

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                 |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Abkürzungsverzeichnis                                                                                                           | 30 |
| Einleitung                                                                                                                      | 33 |
| I. Heranführung an das Thema                                                                                                    | 33 |
| II. Gang der Untersuchung                                                                                                       | 38 |
| Abschnitt 1: Grundlegung                                                                                                        | 40 |
| 1. Kapitel: Entwicklung des EnWG-Konzessionsvertragsrechts                                                                      | 40 |
| I. Rechtsrahmen vor 1998                                                                                                        | 42 |
| II. Energierechtsnovelle 1998                                                                                                   | 44 |
| III. Energierechtsnovelle 2005                                                                                                  | 47 |
| IV. Energierechtsnovelle 2011                                                                                                   | 50 |
| V. Ergebnis                                                                                                                     | 51 |
| 2. Kapitel: Das EnWG-Konzessionsvertragsrecht in der juristischen Diskussion                                                    | 52 |
| I. Funktionsverlust und dessen normative Auswirkungen                                                                           | 52 |
| II. Einfluss einer kommunalen Lenkungsbefugnis im Energiebereich                                                                | 54 |
| III. Stellungnahme - Strukturierung der Argumentationsführung                                                                   | 56 |
| 1. Rangverhältnis der herangezogenen Rechtsquellen                                                                              | 56 |
| 2. Vorüberlegungen                                                                                                              | 59 |
| 3. Kapitel: Ökonomische Grundlagen - Eignung und Voraussetzungen eines Wettbewerbs um den örtlichen Energieverteilernetzbetrieb | 61 |
| I. Ansatzpunkt staatlicher Wirtschaftseingriffe                                                                                 | 62 |
| 1. Konzept des natürlichen Monopols                                                                                             | 63 |
| 2. Konzept der angreifbaren Märkte und Konzept der wesentlichen Einrichtung                                                     | 66 |
| 3. Schlussfolgerungen für Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung                                                    | 67 |
|                                                                                                                                 | 9  |

|                                                                                                                |         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| II. Lösungswege in der Wettbewerbspolitik                                                                      | 70      |
| 1. Verhaltensmöglichkeiten des Verteilernetzbetreibers - Handlungsbedarf                                       | 71      |
| 2. Öffentliche Unternehmen - Verstaatlichung                                                                   | 72      |
| 3. Staatliche Regulierung                                                                                      | 74      |
| a. Essential-Facilities-Doktrin                                                                                | 74      |
| b. Vertikale Separierung - Entflechtung                                                                        | 76      |
| c. Preisregulierung                                                                                            | 77      |
| d. Zwischenergebnis                                                                                            | 79      |
| 4. Das Konzept des franchise-bidding                                                                           | 79      |
| a. Inhalt des Konzepts                                                                                         | 80      |
| b. Funktionsvoraussetzungen                                                                                    | 82      |
| aa. Ausschreibungsinstanz                                                                                      | 82      |
| bb. Ausschreibungsverfahren                                                                                    | 83      |
| cc. Ausschreibungsgegenstand – Vertragsprobleme                                                                | 86      |
| dd. Anlagentransfer bei irreversiblen Investitionen                                                            | 88      |
| ee. Ausschreibungsperiode                                                                                      | 91      |
| c. Schlussfolgerungen                                                                                          | 93      |
| III. Fazit                                                                                                     | 98      |
| <br>Zusammenfassung - Abschnitt 1                                                                              | <br>100 |
| <br>Abschnitt 2: Unionsrechtliche Vorgaben                                                                     | <br>101 |
| <br>1. Kapitel: Verbindlichkeit eines Ausschreibungswettbewerbs um natürliche Monopole                         | <br>102 |
| I. Europäisches Energierecht                                                                                   | 102     |
| II. Primärrechtliche Einwirkung auf das Eigentum am natürlichen Monopol des örtlichen Energieversorgungsnetzes | 108     |
| 1. Primärrechtliche Vereinbarkeit der §§ 903, 1004 BGB bei natürlichen Monopolen                               | 108     |
| a. Einwand des Art. 345 AEUV                                                                                   | 110     |
| b. Vereinbarkeit mit Art. 49 bzw. 56 AEUV                                                                      | 111     |
| c. Vereinbarkeit mit Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV                                                 | 113     |
| d. Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Wettbewerbsprinzip                                                        | 115     |
| aa. Ermöglichung einer missbräuchlichen Monopolstellungswahrung                                                | 116     |
| bb. Keine Rechtsverbindlichkeit des Konzepts des franchise-bidding                                             | 117     |
| 2. Zwischenergebnis                                                                                            | 120     |
| III. Ergebnis                                                                                                  | 120     |

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Kapitel: Verbindlichkeit eines Ausschreibungswettbewerbs um die<br>Dienstleistungstätigkeit des Netzbetriebs | 122 |
| I. Europäisches Sekundärrecht                                                                                   | 123 |
| 1. Europäisches Energierecht – RL 2009/72/EG und RL 2009/73/EG                                                  | 123 |
| 2. Europäisches Vergaberecht                                                                                    | 123 |
| a. Anwendbarkeit der Vergaberechtsrichtlinien                                                                   | 125 |
| aa. Öffentlicher Auftraggeber                                                                                   | 127 |
| bb. Öffentlicher Auftrag                                                                                        | 127 |
| (1.) Beschaffungsvorgang                                                                                        | 128 |
| (2.) Entgeltlichkeit                                                                                            | 131 |
| cc. Baukonzession                                                                                               | 151 |
| dd. „Bereitstellung fester Netze“ nach der Sektorenrichtlinie                                                   | 156 |
| b. Zwischenergebnis                                                                                             | 157 |
| 3. Dienstleistungsrichtlinie                                                                                    | 158 |
| 4. Zwischenergebnis                                                                                             | 161 |
| II. Primärrechtliches Wettbewerbseröffnungskonzept bei der Vergabe von<br>Dienstleistungskonzessionen           | 162 |
| 1. Primärrechtliche Grundsätze beim Umgang mit<br>Dienstleistungskonzessionen                                   | 164 |
| a. Primärrechtliche Anforderungen an das Vergabeverhalten der<br>Mitgliedstaaten                                | 164 |
| aa. Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe von<br>Dienstleistungskonzessionen                                     | 164 |
| bb. Pflicht zur zeitlichen Begrenzung der Verträge                                                              | 165 |
| (1.) Kommission und Literatur                                                                                   | 165 |
| (2.) Rechtsprechung                                                                                             | 166 |
| (3.) Stellungnahme                                                                                              | 170 |
| (4.) Zwischenergebnis                                                                                           | 177 |
| cc. Keine Anwendung auf Tätigkeiten „öffentlicher Gewalt“                                                       | 177 |
| dd. Keine Anwendung auf „Inhouse-Geschäfte“                                                                     | 178 |
| ee. Zwischenergebnis                                                                                            | 179 |
| b. Geltung primärrechtswidrig geschlossener<br>Dienstleistungskonzessionsverträge                               | 179 |
| aa. Geltung bestehender, nicht zuvor ausgeschriebener Verträge                                                  | 179 |
| bb. Geltung bestehender, unbefristeter oder übermäßig langfristiger<br>Verträge                                 | 187 |
| cc. Zwischenergebnis                                                                                            | 189 |

