



Universität Potsdam



Christian Dümke

## Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft



Christian Dümke  
Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung  
im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft



*Christian Dümke*

Daseinsvorsorge,  
Wettbewerb und kommunale  
Selbstverwaltung im  
Bereich der liberalisierten  
Energiewirtschaft

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

**Universitätsverlag Potsdam 2015**

<http://verlag.ub.uni-potsdam.de/>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam  
Fon +49 (0)331 977 2533 / Fax -2292,  
E-Mail: [verlag@uni-potsdam.de](mailto:verlag@uni-potsdam.de)

Die Schriftenreihe KWI-Gutachten wird herausgegeben vom  
Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Potsdam.

Christian Dümke: Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im  
Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte  
durch die Juristische Fakultät der Universität Potsdam, betreut durch Frau Prof. Dr. Carola  
Schulze

Satz: Martin Meyerhoff, [wissensatz.de](http://wissensatz.de)  
Druck: docupoint GmbH Magdeburg

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

ISBN 978-3-86956-314-5

ISSN (print) 1439-8907

ISSN (online) 1866-5462

Zugleich online veröffentlicht auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam  
URN: [urn:nbn:de:kobv:517-opus4-73914](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-73914)  
<http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-73914>

Mein besonderer Dank gilt Frau Prof. Dr. Carola Schulze für die  
Betreuung meiner Dissertation.

Für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens danke  
ich Herrn Prof. Dr. Lutz Lammers.

Weiterhin danke ich meiner Frau, meiner Familie, sowie  
meinen Kollegen von Bethge.Reimann.Stari Rechtsanwälte für  
Ihre Unterstützung im Zeitraum der Entstehung der Arbeit.

*Christian Dümke*





# Inhalt

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	11
<b>1 Einführung und Gang der Untersuchung</b>	15
<b>2 Der Begriff der Daseinsvorsorge</b>	18
2.1 Vorläuferbegriffe und Daseinsvorsorge nach Forsthoff	18
2.2 Kritik und Interpretation zu Forstoffs Daseinsvorsorgebegriff	20
2.3 Der Daseinsvorsorgebegriff nach Ossenbühl	22
2.4 Der Daseinsvorsorgebegriff in der weiteren Diskussion	23
2.4.1 <i>Status unklar</i>	23
2.4.2 <i>Zusammenfassung und Bewertung</i>	25
2.5 Merkmale von Daseinsvorsorgeleistungen	26
2.5.1 <i>Merkmal der Notwendigkeit</i>	27
2.5.2 <i>Sonderfall Lebensmittelversorgung</i>	29
2.5.3 <i>Privatwirtschaftliche Unerbringlichkeit</i>	30
2.5.4 <i>Infrastrukturerefordernis</i>	32
2.5.5 <i>Entgeltlichkeit</i>	33
2.5.6 <i>Zwischenergebnis</i>	34
2.6 Die Erbringung der Daseinsvorsorge	34
2.6.1 <i>Der Versorgungsstaat</i>	35
2.6.2 <i>Der infrastrukturverantwortliche Gewährleistungsstaat</i>	37
2.6.3 <i>Public Private Partnership</i>	40
2.6.4 <i>Bewertung der Modelle</i>	42
<b>3 Energieversorgung als Teil der Daseinsvorsorge</b>	45
3.1 Begriff der Energieversorgung	45
3.2 Geschichte der Energieversorgung in Deutschland	45
3.2.1 <i>Gasversorgung</i>	46
3.2.2 <i>Stromversorgung</i>	47
3.3 Einordnung der Energieversorgung als Daseinsvorsorge	47
3.4 Anforderungen an eine moderne Energieversorgung	49
3.4.1 <i>Versorgungssicherheit</i>	49
3.4.2 <i>Preisstabilität</i>	51
3.4.3 <i>Verbraucherfreundlichkeit</i>	52
3.4.4 <i>Umweltverträglichkeit</i>	53
3.4.5 <i>Effizienz</i>	54

3.5	Umfang der staatlichen Verantwortung in der Energieversorgung	54
3.5.1	<i>Position: Ablehnung der staatlichen Betätigung</i>	54
3.5.2	<i>Position: Beschränkung der Daseinsvorsorge auf den Netzbetrieb</i>	55
3.5.3	<i>Staatliche Exklusivversorgung</i>	56
3.5.4	<i>Bewertung</i>	57
<b>4</b>	<b>Wettbewerb und Liberalisierung in der Energieversorgung</b>	<b>58</b>
4.1	Begriff des Wettbewerbs	58
4.2	Historische Sichtweise: Der schädliche Wettbewerb	59
4.2.1	<i>Rechtslage in den Anfängen der Energieversorgung</i>	59
4.2.2	<i>Das EnWG von 1935</i>	60
4.2.3	<i>Ausnahmeregelung des § 103 GWB aus dem Jahr 1958</i>	61
4.2.4	<i>Begründung der Ablehnung von Wettbewerb</i>	62
4.3	Wandel der Bewertung von Wettbewerb	64
4.3.1	<i>Innerdeutsche Wettbewerbsbestrebungen</i>	64
4.3.2	<i>Europäische Liberalisierungsbestrebungen</i>	65
4.3.3	<i>EnWG von 1998 – Deutscher Systemwechsel hin zum Wettbewerb</i>	67
4.3.3.1	<i>Wandel in der Wettbewerbsbewertung</i>	67
4.3.3.2	<i>Kritik zum Zeitpunkt der Einführung der Liberalisierung</i>	69
4.3.4	<i>Zwischenbilanz zur Liberalisierungskritik</i>	72
4.3.4.1	<i>Situation für kommunale Versorger</i>	72
4.3.4.2	<i>Preisentwicklung für die Verbraucher</i>	74
4.3.4.3	<i>Bewertung</i>	75
<b>5</b>	<b>Wettbewerb und Daseinsvorsorge – Kontrolle des Wettbewerbs</b>	<b>78</b>
5.1	Wettbewerb auf der Lieferebene	78
5.1.1	<i>Kontrolle des Wettbewerbs um Kunden</i>	79
5.1.1.1	<i>Grundsätze</i>	79
5.1.1.2	<i>Die Bezeichnung als Stadtwerk – Unternehmen der Daseinsvorsorge</i>	80
5.1.1.3	<i>Weitere Wettbewerbsprobleme</i>	81
5.1.2	<i>Kontrolle des Energielieferpreises</i>	83
5.1.2.1	<i>Situation vor der Liberalisierung</i>	83
5.1.2.2	<i>Situation nach der Liberalisierung</i>	84
5.1.2.2.1	<i>Verpflichtung zur Preisgünstigkeit nach §§ 1, 2 EnWG</i>	85
5.1.2.2.2	<i>Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB</i>	86
5.1.2.2.3	<i>Kartellrechtliche Energiepreiskontrolle</i>	90
5.1.2.3	<i>Fazit</i>	92
5.2	Wettbewerb auf der Netzebene	94
5.2.1	<i>Kontrolle der Netzentgelte</i>	94
5.2.2	<i>Kontrolle der Konzessionsabgaben</i>	95

5.3	Bewertung	96
<b>6</b>	<b>Kommunale Energieversorgung</b>	<b>98</b>
6.1	Kommunale Energieversorgungsunternehmen	98
6.1.1	<i>Grundsätzliche Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung</i>	98
6.1.2	<i>Daseinsvorsorge als kommunale Aufgabe</i>	99
6.1.3	<i>Kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG</i>	99
6.1.3.1	<i>Grundsätze</i>	99
6.1.3.2	<i>Berechtigung zur wirtschaftlichen Tätigkeit</i>	102
6.1.3.3	<i>Wirtschaftliche Betätigung in der Energieversorgung</i>	103
6.1.4	<i>Landesrechtliche Vorgaben</i>	105
6.1.4.1	<i>Gruppe 1 – Vorrang der Privatwirtschaft</i>	106
6.1.4.2	<i>Gruppe 2 – Ausnahme für Daseinsvorsorgeaufgaben</i>	106
6.1.4.3	<i>Gruppe 3 – Gleichwertigkeit mit Privatwirtschaft</i>	107
6.1.4.4	<i>Fazit und Bewertung</i>	107
6.1.5	<i>Praktische Tätigkeit kommunaler Energieversorgungsunternehmen</i>	108
6.1.6	<i>Gewinnerzielung durch kommunale Energieversorger</i>	110
6.2	Konzessionsvergabe durch Kommunen	111
6.2.1	<i>Begriff des Konzessionsvertrages</i>	111
6.2.2	<i>Konzessionsverträge in Zeiten geschlossener Versorgungsgebiete</i>	113
6.2.2.1	<i>Situation zu den Anfängen der Energieversorgung</i>	113
6.2.2.2	<i>Situation in der etablierten monopolisierten Energieversorgung</i>	115
6.2.3	<i>Situation nach der Liberalisierung</i>	116
6.2.3.1	<i>Exkurs: Der Grundversorger</i>	116
6.2.3.2	<i>Überlegungen zur Konzessionsvergabe an den Grundversorger</i>	119
6.2.3.3	<i>Konzept „Wettbewerb in der Grundversorgung“</i>	122
6.2.3.4	<i>Zwischenergebnis</i>	124
6.3	Unzulässiger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung	125
6.3.1	<i>Energieversorgung als kommunale Aufgabe</i>	127
6.3.2	<i>Eingriff in den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung</i>	128
6.3.2.1	<i>Rechtsauffassung der Bundesregierung im Jahr 2004</i>	129
6.3.2.2	<i>Der Streitstand in der Literatur</i>	130
6.3.2.3	<i>„Rastede – Entscheidung“ des BVerfG</i>	133
6.3.2.4	<i>Bewertung</i>	135
6.3.3	<i>Wandel der Daseinsvorsorge durch Reform des Konzessionsrechtes</i>	136
6.3.3.1	<i>Zur Ansicht von Hüting/Hopp</i>	137
6.3.3.2	<i>Beschluss des OLG Hamburg 14. Dezember 2010, I Verg 5/10</i>	139
6.3.3.3	<i>Fazit und Bewertung</i>	140
6.3.4	<i>Fortschreitende Aushöhlung kommunaler Selbstverwaltung</i>	141
6.3.4.1	<i>Neue Anforderungen an die Auswahlentscheidung der Gemeinden</i>	141

6.3.4.2	<i>Position der Regulierungsbehörden</i>	142
6.3.4.3	<i>Position der Rechtsprechung</i>	143
6.3.4.4	<i>Fazit: Aushöhlung der Entscheidungsbefugnis der Gemeinden</i>	143
<b>7</b>	<b>Trend zur Rekommunalisierung der Energieversorgung</b>	146
7.1	Begriff der Rekommunalisierung	146
7.2	Geschichtliche Entwicklung der energetischen Kommunalisierung	147
7.2.1	<i>Frühe Kommunalisierungsphasen</i>	147
7.2.2	<i>Phasen der Entkommunalisierung</i>	148
7.2.3	<i>Rekommunalisierung in der Gegenwart</i>	149
7.3	Konzessionsvergabe als Rekommunalisierungswerkzeug	150
7.3.1	<i>Ausgangslage</i>	150
7.3.2	<i>Möglichkeit der Netzübernahme</i>	150
7.3.3	<i>Position der Aufsichtsbehörden</i>	151
7.3.4	<i>Positionen in der Rechtsprechung</i>	152
7.3.5	<i>Bewertung der Positionen</i>	154
7.4	Bürgerbeteiligung	155
<b>8</b>	<b>Ergebnis der Untersuchung</b>	157
8.1	Zum Begriff der Daseinsvorsorge	157
8.2	Daseinsvorsorge und Wettbewerb	157
8.3	Energieversorgung als Daseinsvorsorge im Wandel	158
8.4	Trend zur Rekommunalisierung der Energieversorgung	159
8.5	Schwächung der Möglichkeit kommunaler Einflussnahme auf örtliche Energieversorgung	160
8.6	Unzulässige Aushöhlung kommunaler Selbstverwaltungsgarantie	160
<b>9</b>	<b>Fazit</b>	162
	<b>Literaturverzeichnis</b>	164
	Aufsätze	171
	Sonstiges	175

# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
ARE	Arbeitsgemeinschaft regionale Energieversorgungsunternehmen
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
bzw.	beziehungsweise
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BbgKVerf	Brandenburgische Kommunalverfassung
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BNetzA	Bundesnetzagentur
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BTOElt	Bundestarifordnung Elektrizität
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BverfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BverW	Bundesverwaltungsgericht
ct/kWh	Cent je Kilowattstunde
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVG	Deutsche Verbundgesellschaft
EEG	Erneuerbare Energien Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
etc.	et cetera
EVU	Energieversorgungsunternehmen
GasGVV	Gasgrundversorgungsverordnung
GemO	Gemeindeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GO RP	Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGO	Hessische Gemeindeordnung

IR	Zeitschrift für Infrastrukturrecht
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
Jh.	Jahrhundert
Jh. n. Chr.	Jahrhundert nach Christus
KAE	Konzessionsabgabenordnung
KO	Kommunalordnung
KSVG	Kommunaleselbstverwaltungsgesetz
LG	Landgericht
NkomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
PPP	Public Private Partnership
RdE	Recht der Energiewirtschaft
Rdn.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen
RL-Elt.	Elektrizitätsrichtlinie
RL-Gas	Gasrichtlinie
RWI	Rheinisch Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung

StromGVV Stromgrundversorgungsverordnung

vergl. vergleiche

VDEW Verband der Elektrizitätswirtschaft

VV Gas Verbändevereinbarung Gas

VKU Verband kommunaler Unternehmen

ZNER Zeitschrift für Neues Energierecht



# 1 Einführung und Gang der Untersuchung

Das Energierecht gehört als Folge des technischen Fortschritts und des mit Beginn der Liberalisierung im Jahr 1998 eingesetzten Wandels gewandt zu einem der dynamischsten Rechtsgebiete mit gleichzeitiger hoher gesellschaftlicher Relevanz. Da es im hohen Maße an den technischen Fortschritt gebunden ist, gehört es zu den modernsten Rechtsgebieten, kann aber gleichzeitig bereits auf eine längere historische Entwicklung zurückblicken. Das Energierecht bewegte sich dabei schon immer in einem Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht<sup>1</sup>, zwischen Staatsaufgabe und Privatwirtschaft.

Gleichzeitig ist die Sicherstellung der Energieversorgung und der Streit über die dafür zu beschreitenden Wege auch generell zu einem zentralen Thema der Politik geworden. Spätestens durch die Debatte um den deutschen Atomausstieg und die damit verbundene Energiewende ist auch dem Durchschnittsbürger vermutlich wieder stärker bewusst geworden, dass z. B. Strom nicht einfach „aus der Steckdose kommt“, sondern seine Erzeugungswiese durchaus Gegenstand gesellschaftlicher Debatten sein kann. Die vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen zunehmend zu beobachtende Beschleunigung der energierechtlichen Gesetzgebung und Erhöhung der Regelungsdichte wird nicht durchweg positiv gesehen. Teilweise wird eine Abnahme der handwerklichen Qualität der neueren Gesetze bemängelt und die dauerhafte Sicherung der Versorgungssicherheit als zumindest potentiell gefährdet angesehen.<sup>2</sup>

An der Entwicklung und Ausgestaltung des Energierechtes und der dazu geführten Diskussion ließ sich daher auch immer das jeweils vorherrschende gesellschaftliche Verhältnis zu den Aufgaben des Staates, dessen wirtschaftlicher Betätigung, die Einstellung zu wirtschaftlichem Wettbewerb und das Vertrauen in die Privatwirtschaft ablesen. Phasen der Ablehnung von Wettbewerb wechselten mit Zeiten, in denen der Privatwirtschaft die Erfüllung von Staatsaufgaben besser zugetraut wurde als dem Staat selbst. Und dieser stets in unregelmäßigen Zyklen pendelnde

---

1 Danner/Theobald, Energierecht, Einführung Rdn. 3.

2 Danner/Theobald, Energierecht, Einführung Rdn. 6.

Auffassungswechsel scheint auch mit der Liberalisierung der Energiewirtschaft durch das EnWG 1998 noch immer nicht zum Abschluss gekommen zu sein. Denn gerade aktuell zeigen viele Kommunen unter Berufung auf ihr Recht zur Daseinsvorsorge wieder ein vermehrtes Interesse an der Gründung eigener kommunaler Energieversorgungsunternehmen und einer damit verbundenen Rekommunalisierung der Energieversorgung innerhalb des wettbewerblichen Systems.

Energieversorgung ist insoweit eng mit dem Begriff der staatlichen Daseinsvorsorge verbunden. Die nachfolgende Untersuchung wird sich daher zunächst der Herkunft und Bedeutung des Begriffes der Daseinsvorsorge und den damit verbundenen Schwierigkeiten widmen, den doch scheinbar so eingängigen Begriff auf eine tragfähige Definitionsgrundlage zu stellen. Weiterhin sollen die Ursachen und Folgen der Liberalisierung betrachtet werden, sowie die Frage, welche Auswirkungen sie auf Rechte, Pflichten und Möglichkeiten der Kommunen im Bereich der Einflussnahme auf die eigene örtliche Energieversorgung hatte.

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der Energieversorgung als Teil der Daseinsvorsorge und den Auswirkungen der Liberalisierung im Jahr 1998. Zentrale Begriffe der Untersuchung sind daher der Begriff der Daseinsvorsorge und der Begriff des Wettbewerbs. Diese beiden sind zunächst einmal in ihrer wesentlichen Bedeutung darzustellen.

Zum Begriff der Daseinsvorsorge werden zunächst Herkunft und geschichtliche Entwicklung betrachtet. Hier soll versucht werden – anhand der bestehenden Auffassungen und Verwendungen – ein praktisches Einordnungsmuster für Leistungen aufzustellen, die der Daseinsvorsorge zugerechnet werden müssen. Ebenso ist zu prüfen, auf welche Weise der Staat die Aufgaben der Daseinsvorsorge erbringen, bzw. deren Erbringung sicherstellen kann oder muss. Nachfolgend sind diese Erkenntnisse dann konkret auf die Energieversorgung anzuwenden. Hier wird untersucht, welche Anforderungen gesellschaftlich an diese Leistung zu stellen sind und in welcher Form sie erbracht werden kann.

Der zweite Kernbegriff, der sich durch die nachfolgende Untersuchung zieht und der der Daseinsvorsorge gegenübergestellt werden soll, ist der Begriff des Wettbewerbs. Zu beachten sind hier die systematischen Umwälzungen, die im Rahmen der Liberalisierung des vormals monopolistischen Systems zu einem Wettbewerbsmarkt stattgefunden haben. Hier werden sowohl die Position der Gesellschaft bzw. des Staates bei der Beurteilung von Wettbewerb im Wandel der Zeit,

vom Beginn der Energieversorgung an bis in die Gegenwart, als auch der Verlauf der Liberalisierung sowie die damit verbundenen Erwartungen und Befürchtungen betrachtet. Hierzu wird am Ende eine erste Zwischenbilanz gezogen.

Jeder Wettbewerb unterliegt stets mehr oder weniger der staatlichen Kontrolle, daher soll ebenfalls untersucht werden, mit welchen Instrumenten der Wettbewerb in der liberalisierten Energiewirtschaft geregelt wurde und welche Auswirkungen diese Kontrollinstrumente haben.

Neben der grundsätzlichen Betrachtung von Wettbewerb und Erbringung der Daseinsvorsorge, bildet die kommunale Energieversorgung den zweiten Schwerpunkt der Arbeit. Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 1984 die Energieversorgung zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben gezählt<sup>3</sup> und diese Beurteilung auch in nachfolgenden Entscheidungen weiter aufrecht erhalten.<sup>4</sup> Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung sollen die aktuellen Handlungsmöglichkeiten der Kommunen in der Energieversorgung nach Art. 28 GG, sowie die jeweils für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften untersucht werden.

Bei dieser Untersuchung ist dann nochmals zu unterscheiden zwischen der Möglichkeit, durch wirtschaftliche Betätigung mittels eigener kommunaler Stadtwerke die Energieversorgung selbst zu besorgen, und der Auswahl eines privatwirtschaftlichen Versorgungsunternehmens im Rahmen der Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG. Da durch die Liberalisierung gleichzeitig die Auswahlmacht der Gemeinden bei der Konzessionsvergabe beschnitten wurde, stellt sich hier die Frage, ob damit möglicherweise ein unzulässiger Eingriff in den Kernbereich der Daseinsvorsorge verbunden ist. Ebenfalls zu diskutieren ist die Auffassung, wonach diese Beschränkung der Kommunen zu einer Veränderung bzw. Begrenzung des Daseinsvorsorgebegriffes selbst geführt hat.

Schlussendlich soll anhand der so gewonnenen Erkenntnisse aufgezeigt werden, welche Chancen und Möglichkeiten Kommunen im Rahmen der sog. Rekommunalisierung, also der Rückführung einer bislang privatwirtschaftlich besorgten Energieversorgung in eine Versorgung durch die Gemeinden selbst, besitzen. Dies erfolgt insbesondere vor dem Hintergrund der Konzessionsvergabe und der Marktbedingungen in einem wettbewerblichen System ohne örtlichen Monopolverseger.

---

3 BVerfGE 66, 248.

4 BVerfG, Ablehnungsbeschluss v. 10.09.2008, 1 BvR 1914/02.

## 2 Der Begriff der Daseinsvorsorge

Obwohl der für die vorliegende Untersuchung zentrale Begriff der Daseinsvorsorge im Rahmen des Staatsrechts seit langem allgemein geläufig ist, und dort vielfach Verwendung findet, ist er im Grundgesetz selbst wörtlich nicht zu finden. Nur in einige Bundes-<sup>5</sup> und Landesgesetze<sup>6</sup> hat er mittlerweile als Rechtsbegriff Eingang gefunden. Im Rahmen einer weiterführenden Untersuchung zur Frage der Erbringung einer bestimmten Leistung – die möglicherweise der Daseinsvorsorge zugerechnet werden muss – erscheint zunächst eine nähere Betrachtung und Definition des Begriffes der Daseinsvorsorge notwendig.

### 2.1 Vorläuferbegriffe und Daseinsvorsorge nach Forsthoff

Der Begriff bzw. die Idee einer von Seiten des Staates erbrachten „Vorsorge für das Dasein“ wird teilweise bereits auf *Hegel* zurückgeführt.<sup>7</sup> Bei Hegel wird diese Idee noch als eine Form polizeilicher Aufgabe gesehen. Die „polizeiliche Aufsicht und Vorsorge“ habe danach zum Zweck, „das Individuum mit der allgemeinen Möglichkeit zu vermitteln, die zur Erreichung individueller Ziele vorhanden ist“.<sup>8</sup> Sie habe dabei „für Straßenbeleuchtung, Brückenbau, Taxation der täglichen Bedürfnisse sowie für die Gesundheit Vorsorge zu tragen“.<sup>9</sup>

*Jaspers* verwendete im Jahr 1931 den Begriff der „Daseinsfürsorge“, indem er das zeitgenössische Dasein als eine planvolle Befriedigung

---

5 § 1 Abs. 1 RegG, Öffentlicher Personennahverkehr als Aufgabe der Daseinsvorsorge.

6 In In Baden-Württemberg (§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO), Bayern (Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO) und Thüringen (§ 71 Abs.1 Nr. 4 KO) z. B. gilt die kommunalwirtschaftliche Subsidiaritätsklausel nur „außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge“.

7 Scheidemann, Der Begriff der Daseinsvorsorge, S. 95; Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, S. 20/21, ebenso Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 23.

8 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss, (Fn. 24) § 236.

9 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss, (Fn. 24) § 236.

der Lebensbedürfnisse aller ansah<sup>10</sup>. Insoweit ist Jaspers als direkter Vorläufer Forsthoffs anzusehen.<sup>11</sup>

Der konkrete Begriff der Daseinsvorsorge ist dann im Jahre 1938 erstmals durch *Ernst Forsthoff* verwendet und geprägt worden. Forsthoff gebrauchte den Begriff in seiner Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“<sup>12</sup>. Zur Herleitung des Begriffes zeichnet Forsthoff zunächst folgendes Bild der modernen Gesellschaft und des darin befindlichen Menschen: Im Rahmen der gesellschaftlichen Entwicklung – hin zu einer immer stärkeren Bevölkerungskonzentration in den Großstädten – erfolge eine zunehmende Trennung des Menschen von den für ihn notwendigen Lebensgütern<sup>13</sup>. Der moderne Mensch werde hierbei von seinen natürlichen Lebensressourcen zunehmend abgeschnitten. Forsthoff unterscheidet insoweit bei der theoretischen Betrachtung des Lebensraumes des Menschen zwischen beherrschtem Lebensraum und effektivem Lebensraum<sup>14</sup>.

Der beherrschte Lebensraum ist der Raum, der dem Einzelnen auf eine so intensive Weise zugeordnet werden kann, dass er sich als Herr dieses Lebensraumes ausgeben und sich praktisch dessen Ressourcen zugänglich machen kann. Als Beispiel für beherrschten Lebensraum nennt Forsthoff Hof, Acker und Haus. Der effektive Lebensraum ist nach Forsthoff dagegen der Raum, in dem sich das Leben des jeweiligen Menschen tatsächlich räumlich bewegt.

In Folge der modernen gesellschaftlichen Entwicklung werde nun der vom Menschen beherrschte Lebensraum kleiner, während der effektive Lebensraum sich aufgrund der Entwicklung des Verkehrswesens gleichzeitig vergrößere. Durch diese Verringerung des beherrschten Lebensraumes entstehe jedoch eine Lücke, durch die die soziale Bedürftigkeit des Menschen erhöht werde. Soziale Bedürftigkeit definiert Forsthoff dabei als die Situation, in welcher die notwendigen Lebensgüter anstelle der Eigenerzeugung durch Nutzung des beherrschten Lebensraumes „im Wege der Appropriation“<sup>15</sup> erlangt werden müssen.

Den von ihm verwendeten Begriff der Appropriation erläutert Forsthoff dabei nicht weiter, sondern verweist insoweit auf Max Weber, von

---

10 Jaspers, Die geistige Situation der Zeit, S.27.

11 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S.25.

12 Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S.4.

13 Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S.4.

14 Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S.4.

15 Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S.5.

dem er den Ausdruck übernahm.<sup>16</sup> Forsthoff sagt: „Diejenigen Veranstaltungen, welche zur Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses getroffen werden, bezeichne ich als Daseinsvorsorge.“<sup>17</sup> Scheidemann wertet den Begriff der „Appropriation“ bei Forsthoff als „Zuteilung“ und nicht als „Aneignung“, obwohl zweites der grundsätzlichen Wortbedeutung gerechter würde.<sup>18</sup>

Forsthoff erläutert beispielhaft: „Der moderne Mensch ist nicht mehr im Besitz der elementarsten Lebensgüter, ohne die sein physisches Dasein auch nicht einen Tag denkbar ist: Er verfügt nicht über Wasser, um nur ein Beispiel zu nennen, wie der Landbewohner, der es aus seinem Brunnen schöpft, sondern ist auf eine öffentliche Wasserversorgung angewiesen, eine öffentliche Verwaltungseinrichtung, auf deren Funktionieren er sich verlassen muss.“<sup>19</sup>

Die Daseinsvorsorge soll also demnach die Lücke schließen, die durch die moderne Lebensweise in der naturgegebenen Selbstversorgung des einzelnen Menschen entsteht. Im Ergebnis hat Daseinsvorsorge bei Forsthoff danach eine Garantiefunktion für den Einzelnen im Verhältnis zur staatlichen Verwaltung. Im Umkehrschluss stellt Daseinsvorsorge damit aber auch einen zentralen Baustein zur Legitimation staatlicher Herrschaft dar.<sup>20</sup>

## 2.2 Kritik und Interpretation zu Forsthoffs Daseinsvorsorgebegriff

*Ossenbühl* wertet die Intention Forsthoffs zu dieser Zeit als nicht auf eine rechtsdogmatische Begriffsschöpfung gerichtet, sondern nur gedacht als Bezeichnung eines grundlegenden Wandels, einer dimensionalen Erweiterung der Staats- und Verwaltungsaufgaben, die mit der gesellschaftlichen Wandlung von der bürgerlichen Gesellschaft zur Industriegesellschaft dem Staat zufallen und die ihm partielle und subsidiäre Verantwortung für Wohlstand und Konjunktur aufgebürdet haben.<sup>21</sup>

---

16 Ronellenfitch, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, in Blümel, Ernst Forsthoff, S. 51 (77).

17 Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 6.

18 Scheidemann, Der Begriff der Daseinsvorsorge, S. 49/50.

19 Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 7.

20 Kersten, Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge, Der Staat, 2005, S. 543, (545); ebenso Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 17.

21 Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513, (515).

Kersten sieht Forsthoff zum Zeitpunkt seiner Begriffsschöpfung als einen „Jungkonservativen“, geprägt von seiner Anhängerschaft zur „konservativen Revolution“ gegen die Weimarer Republik, der die kommunale Selbstverwaltung politisch aufgibt und stattdessen für einen zentralistischen und autoritären Wirtschaftsstaat plädiert, der auch die Daseinsvorsorge steuern soll.<sup>22</sup> Auch *Knauff* kritisiert, Forsthoffs Denken vom Staat gehe fehl, denn es sei erkennbar, dass er von einer Staatskonzeption ausgehe, die den privaten Charakter des Einzelnen weitestgehend aufhebe.<sup>23</sup> Zudem habe er bei seiner Konzeption der Daseinsvorsorge neben der Bedarfsbefriedigung der Bevölkerung den zweiten bedeutenden Aspekt, nämlich den volkswirtschaftlichen Faktor von Daseinsvorsorge übersehen.<sup>24</sup>

Die ideologische und politische Verstrickung Forsthoffs in die Ideologie des Dritten Reiches und die hieraus resultierenden Einflüsse auf die Entwicklung des Daseinsvorsorgebegriffes allein in der Konzeption Forsthoffs, sollen im Folgenden nicht Gegenstand einer vertieften Betrachtung sein, da es hierzu bereits hinreichend detaillierte und umfangreiche Arbeiten gibt<sup>25</sup> und die Bezüge zu Forsthoff in der vorliegenden Untersuchung nur die Wurzeln des Daseinsvorsorgebegriffes aufzeigen sollen. Bemerkenswert ist, dass Forsthoff damit die Leistungsverwaltung als Staatsaufgabe gleichrangig neben die Eingriffsverwaltung gestellt hat.<sup>26</sup> Dem Staat werden somit nicht nur ordnende und polizeiliche Aufgaben zugewiesen, sondern auch Pflichten zur Leistungserbringung.

Unabhängig von der Frage, ob Forsthoff mit dem Begriff der Daseinsvorsorge seinerzeit einen Rechtsbegriff schaffen oder nur eine Beschreibung der modernen Gesellschaft vornehmen wollte, ist seine Kernaussage zutreffend. Die umfassende Vorsorge für das eigene Dasein kann der einzelne Mensch nicht mehr allein leisten. Diese Aufgabe kann effektiv nur von einer Gemeinschaft erfüllt werden. In der modernen Gesellschaft ist diese Gemeinschaft der Staat. Diese Feststellung ist zutreffend, und zwar unabhängig von der Frage, welche beherrschende Rolle man im Einzelfall dem Staat im Verhältnis zum Einzelnen zubilligen möchte.

---

22 Kersten, Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge, Der Staat 2005, S. 543, (544).

23 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 45.

24 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 45.

25 Kersten, Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge, Der Staat 2005, S. 543, (544).

26 Waechter, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, S. 48.

### 2.3 Der Daseinsvorsorgebegriff nach Ossenbühl

Der von Forsthoff geprägte Begriff der Daseinsvorsorge hat sich seither in der juristischen Diskussion gehalten und war Gegenstand vielfältiger kritischer Bewertungen. *Ossenbühl* versagte bereits 1971 dem Begriff der Daseinsvorsorge die Eigenschaft als Rechtsbegriff und wollte ihn allenfalls noch als Terminus der juristischen Begriffswelt verstehen.<sup>27</sup> Er lehnte es ab, Daseinsvorsorge als die Erfüllung lebenswichtiger Bedürfnisse der Gemeinschaft zu definieren und verwies darauf, dass zum einen nicht alle lebensnotwendigen Leistungen der öffentlichen Hand solche der Daseinsvorsorge im Sinne Forsthoffs seien. Zum anderen betreffe die Daseinsvorsorge auch nicht existentiell notwendige Veranstaltungen der öffentlichen Hand.<sup>28</sup>

An dieser Stelle der Kritik Ossenbühls stellt sich die Frage, ob diese Feststellungen nicht eher von einer unklaren oder uneinheitlichen praktischen Anwendung des Daseinsvorsorgebegriffes zeugen und nicht schon auf die Untauglichkeit des Begriffes selbst hinweisen. Nur weil in der Folgezeit seit Forsthoff verschiedene Leistungen bzw. wirtschaftliche Tätigkeitsfelder der Daseinsvorsorge zugerechnet wurden – oder eben von ihr ausgenommen blieben und die so entstandene Liste (vermeintlicher) Aufgaben der Daseinsvorsorge nicht logisch erscheint – spricht das nicht schon für die Untauglichkeit des Begriffes. Möglicherweise ist nur die Zuordnung fehlerhaft, weil ein einheitliches Zuordnungsraster nicht existiert.

Ossenbühl verweist bei seiner Kritik auf die Gefahr, bei undifferenzierter Anwendung des Begriffes jedwede leistende Tätigkeit der öffentlichen Hand – einschließlich der erwerbswirtschaftlichen Betätigung – dem öffentlichen Recht zu unterwerfen.<sup>29</sup> Bei einer undifferenzierten Betrachtungsweise des Begriffes könnte somit jeder Lebensmittelhändler und auch jede sonst sinnvolle private Tätigkeit, die in irgendeiner Weise Güter oder Voraussetzungen für das menschliche Dasein schafft, als Daseinsvorsorge bezeichnet werden, was jedoch abzulehnen sei.<sup>30</sup> Insoweit entsteht nach dieser Ansicht ein Abgrenzungsproblem, will man die (Überlebens-)Notwendigkeit einer Leistung für die Gesellschaft nicht als einziges Merkmal zur Klassifizierung der Leistung als Daseinsvorsorge gelten lassen.

---

27 Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513, (517).

28 Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513, (518).

29 Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513, (518).

30 Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513, (515).



Ossenbühl löst dieses Abgrenzungsproblem, indem er darauf verweist, dass eine Abgrenzung der Daseinsvorsorge eben nicht nach dem Grad der Dringlichkeit des zu erfüllenden Bedürfnisses für den Einzelnen erfolgen könne. Die Daseinsvorsorge soll demnach vielmehr den Charakter einer Garantiepflcht haben. Diese Pflicht wird immer erst dann aktualisiert, wenn eine angemessene Erfüllung durch die Gesellschaft nicht erfolgt.<sup>31</sup>

## 2.4 Der Daseinsvorsorgebegriff in der weiteren Diskussion

### 2.4.1 Status unklar

Auch gegenwärtig fehlt es noch immer an einer stimmigen rechtlichen Dogmatik des Daseinsvorsorgebegriffes.<sup>32</sup> Das gilt insbesondere für die Frage, welche Bereiche bzw. Leistungen denn nun ganz konkret der Daseinsvorsorge angehören – und damit Staatsaufgabe sind – und welche nicht. Eine hierfür notwendige klare Eingrenzung des Aufgabenumfanges wird oft sogar bewusst vermieden.<sup>33</sup>

Teilweise wurde und wird dem Begriff der Daseinsvorsorge in der andauernden Diskussion eine Eignung als Rechtsbegriff sogar völlig abgesprochen. *Ipsen* kritisierte bereits 1963, dass es sich bei dem Begriff der Daseinsvorsorge nach seiner Auffassung um einen bloß literarischen und rechtlich indifferenzierten Begriff handele.<sup>34</sup> *Clemens* bestätigte 1990, dieser Auffassung *Ipsens* sei nichts hinzuzufügen.<sup>35</sup> Nach *Rüfner* ist die Daseinsvorsorge allgemein dem Sozialstaatsprinzip zugeordnet. Daseinsvorsorge ist dabei Teil der staatlichen Wohlfahrtspflege.<sup>36</sup>

*Büdenbender* kritisierte 1995, dass die Rechtsprechung bei der Verwendung des Begriffes sich in der Regel mit der kurzen Behauptung begnüge, eine Leistung der Daseinsvorsorge läge vor, ohne dass dies dann von ihr näher begründet würde. Dabei wären die von der Rechtsprechung aus dieser Feststellung hergeleiteten Konsequenzen auch

---

31 Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513, (517).

