

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
I. Problemstellung	1
II. Historische Entwicklung des Konzessionsvergaberechts im Strombereich.....	4
B. Die Rolle der Kommune in der Elektrizitätsversorgung.....	8
I. Energieversorgung als öffentliche Aufgabe.....	9
1. Das Konzept der Daseinsvorsorge nach Forsthoff	9
2. Energieversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge.....	11
II. Energieversorgung als kommunale Selbstverwaltungsaufgabe.....	12
1. Die Reichweite der Garantie kommunaler Selbstverwaltung.....	13
2. Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts: Energieversorgung insgesamt als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft.....	14
3. Die Auffassung der Literatur	15
a) Energieerzeugung und/oder Energieverteilung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft	15
b) Betrieb des Energieversorgungsnetzes zur allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet i. S. d. § 46 Abs. 2 EnWG.....	17
4. Recht zur (wirtschaftlichen) Betätigung aus Art. 28 Abs. 2 GG im Bereich der Energieverteilung.....	18
a) Die kommunale Energieverteilung als wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde	19
aa) Ausschließlich staatsgerichtete Funktion des Art. 28 Abs. 2 GG	21
bb) Recht auf kommunale wirtschaftliche Betätigung aus Art. 28 Abs. 2 GG ..	22
b) Stellungnahme	23
c) Schlussfolgerungen	26
5. Staatliche Verantwortung für die Erledigung öffentlicher Aufgaben.....	27
a) Liberalisierung öffentlicher Aufgaben.....	28

b) Gemeinwohlsicherung durch Auswahl und Regulierung	29
aa) Fortbestehende staatliche Verantwortung unter wettbewerblichen Rahmenbedingungen	30
bb) Staatliche Regulierung	31
cc) Auswahl privater Akteure	33
c) Schlussfolgerung	34
III. Zwischenergebnis	34

C. Die Bereitstellung öffentlicher Grundstücke zum Zweck der Energie-

versorgung	37
I. Relevanz der Inanspruchnahme öffentlicher Grundstücke für die Energieversorgung	37
II. Der Begriff der „öffentlichen Straße“ im Sinne des Wegerechts.....	38
III. Zuordnung der Straßennutzung zum Zweck des Leitungsbetriebs zum Regime der straßenrechtlichen Nutzungsformen	39
1. Gemeingebrauch gemäß § 7 Abs. 1 FStrG	40
2. Sondernutzung gemäß § 8 FStrG.....	41
a) Öffentlich-rechtliche Sondernutzung gemäß § 8 Abs. 1 FStrG	42
b) Privatrechtliche Sondernutzung gemäß § 8 Abs. 10 FStrG	43
3. Zwischenergebnis	44
IV. Das kommunale Wegeeigentum als Grundlage für die Verleihung des Wegenutzungsrechts.....	45
1. Die kommunale Wegehochheit	45
2. Kommunale Eigentümerposition	46
3. Stellungnahme – § 8 Abs. 10 FStrG als entscheidende Norm.....	47
4. Zwischenergebnis	48

D. „Wegekonzessionen“ zur Verlegung von Versorgungsleitungen	49
I. Abstrakt: Gegenstand und Inhalt von Konzessionsverträgen.....	49
1. Betriebsklausel.....	50
2. Wegebenutzungsklausel	50
3. Ausschließlichkeitsklausel.....	51
4. Wegfall der Versorgungsklausel aufgrund von Entflechtungsvorgaben.....	51
5. Kontrahierungsklausel/Anschlussklausel	51
6. Abgaben- und Laufzeitklausel	52
7. Sonstige Klauseln	52
II. Konkret: Wegenutzungsrechte nach § 46 EnWG	52
1. Einfache Wegenutzungsverträge gemäß § 46 Abs. 1 EnWG.....	53
a) Tatbestand des § 46 Abs. 1 EnWG	54
b) Zweck des § 46 Abs. 1 EnWG.....	55
2. Qualifizierte Wegenutzungsverträge oder Konzessionsverträge gemäß § 46 Abs. 2 EnWG.....	56
a) Tatbestand des § 46 Abs. 2 EnWG	56
aa) Verlegung und Betrieb von Leitungen.....	57
bb) Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung.....	59
cc) Die Parteien des Konzessionsvertrags.....	60
dd) Vertragsgegenstand	60
ee) Laufzeitbegrenzung	61
b) Sinn und Zweck der Ausschreibung von Konzessionsverträgen gemäß § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG	63
aa) Mögliche Wettbewerbsmodelle in der Netzökonomie.....	64
bb) Anwendung der Wettbewerbsmodelle im EnWG.....	66
(1) Schaffung von Wettbewerb im Netz: Netzzugangsregulierung	66
(2) Wettbewerb um das Netz gemäß § 46 Abs. 2 ff. EnWG.....	68
c) Zwischenergebnis.....	70

