

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	V
Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXV

Teil 1: Das Verfahren zum Abschluss energiewirtschaftlicher Konzessionsverträge	1
A. Die Bedeutung von Auswahlkriterien im Konzessionswettbewerb	2
B. Der technische Hintergrund	5
C. Wettbewerb „um“, „in“ und „zwischen“ den Netzen	6
D. Phase der Rekommunalisierung	9
I. Begriff der Rekommunalisierung	9
II. Ursachen der Rekommunalisierung	10
1. Auslaufende Konzessionsverträge	11
2. Netzentgeltregulierung	12
3. Globale Banken- und Finanzkrise	13
E. Gegenstand und Charakter eines Konzessionsvertrages	14
I. Regelungsgehalt eines Konzessionsvertrages	16
1. Das Wegenutzungsrecht	17
2. Konzessionsabgabe und andere Gegenleistungen	17
3. Betriebspflichten	18
4. Baumaßnahmen	18
5. Haftungsregelungen	19
6. Laufzeitbestimmungen	19
7. Endschaftsbestimmungen	19
8. Zwischenergebnis	20
II. Rechtsnatur von Konzessionsverträgen	21
III. Auslaufen eines Konzessionsvertrages und Neuabschluss	21

Teil 2: Die Energieversorgung im Lichte der kommunalen Selbstverwaltung	23
A. Das Recht der kommunalen Selbstverwaltung	24

I. Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft	27
1. Gemeindliche Hoheiten	28
2. Die Energieversorgung als örtliche Angelegenheit	29
a.) Ursprung und Entwicklung der leitungsgebundenen Energieversorgung	30
b.) Energieversorgung als Daseinsvorsorge	32
c.) Gewährleistungsverantwortung	35
d.) Zwischenergebnis	37
3. Ausübung der Wegehoheit als örtliche Angelegenheit	38
4. Wirtschaftliche Betätigung als örtlichen Angelegenheit	39
5. Zwischenergebnis	39
II. In eigener Verantwortung	40
III. Schutzrichtung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts	41
IV. Zwischenergebnis	42
B. Beschränkbarkeit der kommunalen Selbstverwaltung	42
I. Funktionen des Gesetzesvorbehalts	43
II. Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung	44
1. Energieversorgung als Kernbereichsaufgabe	45
2. Zwischenergebnis	47
III. Randbereich der kommunalen Selbstverwaltung	48
1. Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen	48
2. Zwischenergebnis	49
Teil 3: Beschränkungen der eigenverantwortlichen Konzessionsvergabe	51
A. Verfassungsrechtliche Positionen Dritter	51
I. Das Eigentumsrecht der Altkonzessionäre	52
1. Eingriff in die Eigentumsgarantie	54
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	55
a.) Ziel und Eignung der Netzübertragungspflicht	56
b.) Erforderlichkeit der Netzübertragungspflicht	56
c.) Angemessenheit der Netzübertragungspflicht	58
3. Zwischenergebnis	63
II. Die Berufsfreiheit der Altkonzessionäre	63
1. Eingriff in die Berufswahlfreiheit	64
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	66
3. Zwischenergebnis	67
III. Der allgemeine Gleichheitssatz	68
1. Rechtlich relevante Ungleich- beziehungsweise Gleichbehandlung	68
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	69

3. Zwischenergebnis	71
IV. Allgemeine Handlungsfreiheit	72
V. Zwischenergebnis	72
B. Kartellvergaberecht	73
I. Anwendbarkeit des Vergaberechtes auf die Konzessions- vergabe	74
1. Energienetzbetrieb als Dienstleistungsauftrag	74
2. Energienetzbetrieb als Dienstleistungskonzession	75
3. Konzessionsrichtlinie 2014	77
II. Anwendbarkeit des europäischen Primärrechts auf die Kon- zessionsvergabe	79
1. Anwendungsbereich des Primärrechts	80
2. Spezielle Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit	82
a.) Das allgemeine Diskriminierungsverbot	83
b.) Grundsatz der Transparenz	83
c.) Ausnahme bei <i>In-House</i> -Vergaben	84
3. Zwischenergebnis	88
III. Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts auf die Kon- zessionsvergabe	88
1. Gefahr der Befangenheit der Kommune	89
2. Mögliche Lösungsansätze	90
a.) Einsatz eines Treuhänders	91
b.) Institutionelle Trennung	92
c.) Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	93
3. Zwischenergebnis	96
C. Energiewirtschaftsrecht	97
I. Verfahrensrechtliche Bekanntmachungspflichten	98
1. Durchführung eines formellen Auswahlverfahrens	100
2. Kein Verzicht auf Bekanntmachung bei <i>In-House</i> -Ver- gabe	100
3. Zwischenergebnis	100
II. Materiell-rechtliche Laufzeitbestimmung	101
III. Verweis auf die Gesetzesziele	102
1. Die Rolle von Zweckbestimmungen in Gesetzen	102
2. Die Ziele des § 1 EnWG	103
a.) Isolierte Betrachtung der Gesetzesziele	104
aa.) Sicherheit	104
bb.) Preisgünstigkeit	105
cc.) Verbraucherfreundlichkeit	106
dd.) Effizienz	107