32 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 47.

33 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 50.

34 Ipsen, Hans Peter, Zur Legalität des Werbefernsehens, NJW 1963, S. 2049 (2055).

35 Clemens, Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie, NvWZ, 1990 S. 834.

36 Rüfner in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 3, zu § 80, Rdn. 3.

ohne Heranziehung dieses Begriffes erreichbar.<sup>37</sup> Bedenken gegen die Verwendung der Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff bestehen bei Büdenbender, weil es sich dabei nach seiner Ansicht um einen soziologischen Begriff handle. Letztlich würden damit überkommene staatliche und kommunale Aktivitäten dem öffentlichen Recht zugeordnet, nur weil sie rein faktisch schon immer von der öffentlichen Hand vorgenommen wurden.<sup>38</sup>

*Kühling* bemängelt 2004, dass Vorgaben für die inhaltliche Anreicherung des Begriffs der Daseinsvorsorge der Verfassung nicht zu entnehmen seien. Der genaue Umfang dessen, was als Aufgabe der Daseinsvorsorge zu definieren ist, bleibe dementsprechend völlig offen und der Begriff der Daseinsvorsorge folglich äußerst konturlos. Er sei daher für die Ableitung von Hoheitspflichten unbrauchbar.<sup>39</sup> *Tettinger* bewertet Daseinsvorsorge nicht als Rechtsbegriff, sondern als deskriptive, soziologisch grundierte Formel zur Beschreibung der öffentlichen Leistungsverwaltung. Daseinsvorsorge bezeichnet er als „Wieselwort“<sup>40</sup> mit nur geringer Konturschärfe, wenig geeignet zur Abgrenzung des kommunalen Betätigungsfeldes von privatwirtschaftlichen Aktionsfeldern.<sup>41</sup> Auch *Walendy* sieht in der Daseinsvorsorge lediglich einen deskriptiv soziologischen Begriff, jedoch keinen subsummierbaren Rechtsbegriff.<sup>42</sup>

*Ronellenfitch* dagegen bezeichnet 2007 Daseinsvorsorge als notwendigerweise sachbezogenen Begriff, der sich nach dem aktuellen Versorgungsbedürfnis der Bevölkerung richten müsse. Dieses Versorgungsbedürfnis sei nicht konstant, sondern orientiere sich am allgemeinen Lebensstandard.<sup>43</sup> *Keller-Herder* schloß sich 2008 der Einordnung als rein deskriptiven Begriff an.<sup>44</sup> *Wübbels/Praetorius* bescheinigten 2009 dem Begriff eine Renaissance.<sup>45</sup>

---

37 Büdenbender, Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, S. 72.

38 Büdenbender, Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, S. 73.

39 Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 451.

40 Der wenig gebräuchliche Begriff des „Wieselwortes“ wird meist als Bezeichnung für eine inhaltslose Worthülse verwendet; vgl. Reiner, Wieselwort Wettbewerbsfähigkeit, taz, 12.04.2013.

41 Tettinger, Freie Berufe und Kammerrechte im Wandel der Staatsaufgaben, DÖV 2000, S. 534, (539).

42 Walendy, Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen, S. 162.

43 Ronellenfitch in Hoppe/Uechtritz, Kommunale Unternehmen, § 2, Rdn. 5.

44 Keller-Herder, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, S. 113.

45 Wübbels/Praetorius, Daseinsvorsorge durch die kommunale Energiewirtschaft, IR 2009, S. 122.

## 2.4.2 Zusammenfassung und Bewertung

Wie anhand der dargestellten lang andauernden wissenschaftlichen Diskussion festzustellen ist, sieht sich also die Verwendung des Begriffes der Daseinsvorsorge im Sinne eines Rechtsbegriffes vielfacher Kritik ausgesetzt. Dieser Umstand und die vorgebrachten Kritikpunkte führen zu der Überzeugung, dass eine eindeutige und klar umrissene Begriffsdefinition gar nicht möglich und vielleicht auch nicht sinnvoll sei, da der Begriff der Daseinsvorsorge kein eigentlicher Rechtsbegriff ist, und auch nie sein sollte. Fraglich ist also, ob der Begriff der Daseinsvorsorge als juristischer Begriff nicht fallengelassen werden sollte. Einer solchen Wertung lässt sich Einiges entgegenhalten:

Zunächst ist beachtenswert, dass der vielgescholtene Begriff der Daseinsvorsorge sich trotz seiner Unschärfe gleichwohl schon so lange Zeit hartnäckig in der Diskussion hält und weder als erwiesen untauglich aus der Debatte verschwunden, noch durch eine geeignetere Bezeichnung ersetzt worden ist. Es scheint eine geradezu verführerische Faszination, von diesem auf den ersten Blick so griffigen Konstrukt der Daseinsvorsorge auszugehen. Schon dieser Umstand spricht zumindest dafür, dass in der andauernden und sich je nach Zeitgeist auch stetig verändernden Diskussion um die Aufgaben des Staates ein gewisses Bedürfnis nach einem solch vermeintlich klaren und alles erklärenden Begriff besteht. Ein solches Bedürfnis kann jedoch nur dann auch auf sinnvolle Weise erfüllt werden, wenn man zumindest den Versuch unternimmt, die Verwendbarkeit des Daseinsvorsorgebegriffes durch nähere theoretische Ausgestaltung zu verbessern, statt ihn aufzugeben.

Weiterhin ist zu beachten, dass der Begriff der Daseinsvorsorge inzwischen sehr wohl Eingang in die praktische Verwendung als Rechtsbegriff gefunden hat. Und dies sowohl durch den Gesetzgeber als auch – wie von Büdenbender kritisiert<sup>46</sup> – durch die Rechtsprechung der Gerichte. In den Landesgesetzen von Baden-Württemberg (§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO), Bayern (Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO) und Thüringen (§ 71 Abs. 1 Nr. 4 KO) soll z. B. die kommunalwirtschaftliche Subsidiaritätsklausel, welche Einschränkungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit zugunsten privatwirtschaftlicher Wettbewerber regelt, nach dem Wortlaut des Gesetzes nur „außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge“ gelten. Das Bundesverfassungsgericht hat bestimmte kommunalwirtschaftliche Tätigkeiten als „typische, die Daseinsvorsorge betreffenden

Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften“<sup>47</sup> klassifiziert, mit der konkreten Rechtsfolge der fehlenden Grundrechtsfähigkeit des Versorgungsunternehmens. Auch in anderen Entscheidungen haben sich verschiedene Gerichte auf das Merkmal der Daseinsvorsorge bezogen.<sup>48</sup> Das Land Brandenburg hat 2011 das „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“<sup>49</sup> verabschiedet. Damit wird der Begriff der Daseinsvorsorge sehr wohl schon als Rechtsbegriff verwendet.

Auch dieser zweite Gesichtspunkt, die Verwendung des Begriffes in der Rechtspraxis, macht es erforderlich, die Daseinsvorsorge trotz aller Schwierigkeiten für die praktische Verwendung tauglich zu machen und nicht als unbrauchbar abzulehnen. Erforderlich ist daher eine klare Definition bzw. ein taugliches Einordnungsraster für Daseinsvorsorgeleistungen.

## 2.5 Merkmale von Daseinsvorsorgeleistungen

Trotz aller Diskussion um Gehalt, Sinn und Zweck des Daseinsvorsorgebegriffes wurden und werden bestimmte Wirtschaftsbereiche bzw. Leistungen in der rechtlichen Diskussion scheinbar völlig unstrittig der Daseinsvorsorge zugeordnet – andere dagegen nicht. Dies gilt z. B. für den öffentlichen Nahverkehr oder die Wasserversorgung, die als Daseinsvorsorge gelten, während z. B. die Lebensmittelversorgung, nicht darunter fallen soll. Und dies, ohne dass bislang ein dieser Einschätzung und Einordnung zugrunde liegendes verbindliches Einordnungsraster existiert.

Im Folgenden soll daher versucht werden, zunächst zumindest ein grobes Klassifizierungsmuster zur Einordnung von Tätigkeiten und Versorgungsleistungen in den Bereich der Daseinsvorsorge darzulegen und zu begründen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich eine gewisse Schwierigkeit daraus ergibt, dass bereits einzelne Leistungen relativ unstrittig einem Konzept zugehörig anerkannt sind, das Konzept selbst aber nicht einheitlich definiert ist. Man wird also zwangsläufig vor der Überlegung stehen, entweder das aufzustellende Konzept um

---

47 BVerfG, Beschl. vom 16.05.1989, Az: 1 BvR 705/88, NJW 1990, S. 1783.

48 z. B. BVerfG 1 Ablehnungsbeschluss vom 10.09.2008, BvR 1914/02, Rdn. 14; OLG München · Beschluss vom 19. 01.2012 · Az. Verg 17/11; Rdn. 36; OLG Düsseldorf · Beschluss vom 28.03.2012 · Az. VI-Verg 37/11, Rdn. 70; kritisch dagegen OLG Hamburg, Urteil vom 14.12.2010, Az. 1 Verg 5/19, Rdn. 19.

49 Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg, Teil I – Gesetze, 23. Jahrgang, Potsdam den 09.01.2012, Nr. 1.

die bereits bestehenden Leistungen der Daseinsvorsorge herum zu fassen, um diesen Leistungen in jedem Fall gerecht zu werden, oder aber das Konzept zunächst eigenständig zu entwickeln und danach zu betrachten, welche der etablierten Daseinsvorsorgeleistungen sich darunter fassen lassen.

Zunächst soll daher versucht werden, einheitliche Merkmale aus den bisher anerkannten Leistungen der Daseinsvorsorge heraus zu entwickeln.

### 2.5.1 Merkmal der Notwendigkeit

Erstes – wenn auch nicht einziges brauchbares Merkmal einer Leistung der Daseinsvorsorge ist ihre gesellschaftliche Notwendigkeit.

*Zacher* definiert Daseinsvorsorge als Bereitstellung oder Darreichung gewisser notwendiger oder als notwendig bewerteter Dienste oder Güter an den Bürger durch das Gemeinwesen oder zumindest unter gesteigerter Verantwortung und Kontrolle desselben<sup>50</sup>. Sozial sei Daseinsvorsorge insoweit, als dass sie durch die allgemeine Vorhaltung und Darreichung knapper Dienste und Güter die Bedeutung des sozialen Gefälles in der Gesellschaft für den Zugang zu diesen Diensten und Gütern entschärfe.<sup>51</sup> Demnach sind Sozialpolitik und Daseinsvorsorge nicht identisch, sondern bilden nur eine gemeinsame Schnittmenge. Daseinsvorsorge sei jener Teil der staatlichen Wohlfahrtspflege, in dem der Staat für den einzelnen Bürger sorgt.<sup>52</sup> Das Ziel der Vermeidung von Not ist Sozialpolitik und Daseinsvorsorge gemeinsam. Die Priorität der Daseinsvorsorge liege jedoch auf der Sicherheit und der Allgemeinheit der Versorgung, wohingegen Sozialpolitik die Unterschiede im Zugang zu Diensten und Gütern ausgleichen soll, die in den sozialen Verhältnissen des Nachfragers begründet sind.<sup>53</sup> *Hösch* sieht Daseinsvorsorge als staatliche Tätigkeit zur Verringerung wirtschaftlicher Knappheit<sup>54</sup>.

Ein sinnvolles Merkmal von Leistungen der Daseinsvorsorge scheint also ihre existentielle Notwendigkeit für das Gemeinwohl zu sein.<sup>55</sup> Jedwedem Versorgungsgut, welches gesellschaftlich als (überle-

---

50 Zacher in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, zu § 25, Rdn. 58.

51 Zacher a. a. O.

52 Rüfner in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 3, zu § 80, Rdn. 3.

53 Zacher, zu § 25, Rdn. 60.

54 Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 24.

55 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 48, Bocklet in; Bocklet/Cox, Die Zukunft der Daseinsvorsorge, S. 12, Cox a. a. O., S. 27.

bens-)notwendig angesehen wird, käme demnach zunächst erst einmal als Daseinsvorsorgeleistung in Betracht. Dieses Kriterium erscheint sinnvoll, wenn man – ganz dem Ausgangsgedanken Forsthoffs folgend – davon ausgeht, dass Daseinsvorsorge nur „elementare Lebensgüter“ betrifft, die sich der moderne Mensch nicht oder nicht mehr selbst beschaffen kann. Zudem wird durch dieses Merkmal der Kritik an einer unkontrollierten Ausweitung des Begriffes begegnet, die bald jedwedes staatliche Handeln als Daseinsvorsorge erfassen könnte.<sup>56</sup>

Wendet man dieses Einordnungskriterium nun versuchsweise auf einige derzeit als „typische“ Daseinsvorsorgeleistungen betrachteten Tätigkeiten an, scheint das Merkmal „Notwendigkeit“ zunächst zutreffend. Teilweise wird hier auch von zivilisatorischen Grundbedürfnissen gesprochen.<sup>57</sup> Wobei sich dann die Frage stellt, ob zivilisatorische Grundbedürfnisse sich mit zunehmendem technischen Fortschritt von der reinen Überlebensnotwendigkeit entfernen. So könnte man in naher Zukunft in unserem Kulturkreis den Zugang zum Internet möglicherweise als zivilisatorisches Grundbedürfnis verstehen, ohne dass durch sein Fehlen bereits das biologische Überleben in Frage gestellt wäre.

Unter existentieller Notwendigkeit muss daher eine Gesamtbeurteilung mit dem Standard eines modernen Industriestaates gewahrt bleiben, um einen allzu engen Blickwinkel zu vermeiden. Die Trinkwasserversorgung der Bevölkerung als existentiell notwendig einzustufen, ist insoweit noch verhältnismäßig leicht. Das Fehlen einer Straßenbeleuchtung oder eines funktionierenden öffentlichen Nahverkehrssystems führt dagegen nicht zur unmittelbaren sofortigen Lebensbedrohung einer Gesellschaft oder größerer Gruppen ihrer Mitglieder. Daseinsvorsorge und die damit abzusichernde Existenz bedeuten jedoch auch die Ermöglichung und Sicherung eines Daseins, das neben persönlicher Existenz auch auf persönlichem Selbstbewusstsein und eigenständiger Seinsgestaltung beruht.<sup>58</sup> Daseinsvorsorge ist damit Vorsorge zur optimalen Freiheitsverwirklichung.<sup>59</sup> Unter diesem Aspekt wird man auch Straßenbeleuchtung und öffentlichen Nahverkehr als existenznotwendig einstufen können.

---

56 befürchtet z. B. von Büdenbender, Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, S. 73.

57 Bausbach, Public Private Partnership im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht, DÖV 2006, S. 901 (902).

58 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 48.

59 Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 41.

Zu beachten ist weiterhin, dass sich die Notwendigkeit nicht an einer Einzelbedürftigkeit des jeweils einzelnen Bürgers orientieren kann, sondern nur an Standardbedürfnissen von Bevölkerungsgruppen. Ohne diese Einschränkung bestände tatsächlich die Gefahr, jedeswedes Bedürfnis eines Einzelnen gleich zur Staatsaufgabe zu erklären.

### 2.5.2 Sonderfall Lebensmittelversorgung

Nach dem Kriterium der Notwendigkeit müsste auch die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln – oder zumindest mit Grundnahrungsmitteln – zur Daseinsvorsorge gehören. Dies wird jedoch bislang durchweg abgelehnt.<sup>60</sup> Die Lebensmittelversorgung der Bevölkerung wird im Gegenteil oft als Gegenbeispiel einer nicht zur Daseinsvorsorge gehörenden Leistung verstanden, was teilweise – wie bei *Ossenbühl* auch – die Ablehnung des gesamten Merkmals der Notwendigkeit als untauglich zur Folge hat.<sup>61</sup> Wie ist also mit diesem Problem umzugehen?

Unstreitig dürfte zunächst sein, dass eine funktionierende Lebensmittelversorgung einer funktionierenden Trinkwasserversorgung von ihrer praktischen Bedeutung für das Überleben der Bevölkerung gleichgestellt werden kann und sogar wesentlich notwendiger als z. B. der öffentliche Nahverkehr erscheint.

Zu diesem gern verwendeten „Gegenbeispiel“ zur Daseinsvorsorge und den daraus scheinbar erwachsenden Abgrenzungsproblemen zu Aufgaben der Daseinsvorsorge, ist jedoch Folgendes festzustellen: Es ist keineswegs ein Absolutum, Lebensmittelversorgung im Rahmen einer Grundversorgung aus der Daseinsvorsorge vollständig herauszunehmen. In der Vergangenheit hat der Staat auch schon die Lebensmittelversorgung als Daseinsvorsorge erbracht.<sup>62</sup> Hierzu sei zunächst auf die Geschichte verwiesen: Der Betrieb öffentlicher Getreidespeicher – sogenannter Kornhäuser – in den nachrömischen Städten wird auch heutzutage noch als städtische Dienstleistung und damit als Teil der Daseinsvorsorge zur Vorbeugung von Hungersnöten angesehen.<sup>63</sup> Nach dem Ersten Weltkrieg sahen sich viele Kommunen gezwungen, aufgrund der Notlage in der Bevölkerung auch im Bereich der Lebensmittelversorgung

---

60 Knauff, *Der Gewährleistungsstaat*, S. 49.

61 *Ossenbühl*, *Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*, DÖV 1971, S. 513, (518).

62 Frank, *Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge*, S. 13.

63 Steckert, *Kommunalwirtschaft im Wettbewerb*.

kommunalwirtschaftlich tätig zu werden.<sup>64</sup> Auch zur Zeit der deutschen Teilung existierten im Westteil Berlins große staatliche Lager mit Grundnahrungsmitteln, um im Falle politischer Krisen – vergleichbar der Berlinblockade im Kalten Krieg – die Grundversorgung der Bevölkerung aufrechterhalten zu können. Derartige Beschaffung, Einlagerung und im Ernstfall Abgabe von Lebensmitteln durch den Staat wird man wohl auch zur Daseinsvorsorge rechnen müssen.

Insoweit ist das vermeintliche Gegenbeispiel der Lebensmittelversorgung bei näherer Betrachtung kein echtes Problem einer Daseinsvorsorge. Es macht allenfalls deutlich, dass im Rahmen einer Diskussion um den Daseinsvorsorgebegriff das Einordnungsmerkmal „Notwendigkeit“ nicht als alleiniges Kriterium zur Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes Versorgungsgut der Daseinsvorsorge angehört, ausreichend ist, sondern dieses durch weitere hinzutretende Merkmale ergänzt werden muss.

### 2.5.3 Privatwirtschaftliche Unerbringlichkeit

Als weiteres Kriterium zur Bestimmung von Leistungen der Daseinsvorsorge könnte zur Ergänzung des Merkmals der generellen Notwendigkeit der Leistung die Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch die Privatwirtschaft aufgestellt werden. Als echte Leistungen der Daseinsvorsorge würden demnach nur solche gesellschaftlichen Bedürfnisse zuzulassen sein, die nicht bereits durch die private Wirtschaft auch ohne jegliches staatliches Zutun ausreichend befriedigt werden. Aufgrund dieses Merkmals könnte dann auch die allgemeine Nahrungsmittelversorgung als Daseinsvorsorge abgelehnt werden, da in diesem Bereich derzeit kein Versorgungsmangel besteht.

Auf den ersten Blick betrachtet, hat das Kriterium der privatwirtschaftlichen Unerbringlichkeit auch bereits Eingang in die bisherige Diskussion um den Inhalt der Daseinsvorsorge gefunden. *Steckert* weist etwa darauf hin, dass historisch Leistungen der Daseinsvorsorge – auch ohne dass dieser Begriff bereits bekannt gewesen sei – schon immer dann erfolgt seien, wenn eine notwendige Leistung von Kaufleuten, Zünften und Handwerkern allein nicht erbracht werden konnte.<sup>65</sup> Ein derartiger Ansatz – Daseinsvorsorge beginne erst dort, wo die privatwirtschaftliche Versorgung mit notwendigen Leistungen endet – würde in der Konsequenz feststehende Staatsaufgaben verneinen.

---

64 Ronellenfitch in Hoppe/Uechtritz, Kommunale Unternehmen, § 1, Rdn. 17.

65 Steckert, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb, S. 12.



Auf den ersten Blick scheint diese Nachrangigkeit von Daseinsvorsorge im Verhältnis zur privatwirtschaftlichen Versorgung weithin Zustimmung zu finden: Rüfner sieht – wie bereits Ossenbühl – den Staat bei der Erbringung der Daseinsvorsorge in einer nachrangigen Verpflichtung. Solange die Daseinsvorsorge in einer den Bedürfnissen des Bürgers genügenden Weise geleistet wird, bestehe für den Staat kein Anlass, Leistungen durch eigene Einrichtungen anzubieten.<sup>66</sup> Nach Rüfner ist Daseinsvorsorge zwar eine wichtige öffentliche Aufgabe, aber keine Staatsaufgabe in der Weise, dass der Staat selbst die Leistung erbringen müsste.<sup>67</sup> Im Umkehrschluss soll der Staat bei fehlendem ausreichenden privaten Angebot zur Leistungserbringung verpflichtet sein.<sup>68</sup>

Diese Ansicht geht davon aus, dass Daseinsvorsorge primär von der privaten Wirtschaft erfüllt wird und der Staat nur ergänzend etwaige Fehlversorgungen auszugleichen hat. Wenn jedoch auch die private Wirtschaft Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen kann, dann ist das oben vorgeschlagene Kriterium der privatwirtschaftlichen Unerbringlichkeit kein taugliches Merkmal zur Beantwortung der Frage, ob überhaupt eine Daseinsvorsorge erbracht wird. Die Frage der Einbindung der Privatwirtschaft ist daher auf der Ebene zu klären, „wie“ eine Leistung, die als Daseinsvorsorge anzusehen ist, erbracht werden muss, aber nicht bei der Frage, „ob“ überhaupt eine Daseinsvorsorge vorliegen kann.

Dem Einordnungskriterium der privatwirtschaftlichen Unerbringlichkeit steht auch die Intention einiger Landesgesetzgeber in den eingangs zitierten §§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW, 71 Abs.1 Nr. 4 KO-Thüringen und Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO entgegen. In Brandenburg wurde am 15. Dezember 2011 das „Gesetz zur Stärkung der Daseinsvorsorge“ beschlossen, wonach in der brandenburgischen Kommunalverfassung das Subsidiaritätsprinzip der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden<sup>69</sup> sogar zu Gunsten der Gemeinden gelockert wurde. Eine Anwendung dieser Normen wäre bei einer Festlegung, dass eine Daseinsvorsorgeleistung ohnehin nur vorliegen kann, wenn diese Leistung nicht auch privatwirtschaftlich erbracht werden kann, gegenstandslos, da diese ja gerade die konkurrierende Überschneidung von privater und kommunaler Wirtschaft regeln sollen und es eine solche Überschneidung bei Annahme des Merkmals der privatwirtschaftlichen Unerbringlichkeit nicht geben dürfte.

---

66 Rüfner in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 3, zu § 80, Rdn. 16.

67 Rüfner in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 3, zu § 80, Rdn. 16.

68 Rüfner in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 3, zu § 80, Rdn. 29.

69 vgl. § 91 BbgKVerf.

Letztendlich würde dieses Kriterium ein fast völliges Verschwinden der Daseinsvorsorge mit sich bringen, da heutzutage wohl sämtliche Leistungen zur Befriedigung von notwendigen gesellschaftlichen Bedürfnissen auch privatwirtschaftlich erbracht werden können. Da ein solches Verschwinden der Daseinsvorsorge jedoch abzulehnen ist, kann das Merkmal der privatwirtschaftlichen Unerbringlichkeit nicht als taugliches Merkmal zur Abgrenzung von Daseinsvorsorgepflichten gesehen werden. Die Diskussion über die Frage der Stellung und Einbindung der Privatwirtschaft ist daher nicht zu führen, wenn es darum geht, ob eine Leistung überhaupt zur Daseinsvorsorge zu zählen ist. Die Einbindung bzw. Berücksichtigung privatwirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ist vielmehr bei der Frage, wie eine Leistung, die zur Daseinsvorsorge zugehörig ist, vom Staat gewährleistet werden muss.

#### 2.5.4 Infrastrukturerfordernis

Daseinsvorsorge wird teilweise auch als „die Erfüllung von standardisierten Bedürfnissen für jedermann“<sup>70</sup> definiert, um sie von reinen sozialen Fürsorgeleistungen abzugrenzen. Dieser Blickwinkel auf die Gesellschaft als Ganzes und die Erfüllung ihrer standardisierten Bedürfnisse verdeutlicht, dass Daseinsvorsorgeleistungen stets ein gewisses Maß an größerer Infrastruktur erfordern. Hier sei noch einmal darauf hingewiesen, dass sich die bereits betrachtete Notwendigkeit einer Leistung als erstes Merkmal der Daseinsvorsorge auf die Gesamtgemeinschaft und nicht das einzelne Individuum bezieht.

Ein weiteres taugliches Kriterium, um staatliche Daseinsvorsorgepflichten im Rahmen von existentiell notwendigen Leistungen genauer zu beschreiben und abzugrenzen, kann daher im Erfordernis einer größeren planmäßigen Infrastruktur gesehen werden, die vom Einzelnen nicht vorgehalten werden kann.

Die typischen als Daseinsvorsorge betrachteten Leistungen, wie Wasserversorgung, Öffentlicher Nahverkehr, Energieversorgung, Abfallentsorgung und andere Leistungen der Daseinsvorsorge, weisen ein Maß an technischer, planerischer und vor allem zentraler Infrastruktur auf, die durch das einzelne Individuum nicht mehr zu erfüllen wären.<sup>71</sup> Im Gegensatz zur sehr dezentralen Nahrungsmittelversorgung, welche zwar auch Infrastrukturen des Handels erfordert, bedürfen die

---

70 Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 71.

71 Berschin, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb, S. 10; Franz, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 12.

typischen Daseinsvorsorgeleistungen eines sehr hohen Grades an – zumindest regional – vereinheitlichter Infrastruktur. Im Bereich der Energie- und Wasserversorgung und auch in Teilen des öffentlichen Verkehrs, ist diese Infrastruktur durch Netze gekennzeichnet. Deren Vorhandensein ist Grundvoraussetzung, um die nachfolgende Versorgungsleistung – wie Energielieferung oder Transport – überhaupt durchführen zu können.

Man kann sogar so weit gehen zu sagen, dass die Schaffung und Unterhaltung dieser Infrastruktur den Hauptteil der eigentlichen Daseinsvorsorgeleistung bildet. Daseinsvorsorge sicherzustellen, bedeutet insoweit also die Wahrnehmung einer staatlichen Infrastrukturverantwortung. *Wübbels/Praetorius* bezeichnen Infrastrukturleistungen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge als „Fundament für eine funktionsfähige Volkswirtschaft und damit Lebensgrundlage jeder modernen Gesellschaft“.<sup>72</sup>

Hier erfolgt der Brückenschlag zum Konzept von Forsthoff. Denn der moderne Mensch ist ja faktisch nicht nur wegen einer irgendwie gearteten physischen Entfremdung von der Natur auf Daseinsvorsorge angewiesen, sondern schlichtweg, weil er allein nicht in der Lage wäre, die für seine Bedürfniserfüllung notwendige Infrastruktur herzustellen. Daseinsvorsorge ist insoweit Sicherung infrastruktureller Grundleistungen.<sup>73</sup> Somit stellen Infrastrukturnotwendigkeit und die daraus resultierende Infrastrukturverantwortung ein taugliches Merkmal zur Definition von Daseinsvorsorge dar.

### 2.5.5 Entgeltlichkeit

In der Diskussion um die Daseinsvorsorge lässt sich auch das Merkmal der Entgeltlichkeit finden. Tatsächlich ist festzustellen, dass Leistungen der Daseinsvorsorge von Kommunen oft mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden.<sup>74</sup> *Knauff* vertritt die Ansicht, dass Leistungen der Daseinsvorsorge stets das Merkmal der Zweiseitigkeit und Entgeltlichkeit aufweisen müssten.<sup>75</sup>

---

72 Wübbels/Praetorius, Daseinsvorsorge durch die kommunale Energiewirtschaft, IR 2009, S. 122.

73 Wübbels/Praetorius, Daseinsvorsorge durch die kommunale Energiewirtschaft, IR 2009, S. 122, (123).

74 Franz, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 817.

75 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 49.

Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Abgesehen von der Tatsache, dass auch die Aufnahme dieses Merkmals keine hinreichende Abgrenzung für die Frage ermöglicht, warum die Trinkwasserversorgung Teil der Daseinsvorsorge sein sollte und die Nahrungsmittelversorgung nicht, gibt es keinen praktischen Grund, warum Daseinsvorsorgeleistungen des Staates nicht auch kostenlos bzw. steuerfinanziert durch die Allgemeinheit erbracht werden könnten.

Weiterhin ist zu beachten, dass – wie bereits dargestellt – Schwerpunkt der Daseinsvorsorge die Infrastrukturleistung ist. Die tatsächlich vom Bürger in Anspruch genommene Einzelleistung, wie die Entnahme von Wasser oder Energie, bildet ja nur die Spitze der dahinter stehenden logistischen Versorgungsstruktur. Entgeltlichkeit ist daher kein notwendiges Kriterium einer Daseinsvorsorgeleistung.

### 2.5.6 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis der obigen Betrachtungen kann festgestellt werden, dass die Merkmale gesellschaftlicher Existenznotwendigkeit einzelner Leistungen und das Erfordernis einer einheitlichen Infrastruktur als Grundlage der Leistungserbringung begründbare Kriterien zur Festlegung und Abgrenzung von Daseinsvorsorgeleistungen sein können. Ergänzende Merkmale wie Entgeltlichkeit mögen zwar für derzeit zur Daseinsvorsorge gerechnete Leistungen deskriptiv sein, einer Überprüfung auf ihre Notwendigkeit und Geeignetheit hin, Leistungen der Daseinsvorsorge zu bestimmen, halten sie jedoch nicht stand.

Alternativ könnte man an der Position festhalten, den Begriff der Daseinsvorsorge als nicht vollständig beschreibbar stehen zu lassen und ihm den Status als eindeutig bestimmbar Rechtsbegriff dauerhaft zu verweigern. Dem stehen jedoch die bereits erwähnten Normen und Urteile entgegen, die den Begriff der Daseinsvorsorge an konkrete Rechtsfolgen knüpfen. Insoweit erscheint es unbefriedigend, den Begriff für „unklärbar“ zu belassen.

## 2.6 Die Erbringung der Daseinsvorsorge

Ist der Umfang der Verantwortung für die Daseinsvorsorge zumindest grob definiert, so wie es im vorausgegangenen Teilabschnitt versucht wurde, stellt sich die Frage, wie der Staat diese Vorsorge gewährleisten kann oder sogar muss. Unter einer Vielzahl von möglichen Modellen lassen sich zwei Konstellationen als gegensätzliche Grundmodelle

gegenüberstellen. Die Differenzierung erfolgt anhand der Rolle des Staates als dem leistenden oder lenkenden Staat:<sup>76</sup> d. h. dem leistenden Versorgungsstaat sowie dem infrastrukturverantwortlichen Gewährleistungsstaat.

### 2.6.1 Der Versorgungsstaat

Der naheliegenste Ansatz – wenn man Daseinsvorsorge zunächst als staatliche Leistung versteht – ist die Erbringung dieser Leistung durch den Staat selbst. Dies entspricht nicht der aktuellen politischen Situation, daher ist diese Betrachtung hypothetischer Natur:

In einem reinen Versorgungsstaat würden sämtliche Bedürfnisse der Daseinsvorsorge durch direkte eigene Leistung des Staates erbracht werden. Daseinsvorsorge wäre dort ausschließliche Staatsaufgabe und demzufolge aus dem Bereich der Privatwirtschaft und dem dort herrschenden konkurrierenden Wettbewerb herausgenommen. Staatliche Versorgungswerke müssten dann nach planwirtschaftlichen Gesichtspunkten zentralistisch oder möglicherweise in abgesteckten Gebietsmonopolen tätig sein. Der zu zahlende Preis für die jeweilige Daseinsvorsorgeleistung wäre nicht nach dem Prinzip der Gewinnmaximierung, sondern nach dem Grundsatz einer möglichst preisgünstigen Versorgung kalkuliert. In infrastrukturel schwachen Regionen würden einzelne Leistungen teilweise auch nicht kostendeckend erbracht, um die Leistung bezahlbar anbieten zu können.

Bei einigen Leistungen der Daseinsvorsorge, z. B. Wasserversorgung, Fernwärmeversorgung, Stromversorgung, könnte ein einheitlicher Anschluss- und Benutzungszwang für den Bürger bestehen, um hierüber einen maximal günstigen Versorgungspreis für alle erreichen zu können.<sup>77</sup>

Die Idee eines Versorgungsstaates ist in einem marktwirtschaftlich orientierten Staat oft nicht sonderlich populär. Sie wurde in Deutschland schon 1964 von Ludwig Erhardt abgelehnt. Das Fundament der sozialen Marktwirtschaft sei eine spezifische geistige Haltung: „die Bereitschaft, für das eigene Schicksal Verantwortung zu tragen und aus dem Streben nach Leistungssteigerung an einem ehrlichen freien Wettbewerb teilzunehmen“.<sup>78</sup>

---

76 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 63.

77 vgl. § 12 Kommunalverfassung des Landes Brandenburg; BVerwG vom 25.01.2006, Az.: 8 C 13.05 zur Zulässigkeit von Anschluss- u. Benutzungszwang in Satzungen.

