

Schriften zum Deutschen  
und Europäischen Infrastrukturrecht

---

Band 7

# Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung

Grenzen und Möglichkeiten  
kommunaler wirtschaftlicher Betätigung  
in der Elektrizitätsverteilung – Zugleich  
eine kritische Auseinandersetzung mit  
dem energiewirtschaftlichen  
Konzessionsvergaberecht

Von

Stefanie Grünewald



Duncker & Humblot · Berlin

STEFANIE GRÜNEWALD

Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung

Schriften zum Deutschen  
und Europäischen Infrastrukturrecht

Herausgegeben von  
Ralf Brinktrine und Markus Ludwigs

Band 7

# Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung

Grenzen und Möglichkeiten  
kommunaler wirtschaftlicher Betätigung  
in der Elektrizitätsverteilung - Zugleich  
eine kritische Auseinandersetzung mit  
dem energiewirtschaftlichen  
Konzessionsvergaberecht

Von

Stefanie Grünewald



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Hamburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde  
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 2198-0632  
ISBN 978-3-428-15032-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-55032-6 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85032-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern  
Heinz-Henning und Brigitte Jürges  
und  
meinem Ehemann  
Dr. Philipp Grünewald*



## Vorwort

Mit dieser Arbeit möchte ich einen Beitrag zu der rechts- und verwaltungswissenschaftlichen Diskussion um die (Re)Kommunalisierung leisten. Es geht dabei zum einen um die grundsätzliche Frage, in welchem Rahmen Gemeinden wirtschaftlich tätig werden können und welche Grenzen dabei von ihnen zu beachten sind. Zum anderen wird im Besonderen auf die Energieverteilung und insbesondere das Konzessionsvergabeverfahren eingegangen. Den Schlusspunkt bildet die Betrachtung tauglicher Modelle und Formen für (re)kommunalisierte Netzgesellschaften in der Energiewirtschaft, die zugleich den Zielen der (Re)Kommunalisierung Rechnung tragen. Diese Arbeit unternimmt den Versuch, der Diskussion um die (Re)Kommunalisierung im Grundsätzlichen wie Speziellen neue Impulse zu geben.

Sie wurde im April 2015 abgeschlossen und von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Das Kolloquium fand am 27.04.2016 statt.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Heribert Hirte danke ich für die Betreuung dieser Arbeit und dafür, dass er mir im fachlichen Austausch zugleich Orientierung als auch inhaltliche Freiheit gegeben hat. Bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Ivo Appel für die Erstellung des Zweitgutachtens. Außerdem danke ich der Konrad-Adenauer-Stiftung für die Förderung dieser Promotion mit einem Stipendium, wobei ich die ideelle Förderung besonders hervorheben möchte. Mein persönlicher Dank für die stiftungsseitige Betreuung gilt Dr. Gernot Uhl.

Diese Arbeit wäre jedoch ohne meine Eltern, Heinz-Henning und Brigitte Jürges, und meinen Mann, Dr. Philipp Grünewald, nicht möglich gewesen. Seit meiner Kindheit haben mich meine Eltern liebevoll begleitet und unterstützt. Ihr Zuspruch und liebevolles Vertrauen in meine Fähigkeiten waren meine steten Begleiter. Sie haben mir die Kraft und den Mut gegeben, diese Arbeit zu beginnen. Meinem Mann habe ich das erfolgreiche Bestehen dieser Promotionszeit zu verdanken. Er hat mich durch das Studium und die Promotionszeit begleitet, mir bei allen Unwegsamkeiten liebevoll zur Seite gestanden, mich ermutigt und mir die Kraft gegeben, diesen bereichernden Abschnitt meines Lebens zu meistern. Meinen Eltern und meinem Mann ist diese Arbeit daher in großer Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Hamburg, September 2016

*Stefanie Grünewald*



## Inhaltsübersicht

<b>§ 1 Einleitung und erste grundsätzliche Erwägungen</b> .....	23
I. Stromnetze als Felder erhöhter kommunaler Aktivität .....	23
II. Rolle und Wesen des Staates und die Bedeutung des Wettbewerbs ..	26
III. Finanzierung staatlicher Aktivitäten .....	32
<b>§ 2 Gegenstand und Gang der Untersuchungen</b> .....	34
<b>§ 3 (Re)Kommunalisierung der Energieversorgung: Begriffsbestimmung und Abgrenzungen</b> .....	37
I. Energieversorgung .....	37
II. Verteilernetze .....	38
III. Wegenutzungsverträge .....	39
IV. (Rück-)Übertragung der Elektrizitätsverteilung in gemeindliche Verantwortung: Begriffliche Annäherung .....	41
V. Zusammenfassung .....	51
<b>§ 4 Gründe für und Ziele der (Re)Kommunalisierung</b> .....	52
I. Finanzielle Erwägungen .....	52
II. Wirtschaftspolitische Erwägungen .....	56
III. Sicherheitserwägungen .....	57
IV. Politische Einflussnahme- und Kontrollmöglichkeit .....	58
V. Ökologische Gründe .....	60
VI. Verwirklichung der demokratischen Dezentralisierung .....	64
VII. Wiederentdeckung örtlicher Belange und lokaler Identität .....	64
VIII. Gemeinwohlorientierung .....	65
IX. Sozialpolitische Erwägungen .....	67
X. Erwägungen des Verbraucherschutzes, der Transparenz und fairen Preisgestaltung .....	69
XI. Kritische Zusammenfassung .....	70
<b>§ 5 Technischer und ökonomischer Rahmen</b> .....	71
I. Technischer Rahmen .....	71
II. Ökonomischer Rahmen .....	77
III. Zusammenfassung .....	94
<b>§ 6 Gesetzlicher Rahmen für die (Re)Kommunalisierung und die Befugnis der Gemeinden</b> .....	95
I. Europarechtliche Vorgaben und Rahmenbedingungen .....	95
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	119
III. Einfach-spezialgesetzliche Vorgaben .....	182