ee.) Umweltverträglichkeit	109
ff.) Zunehmende Versorgung aus erneuerbaren Energien	110
gg.) Regulierung und Wettbewerb	110
hh.) Implementierung des Europarechts	111
b.) Das Verhältnis der Ziele des EnWG zueinander	111
3. Die normative Bedeutung der Ziele des EnWG	115
4. Der materielle Regelungsgehalt des Verweises auf die Gesetzesziele	117
a.) Wortlaut	118
b.) Historie	120
aa.) EnWG Novelle 1998	121
bb.) EnWG Novelle 2011	124
(1) Klarstellung einer auch vor dem EnWG 2011 geltenden Rechtslage	125
(2) Rückwirkende Anordnung der Beachtung der Ziele des EnWG	130
(3) Aspekte des Netzbetriebs	133
(4) Zwischenergebnis	135
cc.) EnWG Novelle 2012	135
c.) Telos	138
d.) Systematik	139
aa.) Energierechtlicher Kontext	140
bb.) Kommunalrechtlicher Kontext	141
(1) Umgang mit kommunalen Vermögensgegen- ständen	141
(a) Spezialregelungen für Konzessionsverträge	143
(b) Zwischenergebnis	146
(2) Subsidiaritätsklauseln	147
(a) Kommunaler Netzbetrieb	149
(b) Auswirkungen auf die Auswahlkriterien im Konzessionswettbewerb	149
(c) Zwischenergebnis	150
cc.) Vergaberechtliche Parallelen	150
(1) Vergabekriterien im formellen Vergabeverfahren	151
(a) Leistungsbeschreibung	151
(b) Eignungskriterien	152
(c) Zuschlagskriterien	153
(2) Übertragbarkeit der vergaberechtlichen Er- kenntnisse	156
(3) Zwischenergebnis	157

dd.) Kartellrechtlicher Kontext	158
ee.) Verfassungsrechtlicher Kontext	159
(1) Die kommunale Selbstverwaltung	159
(2) Bestimmtheitsgrundsatz	161
(3) Grundgesetzliche Kompetenzzuordnung ..	162
(4) Zwischenergebnis	163
5. Ergebnis der Auslegung des Verweises auf die Ziele des EnWG	164
IV. Höchstpreisrecht der Konzessionsabgabenverordnung ..	165
1. Konzessionsabgaben	167
2. Zulässige Nebenleistungen	168
a.) Kommunalrabatt	168
b.) Folgekosten	168
c.) Verwaltungskostenbeiträge	169
3. Verbotene Nebenleistungen	169
a.) Marktübliche Finanz- und Sachleistungen	170
b.) Unterstützung bei kommunalen Energiekonzepten ..	170
aa.) Einschränkung allein für investive Maßnahmen	171
bb.) Einschränkung für zukünftige Konzessionsvertragsabschlüsse	174
(1) Wortlaut	174
(2) Telos	175
(3) Historie	177
(4) Systematik	178
(a) Einordnung in die Systematik der Rechts- ordnung	179
(b) Einordnung in die Systematik des Ener- giewirtschaftsrechts	180
(5) Würdigung	181
c.) Maßnahmen zum rationellen, sparsamen und res- sourcenschonenden Umgang mit Energie	182
d.) Wirtschaftlich angemessener Netzkaufpreis	184
4. Zwischenergebnis	184
V. Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG	185
D. Zwischenergebnis	186
Teil 4: Anwendung rechtmäßiger Auswahlkriterien	189
A. Zuständigkeit zur Aufstellung der Auswahlkriterien	189
B. Zulässigkeit konkreter Auswahlkriterien	191
I. Kriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG	192
1. Ziel der Versorgungssicherheit	193

