

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhalt	IX
A. Ausgangslage	1
I. Die Konzession für Energieversorgungsnetze als Instrument der Rekommunalisierung	1
II. Motive und Zielsetzungen der ausschreibenden Kommune	33
III. Gesetzliche Vorgaben	37
B. Die Schranken des Gesellschaftsrechts, des Preisrechts, des Energiewirtschaftsrechts sowie des Gemeindegewirtschaftsrechts bei der Auswahl des Rechtsträgers der Konzession	43
I. Schranken der Rekommunalisierung aus der Sicht des Kommunalwirtschaftsrechts	44
II. Schranken aus Sicht des Gesellschaftsrechts im Rahmen der zusätzlichen kommunalwirtschaftsrechtlichen Schranken bei der Wahl eines Unternehmens in Privatrechtsform	58
III. Schranken aus der Sicht des Preisrechts	111
IV. Schranken aus der Sicht des Energiewirtschaftsrechts	126
C. Die im Konzessionswettbewerb angebotenen Kooperationsmodelle und ihre Vereinbarkeit mit zwingendem Gesellschaftsrecht, den aus dem Kommunalwirtschaftsrecht resultierenden Anforderungen an die Gestaltung des dispositiven Gesellschaftsrechts sowie den energie- wirtschaftsrechtlichen Vorgaben	129
I. Kooperationsmodell der Kommune mit eigenem Stadtwerk ohne Strom- oder Gasnetz bei beabsichtigter Integration des in fremdem Eigentum stehenden Netzes	130
II. Kooperationsmodell der Kommune ohne eigenes Stadtwerk	144
III. Kooperationsmodell eines Kommunen-Verbands ohne eigenes Stadtwerk ...	164
D. Vergleichende Bewertung der Modelle im Konzessionswettbewerb	187
I. Gesellschaftsrecht und Kommunalwirtschaftsrecht	187
II. Preisrecht	202
III. Energiewirtschaftsrecht	207
E. Zusammenfassung	209
Abkürzungen	213
Literatur	217
Sachregister	233

Inhalt

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
A. Ausgangslage	1
<i>I. Die Konzession für Energieversorgungsnetze als Instrument der Rekommunalisierung</i>	1
1. Einleitung	1
2. Begriff der Konzession	4
3. Rechtsnatur der Konzession	6
4. Wettbewerb um Konzessionen	8
5. Konzessionierungsverfahren	10
a. Aktualität und wirtschaftliche Bedeutung	10
b. Rechtsgrundlagen des Konzessionierungsverfahrens	11
c. Inhalt der formellen Vergabevorschriften (Verfahrensbestimmungen)	14
d. Rechtsfolge einer Verletzung der Verfahrensbestimmungen (Publizitätspflichten)	14
e. Weiterer Ablauf des Verfahrens	17
f. Inhalt der materiellen Vergabevorschriften (Auswahlkriterien)	19
6. Begriff der Rekommunalisierung	23
7. Bundesweite Tendenz zur Rekommunalisierung	26
8. Bedeutung der Konzession im Prozess der Rekommunalisierung	29
9. Organisationsformen des (re-)kommunalisierten Netzbetriebs	30
10. Untersuchte Organisationsformen und Kooperationsmodelle	31
<i>II. Motive und Zielsetzungen der ausschreibenden Kommune</i>	33
1. Wirtschaftliche Betätigung als Einrichtung einer zusätzlichen Einnahmequelle	33
2. Gemeinsame Netzgesellschaft als kommunales Steuerungsinstrument	35
3. Begrenzung der Haftung und des wirtschaftlichen Risikos	36
4. Erhalt und Sicherung des beherrschenden kommunalen Einflusses	36
<i>III. Gesetzliche Vorgaben</i>	37
1. Unionsrecht	37
2. Verfassungsrecht	40
3. Einfachgesetzliche Vorschriften	41
B. Die Schranken des Gesellschaftsrechts, des Preisrechts, des Energiewirtschaftsrechts sowie des Gemeindegewirtschaftsrechts bei der Auswahl des Rechtsträgers der Konzession	43
<i>I. Schranken der Rekommunalisierung aus der Sicht des Kommunalwirtschaftsrechts</i>	44
1. Anwendbarkeit des Kommunalwirtschaftsrechts	45