IV.	Landesrechtliche Vorgaben .....	192
V.	Ergebnis zum gesetzlichen Rahmen für die (Re)Kommunalisierung und Befugnis der Gemeinden .....	243
<b>§ 7</b>	<b>Rückführung der Netze in kommunale Hand .....</b>	<b>245</b>
I.	Einführende Bemerkungen bzgl. der Konzessionsvergabe .....	246
II.	Neuvergabe der Konzessionen und die Vergabeentscheidung .....	246
III.	Verfassungsmäßigkeit des Wandels vom „Überlassen“ zum „Überrei- gen“ in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG .....	381
IV.	Wirtschaftlich angemessene Vergütung für das Verteilernetz i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG .....	409
V.	Laufzeitbegrenzung des Konzessionsvertrags .....	442
VI.	Zusammenfassung .....	449
<b>§ 8</b>	<b>(Re)Kommunalisierungsmodelle und ihre rechtliche Umsetzung .....</b>	<b>451</b>
I.	Ausgewählte Modelllösungen .....	452
II.	Rechtliche Vorgaben zur Umsetzung der Modelllösungen .....	473
III.	Vereinbarung von Garantie- oder Mindestrenditen i. R. d. Realisierung einer Partnerlösung .....	555
IV.	Besondere Verfahrensregeln für die Realisierung einer Partnerlösung	564
V.	Zusammenfassung (Re)Kommunalisierungsmodelle .....	575
<b>§ 9</b>	<b>Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse .....</b>	<b>577</b>
<b>Anlagen</b>	.....	<b>585</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	.....	<b>618</b>
<b>Sachverzeichnis</b>	.....	<b>653</b>

## Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einleitung und erste grundsätzliche Erwägungen</b> .....	23
I. Stromnetze als Felder erhöhter kommunaler Aktivität .....	23
II. Rolle und Wesen des Staates und die Bedeutung des Wettbewerbs ..	26
III. Finanzierung staatlicher Aktivitäten .....	32
<b>§ 2 Gegenstand und Gang der Untersuchungen</b> .....	34
<b>§ 3 (Re)Kommunalisierung der Energieversorgung: Begriffsbestimmung und Abgrenzungen</b> .....	37
I. Energieversorgung .....	37
II. Verteilernetze .....	38
III. Wegenutzungsverträge .....	39
IV. (Rück-)Übertragung der Elektrizitätsverteilung in gemeindliche Verantwortung: Begriffliche Annäherung .....	41
1. Verstaatlichung .....	41
2. Entprivatisierung .....	43
3. (Re)Kommunalisierung .....	45
a) Verwaltungsinterner Organisationsvorgang .....	46
b) Begriff im Zuge der Wiedervereinigung .....	47
c) (Rück-)Übertragung von privatem in kommunales Eigentum ..	47
V. Zusammenfassung .....	51
<b>§ 4 Gründe für und Ziele der (Re)Kommunalisierung</b> .....	52
I. Finanzielle Erwägungen .....	52
II. Wirtschaftspolitische Erwägungen .....	56
III. Sicherheitserwägungen .....	57
IV. Politische Einflussnahme- und Kontrollmöglichkeit .....	58
V. Ökologische Gründe .....	60
VI. Verwirklichung der demokratischen Dezentralisierung .....	64
VII. Wiederentdeckung örtlicher Belange und lokaler Identität .....	64
VIII. Gemeinwohlorientierung .....	65
IX. Sozialpolitische Erwägungen .....	67
X. Erwägungen des Verbraucherschutzes, der Transparenz und fairen Preisgestaltung .....	69
XI. Kritische Zusammenfassung .....	70
<b>§ 5 Technischer und ökonomischer Rahmen</b> .....	71
I. Technischer Rahmen .....	71
1. Stromtransport und -verteilung .....	71

2.	Leitungsgebundenheit der Energieversorgung .....	73
3.	Mangelnde Speicherbarkeit von Elektrizität und schwankende Nachfrage nach Energie .....	75
4.	Folgen der erneuerbaren Energien für den Netzbetrieb .....	76
5.	Hohe Komplexität des Netzbetriebs .....	77
II.	Ökonomischer Rahmen .....	77
1.	Bedeutung von elektrischer Energie für die Volkswirtschaft ...	78
2.	Struktur und Historie des Energiemarktes .....	79
3.	Wertschöpfung und Preisbildung in der Elektrizitätswirtschaft ..	81
4.	Netzkosten und -einnahmen .....	83
5.	Wettbewerb im Energiemarkt .....	87
6.	Netze als natürliches Monopol .....	89
7.	Größenvorteile .....	91
8.	Dichtevorteile .....	92
9.	Erfahrungskurveneffekt .....	93
III.	Zusammenfassung .....	94
<b>§ 6</b>	<b>Gesetzlicher Rahmen für die (Re)Kommunalisierung und die Befugnis der Gemeinden .....</b>	<b>95</b>
I.	Europarechtliche Vorgaben und Rahmenbedingungen .....	95
1.	Europäisches Primärrecht .....	96
a)	Energieversorgung im Wettbewerb und die europäische Wirtschaftsverfassung .....	96
b)	Grundsatz der Gleichbehandlung privater und öffentlicher Unternehmen .....	98
c)	Schutz der kommunalen Betätigung über Art. 4 EUV? .....	100
d)	Originäre kommunale Aufgabe wegen Zuordnung zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse? .....	102
aa)	Dienste bzw. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse .....	102
bb)	Protokoll Nr. 26 und dessen Auswirkungen .....	106
cc)	Art. 14 AEUV und die kommunale Leistungserbringung .....	107
dd)	Art. 106 AEUV und die kommunale Leistungserbringung .....	108
e)	Eigentumsrechtliche Neutralität des EU-Primärrecht .....	110
f)	Subsidiaritätsprinzip .....	110
g)	Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung .....	111
h)	Ergebnis zum Europäischen Primärrecht .....	113
2.	Europäisches Sekundärrecht: Drittes Binnenmarktpaket .....	113
a)	Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG .....	114
b)	Verordnung 713/2009 und Verordnung 714/2009 .....	117
c)	Ergebnis: Europäisches Sekundärrecht .....	118
3.	Ergebnis Europarecht .....	118
II.	Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	119
1.	Art. 87d ff. GG .....	119