E. Die Stellung der Konzession nach § 46 Abs. 2 EnWG im Vergaberecht	73
I. Anwendbarkeit des Vergaberechts	73
1. Vergabefreier Miet- oder Pachtvertrag.....	74
2. Kein öffentlicher Auftrag gemäß dem Tatbestand des § 99 Abs. 1 GWB	77
a) Vorliegen eines Vertrags.....	78
b) Vertragsparteien: Öffentliche Auftraggeber und Unternehmen	78
c) Verfolgung eines Beschaffungszwecks.....	80
aa) Funktionaler Beschaffungsbegriff.....	82
bb) Beschaffungsvorgang bei Einräumung der Wegekonzession nach § 46 Abs. 2 EnWG	84
d) Keine Entgeltlichkeit des Konzessionsvertrags.....	86
aa) Keine Geldzahlung im Rahmen der Konzession.....	86
bb) Kein Entgelt gemäß § 99 Abs. 1 GWB durch Einräumung der Nutzungsberechtigung der eigenen Leistung	86
3. Die Wegekonzession nach § 46 Abs. 2 EnWG als vergaberechtliche Konzession.....	88
a) Begriffsbestimmung der vergaberechtlichen Figur „Konzession“	89
b) Tatbestandsvoraussetzungen der vergaberechtlichen Konzession	90
c) Öffentlicher Auftrag.....	90
d) Einräumung des Nutzungsrechts als Vergütung des Netzbetreibers	91
e) Netzbetreiber erhält Vergütung von Dritten und trägt wirtschaftliches Risiko	93
aa) Energieversorgungsunternehmen erhält Vergütung von Dritten	94
bb) Energieversorgungsunternehmen trägt wirtschaftliches Risiko.....	97
f) Zwischenergebnis	105
g) Beurteilung der Wegekonzession als vergaberechtliche Bau- oder Dienstleistungskonzession	105
aa) Bauleistungen als Vertragsgegenstand.....	107
bb) Dienstleistungen als Vertragsgegenstand.....	108

cc) Betrauung mit der Durchführung einer Dienstleistung als Hauptgegenstand des Vertrags gemäß § 99 Abs. 10 Satz 2 GWB	109
II. Zwischenergebnis: Kein öffentlicher Auftrag, sondern Vorliegen einer vergaberechtlichen Dienstleistungskonzession – Keine Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts	110
F. Rechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens und die Entscheidungsfindung zur Vergabe von Wegekonzessionen	115
I. Bestehende rechtliche Anforderungen an die Konzessionsvergabe sowie EU-Vergaberechtsreform	115
1. Keine Anwendbarkeit der Regelungen der Konzessionsvergaberichtlinie (RL 2014/23/EU) vom 26.02.2014	115
2. Energiewirtschaftsrechtliche Vergabeanforderungen	116
II. Gleichbehandlung und Transparenz als allgemeine primärrechtliche Vergabeanforderungen	117
1. Gleichbehandlungsgebot	118
2. Transparenzgebot	118
3. Schwierigkeiten bei der Anwendung primärrechtlicher Prinzipien	119
4. Inhaltliche Konkretisierung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz durch die Grundfreiheiten des AEUV	121
a) Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV	123
aa) Allgemeiner Rahmen der Dienstleistungsfreiheit	123
bb) Vergaberechtliche Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit	125
cc) Einzelne Verletzungen der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen öffentlicher Auftragsvergabe	125
(1) Verbot regionaler Präferenzen	126
(2) Verbot auf Bezugnahme nationaler Klassifizierungen	127
(3) Auftragsfremde Kriterien	128
b) Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 ff. AEUV	130

