

# Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen

von  
Prof. Dr. Johannes Hellermann

1. Auflage

Die gemeindliche Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen – Hellermann

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Energerecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65909 6

Energie- und Infrastrukturrecht

---

Band 22

Schriftenreihe  
Energie- und Infrastrukturrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Christian Theobald  
Prof. Dr. Jürgen Kühling  
Christian Held

Band 22



Verlag C.H. Beck München 2013

Die gemeindliche Entscheidung  
über die Vergabe von  
Strom- und Gaskonzessionsverträgen

von

Prof. Dr. Johannes Hellermann



Verlag C.H. Beck München 2013

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65909 6

© 2013 Verlag C.H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Nomos Verlagsgesellschaft  
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: Typo&Grafik, Berlin

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigen Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## Geleitwort

Eine funktionsfähige Infrastruktur ist seit jeher eine Voraussetzung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Entwicklung. So bezeichnete schon *ADAM SMITH* – als eine von drei Ausnahmen der Güterallokation über den Markt – die Verantwortlichkeit für die wirtschaftliche Infrastruktur als Staatsaufgabe. Nicht zuletzt die Erkenntnisse in den Wirtschaftswissenschaften, dort in der Netzökonomie sowie der Institutionenökonomik, und der ökonomischen Analyse des Rechts in den vergangenen 30 Jahren haben der seit Jahrhunderten geführten Diskussion der „richtigen“ Aufgabenverteilung zwischen Staat und Wirtschaft eine neue Dimension verliehen. In vielen Bereichen scheint sich der bisherige Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat zu wandeln, der sich auf die Überwachung der Erfüllung der Aufgaben durch Private beschränkt. Eine zentrale Frage ist und wird auch künftig immer bleiben, wer für die Bereitstellung der wesentlichen Infrastruktureinrichtungen verantwortlich ist. Hierzu zählen wir neben den klassischen Infrastrukturen des Straßen-, Schiffs- und Schienenverkehrs, der Strom-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgung auch die Bereiche des Luftverkehrs, der Telekommunikation, der Postdienste sowie des Rundfunkwesens. Die meisten der genannten Bereiche sind auf das Vorhandensein von festen Leitungen bzw. Trassen oder aber Netzsystemen angewiesen, welche entweder aus tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen, nicht beliebig duplizierbar sind.

Die derzeitige Fragmentierung dessen, was auch als Daseinsvorsorge oder Erfüllung öffentlicher Aufgaben verstanden wird, führt nicht zuletzt zu einer zunehmenden Zahl von Spezialgesetzen: Eine entsprechende parallele Rezeption in immer neuen Spezialzeitschriften und Kommentierungen der Fachgesetze verleitet mehr und mehr dazu, das Ganze, d.h. die wesentlichen Gemeinsamkeiten und zugleich die wesentlichen Unterschiede, aus den Augen zu verlieren, ein Phänomen der, um mit den Erkenntnissen der Luhmann'schen Systemtheorie zu sprechen, Ausdifferenzierung der Gesellschaft im Allgemeinen und des Rechts im Besonderen.

Dem gegenwirkenden, erforderlichen ganzheitlichen Ansatz soll die im Jahr 2002 begründete Schriftenreihe Rechnung tragen. Da das Energiewirtschaftsrecht als ein Bestandteil des übergeordneten Infrastrukturrechts gegenwärtig das wohl wirtschaftlich bedeutsamste und auch pub-

lizistisch am intensivsten bearbeitete Rechtsgebiet ist, hat sich aus unserer Sicht die Bezeichnung „Energie- und Infrastrukturrecht“ angeboten. Die Schriftenreihe behandelt Rechtsfragen aus der Energie- und der übrigen Infrastrukturwirtschaft im oben erläuterten Sinne. Kommunalrecht, Vergabe- und Wettbewerbsrecht, Europa- und Verfassungsrecht sowie interdisziplinäre Betrachtungen werden dabei ständig eine wichtige Rolle spielen.

Der ganzheitliche Ansatz soll auch durch die Herausgeber gewährleistet werden, die rechtswissenschaftliche Tätigkeit und anwaltliche Praxis repräsentieren. Im Kreis der Herausgeber ist es mit dem vorliegenden Band zu einem Wechsel gekommen. Unsere Mitbegründerin Frau Univ.-Prof. Dr. Gabriele Britz hat nicht zuletzt wegen ihrer ehrenvollen, aber zeitintensiven Aufgabe als Richterin am Bundesverfassungsgericht entschieden, ihren „Staffelstab“ weiterzureichen. Gemeinsam mit dem Verlag danken wir ihr sehr für ihr Mitwirken über all die Jahre, gleichzeitig freuen wir uns darauf, dass wir mit Herrn Univ.-Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M. (Brüssel) von der Universität Regensburg einen ausgezeichneten Nachfolger neu in unserer Mitte begrüßen dürfen. In einer Zeit, die durch grundsätzliche Veränderungen und Umbrüche in den betroffenen Rechtsgebieten gekennzeichnet ist, wollen die Herausgeber Zeichen setzen. Dogmatische Konturen und praktische Relevanz sind dabei die Anliegen.