a.) Genehmigung nach § 4 EnWG	193
b.) Zuverlässigkeit	195
c.) Erfahrungen mit dem Netzbetreiber	197
d.) Ausfallminuten (SAIDI-Wert)	199
e.) Wartungsmethodik	202
f.) Netzinvestitionen	204
g.) Örtliche Verfügbarkeit	205
h.) Effektiver Entstördienst	208
i.) Qualitätselement	208
j.) Haftungs- und Gewährleistungsübernahme	210
2. Ziel der Preisgünstigkeit	211
a.) Versorgungstarife	211
b.) Netznutzungsentgelte	212
aa.) Absolute Höhe der Netznutzungsentgelte	213
bb.) Verbindlicher Abschlag auf die genehmigten Netznutzungsentgelte	216
c.) Netzanschlusspreis	217
3. Ziel der Verbraucherfreundlichkeit	219
a.) Netzanschlussmanagement	219
b.) Beschwerdemanagement	220
4. Ziel der Effizienz	221
a.) Energieeffizienz im engeren Sinne (Leitungsverluste)	221
b.) Kosteneffizienz der Anreizregulierung	222
aa.) Kritik am Effizienzwert als Auswahlkriterium	223
(1) Unterschiedliche Netzgebiete	224
(2) Unterschiedliche Zeiträume	224
(3) Unterschiedliche Verfahren	225
bb.) Würdigung	226
c.) Synergieeffekte	227
d.) Mitverlegung von Lehrrohren oder Glasfaserlei- tungen	228
5. Ziel der Umweltverträglichkeit	231
a.) Erdverkabelungsgrad	232
b.) Kommunales Energiekonzept	234
c.) Maßnahmen zum rationellen, sparsamen und res- sourcenschonenden Umgang mit Energie	236
d.) Beseitigung stillgelegter Anlagen	236
e.) Grünes Wirtschaften	238
6. Ziel der Energiewende	239
a.) Abkehr von konventioneller Stromerzeugung	239
b.) Netztechnische Voraussetzungen für dezentrale Er- zeugungsanlagen	240
aa.) Vorwurf des fehlenden Netzbezugs	241

bb.) Vorwurf der ohnehin bindenden gesetzlichen Pflichten	242
cc.) Möglichkeit der Übererfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen	244
II. Kriterien mit Bezug Konzessionswettbewerb	245
1. Vertragslaufzeit	245
2. Endschaftsregelung	247
a.) Auskunftsansprüche	247
b.) Umfang der herauszugebenden Anlagen	249
c.) Wirtschaftlich angemessene Vergütung	251
III. Kriterien mit Bezug zur kommunalen Gewährleistungsver- antwortung	254
1. Kommunalfreundlichkeit des Konzessionsvertrages ..	255
2. Kommunaler Einfluss	256
a.) Vertraglicher Einfluss	258
aa.) Informationsansprüche	258
bb.) Mitsprache- und Mitwirkungsrechte	258
b.) Gesellschaftsrechtlicher Einfluss	259
3. Rechtsnachfolge	263
IV. Kriterien mit Bezug zum Gemeindefiskus	265
1. Höhe der Konzessionsabgabe	266
2. Konzessionsabgabenausfallrisiko	269
3. Fortzahlung der Konzessionsabgabe	271
4. Kommunalrabatt	273
5. Folgekosten	275
6. Verwaltungskostenbeiträge	275
7. Einkünfte aus dem Netzbetrieb	276
8. Steuerlicher Querverbund	277
9. Gewerbesteuer	278
10. Regionale Wertschöpfung	280
C. Gewichtung der Auswahlkriterien	282
I. Fehlen einer Gewichtung	283
II. Nachreichen einer Gewichtung	284
III. Gemeindlicher Entscheidungsspielraum	285
1. Vorgaben an die Gewichtung	286
2. Vorrang der Ziele des § 1 EnWG	286
3. Möglichkeit einer Leistungsbeschreibung	288
D. Orientierung an Musterkriterienkatalog	289
I. Zuständigkeit der Kartellbehörde	290
II. Musterkriterienkatalog allein „als Orientierungshilfe“ ..	291

III. Musterkriterienkatalog zur Schaffung von Rechtssicherheit	292
IV. Zwischenergebnis	293
E. Bekanntgabe der Auswahlkriterien	294
F. Auswertung an Hand der Auswahlkriterien	295
I. Gesamtbetrachtung	296
II. Prognoseentscheidung	297
III. Änderung von Kriterien oder Gewichtung	298
G. Rechtsfolgen von fehlerhaften Auswahlkriterien	300
I. Allgemeine Lehren zur Vertragsnichtigkeit	300
1. Beidseitiger Verstoß gegen ein Verbotsgesetz	301
2. Einseitiger Verstoß gegen ein Verbotsgesetz	301
3. Würdigung	302
II. Rechtsschutz im Falle fehlerhafter Auswahlkriterien	303
1. Akteneinsicht	304
2. Behördliche Aufsichtsmaßnahmen	305
3. Gerichtlicher Rechtsschutz	305
a.) Keine generelle Rügeobliegenheit des Altkonzessionärs	306
b.) Rügeausschluss nach qualifizierter Bieterinformation	307
c.) Würdigung	307
Fazit	309
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	309
I. Pflicht zur Sachlichkeit	310
II. Pflicht zur Beachtung energiewirtschaftlicher Ziele	311
III. Recht zur Berücksichtigung sonstiger Ziele	312
B. Abschließende Würdigung	313
I. Die Rolle der zuständigen Gerichte	313
II. Die Rolle des Gesetzgebers	315
III. Die Rolle der Gemeinden	316
Sachverzeichnis	317