c)	Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 ff. AEUV	132
d)	Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 ff. AEUV	135
e)	Allgemeines Diskriminierungsverbot gemäß Art. 18 AEUV	136
f)	Zusammenfassung	137
g)	Pflicht zur Durchführung einer transparenten Vergabe als formelle Vergabeanforderung.....	137
aa)	Allgemeines.....	138
bb)	Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung	139
cc)	Konkrete verfahrensrechtliche Anforderungen.....	140
h)	Primärrechtliche Grundsätze nur bei Binnenmarktrelevanz.....	142
5.	Zwischenergebnis	144
III.	Vergabeanforderungen aus den nationalen Grundrechten.....	145
1.	Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.....	145
2.	Vorgaben aus dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG	147
3.	Vorgaben aus der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG.....	149
4.	Zwischenergebnis	152
IV.	Kartellrechtliche Vergabeanforderungen	153
1.	Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die Konzessionsvergabe.....	153
2.	Marktbeherrschende Stellung der Kommune gemäß § 18 GWB	153
a)	Kommune als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne	154
b)	Marktbeherrschende Stellung der Kommune beim Abschluss von Konzessionsverträgen	156
aa)	Marktabgrenzung	156
(1)	Sachlich relevanter Markt.....	157
(2)	Räumlich relevanter Markt	158
bb)	Beherrschungsvermutung nach § 18 Abs. 1 GWB	162
cc)	Zwischenergebnis.....	163
3.	Behinderungs- und Diskriminierungsverbot gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.....	164
a)	Allgemein: Inhalt des Missbrauchsverbots nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 GWB ..	164

b)	Konkret: Anforderungen an die Vergabe von Wegerechten nach § 46 Abs. 2 EnWG aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.....	165
aa)	Materiell: Vergabe anhand objektiver Kriterien – Verstoß gegen die Maßgaben des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG als sachwidrige Entscheidung nach § 19 Abs. 2 GWB	166
bb)	Formell: Pflicht zur Durchführung eines transparenten Konzessionierungsverfahrens.....	167
4.	Übereinstimmung der primärrechtlichen Vergabeanforderungen mit den Vergabegrundsätzen des Kartellrechts sowie dem Diskriminierungsverbot gemäß § 46 Abs. 1 EnWG	169
V.	Entwicklung eines konkreten Ausschreibungsverfahrens für die Vergabe von Wegekonzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG	171
1.	Strukturierung des Verfahrens nach den Vorgaben des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb	172
2.	Aufforderungsphase Teil 1 – Vorgaben für die Bekanntgabe	175
a)	Bekanntmachungspflichten gemäß § 46 Abs. 3 EnWG.....	175
aa)	Bekanntmachung des Vertragsendes gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 EnWG.....	176
bb)	Europarechtskonforme Auslegung des § 46 Abs. 3 Satz 2 EnWG	177
cc)	Bekanntmachung bei vorzeitiger Beendigung gemäß § 46 Abs. 3 Satz 3 und Satz 4 EnWG.....	178
dd)	Hinweis auf die netzrelevanten Daten im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG in der Bekanntmachung gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG	180
b)	Über den Wortlaut des § 46 Abs. 3 EnWG hinausgehende inhaltliche Anforderungen an die Bekanntmachung.....	186
aa)	Durchzuführendes Vergabeverfahren	187
bb)	Art, Umfang und Ort der Leistung nach § 46 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG	187
cc)	Interessenbekundungsfrist.....	188
dd)	Eignungskriterien	189

(1) Erfordernis der Benennung der Eignungskriterien und -nachweisen in der Bekanntmachung	191
(2) Zulässige Eignungskriterien und Eignungsnachweise.....	192
(3) Exkurs: Keine detaillierte Eignungsprüfung im Rahmen der Konzessionsvergabe	196
(a) Zuverlässigkeit.....	197
(b) Fachkunde.....	198
(c) Leistungsfähigkeit.....	198
c) Zusammenfassung: Notwendiger Inhalt der Bekanntmachung	200
3. Aufforderungsphase Teil 2 – Versendung der Vergabeunterlagen	200
4. Pflicht zur Bekanntmachung der Zuschlags- und Wertungskriterien in den Vergabeunterlagen.....	201
5. Rechtmäßige Auswahlkriterien i. R. d. kommunalen Entscheidung über die Vergabe der Wegekonzession nach § 46 Abs. 2 EnWG	204
a) Rechtliche Ausgangslage	205
b) Verpflichtung auf die Gemeinwohlziele des § 1 EnWG gemäß 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG.....	206
aa) Versorgungssicherheit.....	207
bb) Effizienz	209
cc) Umweltverträglichkeit.....	211
dd) Energieversorgung, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht	212
(1) Anforderungen an leistungsfähige Verteilnetze im Rahmen des Zubaus von erneuerbaren Energienanlagen.....	213
(2) Ausbau zu einem intelligenten Verteilnetz „Smart Grid“	216
ee) Verbraucherfreundlichkeit	219
ff) Preisgünstigkeit	220
c) Auswahl- und Zuschlagskriterien neben den Zielen des § 1 EnWG	221
aa) Generelle Zulässigkeit der Berücksichtigung weiterer Kriterien.....	221
(1) Wortlautauslegung.....	222
(2) Teleologische Auslegung.....	223