|                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c. Primärrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten zur Einwirkung auf das Eigentum privater Alt-Konzessionäre an den Betriebsanlagen             | 189 |
| aa. Verhältnis des primärrechtlich geforderten Wettbewerbs um Dienstleistungskonzessionen zum Ausschreibungswettbewerb um natürliche Monopole | 190 |
| bb. Primärrechtliche Einwirkung auf das Eigentum an den Betriebsanlagen des Alt-Konzessionärs                                                 | 193 |
| (1.) Vereinbarkeit unbefristeten und ausschließlichen Eigentums an den Betriebsanlagen mit Artt. 49 bzw. 56 AEUV                              | 194 |
| (2.) Vereinbarkeit unbefristeten und ausschließlichen Eigentums an den Betriebsanlagen mit dem allgemeinen Wettbewerbsprinzip                 | 196 |
| cc. Zwischenergebnis                                                                                                                          | 199 |
| d. Zusammenfassung – mögliche Legitimierungsansätze                                                                                           | 199 |
| 2. Übertragbarkeit auf Strom- und Gas-Konzessionsverträge                                                                                     | 201 |
| a. Anwendbarkeit der Marktfreiheiten - Binnenmarktrelevanz der Konzessionsverträge                                                            | 202 |
| b. Erfüllung der Merkmale einer Dienstleistungskonzession                                                                                     | 205 |
| aa. Beschaffungsvorgang                                                                                                                       | 206 |
| (1.) Auffassung der Bundesregierung                                                                                                           | 206 |
| (2.) Auffassungen in der Literatur                                                                                                            | 207 |
| (3.) Auffassung des EuGH                                                                                                                      | 212 |
| (4.) Auffassung der Kommission                                                                                                                | 213 |
| (5.) Auffassung der deutschen Rechtsprechung                                                                                                  | 215 |
| (6.) Stellungnahme                                                                                                                            | 218 |
| (7.) Konsequenz für Strom- und Gas-Konzessionsverträge                                                                                        | 221 |
| bb. Übertragung einer öffentlichen Aufgabe                                                                                                    | 226 |
| (1.) Formelle Charakterisierung                                                                                                               | 227 |
| (2.) Materielle Charakterisierung                                                                                                             | 231 |
| (3.) Stellungnahme                                                                                                                            | 232 |
| (4.) Konsequenz für Strom- und Gas-Konzessionsverträge                                                                                        | 236 |
| cc. Einräumung eines Nutzungs- und Verwertungsrechts                                                                                          | 237 |
| dd. Wirtschaftliches Nutzungs- und Verwertungsrisiko                                                                                          | 240 |
| (1.) Risikotragung trotz finanzieller Unterstützung der öffentlichen Hand                                                                     | 241 |
| (2.) Risikotragung trotz sicherer Kundenbindung (faktischer Abnahmezwang)                                                                     | 242 |
| (a.) Konkretes Risiko des konzessionierten Verteilernetzbetreibers                                                                            | 243 |
| (b.) Neue tatbestandliche Betrachtung                                                                                                         | 245 |
| (3.) Stellungnahme                                                                                                                            | 250 |
| (4.) Konsequenz für Strom- und Gas-Konzessionsverträge                                                                                        | 251 |
| ee. Zwischenergebnis – Erfüllung der Merkmale einer Dienstleistungskonzession                                                                 | 252 |

|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c. Befristungsgrund – faktisch-ausschließliche Tätigkeit                                                                   | 252 |
| d. Keine Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV                                                                                | 253 |
| e. Schlussfolgerung: Übertragbarkeit der herausgearbeiteten<br>Primärrechtsgrundsätze                                      | 256 |
| aa. Der Konzessionsvertrag als Dienstleistungskonzession                                                                   | 256 |
| bb. Exkurs: Geltung der Primärrechtsgrundsätze auch bei<br>abweichender Einordnung                                         | 256 |
| (1.) Der Konzessionsvertrag als Veräußerungsvorgang                                                                        | 257 |
| (2.) Der Konzessionsvertrag als Verwaltungskonzession                                                                      | 261 |
| (3.) Zwischenergebnis                                                                                                      | 262 |
| 3. Konsequenzen für die Anwendbarkeit des § 46 EnWG                                                                        | 263 |
| a. Die primärrechtliche Wettbewerbseröffnungspflicht und die<br>Verfahrensregelung des § 46 Abs. 3 EnWG                    | 263 |
| b. Primärrechtliche Befristungspflicht und die Laufzeitbegrenzung<br>in § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG                            | 265 |
| c. Primärrechtliche Beendigungspflicht bei fehlerhaften Verträgen                                                          | 267 |
| d. Netzüberlassungspflicht in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG                                                                      | 268 |
| e. Primärrechtliche Ausnahmen bei Inhouse-Geschäften                                                                       | 269 |
| aa. Unionsrechtlicher Blickwinkel                                                                                          | 269 |
| bb. Nationalstaatsrechtlicher Blickwinkel - § 46 Abs. 4 EnWG                                                               | 272 |
| cc. Konsequenzen für die Re-Kommunalisierung der<br>Netzbetriebsdienstleistungen                                           | 273 |
| (1.) Re-Kommunalisierung ohne Durchführung eines<br>Ausschreibungswettbewerbs (Inhouse-Privilegierung)                     | 273 |
| (2.) Re-Kommunalisierung außerhalb des Inhouse-Privilegs                                                                   | 274 |
| dd. Zwischenergebnis                                                                                                       | 276 |
| III. Ergebnis                                                                                                              | 277 |
| <br>3. Kapitel: Vorgaben aus den europäischen Wettbewerbsregeln<br>– Artt. 101 ff. AEUV                                    | 279 |
| I. Anwendbarkeit - Unternehmensbegriff                                                                                     | 279 |
| II. Verbindlichkeit eines diskriminierungsfreien Ausschreibungswettbewerbs<br>um den Konzessionsvertrag nach Art. 102 AEUV | 283 |
| 1. Marktbeherrschende Stellung der Kommunen                                                                                | 284 |
| a. Marktabgrenzung                                                                                                         | 284 |
| aa. Der sachlich relevante Markt                                                                                           | 284 |
| bb. Der räumlich relevante Markt                                                                                           | 286 |
| (1.) Bundesweiter Markt                                                                                                    | 287 |
| (2.) Lokaler Markt - Gemeindegebiet                                                                                        | 288 |
| (3.) Stellungnahme                                                                                                         | 289 |
| b. Marktbeherrschung                                                                                                       | 291 |
| aa. Quantitative Betrachtung - Gemeindegröße                                                                               | 292 |

