

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 Dissertationsthemas 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) Privatisierungszwang.....	105
bb) Erst-recht-Schluss.....	106
cc) § 46 Abs. 4 EnWG.....	108
c) Sinn und Zweck.....	110
d) Keine andere Sichtweise wegen Art. 28 Abs. 2 GG.....	114
4. Reichweite des Ausschlusses von Inhouse-Geschäften.....	115
IV. Ergebnis.....	117

F. Die Auswahlkriterien einer Kommune bei der Wegenutzungsrechtseinräumung **119**

I. Ziel der kommunalen Gebietskörperschaft bei Teilnahme: Obsiegen des eigenen Netzbetriebes im wettbewerblichen Auswahlverfahren.....	119
II. Kriterien gem. § 46 Abs. 3 S. 5 i. V. m. § 1 EnWG.....	120
1. Auslegung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG.....	121
a) Wortlaut.....	122
b) Systematik.....	124
c) Sinn und Zweck.....	125
d) Zwischenfazit.....	125
e) Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG.....	126
2. Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG.....	127
III. Die einzelnen entscheidungserheblichen Kriterien.....	130
1. Fiskalische Interessen der Kommune.....	131
2. Arbeitsplätze und § 613a BGB.....	133
3. Unternehmenssitz in der Gebietskörperschaft.....	135
4. Einfluss- und Mitgestaltungsmöglichkeit.....	137
5. Vorantreiben erneuerbarer Energien.....	140
6. Effizienzwerte.....	142
7. Konzessionsvertragslaufzeit.....	144

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