bb)	Zwischenergebnis.....	227
d)	Wirtschaftlichkeitskriterien nach der Konzessionsabgabenverordnung.....	228
aa)	Höhe der Konzessionsabgaben.....	230
bb)	Wirtschaftlichkeitskriterien neben den Konzessionsabgaben gemäß § 3 KAV	232
(1)	Grundsatz des Nebenleistungsverbots gemäß § 3 Abs. 1, Abs. 2 KAV.....	232
(2)	Kommunalrabatt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV	235
(3)	Folgekosten und Verwaltungskostenbeiträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KAV	236
(4)	Aufstellung kommunaler und regionaler Energiekonzepte nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV als Ausnahme zum Nebenleistungsverbot.....	237
cc)	Zwischenergebnis.....	240
e)	Rekommunalisierung des Netzes – Zulässigkeit der Vorfestlegung auf Rekommunalisierungs- und Beteiligungsmodelle durch entsprechende Auswahlkriterien.....	240
aa)	Begriff und Motive der Rekommunalisierung	240
bb)	Die Konzessionsvergabe als Instrument der Rekommunalisierung.....	242
cc)	Mögliche Rekommunalisierungsmodelle – Organisation gemeindlicher Unternehmen unter Berücksichtigung kommunaler Einflussnahmemöglichkeit	244
(1)	Beauftragung eines kommunalen Eigenbetriebs	245
(2)	Beauftragung einer Eigen- oder Beteiligungsgesellschaft (ÖPP).....	247
(3)	Gründung einer öffentlich-privaten Partnerschaft im Rahmen der Konzessionsvergabe nach § 46 Abs. 2 EnWG	249
dd)	Zulässigkeit der bevorzugten Vergabe an ein eigenes oder beteiligtes Unternehmen	258
(1)	Ausgangspunkt: Rekommunalisierungsbefugnis der Kommune aus Art. 28 Abs. 2 GG.....	258

(2) Beschränkungen durch das Unionsrecht – Ausschluss des Vergaberechts bei Inhouse-Geschäften	261
(a) Begriff des Inhouse-Geschäfts („echte“ und „quasi“ Inhouse-Vergabe)	261
(b) Kontrolle über das Unternehmen wie über eine eigene Dienststelle (Kontrollkriterium).....	265
(c) Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber (Wesentlichkeitskriterium)	267
(d) Zwischenergebnis	271
(3) Beschränkungen aufgrund kartellrechtlicher Vorgaben nach § 19 GWB	272
(a) Keine Gleichartigkeit konzernverbundener Unternehmen i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB	274
(b) Keine Privilegierung bei öffentlich-rechtlichen Monopolen zur Durchsetzung privatwirtschaftlicher Interessen.....	275
(c) Zwischenergebnis	278
(4) Beschränkungen gemäß § 46 Abs. 4 EnWG	278
(a) Bindung an die Verfahrensvorgaben nach § 46 Abs. 2, Abs. 3 EnWG aufgrund des § 46 Abs. 4 EnWG – Ausschluss der freihändigen „Inhouse“-Vergabe	279
(b) Formelle oder materielle Beschränkungen aus § 46 Abs. 4 EnWG ..	283
ee) Zwischenergebnis.....	288
ff) Vereinbarkeit der Beschränkung der kommunalen Entscheidungsbefugnis mit Art. 28 Abs. 2 GG	290
f) Matrix zulässiger Auswahlkriterien.....	292
aa) Allgemeine Grundsätze	293
bb) Ausschreibungskriterien nach § 1 EnWG	293
cc) Konzessionsvertrag	295
dd) Wirtschaftliche Interessen sowie sonstige kommunale Belange.....	295
ee) Beteiligungsmodelle.....	296

6. Abschluss des Verfahrens: Verhandlung, kommunale Auswahlentscheidung und Begründungspflicht.....	296
a) Verhandlung und Entscheidung.....	296
b) Bekanntmachung der Auswahlentscheidung gemäß § 46 Abs. 3 EnWG.....	297
7. Zusammenfassung der Verfahrensschritte.....	299

G. Fazit.....301

1. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	301
2. Schlussbetrachtung	305

Literaturverzeichnis309