2. Art. 74 Nr. 11 GG .....	119
3. Wirtschaftspolitische Grundordnung .....	121
4. Berufs- und Eigentumsfreiheit zugunsten kommunaler Betätigung? .....	125
a) Grundrechtsberechtigung .....	125
b) Eigentumsfreiheit zugunsten Gemeinden als Sonderfall? ....	130
c) Befugnis aus Art. 12 GG .....	131
d) Zusammenfassung .....	132
5. Staatsaufgabe Energieversorgung wegen Ermöglichung der Grundrechtsausübung .....	132
6. (Re)Kommunalisierung aus Art. 15 GG .....	134
7. Sozialstaatsprinzip und Gewährleistungsverantwortung .....	136
8. Demokratieprinzip als Rechtfertigung kommunaler Leistungserbringung .....	139
9. Allgemeine Befugnis aus Art. 28 Abs. 2 GG .....	140
a) Inhalt und Funktion der kommunalen Selbstverwaltung .....	141
b) Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden .....	144
aa) Ein Definitionsversuch .....	144
bb) Maßstab der Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung .....	147
c) Argumentationslinien für die Befugnis der Gemeinden zur Elektrizitätsverteilung .....	149
aa) Kommunale Elektrizitätsverteilung aus Gründen der Daseinsvorsorge .....	150
bb) Energieversorgung als Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie .....	158
cc) Subjektiv-öffentliches Recht der Gemeinden zur Leistungserbringung (Grundrechtsähnliches Recht) .....	160
dd) „War schon immer so“-Argument .....	161
ee) Kompetenz aufgrund der Finanzhoheit der Gemeinden ..	163
ff) Kompetenz aufgrund der Planungshoheit der Gemeinden	164
gg) Kompetenz aufgrund der Gebietshoheit der Gemeinden bzw. aufgrund des Örtlichkeitsprinzips .....	165
(1) Kompetenz aufgrund der Straßenbaulast und des kommunalen Eigentums an Straßen und Wegen ...	165
(2) Kompetenz wegen Befriedigung örtlicher Bedürfnisse .....	169
(3) Kompetenz aufgrund örtlicher Angelegenheit .....	171
(a) Auslegung Örtlichkeitsprinzip .....	171
(b) Bedeutung für (Re)Kommunalisierung der Elektrizitätsverteilung .....	176
hh) Ergebnis .....	179
d) Zusammenfassung zu Art. 28 Abs. 2 GG .....	180
10. Zusammenfassung zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben .....	181

III.	Einfach-spezialgesetzliche Vorgaben	182
1.	Rechtlicher Zuschnitt des Energiesektors	183
2.	Vorgaben aus dem EnWG	184
a)	Begriffsbestimmungen in § 3 EnWG	184
b)	Zweck des EnWG in § 1 Abs. 1 EnWG	185
c)	Aufgaben der Elektrizitätsverteiler gem. § 14 EnWG	187
d)	Enteignung in der Energieversorgung gem. § 45 EnWG	188
e)	Konzessionsvergabe gem. § 46 EnWG	189
f)	Zusammenfassung	190
3.	Vorgaben aus dem BauGB	190
4.	Zusammenfassung	192
IV.	Landesrechtliche Vorgaben	192
1.	Landesverfassungen und die (Re)Kommunalisierung	192
2.	Gemeindeordnungen der Länder und die (Re)Kommunalisierung	195
a)	Allgemeine Befugnis in der Energieversorgung nach GemO der Länder	195
b)	Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung in der Energieverteilung	196
aa)	Öffentliche Zweckverfolgung	197
(1)	Spezifisches gemeinderechtliches Verständnis des öffentlichen Zwecks	197
(2)	Gewinnerzielungsabsicht und der öffentliche Zweck	198
(3)	Finanzielle und wirtschaftliche Risiken versus öffentlicher Zweck	201
(4)	Spezialregelungen für die energiewirtschaftliche Betätigung	205
(5)	Bedeutung für die (Re)Kommunalisierung der Elektrizitätsverteilung	207
bb)	Subsidiaritätsprinzip als Grenze der kommunalen Leistungserbringung	211
(1)	Qualifizierte Subsidiaritätsklausel	212
(2)	Qualifizierte Subsidiaritätsklausel mit Ausnahmereichen	213
(3)	Einfache Subsidiaritätsklausel	215
(4)	Einfache Subsidiaritätsklausel mit Ausnahmereichen	218
(5)	Subsidiaritätsklausel besonderer Art	219
(6)	Zusammenfassung und Auswirkungen auf die (Re)Kommunalisierung	220
cc)	Örtlichkeitsprinzip als Grenze der kommunalen Leistungserbringung	221
(1)	Örtlichkeitsprinzip der Gemeindeordnungen	222
(2)	Erweiterung des Aktionsradius durch die Gemeindeordnungen	222

