggf. auch über die Rekommunalisierung, LKV 2010, S. 19 - 22
- Hellermann, Johannes*, Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, München 2013
- Hellermann, Johannes*, Handlungsformen und Handlungsinstrumentarien wirtschaftlicher Betätigung, in: Uechtritz, Michael/Reck, Hans-Joachim (Hrsg.), mitbegründet von Hoppe, Werner, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, S. 133 - 213 (§ 7), Köln 2012
- Hellermann, Johannes*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Tübingen 2000
- Henkel, Jörg*, Die Kommunalisierung von Staatsaufgaben, Stuttgart 2010
- Hermes, Georg*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen 1998
- Hoch, Holger/Theobald, Christian*, Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze im Spannungsfeld zwischen Art. 28 Abs. 2 GG und Kartellrecht, KSzW 2011, S. 300 - 309
- Höch, Thomas*, Zulässige Auswahlkriterien im Konzessionierungsverfahren gemäß § 46 EnWG, RdE 2013, S. 60 - 67
- Höch, Thomas/Kalwa, Feh*, Auskunft und Besitzeinweisung im Eilverfahren bei Netzübernahmen, RdE 2010, S. 364 - 368
- Höch, Thomas/Stracke, Melanie*, Zu den Rechtsfolgen fehlerhafter Konzessionierungsverfahren gemäß § 46 Abs. 3 EnWG, RdE 2013, S. 159 - 166
- Hofmann, Heiko*, Kommunale Konzessionsverträge im Lichte des Energiewirtschafts- und Wettbewerbsrechts, NZBau 2012, S. 11 - 17
- Holznagel, Bernd*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Konzessionsvergabe, NordÖR 2014, S. 301 - 306

- Hövelberndt, Andreas*, Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos als Voraussetzung der Dienstleistungskonzeßion, NZBau 2010, S. 599 - 604
- Hüffer, Uwe/Tettinger, Peter J.*, Rechtsfragen beim Versorgerwechsel nach Ablauf von Konzessionsverträgen, Stuttgart u.a. 1992
- Hummel, Konrad*, Zurückbehaltungsrechte bei Netzübernahmen, ZNER 2004, S. 20 - 23
- Hüttemann, Rainer*, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, Köln 2002
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2 (Teil 1), 5. Auflage, München 2014
- Jacob, Martin*, Mehr Markt bei der Strom- und Gasverteilung, RdE 2011, S. 212 - 218
- Jarass, Hans D.*, Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, insbesondere im öffentlichen Personennahverkehr, DVBl. 2006, S. 1 - 11
- Jasper, Ute/Biemann, Jens*, Bundeskartellamt greift Strom- und Gaskonzessionsvergaben an, IR 2012, S. 50 - 52
- Jennert, Carsten*, Das Urteil „Parking Brixen“: Übernahme des Betriebsrisikos als rechtssicheres Abgrenzungmerkmal für die Dienstleistungskonzeßion?, NZBau 2005, S. 623 - 626
- Kafka, Axel*, OLG Düsseldorf: Keine Vorfestlegung bei getrennter Vergabe einer strategischen Partnerschaft und einer Konzession nach § 46 EnWG, IR 2013, S. 84 - 86
- Kahl, Wolfgang/Schmidchen, Marcus*, Konzessionsverträge als klimapolitisches Handlungsinstrument der Gemeinden, RdE 2012, S. 1 - 9
- Kaufmann, Melanie*, Der Wettbewerb um die Elektrizitätsversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung: eine Untersuchung der wettbewerbsökonomischen Bedeutung unter Berücksichtigung der Grundrechtsrelevanz, Hamburg 2014
- Keller-Herder, Laurenz*, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, Baden-Baden 2009
- Kermel, Cornelia* (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben: Wegenutzungsverträge in der Energie- und Wasserversorgung, Berlin u.a. 2012
- Kermel, Cornelia*, Aktuelle Entwicklungen im Konzessionsvertragsrecht, RdE 2005, S. 153 - 160
- Kermel, Cornelia/Herten-Koch, Rut*, Rügepflichten bei der Vergabe von Konzessionsverträgen?, RdE 2013, S. 255 - 261

