

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
A. Untersuchungsinteresse	21
B. Aufbau der Untersuchung	24
Erster Teil	
PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP UND GEMISCHT-WIRTSCHAFTLICHE UNTERNEHMEN	26
A. Hintergründe der Entwicklung von PPP	26
I. Hintergründe der neuen Handlungsform PPP	26
II. Entwicklungstendenz von PPP in Deutschland	28
1. Statistische Zahlen zu PPP	28
2. Gründung von Organisationen	29
3. Gesetzgebung zu PPP	31
B. Zusammenhang zwischen PPP und Privatisierung	34
I. Hintergründe der Privatisierung	34
II. Definition und Typen der Privatisierung	35
1. Formelle Privatisierung	36
2. Materielle Privatisierung	37
3. Funktionale Privatisierung	39
III. Zusammenhang zwischen PPP und der Privatisierung	39
C. Begriffsdefinition von PPP	41
I. Auffassung der Europäischen Kommission	42
II. Auffassung in der Literatur	43
III. Auffassung in der Praxis	44
IV. Zusammenfassung der Begriffsdefinition	45
D. Überblick der Anwendungsbereiche und der Grundmodelle von PPP	45
I. Vertrags-PPP	46
II. Organisations-PPP	47
E. Eigene Stellungnahme	48

Zweiter Teil	
KOMMUNALE ENERGIEVERSORGUNG DURCH GEMISCHT-WIRTSCHAFTLICHE UNTERNEHMEN	50
A. Kommunen als Selbstverwaltungsträger und Energieversorgung	50
I. Verfassungsrechtliche Grundlage kommunaler Selbstverwaltung	50
1. Bedeutung der Selbstverwaltung	50
2. Verfassungsrechtliche Grundlage kommunaler Selbstverwaltung	51
3. Institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung	55
4. Garantieinhalte der kommunalen Selbstverwaltung	58
a) Allzuständigkeit für örtliche Angelegenheiten	58
b) Eigenverantwortlichkeit	59
5. Kommunale Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze	61
a) Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie als Grenze gesetzgeberischer Gestaltung	61
b) Randbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie?	64
II. Energieversorgung und kommunale Selbstverwaltung	66
1. Energieversorgung als Daseinsvorsorge der Kommunen?	66
2. Energieversorgung als Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie?	70
3. Energieversorgung als örtliche Angelegenheiten der kommunalen Selbstverwaltung	72
a) Energieverteilung	72
b) Energieerzeugung	74
B. Organisationsformen der Kommunen bei der Energieversorgung	76
I. Wahlfreiheit der Kommunen bei der Aufgabenerfüllung	76
II. Aufgabenerfüllung durch öffentlich-rechtliche Organisationsformen	77
1. Regiebetrieb	77
2. Eigenbetrieb	78
3. Anstalten des öffentlichen Rechts	80
III. Aufgabenerfüllung durch privatrechtliche Organisationsformen	82
C. Kommunale Energieversorgung durch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	84
I. Gründe für kommunale Energieversorgung durch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	85
II. Struktur- und Erscheinungsvielfalt kommunaler gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen	86
D. Ergebnis des zweiten Teils	88
 Dritter Teil	
RECHTLICHE GRENZEN DER ERRICHTUNG GEMISCHT-WIRTSCHAFTLICHER EVU BEI KOMMUNALER ENERGIEVERSORGUNG	92