(a)	Regelungen in den Gemeindeordnungen . . . . .	223
(aa)	Reichweite der Erweiterung des Aktionsradius . . . . .	224
(bb)	Bereichsspezifische Öffnungsklauseln . . . . .	224
(cc)	Generelle Öffnungsklauseln . . . . .	225
(dd)	Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets . . . . .	226
(b)	Art. 28 Abs. 2 GG und das Demokratieprinzip als verfassungsrechtliche Grenze . . . . .	228
(c)	Landesverfassungen als Grenze . . . . .	235
(d)	Europarechtliches Erfordernis einer Ausweitung? . . . . .	236
(e)	Zusammenfassung . . . . .	238
dd)	Leistungsfähigkeit als Grenze der kommunalen Leistungserbringung . . . . .	239
3.	Zusammenfassung Landesrecht und Ausblick . . . . .	243
V.	Ergebnis zum gesetzlichen Rahmen für die (Re)Kommunalisierung und Befugnis der Gemeinden . . . . .	243
<b>§ 7</b>	<b>Rückführung der Netze in kommunale Hand</b> . . . . .	<b>245</b>
I.	Einführende Bemerkungen bzgl. der Konzessionsvergabe . . . . .	246
II.	Neuvergabe der Konzessionen und die Vergabeentscheidung . . . . .	246
1.	Überblick über den typischen Ablauf des Konzessionsvergabeverfahrens . . . . .	247
2.	Sinn und Zweck von Verfahrensregeln und Entscheidungskriterien . . . . .	248
3.	Verfahrensregeln für die Konzessionsvergabe . . . . .	250
a)	Vorgaben aus § 46 EnWG abschließend? . . . . .	250
b)	Bekanntmachungspflichten . . . . .	251
aa)	Bekanntmachungspflicht vor Durchführung Konzessionsvergabeverfahren . . . . .	251
bb)	Bekanntmachungspflicht nach Vergabe der Konzession . . . . .	252
c)	Informationspflicht und Auskunftsanspruch vor Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens . . . . .	255
aa)	Datenumfang . . . . .	258
bb)	Zeitliche Dimension der Herausgabe von Daten . . . . .	260
cc)	Zurverfügungstellung von Daten . . . . .	264
dd)	Vertraulichkeitserklärung . . . . .	267
ee)	Ansprüche der Interessenten auf Datenherausgabe . . . . .	270
(1)	Anspruch gegen die Gemeinde oder auf Einschreiten der Regulierungs- oder Kartellbehörde gegen die Gemeinde . . . . .	271
(a)	Energierechtliche Ansprüche aus §§ 30, 65 EnWG . . . . .	271
(b)	Verfahrensrechtlicher Anspruch aus § 29 VwVfG . . . . .	272
(c)	Kartellrechtlicher Anspruch aus § 19 GWB n. F. . . . .	273

(aa)	Anwendbarkeit GWB-Bestimmungen . . . . .	273
(bb)	Exkurs: 8. GWB-Novelle . . . . .	274
(cc)	§ 19 GWB n.F. . . . .	276
(d)	Anspruch aus Art. 12 GG . . . . .	278
(2)	Anspruch gegen den Altkonzessionär oder auf Einschreiten der Regulierungs- oder Kartellbehörde . . . . .	280
(a)	Vertragliche und vorvertragliche Ansprüche . . . . .	280
(b)	Energierechtlicher Anspruch aus § 30 EnWG . . . . .	281
(c)	Energierechtlicher Anspruch aus §§ 65, 54 EnWG . . . . .	283
(d)	Kartellrechtlicher Anspruch aus § 21 Abs. 2 GWB . . . . .	285
ff)	Zusammenfassung . . . . .	286
d)	Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens . . . . .	287
e)	Weitere Anforderungen an Verfahrensgestaltung und -durchführung . . . . .	289
aa)	Vorgaben aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip . . . . .	289
bb)	Kartellrechtliche Aspekte . . . . .	290
cc)	Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften . . . . .	292
(1)	Anwendung des deutschen Vergaberechts . . . . .	292
(a)	Ausnahme von den Vergaberechtsvorschriften wegen Spezialität des § 46 EnWG . . . . .	292
(b)	Direktvergabe an (re)kommunalisiertes Unternehmen wegen Grundsätzen der In-house-Vergabe . . . . .	293
(c)	Konzessionsvergabe als öffentlicher Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers i. S. d. §§ 98, 99 GWB . . . . .	297
(d)	Freiwillige Anwendung des Vergaberechts . . . . .	299
(e)	Zusammenfassung . . . . .	300
(2)	Anwendung des europäischen Vergaberechts . . . . .	300
(a)	Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags . . . . .	300
(b)	Vorliegen einer Dienstleistungskonzession nach bereits verbindlich geltendem Europarecht . . . . .	301
(aa)	Gesetzliche Vorgabe für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession . . . . .	301
(bb)	Zusätzlich geforderte Tatbestandsvoraussetzungen für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession . . . . .	304
α)	Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos . . . . .	304
β)	Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs . . . . .	306
γ)	Dienstleistung im öffentlichen bzw. Allgemeininteresse . . . . .	308
(cc)	Ergebnis . . . . .	310
(c)	Vorliegen einer Dienstleistungskonzession i. S. d. neuen Konzessionsvergaberichtlinie (2014/23/EU) . . . . .	310