78 Erhard, Wohlstand für Alle, S. 245.

Wie eingangs bemerkt, entspricht die Idee des Versorgungsstaates – speziell im Hinblick auf die Energiewirtschaft – nicht der gegenwärtigen Realität in Deutschland. Durch die Liberalisierung der Energieversorgung im Jahr 1998 wurde geradezu der gegenteilige Weg eingeschlagen. Gleichwohl lebt diese Staatsvorstellung noch immer bis in die Gegenwart fort. So findet sich z. B. im Parteiprogramm des Jahres 2011 der Partei „die LINKE“ unter anderem die Forderung, die „Daseinsvorsorge, die gesellschaftliche Infrastruktur, die Finanzinstitutionen und die Energiewirtschaft gehören in öffentliche Hand und müssen demokratisch kontrolliert werden. Sie dürfen nicht nach dem Profitekalkül privater Unternehmen geführt werden“.<sup>79</sup> Kommunale Unternehmen stehen bei der Bevölkerung im Ruf der Gemeinwohlorientierung.<sup>80</sup>

In der Online-Ausgabe der Frankfurter Rundschau erschien am 30. Dezember 2011 ein Leitartikel mit der Forderung „Verstaatlicht das Stromnetz!“.<sup>81</sup> Darin wird behauptet: „Die Energieversorgung nach Marktgesetzen ist gescheitert. Nur die öffentliche Hand, die schon heute permanent eingreifen muss, kann noch die Wende zum Ökostrom organisieren.“

Auch in Teilen der Bevölkerung ist die Idee einer „Verstaatlichung von Konzernen“, die im Bereich der Daseinsvorsorge tätig sind, populär. So findet sich z. B. auf der Website der Bundeskanzlerin Angela Merkel<sup>82</sup> eine Bürgeranfrage mit dem Inhalt, warum denn keine Verstaatlichung der Energiekonzerne erfolge, da diese in der Vergangenheit „die Regierung und die Bevölkerung betrogen und ihre Machtposition missbraucht“ hätten.<sup>83</sup> In der entsprechenden Antwort des Kanzleramtes wird darauf verwiesen, dass eine solche Verstaatlichung nicht geplant und zudem „gegen die Wirtschaftsordnung“ sei.<sup>84</sup>

---

79 Programm der Partei „Die LINKE“, Beschluss der 2. Tagung des 2. Parteitagess vom 21.–23.10.2011, Erfurt, S.30.

80 Wübbels/Praetorius, Daseinsvorsorge durch die kommunale Energiewirtschaft, IR 2009, S. 122.

81 Jochen Schlandt, Verstaatlicht das Stromnetz!, Frankfurter Rundschau Online, 30.12.2011, <http://www.fr-online.de/meinung/leitartikel-verstaatlicht-das-stromnetz-1472602,8501702.html>.

82 Internet: <http://direkturkanzlerin.de/>.

83 Anfrage vom 30.05.2011, Internet: <http://direkturkanzlerin.de/messages/warum-werden-energiekonzerne-nicht-verstaatlicht-32811>.

84 Anfrage vom 30.05.2011, Internet: <http://direkturkanzlerin.de/messages/warum-werden-energiekonzerne-nicht-verstaatlicht-32811>.

Eine politische Wertung derartiger Forderungen soll an dieser Stelle nicht erfolgen. Es ist jedoch festzustellen, dass gerade in Krisenzeiten<sup>85</sup> dem Staat oft ein größeres Vertrauen in die Erbringung der Daseinsvorsorge entgegengebracht wird als der Privatwirtschaft. Die Idee des Versorgungsstaates lebt also trotz marktwirtschaftlicher Wirtschaftsordnung fort. Hierzu ist auch auf die Entscheidung des EuGH vom 22. Oktober 2013 zu verweisen, wonach ein in den Niederlanden bestehendes Verbot der Privatisierung des Betriebs von Energieversorgungsnetzen nicht gegen europäisches Recht verstößt, wenn im Einzelfall berechnete Gründe für ein solches Privatisierungsverbot vorliegen.<sup>86</sup> Mitgliedstaaten dürften das Ziel verfolgen, für bestimmte Unternehmen eine Zuordnung des Eigentums in öffentlicher Trägerschaft einzuführen oder aufrecht zu erhalten.<sup>87</sup>

## 2.6.2 Der infrastrukturverantwortliche Gewährleistungsstaat

Das Gegenmodell zum Versorgungsstaat ist im sogenannten Gewährleistungsstaat zu sehen. Dieser wird definiert als: „der an seiner konkreten Gemeinwohlverantwortung festhaltende Staat, der die Instrumente zur eigenhändigen, also unmittelbaren Aufgabenerfüllung aufgegeben hat und den prinzipiellen sozialgestalterischen Anspruch des wohlfahrtsorientierten Erfüllungsstaates fortführt, indem er auf bestimmte positive gesellschaftliche Verhältnisse und Zustände zielt und sich weiterhin in der Letztverantwortung sieht“.<sup>88</sup> Der Gewährleistungsstaat geht dabei nicht grundsätzlich von anderen zu erfüllenden Aufgaben aus, sondern von einem anderen Rollenverständnis bei der Erfüllung dieser Aufgaben.<sup>89</sup> Im Gewährleistungsstaat werden die für den einzelnen Bürger notwendigen Leistungen nicht vom Staat selbst erbracht. Die Daseinsvorsorge wird im Gewährleistungsstaat lediglich als Verpflichtung des Staates gesehen, zu gewährleisten, dass die dem jeweiligen Stand der Zivilisation entsprechenden Grundbedürfnisse

---

85 Hintergrund war hier der Atomausstieg und die Reaktorkatastrophe von Fukushima 2011.

86 EuGH, Urteil vom 22.10.2013, zu den Verfahren C-105/12, C-106/12 und C 107/12.

87 EuGH, Urteil vom 22.10.2013, zu den Verfahren C-105/12, C-106/12 und C 107/12. Rdn. 31.

88 Franzius, Der Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat, 2003, S. 493 (494).

89 Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 17.

des Einzelnen befriedigt werden.<sup>90</sup> Waechter spricht in diesem Zusammenhang sehr plastisch von einer „Ausfallbürgschaft des Staates“. Bei einer Schlechterfüllung durch Private müsse der Staat zunächst auf diese einwirken und nur als ultima ratio die Aufgabe wieder entprivatisieren.<sup>91</sup>

Diesem Modell liegt in der Regel der überzeugungsmäßige Ansatz zugrunde, dass Privatwirtschaft stets effektiver sei als Staatswirtschaft.<sup>92</sup> Im Gegensatz zum Leistungsstaat wird der Staat hier gerade nicht selbst zur Leistungserbringung tätig. Im Regelfall genügt für die Sicherstellung der benötigten Daseinsvorsorgeleistung seine Aufsicht und Auftragsvergabe.<sup>93</sup> Der selbst produzierende Staat wird bei diesem Konzept als ineffizient angesehen und daher durch einen reinen Regulierungsstaat ersetzt, der die praktische Aufgabenerfüllung den privaten Märkten überlässt.<sup>94</sup>

*Schuppert* betrachtet den Gewährleistungsstaat unter dem Blickwinkel eines Rückzugs des Staates auf die Wahrnehmung genuiner Hoheitsaufgaben mit dem Ziel der Verschlankung, allerdings nicht ohne den möglicherweise negativ besetzten Begriff des Rückzugs hier eher als einen Funktions- und Perspektivwandel des Staates zu bewerten.<sup>95</sup> Generell wird der Gewährleistungsstaat von seinen Anhängern keineswegs durchweg als Rückzug des Staates aus der Verantwortung verstanden, da er weiterhin „als Rahmensetzer und Regulierer im Spiel bleibe“.<sup>96</sup> Gewährleistungsverantwortung wird als Regulierungsverantwortung verstanden. Der Gewährleistungsstaat gebe daher das bisher noch selbst wahrgenommene Aufgabenterrain nicht Preis, sondern stelle durch geeignete Maßnahmen weiterhin die Erfüllung sicher. Der Gewährleistungsstaat sei daher „kein Staat auf dem Rückzug“.<sup>97</sup> Durch den Wandel des Aufgabenverständnisses könne nun privates Engagement für das Gemeinwohl genutzt werden, da der Gewährleistungsstaat auf eine Verantwortungsteilung zwischen Staat und Bür-

---

90 Bausbach, Public Private Partnership im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht, DÖV 2006, S. 901 (904).

91 Waechter, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, S. 278.

92 Klaue, Wettbewerb und Privatisierung, RdE 1994, S. 51.

93 Hösch, Kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 30, Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 64.

94 Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 14.

95 Schuppert, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 761 (766).

96 Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 18.

97 Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 19.



ger setze.<sup>98</sup> Franzius versteht einen solchen Staat als „modern“ und verknüpft damit die Hoffnung, auch die eigene private Leistungserbringung werde sich dadurch stärker an Gemeinwohlanforderungen ausrichten.<sup>99</sup> Schuppert spricht hier von einer „Nutzung bürgerschaftlicher Gemeinwohlkompetenz“.<sup>100</sup>

Es ist nicht zu übersehen, dass die Anhänger des Gewährleistungsstaates große Hoffnungen auf eine bessere Aufgabenerfüllung damit verbinden. Die Idee des versorgenden Staates wird dabei abgelehnt. Knauff kritisiert als ein Befürworter des Gewährleistungsstaates dementsprechend das Konzept einer staatlichen Daseinsvorsorge im Sinne Forsthoffs als Konzeption eines autoritären und totalen Verwaltungsstaates.<sup>101</sup>

Teilweise wird sogar vertreten, dass der Staat im Rahmen seiner Gewährleistung sich auch aus der aktiven Rechtssetzung teilweise zurückziehen müsse. Der Gewährleistungsstaat müsse nicht mehr alles Recht selbst setzen, sondern veranlasse und fördere die Regelung bestimmter Bereiche durch Private, vor allem durch Wirtschaftsverbände, Fachvereinigungen und ähnliche Organisationen.<sup>102</sup> Selbstregulierung sei ein zentraler Baustein im Rechtsetzungssystem des Gewährleistungsstaates.<sup>103</sup> Das Konzept des Gewährleistungsstaates ermögliche nicht nur, sondern dränge geradezu danach „das engere Gehäuse des die Produktion von Rechtsnormen monopolisierenden Staates zu verlassen und stattdessen von dem Befund einer Pluralität potentieller oder aktueller Normproduzenten auszugehen“ sowie „danach zu fragen, unter welchen rechtlich geordneten institutionellen Bedingungen eine solche private oder auch halbstaatliche Normsetzung mit der Gemeinwohlverantwortung des Staates vereinbar ist“.<sup>104</sup>

*Vesting* findet das Modell des Gewährleistungsstaates „wenig durchdacht“ und kritisiert an den bisherigen Auffassungen, dass darin noch immer an einer alteuropäischen Staatstradition, insbesondere an der Vorstellung eines souveränen Nationalstaates im Großen und Ganzen

98 Franzius, Der Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat, 2003, S. 493.

99 Franzius, Der Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat, 2003, S. 493 (495).

100 Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 20.

101 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 45.

102 Müller, Rechtsetzung im Gewährleistungsstaat in: Staat-Kirche-Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, S. 227, (234).

103 Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 36.

104 Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 38.

festgehalten werde. Die Vorstellung eines „Gewährleistungsstaates“, der eine mehr oder weniger umfassende „Gewährleistungsverantwortung“ trage, leuchte schon angesichts der Pluralisierung der relevanten normsetzenden und entscheidungsbefugten Instanzen wenig ein.<sup>105</sup> Die globale „Informations-“ oder „Wissensgesellschaft“ produziere gerade Zwänge der transnationalen Kooperation von öffentlichen Organisationen, die dann über Modelle wie „Gewährleistungsgemeinschaft“ aufgefangen werden müssten. Damit wäre aber die Politik als Weltsystem für die informationstechnologische Entwicklung verantwortlich – und nicht der Staat.<sup>106</sup> Der Staatsbegriff als solcher wird dabei zwar nicht für die Zukunft abgelehnt, aber zumindest kritisch hinterfragt. Die Vorstellung einer politisch definierten Staatsgesellschaft sei zumindest zu eng geworden.

*Buchmann* spricht statt vom Gewährleistungsstaat vom „Steuerstaat“, den er als Gegenposition zum „wirtschaftenden Staat“ benennt. Die Mittel, die die öffentliche Hand für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, werden nach Buchmann im Steuerstaat durch die Erhebung von Steuern eingenommen und nicht durch die eigene wirtschaftliche Tätigkeit zu Lasten der Steuerzahler.<sup>107</sup>

In der Gesamtschau bleibt festzustellen, dass die Anhänger des Gewährleistungsstaates einer Aufgabenerfüllung durch die Privatwirtschaft den Vorzug vor eigenem staatlichen Handeln geben. Die verbleibenden Staatsaufgaben bzw. der Grad der Delegation werden dabei höchst unterschiedlich gesehen. Am weitesten geht sicherlich die Forderung, der Staat solle auch die Regulierung der Aufgabenerfüllung vorrangig der Wirtschaft überlassen.

### 2.6.3 Public Private Partnership

Eine besondere Form der Erbringung von staatlichen Leistungen stellt die Public Private Partnership dar. Es fehlt bislang an einer Definition des Begriffes für die Praxis. In der Praxis wird der Begriff daher oft für jede beliebige Zusammenarbeit von öffentlichen und privaten Akteuren herangezogen.<sup>108</sup> Der Begriff der Public Private Partnership (kurz PPP) beschreibt im weitesten Sinne die langfristig vertraglich geregelte Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und privaten Beteiligungs-

---

105 Vesting, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat, S. 25.

106 Vesting, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat, S. 25.

107 Buchmann, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, S. 238.

108 Kritisch dazu: Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 14.

partnern zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Dabei werden die erforderlichen Ressourcen von den Partnern in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und die Projektrisiken angemessen verteilt.<sup>109</sup> Ziel einer Public Private Partnership ist es, vermeintlich effizientere Managementkonzepte der Privatwirtschaft durch PPP für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu nutzen.<sup>110</sup> Das Konzept der Public Private Partnership orientiert sich damit am Prinzip des Gewährleistungsstaates.<sup>111</sup>

*Budäus* will die PPP in Abgrenzung zu anderen Kooperationsformen dadurch gekennzeichnet sehen, dass im Rahmen einer PPP auf vertraglicher Basis eine „schlecht strukturierte Aufgabe“ wahrgenommen werden soll. Eine Aufgabe soll hierbei als schlecht strukturiert anzusehen sein, wenn es nicht möglich ist, von vornherein alle einzelnen Rechte, Pflichten, Kosten, Leistungen und Risiken der Partner im Detail festlegen zu können. Eine Aufgabenbewältigung ist in dieser Situation nur durch kontinuierliche (Neu-)Abstimmung der Partner möglich.<sup>112</sup> Eine Kooperation, bei der von vornherein all diese Punkte vertraglich festgelegt werden (können), stellt nach diesem Definitionsansatz keine PPP dar. *Püttner* betont die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks der Partner als Merkmal der PPP in Abgrenzung zu einem rein schuldrechtlichen Austausch von Leistungen, wobei hier auch Mischformen möglich sind.<sup>113</sup> *Ronellenfitch* betrachtet die PPP als „importierte Moderscheinung“, die aus „einem Flickenteppich von Modellen“ bestehe und sich daher einer einheitlichen rechtlichen Bewertung entzöge.<sup>114</sup>

Das Prinzip der PPP lässt sich tatsächlich in eine Vielzahl von Kategorien aufspalten: Befristete projektbezogene PPP in Abgrenzung zur auf Dauer angelegten PPP, vertragliche Regelungen oder eine institutionalisierte PPP, z. B. in der Form eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens.

*Bausbach* will zumindest drei grobe Modelltypen der PPP ausgemacht haben, nämlich das Betreibermodell, das Konzessionsmodell

---

109 Alfen/Fischer in Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 3.

110 Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 13.

111 Budäus a. a. O.

112 Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 15.

113 Püttner in Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 99.

114 Ronellenfitch in Hoppe/Uechtritz, Kommunale Unternehmen, § 2, Rdn. 24.

und das Kooperationsmodell.<sup>115</sup> Die Modelltypen orientieren sich an der Aufgabenverteilung zwischen öffentlicher Hand und privatem Partner, sowie dem Verhältnis des Bürgers zu den Beteiligten der PPP. Beim *Betreibermodell* erbringt der Private eine anlagenbezogene Leistung (Planung, Bau, Finanzierung oder Betrieb) für die öffentliche Hand, die mittels dieser Anlage dann eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Im Verhältnis zum Bürger tritt dabei jedoch nur die öffentliche Hand auf. Beim *Konzessionsmodell* dagegen erbringt der Privatpartner die Leistung direkt gegenüber dem Nutzer und begründet mit diesem eine eigene Rechtsbeziehung, über die auch direkt Leistungsentgelte erhoben werden. Bei *Kooperationsmodellen* schließen sich Staat und privater Partner direkt zur gemeinsamen Leistungserbringung zusammen.<sup>116</sup>

Die PPP ist auch im Bereich der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen möglich.<sup>117</sup> So sehen z. B. § 56 Satz 3 Wasserhaushaltsgesetz und § 16 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz die Möglichkeit einer Beteiligung Dritter bei der Aufgabenerfüllung vor. Bauer weist darauf hin, dass in der bisherigen Praxis jede Öffentlich Private Partnerschaft früher oder später beendet worden sei.<sup>118</sup>

#### 2.6.4 Bewertung der Modelle

Die Bewertung dieser beiden dargestellten Staatsmodelle und insbesondere die Entscheidung für eines dieser Modelle muss letztendlich immer eine politische Entscheidung sein. Beiden Modellen gemein ist der Wunsch, die notwendigen Leistungen der Daseinsvorsorge optimal zu erbringen. Keines dieser beiden Modelle bringt eine Beschränkung des für den Bürger verfügbaren Leistungsumfanges mit sich.

Der beschriebene Versorgungsstaat ist kein Modell gegenwärtiger Realität. Wie bereits angedeutet, geht die heutige Auffassung von Daseinsvorsorge nicht mehr vom leistenden Versorgungsstaat aus, der sämtliche Leistungen der Daseinsvorsorge selbst erbringt. Vielmehr kann und wird Daseinsvorsorge in zunehmendem Maße auch

---

115 Bausbach, Public Private Partnership im deutschen Öffentlichem Recht und im Europarecht, DÖV 2006, S. 901 (902).

116 Bausbach, Public Private Partnership im deutschen Öffentlichem Recht und im Europarecht, DÖV 2006, S. 901 (902).

117 Schäfer/Thiersch, in Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 85.

118 Bauer, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV, S. 329, (337).

von Privaten erbracht.<sup>119</sup> Die Aussage vieler Befürworter des reinen Gewährleistungsstaates, dass Privatwirtschaft stets effektiver sei als Staatswirtschaft,<sup>120</sup> ist – wie die gesamte Diskussion um Daseinsvorsorge und Privatisierung – stark ideologisch geprägt und kann in dieser Absolutheit nicht geteilt werden.

Spektakuläre Fälle von Firmenkonkursen und Managementversagen bei größeren Unternehmen in der jüngeren Zeit sowie die Finanz- und Bankenkrise des Jahres 2010 vermögen ernsthafte Zweifel an einer generellen Überlegenheit der Privatwirtschaft zu schaffen.<sup>121</sup> Im Bereich der Energieversorgungswirtschaft sorgte die Insolvenz der TelDaFax Unternehmensgruppe im Jahr 2011<sup>122</sup> für großes Aufsehen. Viele Kunden verloren bereits eingezahlte Entgelte für die Belieferung bzw. erhielten dafür nicht die erhofften Lieferleistungen. Gegen mehrere Verantwortliche der Geschäftsleitung wurden sogar Strafverfahren eingeleitet. Zu beachten ist weiterhin, dass bei einer privatwirtschaftlich erbrachten Daseinsvorsorge, die hieraus erwachsenden Gewinne – und eine privatwirtschaftliche Daseinsvorsorge wird letztendlich immer gewinnorientiert arbeiten müssen – nicht der Allgemeinheit zugutekommen.

Der Staat ist im reinen Gewährleistungsstaat darauf beschränkt, selbst nur in wirtschaftlich unattraktiven und unrentablen Wirtschaftsbereichen tätig zu werden, da es nur hier an einem ausreichenden Engagement der gewinnorientierten Privatwirtschaft fehlen wird und dann seine Gewährleistungsverantwortung greift. Gewinnträchtige Bereiche müsste er dagegen der Privatwirtschaft überlassen. Letztendlich bedeutet dies eine Privatisierung der Gewinne aus der Daseinsvorsorge bei gleichzeitiger Sozialisation der Verluste. Eine Quersubventionierung unrentabler Bereiche der Daseinsvorsorge mit profitablen kann in einem solchen Modell nicht erfolgen.

Letztendlich bleibt die Entscheidung für die Erbringung von Daseinsvorsorge in Richtung eines dieser Modelle eine politische Frage und damit auch den sich zyklisch wandelnden Staatsvorstellungen unterworfen. Festzustellen bleibt, dass der derzeitige Trend eindeutig in Richtung Gewährleistungsstaat geht, ohne dass sich aber der Staat und

---

119 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 50; Rüfner, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 3, zu § 80, Rdn. 16.

120 Klaue, Wettbewerb und Privatisierung, RdE 1994, S. 51.

121 Verwiesen sei auf den Konkurs des Baukonzerns Philip Holzmann, den Verlust der Handysparte des Siemenskonzerns, sowie die sog. „Schmiergeldaffäre“, gleichfalls bei Siemens.

122 Eröffnungsbeschluss des Amtsgerichts Bonn vom 01.09.2011, Az. 98 IN 163/11.

hier insbesondere die Kommunen (speziell bezogen auf den Bereich der Energieversorgung) aus einer eigenen wirtschaftlichen Betätigung zurückgezogen hätten.

# 3 Energieversorgung als Teil der Daseinsvorsorge

Nach der zunächst erfolgten generellen Betrachtung und Definition des Daseinsvorsorgebegriffes soll nun vor diesem Hintergrund der spezielle Bereich der Energieversorgung vertieft betrachtet werden.

## 3.1 Begriff der Energieversorgung

Unter Energieversorgung versteht man heute im Allgemeinen die leitungsgebundene Versorgung mit Strom, Gas oder Fernwärme.<sup>123</sup> Das EnWG<sup>124</sup> definiert in § 3 Nr. 18 EnWG ein Energieversorgungsunternehmen als natürliche oder juristische Person, die Energie an andere liefert, ein Energieversorgungsnetz betreibt oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzt. Energieversorgung ist daher praktisch immer an ein entsprechendes Versorgungsnetz gebunden.<sup>125</sup> In Einzelfällen, wie z. B. dem sog. Wärmecontracting oder der Direktversorgung, kann sich der bauliche Umfang des notwendigen Versorgungsnetzes freilich bereits in einer entsprechenden Versorgungsleitung erschöpfen.

## 3.2 Geschichte der Energieversorgung in Deutschland

Als ein frühes Beispiel einer staatlichen allgemeinen Versorgungswirtschaft kann wohl die bereits von den Römern in einigen Städten eingeführte Wasserversorgung betrachtet werden. In Köln wurde z. B. im 1. Jh. n. Chr. eine Überlandleitung zur Wasserversorgung aus der Eifel gebaut, deren Liefermenge sogar das Drei- bis Vierfache des heutigen Verbrauchs betrug.<sup>126</sup>

---

123 Püttner, *Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung*, DÖV 1990, S. 461, (462).

124 Stand: Energiewirtschaftsgesetz vom 7.07.2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes vom 7.03.2011 (BGBl. I S. 338) geändert worden ist.

125 Theobald, *Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts*, S. 52.

126 Linkohr, *Wieviel Liberalisierung verträgt der Energiesektor?*, RdE 1995, S. 57 (58).

Die heutige leitungsgebundene Energieversorgung ist ein Kind der Industrialisierung. Bis ins 18. Jh. hinein konnte als Energiequelle fast ausschließlich nur die reine menschliche und tierische Kraft genutzt werden. Eine Ausnahme hierzu bildete wohl lediglich die schon frühe Ausnutzung der kinetischen Energie von Wind und Wasser im Bereich des Mühlenantriebs.

### 3.2.1 Gasversorgung

Das erste Betätigungsfeld kommunaler Energieversorgung war das Gebiet der Gasversorgung. In den Jahren zwischen 1830 und 1870 wurden erste Gaswerke zur Straßenbeleuchtung und Energieversorgung errichtet. So wurde zum Beispiel 1826 die erste Berliner Gasanstalt in Betrieb genommen (Gitschiner Str. 18-31) und diente der Beleuchtung zentraler Straßen.

Ebenfalls im Jahr 1826 erfolgte die erste öffentliche Gasversorgung in Hannover.<sup>127</sup> Zunächst bestand zwar die Tendenz, diese Versorgung der Gasbeleuchtung und der Haushalte privaten Unternehmen zu überlassen. So wurde auch die erste Berliner Gasanstalt von einer englischen Gasgesellschaft<sup>128</sup> betrieben.

Später entschlossen sich jedoch immer mehr Kommunen, die Gasversorgung selbst zu übernehmen. Dieses resultierte zum einen aus schlechten Erfahrungen im Hinblick auf Qualität und Preis der Gasversorgung durch die privaten Unternehmen, zum anderen stellte sich das wirtschaftliche Risiko derartiger Unternehmensgründungen als relativ gering dar.<sup>129</sup> Die erste kommunale Gasanstalt in Deutschland wurde 1828 in Dresden gegründet. Lange Zeit hatte die Energieversorgung nur regionale Bedeutung, da eine verbundene überregionale Versorgungsstruktur noch nicht existierte.<sup>130</sup>

Die Stadt Düsseldorf wurde zunächst durch eine 1846 konzessionierte private Firma mit Gas versorgt. Aufgrund fortdauernder Unzufriedenheit über die Qualität des gelieferten Gases und des Gaspreises übernahm die Stadt ab 1863 die Versorgung selbst und konnte trotz

---

127 Kreikenbaum, Kommunalisierung und Dezentralisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung, S.47.

128 Imperial Continentel Gas Association.

129 Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung S.13.

130 Bädenbender, Schwerpunkte der Energierrechtsreform 1998, S.5, Rdn. 7.



einer Senkung des Gaspreises um 50 % noch Gewinne verzeichnen.<sup>131</sup> Dieser historische Kontext wird bemerkenswerterweise höchst unterschiedlich interpretiert. Beispiele wie das der Stadt Düsseldorf dienen den Befürwortern von Rekommunalisierungsbestrebungen als Beleg, dass die öffentliche Hand die Energieversorgung als Daseinsvorsorgeleistung oft besser erbringen kann als private Anbieter. Befürworter von Privatisierungen dagegen verweisen darauf, dass ursprünglich Strom und Gas von privaten Unternehmen angeboten worden waren, „ehe Stadtväter auf die Idee kamen, die Versorgung mit diesen Produkten zur öffentlichen Aufgabe zu erklären“.<sup>132</sup>

### 3.2.2 Stromversorgung

Die Entwicklung der Elektrifizierung erfolgte mit etwa 50jähriger Verzögerung zur Gasversorgung. Erste Kleinkraftwerke zur Versorgung einzelner Gebäude durch private Unternehmen entstanden in den 1870er Jahren.<sup>133</sup> Die erste flächendeckende Versorgung mit Elektrizität in Deutschland erfolgte 1881 in Stuttgart. Im Jahr 1884 wurde das erste öffentliche Stromversorgungsunternehmen, die AG Städtische Betriebswerke in Berlin (später BEWAG), gegründet. Von der Zeit des 19. Jh.s – als die Elektrifizierung noch als reines Luxusgut betrachtet wurde<sup>134</sup> – haben wir uns mittlerweile weit entfernt. Heutzutage verbraucht jeder Deutsche im Schnitt etwa 16,9 kWh elektrischer Energie pro Tag. Ein Leben ohne Elektrizität scheint unvorstellbar geworden.

## 3.3 Einordnung der Energieversorgung als Daseinsvorsorge

Eine funktionierende Energieversorgung ist für einen modernen Staat im Industriezeitalter zweifellos von geradezu existentieller Bedeutung. Man kann wohl ohne Zweifel der These von *Linkohr* zustimmen, dass ein Zusammenbrechen dieser Versorgung auch das Ende des öffentli-

---

131 Püttner in Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 98; Püttner, Energieversorgung als kommunale Aufgabe, RdE 1992, S. 92, 95.

132 Klaue, Wettbewerb und Privatisierung, RdE, 1994, S. 51, (52).

133 Kreikenbaum, Kommunalisierung und Dezentralisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung, S. 50.

134 Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 1.

chen Friedens und der aktuellen Regierung bedeuten würde.<sup>135</sup> Schon die Banken- und Eurokrise der Jahre 2009–2011 führte in einigen Ländern zu starken Unruhen mit teilweise gewalttätigen Ausbrüchen, obwohl hier bislang im Regelfall für die Betroffenen nur eine Vermögensgefährdung mit der Befürchtung eines Vermögensverlustes bzw. einer allgemeinen Wohlstandsverringerung bestand. Der plötzliche Verlust der Energieversorgung hätte dagegen viel drastischere Folgen auf das Leben des Einzelnen, so dass auch mit noch drastischeren Folgen zu rechnen wäre. Hinzu kommt der praktische Gesichtspunkt, dass es dem Staat nur schwer möglich ist, ohne ausreichende Energieversorgung die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten. In der Stadt New York und in Gebieten des Westchester County nördlich von New York kam es am 13. Juli 1977 durch Blitzeinschläge zu Stromausfällen. Die Folge waren erhebliche Plünderungen und Unruhen, bei denen allein 3.800 Menschen festgenommen wurden und die Feuerwehr über 1.000 Feuer löschen musste.

Dass die Energieversorgung zum Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge zählt, ist heutzutage daher allgemeiner Konsens.<sup>136</sup> Das Bundesverfassungsgericht urteilte 1989, die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung gehöre zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften.<sup>137</sup> Im Jahr 1984 bewertete das Bundesverfassungsgericht die Sicherstellung der Energieversorgung als „eine öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung“. Die Energieversorgung gehöre zum Bereich der Daseinsvorsorge, sie sei eine Leistung, derer der Bürger „zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“.<sup>138</sup>

Dies ist besonders interessant vor dem Hintergrund, dass die Nutzung von Strom und Gas in ihrer Anfangszeit zuerst als Spielerei und dann als Luxus betrachtet wurden,<sup>139</sup> während heutzutage ein Leben ohne ausreichende Energieversorgung als menschenunwürdig bewertet wird. Dies stützt die These einer Fortentwicklung gesellschaftlicher

---

135 so zutreffend Linkohr, *Wieviel Liberalisierung verträgt der Energiesektor?*, RdE 1995, S. 57, (58).

136 Püttner, *Energieversorgung als öffentliche Aufgabe*, RdE 1992, S. 92, Theobald/Theobald, *Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts*, S.1; Frank, *Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge*, S. 13, 38, 48; Hellermann, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, S. 54.

137 BVerfG, *Beschl. vom 16.05.1989, Az: 1 BvR 705/88*, NJW 1990, S. 1783.

138 BVerfGE 66, 248.

139 Theobald/Theobald, *Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts*, S. 1.

Grundbedürfnisse und einer damit verbundenen Veränderung bzw. Erweiterung der Aufgaben der Daseinsvorsorge.

Bei Püttner zählt die Energieversorgung nicht zu den exklusiven Staatsaufgaben, deren Erfüllung nach der Lehre von Jellinek allein dem Staat zukommt, sondern zum Bereich der sog. „konkurrierenden“ Aufgaben, deren Erfüllung vom Staat mit anderen geteilt wird bzw. geteilt werden muss.<sup>140</sup> Insoweit stellt sich die Frage, in welchem Umfang der Staat im Rahmen der Daseinsvorsorge im Bereich der Energieversorgung tätig werden kann oder muss.

Bevor hierüber diskutiert werden kann, ist zunächst als Vorfrage zu klären, welche Anforderungen gegenwärtig überhaupt an eine moderne Energieversorgung zu stellen sind.

### 3.4 Anforderungen an eine moderne Energieversorgung

Betrachtet man die vom Gesetzgeber in § 1 EnWG festgelegten Ziele, so geben diese bereits die wesentlichen gegenwärtigen Anforderungen an die Versorgung der Bevölkerung mit Energie wieder. Benannt sind dort namentlich die Versorgungssicherheit, die Preisstabilität, die Verbraucherfreundlichkeit und Effizienz sowie die Umweltverträglichkeit der Energieversorgung. Dies sind zunächst einmal Ziele, die nicht spezifisch für die Energieversorgung gelten, sondern eigentlich als typisch für eine Leistung der Daseinsvorsorge anzusehen sind.<sup>141</sup>

Die Ziele des EnWG wurden dabei schrittweise erweitert. Das EnWG von 1935 stellte zunächst nur die Forderung nach Versorgungssicherheit und Preisgünstigkeit auf. Die Umweltverträglichkeit taucht als Ziel erstmals im EnWG von 1998 auf. Verbraucherfreundlichkeit und Effizienz wurden in der EnWG-Novellierung 2005 hinzugefügt.

#### 3.4.1 Versorgungssicherheit

Die Versorgungssicherheit ist eines der ältesten Ziele der gesetzlichen Regelungen zur Energiewirtschaft und war als Ziel bereits in der Präambel des EnWG 1935 zu finden. Versorgungssicherheit bedeutet schlichtweg, dass mengenmäßig ausreichend Versorgungskapazität verfügbar sein muss und hierfür gleichzeitig die technische Sicherheit

---

140 Püttner, Energieversorgung als kommunale Aufgabe, RdE 1992, S.92.

141 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S.50.

gewährleistet ist.<sup>142</sup> Die grundlegende Gewährleistung der Möglichkeit, Energie überhaupt zu beziehen ist mittlerweile im Alltag zur Selbstverständlichkeit geworden. Erst anhand größerer Versorgungslücken durch Naturkatastrophen oder Havarien wird uns die Abhängigkeit von einer gewissen Versorgungssicherheit und bei einem größeren Ausfall der Energieversorgung die eigene Verwundbarkeit vor Augen geführt.

Spektakuläres Beispiel der jüngeren Zeit war der große Stromausfall in New York im August des Jahres 2005, bei dem neben der Stadt New York weite Teile der USA von der Stromversorgung abgeschnitten waren. Man erinnert sich an die Bilder der eher orientierungslosen Menschenmassen, die zu Fuß die Stadt durchqueren mussten, da ohne Strom auch der öffentliche Nahverkehr nicht mehr aufrecht erhalten werden konnte, und die eine Stadt fast gänzlich ohne moderne Infrastruktur vorfanden, weil ohne Strom weder Aufzüge, Kassen, Geldautomaten, Mobilfunknetze, Wasserpumpen oder Straßenbeleuchtungen betrieben werden konnten. In Deutschland sei hierbei an den Stromausfall im Münsterland Ende November 2005 erinnert. Durch einen plötzlichen Wintereinbruch knickten 80 Strommasten um. Zeitweise waren mehr als 250.000 Bundesbürger von der Versorgung abgeschnitten. Der EuGH bezeichnete die Sicherheit der Energieversorgung in einer Entscheidung im Jahr 2013 sogar als „Kernelement der öffentlichen Sicherheit“.<sup>143</sup>

Wichtigstes Ziel einer modernen Energieversorgung bleibt damit, ihre grundlegende örtliche und mengenmäßige Verfügbarkeit auf Dauer zu gewährleisten. Dass diese Anforderung weiterhin steter Bemühungen bedarf, zeigen die aktuellen Debatten zur Energiewende und zur Abhängigkeit von ausländischen Rohstoffen wie Öl und Gas zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit. Versorgungssicherheit schließt aber auch die technische Sicherheit der zur Versorgung erforderlichen Anlagen mit ein.

Nach dem Monitoringbericht der Bundesnetzagentur für das Jahr 2012 gab es in der jüngeren Vergangenheit Zeiträume, in denen die Versorgungssicherheit zumindest kritisch war. Ein solch kritischer Zeitraum lag zwischen Weihnachten und Silvester 2011. Während dieser Zeit kam es laut BNetzA „teilweise zur erheblichen Überspeisung der Bilanzkreise. Es wurde mehr Strom erzeugt als verbraucht. Dabei wurde zeitweise die vorgehaltene negative Regelenergie ausgeschöpft, sodass ein Anstieg der Netzfrequenz im gesamten kontinentaleuropäischen

---

142 Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 1, Rdn. 36.