- Kermel, Cornelia/Hofman, Bianca*, Keine Herausgabepflicht gemischt genutzter Anlagen nach § 46 Abs. 2 EnWG, RdE 2011, S. 353 - 360
- Kermel, Cornelia/Wagner, Olav*, Rechtsschutz bei Konzessionierungen nach § 46 EnWG – Parallelen zum Kartellvergaberecht?, RdE 2014, S. 221 - 228
- Klemm, Andreas*, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben nach der Energierechtsreform 2005, Versorgungswirtschaft 2005, S. 197 - 203
- Knauff, Matthias*, Neues zur Inhouse-Vergabe, EuZW 2014, S. 486 - 491
- Knauff, Matthias/Badenhausen, Elisabeth*, Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, S. 395 - 402
- Kraft-Zörcher, Sabine/Neubauer, Reinhard*, Die kommunale Arbeitsgemeinschaft – eine Chance, kommunale Selbstverwaltung zu sichern, LKV 2010, S. 193 - 200
- Kruse, Henning/Legler, Dirk*, Windparks in kommunaler Regie: Ist das rechtlich möglich?, ZUR 2012, S. 348 – 357
- Kühne, Gunther*, Kommunale Gewährleistungsverantwortung bei fehlendem energiekonzessionsvertraglichem Nachfolgeinteresse, N&R 2010 (Beilage 3), S. 6 - 11
- Kühne, Jörg-Detlef*, Zur Kernbereichsermittlung bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, in: Frank, Götz/Langrehr, Heinrich-Wilhelm (Hrsg.), Die Gemeinde, Festschrift zum 70. Geburtstag von Heiko Faber, S. 35 - 56, Tübingen 2007
- Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert* (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 3. Auflage, Köln 2014
- Landsberg, Gerd*, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – Chancen und Risiken, Wirtschaftsdienst 2013, S. 83 - 86
- Lattmann, Jens/Lott, Alexandra*, Europa als Risiko für Daseinsvorsorge? oder in Vielfalt geeint?, ZögU, Bd. 36 (2013), S. 58 - 72
- Lecheler, Helmut*, Einige grundsätzliche Bemerkungen zur Welle neuer Konzessionsverträge, NVwZ 2014, S. 917 - 921
- Leisner-Egensperger, Anna*, Rekommunalisierung und Grundgesetz – Verfassungsrechtliche Kriterien, Grenzen und Konsequenzen, NVwZ 2013, S. 1110 - 1116
- Lindt, Peter/Schmitz, Jan-Volkert*, Die AöR – Überzeugende Alternative zu Eigenbetrieb und GmbH, in: Wambach, Martin (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen, S. 41 - 53, Nürnberg 2004
- Löwer, Wolfgang*, Energieversorgung und gemeindliche Selbstverwaltung, RdE 1992, S. 85 - 91