|                                                                                                               |         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| bb. Qualitative Betrachtung – wirtschaftliche Bedeutung                                                       | 292     |
| cc. Zusammenfassung staatlich geschaffener Gebietsmonopole                                                    | 293     |
| dd. Kollektive Marktbeherrschung                                                                              | 293     |
| 2. Zwischenergebnis                                                                                           | 297     |
| III. Verbindlichkeit von Laufzeitgrenzen nach Art. 101 AEUV                                                   | 297     |
| 1. Vereinbarkeit unbefristeter Konzessionsverträge mit Art. 101 AEUV                                          | 298     |
| a. Kartellverbot des Art. 101 AEUV                                                                            | 298     |
| aa. Vereinbarung zwischen Unternehmen                                                                         | 298     |
| (1.) Konzessionierung eines kommunalen Eigenbetriebes                                                         | 298     |
| (2.) Vertragsschluss mit einer kommunalen Eigengesellschaft                                                   | 298     |
| bb. Wettbewerbsbeschränkung                                                                                   | 300     |
| cc. Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten                                                      | 303     |
| (1.) Zwischenstaatlichkeit                                                                                    | 304     |
| (2.) Spürbarkeit                                                                                              | 305     |
| (a.) Marktstellung der beteiligten Unternehmen                                                                | 305     |
| (b.) Kumulative Wirkung aller Konzessionsverträge                                                             |         |
| - Bündeltheorie                                                                                               | 307     |
| dd. Zwischenergebnis                                                                                          | 309     |
| b. Ausnahmen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV                                                                        | 310     |
| aa. Gruppenfreistellungsverordnung – VO 330/2010                                                              | 310     |
| bb. Individualfreistellung – Art. 101 Abs. 3 AEUV                                                             | 316     |
| c. Keine Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV                                                             | 317     |
| d. Zwischenergebnis                                                                                           | 317     |
| 2. Nach Art. 101 AEUV zulässige Laufzeiten                                                                    | 318     |
| IV. Ergebnis                                                                                                  | 320     |
| <br>Zusammenfassung – Abschnitt 2                                                                             | <br>322 |
| <br>Abschnitt 3: Legitimität und Legitimierbarkeit des Konzessionsvertragsrechts am Maßstab des Grundgesetzes | <br>325 |
| <br>1. Kapitel: Betroffene Grundrechtspositionen und Rechtfertigungsanforderungen                             | <br>327 |
| I. Grundrechtsschutz für Energieversorgungsnetzbetreiber                                                      | 327     |
| 1. Einschränkung des Grundrechtsschutzes in der Literatur                                                     | 328     |
| a. Ausgangspunkt der Debatte                                                                                  | 328     |
| b. Auffassung von <i>Hermes</i>                                                                               | 330     |
| 2. Übertragbarkeit auf das Konzessionsvertragsrecht                                                           | 334     |
| a. Kritik am Grundrechtsausschluss für Verteilernetzbetreiber                                                 | 335     |
| aa. Das Verhältnis von Gemeinwohlbindung und Netzeigentum                                                     | 335     |

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| (1.) Ablehnende Kritik                                                | 336 |
| (2.) Befürwortende Argumente                                          | 337 |
| (3.) Stellungnahme                                                    | 337 |
| bb. Gemeinwohlbindung bei der Nutzung öffentlicher Verkehrswege       | 339 |
| cc. Staatsaufgabenrechtliche Betrachtung                              | 343 |
| dd. Zwischenergebnis                                                  | 343 |
| b. Übertragbarkeit auf die konzessionsvertragsrechtlichen Pflichten   | 344 |
| 3. Ergebnis                                                           | 345 |
|                                                                       |     |
| II. Das Konzessionsvertragsrecht vor dem Hintergrund                  |     |
| der Berufsfreiheit – Art. 12 GG                                       | 345 |
| 1. Schutzbereichseröffnung                                            | 346 |
| a. Sachlicher Schutzbereich                                           | 346 |
| b. Persönlicher Schutzbereich                                         | 347 |
| aa. Private EVU                                                       | 347 |
| bb. Gemeinden und öffentliche EVU                                     | 348 |
| cc. Gemischtwirtschaftliche EVU                                       | 349 |
| 2. Eingriff                                                           | 352 |
| a. Abwehrrechtliche Perspektive                                       | 354 |
| aa. Die Befristung des Wegenutzungsrechts als                         |     |
| freiheitsverkürzender Eingriff                                        | 355 |
| bb. Vergabe befristeter Verträge im Ausschreibungswettbewerb          | 361 |
| cc. Die Netzüberlassungspflicht als freiheitsverkürzender Eingriff    | 368 |
| dd. Zwischenergebnis – abwehrrechtliche Perspektive                   | 371 |
| b. Das Konzessionsvertragsrecht unter teilhaberechtlicher Betrachtung | 372 |
| aa. Originäres Teilhaberecht auf unbefristete Wegenutzung             | 372 |
| bb. Derivatives Teilhaberecht auf unbefristete Wegenutzung            | 374 |
| cc. Zwischenergebnis                                                  | 376 |
| 3. Ergebnis - Rechtfertigungsanforderungen                            | 377 |
|                                                                       |     |
| III. Das Konzessionsvertragsrecht vor dem Hintergrund                 |     |
| der Eigentumsgarantie – Art. 14 GG                                    | 377 |
| 1. Schutzbereich der Eigentumsfreiheit                                | 378 |
| 2. Eingriff in die Eigentumsfreiheit                                  | 379 |
| a. Auffassung von <i>Reimann/Decker</i>                               | 380 |
| b. Das temporäre Netzeigentum                                         | 381 |
| aa. § 46 Abs. 2 EnWG als bloße Inhaltsbestimmung                      |     |
| des Netzeigentums                                                     | 383 |
| bb. Lesarten der Inhaltsbestimmung                                    | 384 |
| cc. Relevante Fallgruppen                                             | 388 |
| dd. Zwischenergebnis                                                  | 389 |
| 3. Rechtfertigungsanforderungen                                       | 390 |
| a. Erste Konstellation – unbeschränkt erworbenes Netzeigentum         | 390 |
| aa. Eingriffsqualität                                                 | 390 |

|                                                                                                     |         |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| (1.) Argumente für eine Inhalts- und Schrankenbestimmung                                            | 391     |
| (2.) Argumente für eine Enteignung                                                                  | 392     |
| (3.) Stellungnahme                                                                                  | 396     |
| (4.) Zwischenergebnis                                                                               | 398     |
| bb. Abwägungsmaßstab                                                                                | 399     |
| (1.) Eingriffsintensität                                                                            | 400     |
| (2.) Sozialbindung des Eigentums                                                                    | 401     |
| cc. Überlassungspflicht zugunsten Privater                                                          | 404     |
| dd. Verfassungsrechtlich gebotene Ausgleichspflicht                                                 | 405     |
| ee. Zwischenergebnis                                                                                | 407     |
| b. Zweite Konstellation – erworbenes temporäres Netzeigentum                                        | 408     |
| aa. Von der Institutsgarantie bis zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz                                 | 409     |
| bb. Verfassungsrechtlich gebotene Ausgleichspflicht                                                 | 411     |
| cc. Zwischenergebnis                                                                                | 413     |
| 4. Ergebnis                                                                                         | 414     |
| <br>IV. Das Konzessionsvertragsrecht vor dem Hintergrund<br>der Vertragsfreiheit – Art. 2 Abs. 1 GG | <br>415 |
| <br>V. Das Konzessionsvertragsrecht vor dem Hintergrund<br>des Gleichheitsgebots – Art. 3 Abs. 1 GG | <br>416 |
| 1. Ungleichbehandlung gegenüber anderen Netzsektoren                                                | 417     |
| a. Direktleitungen – Wegenutzungsverträge i.S.d. § 46 Abs. 1 EnWG                                   | 418     |
| b. Übertragungs- und Fernleitungsnetze                                                              | 418     |
| c. Telekommunikationslinien                                                                         | 420     |
| d. Wasserversorgungsinfrastruktur - Wasserkonzessionsverträge                                       | 422     |
| e. Zwischenergebnis                                                                                 | 424     |
| 2. Rechtfertigungsanforderungen                                                                     | 425     |
| 3. Ergebnis                                                                                         | 428     |
| <br>VI. Fazit – Betroffene Grundrechtspositionen                                                    | <br>428 |
| <br>2. Kapitel: Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe                       | <br>429 |
| I. Vorüberlegungen                                                                                  | 430     |
| II. Legitimer Zweck der konzessionsvertragsrechtlichen Regelungen                                   | 432     |
| 1. wettbewerbliche Auflockerung der Versorgungsverhältnisse<br>– EnWG 1998                          | 434     |
| 2. Wandel der objektiven Funktion des Konzessionsvertragsrechts                                     | 435     |
| a. Zweck des geltenden Konzessionsvertragsrechts                                                    | 437     |
| b. Zweck der Einzelregelungen                                                                       | 439     |
| aa. Zweck der Laufzeitbegrenzung                                                                    | 439     |