143 EuGH, Urteil vom 22.10.2013, zu den Verfahren C-105/12, C-106/12 und C 107/12.

Verbundnetz zu beobachten war. Dabei handelte es sich nicht um ein rein deutsches, sondern um ein europäisches Vorkommnis. Ein Zusammenhang mit dem deutschen Kernenergieausstieg war nicht gegeben.“<sup>144</sup>

### 3.4.2 Preisstabilität

Wenn die Versorgung mit Energie grundlegend gewährleistet ist, tritt die Frage der Preisstabilität bzw. Preisintensität massiv in den Vordergrund.<sup>145</sup> Auch die Gewährleistung einer preiswerten Energieversorgung findet sich daher bereits im EnWG 1935. Der Preis einer Ware ist stets Indikator der Knappheit eines Gutes und hat in einer Marktwirtschaft die Aufgabe, Angebot und Nachfrage zum Ausgleich zu bringen.<sup>146</sup>

*Schwintowski* bezeichnet die Energiepreise insoweit zutreffend als Brotpreise der modernen Industriegesellschaft.<sup>147</sup> Er setzt damit die Energieversorgung mit der Verfügbarkeit von Grundnahrungsmitteln gleich. Dem kann man zwar entgegenhalten, dass Nahrungsmangel noch gravierendere Auswirkungen hat als ein Mangel an ausreichender Energieversorgung, aber vermutlich wollte *Schwintowski* damit eher zum Ausdruck bringen, dass der geltende Energiepreis volkswirtschaftlich eine ähnliche Wirkmacht entfaltet wie der Brotpreis. Eine wirtschaftlich für den Einzelnen nicht mehr erschwingliche Energieversorgung kommt von ihrer Wirkung her einer mangelnden Versorgungssicherheit gleich. *Schlack* warnt im Zuge aktuell steigender Strompreise vor „Energiearmut“ in deutschen Haushalten.<sup>148</sup>

Gerade die in jüngster Zeit zu beobachtende teilweise massive Verteuerung von Energie macht dies deutlich. Wie in Abschnitt III. 4.1. noch ausführlich dargestellt wird, führt eine tatsächliche oder auch nur vermeintliche Verletzung von Preisstabilität in der Energieversorgung zu einem massiven Anstieg an gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Bürgern und Energieversorgern.

---

144 BNetzA, Monitoringbericht 2012, S.39.

145 Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 1, Rdn. 16.

146 Däuper, Gaspreisbildung und europäisches Kartellrecht, S.76/77.

147 Klaue/Schwintowski, EWeRK Sonderheft 12/08, Preisregulierung durch Kartellrecht, S. 6.

148 Schlack, Energiearmut – Herausforderung in Zeiten der Energiewende, EnWZ 2013, S.27.

## 3.4.3 Verbraucherfreundlichkeit

Verbraucherfreundlichkeit und Effizienz sind als energiepolitisch benannte Ziele des EnWG eher neuerer Natur und wurden erst in der vorletzten EnWG-Novelle von 2005 in die Zielbenennung des § 1 EnWG mit aufgenommen. Einer Empfehlung des Bundesrates, dieses Ziel wieder zu streichen, ist die Bundesregierung seinerzeit nicht gefolgt.<sup>149</sup> Da auch Versorgungssicherheit und die Sicherstellung einer preiswerten Energieversorgung schon Hauptschwerpunkte des Energieverbraucherinteresses bilden, stellt sich die Frage welche weitere Rechtfertigung dieses zusätzliche Merkmal besitzt.

*Säcker* rechtfertigt das Ziel der Verbraucherfreundlichkeit mit der steigenden Bedeutung der öffentlichen Hand in fast allen Lebensbereichen als Garant für die umfassende Wohlfahrt der Bürger.<sup>150</sup> Diese Wertung deckt sich mit dem Verständnis der Energieversorgung als Teil der staatlichen Daseinsvorsorge. *Salje* führt die Aufnahme des Verbraucherschutzes dagegen schlichtweg auf die Umsetzung der RL-Elt bzw. RL-Gas<sup>151</sup> zurück, welche die Mitgliedstaaten zur Gewährung eines hohen Verbraucherschutzniveaus verpflichtete.<sup>152</sup> Die Verbraucherfreundlichkeit des EnWG wird im Weiteren durch einzelne Rechtsverordnungen zum EnWG noch näher ausgestaltet.<sup>153</sup> Besonders die Transparenz wird als Merkmal der Verbraucherfreundlichkeit angesehen.<sup>154</sup> Demzufolge finden sich entsprechende Regelungen im EnWG wieder, so z. B. § 41 EnWG mit seinen Vorgaben zum notwendigen Vertragsinhalt für Energielieferverträge außerhalb der Grundversorgung oder § 42 EnWG zur Kennzeichnung der Stromzusammensetzung.

In der neuesten Novellierung des EnWG 2011 sind weitere Regelungen zur Verbraucherfreundlichkeit hinzugekommen. Der Pflichtenkatalog der Versorger nach §§ 41 und 42 EnWG wurde erweitert. Für Streitigkeiten zwischen Energieversorgern und Verbrauchern wurde mit den §§ 111a und 111b EnWG die Möglichkeit außergerichtlicher Schlichtungsverfahren zur Streitbeilegung geschaffen.

---

149 *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, zu § 1, Rdn. 40; BT-Drs. 15/4068, S.2, Ziffer 2.

150 *Säcker*, Berliner Kommentar zum Energierecht, zu § 1, Rdn. 40.

151 Art. 3 Abs. 5 Satz 2 RL-Elt; Art. 3 Abs. 3 Satz 4 RL Gas.

152 *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, zu § 1, Rdn. 40.

153 z.B. StromGvV/GasGvV, so auch *Säcker*, Berliner Kommentar zum Energierecht, zu § 1, Rdn. 40.

154 *Säcker*, Berliner Kommentar zum Energierecht, zu § 1, Rdn. 42.

Der Gesetzgeber erkennt daher zunehmend, dass gerade in einem liberalisierten Wettbewerbsmarkt neben Preisbilligkeit und Versorgungssicherheit ein höheres Maß an Verbraucherschutz erforderlich ist.

#### 3.4.4 Umweltverträglichkeit

Der Gedanke an die Notwendigkeit der Umweltverträglichkeit von Energieversorgung ist im Gegensatz zur Versorgungssicherheit und Preisstabilität – die bereits im Energiewirtschaftsgesetz von 1935 verankert waren – neueren Ursprungs und fand erst 1998 Eingang in das EnWG.<sup>155</sup>

Ein Anknüpfungspunkt ist in Art. 20a GG zu finden, wonach der Staat die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen hat. Umweltverträglichkeit steht nach *Säcker* dabei naturgemäß im Spannungsverhältnis zu den anderen Schutzgütern des § 1 EnWG und muss diesen ausreichend Raum lassen.<sup>156</sup>

Die wachsende Bedeutung dieser Zielvorgabe wird deutlich am Zuwachs, den die sogenannten „erneuerbaren Energien“, also die Nutzung von Wind- und Wasserkraft, Sonnenstrahlung und Biomasse, in den letzten Jahren erfahren haben. *Theobald* sieht gerade im wettbewerblichen System einen positiven Innovations- und Motivationsdruck für die Energieversorger, welcher dem Ziel der Umweltverträglichkeit zugeute käme.<sup>157</sup> Hier kann man diskutieren, ob er dabei nicht von einer etwas idealisierten Marktvorstellung ausgeht, denn auch der umgekehrte Effekt, die Senkung der Leistungsqualität und der Umweltverträglichkeit zugunsten eigener steigender Renditen sind als Schattenseiten des Wettbewerbsdrucks dem marktwirtschaftlichen System nicht fremd. Auch *Theobald* sieht insoweit ein Spannungsverhältnis der verschiedenen energiewirtschaftlichen Ziele.<sup>158</sup>

---

155 Riedel, Die Entwicklung des Energierechtes seit der Liberalisierung des Energiemarktes, \*studere Nr. 9, 2012, S. 51, (52).

156 Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, zu § 1, Rdn. 10.

157 Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, zu § 1 Rdn. 37.

158 Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, zu § 1 Rdn. 37.

### 3.4.5 Effizienz

Seit § 1 EnWG 2005 wird die Effizienz als energierechtliches Ziel vom Gesetzgeber festgeschrieben. Das Effizienzziel war ursprünglich nicht im Novellierungsentwurf 2005 enthalten, es wurde vom Wirtschaftsausschuss eingefügt. Im Rahmen der Begründung<sup>159</sup> wurde insbesondere das angestrebte Ziel der Kosteneffizienz betont.

Insoweit könnte man zunächst zu dem Schluss gelangen, dass Effizienz nur als eine Vorstufe bzw. Voraussetzung des Zieles der Preisgünstigkeit anzusehen ist. *Säcker* weist jedoch zutreffend darauf hin, dass Effizienz auch als ein ergänzender Belang der Umweltverträglichkeit betrachtet werden kann.<sup>160</sup>

Tatsächlich kann Effizienz als eigenständige Anforderung an eine moderne Energieversorgung als Leistung der Daseinsvorsorge angesehen werden. Effizienter Einsatz von Energie bedeutet auch Ressourcenschonung von nicht erneuerbaren Energien. Sowohl Umweltverträglichkeit als auch Preisgünstigkeit ergeben sich dann im Idealfall als Folge einer effizienten Verwendung von Energie.

Praktisch spielen die Effizienzbewertung und Effizienzsteigerung besonders im Rahmen der Netzentgeltregulierung eine Rolle. § 12 der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) sieht insoweit z. B. einen bundesweiten Effizienzvergleich für Betreiber von Energieversorgungsnetzen vor.

## 3.5 Umfang der staatlichen Verantwortung in der Energieversorgung

Weiterhin stellt sich die Frage, welchen Umfang die staatliche Verantwortung zur Sicherung der Energieversorgung als Daseinsvorsorge einnimmt.

### 3.5.1 Position: Ablehnung der staatlichen Betätigung

Ein Teil des Schrifttums sieht jedwede wirtschaftliche Betätigung des Staates kritisch und befürwortet daher eine Beschränkung des Staates auf seine hoheitlichen Tätigkeiten, ohne dabei in irgendeiner Form eine unternehmerische Funktion in der Produktion von Waren und Dienst-

---

159 Begründung abgedruckt in Salje, Energiewirtschaftsgesetz, zu § 1, Rdn. 41.

160 Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, zu § 1, Rdn. 23.



leistungen zu übernehmen. Konsequenterweise sollen dieser Ansicht nach die Exploration, die Förderung und der Betrieb von Leitungsnetzen sowie von Kraftwerken aller Art durch private Unternehmen besorgt werden.<sup>161</sup>

### 3.5.2 Position: Beschränkung der Daseinsvorsorge auf den Netzbetrieb

Weiterhin stellt sich mit der Einführung der Entflechtung von Netzbetrieb und Energielieferung im Rahmen der §§ 6 ff EnWG und der Neuregelung der Konzessionsvergabe durch die Gemeinden im Rahmen des § 46 EnWG die Frage, ob sowohl die Energielieferung als auch der Betrieb von Energieversorgungsnetzen nach heutigem Stand der Entwicklung (noch) Teil der Daseinsvorsorge sind, oder ob sich die Daseinsvorsorge vielleicht nur noch auf den Netzbetrieb beschränkt.

Betrachtet man die gesetzgeberische Entwicklung scheint tatsächlich Einiges für eine solche Annahme zu sprechen. Bis zum EnWG 1998 konnte eine Stadt oder Gemeinde durch Vergabe der Wegenutzungskonzession den alleinigen Energielieferanten für ihr Gebiet bestimmen, da die Möglichkeit der Energielieferung noch notwendigerweise den Besitz eines eigenen Versorgungsnetzes und hierfür wiederum einer gemeindlichen Wegenutzungskonzession erforderte.<sup>162</sup>

Mit Beginn der Liberalisierung wurde es plötzlich einer Vielzahl von Versorgern möglich in den jeweiligen Gemeindegebieten Kunden zu beliefern. Im Wege des diskriminierungsfreien Netzzugangs können seither fremde Netze zur Durchleitung von Energie genutzt werden. Dies ermöglicht es Lieferanten ohne den Erwerb einer eigenen Konzession von der Gemeinde die Belieferung von Letztverbrauchern durchzuführen.

Diese Entwicklung kann unter zwei Gesichtspunkten interpretiert werden: Folgt man der bereits dargestellten Auffassung von der Nachrangigkeit staatlicher Daseinsvorsorge vor der privatwirtschaftlichen Erfüllung notwendiger Versorgungsbedürfnisse kann man zu dem Ergebnis kommen, dass hier eine Daseinsvorsorgeaufgabe lediglich noch immer in der Sicherstellung des weiterhin monopolistischen Netzbetriebs gesehen werden kann. Die hiervon entflochtene Liefertätigkeit

---

161 Klaue, Wettbewerb und Privatisierung, RdE, 1994, S. 51.

162 Eine ausführliche Darstellung der energierechtlichen Wegenutzungskonzession erfolgt in Abschnitt VI.2.

wäre dagegen durch die Vielzahl potentieller privatwirtschaftlicher Lieferanten sichergestellt und nicht mehr Teil der Daseinsvorsorge.<sup>163</sup>

### 3.5.3 Staatliche Exklusivversorgung

Im Folgenden soll kurz die Möglichkeit des Staates dargestellt werden, die Energieversorgung als exklusive Staatsaufgabe vollständig allein zu besorgen.

Bei einer staatlichen Exklusivversorgung würde die Energieversorgung allein durch den Staat selbst geleistet werden und wäre somit der Betätigung durch privatwirtschaftliche Unternehmen vollständig entzogen. In einem solchen System würde nicht der Wettbewerb, sondern der Staat selbst die notwendigen Anforderungen an eine moderne Energieversorgung erfüllen müssen. Denkbar wäre entweder eine Mehrzahl staatlicher Energieversorgungsunternehmen in jeweils zugewiesenen regionalen Versorgungsgebieten oder die bundesweite Versorgung durch einen einzigen zentralen staatlichen Energieversorger.

Eine solche Organisation der Energieversorgung entspricht freilich weder der gegenwärtigen Realität, noch dem aktuellen politischen Gestaltungswillen. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass sie damit rechtlich noch nicht ausgeschlossen ist.

Art. 15 GG eröffnet dem Staat zumindest die Möglichkeit, Produktionsmittel zum Zwecke der Vergesellschaftung in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft zu überführen, auch wenn die Ausübung dieser Möglichkeit kritisch bewertet wird. *Durner* weist daraufhin, dass diese Vorschrift hohe rechtspolitische Symbolik bei gleichzeitig praktischer Bedeutungslosigkeit besitzt.<sup>164</sup> Weiterhin bezweifelt er, dass das Konzept des Art. 15 GG Antworten auf die gesellschaftlichen Fragen unserer Zeit liefern könne.<sup>165</sup> Gleichwohl ist Art. 15 GG, wie *Deppenheuer* zutreffend ausführt, bereits selbst Ausdruck der politischen Konkurrenz zweier konträrer Wirtschaftsformen: einerseits liberale, privatkapitalistisch organisierte Marktwirtschaft und andererseits Gemeinwirtschaft.<sup>166</sup>

---

163 Hütting/Hopp, Rekommunalisierung der Energieversorgung – kein vergaberechtsfreier Raum, RdE 2011, S. 255 (258).

164 Durner in Maunz/Dürig, Grundgesetz, zu Art. 15, Rdn. 1.

165 Durner, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, zu Art. 15, Rdn. 1.

166 Depenheuer, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, zu Art. 15, Rdn. 1).

In Zeiten der Liberalisierung der Energiewirtschaft mag die Vorstellung, einen kompletten Wirtschaftsbereich dem privatwirtschaftlichen Zugriff vollständig zu entziehen, zunächst tatsächlich sehr fremdartig erscheinen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine vollständige Aufgabenzuweisung auf dem Gebiet der Versorgungswirtschaft an den Staat dem deutschen Recht nicht völlig fremd ist. Derzeit schreibt § 56 Wasserhaushaltsgesetz<sup>167</sup> (WHG) vor, dass Abwasser von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu beseitigen und somit der direkten privatwirtschaftlichen Erfüllung entzogen ist.

Über die Frage der Sinnhaftigkeit einer solchen exklusiven staatlichen Aufgabenerfüllung oder den konkreten Anforderungen einer auf Art. 15 GG gestützten Umwandlung der Energiewirtschaft, sollen an dieser Stelle keine Betrachtungen angestellt werden. Festzuhalten bleibt, dass dem Staat eine solche Option bei der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge nicht grundsätzlich verwehrt ist.

#### 3.5.4 Bewertung

Wie bereits dargestellt, macht es die Auffassung von Daseinsvorsorge, der die Position der Beschränkung der Daseinsvorsorge auf den Netzbetrieb zugrunde liegt, unmöglich, feste Staatsaufgaben überhaupt zu definieren. Weiterhin stellt sich hier die Frage der Gewährleistungsverantwortung. Sofern der Staat bzw. die örtlichen Gemeinden zumindest auch in der Gewährleistungsverantwortung gesehen werden, falls im Einzelfall kein ausreichendes privatwirtschaftliches Angebot zur Verfügung steht, wäre die Aufgabe der Energielieferung auch weiterhin zur Daseinsvorsorge zu rechnen. Aus dem Blickwinkel der Gemeinden betrachtet, stellt sich dagegen die Frage, ob hier nicht ein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie i. S. d. Art. 28 Abs. 2 GG vorliegt, da den Gemeinden ein gewichtiger Teil der Einflussnahme auf die Ausgestaltung der örtlichen Energieversorgung entzogen wird. Diese gesamte Problematik soll nachfolgend noch einer ausführlichen Betrachtung unterzogen werden.

---

167

Wasserhaushaltsgesetz vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585), das durch Artikel 6 des Gesetzes vom 21.01.2013 (BGBl. I S. 95) geändert worden ist.

# 4 Wettbewerb und Liberalisierung in der Energieversorgung

Nach dem Begriff der Daseinsvorsorge ist nun der zweite zentrale Begriff, der Wettbewerb, näher zu untersuchen.

## 4.1 Begriff des Wettbewerbs

Das Wort Wettbewerb ist eine eingebürgerte Verdeutschung des Wortes Konkurrenz. Das Wort Konkurrenz stammt vom lateinischen *concurrere* her, das so viel bedeutet wie, „sich in einen Kampf einlassen“.<sup>168</sup> Im Wettbewerb wird von *Köhler/Bornkamm* eine „Urkraft menschlichen Handelns“, ein „natürliches Phänomen“ gesehen, das entsteht, wenn mehrere das Gleiche zu erreichen versuchen.<sup>169</sup> Wettbewerb verlangt dementsprechend zwingend Mitwettbewerber in Konkurrenz um ein gleiches Ziel.

Wirtschaftlicher Wettbewerb kann in dreifach abgestufter Weise betrachtet werden. Die erste Stufe bildet die gesamte Volkswirtschaft. Die zweite Stufe kennzeichnet den Wettbewerb um ein bestimmtes Erzeugnis auf dem Markt. Die dritte Stufe betrachtet das individuelle Unternehmen auf dem Markt innerhalb eines individuellen Marktausschnitts. Ziel des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist letztendlich die Verwirklichung einer Gewinnerzielungsabsicht.<sup>170</sup> Der wirtschaftliche Wettbewerb besteht zwischen konkurrierenden Wettbewerbern und erstreckt sich auf die Marktpartner, mit denen ein Geschäftsabschluss angestrebt wird. Ein Wettbewerbsverhältnis ist hierbei nicht auf homogene Güter beschränkt, sondern besteht auch für Substitutionsgüter. So stehen heute im Bereich der Wärmeversorgung z. B. Kohle-, Öl-, Gas und Fernwärmelieferanten trotz verschiedener Produktangebote

---

168 Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 20. Auflage 1998, S. 54, Rdn. 1.

169 Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Einl. UWG, 1.1.

170 Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 20. Auflage 1998, S. 55, Rdn. 5.

in einem Substitutionswettbewerb um denselben Kundenkreis.<sup>171</sup> Nach Buchmann ist Wettbewerb zunächst einmal nur als Wettbewerb Privater gedacht.<sup>172</sup> Bei wachsenden Märkten muss ein Wettbewerbsvorteil nicht zwangsläufig zu Lasten der Mitbewerber gehen.<sup>173</sup>

## 4.2 Historische Sichtweise: Der schädliche Wettbewerb

Lange Zeit wurde ein Wettbewerb im Bereich der Energieversorgung ausdrücklich abgelehnt. Die Betätigung von Energieversorgungsunternehmen erfolgte nach der Zielsetzung des Staates, wobei das privatwirtschaftliche Gewinnstreben hinter dem Versorgungsauftrag zurücktrat.<sup>174</sup>

### 4.2.1 Rechtslage in den Anfängen der Energieversorgung

In ihren Anfängen war die Energieversorgung gesetzlich nur rudimentär geregelt. Zu nennen ist hier das „Gesetz über elektrische Maßeinheiten“ vom 01. Juni 1898.<sup>175</sup> Dort wurden entsprechende physikalische Definitionen und Maßeinheiten (Volt, Ohm, Ampere ...) für die Abrechnung von Stromlieferungen festgelegt und legal definiert. Weiterhin wurde am 09. April 1900 das „Gesetz über die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit“<sup>176</sup> erlassen. Ein Indiz dafür, dass sich dieses Delikt zu häufen begann. Da Strom nicht als Sache im Sinne eines Diebstahls bewertet werden konnte,<sup>177</sup> musste der Gesetzgeber mit einem eigenen Straftatbestand – vergleichbar dem heutigen § 248 c StGB – reagieren. In Preußen zählten „elektrische Kraftanlagen“ nach dem „Gesetz betreffend die Kosten der Prüfung überwachungsbedürftiger Anlagen“ vom 08. Juli 1905 zu den überwachungsbedürftigen Anlagen.

Am 31. Dezember 1919 wurde zu einem Zeitpunkt wachsender Kommunalisierung der Energieversorgung dann ein „Gesetz betreffend

---

171 so auch BGH, Urteil vom 13.06.2007, Az.: VIII ZR 38/06.

172 Buchmann, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, S. 238.

173 Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Einl. UWG, 1.6.

174 Müller, Handbuch der Elektrizitätswirtschaft, S. 55.

175 RGBl. S. 228.

176 RGBl. S. 228.

177 RGSt. 32, 165 (185 ff.).

die Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft<sup>178</sup> erlassen, in dem das Reich das Recht erhalten sollte, gegen Entschädigung Anteile an Unternehmen der Elektrizitätsversorgung zu erhalten. Das Gesetz gelangte jedoch nicht zur Ausführung.

#### 4.2.2 Das EnWG von 1935

Mit dem ersten deutschen Energiewirtschaftsgesetz von 1935<sup>179</sup> wurde die gesamte Energieversorgung, die bis dahin spezialgesetzlich noch gar nicht geregelt gewesen war,<sup>180</sup> unter staatliche Aufsicht gestellt und damit per Gesetz dem freien Wettbewerb entzogen. Schon die Präambel des Energiewirtschaftsgesetzes von 1935 betonte ausdrücklich die schädlichen Auswirkungen des Wettbewerbs, die es zu verhindern gelte, um eine stabile und preisgünstige Energieversorgung sicherzustellen.

„Um die Energiewirtschaft (...) einheitlich zu führen und im Interesse des Gemeinwohls (...) *volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen des Wettbewerbs zu verhindern*, einen zweckmäßigen Ausgleich durch Verbundwirtschaft zu fördern und durch all dies die Energieversorgung so sicher und billig wie möglich zu gestalten, hat die Reichsregierung das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird.“

Das EnWG von 1935 betrachtete Wettbewerb also als verbraucherschädlich, der daher zu verhindern war. Um gleichzeitig einem Missbrauch der damit geschaffenen Monopolstellung der Versorger vorzubeugen, enthielt das EnWG 1935 zahlreiche staatliche Aufsichtsinstrumente zur Kontrolle der Energieversorgungsunternehmen.<sup>181</sup> Das EnWG 1935 löste eine Konzentrationswelle am Anbietermarkt aus. Die Zahl von 16.000 Energieversorgungsunternehmen im Jahr 1934 hatte sich im Jahr 1937 auf knapp 9.000 verringert.<sup>182</sup>

---

178 RGBL 1919/19.

179 RGBL 1935, S. 765.

180 Danner, Leitungsgebundene Energieversorgung im Spiegel staatlicher Aufsicht, EnWZ, 2013, S. 259.

181 z.B. § 5 bs. 1 EnWG 1935 Betriebsaufnahmegenehmigung, § 4 EnWG 1935. Investitionsaufsicht § 7 Abs. 2 EnWG Ermächtigung zur Festlegung von Versorgungsbedingungen.

182 Becker, Reform der Reform – Zur Struktur des EnWG und zu den Anforderungen an eine Novelle, ZNER 1998, 3, S. 51 (53).

Obwohl sich das EnWG 1935 als Rechtsgrundlage auf das sogenannte Ermächtigungsgesetz vom 30. März 1933 stützte, wurde es auch nach Ende des Zweiten Weltkrieges als frei von nationalsozialistischem Gedankengut verstanden.<sup>183</sup> Danner weist darauf hin, dass nie behauptet worden sei, dass das EnWG 1935 wegen des umfassenden staatlichen Einflusses auf die Energiewirtschaft grundgesetzwidrig sei.<sup>184</sup> Dies erklärt auch, warum das EnWG 1935 in dieser Form bis ins Jahr 1998 mit einigen grundgesetzkonformen Anpassungen<sup>185</sup> ohne größere Änderungen in Kraft bleiben konnte. Es ist zwar des Nachdenkens wert, ob das Prinzip der Wettbewerbsverhinderung und der staatlichen Kontrolle der Energieversorgung auch den zentralistischen Grundsätzen des Nationalsozialismus entsprochen hat. Allerdings wurde die Auffassung, dass der Ausschluss von Wettbewerb den energiepolitischen Zielen am Besten gerecht werde, tatsächlich bis Ende der 90er Jahre politisch aufrecht erhalten.

#### 4.2.3 Ausnahmeregelung des § 103 GWB aus dem Jahr 1958

Als am 01. Januar 1958 das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft trat, wurde mit dem § 103 GWB als Sonderregelung für die Strom- und Gasversorgungswirtschaft ausdrücklich eine Ausnahmeregelung getroffen, die den Wettbewerb auf diesem Gebiet weiterhin ausschloss.<sup>186</sup>

§ 103 GWB a. F. erlaubte im Rahmen einer kartellrechtlichen Freistellung geschlossene Versorgungsgebiete in der Energieversorgungswirtschaft. § 103 GWB erklärte das allgemeine Kartellverbot des § 1 GWB für nicht anwendbar auf Absprachen der leitungsgebundenen Energiewirtschaft. Der Gesetzgeber begründete die Notwendigkeit einer solchen Ausnahmeregelung für die Energiewirtschaft wie folgt:

„(Den) besonderen technischen und wirtschaftlichen Verhältnissen würde man nicht gerecht werden, wenn das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in vollem Umfang auf die Energie- und Wasserwirtschaft

---

183 Büdenbinder, Schwerpunkte der Energierechtsreform 1998, S. 5.

184 Danner, Leitungsgebundene Energieversorgung im Spiegel staatlicher Aufsicht, EnWZ, 2013, S. 259.

185 Danner, Leitungsgebundene Energieversorgung im Spiegel staatlicher Aufsicht, EnWZ, 2013, S. 259. (260).

186 Riedel, Die Entwicklung des Energierechtes seit der Liberalisierung des Energiemarktes, \*studere Nr. 9, 2012, S. 51, (53).

Anwendung finden würde. Die öffentliche Versorgungswirtschaft kennt insbesondere eine Reihe von Verträgen, die zwar im Sinne von § 1 wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen darstellen oder im Sinne der §§ 10 ff. Preisbindungen enthalten, gegen die jedoch aus gesamtwirtschaftlicher Sicht keine Bedenken zu erheben sind, weil die Verträge die Grundlage für eine geregelte und preisgünstige Versorgung bilden.“<sup>187</sup>

Auch aus dieser Begründung spricht noch einmal die schon in der Präambel des EnWG 1935 formulierte Vorstellung einer notwendigen Ablehnung von Wettbewerb in der Energiewirtschaft, gerade mit dem Ziel der Sicherstellung einer sicheren und preisgünstigen Energieversorgung.

#### 4.2.4 Begründung der Ablehnung von Wettbewerb

Wie aus der bereits zitierten Begründung zu § 103 GWB a. F. deutlich wird, wurde die Energiewirtschaft lange Zeit als ein besonderer Wirtschaftsbereich betrachtet, auf den wettbewerbliche Regelungen vermeintlich nur sehr eingeschränkt anwendbar waren.

Als im Vorfeld der 4. Kartellgesetznovelle von 1980 über eine Abschaffung dieser Privilegierung durch § 103 GWB diskutiert wurde, veröffentlichte die Elektrizitätswirtschaft eine umfangreiche schriftliche Stellungnahme, in der sie das „blinde Vertrauen in den Wettbewerb“ verurteilte und betonte, dass die Energiewirtschaft sich bereits naturgemäß wesentlich von anderen Wirtschaftszweigen unterscheide und daher auch weiterhin vom Wettbewerb ausgenommen werden müsse.<sup>188</sup> Die Notwendigkeit eines flächengebundenen Leitungsnetzes, die absolute Versorgungsnotwendigkeit und die unbedingte Lieferpflicht würden dies rechtfertigen. Abgegrenzte Versorgungsgebiete seien daher kein Privileg der Energiewirtschaft, sondern vielmehr die Grundlage für eine technisch einwandfreie und ebenso sichere wie preiswerte Versorgung aller Kunden.<sup>189</sup>

Weiterhin wurde bezweifelt, dass Wettbewerb zu einer Rationalisierung der Versorgungsstruktur oder gar zu sinkenden

---

187 Bundestagsdrucksache 2/1158, S.51.

188 ARE/DVG/VKU/VDEW, Sichere Stromversorgung und kostengerechte Strompreise, S. 10 ff., 29.

189 ARE/DVG/VKU/VDEW, Sichere Stromversorgung und kostengerechte Strompreise, S.67.



Verbraucherpreisen führen könnte. Lediglich einige wenige Großabnehmer könnten auf günstigere Lieferangebote hoffen.<sup>190</sup> Es bestände auch am Wärmemarkt bereits ein ausreichender Substitutionswettbewerb verschiedener Energieträger.<sup>191</sup> Letztendlich wurde die Einführung von Wettbewerb als Gefahr für die Versorgungssicherheit beschworen.<sup>192</sup> Die Idee der Öffnung der Netze für eine Durchleitung von Energie durch Dritte wurde als verfassungswidriger Eingriff in das Eigentum der – damals noch nicht vom Vertrieb entflochtenen – Netzbetreiber betrachtet.<sup>193</sup>

Die Notwendigkeit eines Ausschlusses von Wettbewerb in der Energieversorgung durch geschlossene Versorgungsgebiete wurde generell und nicht nur von den Interessenvertretern der Energiewirtschaft lange Zeit mit den technischen und ökonomischen Besonderheiten dieses Wirtschaftsgebiets begründet. Es wurde davon ausgegangen, dass aufgrund der besonderen technischen Gegebenheiten der Strom- und Gasversorgung, wie Leitungsgebundenheit, mangelnde Speichermöglichkeit von Strom, Bestimmung des Leistungsumfangs durch den Endabnehmer sowie Kapitalintensität von Investitionen, ein Wettbewerb nicht möglich sei, sondern durch die Monopolstellung der jeweiligen Energieversorgungsunternehmen ersetzt werden müsse.<sup>194</sup> Die Energiebranche sei auch – im Gegensatz zur Telekommunikationsbranche – nicht in einer technischen Revolution begriffen, so dass bei einer Liberalisierung ähnliche Effekte wie in der Telekommunikation nicht zu erwarten seien.<sup>195</sup> Linkohr sah 1995 die Energieversorgung noch als Staatsaufgabe mit Parallelen zu der staatlichen Wasserversorgung des römischen Reiches, die auch direkt vom Staat für den Bürger und nicht mit Mitteln des Wettbewerbs geleistet wurde.<sup>196</sup>

Ein Hauptargument gegen den Wettbewerb war die bereits dargestellte Netzabhängigkeit der Energieversorgung, die als natürliches

---

190 ARE/DVG/VKU/VDEW, Sichere Stromversorgung und kostengerechte Strompreise, S. 67.

191 ARE/DVG/VKU/VDEW, Sichere Stromversorgung und kostengerechte Strompreise, S. 38.

192 ARE/DVG/VKU/VDEW, Sichere Stromversorgung und kostengerechte Strompreise, S. 41, S. 68.

193 ARE/DVG/VKU/VDEW, Sichere Stromversorgung und kostengerechte Strompreise, S. 67.

194 Rinne, RdE 1989, S. 154.

195 Linkohr, Wieviel Liberalisierung verträgt der Energiesektor?, RdE 1995, S. 57, (59).

196 Linkohr, Wieviel Liberalisierung verträgt der Energiesektor?, RdE 1995, S. 57, (59).

Monopol des Netzbetreibers angesehen wurde.<sup>197</sup> In dieser Konstellation des natürlichen Monopols wurde davon ausgegangen, dass ein einziges Unternehmen den relevanten Markt zu niedrigeren und kostendeckenderen Preisen beliefern könnte, als dies zwei oder mehr Unternehmen mit gleichen technischen Voraussetzungen in einer Konkurrenzsituation möglich wäre.<sup>198</sup> Wettbewerb in einer solchen Situation führe daher zu einem ruinösen Verdrängungskampf. Hierbei wurde jedoch übersehen, dass auch andere Wirtschaftsbereiche hohe Investitionskosten erfordern und generell sehr kostenintensiv zu betreiben sind, ohne dass dies eine Einschränkung oder gar einen Ausschluss von Wettbewerb erforderte.

### 4.3 Wandel der Bewertung von Wettbewerb

Das vormalig herrschende Verständnis von der Energiewirtschaft als sachgegeben wettbewerbsfremdem Raum, das so lange vorgeherrscht hatte, hat sich letztendlich doch gewandelt und mit dem EnWG von 1998 wurde ein radikaler Systemwechsel vollzogen.<sup>199</sup> Wie ist es dazu gekommen?

#### 4.3.1 Innerdeutsche Wettbewerbsbestrebungen

Auch wenn die Liberalisierung des EnWG 1998 im Rahmen der Umsetzung europäischer Richtlinien erfolgte, bedeutet das nicht, dass die Einführung von Wettbewerb in der Energiewirtschaft Deutschlands allein von außen „verordnet worden“ ist. Es gab parallel zu den europäischen Entwicklungen auch innerhalb von Deutschland bereits seit längerem Bestrebungen, das Wettbewerbsprinzip auch auf die Energieversorgung anzuwenden. Der Bundestag forderte bereits 1957 die Bundesregierung auf, den Entwurf eines neuen Energiewirtschaftsgesetzes vorzulegen. Der hierzu im Jahr 1973 vorgelegte Referentenentwurf scheiterte jedoch unter anderem auch am Widerstand der Versorgungswirtschaft.<sup>200</sup> Weiterhin wurde z. B. im Rahmen einer Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage zur künftigen Gestaltung der Energiepolitik vom

---

197 Püttner, Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung, DÖV 1990, 461, (464), Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 14.