- Löwer, Wolfgang*, Energieversorgung und gemeindliche Selbstverwaltung, in:
Ipsen/Tettinger (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der kommunalen
Energieversorgung, S. 29 - 44, Köln u.a. 1992
- Löwer, Wolfgang*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft,
Köln u.a. 1989
- Mann, Thomas*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem
Auftrag und Wettbewerb, JZ 2002, S. 819 - 826
- Mantler, Mathias/Kokew, Christian*, Grenzen der Rekommunalisierung im
Energiebereich – Analyse der aktuellen Rechtsprechung, IR 2013, S. 245 - 247
- Massumi, Fatima*, OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. September 2013,
Az.: 10 ME 88/12 - Beanstandung der Kommunalaufsicht rechtmäßig –
Konzessionsvergabe rechtswidrig, EWeRK 2013, S. 344 - 348
- Massumi, Fatima*, VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 22. August 2013,
Az: 1 S 1047/13 – Die Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionsverträgen
verstößt nicht gegen die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2
Grundgesetz (GG) – (Beschluss ist rechtskräftig), EWeRK 2013, S. 350 - 354
- Mau, Kristian/Bormann, Robin*, Gestaltungsspielräume der Gemeinden bei der
Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen nach § 46 EnWG, ZNER 2013,
S. 459 - 464
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), GG-Kommentar, Stand: 73. EL, München
2014
- Menges, Roland/Müller-Kirchenbauer, Joachim*, Rekommunalisierung versus
Neukonzessionierung der Energieversorgung, ZfE 2012, S. 51 - 67
- Meyer-Gohde, Philipp/Meinshausen, Steffen/Schiereck, Dirk/von Flotow, Paschen*,
Entflechtung und Rekommunalisierung von netzgebundenen
Infrastrukturen, ZögU, Bd. 36 (2013), S. 17 - 37
- Meyer-Hetling, Astrid/Probst, Matthias Ernst/Wolkenhauer, Sören*, Verfahrensmängel
im Konzessionierungsverfahren und etwaige Rechtsfolgen, ER 2012, S. 22 - 30
- Meyer-Hetling, Astrid/Templin, Wolf*, Das Ausbleiben des Auswahlverfahrens und
Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Bieters, ZNER 2012, S. 18 - 29
- Michaels, Sascha*, Konzessionsverträge zwischen EnWG und europäischem
Gemeinschaftsrecht, IR 2009, S. 246 - 252
- Michaels, Sascha/Kohler, Desiree M.*, Gründung öffentlich-privater Partnerschaften
im Vorfeld von Konzessionsverfahren nach § 46 Abs. 2 EnWG, NZBau 2013,
S. 282 - 286
- Michaels, Sascha/Kohler, Desiree M.*, Zur möglichen Integration der Vergabe von
Strom- und Gaskonzessionen in das allgemeine Vergaberecht, ZNER 2012,
S. 29 - 34

Morber, Guido/Probst, Matthias Ernst, Umwelt- und Energiekonzepte in Strom- und Gaskonzessionsverträgen – Ein neuer Ansatz zur sachgerechten Auslegung des Nebenleistungsverbotes der Konzessionsabgabenverordnung,
ZNER 2014, S. 141 - 146

Müller, Jana, LG Leipzig: Zum Beurteilungsspielraum der Gemeinden bei einer Pattsituation in Konzessionierungsverfahren nach § 46 III EnWG, IR 2013, S. 86 - 87

Nettesheim, Martin (Hrsg.), begründet von *Grabitz, Eberhard*, fortgeführt von *Hilf, Meinhard*, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar zum EUV/AEUV, Stand: 55. EL, München 2015

Niehof, Roland, Konzessionsverträge und Vergaberecht, RdE 2011, S. 15 - 18

Nonnen, Lena, OLG Celle: Die Bekanntmachungspflicht nach § 46 III 3 EnWG sowie die Rechtsfolgen im Falle der Nichteinhaltung, IR 2013, S. 157 - 158

Nonnen, Lena, OVG Lüneburg: Rechtmäßigkeit einer kommunalaufsichtsrechtlichen Beanstandungsverfügung gegen Konzessionierungsentscheidungen, IR 2013, S. 231 - 232

Oebbecke, Janbernd, Die Aufgaben des Zweckverbandes, NVwZ 2010, S. 665 - 669

Oebbecke, Janbernd, Rechtliche Vorgaben für die Führung kommunaler Gesellschaften, in: *Uechtritz, Michael/Reck, Hans-Joachim* (Hrsg.), mitbegründet von *Hoppe, Werner*, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, S. 243 - 268 (§ 9), Köln 2012

Opitz, Marc, Die Zukunft der Dienstleistungskonzeption, NVwZ 2014, S. 753 - 760

Ortlib, Birgit, Der Vorschlag für eine Richtlinie über die Konzessionsvergabe – Eine Zusammenfassung der wesentlichen Punkte aus dem Vorschlag vom 20. Dezember 2011, EWeRK 2012, S. 30 - 33