A. Anforderung des Unionsrechts	92
I. Zielsetzungen des Unionsrechts mit Bezug auf die Energieversorgung	92
1. Schaffung eines Binnenmarktes	92
2. Wettbewerbsorientierter Binnenmarkt	94
3. Schaffung eines Energiebinnenmarktes	95
II. Unionsrecht und kommunale Selbstverwaltung	97
1. Kommunale Wirtschaftstätigkeit im Rahmen des Unionsrechts	97
2. Unionsrechtliche Zulässigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen	98
a) Unternehmen im Sinne des Unionsrechts	98
b) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen als Unternehmen im Sinne des Unionsrechts	100
c) Vereinbarkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen mit dem Unionsrecht	100
B. Anforderungen des nationalen Verfassungsrechts	101
I. Verfassungsrechtliche Wirtschaftsordnung	101
1. Grundgesetz	101
2. Landesverfassungen	104
II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Wirtschaftsteilnahme der öffentlichen Hand	105
III. Grundrechtliche und öffentlich-rechtliche Bindung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand	107
IV. Anforderungen des Demokratieprinzips an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	110
1. Demokratieprinzip des Grundgesetzes	110
a) Anknüpfung an das Prinzip der Volkssouveränität	111
b) Formen demokratischer Legitimation	112
(1) Funktionelle und institutionelle demokratische Legitimation	112
(2) Organisatorisch-personelle demokratische Legitimation	113
(3) Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimationsform	114
(4) Zusammenwirken von organisatorisch-personeller und sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimationsform	116
2. Demokratie und kommunale Selbstverwaltung	118
a) Kommunale Selbstverwaltung als demokratisch legitimationsbedürftig	118
b) Kommunalvolk als Legitimationssubjekt	118
3. Staatsgewalt als Gegenstand notwendiger demokratischer Legitimation	120
a) Zuordnung privatrechtlicher Organisationen der öffentlichen Hand zur Staatsgewalt ?	121

b) Grundrechtssubjektivität als Zuordnungskriterium	122
(1) Art. 19 Abs. 3 GG als Anhaltspunkt für die Grundrechtssubjektivität der privatrechtlichen Organisation der öffentlichen Hand	123
(2) Grundrechtssubjektivität gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen?	130
4. Einwirkungs- und Kontrollpflicht der Kommunen	139
a) Bedeutung der Einwirkungs- und Kontrollpflicht	139
b) Zwecksetzung und Einwirkungs- und Kontrollpflicht	140
5. Resümee	142
C. Kommunalrechtliche Vorgaben	144
I. Kommunale Wirtschaftsbetätigung und Selbstverwaltung der Kommunen	144
II. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen	146
1. Erfordernis einer öffentlichen Zwecksetzung	149
a) Öffentliche Zwecksetzung als Rechtfertigungsgrundlage kommunaler wirtschaftlicher Betätigung	149
b) Präzisierung der öffentlichen Zwecksetzung	150
c) Öffentliche Zwecksetzung nach der kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgabe	153
2. Leistungsfähigkeitsbezug kommunaler Wirtschaftsbetätigung	155
3. Subsidiarität kommunaler Wirtschaftsbetätigung	156
a) Inhalt und Auslegung der Subsidiaritätsklauseln	156
b) Ausnahmereich der Subsidiaritätsklauseln	159
4. Örtlichkeitsprinzip kommunaler Wirtschaftsbetätigung	159
a) Gebietsbezug kommunaler Wirtschaftsbetätigung	159
b) Zulässigkeit kommunaler grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung	160
(1) Auffassung in der Literatur	160
(2) Eigene Stellungnahme zur kommunalen grenzüberschreitenden Wirtschaftsbetätigung	161
c) Vorgaben des Kommunalwirtschaftsrechts für kommunale grenzüberschreitende Wirtschaftsbetätigung	165
III. Sonderregelung zur Zulässigkeit kommunaler energie-wirtschaftlicher Betätigung	166
1. Kommunale energiewirtschaftliche Betätigung	166
2. Gesetzliche Fiktion zum Vorliegen des erforderlichen öffentlichen Zwecks	168
3. Kommunale Leistungsfähigkeit als einzige Zulässigkeitsvoraussetzung	171
4. Ausschluss aus dem Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklauseln	171