198 Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 14.

199 a. A. Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, S. 26, die von einer „behutsamen Novellierung“ sprechen.

200 Danner, Leitungsgebundene Energieversorgung im Spiegel staatlicher Aufsicht, EnWZ, 2013, S. 259, (260).

o8. Juni 1977 von einer Stärkung des Wettbewerbs gesprochen.<sup>201</sup> Die Deregulierungskommission empfahl in ihrem 2. Bericht im Mai 1991 die damaligen §§ 103, 103a GWB aufzuheben und wettbewerbsverhindernde Vereinbarungen im Rahmen der Konzessionsvergabe von Gemeinden zu untersagen.<sup>202</sup> Der entscheidende Anstoß zur Veränderung des deutschen Energierechts kam jedoch durch die schrittweise Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes.<sup>203</sup>

#### 4.3.2 Europäische Liberalisierungsbestrebungen

Die Liberalisierung der deutschen Energiewirtschaft im Jahr 1998 beruhte auf europäischen Vorgaben. Die europäische Wirtschaftsverfassung verfolgt gem. Art. 4 Abs. 2 EG ordnungspolitisch den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb.<sup>204</sup> Bereits im Jahr 1986 war im Rat der Gemeinschaft die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes für Energie gefordert worden, woraufhin die Europäische Kommission 1988 eine Grundkonzeption erarbeitete.<sup>205</sup> Das so entstandene Arbeitsdokument „Binnenmarkt für Energie“ führte 1990 zur Verabschiedung der Preistransparenzrichtlinie<sup>206</sup> und später zu Richtlinien über den Transit von Elektrizität<sup>207</sup> und Gas<sup>208</sup> über große Netze. Konkreter Startpunkt der Liberalisierung der Energieversorgung war die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlamentes vom 19. Dezember 1996.<sup>209</sup> Sie wurde als Kompromiss zwischen einer europaweiten Marktöffnung durch offenen Netzzugang und der Orientierung an Versorgungssicherheit, Umwelt- und Verbraucherschutzinteressen verstanden<sup>210</sup> und war inhaltlich von drei Prinzipien geprägt: Stärkung des Wettbewerbs und

---

201 BT-Drs. 8/570.

202 Theobald, Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, S.50.

203 Danner, Leitungsggebundene Energieversorgung im Spiegel staatlicher Aufsicht, EnWZ, 2013, S.259, (261).

204 Ronellenfitch in Hoppe/Uechtritz, Handbuch kommunale Unternehmen, § 2, Rdn. 6.; Riedel, Die Entwicklung des Energierechts seit der Liberalisierung des Energiemarktes, S.51, (52). Studere Nr. 9, 2012.

205 Theobald, Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, S.38.

206 Richtlinie des Rates vom 29.06.1990, 90/377/EWG.

207 Richtlinie des Rates vom 29.10.1990, 90/547/EWG.

208 Richtlinie des Rates vom 31.05.1991, 91/296/EWG.

209 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19.12.1996, ABLEG 1996, Nr. L 27, S.20.

210 Theobald, Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, S.41, 3.a).

Markttöffnung, Anerkennung der Energieversorgung als öffentliche Dienstleistung sowie ein weiter Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie. Die wichtigsten Neuerungen waren die Einführung von Wettbewerb auf der Erzeugerebene (Art. 4–6), eine gewisse Trennung von Erzeugung, Transport und Verteilung von Energie (Art. 13–15) sowie der Zugang Dritter zum Versorgungsnetz (Art. 16–22). Die Umsetzung dieser Richtlinie erfolgte in Deutschland durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998 und der damit verbundenen Neufassung des EnWG.

Im Jahr 1998 folgte dann zeitlich versetzt mit der Gasrichtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27. Juni 1998 auch die Liberalisierung der Gasmärkte. Die Gasrichtlinie entsprach inhaltlich in weiten Teilen der bereits erlassenen Elektrizitätsrichtlinie. Die Umsetzung der Gasrichtlinie bzw. die zur Umsetzung notwendige Änderung des EnWG 1998 erfolgte in Deutschland erst spät. Der deutsche Gesetzgeber hatte zunächst von einer erneuten Ergänzung des EnWG Abstand genommen und die von der Gaswirtschaft vereinbarte VV Gas und die Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB als ausreichend erachtet. Erst nach mehrfacher Anmahnung durch die europäische Kommission sowie der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens wegen Verstoßes gegen die gemeinschaftsrechtlichen Pflichten aus Art. 249 Abs. 3 i. V. m. Art. 10 EG.<sup>211</sup> wurde von der Bundesregierung am 20. Dezember 2000 der Entwurf des „Ersten Gesetzes zur Änderung zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes“<sup>212</sup> verabschiedet.

Im Rahmen der Bewertung der Richtlinie wurde insbesondere der relativ weite Umsetzungsspielraum der einzelnen Mitgliedstaaten im Rahmen der Bewertung der Richtlinien kritisiert, denn trotz der generell begrüßten Öffnung hin zum Wettbewerb wurden Wettbewerbsverzerrungen befürchtet.<sup>213</sup>

---

211 Säcker, Reform des Energierechts S. 5.

212 BR-Drs. 20/01 vom 05.01.2001.

213 Barbara Rapp-Jung, Die EU Richtlinie für Elektrizität im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbsregeln des Vertrags und den verbliebenen energiepolitischen Befugnissen der Mitgliedstaaten, RdE 1997, S. 133, (137).

### 4.3.3 EnWG von 1998 – Deutscher Systemwechsel hin zum Wettbewerb

#### 4.3.3.1 Wandel in der Wettbewerbsbewertung

Von einer Schädlichkeit des Wettbewerbs wird im Rahmen der gegenwärtigen Energiepolitik nicht mehr ausgegangen. Im Gegenteil, die im EnWG ab 1998 genannten Ziele wie: Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit sollen gerade durch den Wettbewerb kommunaler und privater Energieversorgungsunternehmen erreicht werden. Mit dem 29. April 1998 trat die deutsche Energiewirtschaft in ein neues Zeitalter ein. Statt der bisherigen Monopolstrukturen trat nun eine Deregulierung des Marktes ein. In der Begründung des Gesetzgebers zum neuen § 1 EnWG 1998 hieß es nun:

„Sicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit der Elektrizitäts- und Gasversorgung sind unverzichtbare und gleichrangige Ziele, zu deren Verwirklichung das Gesetz im Interesse der Allgemeinheit beitragen soll.  
[...] *Diese Ziele lassen sich am besten in einem wettbewerblichen System erreichen, wie es jetzt [...] eingeführt wird*“.<sup>214</sup>

Der vormalig in der Präambel des alten EnWG noch als schädlich bezeichnete Wettbewerb war zum neuen Systemziel geworden. Wie ist dieser ideologische Wechsel nun zu erklären?

Zunächst einmal ist festzustellen, dass generell Daseinsvorsorge und Wettbewerb nicht mehr als Widerspruch gesehen wurden.<sup>215</sup> Die Liberalisierung der Energiewirtschaft erfolgte im Zuge eines generellen Privatisierungstrends zur Entlastung der Staatshaushalte.<sup>216</sup> Die Verfechter einer weitgehenden Privatisierung des öffentlichen Aufgabensektors sahen im Wettbewerb sogar ein Instrument zur Steigerung der Effizienz.<sup>217</sup> Von einer Liberalisierung der Energiewirtschaft und dem damit angestrebten Wegfall bestehender Monopole versprach man sich eine effizientere und vor allem preiswertere Energieversorgung.<sup>218</sup>

214 Amtliche Begründung zu § 1 EnWG von 1998.

215 Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 63.

216 Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 15.

217 Klaue, Wettbewerb und Privatisierung, RdE, 1994, S. 51, (53).

218 Lambsdorff, Anforderungen an den Energiestandort Deutschland, RdE 1997, S. 125, (127).

Was wurde aber aus dem Argument der „natürlichen Monopole“, die auf der spezifischen Leitungsgebundenheit der Energieversorgung beruhen? Mit diesem Argument war – wie bereits dargestellt – jahrzehntelang Wettbewerb erfolgreich abgelehnt worden. Tatsächlich kann die Energieversorgung in die drei Einzelkategorien Energieerzeugung, Energietransport und Energielieferung unterteilt werden. Lediglich der Bereich des Energietransportes weist dabei, aufgrund seiner Leitungsgebundenheit, die Merkmale eines natürlichen Monopols auf.

Diese Problematik wurde durch das Prinzip des „Wettbewerbs im Netz“ berücksichtigt. Das am 29. April 1998 in Kraft getretene neue Energiewirtschaftsgesetz (EnWG 1998) enthielt erstmalig Regelungen zum Netzzugang Dritter und zur Durchleitung von Energie durch fremde Netze. *Büdenbender* wertet dies als Beginn einer „neuen Zeitrechnung für das Energierecht“.<sup>219</sup> Gem. § 6 EnWG 1998 hatten Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmen das Netz für Durchleitungen im Vergleich zur eigenen Vertriebspartei diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen. Auf diese Weise erhielten auch dritte Anbieter die Möglichkeit, im Netzgebiet eines Versorgers Energie zu liefern, ohne gleichzeitig selbst Inhaber eines Versorgungsnetzes zu sein. Das bis dahin beschworene „natürliche Monopol“ des Netzbetreibers war somit aufgebrochen. Die Verweigerung des Netzzugangs stellte eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung des Netzbetreibers dar und konnte von den Kartellbehörden untersagt werden.<sup>220</sup> Fortan konnte sich im Laufe der Zeit eine Konkurrenz der Lieferanten innerhalb der jeweiligen Versorgungsnetze entwickeln, die als „Wettbewerb im Netz“ bezeichnet werden kann.<sup>221</sup>

Die Liberalisierung der Energieversorgung war zum damaligen Zeitpunkt bei vielen Kunden, aber auch Beobachtern des Marktes mit der Erwartung stark sinkender Preise verbunden.<sup>222</sup> Auch der Gesetzgeber äußerte diese Erwartung, wie sich z. B. der Begründung des Gesetzesentwurfes zum EnWG 1998 entnehmen lässt. Dort hieß es: „Im internationalen Vergleich leidet der Wirtschaftsstandort Deutschland

---

219 Büdenbender, Durchleitung elektrischer Energie nach der Energierechtsreform, RdE 1999, S.1.

220 Ungemach/Weber, Verfahrensfragen des Netzzugangs bei Elektrizität und Gas, RdE, 1999, S.11, (12).

221 Dem „Wettbewerb im Netz“ stand zusätzlich der „Wettbewerb um das Netz“ im Rahmen der gemeindlichen Konzessionsvergabe gegenüber.

222 Aselmann in: Becker/Held, Energiewirtschaft im Aufbruch, S.314; Becker, Reform der Reform – Zur Struktur des EnWG und zu den Anforderungen an eine Novelle, ZNER 1998, 3, S.51.

unter zu hohen Strom- und Gaspreisen. Eine Ursache hierfür ist die Monopolstellung der Unternehmen der Strom- und Gaswirtschaft. Sie unterliegen zwar einer Aufsicht nach dem Energiewirtschaftsgesetz und dem Kartellrecht, die aber den fehlenden Druck brancheninternen Wettbewerbs nicht ausgleichen kann.<sup>223</sup>

Tatsächlich konnten zu Beginn der Liberalisierung zumindest einige Großkunden am Markt schnell günstigere Preise für Stromlieferungen erreichen.<sup>224</sup> Zahlreiche neue Anbieter betraten mit „Kampfpreisen“ für diese attraktive Kundengruppe den Markt.<sup>225</sup> Im Gasbereich herrschte dagegen zu dieser Zeit trotz rechtlicher Änderungen „tiefer Friede“, was mit einem damals ohnehin sehr günstigen Gaspreis ohne weitere Senkungsspielräume erklärt wurde.<sup>226</sup>

#### 4.3.3.2 Kritik zum Zeitpunkt der Einführung der Liberalisierung

Die Deregulierung des Energiesektors wurde aber durchaus nicht nur begrüßt, sondern von einigen Stimmen im Vorfeld auch durchaus kritisch betrachtet.

*Kuhnt* kritisierte 1994, dass Deregulierung als Schlagwort „derzeit“ (also 1994) in der öffentlichen Wahrnehmung scheinbar bereits schon den Anscheinsbeweis für angebliche Vorteile in sich trage. Wer etwas Gegenteiliges behauptete, sei geradezu gezwungen, den Gegenbeweis zu erbringen. Sogar völlig unsinnige Deregulierungsvorschläge müssten als Folge widerlegt werden, statt dass die Befürworter gehalten seien, die Sinnhaftigkeit von Deregulierungsmaßnahmen zu belegen.<sup>227</sup> Zur Gewährleistung von Versorgungssicherheit sei eine Deregulierung nicht notwendig. Auch die von den Befürwortern erwarteten Potentiale für Kostensenkungen wurden anhand eines Vergleiches der Industriestrompreise in Ländern mit klassischem Staatsmonopol und wettbewerblichem System eher kritisch betrachtet. Viel wesentlichere Beeinflussungsfaktoren des Strompreises seien staatliche Subventionierungen wie z. B. im Steinkohlebergbau und Umweltschutzlasten.

223 Bundestagsdrucksache 13/7274 vom 23.03.1997.

224 Becker, Reform der Reform – Zur Struktur des EnWG und zu den Anforderungen an eine Novelle, ZNER 1998, 3, S. 51 (52).

225 z. B. ENRON oder VASA Energy.

226 Becker, Reform der Reform – Zur Struktur des EnWG und zu den Anforderungen an eine Novelle, ZNER 1998, 3, S. 51 (53).

227 Kuhnt, Die Versorgung Europas mit sicherer und preisgünstiger Energie, RdE 1994, S. 41.

Das gegenwärtige System bedürfe daher nicht einer Veränderung in Richtung auf noch mehr Wettbewerb.<sup>228</sup>

Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) befürchtete 1994 sogar steigende Preise für normale Haushaltskunden, da ein Wettbewerb auf dem Energiemarkt zu einem „Herausbrechen“ lukrativer Großkunden aus dem Kundenkreis kommunaler Unternehmen und möglicherweise sogar zu Dumpingpreisen führen könnte. Ohne die Auslastung durch diese Kunden bei gleichbleibenden Festkosten des Versorgers wäre eine höhere Umlage für die verbleibenden Kunden die Folge.<sup>229</sup> Generell räumte der VKU den eher kleinen und regionalen kommunalen Energieversorgern auf einem Wettbewerbsmarkt eher schlechte Chancen ein. Zugleich sah der VKU auch die Umweltverträglichkeit einem künftigen Preiskampf zum Opfer fallen.<sup>230</sup> Diese Auffassung, dass Wettbewerb lediglich einigen wenigen Großabnehmern zugute kommen würde, wurde schon lange im Rahmen der Diskussion im Vorfeld der Liberalisierung geäußert: Nur für einen Teil der Kunden werde Wettbewerb geschaffen, weil er für sie günstig sei, für den Rest müsse es wohl beim Monopol bleiben.<sup>231</sup> Kleinere und mittlere Kunden wurden gar als Verlierer des Wettbewerbsmodells bezeichnet.<sup>232</sup>

Auch *Steckert* vertrat 1997 die Auffassung, dass das bis dahin geltende Prinzip der geschlossenen Versorgungsgebiete für den jeweiligen Gebietsversorger eine „optimale Kundendurchmischung“ von Geringverbrauchern und Großabnehmern mit sich brächte, welche er durch die Aufhebung dieses Gebietsschutzes gefährdet sah.<sup>233</sup> Er kritisierte, dass es „den Apologeten der Privatwirtschaft“ gleichgültig sei, ob der Wettbewerb wirklich irgendjemandem hilfreich sei. Die im Rahmen der Liberalisierung verkündete Form des Wettbewerbs in der Energiewirtschaft sollte nach seiner Auffassung in erster Linie der Marktberreinigung dienen.<sup>234</sup> Brüssel und das Bonner Wirtschaftsmi-

- 
- 228 Kuhnt, Die Versorgung Europas mit sicherer und preisgünstiger Energie, RdE 1994, S.41, (42).
- 229 Weigt, Die Position der kommunalen Energieversorger zum Wettbewerb, RdE 1994, S. 209.
- 230 Weigt, Die Position der kommunalen Energieversorger zum Wettbewerb, RdE 1994, S. 209, (211).
- 231 Weigt, Stromtarife, Preisaufsicht und Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt, RdE 1993, S. 1.
- 232 Weigt a. a. O.
- 233 Steckert in Baur, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben, S. 59.
- 234 Steckert in Baur, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben, S. 52/53.



nisterium würden bewusst in Kauf nehmen, dass kleine und mittlere Energieversorger sukzessive aus dem Markt gedrängt würden. Dies diene letztendlich der Schaffung von Oligopolen und Megakartellen, wobei diese Oligopolbildung rückblickend 2009 dann auch von Buchmann beklagt wurde.<sup>235</sup> Steckert sah daher 1997 die Zukunft der Stadtwerke „dunkel“.<sup>236</sup>

Und auch *Becker* prophezeite 1998 ein „großes Sterben kommunaler Energieversorger“. Die Zahl von damals 900 kommunalen Unternehmen werde auf künftig maximal 100 zurückgehen.<sup>237</sup> *Stengel* meinte 2001, dass möglicherweise nur jedes 10. Stadtwerk die nächsten Jahre eigenständig überleben werde.<sup>238</sup> *Nagel* prognostizierte kommunalen Energieversorgern 2000 für die Zukunft zumindest sinkende Gewinne und damit einen geringeren finanziellen Handlungsspielraum für die Gemeinden.<sup>239</sup> *Kahmann* sah die kommunalen Versorger 2001 dagegen gut für den Wettbewerb gerüstet und verwies lediglich auf eine fehlende Chancengleichheit kommunaler Unternehmen aufgrund von Restriktionen des Gemeindefortschrittsrechtes.<sup>240</sup>

Es gab mehrere Versuche von Gemeinden, die Umgestaltung der deutschen Energiewirtschaft bzw. die hierin enthaltenen Auswirkungen auf die Kommunen zu verhindern. Gegen die Neufassung des EnWG 1998 wurde sogar ein Normkontrollverfahren durch die SPD-Bundestagsfraktion und die Bundesländer Hamburg, Hessen und Saarland vor dem Bundesverfassungsgericht eingeleitet, in dem von den Antragstellern unter anderem eine Verletzung des Art. 28 GG durch § 13 EnWG 1998 beanstandet wurde.<sup>241</sup> Allerdings wurden diese Verfahren ohne abschließende Entscheidung des Verfassungsgerichtes zu den damit verbundenen Rechtsfragen durch Antragsrücknahme beendet.<sup>242</sup> Zwei weitere Verfahren von Gemeinden, mit dem Ziel einer einstweiligen

235 Buchmann, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, S. 239.

236 Steckert in Baur, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben, S. 58.

237 Becker, Reform der Reform – Zur Struktur des EnWG und zu den Anforderungen an eine Novelle, ZNER 1998, 3, S. 51, (53).

238 Stengel, Die kommunalen Energieversorger Bayerns im liberalisierten Strommarkt, S. 1.

239 Nagel, Norm und Markt bei kommunalen Energieversorgern, NvwZ 2000, S. 758, 759.

240 Kahmann in Kahmann/König, Wettbewerb im liberalisierten Strommarkt S. 11.

241 Az. der Verfahren: 2 BvF 1/98 und 2 BvR 801/99.

242 Rücknahme durch Schriftsätze v. 28.09.1999 und 27.04.2006: Leider findet sich keine sachliche Begründung, weshalb der Antrag zurückgenommen und damit eine bedeutsame Rechtsfrage der Entscheidung entzogen wurde.

Anordnung zur Aussetzung von Teilen des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, scheiterten, weil die beteiligten Gemeinden nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die von ihnen befürchteten drohenden wirtschaftlichen Nachteile nicht ausreichend konkret belegen konnten.<sup>243</sup>

Generell bewirkte der Systemwandel bei vielen Versorgern zunächst eine große Verunsicherung. Teilweise wurde ihnen auch damals von Beobachtern bescheinigt, „die wettbewerbliche Öffnung der Energiewirtschaft gedanklich nicht verkraftet“ zu haben. Und daher fehle es „allenthalben an einem mutigen Aufbruch in die neue Zeit“.<sup>244</sup>

Mengers merkte 2007 an, dass die Liberalisierung zwar zu kostengünstigen Optionen und zur höchsten wirtschaftlichen Effizienz führen sollte. Dies würde aber keineswegs bedeuten, dass sie auch unbedingt zu niedrigeren Preisen führt.<sup>245</sup>

#### 4.3.4 Zwischenbilanz zur Liberalisierungskritik

Die Zahl der Skeptiker und die von ihnen geäußerten Befürchtungen waren zu Beginn der Liberalisierung also nicht gerade gering. Vor diesem Hintergrund lohnt eine Betrachtung der tatsächlich eingetretenen Folgen der Liberalisierung:

##### 4.3.4.1 *Situation für kommunale Versorger*

Ein großes Sterben kommunaler Stadtwerke als Folge der Liberalisierung – wie von vielen Kritikern befürchtet – ist bislang ausgeblieben.<sup>246</sup> Der Verband der kommunalen Unternehmen VKU hatte zum Stichtag, dem 31. Dezember 2008, also gut zehn Jahre nach Abschaffung der geschlossenen Versorgungsgebiete, noch immer 537 kommunale Stadtwerke unter seinen Mitgliedern.<sup>247</sup>

Die kommunalen Energieversorger waren 2009 auch weiterhin Marktführer im Endkundengeschäft.<sup>248</sup> Im Zeitraum 2000–2006

243 BVerfG Beschluss vom 09.09.1999, Az. 2 BvR 1646/98 und 225798; BVerfG, Beschluss vom 27.04.2000, Az. 2 BvR 801/99.

244 Becker, Reform der Reform – Zur Struktur des EnWG und zu den Anforderungen an eine Novelle, ZNER 1998, 3, S. 51 (52).

245 Mengers in Germer/Loibl, Energierecht, S. 36, Rdn. 25.

246 Fecht/v. Leliwa, Kooperation von Stadtwerken – Heute noch ein Erfolgsmodell?, IR 2012, S. 257, (258).

247 Linnemann, Strukturveränderungen im Stadtwerkeumfeld, S. 219.

248 Buchmann, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, S. 14.

konnten die Stadtwerke ihre Umsätze sowohl bei der Strom- als auch bei der Gasversorgung erheblich ausdehnen.<sup>249</sup> Diese Umsatzausdehnung bleibt im statistischen Vergleich jedoch hinter der Umsatzentwicklung der privatwirtschaftlichen Versorgungswirtschaft zurück. Während sich die Umsätze der gesamten Versorgungswirtschaft im Zeitraum 2000–2006 mehr als verdoppelt haben, stiegen die Umsätze kommunaler Versorgungsunternehmen nur um 50 %. Diese Diskrepanz ist jedoch darauf zurückzuführen, dass kommunale Stadtwerke bislang überwiegend nur im Bereich der Verteilung und des Vertriebs tätig waren, die stärksten Umsatzsteigerungen aber im Bereich der Energieerzeugung eintraten.<sup>250</sup> Im Jahr 2012 stellte der Energievertrieb im Vergleich zum Jahr 2008 unverändert das Kerngeschäft der Stadtwerke dar, während gleichzeitig das Potential der Energieerzeugung auch hier zugenommen hat.<sup>251</sup>

Auch bei Betrachtung der tatsächlichen Abgabemengen zeigt sich für die Stadtwerke nach der Liberalisierung ein positives Bild. Im Strombereich konnte die Abnahme nach 1998 ausgeweitet werden, wobei die höchste Abgabemenge im Jahr 2003 zu verzeichnen war. Im Vergleich von 1999 bis 2007 ist eine Steigerung der Stromabgabemengen von 27 % festzustellen. Die gesamte Stromabgabe aus öffentlichen Netzen in Deutschland stieg im gleichen Zeitraum jedoch nur um 10 %.<sup>252</sup> Im Gasbereich zeigt sich eine solche Zunahme nicht, hier blieben die Absatzmengen der Stadtwerke im Zeitraum 1998–2007 jedoch stabil. Hier sind die kommunalen Stadtwerke größtenteils im Rahmen der temperaturabhängigen Heizgasversorgung tätig.<sup>253</sup>

Als Folge des herrschenden Wettbewerbs war weiterhin ein gezieltes Kostenmanagement zu beobachten, dass seit Beginn der Liberalisierung an einer steigenden Anzahl von Fusionen, besonders an der Freisetzung von Arbeitskräften, zu erkennen war. Im Jahr 2001 sank die Zahl der Beschäftigten in der Gaswirtschaft von rund 42.000 auf 36.000 und in der Stromwirtschaft von 162.000 auf 130.000

---

249 Linnemann, Strukturveränderungen im Stadtwerkeumfeld, S. 227.

250 Linnemann, Strukturveränderungen im Stadtwerkeumfeld, S. 228.

251 Fecht/v. Leliwa, Kooperation von Stadtwerken – Heute noch ein Erfolgsmodell?, IR 2012, S. 257, (258).

252 Linnemann, Strukturveränderungen im Stadtwerkeumfeld, S. 226.

253 Linnemann, Strukturveränderungen im Stadtwerkeumfeld, S. 225.

Beschäftigte.<sup>254</sup> Zunehmend setzten viele Stadtwerke auch auf erfolgreiche Kooperationen untereinander.<sup>255</sup>

Die spektakuläre Insolvenz eines Energieversorgers im Jahr 2011 betraf mit TelDaFax nicht etwa einen kommunalen Energieversorger, der unter dem Druck des Preiswettbewerbs zusammengebrochen wäre, sondern einen der neuen privaten Anbieter, der versucht hatte, mit Kampfpreisen den Markt zu erobern und daran letztendlich scheiterte.

Gleichwohl wird weiterhin an den düsteren Zukunftsprognosen für kleinere kommunale Energieversorger festgehalten. *Buchmann* prognostizierte 2009 für die Zukunft kommunaler EVU erneut den Verlust von Einnahmen und Kunden.<sup>256</sup> Er hinterfragte zudem, ob die Planung der Liberalisierung nicht an den Bedürfnissen des Marktes vorbeiging. Lediglich acht Prozent der Kunden hätten zwischenzeitlich ihren Versorger gewechselt.

#### 4.3.4.2 Preisentwicklung für die Verbraucher

Das Rheinisch-Westfälische Institut für Wirtschaftsforschung (RWI) stellte im Jahr 2001 im Rahmen einer ersten Zwischenbilanz zur Liberalisierung fest, dass gemessen an den Erwartungen, die Anfang der neunziger Jahre an eine wettbewerbliche Öffnung der Strom- und Gasmärkte gestellt wurden, zwischenzeitlich eine gewisse Ernüchterung eingetreten sei.<sup>257</sup>

Private Haushalte konnten demnach nur sehr gering von der Liberalisierung profitieren. Die Stromrechnung im Jahr 2000 sei um mehr als 0,75 Ct/KWh höher als zu Beginn des Jahres 1998. Problematisch sei auch die geringe Wechselbereitschaft von Haushaltskunden, die größere Preissenkungen verhindere.<sup>258</sup>

Durch direkte und indirekte Preiseffekte der Liberalisierung habe sich das BIP um etwa 0,14 % pro Jahr erhöht, über sechs Jahre kumuliert um knapp ein Prozent, was zumindest ein beachtliches Ergebnis

---

254 Heilemann/Hillebrand, Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte, S. 21.

255 Fecht/v. Leliwa, Kooperation von Stadtwerken – Heute noch ein Erfolgsmodell?, IR 2012, S. 257, (259).

256 Buchmann, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, S. 239.

257 Heilemann/Hillebrand, Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte, S. 29.

258 Heilemann/Hillebrand, Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte, Erwartungen und erste Ergebnisse, S. 28.

sei.<sup>259</sup> Der Wegfall an Arbeitskräften in der Energiewirtschaft sei dadurch mehr als nur kompensiert worden.

*Theobald* sah 2008 günstige Verbrauchskosten insbesondere über Energieeinsparmaßnahmen als erreichbar.<sup>260</sup> Hier ist zweifelhaft, ob ein solcher Effekt, wenn er denn eintritt, noch als eine positive Folge der Liberalisierung gewertet werden kann. Einsparmaßnahmen auf Verbraucherseite bringen regelmäßig einen Kosteneffekt mit sich und bedürfen keines wettbewerblichen Systems.

#### 4.3.4.3 Bewertung

Unter Verweis auf die finanziellen Mehrbelastungen der Marktteilnehmer stellt *Buchmann* die Frage, ob die Einführung eines Wettbewerbsmarktes im Energiesektor überhaupt volkswirtschaftlich sinnvoll war.<sup>261</sup> Für die Beantwortung der Frage nach Erfolg oder Sinn der Liberalisierung ist zunächst danach zu differenzieren, welche Erwartungen man an diesen Systemwechsel gestellt hatte.

Wie dargestellt, ist das große Sterben kommunaler Energieversorger bislang ausgeblieben, so dass sich die hier zuvor geäußerten Befürchtungen nicht bewahrheitet haben. Es erscheint derzeit auch unwahrscheinlich, dass eine solche Folge, nach nunmehr schon langjährigem Wettbewerbssystem, noch als Folge des Systemwechsels auftritt. Die Versorgungssicherheit hat unter der Liberalisierung ebenfalls nicht gelitten. Es sind keine Anzeichen einer Verschlechterung erkennbar. Allerdings kann man das reine Ausbleiben negativer Befürchtungen noch nicht als positiven Liberalisierungseffekt werten. Insoweit wurde hier also letztendlich nur der Status quo aufrechterhalten.

Verbessert hat sich die Produktauswahl für die Letztverbraucher. Mit zunehmender Anzahl von Wettbewerbern kann jeder Letztverbraucher aus einer Vielzahl von Anbietern wählen. Da sich Strom und Gas in ihrer physikalischen Eigenschaft dabei nicht unterscheiden, ist hier eher nach Vertragsbedingungen und Herkunft zu unterscheiden. Kunden können zunehmend zwischen unterschiedlichen Preisgestaltungsmodellen, wie z. B. befristeten Festpreisverträgen oder Strom aus 100 Prozent regenerativer Energie, wählen. Die Insolvenz des Anbieters TelDaFax hat jedoch gezeigt, dass die Auswahl des falschen Anbieters

---

259 Heilemann/Hillebrand, Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte, Erwartungen und erste Ergebnisse, S. 28.

260 Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, zu § 1 Rdn. 36.

261 Buchmann, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, S. 241.

(ohne das dies vorher erkennbar sein muss) für den Letztverbraucher auch mit persönlichen finanziellen Risiken verbunden ist. Ein Problem, dass in einem monopolistischen System kaum auftreten könnte.

Produktauswahl ist auch nur ein begrenzter Vorteil, wenn er sich nicht auch auf den Lieferpreis auswirkt. Und wie bereits dargestellt, hat sich die Hoffnung sinkender Energiepreise als Folge von mehr Wettbewerb in keinem Fall erfüllt. Effekte, wie sie z. B. bei der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes aufgetreten sind, wo heutzutage für geringes Geld per sog. Flatrate fast unbegrenzt kommuniziert werden kann, haben sich am Energiemarkt nicht eingestellt. Selbstverständlich liegen hier jedoch auch völlig andere Bedingungen vor. Energieerzeugung ist noch immer in hohem Maß von schwindenden fossilen Energieträgern abhängig, deren Preis stetig steigt. Die alternativen regenerativen Energien stecken, trotz beachtlicher Zuwachsraten, noch immer in den Kinderschuhen. Die zur Förderung regenerativer Energien notwendige Anschubfinanzierung belastet derzeit den Energiepreis über die bundesweite EEG-Umlage zusätzlich. Hinzu kommen die Kosten der auf Grund der Reaktorkatastrophe von Fukushima beschleunigt eingeleiteten Energiewende, die nicht auf der Liberalisierung beruhen.

Im Ergebnis ist also festzustellen, dass es durch die Liberalisierung gelungen ist, ein zunehmend funktionierendes Wettbewerbssystem konkurrierender Energielieferanten zu schaffen. Wer also einen funktionierenden Wettbewerb bereits als Wert an sich ansieht, wird dies begrüßen. Aber bei all den Bemühungen „Wettbewerb zu schaffen“, scheint oftmals übersehen zu werden, dass Wettbewerb kein Selbstzweck ist. In der Daseinsvorsorge kann Wettbewerb stets nur ein Instrument zur Sicherstellung der optimalen Aufgabenerfüllung sein, aber nicht Anwendungsfall marktwirtschaftlicher Ordnungsprinzipien, wie Privatautonomie und Gewinnmaximierung.<sup>262</sup> Bei allen Bemühungen, auch von Seiten der Regulierungsbehörden, die Energieversorgung an die bestehenden Vorstellungen von Wettbewerb anzupassen, wird möglicherweise das Wesentliche aus den Augen verloren: Nicht die Daseinsvorsorge ist für die Sicherstellung von Wettbewerb da, sondern der Wettbewerb soll die Daseinsvorsorge sichern und optimieren.

Die damit versprochenen Folgen für Letztverbraucher sind damit jedoch unter dem Strich bislang nicht eingetreten.

*Haucap/Coenen* vertreten die Auffassung, dass gerade „gemischte Infrastrukturen“, also ein wettbewerbliches Nebeneinander von

---

262

Zutreffend Ronellenfitch in Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 2, Rdn. 2.

privaten und öffentlichen Unternehmen, besonders effizient sei.<sup>263</sup> *Haucap/Coenen* unterstellten hier eine inhaltlich verschiedene Ausrichtung von privaten Unternehmen (mit vorrangigem Gewinnstreben) und öffentlichen Unternehmen (mit Streben nach Versorgungssicherheit). Diese unterschiedliche Ausrichtung soll insoweit als indirekte Marktregulierung wirken.<sup>264</sup> Den öffentlichen Unternehmen wird im Rahmen dieses Marktkonzeptes jedoch einerseits eine natürliche Neigung zur Ineffizienz unterstellt,<sup>265</sup> während gleichzeitig betont wird, dass diese in gemischten Infrastrukturen keinesfalls zum Spiegelbild privater Unternehmen werden dürften,<sup>266</sup> weil man dann diese Tätigkeit auch gleich wieder der Privatwirtschaft überlassen könne.<sup>267</sup>

Hier entsteht der Eindruck, dass die öffentlichen Unternehmen von *Haucap/Coenen* nur in einer Funktion als wettbewerblicher „Anreizgeber“ für die Privatwirtschaft verstanden werden. Es wird zwar zunächst eingeräumt, dass die frühere Auffassung, die Privatwirtschaft könne geradezu naturgemäß jede Aufgabe besser erfüllen als der Staat, nicht zu halten ist.<sup>268</sup> Gleichwohl sollen die öffentlichen Unternehmen nicht wirklich zum ernsthaften Konkurrenten der Privatwirtschaft werden. Das vermeintliche Lob auf die gemischte Infrastruktur ist damit nur Privatisierungslob in neuem Gewand.

Der Staat selbst ist durch die Privatisierung und Liberalisierung jedenfalls nicht entlastet oder verschlankt worden. Eine Vielzahl neuer Regulierungsmechanismen zur Kontrolle des Wettbewerbs mussten und müssen weiterhin geschaffen und umgesetzt werden, um den geschaffenen Wettbewerb kontrollieren zu können. *Danner* kritisiert hier als Folge der Liberalisierung heftig „Paragrafenflut, Bürokratie und immer mehr Staat“.<sup>269</sup> Und auch die Gerichte sehen sich plötzlich mit völlig neuen und teilweise unerwarteten Entwicklungen konfrontiert, wie nachfolgend dargestellt werden soll.

