

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
<b>Kapitel 1: Sicherstellung des ordnungsgemäßen Netzbetriebs als Recht und Pflicht der Gemeinden.....</b>	<b>5</b>
<i>I. Der Netzbetrieb als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft.....</i>	<i>5</i>
<i>II. Der Netzbetrieb als Teil der kommunalen Daseinsvorsorge.....</i>	<i>6</i>
<i>III. Ergebnis.....</i>	<i>12</i>
<b>Kapitel 2: Berührte Grundrechtspositionen bei der Konzessionsvergabe.....</b>	<b>14</b>
<i>I. Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Netzeigentümers gem. Art. 14 Abs. 1 GG.....</i>	<i>14</i>
1. Eingriff aufgrund schuldrechtlicher Übereignungspflicht gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG.....	14
2. Qualifikation des Eingriffs: Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung? .....	17
<i>II. Eingriff in die Berufsfreiheit des Netzeigentümers gem. Art. 12 GG....</i>	<i>19</i>
<i>III. Ergebnis.....</i>	<i>20</i>
<b>Kapitel 3: Wettbewerb als legitimer Zweck: Ordnungs- politische Aspekte und verfassungsrechtliche Erwägungen des Wettbewerbs um das Netz.....</b>	<b>22</b>
<i>I. Die Laufzeitbegrenzung als regulierender Eingriff in das natürliche Monopol des Netzbetriebs .....</i>	<i>22</i>

II.	<i>Gesetzgeberische Intention bei der Schaffung des Wettbewerbs um das Netz</i> .....	25
III.	<i>Ordnungspolitische Bedeutung des Wettbewerbs um das Netz und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit</i> .....	27
1.	Ordnungspolitische Begründbarkeit des Wettbewerbs um das Netz .....	27
a.	Notwendigkeit eines Wettbewerbs um das Netz .....	27
b.	Geeignetheit des Wettbewerbs um das Netz zur Zielerreichung .....	31
c.	Erforderlichkeit des Wettbewerbs um das Netz.....	32
2.	Verfassungsrechtliche Erwägungen.....	33
a.	Verfassungswidrigkeit aufgrund einer Verletzung des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG .....	33
b.	Verfassungswidrigkeit aufgrund der Verletzung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.....	36
IV.	<i>Verbindlichkeit eines Ausschreibungswettbewerbs um natürliche Monopole durch die Vorgaben des Unionsrechts</i> .....	37
V.	<i>Ergebnis</i> .....	40
<b>Kapitel 4: Verfahrensvorgaben für die Konzessionsvergabe nach § 46 Abs. 2 EnWG</b> .....		42
I.	<i>Pflicht zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens gem. § 46 Abs. 1 EnWG</i> .....	42
1.	Grammatikalische Auslegung .....	44
2.	Systematische Auslegung.....	46
3.	Teleologische Auslegung sowie gesetzgeberische Regelungsabsicht .....	46
4.	Zwischenergebnis .....	48
II.	<i>Pflicht zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens nach den Vorschriften des Vergaberechts</i> .....	49
1.	Beschaffungsvorgang der öffentlichen Hand.....	49
2.	Entgeltlichkeit der Konzessionsvergabe .....	51
3.	Zwischenergebnis .....	53

<i>III. Pflicht zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens aufgrund des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots gem. § 19 GWB</i> .....	53
1. Unternehmerisches Tätigwerden der Gemeinden bei der Konzessionsvergabe.....	53
a. Unternehmenseigenschaft aufgrund privatrechtlicher Ausgestaltung des Wegenutzungsvertrags .....	56
b. Unternehmenseigenschaft aufgrund wirtschaftlicher Verwertung kommunalen Eigentums .....	57
c. Ausschluss der Unternehmenseigenschaft aufgrund der Zugehörigkeit des Netzbetriebs zur kommunalen Daseinsvorsorge?.....	62
2. Marktbeherrschende Stellung der Gemeinden bei der Konzessionsvergabe.....	64
a. Sachlich relevanter Markt.....	65
aa. Bestimmung des sachlich relevanten Markts .....	65
bb. Widerspruch zum Ergebnis der Bestimmung der Unternehmenseigenschaft? .....	68
b. Räumlich relevanter Markt und Marktbeherrschung .....	69
3. Zwischenergebnis .....	71
<i>IV. Folgen der Anwendbarkeit des energierechtlichen und des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots für das Vergabeverfahren</i> .....	71
1. Verfahrensvorgaben aufgrund des energierechtlichen Diskriminierungsverbots .....	71
2. Verfahrensvorgaben aufgrund des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots .....	73
a. Unbillige Behinderung und Diskriminierung gem. § 19 Abs. 1 GWB .....	73
aa. Bekanntgabe der Entscheidungskriterien und deren Gewichtung .....	74
bb. Zeitpunkt des Aufstellens und der Gewichtung der Entscheidungskriterien .....	76
b. Möglichkeit der Konkretisierung der Verfahrensvorgaben des EnWG durch die Vorschriften des GWB .....	79
3. Zwischenergebnis .....	83
<i>V. Pflicht zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens nach Unionsrecht</i> .....	84