5. Zulässigkeit kommunaler grenzüberschreitender energie- wirtschaftlicher Betätigung	172
a) Voraussetzungen kommunaler grenzüberschreitender energiewirtschaftlicher Betätigung	172
b) Verfassungsrechtmäßigkeit der beschränkten berechtigten Interessen der betroffenen Kommunen	174
IV. Besondere Anforderungen an die kommunale Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen am Beispiel der Gemeindeordnung NRW	175
1. Kommunale Wahlfreiheit der Organisationsform	175
2. Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck	177
3. Sicherung eines angemessenen Einflusses der Kommunen	178
4. Haftungsbeschränkung der Kommunen	181
V. Einflussnahme der Kommunen bei der bei der Gründung von oder Beteiligung an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen	183
1. Spannungsverhältnis zwischen dem Kommunalwirtschaftsrecht und dem Gesellschaftsrecht	183
2. Öffentlicher Zweck als Grundlage der kommunalen Einfluss- nahme	184
3. Kommunale organisatorische bzw. personelle Einflussausübung auf gemischt-wirtschaftliche EVU	187
a) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen in Form der GmbH	187
(1) Gesellschafter und Gesellschafterversammlung	187
(2) Aufsichtsrat	188
(3) Geschäftsführer	191
b) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen in Form der AG	191
(1) Hauptversammlung	191
(2) Aufsichtsrat	192
(3) Vorstand	193
4. Kommunale sachlich-inhaltliche Einflussausübung auf gemischt-wirtschaftliche EVU	194
a) Einflussausübung in der Anteilseignerversammlung	194
b) Einflussausübung auf den Aufsichtsrat der Gesellschaft	195
(1) Aufsichtsrat der AG	196
(2) Aufsichtsrat der GmbH	198
c) Einflussausübung auf die Geschäftsführung	199
(1) Vorstand der AG	199
(2) Geschäftsführer der GmbH	200
d) Einflussnahme nach dem Konzernrecht	203
(1) Kommunale Einflussnahme durch Vertragskonzern	203
(2) Kommunale Einflussnahme im faktischen Konzern	207
5. Resümee	209
D. Kartellrechtliche Anforderungen	211
I. Marktstruktur der Energiewirtschaft	212

1. Stromversorgung	212
a) Besonderheit der Stromversorgung	212
b) Marktstruktur der Stromversorgung	213
2. Gasversorgung	214
a) Besonderheit der Gasversorgung	214
b) Marktstruktur der Gasversorgung	215
3. Leitungsgebundenheit und Energiemarktstruktur	215
4. Marktabgrenzung in der Zusammenschlusskontrolle	217
a) Marktabgrenzung der Stromversorgung	217
(1) Sachlich relevante Marktabgrenzung der Stromversorgung	218
(2) Räumlich relevante Marktabgrenzung der Stromversorgung	219
b) Marktabgrenzung der Gasversorgung	220
(1) Sachlich relevante Marktabgrenzung der Gasversorgung	220
(2) Räumlich relevante Marktabgrenzung der Gasversorgung	221
II. Strukturkontrolle und kommunale gemischt-wirtschaftliche EVU	222
1. Kommunen und kommunale gemischt-wirtschaftliche EVU als Adressaten der Zusammenschlusskontrolle	222
2. Voraussetzungen der Zusammenschlusskontrolle	223
a) Regelungssystematik der Zusammenschlusskontrolle	223
b) Formelle Zusammenschlusskontrolle	224
(1) Anwendungsregelung der Zusammenschlusskontrolle	224
(2) Zusammenschluss durch Vermögenserwerb	225
(3) Zusammenschluss durch Kontrollerwerb	227
(4) Zusammenschluss durch Anteilserwerb	229
(5) Zusammenschluss aufgrund wettbewerblich erheblichen Einflusses	231
c) Materielle Zusammenschlusskontrolle	233
(1) Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch Zusammenschluss	234
(2) Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch Zusammenschluss	234
(3) Abwägungsklausel der Zusammenschlusskontrolle	235
d) Verfahren der Zusammenschlusskontrolle	237
III. Zusammenschlussfälle in der Praxis des BKartA	238
1. Aktuelle Marktlage der Energiewirtschaft	238
2. Zusammenschluss zwischen EnBW und EWE	239
a) Sachverhalt	239
b) Beurteilung des BKartA	240
(1) Auswirkung des Zusammenschlusses auf dem Strommarkt	240