Ortlib, Birgit, Vergaberechtliche Beurteilung von Konzessionsverträgen, in: *Becker, Peter/Held, Christian/Riedel, Martin/Theobald, Christian* (Hrsg.), Energiewirtschaft im Aufbruch, S. 379 - 392, Köln 2001

Ortner, Roderic, Energierechtliche Wegenutzungsverträge und Vergaberecht, VergabeR 2008, S. 608 - 615

Ortner, Roderic, Neuvergabe von Konzessionsverträgen – Ausschreibungsverfahren, Inhouse-Geschäft und interkommunale Zusammenarbeit, EWeRK 2011, S. 111 - 114

Ortner, Roderic, Vergabe von Dienstleistungskonzeptionen, Köln u.a. 2007

Ortner, Roderic, VG Aachen, Beschluss vom 22.07.2011, Az.: 1 L 286/11, Konzessionsvertragsrecht: Rechtsweg bei Streitigkeiten im laufenden Vergabeverfahren, EWeRK 2012, S. 27 - 29

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, München 2015

- Papier, Hans-Jürgen*, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, DVBl. 1984, S. 801 - 814
- Papier, Hans-Jürgen/Schröder, Meinhard*, Wirtschaftlich angemessene Vergütung für Netzanlagen, Baden-Baden 2012
- Pierothen, Bodo/Hartmann, Bernd J.*, Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, DVBl. 2002, S. 421 - 428
- Pippke, Nicole/Gaßner, Hartmut*, Neuabschluss, Verlängerung und Änderung von Konzessionsverträgen nach dem neuen EnWG, RdE 2006, S. 33 - 40
- Pogoda, Johannes*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Subsidiaritätsklausel, LKV 2012, S. 159 - 163
- Polster, Julian/Kokew, Christian*, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, KSzW 2012, S. 144 - 151
- Probst, Matthias Ernst*, Zum gemeindlichen Beurteilungsspielraum und zur Verwirkung von Rügerechten in Verfahren zur Vergabe energiewirtschaftlicher Wegenutzungsrechte – LG Köln, Urteil vom 07.11.2012 - 90 O 59/12, ZNER 2013, S. 64 - 67
- Püttner, Günter*, Das neue Energiewirtschaftsgesetz – Anmerkungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht, ZögU, Bd. 28 (2005), S. 394 - 398
- Püttner, Günter*, Energieversorgung als kommunale Aufgabe, RdE 1992, S. 92 - 96
- Püttner, Günter*, Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung, DÖV 1990, S. 461 - 467
- Quardt, Gabriele*, Zur Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, EuZW 2002, S. 424 - 428
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 1, 4. Auflage, München 2013
- Rautenberg, Thomas*, Gemischte Gesellschaften und Gemeindewirtschaftsrecht (Teil 1), KommJur 2007, S. 1 - 6
- Reck, Hans-Joachim*, Kommunale Unternehmen brauchen fairen Zugang zu Markt und Wettbewerb, DVBl. 2009, S. 1546 - 1554
- Reck, Hans-Joachim*, Pflichten der Kommunen bei auslaufenden Konzessionsverträgen in der Energieversorgung, KommJur 2009, S. 401 - 407
- Reimann, Wibke/Decker, Pascal*, § 13 EnWG – ein Schritt zu mehr Wettbewerb?, RdE 2000, S. 16 - 22
- Richter, Christoph/Brahms, Florian*, Rekommunalisierung von Strom- und Gasnetzen, KommJur 2014, S. 6 - 13
- Ronellenfitsch, Michael*, Kommunalrechtlicher Begriff der privatwirtschaftlichen Betätigung von Kommunen, in: Uechtritz, Michael/Reck, Hans-Joachim