2.	Schrankentrias des Kommunalwirtschaftsrechts	46
a.	Schrankentrias des § 67 DGO	46
b.	Schrankentrias in den Gemeindeordnungen	47
aa.	Öffentlicher Zweck	47
bb.	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum Bedarf der Kommune	47
cc.	Subsidiarität kommunaler gegenüber privater Wirtschaft	48
dd.	Territorialitätsprinzip	50
c.	Vereinbarkeit der Schrankentrias mit höherrangigem Recht	50
aa.	Vereinbarkeit mit Europäischem Unionsrecht	51
bb.	Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht	52
3.	Zusätzliche Schranken für die Wahl einer privaten Rechtsform	54
II.	<i>Schranken aus Sicht des Gesellschaftsrechts im Rahmen der zusätzlichen kommunalwirtschaftsrechtlichen Schranken bei der Wahl eines Unternehmens in Privatrechtsform</i>	58
1.	Verhältnis von Gemeindevirtschafts- und Gesellschaftsrecht	58
a.	Begrenzung der Wahlfreiheit	58
b.	Regelungskompetenz der Landesgesetzgeber	59
c.	Vorrang des Gesellschaftsrechts (Art. 31 GG)	60
d.	Umfang der anzuwendenden Normen des Gesellschaftsrechts	61
2.	Anknüpfung des Gemeindevirtschaftsrechts an das Gesellschaftsrecht in den §§ 137, 138 NKomVG	64
3.	Begrenzung der Haftung der Kommune für die Verbindlichkeiten der Netzgesellschaft	64
a.	Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Haftungsbegrenzungen	65
b.	Begrenzung der Gesellschafterhaftung bei der GmbH	67
aa.	Grundsatz: Trennungsprinzip	67
bb.	Ausnahme: Durchgriffs- und Schadensersatzhaftung des GmbH-Gesellschafters	68
(1)	Durchgriffstheorien und Fallgruppen in der Literatur	69
(2)	Entwicklung und Fallgruppen der Rechtsprechung	72
cc.	Ergebnis zu b.	75
c.	Begrenzung der Gesellschafterhaftung als Kommanditist bei der Kommanditgesellschaft	75
aa.	Grundsatz: Beschränkte Kommanditistenhaftung	75
bb.	Ausnahme: Durchgriffshaftung	77
cc.	Ergebnis zu c.	78
4.	Angemessenes Verhältnis der Einzahlungsverpflichtungen zur Leistungsfähigkeit	78
a.	Betragsmäßige Festlegung der Einzahlungsverpflichtungen des GmbH-Gesellschafters	79
aa.	Gründungskapital	79
(1)	Begriff des Gründungskapitals	79
(2)	Gründung einer GmbH	80
(3)	Beteiligung durch Erwerb neuer GmbH-Geschäftsanteile	80
(4)	Beteiligung durch käuflichen Erwerb vorhandener GmbH- Geschäftsanteile	81
(5)	Zwischenergebnis zu aa.	81

bb.	Laufende Nachschusspflicht	81
	(1) Begriff des Nachschusses	81
	(2) Nachschusspflicht gemäß den §§ 26 bis 28 GmbHG	82
	(3) Kapitalerhöhung gemäß den §§ 55 ff. GmbHG	82
	(4) Gesellschafterdarlehen und sonstige kapitalbezogene Zahlungszusagen	84
	(5) Zwischenergebnis zu bb.	85
cc.	Ergebnis zu a.	86
b.	Betragsmäßige Festlegung der Einzahlungsverpflichtungen des Kommanditisten	86
aa.	Gründungskapital	86
	(1) Begriff des Gründungskapitals	86
	(2) Gründung einer Kommanditgesellschaft	88
	(3) Beteiligung durch Erwerb eines neuen Gesellschaftsanteils	89
	(4) Beteiligung durch käuflichen Erwerb einer bestehenden Kommanditbeteiligung	90
	(5) Zwischenergebnis zu aa.	91
bb.	Laufende Nachschusspflicht	91
	(1) Begriff des Nachschusses	91
	(2) Nachschusspflicht des Kommanditisten	91
	(3) Im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Beitragserhöhungspflicht	92
	(4) Durch Gesellschafterbeschluss begründete Beitragserhöhungspflicht	93
	(5) Beitragserhöhungspflicht aus Treuepflicht	93
	(6) Zwischenergebnis zu bb.	94
cc.	Ergebnis zu b.	94
5.	Verbot der Verpflichtung zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe	94
a.	Betragsmäßige Festlegung einer Verlustausgleichspflicht des GmbH- Gesellschafters	96
aa.	Gesetzliche Verlustausgleichsverpflichtung	96
bb.	Vertragliche Verlustausgleichsverpflichtung	98
	(1) Ausdrückliche Vereinbarung einer Verlustausgleichspflicht	98
	(2) Verlustausgleichsverpflichtung als gesetzliche Rechtsfolge eines Unternehmensvertrags	98
	(3) Verlustausgleichsverpflichtung im faktischen Konzern	100
cc.	Ergebnis zu a.	101
b.	Betragsmäßige Festlegung einer Verlustausgleichspflicht des Kommanditisten	102
aa.	Verlustausgleichspflicht im Recht der Personengesellschaften	102
bb.	Verlustausgleichspflicht des Kommanditisten	103
cc.	Ergebnis zu b.	103
6.	Sicherstellung der Erfüllung des öffentlichen Unternehmenszwecks durch Ausgestaltung von Gesellschaftsvertrag oder Satzung	104
7.	Sicherstellung eines angemessenen Einflusses der Kommune durch Ausgestaltung von Gesellschaftsvertrag oder Satzung	105
a.	Sicherstellung eines angemessenen Einflusses in der GmbH	106
aa.	Gesellschafterversammlung	106