(aa)	Kein Vorliegen eines besonderen Ausschusstatbestandes .....	313
(bb)	Fehlende Anwendbarkeit der Konzessionsvergaberichtlinie .....	314
(cc)	Ergebnis zum Vorliegen einer Dienstleistungskonzession i. S. d. Konzessionsvergaberichtlinie .....	320
(d)	Europäische Verfahrensregeln bei Vergabe der Dienstleistungskonzession .....	321
(aa)	Anwendbarkeit und Geltung europäischer Vergaberegeln .....	321
(bb)	Einzelne Verfahrensvorgaben .....	322
α)	Transparenzgebot .....	323
β)	Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgrundsatz .....	325
(e)	Ergebnis Europäisches Vergaberecht .....	326
(dd)	Ausschreibungspflicht nach Haushaltsrecht .....	326
f)	Privilegierung von gemeindlichen (Re)Kommunalisierungsvorhaben .....	327
aa)	Modifikation Verfahrensregeln wegen Art. 28 Abs. 2 GG .....	327
bb)	Keine Privilegierung wegen § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG .....	329
(1)	Anwendung Diskriminierungsverbot aus § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG auf qualifizierte Wegenutzungsverträge .....	329
(2)	Diskriminierungsverbot und (Re)Kommunalisierung .....	330
cc)	Wettbewerbsrechtliches Verbot von Vorfeldabsprachen und Vorfestlegungen .....	331
dd)	Keine Privilegierung wegen Art. 3 GG .....	333
g)	Zusammenfassung .....	334
4.	Zulässige Entscheidungs- und Auswahlkriterien für die Vergabeentscheidung .....	334
a)	Keine grenzenlose Wahlfreiheit der Gemeinden .....	335
b)	Vorgaben aus § 46 Abs. 3 S. 5 i. V. m. § 1 EnWG .....	337
aa)	Vorüberlegungen .....	337
(1)	„Zweck“ versus „Ziel“ des Gesetzes .....	337
(2)	Leitende Aspekte der Auslegung und Grenzen der Kriterienwahl .....	338
(3)	Möglichkeit der Bildung von Unterkategorien .....	341
bb)	Mögliche aus § 1 Abs. 1 EnWG ableitbare Auswahl- und Entscheidungskriterien .....	342
(1)	Kriterien aus der sicheren Versorgung i. S. d. § 1 Abs. 1 EnWG .....	342
(2)	Kriterien aus der effizienten und preisgünstigen Versorgung i. S. d. § 1 Abs. 1 EnWG .....	343

(3) Kriterien aus der umweltverträglichen Versorgung sowie dem zunehmenden Beruhen auf erneuerbaren Energien i. S. d. § 1 Abs. 1 EnWG .....	346
(4) Kriterien aus der verbraucherfreundlichen Versorgung i. S. d. § 1 Abs. 1 EnWG .....	348
cc) Zusammenfassung .....	348
c) Weitere Auswahl- und Entscheidungskriterien außerhalb von § 46 Abs. 3 S. 5 i. V. m. § 1 EnWG .....	349
aa) Zulässigkeit weiterer Kriterien .....	349
bb) Kriterien aus dem übrigen Energiewirtschaftsrecht .....	351
(1) § 4 Abs. 2 EnWG .....	351
(2) §§ 17 ff., 20 EnWG und § 5 EEG .....	354
(3) Berücksichtigung der Konzessionsabgabe und weiterer Leistungen an die Gemeinde .....	354
(4) Stromnetzentgelte .....	359
cc) Kriterien aus anderen Rechtsquellen .....	361
(1) (Re)Kommunalisierungsfreundliche Kriterien aufgrund Art. 28 Abs. 2 GG .....	361
(2) „Bekannt und bewährt“ nach Gewerberecht bzw. ... Erfahrungen als Netzbetreiber als Kriterien .....	365
(3) Wirtschaftlichkeit i. S. d. § 97 Abs. 5 GWB als Kriterium .....	366
(4) „Berechtigte wirtschaftliche Interessen“ i. S. d. Gemeindeordnungen als Kriterium .....	368
d) Zusammenfassung .....	369
5. Gewichtung der Auswahl- und Entscheidungskriterien .....	372
6. Verfahrensdurchführende und -entscheidende Stelle .....	375
7. Zusammenfassung Neuvergabe der Konzessionen und die Vergabeentscheidung .....	380
III. Verfassungsmäßigkeit des Wandels vom „Überlassen“ zum „Übereignen“ in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG .....	381
1. Vereinbarkeit der Übereignungspflicht mit Art. 14 GG .....	383
a) Eingriff in eine geschützte Eigentumsposition .....	383
b) § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG als Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	386
c) Verfassungswidrigkeit der Inhalts- und Schrankenbestimmung in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG .....	389
d) Lösungsansätze .....	394
e) Zusammenfassung .....	398
2. Vereinbarkeit mit dem Rückwirkungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Endschafftsbestimmungen .....	398
3. Vereinbarkeit mit Art. 12 GG .....	408
4. Zusammenfassung .....	408

IV.	Wirtschaftlich angemessene Vergütung für das Verteilernetz i. S. d. . . . .	
	§ 46 Abs. 2 S. 2 EnWG . . . . .	409
	1. „Wirtschaftlich angemessene Vergütung“ als unbestimmter Rechtsbegriff . . . . .	410
	2. Bewertungsmethoden für die Ermittlung des Verteilernetzwertes . . . . .	412
	a) Sachzeit- und Substanzwert . . . . .	412
	b) Ertragswert . . . . .	415
	3. EnWG-Novelle 2011 . . . . .	417
	4. Kaufering-Entscheidung, fortgeltender Maßstab der Vergütung? . . . . .	419
	a) Kaufering-Entscheidung des BGH . . . . .	419
	b) Übertragbarkeit der Kaufering-Entscheidung auf die Gesetzes- lage nach der Novelle des EnWG 2011 . . . . .	421
	5. Lösung unklarer Gesetzeslage durch Vergleich mit anderen Rechtsinstituten . . . . .	425
	a) Ausgleichs- (§ 304 AktG) und Abfindungsanspruch (§ 305 AktG) nach AktG . . . . .	427
	b) Aktienrechtliches „Squeeze-out“-Verfahren . . . . .	431
	c) Übergang des Erbbaurechts durch Zeitablauf . . . . .	433
	6. Kritische Würdigung der Sachzeit- und Ertragswertmethode unter Berücksichtigung der vorherigen Untersuchungen . . . . .	435
	7. Zusammenfassung . . . . .	441
V.	Laufzeitbegrenzung des Konzessionsvertrags . . . . .	442
VI.	Zusammenfassung . . . . .	449
<b>§ 8</b>	<b>(Re)Kommunalisierungsmodelle und ihre rechtliche Umsetzung . . . . .</b>	<b>451</b>
I.	Ausgewählte Modelllösungen . . . . .	452
	1. <i>Stand-Alone</i> -Lösungen . . . . .	453
	a) Neugründung . . . . .	454
	b) Erweiterung . . . . .	454
	aa) Holdingmodell . . . . .	456
	bb) Netzgesellschaft als Tochtergesellschaft (Tochtermodell) . . . . .	457
	cc) Netzgesellschaft als Muttergesellschaft (Muttermodell) . . . . .	458
	2. Partnerlösungen . . . . .	458
	a) Potentielle Partner . . . . .	460
	b) Mögliche Modelle . . . . .	462
	aa) Neugründung einer gemeinsamen Gesellschaft . . . . .	462
	bb) Eigentumsrechtlicher Zusammenschluss . . . . .	463
	cc) Gesellschaftsrechtliche Beteiligung . . . . .	464
	dd) Schuldrechtliche Kooperationsmöglichkeiten . . . . .	466
	(1) Pachtmodell . . . . .	466
	(2) Dienstleistungsmodell . . . . .	468
	ee) Gründung einer gemeinsamen Netzholding (Netzgemein- schaftsunternehmen) . . . . .	469
	ff) Netzkauf- und Netzgenossenschaft . . . . .	470