(2) Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Gasmarkt	242
3. Zusammenschluss zwischen EnBW und VNG	243
4. Zusammenfassung der Entscheidungspraxis des BKartA	244
E. Energierechtliche Anforderungen an die Entflechtung	246
I. Entflechtung als Regulierungsweise	246
1. Bedeutung und Zweck der Entflechtung	246
2. Einfluss und Vorgaben der Energierichtlinien der EU	246
3. Exkurs: Entflechtungsregelungen des dritten Energiebinnenmarktpakets	249
a) Vorstellung des dritten Energiebinnenmarktpakets	249
b) Drei Entflechtungsmodelle der beiden neuen Energierichtlinien	250
(1) Eigentumsrechtliche Entflechtung	250
(2) Unabhängiger Netzbetreiber (ISO)	252
(3) Unabhängiger Transportnetzbetreiber (ITO)	253
(4) Entflechtungsregelungen des Verteilernetzbetreibers	254
c) Richtlinienumsetzung in Deutschland	255
II. Inhalt der Entflechtungsregelungen	255
1. Anwendungsbereich der Entflechtung	256
2. Informatorische Entflechtung	257
a) Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen	257
b) Verpflichtung zur Offenlegung von Informationen	258
3. Buchhalterische Entflechtung	259
a) Externe Rechnungslegung	259
b) Interne Rechnungslegung	261
4. Rechtliche Entflechtung	261
a) Netztochter-Modell	263
b) Netzmutter-Modell	264
5. Operationelle Entflechtung	266
a) Gewährleistung der personellen Unabhängigkeit des Verteilernetzbetreibers	267
b) Gewährleistung der beruflichen Handlungsunabhängigkeit der leitenden Personen	268
c) Gewährleistung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Verteilernetzbetreiber	270
III. Spannungsverhältnis zwischen den Entflechtungsregelungen und dem Gesellschaftsrecht	272
1. Entflechtungstauglichkeit der Netzgesellschaft in Form der AG	272
2. Spannungsverhältnis zwischen den Entflechtungsregelungen und der Netzgesellschaft in Form der GmbH	273
a) Konflikt zwischen der Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer und den Anforderungen des § 7 a Abs. 4 EnWG	273

b) Konflikt zwischen dem Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gesellschafter und den Anforderungen des § 6 a Abs. 1 EnWG	275
IV. Spannungsverhältnis zwischen den Entflechtungsregelungen und dem Kommunalwirtschaftsrecht	278
1. Vertikal integriertes EVU als Mutterunternehmen in Form des gemischt-wirtschaftlichen EVU	278
a) Netzgesellschaft in Form der GmbH	279
(1) Konflikt zwischen kommunaler Einflussnahme und operationeller Entflechtung	279
(2) Konflikt zwischen der Rechtsstellung eines Aufsichts- rats der GmbH und den Anforderungen der Entflechtung	280
b) Netzgesellschaft in Form der AG	281
2. Auflösung des Konflikts	282

Vierter Teil

RECHTLICHE HANDLUNGSVORGABEN

GEMISCHT-WIRTSCHAFTLICHER EVU IM BEREICH

KOMMUNALER ENERGIEVERSORGUNG

A. Kommunale gemischt-wirtschaftliche EVU als Verteilernetzbetreiber	285
I. Aufgaben des Verteilernetzbetreibers und die an ihn gestellten rechtlichen Anforderungen	286
1. Unionsrechtliche Regelungen und Anforderungen	286
2. Nationale energiewirtschaftsrechtliche Regelungen und Anforderungen	288
a) Allgemeine Pflichten des Verteilernetzbetreibers	288
b) Aufgaben des Verteilernetzbetreibers	290
(1) Entsprechende Anwendung des §§ 12 und 13 EnWG	291
(2) Beschränkte Berichts- und Schwachstellenanalyse- pflicht	291
(3) Zusätzliche Verpflichtungen des Elektrizitäts- verteilernetzbetreibers	292
II. Anschlusspflicht von EVU	293
1. Bedeutung der Netzanschlusspflicht von Netzbetreibern	293
2. Inhalt der Netzanschlusspflicht des Netzbetreibers	295
a) Allgemeine Anschlusspflicht des Netzbetreibers	295
(1) Kommunale gemischt-wirtschaftliche EVU als allgemeine Netzanschlussverpflichtete	295
(2) Netzanschluss und Anschlussnutzung	297
(3) Inhalt der allgemeinen Anschlusspflicht des Netz- betreibers	298