1. Verfahrensvorgaben aus den Grundfreiheiten und dem Gleichbehandlungsgebot .....	84
2. Verfahrensvorgaben aus dem europäischen Kartellrecht .....	86
3. Exkurs: Verfahrensvorgaben der Europäischen Konzessionsvergaberichtlinie.....	89
a. Energiekonzession als Dienstleistungskonzession .....	89
b. Ausnahme der Anwendbarkeit für energierechtliche Wegennutzungsrechte? .....	93
4. Zwischenergebnis .....	95
<i>VI. Verfassungsmäßigkeit der Verfahrensvorgaben.....</i>	<i>95</i>
<i>VII. Ergebnis und Bewertung .....</i>	<i>96</i>

## Kapitel 5: Zulässige materiellrechtliche Entscheidungskriterien..... 98

<i>I. Grundlegende Problematik.....</i>	<i>98</i>
<i>II. Vorgaben des energierechtlichen Diskriminierungsverbots .....</i>	<i>100</i>
<i>III. Vorgaben des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots .....</i>	<i>104</i>
<i>IV. Vorgaben des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG.....</i>	<i>105</i>
1. Grammatikalische Auslegung .....	105
2. Systematische Auslegung.....	106
3. Historische Auslegung .....	107
4. Teleologische Auslegung sowie gesetzgeberische Regelungsabsicht .....	109
5. Verfassungskonforme Auslegung.....	112
a. Grundsätzliche Bindung der Gemeinden an die Ziele des § 1 EnWG.....	112
b. Überwiegende bzw. ausschließliche Bindung der Gemeinden an die Ziele des § 1 EnWG .....	112
c. Auslegung im Lichte der Art. 12, 14 GG .....	116
6. Zwischenergebnis .....	117
<i>V. Verhältnis der Ziele des § 1 EnWG zueinander .....</i>	<i>118</i>
<i>VI. Zulässigkeit ausgewählter Entscheidungskriterien .....</i>	<i>121</i>
1. Gemeindliche Einflussnahmemöglichkeiten als Entscheidungskriterium.....	121

a. Allgemeine Zulässigkeit der gemeindlichen Einflussnahme auf den Netzbetrieb.....	121
b. Zulässigkeit der gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussnahme als Entscheidungskriterium.....	122
c. Zulässigkeit von Change-of-Control-Klauseln.....	124
2. Bevorzugung gemeindeeigener Unternehmen durch die Kriterienfestlegung .....	128
a. Bieterfähigkeit kommunaler Unternehmen .....	128
b. Zulässigkeit besonderer Kriterien für die Vergabe an ein kommunales Unternehmen .....	130
<i>VII. Exkurs: Das Nebenleistungsverbot der KAV.....</i>	133
<i>VIII. Ergebnis.....</i>	136

## Kapitel 6: Zulässigkeit der ausschreibungsfreien Konzessionierung gemeindeeigener Unternehmen 138

<i>I. Unterschiede zwischen einer System- und einer Konzessionsvergabeentscheidung.....</i>	138
<i>II. Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Grundsätze über die Inhouse-Vergabe .....</i>	139
1. Erfüllung des Kontrollkriteriums .....	141
2. Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums.....	141
3. Inhouse-Vergabe bei interkommunaler Zusammenarbeit.....	145
<i>III. Zulässigkeit einer Systementscheidung aufgrund des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.....</i>	147
1. Die Systementscheidung als Aspekt des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.....	147
2. Einschränkungen des kommunalen Selbstverwaltungsrechts durch § 46 EnWG .....	148
a. § 46 EnWG als eine das kommunale Selbstverwaltungsrecht beschränkende Norm .....	148
b. Regelung des § 46 EnWG für kommunale Eigenbetriebe.....	150
aa. Grammatikalische Auslegung.....	150
bb. Systematische und teleologische Auslegung .....	153
cc. Ausschluss durch § 46 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 S. 5 EnWG .....	157