---

263 *Haucap/Coenen*, Wettbewerb und öffentliche Unternehmen in der Finanz- und Wirtschaftskrise, IR 2009, S. 338.

264 *Hacap/Coenen*, a. a. O.

265 *Hacap/Coenen*, a. a. O., S. 339.

266 Ein Anreiz zur Effizienzsteigerung wird daher abgelehnt.

267 *Hacap/Coenen*, a. a. O., S. 341.

268 *Hacap/Coenen*, a. a. O., S. 338.

269 *Danner*, Leitungsgebundene Energieversorgung im Spiegel staatlicher Aufsicht, *EnWZ*, 2013, S. 259, (262).

# 5 Wettbewerb und Daseinsvorsorge – Kontrolle des Wettbewerbs

Auch in einem wettbewerblichen System wird der Wettbewerb bzw. der Markt nicht sich selbst überlassen, sondern unterliegt verschiedenen Kontrollmechanismen. Diese Mechanismen betreffen in erster Linie den Energiepreis, der sich im Wesentlichen aus dem Preis für die Beschaffung und Belieferung, den Netzentgelten, Konzessionsabgaben und sonstigen Steuern und Abgaben zusammensetzt. Die Steuerung bzw. Kontrolle dieser Preisfaktoren ist höchst unterschiedlich ausgestaltet.

Betrachtet man den Wettbewerb innerhalb der Energieversorgung, ist zunächst festzustellen, dass der scheinbar einheitliche Begriff der Energieversorgung sich in verschiedene Stufen aufteilen lässt. Energieversorgung besteht aus der Erzeugung von Energie und deren Verteilung an die Letztverbraucher. Im Rahmen der Liberalisierung der Energieversorgung wurde die Verteilung der Energie noch einmal aufgespalten: in den Transport durch Netzbetreiber und die eigentliche Belieferung durch die Lieferanten.

In einer liberalisierten Energiewirtschaft findet Wettbewerb auf allen drei Stufen statt. Dessen nähere Ausgestaltung soll nachfolgend betrachtet werden. Dabei soll die Betrachtung in quasi rückwärtiger Reihenfolge vom Endpunkt des Energieflusses beim Letztverbraucher hin zur Quelle der Erzeugung erfolgen.

## 5.1 Wettbewerb auf der Lieferebene

Durch die energierechtliche Trennung von Netz und Vertrieb im Rahmen der Entflechtungsvorschriften gemäß §§ 6 ff EnWG sowie der Verpflichtung der regional noch immer als Monopol bestehenden Netzbetreiber zur diskriminierungsfreien Gewährung von Netzzugang gemäß §§ 20 ff EnWG ist theoretisch eine bundesweite Belieferung



von Kunden durch jeden Lieferanten von Energie möglich. Einschränkungen ergeben sich lediglich im Rahmen der Verteilung der nicht unbegrenzt verfügbaren Netzkapazitäten. Dies führt dazu, dass die Letztverbraucher heute in ihren Versorgungsgebieten aus einer Vielzahl von Strom- und Gaslieferanten wählen können. Die Lieferanten von Energie stehen dadurch in der liberalisierten Energiewirtschaft in direkter Konkurrenz zueinander.

Der Wettbewerb findet dabei um den Kunden statt. Aufgrund der qualitativen Gleichartigkeit der angebotenen Ware Strom bzw. Gas sind Abgrenzungsmerkmale im Wettbewerb um den Kunden im Regelfall der Lieferpreis, die Art der Energiegewinnung sowie die sonstigen Vertragsbedingungen wie Vertragslaufzeiten etc.

Wenn man nun die Mechanismen der Wettbewerbskontrolle betrachtet, ist dabei wiederum zu unterscheiden zwischen dem Schutz des Lieferanten vor schädigendem Verhalten von Mitanbietern am Markt und dem Schutz des Letztverbrauchers bei Inanspruchnahme der Energieversorgung als notwendige Leistung der Daseinsvorsorge vor schädlichen Auswirkungen des Wettbewerbsmarktes.

#### 5.1.1 Kontrolle des Wettbewerbs um Kunden

Ein Teil der Kontrolle des Wettbewerbs in der Energiewirtschaft ist die Kontrolle des Wettbewerbs, der zwischen den verschiedenen Versorgern um den einzelnen Kunden stattfindet.

##### 5.1.1.1 Grundsätze

Die Kontrolle des Wettbewerbs um Letztverbraucher und der Schutz der konkurrierenden Lieferanten vor schädigendem Verhalten von Mitbewerbern am Markt, unterfallen der Kontrolle des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Wie jede unternehmerische Betätigung unterliegt auch die Energiewirtschaft insoweit der allgemeinen Wettbewerbskontrolle. Durch die nun herrschende Wettbewerbssituation auf der Lieferebene werden zunehmend auch hier Wettbewerbsverstöße Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen zwischen Versorgungsunternehmen.

Weiterhin steht auch qualifizierten Einrichtungen zum Schutz von Verbraucherinteressen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) die Möglichkeit offen, gegen Wettbewerbsverstöße im Wege

einer Unterlassungsklage vorzugehen. Auch hiervon wurde in der Vergangenheit zunehmend Gebrauch gemacht.<sup>270</sup>

### 5.1.1.2 Die Bezeichnung als Stadtwerk – Unternehmen der Daseinsvorsorge

Ein wiederholter wettbewerbsrechtlicher Streitgegenstand war in der Vergangenheit die Bezeichnung eines Energieversorgers als „Stadtwerk“. So untersagten das Landgericht Nürnberg und das Landgericht Kiel im Jahr 2009 der Goldgas GmbH unter Berufung auf §§ 8, 3, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG die Eigenbezeichnung als „Goldgas Stadtwerke GmbH“.<sup>271</sup> Das Landgericht Kiel führte dazu aus, dass von den Kunden „mit dem Begriff ‚Stadtwerke‘ immer noch ein Unternehmen der Daseinsvorsorge assoziiert werde, das einer Kommune gehört oder zu mindestens einem gemeindenahen Betrieb, der in der Regel von einer Kommune im Wesentlichen gesteuert, also beherrscht wird“.<sup>272</sup> Die damit verbundenen „positiven Assoziationen und Gefühle“ der Kunden hätten Einfluss auf die Auswahl des Energieversorgers. Daher sei die unrichtige Bezeichnung als ‚Stadtwerk‘ auch wettbewerbsrelevant.<sup>273</sup>

Als Konsequenz aus diesen Entscheidungen ging die Goldgas GmbH ihrerseits gegen die swb AG vor, die nach Auffassung von Goldgas irreführend die Bezeichnung ‚swb‘ als Firmenbezeichnung verwende. Goldgas machte sich dabei die Argumentation des Landgerichts Kiel zu Eigen und verwies darauf, dass die Bezeichnung swb AG noch immer auf den früheren Namen „Stadtwerke Bremen AG“ schließen lasse, auch wenn mittlerweile lediglich noch eine einzige Aktie der AG in kommunaler Hand sei und daher eine kommunale Gesellschaft gerade nicht mehr vorläge.<sup>274</sup> Das OLG Bremen erkannte ebenfalls grundsätzlich die positiven Erwartungen, die mit der Bezeichnung ‚Stadtwerk‘ verbunden würden, allerdings läge im Fall der swb eine wettbewerbsrechtliche Täuschung gleichwohl nicht vor, da die swb die ausdrückliche Bezeichnung ‚Stadtwerk‘ schon seit 10 Jahren nicht

270 LG München untersagt aufgrund einer Unterlassungsklage des Bundes der Energieverbraucher den Stadtwerken München die Verwendung einer bestimmten Preisanpassungsklausel; LG München, Urteil vom 22.08.2007, Az. 12 O 18199/06; Unterlassungsklage zur Unzulässigkeit verschiedener Klauseln in Stromlieferungsverträgen BGH Urteil vom 12.12.2012, VIII ZR 14/12.

271 LG Nürnberg-Fürth: Urteil vom 29.07.2009 – 3010286/08; LG Kiel: Urteil vom 27.07.2009, 15077/09.

272 LG Kiel, Urteil vom 27.07.2009, 15077/09, Rdn. 20.

273 LG Kiel, a. a. O., Rdn. 25.

274 OLG Bremen, Urteil vom 09.04.2010, Az. 2 U 7/10.

mehr verwendet hätte und die Verkürzung auf ‚swb‘ einen zulässigen Verweis auf die historischen kommunalen Wurzeln des Unternehmens darstellt.<sup>275</sup>

Die Konsequenz aus diesen Entscheidungen ist die Feststellung, dass der vom Kunden erwarteten Verbindung eines Energieversorgungsunternehmens mit einem kommunalen Unternehmen der Daseinsvorsorge, sowohl von der Rechtsprechung als auch von den konkurrierenden Wettbewerbern selbst, ein gewisser Marktwert zuerkannt wird. Für diesen Marktwert kann es zwei Erklärungsansätze geben: Entweder handelt es sich noch um ein eher nostalgisches Anhängsel aus der Zeit vor der Liberalisierung, das sich im Laufe der Zeit und der Bewährung neuer Energieversorgungsunternehmen am Markt abschwächt<sup>276</sup> oder es besteht auch weiterhin ein höheres Vertrauen der Verbraucher in Daseinsvorsorgeleistungen, die von staatlicher Seite erbracht werden. Dieser Aspekt würde in der Diskussion um die Erbringung der Daseinsvorsorge gegen die Auffassung sprechen, der Staat dürfe bei der Erbringung der Daseinsvorsorge lediglich nachrangig zur Privatwirtschaft tätig werden.

#### 5.1.1.3 Weitere Wettbewerbsprobleme

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 31. Mai 2012 entschieden, dass die §§ 307, 308 Nr. 1 BGB sowie § 309 Nr. 7a BGB gleichzeitig sogenannte Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb darstellen.<sup>277</sup> Das hat zur Folge, dass die Verwendung unwirksamer Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen wettbewerbsrechtlichen Verstoß darstellt, der Wettbewerber des Verwenders zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen berechtigt. Gerade in der Energiewirtschaft werden regelmäßig Vertragsklauseln in den Lieferbedingungen der Versorger für unwirksam erklärt. Dies betrifft im Schwerpunkt Regelungen zur Preisanpassung, aber auch Regelungen zur Vertragslaufzeit oder zur Zählerablesung, die bereits von der Rechtsprechung für unwirksam erklärt worden sind.<sup>278</sup>

Bisher war die Versorgungswirtschaft eher zurückhaltend, wenn es darum ging, gegen Wettbewerbsverstöße konkurrierender

---

275 OLG Bremen, Urteil vom 09.04.2010, Az. 2 U 7/10.

276 so das LG Bremen in einer Entscheidung vom 28.05.2010, Az. 12 O 354/09.

277 BGH, Urteil vom 31.05.2012, Az.: I ZR 45/11.

278 BGH Urteil vom 12.12.2012, VIII ZR 14/12.

Unternehmen vorzugehen. Dies mag der Ursache geschuldet sein, dass zu vielen Regelungsfragen in Energielieferverträgen generell große Rechtsunsicherheit herrschte und sich somit kein Versorger sicher sein konnte, unter Beachtung der zunehmend restriktiven Rechtsprechung, nicht selbst AGB-rechtlich unwirksame und somit wettbewerbswidrige Klauseln zu verwenden. So entschied der Kartellsenat des BGH mit Urteil vom 29. April 2008, dass auch im Individualprozess eine mehrdeutige Allgemeine Geschäftsbedingung im „kundenfeindlichsten“ Sinne auszulegen ist, wenn diese Auslegung zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dies dem Kunden günstiger ist.<sup>279</sup>

In jüngerer Zeit scheint diese Zurückhaltung zumindest im Bereich der Werbung mit Lieferpreisen teilweise aufgegeben worden zu sein. So stellte das OLG Frankfurt mit Urteil vom 13. August 2008 fest, dass ein in der Werbung vorgenommener Preisvergleich zwischen Energietarifen irreführend sei, wenn der zum Vergleich herangezogene Tarif des Mitbewerbers für die Abnahme von Energie in der konkret genannten Menge keine wirtschaftlich vernünftige und daher ernsthaft in Betracht zu ziehende Tarifvariante darstellt.<sup>280</sup> Das OLG Hamm entschied mit Urteil vom 08. November 2011 auf die Klage eines Wettbewerbers, dass ein Stromliefervertrag nicht mit einem „Festpreis“ beworben werden dürfe, wenn einzelne Preisfaktoren (z.B. Steuern und Abgaben) vertraglich von dieser Festpreisgarantie ausgenommen werden sollen, und der Anteil dieser variablen Faktoren für die Kunden nicht hinreichend deutlich im Vertrag ausgewiesen wurde.<sup>281</sup> Hierbei ist zu beachten, dass nur ein Teil von zunächst außergerichtlich im Wege der Abmahnung geltend gemachten Verstößen überhaupt gerichtlich entschieden wird.

Möglicherweise ist die zunehmende rechtliche Auseinandersetzung über Wettbewerbsverstöße unter Energieversorgern als Zeichen zunehmenden Wettbewerbs und vor allem auch Wettbewerbsdrucks um die Gewinnung von Kunden zu deuten.

---

279 BGH, Urteil vom 29.04.2008, Az. KZR 2/07.

280 OLG Frankfurt, Urteil vom 13.08.2009, Az. 6 U 80/09.

281 OLG Hamm, Urteil vom 08.11.2011, Az. I-4 U 58/11.

### 5.1.2 Kontrolle des Energielieferpreises

Wie schon erwähnt, können die Preise für die Versorgung der Bevölkerung mit Energie zutreffend als die „Brotpreise der modernen Gesellschaft“<sup>282</sup> bezeichnet werden. Von der Liberalisierung des Energiemarktes und der damit verbundenen Einführung von Wettbewerb hatte sich der Gesetzgeber daher auch die Sicherstellung einer preiswerten Energieversorgung versprochen.<sup>283</sup> Nicht ohne Grund ist daher auch das Ziel einer preisgünstigen Energieversorgung in § 1 EnWG verankert worden. Gleichwohl führte die Liberalisierung nicht zur erhofften Preisgünstigkeit. So wurde z. B. im Jahr 2007 für mittelständische Unternehmen mit Stromabnahme in Mittelspannung eine Preissteigerung von über 30 % im Vergleich zum Jahr 2004 beklagt.<sup>284</sup>

Nachfolgend soll untersucht werden, wie dieses Ziel der Preisgünstigkeit gesetzlich verankert und praktisch durchsetzbar ist. Hierzu soll die These untersucht werden, dass in Folge der Liberalisierung faktisch eine Übertragung der früher behördlichen Tarifkontrolle auf die Gerichte erfolgt ist.

#### 5.1.2.1 Situation vor der Liberalisierung

Vor der Liberalisierung unterlagen die Tarife der Stromversorgung, mit Ausnahme der Belieferung von Sonderabnehmern, gemäß § 12 Abs. 1 BTOElt<sup>285</sup> einer behördlichen Genehmigungspflicht, die erst mit dem Außerkrafttreten der Bundestarifordnung Elektrizität durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005<sup>286</sup> aufgegeben wurde.

Eine Preisgenehmigung sollte gemäß § 12 Abs. 2 BTOElt nur erteilt werden, soweit das Stromversorgungsunternehmen nachweisen konnte, dass die beantragten Preise in Anbetracht der gesamten Kosten- und Erlöslage bei wirtschaftlich rationeller Betriebsführung erforderlich waren. Dabei sollte die Kosten- und Erlöslage bei der Versorgung der einzelnen Bedarfsarten besonders zu berücksichtigen sein. Die

282 Klaue/Schwintowski, EWeRK Sonderheft 12/08, Preisregulierung durch Kartellrecht, S. 6.

283 Lambsdorff, Anforderungen an den Energiestandort Deutschland, RdE 1997, S. 125, (127).

284 Wuermeling, RdE 2007, S. 33.

285 Bundestarifordnung Elektrizität vom 18.12.1989, BGBl I, S. 2255.

286 BGBl. I. S. 1970, (2018).

Gestaltungsfreiheit der Stromversorger bei der Aufstellung ihrer Tarifsyste-  
me war damit stark begrenzt. Im Wesentlichen wurden zwei Ziel-  
richtungen bereits vom Gesetzgeber vorgegeben, die Preishöhe und die  
Struktur des Tarifsystems.<sup>287</sup> Da ein Wettbewerb verschiedener Strom-  
versorger um denselben Kunden damals aufgrund der bestehenden  
Gebietsmonopole noch nicht vorgesehen war, sollten lediglich verglei-  
chende Aspekte mit anderen Versorgungsgebieten in die Preisfestle-  
gung einfließen.<sup>288</sup>

Für die Gasversorgung fehlte es auch vor der Liberalisierung in  
der entsprechenden BTOGas<sup>289</sup> an einer mit der Stromversorgung ver-  
gleichbaren Tarifgenehmigungspflicht der Gaslieferpreise. Dies wurde  
überwiegend damit begründet, dass Gas sich bereits zu dieser Zeit in  
einem marktwirtschaftlichen Substitutionswettbewerb mit anderen  
Heizenergieträgern wie Heizöl oder Kohle befand und anders als Strom  
durch diese Substitutionsprodukte ersetzbar war.<sup>290</sup>

#### 5.1.2.2 *Situation nach der Liberalisierung*

Mit dem Wegfall der staatlichen Tarifgenehmigungspflicht durch das  
Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli  
2005<sup>291</sup> waren die Energielieferpreise nunmehr nicht mehr der direkten  
staatlichen Kontrolle unterworfen. Lediglich die Entgelte für die Netz-  
nutzung sollten gemäß § 23a EnWG einer Genehmigungspflicht durch  
die Bundesnetzagentur unterliegen, wobei diese Genehmigungspflicht  
für Netzentgelte als Ex-ante-Kontrolle bemerkenswerterweise nicht von  
Anfang an im Regierungsentwurf enthalten war, sondern das Resultat  
des Vermittlungsverfahrens zwischen Bundesrat und Bundestag war.<sup>292</sup>

Gleichwohl bestehen auch nach der Liberalisierung noch gesetz-  
liche Regelungen, die eine zumindest nachträgliche Kontrolle der  
Energielieferpreise ermöglichen. Allerdings unterliegen diese Kontroll-  
möglichkeiten jeweils spezifischen Beschränkungen im Anwendungs-  
bereich, die entweder bereits direkt vom Gesetzgeber vorgesehen oder

---

287 Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung,  
zu § 1 BTOElt, Rdn. 88.

288 Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung,  
zu § 1 BTOElt, Rdn. 111.

289 Bundestarifordnung Gas, BGBl. I. S. 46.

290 BGH, Urteil vom 19.11.2008, Az.: VIII ZR 138/07, Rz. 19ff.

291 BGBl. I. S. 1970, 2018).

292 BT-DrS 15/5736 (neu), S. 4, Ziffer 15.

teilweise erst durch die Rechtsprechung herausgebildet wurden. Letztendlich erfolgte damit teilweise eine Verlagerung der früheren behördlichen Tarifgenehmigung hin zu einer nachträglichen gerichtlichen Tarifkontrolle.

#### 5.1.2.2.1 Verpflichtung zur Preisgünstigkeit nach §§ 1, 2 EnWG

Mit der gesetzlichen Regelung in § 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 EnWG hat der Gesetzgeber als Reaktion auf die Liberalisierung<sup>293</sup> die Energieversorgungsunternehmen zumindest formal auch an die Verpflichtung zur Gewährleistung einer möglichst preiswerten Energieversorgung gebunden. Dem Wortlaut nach scheint § 2 EnWG sogar eine eigenständige Verpflichtung zu enthalten, deren Nichteinhaltung zu Sanktionen durch die Bundesnetzagentur nach § 65 EnWG führen könnte.<sup>294</sup>

Betrachtet man § 2 Abs. 1 und § 1 EnWG näher, relativiert sich jedoch dieser Eindruck. Zunächst ist festzustellen, dass der Gesetzgeber beim Merkmal der Preisgünstigkeit in § 1 EnWG auf den § 2 Abs. 1 EnWG verweist, nicht etwa einen maximal billigen Lieferpreis gemeint hat. Aus der Begründung zu § 1 EnWG folgt, dass Preisgünstigkeit lediglich eine Versorgung zu Wettbewerbspreisen, ersatzweise zu möglichst geringen Kosten bedeuten soll.<sup>295</sup>

Nach herrschender Meinung stellt § 2 EnWG auch keine eigenständige, rechtlich verbindliche Anspruchsgrundlage dar, die es einem Kunden erlauben würde, einen bestimmten günstigen Energielieferpreis gegenüber seinem Energieversorger durchsetzen zu können oder auch nur eine gerichtliche oder behördliche Kontrolle des Lieferpreises zu erreichen.<sup>296</sup> Weil in der Vorschrift nur auf andere Normen des EnWG verwiesen wird, sind es nur diese Regelungsbereiche, die eine konkrete rechtlich bindende Verpflichtung für den Energieversorger entfalten.<sup>297</sup> In der Literatur wird diese Regelung teilweise sogar als rechtlich bedeutungsloser „hilfloser Versuch des Gesetzgebers“ gesehen, den vermuteten Gefahren der Liberalisierung zu begegnen.<sup>298</sup> Der

---

293 Hellermann in Britz, EnWG, 2008, zu § 2, Rdn. 3.

294 Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, zu § 2, Rdn. 2.

295 Bundestagsdrucksache 13/7274 vom 23.03.1997, Anlage 1, Begründung zu § 1 EnWG.

296 Hellermann in Britz, EnWG, 2008, zu § 2, Rdn. 8.

297 Salje, EnWG, zu § 2, Rdn. 9.

298 Hellermann in Britz, EnWG, 2008, zu § 2, Rdn. 8.

Gesetzgeber habe „seine beschränkten Mittel zutreffend eingeschätzt und quasi kapituliert“.<sup>299</sup>

Aus § 2 EnWG lässt sich demnach keine irgendwie geartete behördliche oder gerichtliche Kontrolle von Energiepreisen herleiten.

#### 5.1.2.2.2 Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB

Bemerkenswerterweise befindet sich das gegenwärtig effektivste und von Verbraucherseite am häufigsten genutzte Mittel der Preiskontrolle nicht etwa in energierechtlichen Sondernormen, sondern im BGB. Der Gesetzgeber hat lange vor der Liberalisierung, außerhalb der energierechtlichen Normen, mit § 315 BGB das generelle Institut der Billigkeitskontrolle geschaffen. Wann immer in einem Schuldverhältnis eine Partei berechtigt ist, die Leistung der anderen Vertragspartei einseitig zu bestimmen, kann diese Bestimmung einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden. Eine tatsächlich unbillige Leistungsbestimmung wird dabei dann durch eine ersatzweise gerichtliche Festsetzung ersetzt (§ 315 Abs. 3 BGB).

Lange Zeit war umstritten, ob die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB auch auf Energielieferpreise des liberalisierten Energiemarktes Anwendung finden soll. Das Reichsgericht hatte eine Anwendbarkeit des § 315 BGB zuvor bei einem Rechtsstreit zwischen einem Abnehmer und einem Energieversorgungsunternehmen zumindest angedeutet.<sup>300</sup> Der Bundesgerichtshof hat dann in seiner Entscheidung vom 28. März 2007<sup>301</sup> zunächst für den Strombereich die Anwendbarkeit des § 315 BGB, zumindest auf die Allgemeinen Tarife, zu denen der örtliche Grundversorger gemäß § 36 EnWG jedermann mit Energie beliefern muss, bejaht. Dies erscheint auch im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers, denn § 17 der StromGKV<sup>302</sup> bzw. GasGKV<sup>303</sup> ließ gegen Abrechnungen des Grundversorgers ausdrücklich auch den Einwand des § 315 BGB zu.

299 Salje, EnWG, zu § 2, Rdn. 9.

300 RGZ, 111, S. 310 ff.

301 BGH, Urteil vom 28.03.2007, Az. VIII ZR 144/06.

302 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz, vom 26.10.2006 (BGBl. I S. 2391), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 25.07.2013 (BGBl. I S. 2722) geändert worden ist.

303 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz vom 26.10.2006 (BGBl. I S. 2391, 2396), die zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 25.07.2013 (BGBl. I S. 2722) geändert worden ist.



Allerdings ist dabei zu beachten, dass die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB nach Ansicht der Rechtsprechung keine vollständige Preiskontrolle erlaubt. Der BGH beschränkt die Prüfung vielmehr auf *Preis­anpassungen*, also Preiserhöhungen oder Preissenkungen, die nach Abschluss des jeweiligen Energieliefervertrages vom Energieversorger vorgenommen werden. Der vertragliche Ausgangspreis, also derjenige Preis, der bereits bei Vertragsschluss bestanden hat, soll dagegen als sogenannter „Preissockel“ der Billigkeitskontrolle entzogen sein, da es sich bei diesem Preis nicht um einen einseitig festgesetzten, sondern einen einvernehmlich vereinbarten handelt.<sup>304</sup>

Diese feine Unterscheidung zwischen vertraglich vereinbartem Anfangspreis und einseitig festgesetzten Preis­anpassungen, die der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliegen, ist bedeutsamer, als sie vielleicht auf den ersten Blick erscheint. Die Kontrolle von Preis­anpassungen und damit die Prüfung des Gerichtes beschränkt sich so nämlich auf die Frage, ob durch Preis­anpassungen, das bei Vertragsschluss bestehende Äquivalenzverhältnis, zu Lasten des Kunden verschoben wurde. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Versorger mit einer Preis­anpassung seine eigene Gewinnmarge erhöht und nicht lediglich nur tatsächliche Kostenänderungen an den Kunden weitergibt. Das Gericht ist aber nicht befugt, das ursprünglich bei Vertragsschluss bestehende Äquivalenzverhältnis und damit die für den Versorger eingepreisten Gewinnspannen auf ihre Angemessenheit hin zu kontrollieren.<sup>305</sup>

Der BGH hat mit seiner Entscheidung für eine Beschränkung der Billigkeitskontrolle auf Preis­anpassungen der Einführung einer faktischen (gerichtlichen) Tarifgenehmigung „durch die Hintertür“ eine Absage erteilt. Zum Zeitpunkt dieser Entscheidung und auch darüber hinaus wurden vor den deutschen Gerichten eine Vielzahl von Verfahren über die Angemessenheit von Preis­anpassungen in Energielieferverträgen geführt. Hätte der BGH den Gesamttarifpreis zur Disposition des § 315 BGB gestellt, wäre damit zu rechnen gewesen, dass sich die Gerichte regelmäßig mit der Billigkeitskontrolle ganzer Tarife hätten befassen müssen.

Diese Auffassung des BGH wird jedoch nicht kritiklos geteilt. Eine Gegen­auffassung geht vielmehr davon aus, dass ein fest vereinbarter Anfangspreis, wie ihn der BGH erkennen will, nicht existiere. Vereinbart werde im Rahmen der Belieferung zu allgemeinen Tarifen vielmehr nur die Belieferung zum jeweils aktuell festgesetzten Tarifpreis,

---

304 BGH, Urteil vom 28. März 2007, Az. VIII ZR 144/06, Rz. 13.

305 BGH, Urteil vom 13.06.2007, Az. VIII ZR 36/06.

der vom Energieversorger ständig neu ermittelt werde. Daher sei auch der gesamte Tarifpreis auf seine Billigkeit hin zu überprüfen.<sup>306</sup>

Was wären die Folgen einer solchen Entwicklung? Letztendlich wäre damit die frühere behördliche Tarifgenehmigungspflicht faktisch in eine nachträgliche gerichtliche Tarifprüfung umgewandelt worden. Bei einer vollständigen Kontrolle der allgemeinen Energiepreistarife durch ein Gericht nach Billigkeitsgrundsätzen hätte das Gericht im Falle der Unbilligkeit gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB sogar selbst einen billigen Preis festsetzen müssen. Das bedeutet, ein Gericht hätte z. B. unternehmerisch über die nach Billigkeitsgesichtspunkten angemessene Vertriebsmarge befinden müssen. Eine gerichtliche Festlegung einer zulässigen Vertriebsmarge hätte dann wieder Ausstrahlungswirkung für andere Versorger und deren Tarife entfaltet. Letztendlich würden sich die Tarife durch derartige Festlegungen vermutlich auf einem einheitlichen Niveau einpegeln, ohne dass noch Wettbewerb durch den Preis erfolgen würde.

Eine Absage des BGH an ein solches System ist zumindest unter Wettbewerbsgesichtspunkten zu begrüßen, da nach dem Konzept der Liberalisierung der Energiepreis als Wettbewerbspreis herausgebildet und nicht durch die Gerichte festgelegt werden soll.

In Zeiten zunehmenden Wettbewerbs, der den Kunden die Möglichkeit eröffnet jederzeit zu einem kostengünstigeren Energielieferanten wechseln zu können, vertreten einige Gerichte zudem nunmehr die Rechtsauffassung, dass durch die Möglichkeit des Wechsels im Wettbewerb die Anwendbarkeit des § 315 BGB vollständig ausgeschlossen sei und damit auch eine Kontrolle von Preisanpassungen nicht stattfinden kann. Begründet wird dieser Ausschluss mit einer Interessenabwägung zwischen den Parteien und einer notwendigen Beschränkung zivilgerichtlicher Preiskontrolle.<sup>307</sup>

Dieser weiteren Einschränkung des § 315 BGB durch einige Gerichte kann jedoch nicht gefolgt werden. Der § 315 BGB sieht für die Zulässigkeit der Billigkeitskontrolle lediglich die Ausübung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts vor. Eine Beschränkung auf Fälle von fehlendem Wettbewerb bzw. fehlender Wechselmöglichkeit zu einem anderen Vertragspartner sind dagegen im Gesetz nicht vorgesehen. Auch der BGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des § 315 BGB auf das Merkmal des fehlenden Wettbewerbs nicht abgestellt.

---

306 Mogwitz, RdE 2008, S. 118 (121) ebenso Markert, RdE 2009, S. 54 (61).

307 LG Offenburg, 15.10.2010, 5 O 83/08; LG Frankenthal, 15.06.2009, 2 HK O 34/09; LG Münster, 13.07.2010, 6 S 70/09.

Betrachtet man die Interessenlage der Parteien, insbesondere derjenigen Vertragspartei, die Adressat der einseitigen Leistungsbestimmung ist, muss festgestellt werden, dass eine solche Beschränkung auch nicht interessengerecht wäre. Der Adressat einer einseitigen Leistungsbestimmung hat nämlich sehr wohl ein schützenswertes Interesse an der Fortsetzung des bestehenden Vertrages zu einem billigen Preis. Würde man die Billigkeitskontrolle unter Verweis auf die Möglichkeit der Beendigung des bestehenden Vertrages und des Wechsels zu einem anderen Vertragspartner ablehnen, könnte die bestimmende Partei durch absichtlich unbillige Leistungsbestimmung die andere Partei faktisch aus dem Vertrag drängen.

Aktuell bestehen in der Rechtsprechung Zweifel, ob die Regelungen des § 5 StromGKV/GasGKV, die nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH dem Energieversorger ein gesetzliche Preisanpassungsrecht gewähren, überhaupt den europarechtlichen Vorgaben nach Art. 3 Abs. 5 in Verbindung mit Anhang A Buchst. b und/oder c der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG entsprechen oder möglicherweise wegen eines Verstoßes gegen europarechtliche Vorgaben unwirksam sind. Der BGH hat mit Beschluss vom 29. Juni 2011 diese Frage dem EuGH vorgelegt.<sup>308</sup> Zumindest das OLG Düsseldorf geht davon aus, dass die Regelung in § 5 GasGKV der Erdgasbinnenrichtlinie 2003/55/EG nicht gerecht wird, da hier vom Versorger keine gesonderte Belehrung des Kunden über sein Sonderkündigungsrecht im Zusammenhang mit der Mitteilung einer Preisanpassung verlangt wird.<sup>309</sup>

Sollte der EuGH tatsächlich einen solchen Verstoß bejahen, wären die Preisanpassungen der deutschen Energieversorger im Rahmen der Grundversorgung nicht durch ein wirksames gesetzliches Preisanpassungsrecht legitimiert. Nach der bisherigen Rechtsprechung wären diese Preisanpassungen unwirksam. Der BGH hat jedoch bereits im Zusammenhang seiner Rechtsprechung zu vertraglich vereinbarten Preisanpassungsklauseln klargestellt, dass eine nachhaltige Störung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung im Fall von unwirksamen Preisanpassungsregelungen durch ergänzende Vertragsauslegung zu beseitigen ist.<sup>310</sup> Zumindest für den Kundenbereich der Sonderkunden außerhalb der gesetzlichen Grundversorgung

---

308 BGH, Beschluss vom 29.06.2011, Az. VIII ZR 211/10.

309 OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2012, Az. VI- 2 U (Kart) 10/11.

310 BGH, Urteil vom 23.01.2013, VIII ZR 52/12.

hat der EuGH mit Urteil vom 21. März 2013 entschieden, dass eine vertragliche Einbeziehung der gesetzlichen Preisanpassungsregelungen nicht erforderlichen Transparenzanforderungen entspricht.<sup>311</sup> Der BGH musste daraufhin von seiner bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer solchen vertraglichen Übernahme in Sonderverträge abrücken.<sup>312</sup>

### 5.1.2.2.3 Kartellrechtliche Energiepreiskontrolle

Eine gesetzliche Regelung zur Prüfung der Angemessenheit von Energiepreisen ist weiterhin in § 29 GWB zu finden. Die Vorschrift wurde am 22. Dezember 2007 im Rahmen des „Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“<sup>313</sup> eingeführt und beschränkt sich auf marktbeherrschende Unternehmen. Der § 29 GWB ist dabei also als Reaktion des Gesetzgebers darauf zu verstehen, dass die erwartete Preisgünstigkeit nach der Liberalisierung nicht eintrat und daher Schäden für den Wettbewerb befürchtet wurden.<sup>314</sup> Anders als bei flächendeckender Regulierung sollte durch § 29 GWB ein Eingriff in das Preisgefüge demzufolge nur bei einer Marktstörung stattfinden. *Wuermeling* spricht in diesem Zusammenhang sehr plastisch von „Florett statt Schrotflinte“.<sup>315</sup> Interessanterweise sollte mit dem gleichen Gesetz auch ein aus der Sicht des Gesetzgebers „ruinöser Preiswettbewerb insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel“<sup>316</sup> – also ein Preisverfall durch Wettbewerbsdruck – bekämpft werden.

§ 29 GWB erlaubt im Anwendungsfall, anders als § 315 BGB, zumindest bei marktbeherrschenden Unternehmen eine gerichtliche Gesamtpreiskontrolle auf missbräuchliche Überhöhung.<sup>317</sup> Nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB wird eine marktbeherrschende Stellung bereits bei einem Marktanteil von einem Drittel widerlegbar vermutet. Der Bundesgerichtshof hat dabei für die Belieferung mit Erdgas den räumlich zu betrachtenden Markt auf das jeweilige Versorgungsgebiet beschränkt und in sachlicher Hinsicht der teilweise vertretenen Auffassung eines einheitlichen „Wärmemarktes“ verschiedener Heizenergieträger

311 EuGH, Urteil vom 21.03.2013, Az. C-92/11.

312 BGH, Urteil vom 31.07.2013, Az. VIII ZR 162/09.

313 BGBl. I S. 2966 (Nr. 66).

314 BT-Drs. 16/5847 S.1 Begründung.

315 *Wuermeling*, RdE 2007, S. 33.