- (Hrsg.), mitbegründet von Hoppe, Werner, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, S. 48 - 54 (§ 4), Köln 2012
- Ronellenfitsch, Michael*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 3. Auflage, S. 1159 - 1199 (§ 98), Heidelberg u.a. 2006
- Ruffert, Matthias*, Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, *VerwArch*, Bd. 92 (2001), S. 27 - 57
- Sachse, Anna*, Vom Monopolpreis zur wirtschaftlich angemessenen Vergütung, München 2013
- Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 1), 3. Auflage 2014, Frankfurt am Main 2013
- Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Teil 2), 3. Auflage 2014, Frankfurt am Main 2013
- Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, GWB, Band 2, 3. Auflage 2014, Frankfurt am Main 2013
- Säcker, Franz Jürgen*, Zur Gewichtung und Transparenz von Vergabekriterien bei Strom- und Gasnetzkonzessionen, *RdE* 2015, S. 1 - 12
- Säcker, Franz Jürgen/Jaecks, Jörg*, Die Netzüberlassungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung?, *BB* 2001, S. 997 - 1005
- Säcker, Franz Jürgen/Mohr, Jochen/Wolf, Maik*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, Frankfurt am Main 2011
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 6. Auflage, München 2012
- Salje, Peter*, Energiewirtschaftsgesetz, Köln u.a. 2006
- Sauer, Mirko*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, Baden-Baden 2012
- Sauer, Mirko*, Der gesetzliche Netzkaufpreis nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, EWERK 2012, S. 4 - 13
- Sauer, Mirko*, Die Vergabe von Konzessionsverträgen – Verfahren, Auswahl und Auswahlkriterien aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, EWERK 2009, S. 117 - 124
- Sauer, Mirko*, Die Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen nach den BGH-Urteilen „Stromnetz Heiligenhafen“ und „Stromnetz Berkenthin“, EWERK 2014, S. 159 - 175

- Sauer, Mirko*, LG Leipzig, Urteil vom 12.11.2013, Az.: 05 O 2530/13: Zur Neubewertung von Angeboten bei der Konzessionsvergabe, EWeRK 2014, S. 59 - 68
- Sauer, Mirko*, OLG Düsseldorf Vergabesenat, Beschluss vom 09.01.2013, Az.: VII-Verg 26/12; „Münsterland Netzgesellschaft“ – öffentlich-private Partnerschaften bei der Konzessionsvergabe, EWeRK 2013, S. 100 - 111
- Sauer, Mirko*, Rekommunalisierungswünsche und Netzübernahmen im Rahmen der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen LG Kiel, Urteil vom 03.02.2012, Az.: 14 O Kart. 83/10, EWeRK 2012, S. 106 - 114
- Sauer, Mirko*, Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22.11.2012, Az.: 16 U (Kart) 22/12; Kartellrechtswidrige Kommunalisierung eines örtlichen Stromverteilnetzes, EWeRK 2013, S. 28 - 42
- Schau, Götz-Friedrich*, Die Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen durch die Kommunen in Niedersachsen und ihre Folgen - Eine wettbewerbs- und energierechtliche Analyse, NdsVBl. 2013, S. 89 - 105
- Schau, Götz-Friedrich*, Die wettbewerbliche Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG - Verfahren ohne Regeln und Schiedsrichter?, RdE 2011, S. 1 - 8
- Scheidler, Alfred*, Leitungsführungsrechte für erneuerbare Energien im öffentlichen Straßengrund – Duldungspflicht der Gemeinde, LKRZ 2014, S. 319 - 322
- Schink, Alexander*, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, S. 129 - 140
- Schiller, Marcus*, Staatliche Gewährleistungsverantwortung und die Sicherstellung von Anschluss und Versorgung im Bereich der Energiewirtschaft, Baden-Baden 2012
- Schlacke, Sabine*, Konkurrentenklage gegen die Wirtschaftstätigkeit von Gemeinden, JA 2002, S. 48 - 53
- Schmidt, Thorsten Ingo*, Kommunale Kooperation: der Zweckverband als Nukleus des öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsrechts, Tübingen 2005
- Schmidt, Thorsten Ingo*, Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Rekommunalisierung, DÖV 2014, S. 357 - 365
- Schmidt-Preuß, Matthias*, Energieversorgung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 3. Auflage, S. 921 - 956 (§ 93), Heidelberg u.a. 2006
- Schneider, Gerhard/Dreßler, Ulrich*, Hessische Gemeindeordnung, Kommentar, Stand: 22. EL, Stuttgart 2014
- Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian* (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, München 2013