3.	Zusammenfassung und Vereinbarkeit mit Zielen der (Re)Kommunalisierung .....	471
II.	Rechtliche Vorgaben zur Umsetzung der Modellösungen .....	473
1.	Grundgesetzliche Anforderungen an die Ausgestaltung der (re)kommunalisierten Netzgesellschaft .....	473
a)	Vorgaben aus Art. 28 Abs. 2 GG .....	473
aa)	Organisationshoheit und Wahlfreiheit der Gemeinden ...	474
bb)	Kooperationshoheit zwischen den Gemeinden .....	475
cc)	Zusammenarbeit mit Privaten aufgrund finanzieller Eigenverantwortung der Gemeinden .....	476
b)	Vorgaben aus dem Demokratieprinzip .....	476
2.	Gesellschafts- und kommunalrechtliche Würdigung möglicher Organisationsformen .....	478
a)	Öffentlich-rechtliche Organisationsformen .....	479
aa)	Regie- und Eigenbetrieb .....	479
bb)	Anstalt des öffentlichen Rechts .....	481
b)	Privatrechtliche Organisationsformen .....	483
aa)	Allgemeine kommunalrechtliche Vorgaben .....	483
bb)	Zu den einzelnen Gesellschaftsformen .....	485
(1)	GmbH.....	485
(a)	Gesellschaftsrechtliche Vorgaben .....	486
(b)	Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen .....	488
(2)	AG .....	492
(a)	Gesellschaftsrechtliche Vorgaben .....	493
(b)	Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen .....	494
(3)	Personengesellschaften und das kommunalrechtliche Gebot der Haftungsbegrenzung .....	498
(4)	Genossenschaft .....	499
(a)	Gesellschaftsrechtliche Vorgaben .....	500
(b)	Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen .....	503
(5)	Ausländische Gesellschaftsformen am Beispiel der englischen Limited .....	505
cc)	Zusammenfassung und Bewertung .....	513
3.	Energierrechtliche Vorgaben für die Realisierung der (Re)Kommunalisierungsmodelle .....	514
a)	Entflechtungsvorgaben aus dem EnWG .....	514
aa)	Adressaten der Entflechtungsbestimmungen .....	515
bb)	Inhalt und Umfang der Entflechtung .....	516
(1)	Eigentumsrechtliche Entflechtung .....	517
(2)	Rechtliche Entflechtung .....	517
(3)	Operationelle Entflechtung .....	518
(4)	Informatorische und buchhalterliche Entflechtung ..	521

cc)	Ausnahme von umfänglicher Entflechtung für „kleine“ Verteilernetzbetreiber (sog. De-minimis-Regelung) . . . . .	523
dd)	Ausnahmen von der Geltung der De-minimis-Regelung . . . . .	529
ee)	Zusammenfassung Entflechtungsvorgaben aus dem EnWG . . . . .	532
b)	Anreizregulierung und die Erlösobergrenzen . . . . .	532
c)	Zusammenfassung und Folgen aus den energierechtlichen Vorgaben für die einzelnen (Re)Kommunalisierungsmodelle . . . . .	535
aa)	Neugründung . . . . .	535
bb)	Holdingmodell . . . . .	536
cc)	Muttermodell . . . . .	537
dd)	Tochtermodell . . . . .	540
ee)	Eigentumsrechtlicher Zusammenschluss . . . . .	541
ff)	Gesellschaftsrechtliche Beteiligung . . . . .	541
gg)	Pacht- und Dienstleistungsmodell . . . . .	542
hh)	Gemeinsame Netzholding (Netzgemeinschaftsunternehmen) und Netzkauf- sowie Netzgenossenschaft . . . . .	543
4.	Kartellrechtliche Vorgaben für die Realisierung einer Partnerlösung . . . . .	544
a)	Europäische Fusionskontrolle nach FKVO . . . . .	544
b)	Zusammenschlusskontrolle nach §§ 35 ff. GWB bei gemeinsamer Netzholding . . . . .	546
c)	Kartellrechtliche Bedenken aus § 1 GWB . . . . .	553
5.	Zusammenfassung der zulässigen (Re)Kommunalisierungsmodelle und Abgleich mit den Zielen der (Re)Kommunalisierung . . . . .	553
III.	Vereinbarung von Garantie- oder Mindestrenditen i. R. d. Realisierung einer Partnerlösung . . . . .	555
1.	Energierechtliche Bedenken . . . . .	556
2.	Kartellrechtliche Bedenken . . . . .	559
3.	Kommunalrechtliche Bedenken . . . . .	563
4.	Zusammenfassung . . . . .	564
IV.	Besondere Verfahrensregeln für die Realisierung einer Partnerlösung . . . . .	564
1.	Relevante Verfahrensgegenstände und -regelungen . . . . .	564
2.	Verfahrensgestaltung . . . . .	568
a)	Einheitliches Verfahren . . . . .	568
aa)	Förmliches Vergabeverfahren mit integrierter Konzessionsvergabe . . . . .	569
(1)	Verstoß gegen § 46 EnWG . . . . .	569
(2)	Verstoß gegen § 19 GWB n.F. . . . .	570
(3)	Zusammenfassung . . . . .	570
bb)	Konzessionsvergabe mit integrierter „Partnerwahl“ . . . . .	571
cc)	Zusammenfassung . . . . .	572
b)	Getrennte Verfahren . . . . .	572
3.	Zusammenfassung besondere Verfahrensregeln . . . . .	575
V.	Zusammenfassung (Re)Kommunalisierungsmodelle . . . . .	575