316 BT-Drs. 16/5847 S.1 Begründung.

317 so auch LG Würzburg, Urteil vom 17.03.2010, Az. 42 S 1337/09.

letztendlich eine Absage erteilt.<sup>318</sup> Demzufolge dürfte § 29 GWB zumindest auf die jeweils regionalen Grundversorger überwiegend Anwendung finden, da gem. § 36 Abs. 2 EnWG die Stellung als Grundversorger an den im jeweiligen Netzgebiet größten Kundenkreis gekoppelt ist. Nur bei einem wettbewerblich sehr stark durchmischten Markt besteht die Möglichkeit, dass der Grundversorger nach § 36 Abs. 2 EnWG die meisten Kunden im Netzgebiet beliefert und dennoch einen Marktanteil von einem Drittel gemäß § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB unterschreitet.

§ 29 GWB verwendet gleich zwei Kontrollmechanismen. Nach Abs. 1 findet eine Preiskontrolle durch einen Preisvergleich mit vergleichbaren Märkten, nach Abs. 2 durch eine generelle Gewinnbegrenzung statt. Allerdings ist die Gewinnbegrenzung im Gesetz selbst nicht konkret beziffert, so dass jeweils eine konkrete Beurteilung des Einzelfalles erforderlich wird.<sup>319</sup>

§ 29 GWB ist primär ein Instrument der Kartellbehörden. Eine gleichzeitige gerichtliche Beanstandung von Energielieferpreisen nach § 315 BGB und § 29 GWB im Rahmen von Zivilprozessen durch die betroffenen Kunden ist aber gleichwohl zulässig.<sup>320</sup> Allerdings ist zu beachten, dass die in § 29 Nr. 1 GWB in der Fassung des Regierungsentwurfs<sup>321</sup> noch vorgesehene Darlegungs- und Beweislast des Energieversorgers dafür, dass im Vergleich zu anderen Versorgungsunternehmen ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen sachlich gerechtfertigt sind, im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf Verfahren vor den Kartellbehörden beschränkt worden ist. Zuvor war von den Energieversorgern eine Prozessflut bei den Zivilgerichten befürchtet worden. Der § 29 GWB sollte daher nicht der zivilrechtlichen Nutzung dienen, sondern nur ein „scharfes Schwert der Kartellbehörden“<sup>322</sup> sein. Damit hat der Gesetzgeber bewusst die Einbindung der Zivilgerichte in die Missbrauchskontrolle begrenzt bzw. reduziert.<sup>323</sup>

Die Anwendbarkeit des § 29 GWB ist vom Gesetzgeber zudem mit einem zeitlichen Ablaufdatum versehen worden. Gemäß § 131 Abs. 7 GWB ist § 29 GWB nach dem 31. Dezember 2017 nicht mehr anzuwenden.

---

318 BGH, Urteil vom 23.06.2009, Az. KZR 21/08; BGH Beschluss vom 10.12.2008, RdE 2009, S. 151 ff.

319 Markert, ZNER 2007, S. 365 (369).

320 LG Würzburg a. a. O.

321 BT-Drs. 16/5847, S. 5.

322 Plenarprotokoll 16/126 des Deutschen Bundestages v. 15.11.2007; Stellungnahme CDU/CSU S. 1369/1370.

323 BGH, Urteil vom 19.11.2008, Az. VIII ZR 138/07, Rz. 23.

Die Befristung soll die Brückenfunktion der Regelung zum Ausdruck bringen.<sup>324</sup> Der Gesetzgeber erhofft sich, dass ab diesem Datum die früheren Monopole sich in effektive Wettbewerbsmärkte gewandelt haben werden.<sup>325</sup> Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber diese Befristung im Rahmen der 8. GWB Novelle von 2012 auf nunmehr 2017 verlängert hat.<sup>326</sup> Zur Begründung dieser Verlängerung wird angeführt, dass sich die wettbewerbliche Entwicklung auf den Strom- und Gasmärkten auf Endkunden- und auch auf Großhandelsebene grundsätzlich positiv entwickelt habe, dennoch aber Bereiche der Energieversorgung verblieben seien, in denen der Übergang von monopolistisch geprägten Märkten zu Wettbewerbsmärkten nach wie vor nicht hinreichend gelungen sei.<sup>327</sup> Bereits zuvor war ein „nicht besonders aktives Engagement“ der zuständigen Kartellbehörden zugunsten von Haushaltskunden im Rahmen der Anwendung des § 29 GWB bemängelt worden.<sup>328</sup>

### 5.1.2.3 Fazit

Auch nach Abschaffung der Tarifgenehmigungspflicht im Rahmen der Liberalisierung sind die Energielieferpreise keineswegs jeglicher Kontrolle entzogen. Eine behördliche Kontrolle war für marktbeherrschende Unternehmen und damit im Regelfall für die gesetzlichen Grundversorger durch die Kartellbehörden nach § 29 GWB zumindest in einem befristeten Zeitraum bis Ende des Jahres 2017 möglich. Letztverbraucher konnten Preiserhöhungen unter Berufung auf § 315 BGB zumindest einer gewissen gerichtlichen Kontrolle unterziehen lassen. Die Vielzahl der zum § 315 BGB in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen diverser Amts-, Land- und Oberlandesgerichte, sowie gleich mehrerer Grundsatzentscheidungen des BGH belegen, dass insbesondere von der Möglichkeit der privatrechtlichen Preiskontrolle stark Gebrauch gemacht wurde und vermutlich auch in Zukunft gemacht wird. Ob diese

---

324 Wuermeling, Rde 2007, S. 33 (34).

325 Dorß in Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, zu § 29, Rdn. 4.

326 § 131 GWB in der ab dem 30.06.2013 geltenden Fassung, geändert durch Artikel 1 G. v. 26.06.2013 BGBl. I S. 1738; kritisch Haellmigk/Pelka, Was ändert sich durch die 8. GWB-Novelle für die Energie- Wasser- und Fernwärmewirtschaft, RdE 2013, S. 1, (5).

327 Gesetzentwurf vom 30.03.2012, Drucksache 176/12, S. 48, zu Nummer 44.

328 Markert, ZNER 2009, S. 193, (198).

Verlagerung der Preiskontrolle auf die Gerichte der richtige Weg ist, darf bezweifelt werden.<sup>329</sup>

Hätte der Gesetzgeber seine ursprüngliche Fassung des § 29 GWB beibehalten, wonach auch im Zivilprozess der Energieversorger die Angemessenheit seines Gesamtpreises belegen musste, wäre damit faktisch eine vollständige gerichtliche Tarifkontrolle begründet worden. Privatverbraucher hätten dann in gerichtlichen Verfahren einen angeblichen Verstoß des Energieversorgers gegen § 29 Nr. 1 GWB behaupten können und der betroffene Versorger hätte die Rechtfertigung für seine Preisbildung beweisen müssen.

Löwer vertritt die These, dass in der Energiewirtschaft das Verständnis dessen, was einen funktionierenden Wettbewerb darstelle, neu durchdacht werden müsse.<sup>330</sup> Insbesondere bei den staatlichen Kartellbehörden herrsche ein Wettbewerbsverständnis vor, dass sich am Idealbild des täglichen Handels an einem Spotmarkt,<sup>331</sup> also nur einem kurzfristigen und dynamischen Wettbewerb orientiere. Nach Auffassung von Löwer können jedoch – gerade auf der Ebene von Bezugsverträgen mit dem Ausland – eher langfristige Verträge positive Auswirkungen haben. Es gäbe im Wettbewerb nämlich auch einen „Wettbewerb der Vertragsformen“, bei dem sich möglicherweise langfristige Bezugsverträge am Markt als günstiger erweisen würden. Unter Verweis auf instabile Marktbedingungen in den Förderländern und die sich ausweitende Einflussnahme des russischen Staates erscheint Löwer ein Vertrauen auf Spotmärkte „naiv“.<sup>332</sup> Diese Auffassung hat einiges für sich, wenn man sich in einem Beschaffungsmarkt mit nur wenigen Anbietern befindet, wie das bei der Gasversorgung der Fall ist. Hier kann durchaus die langfristige Bezugsabsicherung vorteilhafter sein. Anders sieht es dagegen in einem Markt aus, bei dem die Zahl der Erzeuger eher zunimmt, wie dies derzeit bei der Stromversorgung – bedingt durch die erneuerbaren Energien – der Fall ist.

329 Dorß in Germer/Loibl, Energierecht, S. 192, Rdn. 99.

330 Löwer, Bonner Gespräche zum Energierecht 2, Wettbewerb und Versorgungssicherheit, S. 12.

331 Im Gegensatz zum sog. Terminmarkt, der beim Energiebezug zu einer langfristigen Bedarfssicherung dient, dient der kurzfristigen tagweisen Bedarfsergänzung.

332 Löwer, Bonner Gespräche zum Energierecht 2, Wettbewerb und Versorgungssicherheit, S. 13.

## 5.2 Wettbewerb auf der Netzebene

Aufgrund der Trennung von Netzbetrieb und Energielieferung im Rahmen der Entflechtungsvorschriften des EnWG von 1998 ist der Netzbereich getrennt zu betrachten.

### 5.2.1 Kontrolle der Netzentgelte

Ein weiterer Bestandteil der Endpreise für Energie sind die Kosten für die Netznutzung, die sogenannten Netznutzungsentgelte. Diese stellen die geldwerte Gegenleistung für die Gewährung des Netzzugangs dar.<sup>333</sup> Die Netznutzungsentgelte sind – je nach vertraglicher Ausgestaltung des Energielieferungsvertrages – vom Energielieferanten oder direkt vom Letztverbraucher an den Netzbetreiber zu entrichten. In der Praxis überwiegen dabei Vertragskonstellationen, bei denen die Netzentgelte zunächst vom Lieferanten an den Netzbetreiber gezahlt und dann im Lieferpreis des Letztverbrauchers weiterberechnet werden. So sieht zum Beispiel § 6 der StromGKV/GasGKV den Abschluss der notwendigen Netznutzungsverträge durch den Grundversorger vor.

Anders als die Energielieferanten unterliegen die Netzbetreiber auch in einem liberalisierten System keinem Wettbewerb, da die Netze auch weiterhin ein natürliches Monopol bilden.<sup>334</sup> Es findet lediglich im Rahmen der Konzessionsvergabe von Städten und Gemeinden nach § 46 EnWG in längeren Zeitabständen ein Wettbewerb um das Netz statt. Dementsprechend stellen die Netznutzungsentgelte auch keine Wettbewerbspreise dar, die durch Angebot und Nachfrage bestimmt werden, sondern unterliegen gemäß § 23a EnWG der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur. Die Regulierung der Entgelte für den Zugang der konkurrierenden Lieferanten zum Monopolnetz wird als wesentlicher Faktor für die Schaffung von Wettbewerb angesehen.<sup>335</sup>

Gem. § 21 Abs. 1 EnWG müssen die Netzentgelte angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn der Netznutzer eine adäquate Leistung für das Entgelt erhält, dieses also in einem vernünftigen Verhältnis zur Leistung steht.<sup>336</sup> Auf das konkrete Genehmigungsverfahren und die

---

333 Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, S. 84.

334 Busse von Colbe in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, Vor §§ 21 ff., Rdn. 1.

335 Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, S. 83.

336 Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, S. 87.



genaue Bemessung der Netznutzungsentgelte soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

Mit der Entscheidung vom 15. Mai 2012 hat der BGH festgestellt, dass auch die nach dem Energiewirtschaftsgesetz 2005 genehmigten Netznutzungsentgelte (so wie auch bereits die Preisanpassungen der Belieferung) der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterliegen. Der Maßstab billigen Ermessens werde durch die §§ 21 ff. EnWG und die Vorschriften der Stromnetzentgeltverordnung konkretisiert.<sup>337</sup> Durch die Genehmigung der Netzentgelte werde die Anwendbarkeit des § 315 BGB nicht verdrängt. Die Entgeltgenehmigung wirke nicht unmittelbar auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Netzbetreiber und dem Netznutzer ein, sondern bedürfe noch der privatrechtlichen Umsetzung. Weiterhin seien die genehmigten Entgelte gemäß § 23a Abs. 2 Satz 2 EnWG Höchstpreise, die der Netzbetreiber nicht zwingend erheben müsse.<sup>338</sup>

## 5.2.2 Kontrolle der Konzessionsabgaben

Einen weiteren Kostenfaktor der Energielieferpreise von Letztverbrauchern bilden die Konzessionsabgaben. Während die Energielieferanten zur Belieferung ihrer Kunden auf die Nutzung von Netzen der Netzbetreiber angewiesen sind und hierfür Netznutzungsentgelte entrichten, sind die Netzbetreiber ihrerseits gezwungen, für die Verlegung und den Betrieb ihrer Leitungen öffentliche Verkehrswege von Gemeinden zu nutzen. Die Gemeinden werden durch § 46 EnWG verpflichtet, ihre öffentlichen Verkehrswege den Netzbetreibern hierfür zur Verfügung zu stellen.<sup>339</sup>

Die Umsetzung und nähere Ausgestaltung der Wegenutzung erfolgt durch zivilrechtlichen Vertrag. Aus § 46 EnWG folgt insoweit ein Kontrahierungszwang der Gemeinden.<sup>340</sup> In § 46 EnWG wird dabei unterschieden zwischen sogenannten einfachen Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 1 EnWG und qualifizierten Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 EnWG, die das Recht zum Betrieb eines Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung regeln. Für Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG ist dabei nach Satz 1 eine maximale Vertragslaufzeit von 20 Jahren als zulässig vorgesehen. Die Unterscheidung in einfache

---

337 BGH, Urteil vom 15.05.2012, Az. EnZR 105/10.

338 BGH, a. a. O., Rdn. 20.

339 weitere Ausführungen zum Konzessionsvertrag in Abschnitt 6.2.

340 Wegner in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, Zu § 46, Rdn. 31.

und qualifizierte Wegenutzungsverträge beruht auf der Annahme des Gesetzgebers, dass zwar jeder Netzbetreiber eigene Leitungsrechte zur direkten Versorgung seiner Kunden durch Abschluss eines einfachen Konzessionsvertrages erwerben kann, es aber in einem Gemeindegebiet praktisch nur ein Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung geben kann.

Als Gegenleistung für die Einräumung des Wegenutzungsrechtes können Gemeinden sogenannte Konzessionsabgaben nach § 48 EnWG verlangen. Gegenüber einem Netzbetreiber ist die Gemeinde marktbeherrschend, da sie Eigentümerin der entsprechenden Grundstücke ist, die der Netzbetreiber für den Netzbetrieb nutzen muss. Aus diesem Grund ist die Höhe der Konzessionsabgaben, die eine Gemeinde im Rahmen von Konzessionsverträgen verlangen kann, vom Gesetzgeber durch festgelegte Obergrenzen im Rahmen der Konzessionsabgabenverordnung (KAV)<sup>341</sup> beschränkt worden.

Die KAV beruht noch auf der Ermächtigung durch §§ 7, 12 EnWG von 1935. Diese sind wirksame Ermächtigungsgrundlage und auch mit höherrangigem Recht vereinbar.<sup>342</sup>

### 5.3 Bewertung

Der Staat selbst ist durch die Privatisierung und Liberalisierung keineswegs im Sinne eines schlanken Gewährleistungsstaates entlastet oder verschlankt worden. Eine Vielzahl von neuen Regulierungsmechanismen zur Kontrolle des Wettbewerbs mussten und müssen weiterhin geschaffen und umgesetzt werden, um den Wettbewerb und die hiervon abhängige Energieversorgung kontrollieren zu können. *Kühling* betont hier die Notwendigkeit eines „Regelungskorsetts“ mit „anspruchsvoller Struktur“.<sup>343</sup> So wird der Aufgabenbereich der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde seit 2006 ständig erweitert.<sup>344</sup> Als neueste Regulierungsmaßnahme im Netzbereich ist auf die erstmals seit dem 01. April 2012 bestehende Pflicht der Betreiber von Fernleitungsnetzen nach § 15a EnWG hinzuweisen, jährlich einen gemeinsamen nationalen Netzentwicklungsplan zu erstellen und der Regulierungsbehörde

341 Konzessionsabgabenverordnung vom 9.01.1992 (BGBl. I S. 12, 407), zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 der Verordnung vom 01.11.2006 (BGBl. I S. 2477) geändert.

342 Scholtka, Das Konzessionsabgabenrecht der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, S. 109.

343 Kühling in Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, S. 21.

344 BNetzA, Jahresbericht 2012, S. 34 ff.

vorzulegen. Der Bundesnetzagentur wird im aktuellen EnWG nun die Rolle einer zentralen Informationsstelle für Energieverbraucher zugewiesen.<sup>345</sup>

Auch die Gerichte sehen sich, wie oben dargestellt, plötzlich mit völlig neuen und teilweise unerwarteten Entwicklungen, wie etwa die Pflicht zur Lieferpreiskontrolle im Einzelfall nach § 315 BGB konfrontiert, auf die sie bislang überhaupt nicht vorbereitet waren. Auch über diese zivilrechtlichen Verfahren ist gem. § 104 EnWG die Bundesnetzagentur durch das betreffende Gericht zu informieren.

# 6 Kommunale Energieversorgung

Eine entscheidende Bedeutung im Bereich der Energieversorgung kommt noch immer den kommunalen Energieversorgern zu. Derzeit gibt es immerhin noch über 500 kommunale Energieversorgungsunternehmen in Deutschland. Insoweit stellt sich die Frage, ob im Bereich der Energieversorgung eine kommunale Versorgungsaufgabe besteht und wenn ja, wie weit diese reicht, oder ob die Kommunen lediglich als Wegeeigentümer über die Konzessionsvergabe Einfluss auf die Energieversorgung nehmen können.

## 6.1 Kommunale Energieversorgungsunternehmen

Die umfassendste Möglichkeit einer Gemeinde die Energieversorgung sicherzustellen, ist der Betrieb eines eigenen kommunalen Energieversorgungsunternehmens. Hier wird die Gemeinde privatwirtschaftlich tätig. Daher ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen eine solche Betätigung der Gemeinden zulässig ist.

### 6.1.1 Grundsätzliche Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung

Jede Tätigkeit einer Gemeinde erfordert eine entsprechende Aufgabenzuweisung. Dies gilt auch für die privatwirtschaftliche Tätigkeit.<sup>346</sup> Bei der Aufgabenzuweisung ist zunächst zwischen Aufgaben im eigenen Wirkungskreis und Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis zu unterscheiden. Aufgaben im eigenen Wirkungskreis beinhalten die freiwilligen und die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben. Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis erfolgen im Rahmen der Auftragsverwaltung sowie der Pflichtaufgaben nach Weisung.

Im übertragenen Wirkungskreis scheidet eine eigenständige privatwirtschaftliche Betätigung aus.<sup>347</sup> Im Bereich der Angelegenhei-

---

346 Ronellenfitch in Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 1, Rdn. 1.

347 Ronellenfitch in Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 1, Rdn. 8.

ten der örtlichen Gemeinschaft dagegen besitzen die Gemeinden Eigenverantwortlichkeit, sie entscheiden damit selbst darüber, wie sie diese Aufgaben erfüllen. Die Aufsicht des Staates ist in diesem Bereich auf eine Rechtsaufsicht beschränkt. Der Wesensgehalt der kommunalen Selbstverwaltung kann vom Gesetzgeber nicht angetastet werden.

### 6.1.2 Daseinsvorsorge als kommunale Aufgabe

Die Teilhabe der Kommunen am Wirtschaftsleben ist seit jeher Gegenstand der kommunalen Selbstverwaltung – die Differenzierung zwischen Verwalten und Wirtschaften dagegen ist jüngerem Datums.<sup>348</sup>

In keinem Gesetz ist ausdrücklich ein kommunaler Energieversorgungsauftrag bestimmt. Rechtsgrundlagen für eine Versorgungsverantwortung und das Versorgungsengagement der Kommunen in der örtlichen Energieversorgung können daher nur in der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG und entsprechenden Landesgesetzen gefunden werden.

*Stern* vertrat schon 1972 die Auffassung, dass die Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben in der geschichtlichen Entwicklung den unantastbaren Kern der kommunalen Selbstverwaltung geformt habe. Die gesamte kommunale Selbstverwaltung gewinnt danach vornehmlich durch die Daseinsvorsorge ihren Sinn. Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zur Daseinsvorsorge müsse daher zum unantastbaren Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltungskompetenz gezählt werden.<sup>349</sup>

### 6.1.3 Kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG

#### 6.1.3.1 Grundsätze

Im Grundgesetz sind die verfassungsrechtlich geschützten Rechte der Gemeinden in Art. 28 Abs. 2 geregelt. Art 28 Abs. 2 GG garantiert hierbei die Selbstverwaltung der Gemeinden in Deutschland. Bei Art. 28 Abs. 2 GG handelt es sich nicht um ein Grundrecht, sondern um eine institutionelle Garantie für die Gemeinden.<sup>350</sup> Unter einer Gemeinde ist hierbei ein auf personaler Mitgliedschaft zu einem bestimmten Gebiet beruhender Verband zu verstehen, der die Eigenschaft einer rechtsfähigen Kör-

---

348 Steckert, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb, S. 12.

349 Stern/Burmeister, Die kommunalen Sparkassen, S. 61.

350 Dreier, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 87.

perschaft des öffentlichen Rechts besitzt. Der Begriff der Gemeinde wird von der Verfassung selbst nicht definiert, sondern vorausgesetzt.<sup>351</sup>

Den Gemeinden wird durch Art. 28 Abs. 2 GG zugebilligt, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze selbst zu regeln. Der Rechtsbegriff der Selbstverwaltung wird in Art. 28 GG nicht näher präzisiert, sondern vom Grundgesetz vorausgesetzt.<sup>352</sup> Geschützt ist nur der örtliche Aufgabenkreis.

Es existiert kein einheitliches Recht der Selbstverwaltung, sondern nur mannigfaltige Rechtsbereiche, die unter Beachtung der Selbstverwaltungsidee gesetzlich näher strukturiert werden müssen. Art. 28 Abs. 2 GG spricht insoweit nur Mindestgarantien aus.<sup>353</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes sind Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft die Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln, oder auf diese einen spezifischen Bezug haben, die damit den Bewohnern der Gemeinde gerade als solchen gemeinsam sind, als dass sie das Zusammenleben und Wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen.<sup>354</sup> Unter Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind alle Bedürfnisse zu verstehen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindebürgern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen.<sup>355</sup> Daraus folgt, dass der Gesetzgeber bei der Aufgabenzuordnung von Gemeinden frei ist, wenn die Aufgabe keinen relevanten örtlichen Charakter besitzt.

Garantiert wird die Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände. Erfasst sind Aufgaben des eigenen Wirkungskreises, der aus freien und pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben besteht.<sup>356</sup> Es handelt sich um eine rahmenartige Mindestgarantie.<sup>357</sup> Garantiert sind dabei die generelle Existenz von Gemeinden als solche, die Kernelemente eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung sowie die Gewährung der Möglichkeit gegen Eingriffe in diese geschützten Rechtspositionen.<sup>358</sup>

---

351 Dreier, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 90.

352 Maunz/Dürig, Grundgesetz, zu Art. 28 GG, Rdn. 42.

353 Tettinger in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, zu Art. 28 Rdn. 135.

354 BVerfGE 79, 127, 152 (Rastede).

355 Dreier, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 110; BVerfGE 79, S. 127 (152) „Rastede“.

356 Dreier, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 90.

357 Dreier, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 94.

358 Dreier, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 99.

Ein individueller Schutz ist damit nicht verbunden, der Kernbereich muss nur institutionell, aber nicht für einzelne Gemeinden gewahrt sein. Eine individuelle Bestandsgarantie für die einzelne Gemeinde folgt aus Art. 28 Abs. 2 GG jedoch nicht.<sup>359</sup> Insoweit besteht also keine Bestandsgarantie für die einzelne Gemeinde.<sup>360</sup>

Eine erwerbswirtschaftlich fiskalische Betätigung, deren vorrangiges Ziel der Gemeinde das Gewinnstreben ist, fällt – sofern sie kommunalrechtlich überhaupt gestattet ist – nicht unmittelbar in den Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie.<sup>361</sup>

Die Wahrnehmung von Aufgaben kommunaler Selbstverwaltung steht unter Gesetzesvorbehalt. Insoweit besteht eine Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers, die sich sowohl auf die Aufgabengarantie, als auch auf die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung bezieht.<sup>362</sup> Der Vorbehalt „im Rahmen der Gesetze“ überlässt dem Gesetzgeber diese Ausgestaltung jedoch nicht beliebig. Eine Grenze bildet der Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie. Hiernach darf der Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht ausgehöhlt werden.<sup>363</sup> Ein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog soll dabei allerdings nicht existieren.<sup>364</sup> Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie immer dann tangiert, wenn die Vorgaben des Gesetzgebers eine eigenständige organisatorische Aufgabenerfüllung der Gemeinden ersticken, indem die Gemeinde entweder aus der Verantwortung verdrängt wird, oder keinen organisatorischen Spielraum zur Aufgabenbewältigung mehr hat.<sup>365</sup>

Nach *Frank* ist die Wahrnehmung staatlicher Daseinsvorsorge durch die Kommunen, soweit sie die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betrifft, durch Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt.<sup>366</sup> Auf die besondere Problematik des sogenannten Kernbereichs kommunaler Selbstverwaltung soll nachfolgend im Rahmen der Betrachtungen zur Konzessionsvergabe noch einmal vertieft eingegangen werden.

---

359 Tettinger, in v. Mangold/Klein/Starck, GG, zu Art. 28 Rdn. 130.

360 Dreier, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 100.

361 Ronellenfitch, in Hoppe/Uechtritz, Kommunale Unternehmen, § 3, Rdn. 5.

362 Henneke, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, zu Art. 28, Rdn. 49.

363 BverfGE 79, S. 127 (152), „Rastede“.

364 BverfGE 79, S. 127 (152), „Rastede“; Walendy, Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen, S. 145.

365 BVerwG, Urteil vom 06.04.2005, Az. 8 CN 1/04.

366 Frank, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 818.

### 6.1.3.2 Berechtigung zur wirtschaftlichen Tätigkeit

Die Privatwirtschaft ist üblicherweise über die Konkurrenz, die ihr durch wirtschaftliche Tätigkeit von Gemeinden entsteht, nicht erfreut. *Buchmann* vertritt unter Berufung auf *Nagel* die Auffassung, dass Art. 28 Abs. 2 GG den Gemeinden nur dann einen Kompetenztitel zur wirtschaftlichen Tätigkeit verschafft, wenn es an einem ausreichenden privaten Angebot fehle.<sup>367</sup> *Buchmann* stützt diese Auffassung auf die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes und die marktwirtschaftliche Ausgestaltung des deutschen Rechtssystems, die Versorgungsaufgaben primär der Privatwirtschaft übertragen. *Lecheler* geht sogar davon aus, dass nach der Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes grundsätzlich ein Vorrang der Privaten vor der wirtschaftlichen Betätigung des Staates bestehe.<sup>368</sup>

*Ronellenfitch* dagegen vermag dem Grundgesetz kein ausdrückliches Bekenntnis zu marktwirtschaftlichen Prinzipien zu entnehmen, eine Affinität der Grundrechte zur Marktwirtschaft müsse jedoch beachtet werden.<sup>369</sup> Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden sei daher nicht per se verfassungswidrig, bedürfe aber als Ausnahme von der Regel einer Rechtfertigung.

Vor diesem Hintergrund ist der Wertung von *Buchmann* und *Lecheler* kritisch zu begegnen. Trotz der marktwirtschaftlichen Ausrichtung des deutschen Rechtssystems hat die Verfassung eine Teilnahme am Wettbewerb nicht ausschließlich den Privaten vorbehalten.<sup>370</sup> Die momentane praktische Ausrichtung des Wirtschaftssystems kann daher noch nicht Maßstab für die Auslegung der Verfassung sein. Weiterhin ist festzustellen, dass *Nagel*, der im Jahr 2000 und unter dem Eindruck der neu eingeführten Liberalisierung eine Legitimation kommunaler Versorgungsunternehmen nur im Falle des Marktversagens oder bei wirtschaftlicherer Aufgabenerfüllung als die Privatwirtschaft sah, selbst davon ausging, dass ein solches Marktversagen in der Energiewirtschaft drohe.<sup>371</sup> *Nagel* (auf den *Buchmann* sich beruft) ging also gerade von einer praktisch bestehenden Legitimation kommunaler Energieversorger

---

367 Buchmann, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, S. 36 zur Begründung mit Verweis auf *Nagel*, NwvZ 2000, 758.

368 Lecheler, Die Bedeutung des öffentlichen Rechts für das Energierecht, NwvZ, 1995, S. 8 (10).

369 Ronellenfitch in Hoppe/Uechtritz, Kommunale Unternehmen, § 3, Rdn. 6.

370 Tödtmann, RdE 2002, 6, 11.

371 *Nagel*, NwvZ 2000, 758, 761.



aus. Weiterhin ist nicht zu erkennen, dass Nagel eine Aussage zur inhaltlichen Reichweite des Art. 28 Abs. 2 GG treffen wollte. Seine kritischen Anmerkungen zur Liberalisierung scheinen durchweg praktischer Natur zu sein. Er stellt nüchtern fest, dass durch die Liberalisierung von 1998 die „Vorstellung von der Energieversorgung als Daseinsvorsorge der öffentlichen Hand mit festgesetzten Preisen“ überholt sei.<sup>372</sup> Aus dieser Ist-Betrachtung stellt er dann die Frage nach der künftigen Rolle kommunaler Versorger und sieht deren Berechtigung auch weiterhin als gegeben an. Nagel sieht bei kommunalen Versorgern nämlich durchaus das Potential, wirtschaftlicher zu arbeiten als Private.

Weiterhin ist zu beachten, dass verfassungsrechtlich gewollt eine dezentrale, also gemeindliche Aufgabenerfüllung den Vorrang vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung hatte.<sup>373</sup> Insoweit bestände ein Wertungswiderspruch, wenn einerseits gerade eine dezentrale Aufgabenwahrnehmung gewollt ist und man andererseits diese Aufgaben dann den Gemeinden mit dem Hinweis wieder entzieht, dass Privatanbieter hierzu geeigneter seien, insbesondere wenn der Vorteil privater Anbieter in ihrer nicht gebietsbezogenen Überregionalität gesehen wird.<sup>374</sup>

Nach *Ronellenfitch* ist die wirtschaftliche Betätigung für die Aufgabenerfüllung der Gemeinden im eigenen Wirkungskreis sogar unerlässlich und gehört daher zum Wesen kommunaler Selbstverwaltung.<sup>375</sup> Sie steht allerdings im Spannungsverhältnis zum Gebot der Gemeinden, der Privatwirtschaft keine Konkurrenz zu machen. Dieses Spannungsverhältnis werde jedoch durch Kommunalgesetze geregelt, die eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nur unter bestimmten Voraussetzungen erlauben.<sup>376</sup>

### 6.1.3.3 *Wirtschaftliche Betätigung in der Energieversorgung*

Das Bundesverfassungsgericht hat für den Bereich der Energieversorgung zur Frage der kommunalwirtschaftlichen Berechtigung klar Stellung genommen, indem es die Entscheidung über die Durchführung

---

372 Nagel, NvwZ 2000, 758, 760.

373 Tettinger in v. Mangold/Klein/Starck, GG, zu Art. 28 Rdn. 178.

374 Nagel, NvwZ 2000, 758, 761.

375 Ronellenfitch, in Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 1, Rdn. 14.

376 Ronellenfitch, in Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 1, Rdn. 14.

der Energieversorgung eindeutig als Angelegenheit der öffentlichen Gemeinschaft bezeichnet hat.<sup>377</sup> Hieran waren zuvor immer wieder Zweifel geäußert worden.<sup>378</sup>

Wie schon gezeigt, lässt sich das Wesen der Energieversorgung in die Bereiche Energieerzeugung und Energieverteilung aufspalten. Das Recht der Gemeinden aus Art. 28 GG, in der Energieverteilung tätig zu werden, ist weitestgehend unbestritten.<sup>379</sup> Der Bundesrat ging 1992 sogar von einer „Entscheidungshoheit der Kommunen über die Regelung der örtlichen Energieversorgung“ aus.<sup>380</sup> Nach Ansicht von Britz soll dies auch für den Bereich der Energieerzeugung gelten.<sup>381</sup> Gleichzeitig soll den Gemeinden aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie das Recht zustehen, eigene energiepolitische Ziele zu verfolgen.<sup>382</sup>

Nach herrschender Meinung zählt die Energieversorgung insoweit eindeutig zu den örtlichen Angelegenheiten der Gemeinden i. S. d. Art. 28 Abs. 2 GG.<sup>383</sup> Steckert betrachtet sie als dem Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 GG zugehörig.<sup>384</sup> Die Errichtung kommunaler Gaswerke und nachfolgend auch die Gründung kommunaler Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft gehören nach der kommunalen Wasserversorgung und der kommunalen Gesundheitspflege historisch betrachtet zu den frühesten Entwicklungsstufen der Gemeindegewirtschaft.<sup>385</sup> Auch die Energieerzeugung soll zumindest in größeren Gemeinden mit entsprechender Leistungsfähigkeit hierunter fallen. Diese kommunale Zuständigkeit sei jedoch abzugrenzen von der generellen staatlichen

---

377 BVerfGE, 1998, 273, 275.

378 Hasse, Ökonomische Möglichkeiten dezentraler Technologien in der Elektrizitätswirtschaft, S. 18.

379 Britz, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, § 7 S. 142.

380 BRat Drs. 160/92 v. 18.12.1992 S. 4, 7.

381 Britz, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, § 7 S. 142.

382 Britz, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, § 7 S. 142.

383 Püttner, Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung, DÖV 1990, S. 461, (463); Cronauge, Das neue Konzessionsabgabenrecht, S. 9; Rodi, Kommunale Handlungsmöglichkeiten in der Energie- und Klimaschutzpolitik, IR 2012, S. 242, (246); Wübbels/Praetorius, Daseinsvorsorge durch die kommunale Energiewirtschaft, IR 2009, S. 122, (123).

384 Steckert, in Baur, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben, S. 54.

385 Ronellenfitch, in Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 1, Rdn. 17, hier wird die Gasversorgung zu Stufe 3 und die Stromversorgung zu Stufe 4 von insgesamt 6 historischen Entwicklungsstufen der Gemeindegewirtschaft gezählt.

Energiepolitik.<sup>386</sup> Aus dieser Tatsache resultiert das Recht der Gemeinden, die Versorgung zu übernehmen, ohne dass hieraus gleichzeitig eine direkte Pflicht erwächst. Diese Verpflichtung könne sich jedoch aus der generellen Verpflichtung zu bestmöglicher Betätigung zum Wohl der Bürger ergeben. Der Gemeinde steht insoweit frei, was sie tun möchte, nur untätig bleiben dürfe sie nicht<sup>387</sup>

Das impliziert, dass Tätigkeiten, die zum Wesensgehalt der kommunalen Selbstversorgung zu zählen sind, dürfen den Gemeinden – unabhängig von ihrer Leistungsfähigkeit – nicht entzogen werden dürfen.

#### 6.1.4 Landesrechtliche Vorgaben

Die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen ist im jeweiligen Landesrecht näher ausgestaltet. Hier existieren je nach Bundesland unterschiedliche Vorgaben und Anforderungen.