- Schoch, Friedrich*, Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1993, S. 377 - 383
- Scholtka, Boris/Baumbach, Antje/Pietrowicz, Marike*, Die Entwicklung des Energierechts im Jahr 2012, NJW 2013, S. 2724 - 2729
- Schotten, Thomas*, Praxisrelevante Einzelfragen bei der Ausschreibung von Strom- und Gaskonzessionen, VergabeR 2013, S. 352 - 360
- Schray, Christoph/Tischmacher, Dennis*, Konzessionierungsverfahren und Netzübernahmen – Wer ist zuständig und wenn ja, wie viele?, ZNER 2013, S. 229 - 237
- Schulte-Beckhausen, Sabine/Hofmann, Heiko*, Die Quadratur der Glaskugel: Zum Auswahlkriterium »Netzentgelte« bei Konzessionsvergaben im Energiebereich, RdE 2015, S. 13 - 15
- Schulz, Klaus-Peter*, Einführung in das Recht der Wegenutzungsverträge der Strom- und Gaswirtschaft, LKRZ 2012, S. 41 - 45
- Schulz, Sönke E./Tischer, Jakob*, Die Grenzen kommunalen Wirtschaftens: aktuelle Entwicklungen, alte Fragen, GewArch 2014, S. 1 - 5
- Schulz-Gardyan, Olaf*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. Dezember 2013 – Az. KZR 66/12, N&R 2014, S. 172 - 177
- Schüttpelz, Erfried*, Wegenutzungsverträge Strom und Gas aus der Sicht der Rechtsprechung, VergabeR 2013, S. 361 - 370
- Schweizer, Sarah/Wolkenhauer, Sören*, Mitwirkungsverbote in Konzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG, DÖV 2013, S. 745 - 753
- Sodan, Helge*, Rekommunalisierung des Berliner Stromnetzes? – Rechtsprobleme des Konzessionierungsverfahrens nach dem EnWG, LKV 2013, S. 433 - 442
- Sonder, Nicolas*, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Wandel, LKV 2013, S. 202 - 207
- Spannowsky, Willy*, Öffentlich-rechtliche Bindungen für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, ZHR 1996, S. 560 - 592
- Spannowsky, Willy/Runkel, Peter/Goppel, Konrad*, ROG-Kommentar, München 2010
- Stahlhut, Ulrich*, Der Straßensordergebrauch, in: Kodal, Kurt (Begr.), Straßenrecht, 7. Auflage, S. 857 - 929 (Kapitel 27), München 2010
- Steckert, Uwe*, Rekommunalisierung der Energieversorgung?, RdE 1996, S. 94 - 99
- Stirn, Isabel*, Speyerer Kommunalstage – Rekommunalisierung der Versorgungsaufgaben (7.-8. Oktober 2010), KommJur 2011, S. 48 - 50
- Templin, Wolf*, Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und örtliche Energieversorgung – Der Einfluss des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG auf die

Auslegung des »Überlassens« nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, VerwArch, Bd. 100 (2009), S. 529 - 551

Templin, Wolf, Kriterien und Verfahren der kommunalen Auswahlentscheidung bei Abschluss eines Konzessionsvertrages (Teil 2), IR 2009, S. 125 - 129

Templin, Wolf, Recht der Konzessionsverträge, München 2009

Theobald, Christian, Auslaufende Konzessionsverträge Strom und Gas: Was ist seitens der Kommunen zu tun?, DÖV 2009, S. 356 - 363