|                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb. Zweck des Bekanntmachungsverfahrens                                                                 | 440 |
| cc. Zweck der Netzüberlassungspflicht                                                                   | 440 |
| dd. Zweck des § 46 Abs. 4 EnWG                                                                          | 442 |
| c. Zwischenergebnis                                                                                     | 444 |
| 3. Legitimität des Zwecks                                                                               | 445 |
| III. Geeignetheit der konzessionsvertragsrechtlichen Regelungen                                         | 445 |
| 1. Eignung zur Ermöglichung eines Ausschreibungswettbewerbs                                             |     |
| – Erfüllung der Funktionsvoraussetzungen                                                                | 446 |
| a. Verortung der Ausschreibungsinstanz bei den Gemeinden                                                | 447 |
| aa. Fachliche Kompetenz und Kommunalaufsicht                                                            | 449 |
| bb. Leistungsanreize und Neutralität                                                                    | 453 |
| (1.) Konzessionsabgabe                                                                                  | 454 |
| (2.) Neutralität                                                                                        | 455 |
| cc. Abschließende Würdigung                                                                             | 464 |
| dd. Zwischenergebnis                                                                                    | 467 |
| b. Eignung der Verfahrensregeln des § 46 Abs. 3 EnWG                                                    | 468 |
| c. Die Laufzeitbegrenzung in § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG als Ausschreibungsperiode                          | 472 |
| d. Die Netzüberlassungspflicht in § 46 Abs. 2 Satz 2 und 3 EnWG als funktionstauglicher Anlagentransfer | 472 |
| aa. Überlassungsmodalität                                                                               | 473 |
| bb. Überlassungsentgelt                                                                                 | 474 |
| cc. Zwischenergebnis                                                                                    | 475 |
| e. Zwischenergebnis - Eignung zur Ermöglichung eines Ausschreibungswettbewerbs                          | 476 |
| 2. Eignung zur Erfüllung der Wettbewerbsziele im energiewirtschaftlichen Ordnungsrahmen                 | 476 |
| a. Allgemeine Funktionsziele eines Ausschreibungswettbewerbs                                            | 477 |
| aa. Freiheitsfunktion eines Wettbewerbs                                                                 | 479 |
| bb. Verteilungsfunktion eines Wettbewerbs                                                               | 479 |
| cc. Allokations- und Steuerungsfunktion eines Wettbewerbs                                               | 480 |
| (1.) Effizienz- und kundenorientierte Auswahl des Netzbetreibers                                        | 480 |
| (a.) Problem des „Nichtpreiswettbewerbs“                                                                | 481 |
| (b.) Problem der Risikoerhöhung                                                                         | 483 |
| (c.) Problem der möglichen Verkleinerung der Netzgebiete                                                | 483 |
| (d.) Würdigung                                                                                          | 484 |
| (2.) Regelmäßige Wiederholung                                                                           | 485 |
| dd. Entdeckungs- und Fortschrittsfunktion eines Wettbewerbs                                             | 487 |
| ee. Zwischenergebnis                                                                                    | 489 |

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b. Eignung zur Erreichung oder Förderung der Ziele<br>des § 1 Abs. 1 EnWG                              | 490 |
| aa. Versorgungssicherheit                                                                              | 490 |
| bb. Preisgünstigkeit                                                                                   | 491 |
| cc. Verbraucherfreundlichkeit                                                                          | 493 |
| dd. Umweltverträglichkeit                                                                              | 495 |
| ee. Effizienz                                                                                          | 496 |
| ff. Zwischenergebnis                                                                                   | 497 |
| 3. Ergebnis der Geeignetheitsprüfung                                                                   | 498 |
| IV. Erforderlichkeit der konzessionsvertragsrechtlichen Regelungen                                     | 498 |
| 1. Erforderlichkeit eines Ausschreibungswettbewerbs im<br>energiewirtschaftsrechtlichen Ordnungsrahmen | 499 |
| a. Exkurs – Erforderlichkeit zur wettbewerblichen Auflockerung der<br>Versorgungsverhältnisse          | 500 |
| b. Erforderlichkeit zur Erreichung der mittelbaren Zwecke                                              | 503 |
| aa. Erforderlichkeit zur Erreichung der allgemeinen<br>Wettbewerbsfunktionen                           | 506 |
| (1.) Freiheitsfunktion                                                                                 | 507 |
| (2.) Verteilungsfunktion                                                                               | 508 |
| (3.) Allokations- und Steuerungsfunktion                                                               | 513 |
| (4.) Entdeckungs- und Fortschrittsfunktion eines Wettbewerbs                                           | 516 |
| (5.) Zwischenergebnis - Erforderlichkeit zur Erreichung<br>der allgemeinen Wettbewerbsfunktionen       | 519 |
| bb. Erforderlichkeit zur Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG                                      | 521 |
| (1.) Alternativmittel                                                                                  | 522 |
| (2.) Würdigung                                                                                         | 525 |
| c. Zwischenergebnis - Erforderlichkeit zur Erreichung der Ziele<br>des § 1 Abs. 1 EnWG                 | 527 |
| 2. Erforderlichkeit der einzelnen Regelungen                                                           | 527 |
| a. Erforderlichkeit der gesetzlichen Laufzeitbegrenzung                                                | 528 |
| b. Erforderlichkeit der gesetzlichen Netzüberlassungspflicht                                           | 532 |
| aa. „Ob“                                                                                               | 533 |
| (1.) Rechtliche Ermöglichung eines parallelen Leistungsbaus als<br>Alternativmittel                    | 533 |
| (2.) Netzzugangsrechte als Alternativmittel                                                            | 536 |
| (3.) Zwischenergebnis                                                                                  | 538 |
| bb. „Wie“                                                                                              | 538 |
| (1.) Reichweite der Überlassungspflicht<br>- „notwendige Verteilungsanlagen“                           | 538 |