Der 22. Band der Schriftenreihe untersucht, welchen Anforderungen Kommunen im Rahmen ihrer Auswahl des neuen Konzessionärs nach § 46 Abs. 3 EnWG ausgesetzt sind. Der dort im Jahr 2011 neu eingefügte Satz 5 sieht vor, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet ist. Seitdem werden sehr viele Strom- und Gaskonzessionsverfahren durch unterlegene Anbieter, meist die jeweiligen Altkonzessionäre, angezweifelt und zunehmend einer gerichtlichen Prüfung unterzogen. Hieraus resultieren nicht nur mitunter jahrelange Verzögerungen sich anschließender Netzübernahmen, sondern auch eine zunehmende Rechtsunsicherheit, wie ein ordnungsgemäßes Konzessionsverfahren überhaupt durchzuführen ist; dies gilt insbesondere mit Blick auf die in § 1 EnWG genannten, naturgemäß widerstreitenden und nur sehr schwer in Einklang zu bringenden Ziele wie bspw. Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit. Wird die Gemeinde auf die Funktion eines bloßen Vollzugsorgans reduziert oder nimmt sie als Selbstverwaltungskörperschaft bei der Konzessionsvergabe weiterhin eigenverantwortlich ihre eigenen örtlichen Angelegenheiten wahr? Angesichts bundesweit etwa 20.000 bestehender und vielfach gegenwärtig auslaufender Strom- und Gaskonzessionsverträge ein gleichermaßen praktisch relevantes und wissenschaftlich in-

---

teressantes Spannungsfeld zwischen der Garantie kommunaler Selbstverwaltung einerseits und der Anwendbarkeit bzw. Reichweite des Kartellrechts andererseits.

Berlin und Regensburg, im August 2013

*Die Herausgeber*



**beck-shop.de**

## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist aus einem im Auftrag des Verbandes kommunaler Unternehmen e.V. (VKU) erstellten Rechtsgutachten hervorgegangen, das hier in einer überarbeiteten, an einzelnen Stellen aktualisierten und ergänzten Fassung präsentiert wird. Sie ist veranlasst durch die Ungewissheiten, die zuletzt in der Rechtsanwendung hinsichtlich der Frage aufgekommen sind, welche Verfahrensanforderungen und welche sachlichen Kriterien die Gemeinde bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen nach § 46 EnWG zugrunde legen muss bzw. darf. In der jüngeren Behörden- und Gerichtspraxis sowie rechtswissenschaftlichen Literatur stehen neben einzelnen Äußerungen, die weiterhin den gemeindlichen Entscheidungsspielraum betonen, andere Entscheidungen und Stellungnahmen, die diesen Entscheidungsspielraum sehr restriktiv bestimmen. Darin wird die Gemeinde bei der Auswahl ihres Konzessionsvertragspartners über die ausdrücklichen Vorgaben des § 46 Abs. 3 und 4 EnWG hinaus strengen verfahrensrechtlichen Anforderungen unterworfen und materiellrechtlich durch eine teils sehr enge Definition zulässiger Auswahlkriterien deutlich eingeschränkt. Solche Positionen sind schon zur Rechtslage vor dem Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011 vertreten worden. Durch den mit diesem Gesetz neu eingefügten § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG („Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet.“) ist insbesondere die Frage, wie weit die materiellrechtliche Bindung der Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung reichen soll und unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen reichen darf, nochmals virulenter geworden. Aus rechtlicher Perspektive und angesichts aktuell bestehender Rekommunalisierungstendenzen zugleich auch in praktischer Hinsicht verdient dabei die Frage nach der Freiheit der Gemeinde zur (konzessionsvertraglichen) Vergabe des örtlichen Verteilnetzbetriebs an ein eigenes Unternehmen und deren möglicher Begrenzung besondere Aufmerksamkeit. Den skizzierten Rechtsfragen geht die Untersuchung nach, indem sie zunächst die Grundlagen im höherrangigen bzw. vorrangig anwendbaren Recht, d.h. im nationalen Verfassungs- und im Europäischen Unionsrecht darzulegen und anschließend im Lichte der daraus abzuleitenden Vorgaben die einfachrechtliche Rechtslage zu ermitteln sucht. Im Ergebnis erweist sich, dass die Spielräume zur Wahrung kommunaler Interessen in dem Verfahren der Kon-

zessionsvergabe nach § 46 EnWG deutlich größer sind, als dies zuletzt mitunter angenommen worden ist.

