

Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG

Eine kritische Betrachtung der jüngsten BGH-Rechtsprechung

von
Prof. Dr. Wolfgang Weiß

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 67775 5

Zu [Leseprobe](#) und [Sachverzeichnis](#)

Energie- und Infrastrukturrecht

Band 24

Schriftenreihe
Energie- und Infrastrukturrecht

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

Band 24



Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG

Eine kritische Betrachtung der jüngsten
BGH-Rechtsprechung

von

Prof. Dr. Wolfgang Weiß

2015



www.beck.de

ISBN 978 3 406 67775 5

© 2015 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 pu-

blizistisch 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. 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.

Die vorliegende Arbeit untersucht die durch die EnWG-Novelle 2011 ausgelöste Rechtsprechung zu § 46 EnWG und setzt sich dabei insbesondere mit den beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 13.12.2013 („Berkenthin“ und „Heiligenhafen“) auseinander. Damit führt die Schriftenreihe den erstmals mit Band 13 behandelten und seitdem mehrfach aufgegriffenen Themenschwerpunkt der Verfahren zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen sowie Rechtsfragen einer anschließenden Netzübernahme fort.

Berlin und Regensburg, im Oktober 2014

Die Herausgeber

Vorwort

Die vergangenen Jahrzehnte haben eine Neuordnung des leitungsgebundenen Energiemarktes gezeigt, die wesentlich ausgelöst wurde durch Liberalisierungsanstöße aus der EU, und die in den vergangenen Jahren einen Rückzug der öffentlichen Hand aus der Energieversorgung herbeigeführt hat. Vielfach wurde der Netzbetrieb in private Hände übergeben. In der jüngsten Zeit gewinnt aber – aus verschiedenen Gründen – eine Rekommunalisierungswelle an Boden, in deren Rahmen die Kommunen versuchen, wieder energiewirtschaftlich tätig zu werden. Insbesondere bemühen sich die Städte, den lokalen Netzbetrieb wieder in eigene Hände zu übernehmen und sich nicht auf eine reine Verwertung ihrer Wegennutzungsrechte zu beschränken. Das Energiewirtschaftsrecht sieht seit 1998, nachdem zuvor durch kartellrechtliche Regelungen die lokalen Versorgungsmonopole aufgelöst worden waren und ein Wettbewerb um das Netz initiiert worden war, eine alle 20 Jahre erfolgende Neuvergabe der Wegennutzungskonzessionen gemäß § 46 II, III EnWG vor.

Die nachstehende Untersuchung geht zurück auf ein im Auftrag der GEODE (Groupement Européen des entreprises et Organismes de Distribution d’Energie), des europäischen Verbands der unabhängigen Strom- und Gasverteiler, erstelltes Rechtsgutachten und spürt den den Kommunen bei der Vergabe der Konzessionen verbleibenden Handlungsspielraum nach. Diese bereits vielfach erörterte Rechtsfrage neu aufzugreifen, erwies sich nach den jüngsten Urteilen des BGH hierzu vom Dezember 2013 als erforderlich.

Meinem Mitarbeiter Roland Hoffmann, LL.M., danke ich für Recherchen und vorbereitende Textvorschläge.

Speyer, im Oktober 2014

Wolfgang Weiß

beck-shop.de

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Geleitwort | V |
| Vorwort | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XI |
| Literaturverzeichnis | XIII |
| Einleitung: Problemstellung und erste rechtliche Einordnung | 1 |
| Teil 1: Abschließende Regelung der Auswahl des Konzessionärs im EnWG? | 7 |
| Teil 2: Zur Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) | 11 |
| A. Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen bei Konzessionsvergabe nach § 46 II, III EnWG | 11 |
| Inkurs: zum Verhältnis von Art. 24 RL 2009/72/EG und § 46 II, III EnWG: | 20 |
| B. Nichtanwendung des Wettbewerbsrechts gemäß den Grundsätzen der In-house-Vergabe? | 22 |
| I. Einschlägigkeit der In-house Privilegierung für Wegekonzessionsvergaben | 22 |
| II. Ausschluss einer Anwendung der In-house Privilegierung durch § 46 IV EnWG | 26 |
| III. Wiederaufleben primärrechtlicher Grundsätze infolge nationalen Ausschlusses des In-house Privilegs? | 33 |
| IV. Zum Geltungsgrund des Diskriminierungsverbots | 35 |
| V. Anforderungen aus dem Transparenzgebot | 38 |
| VI. Fazit | 41 |
| C. Nichtanwendung des EnWG und des GWB auf die Auswahl kommunaler Unternehmen wegen der Zulässigkeit einer „vorgelagerten Systemscheidung“ zwischen Vergabe und Eigen-erfüllung? | 42 |
| D. Zwischenergebnis | 44 |

| | |
|---|----|
| Teil 3: Marktbeherrschende Stellung der Kommune bei der Auswahl des Verteilernetzbetreibers gemäß § 46 II, III EnWG | 47 |
| A. Relevanter Markt | 47 |
| B. Marktbeherrschende Stellung der Gemeinde | 51 |
| Teil 4: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe an kommunaleigene Unternehmen? | 55 |
| A. Wegekonzessionen im Schnittbereich von EnWG und GWB | 55 |
| B. Zu den Begründungen eines Missbrauchsvorwurfs | 61 |
| C. Sachliche Gründe nach den Wertungen des Energierechts | 64 |
| I. Zur Gesetzgebungsgeschichte | 65 |
| II. Zur Bedeutung der Ziele des § 1 EnWG und des Zielverweises in § 46 III 5 EnWG | 69 |
| III. Der Entscheidungsspielraum der Gemeinden angesichts der Beschränkung der Ziele und des postulierten Vorrangs | 75 |
| IV. Folgen für die kommunale Betätigung | 80 |
| D. Rechtsfolgen rechtswidriger Vergaben: keine abschließende Rechtssicherheit | 81 |
| Teil 5: Ergebnis zum Entscheidungsspielraum der Kommunen nach § 46 II, III EnWG | 85 |
| Teil 6: Abschließende Würdigung zum legislativen Handlungsbedarf | 87 |
| Stichwortverzeichnis | 89 |