<b>§ 9 Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse</b> . . . . .	577
<b>Anlagen</b> . . . . .	585
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	618
<b>Sachverzeichnis</b> . . . . .	653

## § 1 Einleitung und erste grundsätzliche Erwägungen

### I. Stromnetze als Felder erhöhter kommunaler Aktivität

Angesichts der hohen kommunalen Überschuldung<sup>1</sup> suchen viele Gemeinden neue Einnahmequellen in neuen Betätigungsfeldern.<sup>2</sup> Dies führt zu einer neuerlichen Expansion erwerbswirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden,<sup>3</sup> die von einigen als eine „*unerwartete Renaissance*“<sup>4</sup> der Kommunalwirtschaft beschrieben wird. In der Energiewirtschaft wird dieser generellen „Boom“ noch dadurch verstärkt, dass im Jahr 2011 ca. 950 und im Jahr 2012 etwa 1200 Konzessionsverträge ausgelaufen sind.<sup>5</sup> Bis zum Jahre 2016 werden die meisten der auf 20 Jahre geschlossenen Konzessionsverträge für den Verteilernetzbetrieb in Deutschland auslaufen.<sup>6</sup> Damit bietet sich für die Gemeinden die Gelegenheit eine wirtschaftliche Betätigung in Form der Stromverteilung (wieder) einzusteigen. Auch die Finanz-, Wirtschafts- und Eurokrise und daraus resultierende Unsicherheiten und Ängste gegenüber dem Marktgeschehen und den Wettbewerbskräften verstärken diesen allgemeinen Trend hin zu mehr staatlicher Leistungserbringung.<sup>7</sup> Nicht zuletzt wird dieser Trend hin zu mehr kommunalem Engagement im Energiebereich sicherlich auch durch die schrecklichen Vorfälle in Fukushima im März 2011 und den daraufhin von der Bundesregierung im Sommer 2011 beschlossenen Ausstieg aus der Atomenergie begünstigt.<sup>8</sup> Die (Re)Kommunalisierung der Stromnetze „*liegt voll im Trend*“<sup>9</sup>, dies lässt sich

---

<sup>1</sup> Groß, DVBl. 2002, 1182 (1182), der dies „finanzielle Dauermissere“ nennt; *Vogelsang/Lübking/Ulbrich*, Kommunale Selbstverwaltung,<sup>3</sup> (2005), Rn. 394.

<sup>2</sup> *Broisius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), 392 (393).

<sup>3</sup> So auch Gloy/Loschelder/Erdmann-Poppen, Wettbewerbsrecht,<sup>4</sup> (2010), § 66 Rn. 1; *Vogelsang/Lübking/Ulbrich*, Kommunale Selbstverwaltung,<sup>3</sup> (2005), Rn. 394.

<sup>4</sup> *Bauer*, DÖV 2012, 329 (329).

<sup>5</sup> *Libbe*, in: Matecki/Schulten (Hrsg.), Zurück zur öffentlichen Hand? (2013), S. 18 (21); *Libbe/Hanke/Verbücheln*, Rekommunalisierung (2011), S. 6.

<sup>6</sup> *Hische/Rohmann*, Raumplanung 2011, 249 (250); *Ude*, in: Matecki/Schulten (Hrsg.), Zurück zur öffentlichen Hand? (2003), S. 48 (50), der anführt, dass dies mehrere tausend seien.

<sup>7</sup> *Reck*, RaumPlanung 2011, 243 (244).

<sup>8</sup> *Hische/Rohmann*, Raumplanung 2011, 249 (249).

<sup>9</sup> *Hische/Rohmann*, Raumplanung 2011, 249 (249).

an vielen Stellen der politischen Presse wie auch ersten wissenschaftlichen Veröffentlichungen entnehmen.<sup>10</sup>

Von dem Auslaufen der Konzessionsverträge im Elektrizitätsbereich sind potentiell alle in Deutschland tätigen 887 Stromnetzbetreiber betroffen.<sup>11</sup> Zusätzlich bietet dies auch den Gemeinden, die bis dato nicht (oder nicht mehr) in der Elektrizitätsverteilung tätig waren, neue Handlungsmöglichkeiten. Dass die Gemeinden von dieser Möglichkeit schon Gebrauch gemacht haben, zeigen die 44 Stadtwerksneugründungen im Zeitraum zwischen den Jahren 2007 und 2011.<sup>12</sup> Es verwundert daher nicht, dass das Thema (Re)Kommunalisierung im Moment eines der zentralen Themen der Energiewirtschaft und der viel zitierten Energiewende ist. Die (Re)Kommunalisierung könnte eines der wichtigen Zukunftsthemen der Kommunalpolitik werden.<sup>13</sup>

In der öffentlichen Wahrnehmung stellt sich das Thema der (Re)Kommunalisierung aber vor allem als politisch und hoch umstritten dar. So schrieb *Walter Hamm* am 25. Januar 2010 in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung in dem Artikel „Entprivatisierung“<sup>14</sup>: „*Wer Versorgungsnetze in großem Stil kauft und wer für diese Investitionen in bisher von privaten Unternehmen übernommene Aufgaben hohe Milliardenbeträge bereitstellen kann, sät Zweifel an der angeblichen desaströsen kommunalen Finanzlage.*“ Dieser von *Hamm* formulierten Skepsis begegnen viele Gemeinden jedoch mit ehrgeizigen (Re)Kommunalisierungsplänen und dem Willen (wieder) in den Besitz der Konzessionen für den Netzbetrieb zu gelangen. Der Trend zur (Re)Kommunalisierung ist dabei zunächst primär ein deutsches Phänomen, welches bislang nur vereinzelt im Ausland aufgetreten ist.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> U. a.: *Bauer*, DÖV 2012, 329 (329); *Hische/Rohmann*, Raumplanung 2011, 249 (249).