|                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (2.) Überlassungsmodalität                                                                                                   | 538 |
| (a.) Ausmaß der Wirkung einer bloßen Besitzeinräumungspflicht                                                                | 540 |
| (aa.) Die Pachtlösung in der Entgeltregulierung                                                                              | 541 |
| (bb.) Die Erfüllung der Betreiberpflichten durch einen Pächter-Netzbetreiber                                                 | 548 |
| (cc.) „Patchwork-Problem“                                                                                                    | 554 |
| (b.) Ausmaß der Wirkung der Eigentumsverschaffungslösung                                                                     | 555 |
| (c.) Würdigung der Erforderlichkeit                                                                                          | 556 |
| c. Erforderlichkeit der Vergütungsregel                                                                                      | 559 |
| aa. „Ob“                                                                                                                     | 560 |
| bb. „Wie“                                                                                                                    | 561 |
| (1.) Keine „prohibitiven Preise“ - Orientierung an den künftigen Ertragserwartungen                                          | 561 |
| (2.) Herstellung der Funktionsziele des Wettbewerbs - § 1 EnWG                                                               | 563 |
| (3.) Investitionsschutz                                                                                                      | 566 |
| cc. Würdigung der Erforderlichkeit                                                                                           | 566 |
| 3. Ergebnis der Erforderlichkeitsprüfung                                                                                     | 568 |
| <br>V. Angemessenheit der konzessionsvertragsrechtlichen Regelungen                                                          | 569 |
| 1. Angemessenheit der Laufzeitbegrenzung                                                                                     | 569 |
| 2. Angemessenheit der gesetzlichen Netzüberlassungspflicht                                                                   | 570 |
| a. Überlassungsmodalitäten                                                                                                   | 570 |
| aa. Variante der Übereignungspflicht                                                                                         | 570 |
| bb. Variante der Gebrauchsüberlassungspflicht                                                                                | 573 |
| b. Vergütungsregel des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG                                                                               |     |
| – Maß der gebotenen Ausgleichspflicht                                                                                        | 573 |
| aa. Exkurs – Das Verhältnis von regulierter Ertragserwartung, Überlassungspreis und verfassungsrechtlich gebotenem Ausgleich | 575 |
| (1.) Ertragserwartungen aus dem Netz in der bisherigen Regulierungspraxis                                                    | 575 |
| (2.) Rechtliche Konsequenzen für den Netzüberlassungspreis                                                                   | 581 |
| (a.) Eine Sichtweise: Maßgeblichkeit des regulatorisch-kalkulatorischen Ertragswerts                                         | 581 |
| (b.) Andere Sichtweise: Maßgeblichkeit eines verfassungsrechtlich gebotenen Wertersatzes                                     | 582 |
| (c.) Bewertung der Alternativszenarien                                                                                       | 584 |
| (3.) Fazit – Exkurs Ende                                                                                                     | 591 |
| bb. Die verfassungsrechtlich gebotene Ausgleichshöhe                                                                         | 592 |
| (1.) Der „wahre“ Wert des Netzes als Ausgangswert der Ausgleichshöhe                                                         | 593 |
| (a.) Verkehrswert                                                                                                            | 593 |
| (b.) Substanzwert                                                                                                            | 599 |

|                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (aa.) BGH „ <i>Kaufering</i> “                                                                                               | 599 |
| (bb.) Berücksichtigung vorgenommener Investitionen<br>bei der Netzerrichtung                                                 | 601 |
| (cc.) Stellungnahme                                                                                                          | 601 |
| (c.) Würdigung – Ausgangswert der Ausgleichshöhe                                                                             | 603 |
| (2.) Festlegung der konkreten Ausgleichshöhe                                                                                 | 604 |
| (a.) Die verfassungsrechtlichen Bemessungsfaktoren                                                                           | 605 |
| (b.) Festlegung der konkreten Ausgleichshöhe                                                                                 | 609 |
| (aa.) Schutzwürdiges Interesse des Netzeigentümers                                                                           | 609 |
| (aaa.) Vertrauensschutz                                                                                                      | 609 |
| (bbb.) Vorherige Amortisation des Wertverlustes                                                                              | 616 |
| (ccc.) „Unverdiente Vermögenszuwächse“                                                                                       | 619 |
| (ddd.) Sozialbindung des Eigentums am Versorgungsnetz                                                                        | 621 |
| (bb.) Schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit an einer<br>Beschränkung des Ausgleichs                                     | 622 |
| (cc.) Abwägung                                                                                                               | 624 |
| cc. Zwischenergebnis – Die verfassungsrechtlich gebotene<br>Ausgleichshöhe                                                   | 627 |
| 3. Ergebnis – Angemessenheit der konzessionsvertragsrechtlichen<br>Regelungen                                                | 628 |
| VI. Bestimmtheitsgebot                                                                                                       | 629 |
| VII. Sachlicher Grund für die Differenzierung zwischen den einzelnen<br>Netzsektoren                                         | 630 |
| 1. Direktleitungen – Wegenutzungsverträge i.S.d. § 46 Abs. 1 EnWG                                                            | 630 |
| 2. Übertragungs- und Fernleitungsnetze                                                                                       | 631 |
| 3. Telekommunikationslinien                                                                                                  | 633 |
| 4. Wasserversorgungsinfrastruktur - Wasserkonzessionsverträge                                                                | 633 |
| 5. Ergebnis                                                                                                                  | 636 |
| Zusammenfassung – Abschnitt 3                                                                                                | 637 |
| Abschnitt 4: Anwendung des Konzessionsvertragsrechts                                                                         | 639 |
| 1. Kapitel: Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung und ihr<br>Einfluss auf die Anwendung des Konzessionsvertragsrechts | 640 |
| I. Art. 28 Abs. 2 GG im Kontext des Unionsrechts                                                                             | 642 |

|                                                                                                                  |         |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| II. Art. 28 Abs. 2 GG im Kontext des Grundgesetzes                                                               | 644     |
| 1. Die Berechtigung zur Re-Kommunalisierung der örtlichen<br>Energieversorgung                                   | 646     |
| 2. Art. 28 Abs. 2 GG als legitimer Geltungsgrund für die<br>Netzüberlassungspflicht des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG? | 646     |
| a. Keine Ermächtigung zum Eingriff in private Rechtspositionen                                                   | 647     |
| b. Praktische Konkordanz zwischen Art. 28 Abs. 2 GG und der<br>Eigentumsgarantie                                 | 649     |
| aa. Abstrakte Wertrangordnung im Grundgesetz                                                                     | 649     |
| bb. Vorrang der Sozialisierung im Sinne des Art. 15 GG                                                           | 650     |
| cc. Abstrakte Eignung des Art. 28 Abs. 2 GG<br>zur Grundrechtsbegrenzung                                         | 651     |
| dd. Abwägung im Einzelfall                                                                                       | 652     |
| c. Zwischenergebnis                                                                                              | 664     |
| 3. Rechtmäßigkeit der konzessionsvertragsrechtlichen Einschränkung<br>der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie   | 664     |
| a. § 46 EnWG als Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG                                                                   | 666     |
| b. Rechtfertigung                                                                                                | 668     |
| c. Zwischenergebnis                                                                                              | 671     |
| III. Fazit                                                                                                       | 671     |
| <br>2. Kapitel: Das Verfahren zur Vergabe von Strom- und Gas-<br>Konzessionsverträge                             | <br>673 |
| I. Rechtsrahmen für die Vergabehandlung der Gemeinden                                                            | 674     |
| 1. EnWG                                                                                                          | 674     |
| a. § 46 Abs. 3 EnWG - Bekanntmachungsvorgaben                                                                    | 674     |
| b. § 46 Abs. 1 EnWG - Diskriminierungsverbot                                                                     | 676     |
| 2. Primäres Unionsrecht                                                                                          | 677     |
| 3. Grundgesetz                                                                                                   | 678     |
| a. Art. 28 Abs. 2 GG                                                                                             | 678     |
| b. Art. 14 GG                                                                                                    | 679     |
| c. Art. 12 GG                                                                                                    | 681     |
| d. Art. 3 Abs. 1 GG                                                                                              | 682     |
| 4. Nationales Wettbewerbsrecht                                                                                   | 682     |
| a. § 1 GWB                                                                                                       | 682     |
| b. §§ 19 ff. GWB                                                                                                 | 683     |
| 5. Zwischenergebnis                                                                                              | 683     |
| <br>II. Das Bekanntmachungs- und Bewerbungsverfahren                                                             | <br>684 |
| 1. Zeitliche Verfahrensabfolge                                                                                   | 684     |
| a. Regulärer Ablauf des Konzessionsvertrages                                                                     | 684     |