bb. Aufsichtsrat	107
cc. Ergebnis zu a.	108
b. Sicherstellung eines angemessenen Einflusses in der Kommanditgesellschaft	109
aa. Sicherstellung eines angemessenen Einflusses durch den Kommanditisten	109
bb. Einrichtung eines Beirats	110
cc. Ergebnis zu b.	110
c. Ergebnis zu 7.	110
8. Letztentscheidungsrecht der Gemeinde	111
<i>III. Schranken aus der Sicht des Preisrechts</i>	111
1. Hintergrund und Zweck des Nebenleistungsverbots	112
2. Voraussetzungen des Nebenleistungsverbots	114
a. Sonstige Finanz- oder Sachleistungen vereinbart oder gewährt	114
b. Sonstige Finanz- oder Sachleistungen eines Dritten oder an einen Dritten	115
aa. Fallgruppen in der Literatur	115
(1) Leistungen des gegenwärtigen oder künftigen Konzessionärs an einen Dritten	115
(2) Leistungen eines Dritten an die Gemeinde	116
bb. Abgrenzung der dem (künftigen) Konzessionär zuzurechnenden Leistungen und der der Kommune zuzurechnenden Vorteile	117
cc. Anwendbarkeit der Begriffsbestimmungen der Leistungskondition	117
dd. Leistung an die Gemeinde selbst (unmittelbarer Vorteil)	119
ee. Leistung an einen Dritten (mittelbarer Vorteil)	120
ff. Leistung des Konzessionärs selbst (unmittelbare Leistung)	121
gg. Leistung eines Dritten (mittelbare Leistung)	121
hh. Leistung eines Dritten an den (künftigen) Konzessionär	121
ii. Ergebnis zu b.	122
c. Leistungen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage	122
3. Rechtsfolgen des Nebenleistungsverbots	124
a. § 3 Abs. 2 KAV als Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB	124
b. Einbeziehung von Leistungen eines Dritten oder an einen Dritten als zulässige Erweiterung des Anwendungsbereichs	125
<i>IV. Schranken aus der Sicht des Energiewirtschaftsrechts</i>	126
1. Primärzweck einer Verbesserung der Versorgungsbedingungen	127
2. Laufzeitbeschränkung auf 20 Jahre	127
3. Übereignung gegen wirtschaftlich angemessene Vergütung	127
C. Die im Konzessionswettbewerb angebotenen Kooperationsmodelle und ihre Vereinbarkeit mit zwingendem Gesellschaftsrecht, den aus dem Kommunalwirtschaftsrecht resultierenden Anforderungen an die Gestaltung des dispositiven Gesellschaftsrechts sowie den energie- wirtschaftsrechtlichen Vorgaben	129
I. <i>Kooperationsmodell der Kommune mit eigenem Stadtwerk ohne Strom- oder Gasnetz bei beabsichtigter Integration des in fremdem Eigentum stehenden Netzes</i>	130