Bielefeld, Juli 2013

*Johannes Hellermann*

## Inhaltsverzeichnis

Geleitwort .....	V
Vorwort .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Literaturverzeichnis .....	XVII
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
I. Der Untersuchungsgegenstand .....	1
1. Der Untersuchungsgegenstand in tatsächlicher Hinsicht ...	1
2. Ausgangslage in rechtlicher Hinsicht .....	2
a) Entwicklung und Ausgangslage im Gesetzesrecht .....	2
aa) Gesetzeslage bis 1998 .....	2
bb) Gesetzeslage von 1998 bis 2011 .....	2
cc) Aktuelle Gesetzeslage nach dem EnWG-Neurege-	
lungsgesetz 2011 .....	3
b) Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts .....	4
II. Anliegen und Gang der Untersuchung .....	6
<b>B. Vorgaben des höherrangigen/vorrangig anwendbaren Rechts ..</b>	<b>7</b>
I. Gewährleistung gemeindlicher Gestaltungsspielräume durch die	
Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) ..	7
1. Garantie eigenverantwortlicher Regelung der	
Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft .....	7
a) Gemeindlicher Aufgabenkreis .....	7
b) Eigenverantwortlichkeit .....	8
2. Bedeutung für die Stellung der Kommunen in der leitungs-	
gebundenen Energieversorgung .....	9
a) Tatbestandlicher Schutz der kommunalen Konzessions-	
vergabe .....	9
aa) Die Wegehochheit als Grundlage der gemeindlichen	
Position .....	9
bb) Konzessionsvergabe als Selbstverwaltungsaufgabe ..	11
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit von	
gesetzlichen Regelungen der Konzessionierung .....	12
II. Beschränkende unionsrechtliche (und unionsrechtlich determi-	
nierte) sowie grundgesetzliche Vorgaben .....	13
1. Unionsrecht .....	13

a) Sekundärrechtliche Vorgaben . . . . .	13
aa) Energiebinnenmarkttrichtlinien . . . . .	13
bb) Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung in §§ 97 ff. GWB . . . . .	15
b) Primärrechtliche Vorgaben . . . . .	16
aa) Anforderungen an die Vergabe von Konzessionsverträgen . . . . .	16
bb) Privilegierung von „Inhouse-Vergaben“? . . . . .	17
2. Verfassungsrecht: Art. 3 Abs. 1 GG . . . . .	20
<b>C. Die Ausgestaltung im nationalen Gesetzesrecht im Lichte der Vorgaben des höherrangigen/vorrangig anwendbaren Rechts . .</b>	<b>23</b>
I. § 46 EnWG . . . . .	23
1. Verfahrensrechtliche Anforderungen . . . . .	23
a) Grundsätzliche Verpflichtung zu Bekanntmachung und Auswahlverfahren . . . . .	23
b) Bekanntmachung und Auswahlverfahren bei Konzessions- vergabe an ein gemeindeeigenes Unternehmen? . . . . .	24
aa) Bekanntmachung des bevorstehenden Vertrags- endes . . . . .	24
bb) Förmliches Auswahlverfahren? . . . . .	25
2. Materiellrechtliche Anforderungen . . . . .	27
a) Beschränkung auf netzbezogene Kriterien? . . . . .	29
b) Beschränkung auf die Ziele des § 1 (Abs. 1) EnWG? . . . . .	30
aa) § 46 Abs. 3 EnWG a.F. . . . .	30
bb) § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG . . . . .	32
(1) Auslegung . . . . .	32
(2) Verfassungsrechtliche Würdigung . . . . .	33
cc) Ergebnis . . . . .	34
c) Effizienz als maßgebliches Kriterium . . . . .	34
d) Zulässigkeit der bevorzugten Vergabe an ein eigenes Un- ternehmen? . . . . .	36
aa) Zulässigkeit und energiewirtschaftsrechtliche Aner- kennung des Netzbetriebs durch ein gemeindeeigenes Unternehmen . . . . .	36
bb) Sachlich rechtfertigende Gründe für die Konzessionierung eines gemeindeeigenen Unterneh- mens . . . . .	37
cc) Unzulässigkeit gemeindeeigenen Unternehmen günstiger, sachlicher Kriterien? . . . . .	39
(1) Folgerung aus der Nichtanwendbarkeit der Inhouse-Vergabe-Grundsätze? . . . . .	39

---

(2) Folgerung aus der Doppelrolle der Kommunen bei der Konzessionsvergabe? . . . . .	40
II. Kartellrechtliche Vorgaben . . . . .	41
1. Gemeindliche Konzessionsvergabe als unternehmerisches oder hoheitliches Verhalten? . . . . .	42
2. Marktbeherrschende Stellung . . . . .	43
3. Unbillige Behinderung und Diskriminierung, insbesondere bei Inhouse-Vergaben? . . . . .	44
a) Kartellrechtliche Relevanz kommunalwirtschaftsrecht- licher Subsidiarität? . . . . .	44
aa) Zu den kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben . . . . .	45
bb) Zur kartellrechtlichen Relevanz . . . . .	45
b) Verquickung von hoheitlichen Aufgaben und erwerbs- wirtschaftlichen Interessen? . . . . .	47
c) Ausschluss der kartellrechtlichen Privilegierung konzern- verbundener Unternehmen? . . . . .	49
d) Fazit zu den spezifisch kartellrechtlichen Argumentations- ansätzen . . . . .	50
<b>D. Schluss</b> . . . . .	51
I. Ergebnisse der Untersuchung . . . . .	51
II. Abschließende Bewertung . . . . .	52
Sachverzeichnis . . . . .	55