Theobald, Christian, Gesetzliche Ansprüche auf konkurrierenden Leitungsbau in der Strom- und Gaswirtschaft, VerwArch, Bd. 92 (2001), S. 109 - 130

Theobald, Christian/Nill-Theobald, Christiane, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, München 2013

Theobald, Christian/Templin, Wolf, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, München 2011

Thomale, Hans-Christoph, Anmerkung z. Urteil des BGH v. 17. Dezember 2013 – Az. KZR 65/12, N&R 2014, S. 163 - 166

Tischmacher, Dennis, Wettbewerb um Strom- und Gaskonzessionen – Rechtliche Rahmenbedingungen und aktuelle Entwicklungen, IR 2011, S. 246 - 252

Trzeciak, Ralph, Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung, Köln 1990

Tugendreich, Bettina, Strategische Partnerschaften im Zusammenhang mit der Vergabe von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des Vergabe-, Energiewirtschafts- und Kartellrechts, ZfBR 2014, S. 547 - 553

Uechtritz, Michael/Otting, Olaf/Olgemöller, Udo H., Kommunalrechtliche Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung, in: Uechtritz, Michael/Reck, Hans-Joachim (Hrsg.), mitbegründet von Hoppe, Werner, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, S. 67 - 128 (§ 6), Köln 2012

Uechtritz, Michael/Reck, Hans-Joachim, Rechtsform kommunaler Unternehmen: Rechtliche Vorgaben und Entscheidungskriterien, in: Uechtritz, Michael/Reck, Hans-Joachim (Hrsg.), mitbegründet von Hoppe, Werner, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, S. 773 - 814 (§ 16), Köln 2012

von Hoff, Gerung, Rekommunalisierung – nur scheinbar kein Thema für das Vergaberecht, VergabeR 2013, S. 395 - 402

von Kaler, Matthias/Kneuper, Friedrich, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, S. 791 - 796

- Wagner, Volkmar/Pfohl, Benjamin Quirin*, Die neue Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe: Anwendungsbereich, Ausnahmeverordnungen und materielle Regelungen, ZfBR 2014, S. 745 - 751
- Walk, Werner/Wiese, Nils*, Betriebsteilübergang bei Netzübernahme, RdE 2012, S. 234 - 241
- Waller, Marten*, „Neue Energie“ für die kommunale Selbstverwaltung – Kommunale Daseinsvorsorge und (Re-)Kommunalisierung im Zeichen der Energiewende, Hamburg 2013
- Wambach, Martin*, Die Anstalt des öffentlichen Rechts – ein Erfolgsmodell für die Rechtsform der Zukunft, in: ders. (Hrsg.), Die AöR, das Kommunalunternehmen, S. 15 - 38, Nürnberg 2004
- Weiß, Holger*, Stand und Perspektiven des Rechts der Strom- und Gaskonzessionsvergabe, NVwZ 2014, S. 1415 - 1420
- Weiß, Wolfgang*, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, München 2015
- Weyer, Hartmut*, Grenzen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle im Energiebereich, RdE 2012, S. 354 - 359
- Wieland, Joachim*, Der Abschluss von Konzessionsverträgen als Teil der gemeindlichen Selbstverwaltung, DÖV 2015, S. 169 - 174
- Wilke, Reinhard*, Örtliche Energieversorgung und auslaufende Konzessionsverträge, NordÖR 2011, S. 431 - 433
- Wolf, Thomas/Embacher, Patrick*, Rechtliche Auswirkungen nichtiger Konzessionsverträge auf anlässlich von Konzessionsvergaben errichtete Kooperationsgesellschaften, RdE 2014, S. 270 - 276
- Wolkenhauer, Sören*, Kommunale Gestaltungsspielräume bei der energiewirtschaftlichen Wegerechtsvergabe, IR 2013, S. 248 - 250
- Wollenberg, Simon*, Bundesgerichtshof erschwert Vergabe von Stromnetzkonzessionen, KommJur 2014, S. 161 - 166