1.	Schrankentrias des Kommunalwirtschaftsrechts	130
a.	Öffentlicher Zweck	130
b.	Subsidiarität gegenüber dem Netzbetrieb durch Private	131
c.	Örtlichkeitsprinzip	131
d.	Verhältnismäßigkeit zu Leistungsfähigkeit und Bedarf der Kommune	131
2.	Gesellschafts-, Preis- und Energiewirtschaftsrecht	132
a.	Grundkonzept	132
b.	Typischer Inhalt des Gesellschafts-, des Konsortial- und des Konzessionsvertrages	134
aa.	Gesellschaftsvertrag	134
	(1) Unternehmensgegenstand	134
	(2) Stammkapital	134
	(3) Aufsichtsrat	134
	(4) Gesellschafterversammlung	135
bb.	Konsortialvertrag	136
cc.	Konzessionsvertrag	136
c.	Rechtliche Bewertung	137
aa.	Zwingendes und kommunalwirtschaftsrechtlich gebotenes dispositives Gesellschaftsrecht	137
	(1) Begrenzung der Haftung der Gemeinde (§ 137 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG)	137
	(2) Angemessenes Verhältnis der Einzahlungsverpflichtungen zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde (§ 137 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG).	138
	(3) Keine Verlustübernahmeverpflichtung der Gemeinde in unbestimmter oder unangemessener Höhe (§ 137 Abs. 1 Nr. 4 NKomVG)	138
	(4) Sicherstellung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (§ 137 Abs. 1 Nr. 5 NKomVG)	139
	(5) Sicherstellung eines angemessenen Einflusses der Kommune durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (§ 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG)	140
	(a) Gesellschafterversammlung	140
	(b) Aufsichtsrat	140
	(c) Ergebnis zu (5)	141
bb.	Preisrecht	141
cc.	Energiewirtschaftsrecht	143
d.	Ergebnis zu I.	143
II.	<i>Kooperationsmodell der Kommune ohne eigenes Stadtwerk</i>	144
1.	Schrankentrias des Kommunalwirtschaftsrechts	144
2.	Gesellschafts-, Preis- und Energiewirtschaftsrecht	145
a.	Grundkonzept	145
b.	Typischer Inhalt des Gesellschafts-, des Konsortial- und des Konzessionsvertrages	146
aa.	Gesellschaftsvertrag	146
	(1) Unternehmensgegenstand	146
	(2) Stammkapital und Kapitalrücklage	146
	(3) Aufsichtsrat	147

(4) Gesellschafterversammlung	148
bb. Konsortialvertrag	149
(1) Präambel	149
(2) Ziele der Gesellschaft	149
(3) Konzessionierung und Netzübernahme	150
(4) Finanzierung der Netzübernahme und Vorbehaltskauf	150
(a) Ermittlung und Finanzierung des Zielpreises	151
(b) Ablauf des Netzkaufes und Finanzierung der Differenz zwischen vorläufigem Kaufpreis und Zielpreis	151
(5) Verpachtung des Netzes an den Kooperationspartner	152
(6) Gestaltung von Leistungsaustauschverträgen	152
(7) Änderung des Gesellschaftsvertrags	152
(8) Gleichlauf von gesellschaftsrechtlicher Beteiligung und Konsortialvertrag	152
(9) Gleichlauf von Gesellschaftsvertrag und Konsortialvertrag	153
cc. Konzessionsvertrag	153
c. Rechtliche Bewertung	154
aa. Zwingendes und kommunalwirtschaftsrechtlich gebotenes dispositives Gesellschaftsrecht	154
(1) Begrenzung der Haftung der Gemeinde (§ 137 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG)	154
(2) Angemessenes Verhältnis der Einzahlungsverpflichtungen zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde (§ 137 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG)	155
(3) Keine Verlustübernahmeverpflichtung der Gemeinde in unbestimmter oder unangemessener Höhe (§ 137 Abs. 1 Nr. 4 NKomVG)	156
(4) Sicherstellung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (§ 137 Abs. 1 Nr. 5 NKomVG)	156
(5) Sicherstellung eines angemessenen Einflusses der Kommune durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (§ 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG)	158
(a) Gesellschafterversammlung	158
(b) Aufsichtsrat	158
(c) Ergebnis zu (5)	159
bb. Preisrecht	159
cc. Energiewirtschaftsrecht	162
d. Ergebnis zu II.	162
III. <i>Kooperationsmodell eines Kommunen-Verbunds ohne eigenes Stadtwerk</i>	164
1. Schrankentrias des Kommunalwirtschaftsrechts	164
2. Gesellschafts-, Preis- und Energiewirtschaftsrecht	164
a. Grundkonzept	164
b. Typischer Inhalt des Gesellschafts-, des Konsortial- und des Konzessionsvertrages	166
aa. Gesellschaftsvertrag der Netzeigentums GmbH & Co. KG	166
(1) Unternehmensgegenstand	166
(2) Gesellschaftskapital	166