<sup>11</sup> BNetzA, Stromnetzbetreiber Deutschland, Stand: 03.02.2015, zuletzt abgerufen am 23.04.2015, 12:57 Uhr unter: [http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/DatenaustauschundMonitoring/UnternehmensStammdaten/UebersichtStromUndGasNetzbetreiber/UebersichtStromUndGasnetz\\_betreiber\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/DatenaustauschundMonitoring/UnternehmensStammdaten/UebersichtStromUndGasNetzbetreiber/UebersichtStromUndGasnetz_betreiber_node.html).

<sup>12</sup> *Libbe/Hanke/Verbücheln*, Rekommunalisierung (2011), S. 7.

<sup>13</sup> *Bauer*, DÖV 2012, 329 (330), der dies bereits heute als Zukunftsthema der Kommunalpolitik erachtet.

<sup>14</sup> *Hamm*, Entprivatisierung, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25. Januar 2010, S. 9.

<sup>15</sup> Stichwortartige Hinweise auf die Rekommunalisierung finden sich auch in Bolivien, in Frankreich, auf den Philippinen, in Südafrika, in Tansania, in Trinidad und in den Vereinigten Staaten, so *Bauer*, DÖV 2012, 329 (333 f.); In Italien haben einzelne große Städte ihr Interesse signalisiert, so *Libbe/Hanke/Verbücheln*, Rekommunalisierung (2011) S. 13; siehe hierzu auch: *Wollmann*, in: *Matecki/Schulten* (Hrsg.), Zurück zur öffentlichen Hand? (2013), S. 37 (40).

Bei diesen (Re)Kommunalisierungsbestrebungen sind die Besonderheiten des Energiemarktes zu beachten. Anders als in anderen Netzbereichen waren die Energienetze seit Anbeginn der kommerziellen Verbreitung von Energie auch in privater Hand. So gab es eben nicht, wie bspw. im Telekommunikations-, Post- und Fernmeldesektor, ein ausschließlich staatliches Netzmonopol.<sup>16</sup> Private Akteure dominierten zunächst sogar den Netzbetrieb.<sup>17</sup>

Dank der bis zum Jahre 2016 fast aller Orts auslaufenden Konzessionsverträge bietet sich den Gemeinden die Chance, innerhalb eines begrenzten Zeitfensters die Netze zurückzuerwerben. Diese Chance steht vielerorts aber auch erheblichen wirtschaftlichen, finanziellen, technischen, politischen und nicht zuletzt juristischen Bedenken gegenüber. Nicht nur im Zusammenhang mit den Konzessionsverträgen sind viele juristische Fragen auch nach der EnWG-Novelle vom August des Jahres 2011 offen. Insbesondere auch im Bereich der (Re)Kommunalisierung selbst, ihrer Zulässigkeit und Umsetzung stellen sich viele ungeklärte Fragen. Während Beiträge zum Thema Privatisierung ganze Bibliotheken füllen, findet sich das Stichwort „*Rekommunalisierung*“ bzw. „*Kommunalisierung*“ praktisch in nur wenigen Sachregistern wieder.<sup>18</sup> Um das politisch Gewollte umzusetzen, müssen aber rechtliche Maßstäbe und Grenzen insbesondere im Hinblick auf die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz gem. Art. 20 Abs. 3 GG untersucht und benannt werden.<sup>19</sup> Dies stellt eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar. Zutreffend führte *Ulrich Bammert*, Geschäftsführer der neugegründeten Hamburg Energie<sup>20</sup> hierzu aus: „*Wir reden über einen Prüfungsauftrag [bzgl. der Übernahme der Netze durch die kommunale Hand], der ökonomisch, ökologisch und juristisch Fragen beinhaltet, es geht also um ein dickes Brett, das da zu bohren ist.*“<sup>21</sup> Den drängendsten juristischen Fragen der (Re)Kommunalisierung der Elektrizitätsverteilernetze will sich diese Dissertation widmen.

---

<sup>16</sup> Zum staatlichen Monopol im Telekommunikations-, Post- und Fernmeldesektor, vgl. Geppert/Schütz-Cornils, Beck'scher TKG-Kommentar,<sup>4</sup> (2013), A. Geschichte und Entwicklung des deutschen Telekommunikationsrechts, Rn. 26 ff.

<sup>17</sup> Hierzu: § 5 II.2.

<sup>18</sup> Anstelle vieler: *Brüning*, Verwaltungs-Archiv 2009, 453 (455); siehe hierzu ausführlich auch in § 3 IV.3.c).

<sup>19</sup> So auch *Brüning*, VerwArch 2009, 453 (455).

<sup>20</sup> Hamburg Energie wurde am 15. Mai 2009 mit Unterstützung des Hamburger Senates als hundertprozentige Tochter des kommunalen Betriebes Hamburg Wasser gegründet, hierzu Sender, Interview von Helmut Sender mit Ulrich Bammert, „Ein dickes Brett zu bohren“, Energie & Management, 15. September 2010, S. 16.

<sup>21</sup> *Sender*, Interview von Helmut Sender mit Ulrich Bammert, „Ein dickes Brett zu bohren“, Energie & Management, 15. September 2010, S. 16.