c.	Regelung des § 46 EnWG in Bezug auf kommunale Eigenunternehmen .....	158
d.	Zwischenergebnis .....	159
3.	Einschränkungen des kommunalen Selbstverwaltungsrechts durch § 19 GWB .....	159
a.	Tatbestand und Grundsatz der Privilegierung konzernverbundener Unternehmen .....	159
b.	Unzulässige Verquickung öffentlicher Aufgaben mit einem erwerbswirtschaftlichen Tätigwerden der Gemeinden.....	161
c.	Ausschluss des Konzernprivilegs aufgrund der besonderen Monopolstellung der Gemeinden .....	165
d.	Vereinbarkeit des Ergebnisses mit Unionsrecht .....	168
e.	Zwischenergebnis .....	168
4.	Verfahrensvorgaben bei Inhouse-Konstellationen .....	169
IV.	<i>Verfassungsmäßigkeit der Einschränkung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts</i> .....	170
1.	Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes.....	170
2.	Eingriff in den Kernbereich.....	172
3.	Eingriff in den Randbereich und mögliche Rechtfertigung.....	176
V.	<i>Ergebnis</i> .....	179
<b>Kapitel 7: Gründung und Beteiligung von öffentlich-privaten Partnerschaften im Rahmen des energierechtlichen Konzessionsvergabeverfahrens .....</b>		<b>181</b>
I.	<i>Ausprägungen und grundlegende Problematik</i> .....	181
II.	<i>Ausschreibungspflicht der ÖPP-Beteiligung nach dem Vergaberecht</i> .....	183
III.	<i>Das Recht der Kommunen auf freie Wahl des Ausschreibungskonzepts und seine Grenzen</i> .....	185
1.	Zulässigkeit des zweistufigen Vergabeverfahrens .....	185
a.	Problem des Verfahrenszusammenhangs .....	186
b.	Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.....	188
c.	Unzulässigkeit wegen Umgehung der Vorgaben des § 46 EnWG und der KAV .....	189

aa.	Verhinderung der Unzulässigkeit des zweistufigen Vergabeverfahrens durch Anwendung der KAV bereits auf die erste Verfahrensstufe .....	189
bb.	Verhinderung der Umgehung der Vorschriften der KAV bereits durch das Missbrauchsverbot des GWB? ...	192
cc.	Umgehung der Vorgaben des § 46 EnWG .....	195
d.	Anwendung der Gesamtbetrachtungslehre des EuGH auf Konzessionsvergabe und Partnersuche.....	197
2.	Zulässigkeit des einstufigen Vergabeverfahrens.....	200
a.	Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.....	200
b.	Auswahl der Entscheidungskriterien als Problem im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot und die Vorgaben des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG .....	202
c.	Das einstufige Vergabeverfahren und das EuGH-Urteil „Acoset“ .....	205
IV.	<i>Ergebnis</i> .....	206

## Kapitel 8: Konzessionsvergabe de lege lata und de lege ferenda..... 208

I.	<i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i> .....	208
II.	<i>Energierechtliche Konzessionsvergabe: Bedarf es einer Reform?</i> .....	212
1.	Nebeneinander von Wettbewerb und kommunaler Gewährleistungsverantwortung als Systemproblem .....	212
2.	Behinderung der Zielerreichung durch Rechtsunsicherheiten.....	213
3.	Konzessionsvergabe in Zeiten der Energiewende.....	215
III.	<i>Mögliche Lösungsansätze</i> .....	219
1.	Grundlegende Problematik und aktuelle politische Diskussion ....	219
2.	Vergabe durch neutrale Vergabeinstanzen – ggf. unter Aufhebung der Gewährleistungsverantwortung und Vergrößerung der Konzessionsgebiete .....	220
3.	Mehr Rechtssicherheit durch Integration in das Vergaberecht? ....	222
4.	Konkretisierung der Regelungen des § 46 EnWG unter Loslösung der energierechtlichen Konzessionsvergabe aus dem Regelungsbereich des GWB.....	224
5.	Einführung von Rügeobliegenheiten und Präklusionsvorschriften.....	225

<i>IV. Der Gesetzesentwurf zur Änderung des § 46 EnWG</i> .....	226
1. Regelungen in Bezug auf die Inhousevergabe .....	226
2. Regelungen in Bezug auf die Entscheidungskriterien und deren Gewichtung .....	227
3. Würdigung .....	231
<b>Kapitel 9: Abschließendes Fazit</b> .....	233
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	235
<b>Verzeichnis der Onlinequellen</b> .....	247
<b>Sachverzeichnis</b> .....	249