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| aa. Verfahrensbeginn – Ausschreibung                                                                            | 685 |
| (1.) Grundsatz – § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG                                                                        | 685 |
| (2.) Diskriminierende Vorverlegung des Verfahrensbeginns                                                        | 685 |
| (3.) Zwischenergebnis                                                                                           | 687 |
| bb. Mehrstufiges Verfahren                                                                                      | 687 |
| cc. Zulässige Fristsetzungen                                                                                    | 687 |
| (1.) Einstieg ins Verfahren - Rechtmäßigkeit der Abweisung<br>„verfristeter“ Interessenbekundungen              | 688 |
| (2.) Frist zur Angebotseinreichung                                                                              | 689 |
| (3.) Entscheidungsfrist                                                                                         | 690 |
| b. Vorzeitige Vertragsverlängerung                                                                              | 691 |
| aa. Verfahrensbeginn – Ausschreibung                                                                            | 692 |
| bb. Pflicht zur Vertragsbeendigung                                                                              | 693 |
| cc. Zeitliche Vertragssperre – Bewerbungsfristen                                                                | 694 |
| c. Sonstige Konstellationen                                                                                     | 695 |
| d. Zwischenergebnis                                                                                             | 696 |
| 2. Bekanntmachung der bevorstehenden Vergabe<br>– Verbreitungsgrad und Bekanntmachungsmedium                    | 696 |
| 3. Offenzulegende Informationen während des Verfahrens                                                          | 698 |
| a. Informationsbedarf der Bewerber                                                                              | 698 |
| b. Offenlegungspflicht der Gemeinde                                                                             | 700 |
| aa. Vertragsende und Netzdaten                                                                                  | 700 |
| bb. Allgemeine Informationspflicht                                                                              | 702 |
| c. Offenlegungspflicht des etablierten Netzbetreibers                                                           | 704 |
| aa. Ungeschriebene Nebenpflicht aus dem Konzessionsvertrag                                                      | 704 |
| bb. § 46 Abs. 2 Satz 4 und 5 EnWG                                                                               | 707 |
| 4. Verfahrensfehlerfolgen: Wirksamkeit der Konzessionsverträge                                                  | 708 |
| a. Unterlassung der Bekanntgabe vor dem Neuabschluss oder der<br>Vertragsverlängerung                           | 709 |
| aa. § 46 Abs. 3 EnWG i.V.m. § 134 BGB                                                                           | 709 |
| bb. Rechtsfolgen aus dem Verstoß gegen das Unionsrecht                                                          | 710 |
| cc. §§ 19 ff. GWB i.V.m. § 134 BGB                                                                              | 712 |
| dd. Zwischenergebnis                                                                                            | 713 |
| b. Unterschreitung der Zwei-Jahres-Frist                                                                        | 714 |
| c. Unzulässige Bewerbungsfristen - Bewerberabweisungen                                                          | 715 |
| d. Sonstige Verfahrensfehler                                                                                    | 715 |
| III. Die Auswahl der Bewerber                                                                                   | 716 |
| 1. Vorgaben an die Auswahlentscheidung - Zulässige Gestaltung des<br>Auswahlverfahrens                          | 717 |
| a. Gemeindeordnungen                                                                                            | 717 |
| b. § 46 Abs. 2 und 3 EnWG                                                                                       | 717 |
| c. Wettbewerbsverfahren als legitimer Geltungsgrund für die<br>gesetzliche Netzüberlassungspflicht - Art. 14 GG | 720 |

|                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| d. Grundrechtlicher Konkurrentenschutz                                                                                   | 721 |
| e. § 20 Abs. 1 GWB                                                                                                       | 722 |
| aa. Wettbewerbsergebnisse als sachliche Gründe für eine<br>Ungleichbehandlung                                            | 722 |
| bb. Keine Ausnahme für kommunale Unternehmen                                                                             | 723 |
| f. Unionsrecht                                                                                                           | 726 |
| g. Zwischenergebnis - Gestaltung des Auswahlverfahrens                                                                   | 728 |
| 2. Die Festlegung der Auswahlkriterien                                                                                   | 730 |
| a. Unzulässige Auswahlkriterien                                                                                          | 732 |
| aa. Unzulässige Vertragsdauer                                                                                            | 732 |
| (1.) § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG                                                                                             | 732 |
| (2.) Befristungsvorgaben aus dem GWB                                                                                     | 732 |
| (3.) Befristungsvorgaben aus dem Unionsrecht                                                                             | 733 |
| bb. Nach der KAV verbotene Leistungen                                                                                    | 733 |
| (1.) Begrenzung der Konzessionsabgabenhöhe                                                                               | 734 |
| (2.) Nebenleistungsverbot des § 3 KAV                                                                                    | 734 |
| (a.) Zulässige Gegenleistungen des Vertragspartners<br>- § 3 Abs. 1 KAV                                                  | 734 |
| (b.) Unzulässige Gegenleistungen des Vertragspartners<br>- § 3 Abs. 2 KAV                                                | 735 |
| (aa.) § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV                                                                                               | 736 |
| (bb.) § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV                                                                                               | 738 |
| (3.) Rechtsfolgen                                                                                                        | 738 |
| (a.) § 6 Abs. 2 KAV i.V.m. §§ 65, 69 EnWG                                                                                | 738 |
| (b.) Nichtigkeit der geschlossenen Konzessionsverträge<br>gemäß § 134 BGB i.V.m. KAV?                                    | 739 |
| (c.) Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen die<br>Mitbewerber - §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 3 Abs. 2 KAV | 740 |
| (d.) Kartellrechtliche Rechtsfolgen                                                                                      | 741 |
| (e.) § 46 Abs. 1 EnWG                                                                                                    | 743 |
| (4.) Zwischenergebnis – unzulässige Leistungen nach der KAV                                                              | 744 |
| cc. Re-Kommunalisierung als Auswahlkriterium                                                                             | 744 |
| dd. Kommunale Unternehmensbeteiligung als Auswahlkriterium                                                               | 746 |
| (1.) Konzessionsabgabenrechtliche Beurteilung von<br>Beteiligungsmodellen - § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV                         | 747 |
| (2.) Unternehmensbeteiligungen als Auswahlkriterien                                                                      | 750 |
| (3.) Zwischenergebnis                                                                                                    | 752 |
| ee. Künftige Erhebung von Netznutzungsentgelten als<br>Auswahlkriterium                                                  | 752 |
| ff. Einwirkung auf die künftige Vertriebstätigkeit der Bieter                                                            | 754 |
| gg. Sonstige Bevorzugung einzelner Bieter                                                                                | 755 |
| (1.) „Bekannt und Bewährt“ als Auswahlkriterium                                                                          | 755 |
| (2.) „Netzbetreiberwechsel“ als Auswahlkriterium                                                                         | 758 |

