

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

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/Schiereck/von Flotow*, ZöGÜ, 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 Begehren 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 *Holznapel*, 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 mittlere erhebliche unions- und verfassungsrechtliche, aber auch einfachgesetzliche Regelungen entgegen, was in jüngster Zeit durch die zivil- und verwaltungsgerichtliche 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 beurteilte 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 eine rechtssichere 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 kommunalwirtschaftsrechtlichen Voraussetzungen für eine (Re-)Kommunalisierung des Energienetzbetriebes 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 Energienetzbetreiber 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 Energienetzbetriebes 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-)Kommunalisierungszwang.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 Unternehmenstätigkeit 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.