(2) Ausnahmen von der allgemeinen Netzanschlusspflicht	303
b) Besondere Netzanschlusspflicht des Netzbetreibers	304
(1) Gewährung des Anspruchs auf Netzanschluss	305
(2) Inhalt der besonderen Anschlusspflicht des Netzbetreibers	306
(3) Verweigerung des Netzanschlusses	308
III. Rechtliche Bedingungen des Netzzugangs	309
1. Netzzugang und Wettbewerb	309
2. Begriff des Netzzugangs im Energiewirtschaftsrecht	310
3. Netzzugangsvorgaben des EnWG	312
a) Reguliertes Netzzugangsmodell	312
b) Netzzugang in der Elektrizitätsversorgung	314
(1) Ein-Vertrag-Modell des Netzzugangs	314
(2) Ausgestaltung des Netzzugangs durch Netznutzungs- und Lieferantenrahmenvertrag	316
c) Netzzugang in der Gasversorgung	317
(1) Entry-Exit-Modell des Netzzugangs	317
(2) Ausgestaltung des Netzzugangs durch das Zwei-Vertrag-Modell	319
d) Verweigerung des Netzzugangs	322
(1) Verweigerungsgründe	322
(2) Anforderungen an die Begründung der Verweigerung	324
B. Kommunale gemischt-wirtschaftliche EVU als Grundversorger	325
I. Bedeutung der Grundversorgung	325
II. Qualifizierung als Grundversorger	327
1. Abgrenzung und Bestimmung des Marktgebiets	327
2. Ermittlung der Anzahl der belieferten Haushaltskunden	328
III. Handlungspflichten des Grundversorgers	329
1. Veröffentlichung der Allgemeinen Bedingungen und Preise	330
2. Grundversorgung zu den Allgemeinen Bedingungen und Preisen	331
a) Kontrahierungszwang des Grundversorgers	331
b) Umfang der Grundversorgung	331
3. Verpflichtung zur Ersatzversorgung	332
a) Adressat der Ersatzversorgung	333
b) Inhalt der Ersatzversorgung	334
IV. Ausnahmen von der Grundversorgungspflicht	335
1. Unzumutbare Versorgung aus wirtschaftlichen Gründen	335
2. Sonstige Ausnahmeregelungen	336
C. Rechtliche Anforderungen an die Preisbildung und die Grenzen	337
I. Kartellrechtliche Anforderungen und Grenzen	337
1. Hintergrund und Ziel des § 29 GWB n. F.	337
2. Anwendungsbereich des § 29 GWB	338
a) Marktbeherrschende Versorgungsunternehmen als Adressat	339

b) Tatbestände des Preismissbrauchs	340
(1) Vergleichsmarktkonzept	340
(2) Gewinnbegrenzungskonzept	346
3. Rechtsfolgen des Preismissbrauchs	349
4. Entscheidungspraxis des BKartA	350
a) Betroffene der Beschlüsse des BKartA	350
b) Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen	350
(1) Abgrenzung des relevanten Marktes	350
(2) Ermittlung der Marktstellung der Betroffenen	351
c) Beurteilung missbräuchlicher Preisgestaltung	352
d) Sachliche Rechtfertigung der Abweichung	353
II. Energiewirtschaftsrechtliche Anforderungen und Grenzen	354
1. Preisgünstige Energieversorgung als Kernzweck des EnWG	354
2. Preisbildung beim Netzanschluss	355
a) Kostenerstattung für die Herstellung oder Änderung des Netzanschlusses	356
(1) Verursachungsprinzip bei der Kostenerstattung	356
(2) <i>Abgrenzung</i> von den Netzausbaukosten	357
b) Verlangen auf Zahlung eines Baukostenzuschusses	358
3. Preisbildung beim Netzzugang	359
a) Grundsätze der Netzentgeltausgestaltung	359
b) Ermittlung und Zuordnung der Kosten bei der Netzentgeltbildung	361
(1) Rein kostenorientierte Ermittlungsmethode der Verbändevereinbarungen	361
(2) Effizienzorientierte Kostenregulierung des § 21 Abs. 2 EnWG	363
(3) Anreizregulierung für die Entgeltbildung des § 21 a EnWG	367
4. Preisbildung bei der Grundversorgung	377
a) Bestimmung der allgemeinen Preise nach der Grundversorgungsverordnung	377
b) Wirksamkeit der Änderungen der Allgemeinen Preise	379
c) Bestimmung der Preise der Grundversorgung	380
(1) Bestimmung und Abrechnung des Energieverbrauchs	380
(2) Länge des Abrechnungszeitraums	381
(3) Zahlung der Grundversorgungspreise	381
Zusammenfassung in Thesen	385
Literaturverzeichnis	403