(3) Geschäftsführung und Vertretung	166
(4) Aufsichtsrat	167
(5) Gesellschafterversammlung	167
(6) Kommanditistengesellschafterversammlung	167
bb. Konsortialvertrag	168
(1) Präambel	168
(2) Ziele der Netzeigentumsgesellschaft	169
(3) Beitritt der Beteiligungsgesellschaft zur Netzeigentumsgesellschaft	169
(4) Konzessionen und Übernahme des Eigentums an den Versorgungsnetzen	170
(5) Finanzierung der Übernahmen der Strom-/Gasversorgungsnetze	171
(6) Verpachtung der Netze an den Kooperationspartner	171
(7) Ende der Beteiligung des Kooperationspartners	171
(8) Gestaltung von Leistungsaustauschverträgen	172
(9) Änderung des Gesellschaftsvertrags	172
(10) Gleichlauf von gesellschaftsrechtlicher Beteiligung und Konsortialvertrag	172
(11) Gleichlauf von Gesellschaftsvertrag und Konsortialvertrag	172
cc. Konzessionsvertrag	172
c. Rechtliche Bewertung	174
aa. Zwingendes und kommunalwirtschaftsrechtlich gebotenes dispositives Gesellschaftsrecht	174
(1) Begrenzung der Haftung der Gemeinde (§ 137 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG)	174
(2) Angemessenes Verhältnis der Einzahlungsverpflichtungen zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde (§ 137 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG)	175
(3) Keine Verlustübernahmeverpflichtung der Gemeinde in unbestimmter oder unangemessener Höhe (§ 137 Abs. 1 Nr. 4 NKomVG)	176
(4) Sicherstellung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (§ 137 Abs. 1 Nr. 5 NKomVG)	177
(5) Sicherstellung eines angemessenen Einflusses der Kommune durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (§ 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG)	179
(a) Gesellschafterversammlung	179
(b) Aufsichtsrat	180
(c) Kommanditistengesellschafterversammlung	180
(d) Ergebnis zu (5)	181
bb. Preisrecht	181
cc. Energiewirtschaftsrecht	183
d. Ergebnis	183
D. Vergleichende Bewertung der Modelle im Konzessionswettbewerb	187
1. <i>Gesellschaftsrecht und Kommunalwirtschaftsrecht</i>	187
1. Netzbetrieb als Einrichtung einer zusätzlichen Einnahmequelle	187

a.	Betriebswirtschaftliche Grundlagen für eine Gewinnausschüttung der Netzgesellschaft an die Gemeinde (GmbH) bzw. eine Gewinn-gutschrift der Netzgesellschaft auf dem kommunalen Kapitalkonto (GmbH & Co. KG)	187
b.	Sicherstellung der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags	189
2.	Gemeinsame Netzgesellschaft als kommunales Steuerungsinstrument	189
a.	Wirtschaftliche Stärke der Netzgesellschaft	189
aa.	Modellabhängige Voraussetzungen	189
bb.	Modellunabhängige Voraussetzungen	191
(1)	Mindestgröße des Verteilnetzes	191
(2)	Netzbetriebsbezogene Kompetenz und wirtschaftliche Stärke des Kooperationspartners	192
b.	Entscheidender Einfluss der Kommune auf die Unternehmensentscheidungen der Netzgesellschaft	193
c.	Ergebnis zu 2.	193
3.	Begrenzung der Haftung und des wirtschaftlichen Risikos	193
a.	Begrenzung der Haftung für Verbindlichkeiten der Netzgesellschaft	193
b.	Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos	195
aa.	Angemessenes Verhältnis der Einzahlungspflichten der Kommune zu ihrer Leistungsfähigkeit	195
bb.	Keine Pflicht zur Verlustübernahme	196
c.	Tatsächliche Behinderung der Aufnahme energiewirtschaftlicher Tätigkeit der Gemeinde	197
aa.	Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck	197
bb.	Haftungsbeschränkung und Risikobegrenzung	199
d.	Ergebnis zu 3.	201
4.	Erhalt und Sicherung des beherrschenden kommunalen Einflusses	202
II.	<i>Preisrecht</i>	202
1.	Kommunalrabatt/Verwaltungskostenbeiträge	203
2.	Befreiung des Eigenverbrauchs von der Konzessionsabgabe	203
3.	Kostenfreie Mitverlegung von Leitungen und Kabeln der Gemeinde	204
4.	Darlehen des Kooperationspartners an die Netzgesellschaft	205
III.	<i>Energiewirtschaftsrecht</i>	207
E.	Zusammenfassung	209
	Abkürzungen	213
	Literatur	217
	Sachregister	233