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (3.) „Unternehmenssitz im Inland“ und „Ortsansässigkeit“ als Auswahlkriterium                      | 758 |
| (4.) Zwischenergebnis                                                                              | 758 |
| hh. Sonstige unsachliche Forderungen                                                               | 759 |
| ii. Zusammenfassung der unzulässigen Kriterien                                                     | 760 |
| b. Zulässige Auswahlkriterien                                                                      | 761 |
| 3. Die Auswahlentscheidung                                                                         | 763 |
| a. Idealfall                                                                                       | 763 |
| b. Bewerbergleichstand - Losverfahren                                                              | 763 |
| 4. Die Begründungspflicht der Gemeinde                                                             | 765 |
| IV. Mitwirkungsverbot einzelner Gemeindevertreter                                                  | 767 |
| V. Rechtsschutz                                                                                    | 769 |
| 1. Rechtsweg                                                                                       | 769 |
| 2. Rechtsschutz „vor“ Abschluss des Konzessionsvertrages                                           | 770 |
| 3. Rechtsschutz „nach“ Abschluss des Konzessionsvertrages                                          | 773 |
| VI. Aufsichtsrechtliche Sanktionen - Behördenzuständigkeit                                         | 774 |
| VII. Fazit                                                                                         | 775 |
| 3. Kapitel: Die Überlassung des Netzes                                                             | 777 |
| I. Der gesetzliche Anlagentransfer nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG                                    | 777 |
| 1. Die Entstehung der gesetzlichen Überlassungspflicht                                             | 778 |
| a. Erste Bedingung: Abschluss eines wirksamen neuen Konzessionsvertrages                           | 778 |
| aa. Einhaltung der Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG                                  | 778 |
| bb. Keine Entstehung der Überlassungspflicht wegen unterbliebener Verfahrensrüge                   | 779 |
| b. Zweite Bedingung: vorherige Durchführung eines diskriminierungsfreien Ausschreibungswettbewerbs | 781 |
| aa. Vorgabe des § 46 Abs. 1 EnWG                                                                   | 781 |
| bb. verfassungskonforme Auslegung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG                                      | 781 |
| c. Ergebnis                                                                                        | 783 |
| 2. Die Hauptpflicht aus § 46 Abs. 2 Satz 2 und 3 EnWG                                              | 784 |
| a. Der Überlassungspflichtige – „bisher Nutzungsberechtigte“                                       | 784 |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b. Die gesetzliche Überlassungsmodalität                                                         | 785 |
| aa. EnWG 2011                                                                                    | 785 |
| bb. EnWG 1998 und EnWG 2005                                                                      | 785 |
| (1.) Grammatische Auslegung                                                                      | 787 |
| (2.) Historische Auslegung                                                                       | 792 |
| (3.) Gesetzessystematik des EnWG                                                                 | 797 |
| (4.) Teleologische Auslegung                                                                     | 801 |
| (5.) Verfassungskonforme Auslegung                                                               | 804 |
| (6.) Zwischenergebnis                                                                            | 808 |
| c. Der gesetzliche Umfang der Überlassungspflicht –<br>„ <i>notwendigen Verteilungsanlagen</i> “ | 809 |
| aa. Verteilungsanlagen                                                                           | 809 |
| bb. „Notwendige“ Verteilungsanlagen                                                              | 810 |
| (1.) Beispiele für notwendige Verteilungsanlagen                                                 | 813 |
| (2.) Nicht-notwendige Verteilungsanlagen                                                         | 814 |
| cc. Multifunktionale Verteilungsanlagen                                                          | 815 |
| (1.) Rechtslage vor 1998                                                                         | 815 |
| (2.) § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998                                                                | 816 |
| (3.) § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG                                                                     | 817 |
| (a.) e.A.: keine Überlassungspflicht                                                             | 817 |
| (b.) a.A.: Überlassung soweit Nutzungsschwerpunkt<br>für die örtliche Verteilung                 | 820 |
| (c.) Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur                                                          | 821 |
| (d.) LG Hannover                                                                                 | 822 |
| (4.) Stellungnahme                                                                               | 823 |
| (a.) Vorüberlegungen                                                                             | 824 |
| (aa.) Varianten und Folgen der technischen Trennung                                              | 824 |
| (bb.) Überlassungsumfang als Zuordnungsproblem bei<br>multifunktionalen Anlagen                  | 825 |
| (b.) Grammatische Auslegung                                                                      | 826 |
| (c.) Historische Auslegung                                                                       | 827 |
| (d.) Gesetzessystematik des EnWG                                                                 | 828 |
| (e.) Teleologische Auslegung                                                                     | 831 |
| (aa.) Allgemeine Grundsätze für den Umfang der<br>Netzüberlassung                                | 831 |
| (bb.) Der zweckkonforme Zuordnungsmaßstab                                                        | 842 |
| (cc.) Zwischenergebnis – teleologische Auslegung                                                 | 851 |
| (f.) Systematische Interpretation                                                                | 851 |
| (aa.) Europarechtskonforme Auslegung                                                             | 852 |
| (bb.) Verfassungskonforme Auslegung                                                              | 853 |
| (5.) Zwischenergebnis                                                                            | 854 |

|                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Die gesetzliche Gegenleistung                                                                         | 855 |
| – „wirtschaftlich angemessene Vergütung“                                                                 | 855 |
| a. Grammatische Auslegung                                                                                | 856 |
| b. Historische Auslegung                                                                                 | 857 |
| aa. Zulässige „vertragliche“ Netzkauftpreise vor 1998                                                    | 857 |
| (1.) Preisrecht der KAV                                                                                  | 857 |
| (2.) Kartellrechtliche Kaufpreisbegrenzung                                                               | 860 |
| (3.) Der Ertragssituation unter der Geltung der BTOElt/BTOGas                                            | 861 |
| (4.) Zwischenergebnis                                                                                    | 862 |
| bb. Gesetzliche Netzkauftpreise                                                                          | 863 |
| (1.) § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998                                                                        | 863 |
| (2.) § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG 2005                                                                        | 866 |
| (3.) § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG 2011                                                                        | 867 |
| cc. Zwischenergebnis                                                                                     | 869 |
| c. Gesetzssystematik des EnWG                                                                            | 869 |
| d. Teleologische Auslegung                                                                               | 869 |
| aa. 1. Prämisse: § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG als gesetzliches Schuldverhältnis                               | 870 |
| bb. 2. Prämisse: Ermöglichung der Wettbewerbsteilnahme für andere EVU                                    | 871 |
| (1.) Verhinderung „prohibitiver Preise“                                                                  | 872 |
| (a.) Das Interesse des Netzerwerbers an einer Armortisierbarkeit des Netzkauftpreises                    | 872 |
| (b.) Der Ertragswert des Netzes als Grenzpreis des Bewerber                                              | 872 |
| (c.) Die Ermittlung des „maßgeblichen“ Ertragswertes                                                     | 874 |
| (aa.) Beschränkung auf die Ertragsmöglichkeiten beim Netzbetrieb                                         | 874 |
| (bb.) Maßstab bei der Ertragswertbestimmung                                                              | 875 |
| (2.) Stellungnahme                                                                                       | 882 |
| cc. 3. Prämisse: Funktionslogik der Norm                                                                 | 883 |
| dd. 4. Prämisse: Gewährleistung der Funktionsziele des intendierten Ausschreibungswettbewerbs - § 1 EnWG | 885 |
| (1.) Keine Zweckkonformität bei einer Einpreisung der Ertragsaussichten                                  | 887 |
| (2.) Der zweckkonforme Netzkauftpreis                                                                    | 891 |
| ee. Zwischenergebnis – teleologische Auslegung                                                           | 894 |
| e. Verfassungskonforme Auslegung                                                                         | 895 |
| aa. Erster Einwand – Der Substanz- bzw. Sachzeitwert als verfassungsrechtlicher gebotener Ausgleich      | 895 |
| bb. Zweiter Einwand – Reduzierung der ordnungspolitischen Bedeutung des Wettbewerbsansatzes              | 896 |
| cc. Dritter Einwand – Berücksichtigung der StromNEV/GasNEV als Verstoß gegen Art. 80 GG                  | 896 |

|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| dd. Vierter Einwand – keine unverhältnismäßige Beschränkung der wirtschaftlichen Verwertung des Netzeigentums | 898 |
| ee. Fünfter Einwand – Vorheriges diskriminierungsfreies Wettbewerbsverfahren als Grundbedingung               | 899 |
| f. Zwischenergebnis – Der gesetzliche Überlassungspreis                                                       | 900 |
| 4. Die Pflicht des Neu-Konzessionärs zur Netzübernahme                                                        | 900 |
| a. Der Netzübergang nach § 46 Abs. 2 Satz 2 und 3 EnWG als gegenseitig verpflichtendes Konzept                | 901 |
| b. Pflicht zur Übernahme aller „notwendigen“ Anlagen?                                                         | 903 |
| c. Zwischenergebnis                                                                                           | 906 |
| 5. Die Qualität des Überlassungs- und des Übernahmeanspruches                                                 | 907 |
| 6. Fälligkeit des Netzüberlassungs- und des Gegenleistungsanspruchs                                           | 909 |
| 7. Nebenpflichten des „bisher Nutzungsberechtigten“ aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG                               | 910 |
| a. Auskunftspflichten gegenüber dem Netzerwerber                                                              | 910 |
| aa. Fälligkeit des Auskunftsanspruches                                                                        | 912 |
| bb. Durchsetzung im einstweiligen Rechtsschutz                                                                | 914 |
| cc. Zwischenergebnis                                                                                          | 916 |
| b. Mitwirkung an der sachgerechten Aufteilung der Erlösobergrenze – § 26 Abs. 2 ARegV                         | 916 |
| aa. Pflicht zur Mitwirkung an der anteiligen Übertragung der Erlösobergrenze                                  | 918 |
| bb. Aufteilungsmaßstab bei der Netzübernahme nach § 46 Abs. 2 EnWG                                            | 919 |
| cc. Zwischenergebnis                                                                                          | 920 |
| c. Fazit                                                                                                      | 920 |
| 8. Durchsetzbarkeit der Ansprüche                                                                             |     |
| – Verweigerungsrechte des Überlassungspflichtigen                                                             | 921 |
| a. Keine Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnis ohne diskriminierungsfreies Auswahlverfahren            | 921 |
| b. Verweigerung der Netzübertragung (gesetzliche Hauptpflicht)                                                | 921 |
| aa. e.A.: § 320 BGB analog                                                                                    | 922 |
| bb. a.A.: Einschränkung durch § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG und § 242 BGB                                           | 922 |
| cc. Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur                                                                        | 923 |
| dd. Stellungnahme                                                                                             | 924 |
| (1.) Einrede gegen den gesetzlichen Eigentumsverschaffungsanspruch                                            | 924 |

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (2.) Keine Einrede gegen einen Anspruch auf Besitzübertragung                          | 930 |
| ee. Zwischenergebnis                                                                   | 931 |
| c. Verweigerung der Datenauskunft und Aufteilung der Erlösobergrenzen (Nebenpflichten) | 931 |
| d. Zwischenergebnis                                                                    | 932 |
| 9. Wesentliche Ergebnisse: Die gesetzliche Netzüberlassungspflicht                     | 932 |
| II. Der vertragliche Netzübergang nach den Endschaftsklauseln der Konzessionsverträge  | 934 |
| 1. Die Endschaftsklauseln und ihr Verhältnis zu § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG                | 936 |
| a. § 13 EnWG 1998 und § 46 EnWG 2005                                                   | 936 |
| b. § 46 EnWG 2011                                                                      | 940 |
| 2. Wirksamkeit von Endschaftsklauseln                                                  | 940 |
| a. Vertragliche Überlassungsmodalitäten                                                | 941 |
| aa. Übereignungsklauseln                                                               | 941 |
| bb. Gebrauchsüberlassungsklauseln                                                      | 941 |
| b. Vertragliche Überlassungspreise - Sachzeitwertklauseln                              | 943 |
| aa. Vereinbarkeit mit § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG                                          | 943 |
| bb. Vereinbarkeit mit § 1 GWB                                                          |     |
| – Fortgeltung der „Kaufering“-Grundsätze?                                              | 946 |
| (1.) Einwand des Funktionsverlustes des Wettbewerbsansatzes                            | 947 |
| (2.) Keine kartellrechtswidrige Bindungswirkung von Kaufpreisvereinbarungen            | 948 |
| (3.) Zwischenergebnis                                                                  | 951 |
| cc. Vereinbarkeit mit § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG                                          | 952 |
| dd. Vereinbarkeit mit § 1 EnWG                                                         | 953 |
| ee. Vereinbarkeit mit den Regelungen der Strom/GasNEV                                  | 953 |
| ff. Vereinbarkeit mit § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV                                             | 954 |
| (1.) § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV als Untergrenze (Mindestpreis)                               | 954 |
| (2.) § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV als Obergrenze?                                              | 956 |
| gg. Vereinbarkeit mit den Gemeindeordnungen                                            | 963 |
| ee. Vertragsanpassung nach § 313 BGB                                                   | 964 |
| c. Zwischenergebnis – Wirksamkeit von Endschaftsklauseln                               | 967 |
| 3. Konsequenzen aus der Mehrheit der Schuldverhältnisse                                | 968 |
| a. Abtretungsfall                                                                      | 969 |
| b. Konfliktfall - Gläubigermehrheit                                                    | 971 |
| aa. § 428 BGB                                                                          | 972 |
| bb. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG als zwingender Anspruch des Neu-Konzessionärs              | 972 |
| cc. Stellungnahme                                                                      | 973 |
| dd. Zwischenergebnis                                                                   | 978 |
| c. Sinnhaftigkeit von künftigen Endschaftsvereinbarungen                               | 979 |

|                                                                   |      |
|-------------------------------------------------------------------|------|
| III. Der Netzherausgabeanspruch aus §§ 552, 997 Abs. 2 BGB analog | 980  |
| 1. Keine Rechtsanalogie neben § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG             | 980  |
| 2. Keine inhaltliche Entsprechung mit § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG     | 983  |
| 3. Ergebnis                                                       | 984  |
| IV. Fazit – Die Übertragung des Netzes                            | 984  |
| Wesentliche Ergebnisse der Arbeit                                 | 986  |
| Anhang I: Kommunale Unternehmensbeteiligungen                     | 992  |
| Anhang II: Bekanntmachungsbeispiele                               | 1000 |
| Literaturverzeichnis                                              | 1007 |