Gemeinsam ist allen Regelungen, dass die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden nur zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks zulässig sein soll und dabei in einem angemessenen Verhältnis zu Leistungsfähigkeit und Bedarf der Gemeinde stehen muss. Diese Vorgaben finden sich bereits in der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 wieder.<sup>388</sup> *Kreikenbaum* und *Gröner* sahen darin das politische Ziel des Dritten Reichs, die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden generell möglichst einzuschränken.<sup>389</sup> Nach anderer Auffassung sollte dagegen damit lediglich die bis dahin stark ausufernde kommunalwirtschaftliche Betätigung wieder auf ein vernünftiges Maß beschränkt werden.<sup>390</sup>

Weiterhin stellen alle Regelungen Anforderungen an das Verhältnis zu potentiellen privaten Anbietern. Die DGO von 1935 gab hier in § 67 noch einheitlich vor, dass eine kommunale Wirtschaftstätigkeit nur zulässig sei, wenn die gleiche Aufgabe nicht von einem privaten Anbieter besser erbracht werden könnte. Gegenwärtige Landesregelungen zu diesem Punkt sind höchst unterschiedlich ausgestaltet und lassen sich in drei Gruppen aufteilen.

---

386 Püttner, *Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung*, DÖV 1990, S. 461, (463).

387 Püttner, *Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung*, DÖV 1990, S. 461, (463).

388 § 67 DGO 1935.

389 *Kreikenbaum*, *Kommunalisierung und Dezentralisierung*, S. 49 unter Berufung auf *Gröner*, *Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft* S. 100.

390 *Ronellenfitch* in *Hoppe/Uechtritz*, *Handbuch Kommunale Unternehmen*, § 1, Rdn. 17.

#### 6.1.4.1 Gruppe 1 – Vorrang der Privatwirtschaft

Mehrere Bundesländer verlangten in der Vergangenheit ihren Gemeindeordnungen, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit von Kommunen nur dann zulässig sein soll, wenn die Gemeinde diese Leistungen *besser* erbringen kann, als private Anbieter am Markt. Diese Regelungen sind jedoch aktuell rückläufig.<sup>391</sup> Derzeit handelt es sich noch um die Länder Saarland (§ 108 KSVG) und Hessen (§ 121 HGO).<sup>392</sup>

Den Gemeinden wird in damit eine relativ hohe Hürde für die Aufnahme eigener wirtschaftlicher Tätigkeit auferlegt.

#### 6.1.4.2 Gruppe 2 – Ausnahme für Daseinsvorsorgeaufgaben

Eine zweite Gruppe von Ländern geht ebenfalls grundsätzlich von einem Vorrang der Privatwirtschaft bei der wirtschaftlichen Betätigung aus. Von diesem Grundsatz wird jedoch ausdrücklich eine Ausnahme für Leistungen im Bereich der Energieversorgung bzw. Daseinsvorsorge getroffen. Dies betrifft die Länder Baden-Württemberg (§ 102 GemO BaWü) Bayern (Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO), Brandenburg (§ 91 BbgKVerf), Niedersachsen (§ 136 NKomVG), Nordrhein-Westfalen (§ 107 GO NRW), Thüringen (§ 71 ThürGO) und Sachsen-Anhalt (§ 116 GO LSA).

Die Länder Brandenburg, Niedersachsen und Rheinland Pfalz sind erst in neuerer Zeit aus der Gruppe 1 in diese Gruppe gewechselt. Während in Brandenburg die alte Regelung nach § 100 BbgGO a. F. der Gruppe 1 (Vorrang der Privatwirtschaft) zuzuordnen war, erlaubt der aktuelle § 91 Abs. 4 Nr. 1 BbgKVerf ausdrücklich eine wirtschaftliche Betätigung im Bereich „Versorgung mit Elektrizität, Gas und Fernwärme“. Diese Änderung erfolgte 2011 durch das „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“. Im Land Niedersachsen wurde § 108 NGO im Jahr 2010 abgelöst durch § 136 NKomVG, der ebenfalls u. A. die Energieversorgung vom Grundsatz der Subsidiarität der wirtschaftlichen Betätigung gegenüber privaten Anbietern ausnimmt. Die Bereichsausnahme wurde hier pauschal mit dem Ziel begründet, den

---

391 Die Länder Brandenburg, Niedersachsen und Rheinland Pfalz haben derartige Einschränkungen für Leistungen der Daseinsvorsorge aufgegeben.

392 wobei auch § 121 HGO bereits eine Ausnahme zumindest für den Bereich der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung erneuerbarer Energien sowie der Verteilung von hieraus gewonnener thermischer Energie vorsieht.

Wettbewerb stärken zu wollen.<sup>393</sup> Tatsächlich stärkt eine solche Ausnahme die wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen in diesen Bereichen. Gleiches gilt für Rheinland Pfalz (§ 85 GO RP). In diesen Bundesländern ist also die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der Energieversorgung unproblematisch und hängt auch nicht von einem Leistungsvergleich mit der Privatwirtschaft ab.

#### 6.1.4.3 Gruppe 3 – Gleichwertigkeit mit Privatwirtschaft

Die dritte und letzte Gruppe von Ländern verlangt von Gemeinden, dass sie ihre Leistungen zumindest nicht schlechter erbringen dürfen als private Anbieter. Dies betrifft die Länder Schleswig Holstein (§ 101 GO SH), Sachsen (§ 97 SächsGemO) und Mecklenburg-Vorpommern (§ 68 GO MV). Eine Bessererfüllung der Aufgabe als die Privatwirtschaft wie bei den Ländern der Gruppe 1 wird hier gerade nicht verlangt. Allerdings existiert auch keine Ausnahmeregelung für bestimmte Tätigkeitsbereiche (z.B. Energieversorgung) wie bei Gruppe 2.

#### 6.1.4.4 Fazit und Bewertung

In allen drei Ländergruppen ist eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auf dem Gebiet der Energieversorgung damit prinzipiell möglich und zulässig. Problematisch ist jedoch Gruppe 1, bei der den Gemeinden faktisch die Gefahr droht, von der Tätigkeit im Rahmen der Energieversorgung ausgeschlossen zu sein, wenn ihnen nicht der Nachweis gelingt, diese Aufgabe besser zu erfüllen bzw. künftig erfüllen zu können, als dies ein privater Anbieter vermag. Gelingt den Gemeinden dieser Nachweis nicht, könnte das zu einem Ausschluss von der Erbringung dieser Daseinsvorsorgeleistung führen.

Dies ist jedoch problematisch vor dem Hintergrund der bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,<sup>394</sup> dass die Energieversorgung dem Kernbereich des Art. 28 GG zuordnet, der den Gemeinden somit auch nicht entzogen werden darf.

---

393 Blum/Häusler/Meyer, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, zu § 136, Rdn. 26.

394 BVerwGE 98, 273, (275).

### 6.1.5 Praktische Tätigkeit kommunaler Energieversorgungsunternehmen

Die wie auch immer begründete Zuordnung einer Aufgabe zur Daseinsvorsorge legitimiert ein öffentliches Unternehmen nicht.<sup>395</sup> Kommunale EVU können nicht als Bestandteil der Hoheitsverwaltung angesehen werden.<sup>396</sup> Die Belieferung mit Strom ist keine hoheitliche kommunale Handlung mit Verwaltungscharakter, da sich sowohl im Rahmen des Netzbetriebes als auch im Rahmen der Energielieferung das Energieversorgungsunternehmen und der Energieabnehmer gleichberechtigt als Lieferant und Kunde gegenüberstehen und gerade kein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht.<sup>397</sup>

Nach der Wertung des Bundesverfassungsgerichts besitzen kommunale Versorgungsunternehmen sowie Versorgungsunternehmen, die von der öffentlichen Hand „beherrscht werden“, keinen Grundrechtsschutz.<sup>398</sup>

*Mengers* vertritt die These, dass für kommunale Energieversorgungsunternehmen sogar ein Wandel der Aufgabenstellung stattgefunden habe. Während früher – also vor der Liberalisierung – eher die Verteilung von Energie und nicht die Energieerzeugung als Aufgabe der Daseinsvorsorge nach Art. 28 Abs. 2 GG gegolten habe, sei dies nun umgekehrt.<sup>399</sup> Vorrangiges Ziel müsse nun eine kommunale – und damit dezentrale – Energieerzeugung sein. Nach Auffassung *Mengers* stellte dieser Aufgabenwandel jedoch kein Problem dar, da er den Begriff der Daseinsvorsorge eher rechtssoziologisch versteht, und ihn als entsprechend anpassungsfähig betrachtet.<sup>400</sup> Nach *Rodi* eröffnen die aktuellen Anforderungen an den Klimaschutz, insbesondere die damit verbundene dezentrale Energieversorgung, sogar eine neue Dimension kommunaler Aktivität im traditionellen kommunalen Handlungsfeld der Energieversorgung.<sup>401</sup>

---

395 Rüfner in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 3, zu § 80, Rdn. 28.

396 Trzeciak, Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung, S. 132.

397 Trzeciak, Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung, S. 133.

398 BVerfG, NJW 1990, 1783.

399 Mengers, in Germer/Loibl, Energierecht, S. 36, Rdn. 25.

400 Mengers, in Germer/Loibl, Energierecht, S. 36, Rdn. 25.

401 Rodi, Kommunale Handlungsmöglichkeiten in der Energie- und Klimaschutzpolitik, IR 2012, S. 242, (246).

Wie bereits dargestellt, kann der Daseinsvorsorgebegriff nicht mehr rein rechtssoziologisch verstanden werden. Dies steht jedoch seiner Anpassungsfähigkeit keinesfalls entgegen, so dass im Falle einer ausreichend begründbaren Notwendigkeit auch die Verstärkung der Energieerzeugung ohne Weiteres als Aufgabe der Daseinsvorsorge definiert werden kann.

Den nach seiner Auffassung herrschenden Wandel in der Aufgabenstellung kommunaler Energieversorger begründet Mengers damit, dass sich ein kommunales Energieversorgungsunternehmen in Zeiten steigender Energiepreise nicht auf seine Rolle als Weiterverteiler von Energie beschränken dürfe, da dies zwar möglicherweise dem eigenen Profit nütze, aber nicht zur Senkung der Energiepreise beitrage. Die Liberalisierung könne den angestrebten Preissenkungszweck nicht erreichen, wenn es zwar mehr Energieverteiler, aber nur wenige Energieerzeuger gäbe. Ein kommunales Energieversorgungsunternehmen, das sich in Zeiten hoher Energiepreise lediglich als eine weitere Wertschöpfungskette geriert, mag den Kämmerer erfreuen, aber nicht den Kunden.<sup>402</sup> Hierzu ist anzumerken, dass der Erzeugeranteil (Strom) der kommunalen Stadtwerke im Jahr 2008 nur bei 5 % des gesamten deutschen Bruttostromverbrauches lag. Dabei handelt es sich um eine ökologisch vergleichsweise sehr relevante Erzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung.<sup>403</sup> Buchmann dagegen ist bezüglich einer Hinwendung kommunaler Stadtwerke zum Bereich der Energieerzeugung eher skeptisch und verweist auf die hohen finanziellen Risiken.<sup>404</sup>

Eine Lösung dieses Konfliktes ist möglicherweise in der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien zu erblicken. Das finanzielle Risiko der Erstinvestition zur Errichtung entsprechender Erzeugeranlagen ist kalkulierbarer, da hier durch das Erneuerbare Energien Gesetz (EEG) eine Abnahme und Vergütung des erzeugten elektrischen Stromes für einen Zeitraum von 20 Jahren sichergestellt ist. Gleichzeitig bietet und fördert das EEG, insbesondere in seiner Novellierung 2011 die Eigenvermarktung als weitere Möglichkeit der Verwertung neben der gesetzlich geförderten Einspeisung zu festgesetzten Vergütungssätzen.

Instrumente wie das sogenannten „Grünstromprivileg“ nach § 37 Abs. 1 S. 2 EEG machen die Erzeugung von regenerativem Strom möglicherweise auch für kleinere Stadtwerke attraktiv, da auf diese Weise auch der übrige „konventionelle“ Strom von der EEG Umlage befreit

---

402 Mengers, in Germer/Loibl, Energierecht, S.36, Rdn. 25.

403 Linnemann, Strukturveränderungen im Stadtwerkeumfeld, S.226.

404 Buchmann, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise S.239.

preisgünstiger am Wettbewerbsmarkt den eigenen Kunden angeboten werden kann.

Kleine Erfolgsgeschichten, wie die der norddeutschen Friesenenergie GmbH zeigen, dass gerade auch die erneuerbaren Energien ein attraktives Betätigungsfeld für kommunale Energieversorger sein können. Der kommunale Energieversorger, der seinen Kunden eine Belieferung mit Strom aus regionalen erneuerbaren Energien anbietet, begann seine Liefertätigkeit im Juli 2010 und konnte innerhalb eines Jahres mehr als 2.000 regionale Kunden gewinnen.<sup>405</sup> Zunehmend beteiligen sich auch die Bürger direkt an der Errichtung von Windparks zur Erzeugung erneuerbarer Energien in ihren Gemeinden oder gar der generellen Finanzierung einer Rekommunalisierung der örtlichen Energieversorgung.<sup>406</sup>

#### 6.1.6 Gewinnerzielung durch kommunale Energieversorger

In Zeiten knapper kommunaler Haushaltskassen erscheint die Möglichkeit von zusätzlichen Einnahmen aus einer wirtschaftlichen Betätigung attraktiv. Hierbei stellt sich jedoch die Frage, in welchem Umfang die Gewinnerzielung Motiv kommunaler Energieversorgung sein darf.

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass eine ausschließlich gewinnorientierte wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nicht zu den von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Rechten der Gemeinden gehört.<sup>407</sup> Kommunale Energieversorgungsunternehmen erzielen gleichwohl regelmäßig Gewinne, die den jeweiligen Gemeinden zugute kommen. Teilweise werden damit andere finanziell defizitäre Bereiche, wie z. B. der Bäderbetrieb, querfinanziert.

Die Tatsache, dass kommunale Unternehmen Gewinne erzielen, ist als solche nicht unzulässig. Kommunale Unternehmen sind sogar angehalten finanziell profitabel zu arbeiten. So schreibt z. B. § 109 Abs. 1 GO NRW vor, dass Unternehmen der Gemeinde einen Ertrag für den Haushalt abwerfen sollen, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird. Der Jahresgewinn der wirtschaftlichen Unternehmen soll nach § 109 Abs. 2 GO NRW so hoch sein, dass außer den für die technische und wirtschaftliche Entwicklung

---

405 Köpke, *Energiewende auf Friesisch*, Energie & Management, Sonderdruck vom 02.08.2011.

406 Kneuper/v. Kahler, *Bürgerbeteiligung als Geschäftsmodell für Stadtwerke*, IR 2012, S. 250.

407 BVerfGE, 61, 82.



notwendigen Rücklagen mindestens eine marktübliche Verzinsung des von der Gemeinde eingesetzten Eigenkapitals erfolgt.

Die Tatsache, dass ein kommunales Unternehmen allein durch seine erwirtschafteten Gewinne den Haushalt einer Gemeinde entlastet, genügt als solche jedoch nicht, um einen öffentlichen Zweck zu rechtfertigen.<sup>408</sup> Die Gewinnerzielung darf somit nicht Hauptzweck des Unternehmens sein. In der Praxis wird dieser Grundsatz oft missverstanden und dahingehend interpretiert, dass eine Gewinnerzielung generell nicht zulässig sei. Dies ist jedoch wie bereits dargestellt unzutreffend. Die Grenze zulässiger Gewinnerzielung wird üblicherweise bei der angemessenen Eigenkapitalverzinsung zu ziehen sein.

## 6.2 Konzessionsvergabe durch Kommunen

### 6.2.1 Begriff des Konzessionsvertrages

Im Rahmen der Erschließung und nachfolgenden Unterhaltung eines Versorgungsgebietes müssen vom Versorgungsunternehmen entsprechende Versorgungsleitungen verlegt und unterhalten werden. Hierzu ist im Regelfall stets die Nutzung öffentlicher Grundstücke durch den Versorger notwendig.

In § 46 EnWG ist hierzu geregelt, dass Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen – einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung – diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen haben. Das EnWG verwendet hier nicht den Begriff des Konzessionsvertrages, sondern spricht von Wegenutzungsverträgen. *Kermel* definiert diese als Verträge über die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen.<sup>409</sup>

Als Konzessionsvertrag ist daher ein Vertrag zu bezeichnen, der von einer Gebietskörperschaft mit einem Versorgungsunternehmen zum Zweck der Versorgung der Gebietskörperschaft abgeschlossen wird.<sup>410</sup> Die Kommunen gewähren hierzu jeweils dem Unternehmen durch sogenannte Konzessionsverträge das Recht zur Verlegung und zum

---

408 BVerfG, NJW 1982, S. 2173, 2175 (Sasbach Entscheidung).

409 Kermel, in Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 9.

410 Zacher, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, S. 1.

Betrieb entsprechender Leitungen und erhalten hierfür ein Entgelt in Form der sogenannten Konzessionsabgabe. Dabei ist zu beachten, dass sich die Regelungen eines Konzessionsvertrages darin jedoch nicht erschöpfen und dies in der Praxis auch nicht tun. Neben der entgeltlichen Wegenutzung können zusätzlich z.B. Anschluss- und Versorgungspflichten, Mitwirkungs- und Informationspflichten darin geregelt werden.<sup>411</sup>

*Bauermeister* erläuterte bereits 1984 warum diese Angewiesenheit des Netzbetreibers gerade auf öffentliche Flächen besteht und nicht stattdessen für die Verlegung der Versorgungsleitungen standardmäßig auf die Nutzung von Privatgrundstücken zurückgegriffen werden kann.<sup>412</sup> Zur technischen Begründung wird hier zutreffend darauf hingewiesen, dass die mit Energie zu versorgenden Abnahmestellen sich im Regelfall an öffentlichen Wegen befinden und eine Trassenführung über öffentliche Wege vorteilhaft ist, weil diese im Regelfall unverbaut bleiben und so langfristig die Zugänglichkeit von verlegten Leitungen sicherstellen. Aber auch jenseits von technischen Notwendigkeiten ist es für ein Versorgungsunternehmen vorteilhaft, als Gegenüber nur einen einzigen Ansprechpartner zu haben, als auf mit einer Vielzahl von verschiedenen Grundstückseigentümern über entsprechende Leitungsrechte verhandeln zu müssen.<sup>413</sup>

Für den Bereich der Telekommunikation enthielt bereits das Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899<sup>414</sup> ein gesetzliches Recht für die Post zur Wegenutzung bei der Errichtung von Fernmeldeeinrichtungen. Für den Bereich der Energieversorgung fehlt es dagegen seit jeher an einem vergleichbaren gesetzlich geregelten Wegenutzungsrecht der Versorgungsunternehmen.<sup>415</sup> Es gab zwar sowohl im Jahr 1909 als auch in den 1950er Jahren entsprechende Erwägungen, ein solches gesetzliches Nutzungsrecht festzuschreiben, aber diese Bestrebungen kamen über das Stadium eines Gesetzentwurfes nie hinaus.<sup>416</sup> Ebenso scheidet die Herleitung eines solchen gesetzlichen

---

411 Templin, *Recht der Konzessionsverträge*, S. 16.

412 Bauermeister, *Ökonomische und Administrative Probleme der kommunalen Konzessionsabgabe*, S. 8 ff.

413 Bauermeister, *Ökonomische und administrative Probleme der kommunalen Konzessionsabgabe*, S. 8 ff.

414 Telegraphenwegegesetz vom 18.12.1899, RGBl. 705.

415 Zacher, *Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge*, S. 33.

416 Gesetzentwurf zur Regelung der Rechtsverhältnisse für die Benutzung der Verkehrswege und des Privateigentums durch die Leitungen öffentlicher Starkstromanlagen, Zacher, *Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge*, S. 33.

Anspruches aus sonstigen bestehenden Normen aus.<sup>417</sup> Das Recht der Versorgungsunternehmen, zur Nutzung öffentlicher Grundstücke, wurde aus diesem Grund in vertraglicher Form sogenannter Konzessionsverträge geregelt.

Nach herrschender Meinung ist ein Konzessionsvertrag zivilrechtlicher Natur, wobei diese Einordnung von Anfang an stark umstritten war.<sup>418</sup> Zacher ging 1982 zum Beispiel noch davon aus, dass Konzessionsverträge wegen ihrer komplexen Natur, nach dem Regelungsgehalt der einzelnen Vertragsklauseln in öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Teile zerlegt werden müssten.<sup>419</sup> Tatsächlich ist bei der Konzessionsvergabe lediglich das „Ob“ der Konzessionserteilung nach § 46 EnWG in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren als öffentlich-rechtlich einzuordnen, während die inhaltliche Ausgestaltung durch zivilrechtlichen Vertrag erfolgt. Diese Auffassung wird durch die aktuelle Entscheidungspraxis der Gerichte bestärkt, welche inhaltliche Verstöße gegen die Vorgaben der KAV in Konzessionsverträgen zivilrechtlich nach § 134 BGB wertet.<sup>420</sup>

## 6.2.2 Konzessionsverträge in Zeiten geschlossener Versorgungsgebiete

Vor der Liberalisierung der Energieversorgung waren die Bereiche der Energielieferung (Vertrieb) und der Netzbetrieb noch nicht entflochten. Netzbetreiber und Energielieferant waren identisch. Netzzugangsmo-  
delles für Drittlieferanten existierten ebenso wenig wie gesonderte Netzentgelte für die Netznutzung. Daraus resultierte für die Gemeinden zunächst eine sehr starke Stellung bei der Gestaltung der örtlichen Energieversorgung.

### 6.2.2.1 Situation zu den Anfängen der Energieversorgung

Bereits 1825 wurde in Hannover die erste Konzession zur Gasbeleuchtung der öffentlichen Wege und damit zur Verlegung entsprechender Leitungen abgeschlossen.<sup>421</sup> Der Abschluss von Konzessionsverträ-

417 dazu ausführlich Zacher, *Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge*, S. 37 ff.

418 Templin, *Recht der Konzessionsverträge*, S. 13, Niehof, *Konzessionsverträge und Vergaberecht*, RdE 2011, S. 15 (16); Hüffer/Tettinger, *Konzessionsvertrag, Endschaffungsklausel und Übernahmepreis*, S. 26.

419 Zacher, *Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge*, S. 27.

420 OLG Celle, Urteil vom 23.05.2013, 13 U 185/12 (Kart).

421 Bauermeister, *Ökonomische und administrative Probleme der kommunalen Konzessionsabgabe*, S. 19.

gen war gerade zu Beginn der flächendeckenden Energieversorgung in der Phase der ersten Errichtung eines Versorgungsnetzes für die Gemeinden sehr vorteilhaft, da diese dadurch die hohen Anfangsinvestitionskosten für die Errichtung eines Versorgungsnetzes und das unternehmerische Risiko vermeiden konnten. Dieses Risiko übernahm das errichtende private Versorgungsunternehmen, während die Gemeinde zusätzliche Einnahmen durch die Konzessionsabgaben erhielt und gleichzeitig die örtliche Infrastruktur erheblich verbessert wurde.

Zu den Zeiten der Anfänge leitungsgebundener Gasversorgung, dominierten in den Konzessionsverträgen noch Regelungen zur Sicherung der Versorgung und zur Wahrung der Interessen der Bürger. Bei der zeitlich späteren Elektrifizierungswelle standen in den dortigen Konzessionsverträgen bereits die fiskalischen Interessen auf Teilhabe am ökonomischen Ergebnis des Versorgungsunternehmens im Vordergrund.<sup>422</sup>

Der Berliner Bürgermeister Herrmann Carl Rudolf *Duncker* bewertete dieses Vorgehen seinerzeit 1872 wie folgt: „Alles Risiko entfällt auf die Gesellschaft, alle finanziellen Vorteile entfallen auf die Stadt.“<sup>423</sup> Bei dieser Betrachtung darf jedoch nicht übersehen werden, dass auch die Unternehmen davon profitierten. Es war durchaus Teil der Unternehmensstrategie, Versorgungsmonopole aufzubauen und abzusichern sowie gleichzeitig die Gemeinden selbst von einer Kommunalisierung abzuhalten bzw. diese zu verzögern.<sup>424</sup>

Die ersten Konzessionsverträge konnten noch nicht auf einen entsprechenden Rechtsrahmen zurückgreifen, wie er etwa heute in § 46 EnWG oder der Konzessionsabgabenverordnung besteht. Als im „Allgemeinen preußischen Landrecht“ von 1794 erstmals der Umfang des Gemeingebrauchs der öffentlichen Wege bestimmt wurde, waren leitungsgebundene Energien noch gänzlich unbekannt. Dementsprechend bestand der gesetzlich vorgesehene Nutzungszweck von Straßen zu Beginn der Energieversorgung in einem verkehrsmäßigen Bewegungsvorgang.<sup>425</sup> Demzufolge mussten sämtliche Wegenutzungsaspekte für die Energieversorgung vertraglich geregelt werden.

---

422 Bauermeister, Ökonomische und administrative Probleme der kommunalen Konzessionsabgabe, S. 23.

423 Kreikenbaum, Kommunalisierung und Dezentralisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung, S. 50.

424 Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 37; Cronauge, Das neue Konzessionsabgabenrecht, S. 15.

425 Bauermeister, Ökonomische und administrative Probleme der kommunalen Konzessionsabgabe, S. 19.

Auch das erste Energiewirtschaftsgesetz von 1935 enthielt noch keine Regelungen zum Konzessionsrecht. Nach § 12 EnWG 1935 war der Reichswirtschaftsminister ermächtigt, allgemeine Vorschriften oder Einzelanordnungen über Zulässigkeit und Bemessung von Benutzungsgebühren oder sonstigen Entschädigungen, die vom EVU für die Benutzung von Straßen zu entrichten sind, zu erlassen. Tatsächliche Regelungen zum Konzessionsabgabenrecht wurden in den Jahren 1941–1944 in Form einer Konzessionsabgabenordnung, einer Ausführungsanordnung und Durchführungsbestimmung erlassen.<sup>426</sup> Die Konzessionsabgabenanordnung (KAE)<sup>427</sup> trat am 04. März 1941 in Kraft und schränkte die Neueinführung von Konzessionsabgaben oder deren Erhöhung stark ein (§ 1 Abs. 1 KAE grundsätzlich unzulässig) und legte generelle Höchstsätze für Konzessionsabgaben fest. Ziel der Verordnung war es laut Präambel, eine fortschreitende Verbilligung von Elektrizität, Gas und Wasser anzubahnen.

#### 6.2.2.2 *Situation in der etablierten monopolisierten Energieversorgung*

Später, als die Energieversorgung sich bereits vom Luxusgut zum Objekt der Daseinsvorsorge gewandelt hatte, konnten sich die Gemeinden durch die Vergabe eines Konzessionsvertrages an ein privatwirtschaftliches Unternehmen, von ihrer eigenen Daseinsvorsorgepflicht befreien.<sup>428</sup> Nur wenn das private Unternehmen ausfiel, würde die Pflicht der Gemeinde zur Übernahme dieser Leistung wieder aufleben.<sup>429</sup>

Mit der vertraglichen Gewährung eines Wegenutzungsrechtes für den Energieversorger durch die Gemeinde war daher früher auch das Recht zur alleinigen Energieversorgung im Konzessionsgebiet verbunden. Daraus entstanden die ersten Gebietsmonopole privater Versorger.<sup>430</sup> Vor der Trennung von Netzbetrieb und Energielieferung durch die energierechtlichen Vorschriften zur Entflechtung (Unbundling) dieser Tätigkeitsbereiche konnte die Gemeinde im Rahmen der Konzessionsvergabe nicht nur über den künftigen regionalen Netzbetrei-

---

426 Hüffer/Tettinger, Konzessionsvertrag, Endschaftsklausel und Übernahmepreis, S. 29.

427 Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 04.03.1941.

428 Börner, Energiemarkt und geschlossene Versorgungsgebiete, S. 24.

429 Börner, Energiemarkt und geschlossene Versorgungsgebiete, S. 25.

430 Kreikenbaum, Kommunalisierung und Dezentralisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung, S. 47.

ber, sondern auch über den regionalen Energielieferanten entscheiden. Die in der Gemeinde ansässigen Kunden konnten nur von diesem Energieversorger Energie beziehen.<sup>431</sup> Den Kommunen kam in diesem System damit eine Schlüsselstellung bei der Ausgestaltung der regionalen Energieversorgung zu.<sup>432</sup>

### 6.2.3 Situation nach der Liberalisierung

Eine bedeutsame Veränderung im Bereich der Konzessionsvergabe trat mit dem EnWG von 1998 im Rahmen der Umsetzung der EU-Binnenmarkttrichtlinie<sup>433</sup> ein. Die Trennung von Netzstätigkeit und Vertriebstätigkeit durch die Vorschriften zur Entflechtung im Rahmen des späteren EnWG 2005 sollte den diskriminierungsfreien Wettbewerb sichern und Netzbetreiber daran hindern, die eigene Vertriebstätigkeit zum Nachteil von Drittlieferanten zu begünstigen.<sup>434</sup> Folge dieser Regelung war jedoch auch, dass die Gemeinden über die weiterhin zulässige Konzessionsvergabe nur noch den örtlichen Betreiber eines Netzes der allgemeinen Versorgung bestimmen können, während die gleichzeitige Bestimmung des örtlichen Energielieferanten nun nicht mehr möglich ist.

Diese Beschränkung der Gemeinden ist zunächst einmal die logische Folge der Liberalisierung. In einem wettbewerblichen System ohne Gebietsmonopole für Energielieferanten kann der Letztverbraucher aus einer Vielzahl von konkurrierenden Lieferanten auswählen. Es gibt schlichtweg keinen Monopolversorger mehr, der über die Konzessionsvergabe mit der Versorgungspflicht betraut werden könnte.

#### 6.2.3.1 Exkurs: Der Grundversorger

An dieser Stelle der Betrachtung lohnt ein Exkurs in die Regelungen zur gesetzlichen Grundversorgung nach § 36 EnWG. Im liberalisierten Energiewirtschaftssystem ohne örtlichen Monopolversorger existiert seit dem EnWG von 2005 der sogenannte „Grundversorger“ nach § 36 EnWG. Das EnWG 1998 hatte im § 10 als Vorläuferregelung noch

431 Hüting/Hopp; Rekommunalisierung der Energieversorgung – kein vergaberechtsfreier Raum, RdE 2011, S. 255 (258).

432 Zimmermann, RdE 1994, S. 47; Keller/Herder, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, S. 103.

433 Richtlinie 96/92/EG v. 19.12.1996 betreffend gem. Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt.

434 Salje, Energiewirtschaftsgesetz, zu § 6, Rdn. 2.

eine einheitliche Netzanschluss- und Belieferungspflicht vorgesehen. Grundversorger ist nun gemäß § 36 Abs. 2 EnWG jeweils das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert. Die Bestimmung des jeweiligen Grundversorgers erfolgt dabei gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 EnWG durch den örtlichen Versorgungsnetzbetreiber alle drei Jahre jeweils zum 1. Juli und erstmals zum 1. Juli 2006. Die Stellung als Grundversorger ist somit nicht dauerhaft festgelegt.

Dem Grundversorger kommt unter den konkurrierenden Energielieferanten eine besondere Stellung zu. Nach § 36 EnWG ist der Grundversorger verpflichtet, „Allgemeine Bedingungen und Allgemeine Preise für die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck öffentlich bekannt zu geben und im Internet zu veröffentlichen und zu diesen Bedingungen und Preisen jeden Haushaltskunden zu versorgen.“ Insoweit besteht für den Grundversorger ein gesetzlicher Kontrahierungszwang.<sup>435</sup> Die Bedingungen der Grundversorgung und somit die Vertragsbedingungen des Grundversorgungsvertrages sind dabei in der StromGVV bzw. GasGVV vorgeschrieben.<sup>436</sup>

Zweck der Grundversorgungspflicht ist die Sicherstellung der Energieversorgung für den besonders schutzbedürftigen Haushaltskunden.<sup>437</sup> Die Verpflichtung zur Festlegung eines Grundversorgers beruht auf der Beschleunigungsrichtlinie Strom, die alle Mitgliedsstaaten verpflichtet dafür zu sorgen, „dass alle Haushaltskunden über eine Grundversorgung verfügen, also das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen Preisen haben“.<sup>438</sup> Anders als die übrigen am Markt tätigen Energieversorgungsunternehmen kann der Grundversorger eine Belieferung nur im absoluten Ausnahmefall ablehnen und ist ansonsten bis zur Grenze der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit zum Vertragsschluss und zur Lieferung mit Energie an die in seinem Versorgungsgebiet ansässigen Haushaltskunden verpflichtet. Dem Grundversorger kommt damit eine „Rückfall-Funktion“<sup>439</sup> zu, da jeder Kunde im Zweifel stets auf einer Belieferung durch den Grundversorger bestehen kann. Das aus

---

435 Salje, Energiewirtschaftsgesetz, zu § 36, Rdn. 1.

436 Nach § 1 Abs. 1 S. 2 StromGVV/GasGVV ist die jeweilige Verordnung Vertragsbestandteil des Grundversorgungsvertrages.

437 Busche in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht Bd. 1, zu § 36 Rdn. 2.

438 Art. 3, Abs. 3, Satz 1 RL 2003/54 EG.

439 Hüting/Hopp, Rekommunalisierung der Energieversorgung – kein vergaberechtsfreier Raum, RdE 2011, S. 255 (258).

diesem Kontrahierungszwang für den Grundversorger resultierende wirtschaftliche Risiko darf sich dabei in höheren Preisen des Grundversorgungstarifes niederschlagen.<sup>440</sup> Die Grundversorgung dient damit der Sicherstellung der Daseinsvorsorge.<sup>441</sup>

Bei allen Pflichten, die mit der Stellung eines Energieversorgungsunternehmens als örtlicher Grundversorger verbunden sind, dürfen jedoch auch die Vorteile einer solchen Position nicht unbeachtet bleiben. Der Grundversorger erhält über die Vorschrift des § 2 Abs. 2 StromGVV/GasGVV faktisch den „Erstzugriff“ auf alle Kunden, die ohne einen gesonderten Energieliefervertrag abzuschließen Energie aus dem Netz entnehmen. Nach § 2 Abs. 2 StromGVV/GasGVV kommt durch die faktische Entnahme ein Grundversorgungsvertrag zustande. Dies basiert auf der Tatsache, dass die an der Abnahmestelle des Kunden anliegende Energie ein Angebot des Grundversorgers zur Belieferung zu seinen veröffentlichten allgemeinen Tarifen darstellt, das der Haushaltskunde durch die faktische Energieabnahme konkludent annimmt.<sup>442</sup>

Dies schlägt sich in der Vertragsstruktur nieder. Im Jahr 2011 lag der Anteil von Haushaltskunden, die im Strombereich im Rahmen der gesetzlichen Grundversorgung beliefert wurden, bei 43,5 %, <sup>443</sup> im Gasbereich bei 24,92 %.<sup>444</sup> Die Bundesnetzagentur beklagt zudem eine oft nur geringe Wechselbereitschaft von Kunden aus der Grundversorgung in andere Lieferverhältnisse.<sup>445</sup> Weiterhin gewährt § 5 StromGVV/GasGVV dem Grundversorger ein gesetzliches Preisanpassungsrecht, während die Wirksamkeit des Preisanpassungsrechtes im Rahmen von Sonderverträgen außerhalb der Grundversorgung regelmäßig Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten ist.<sup>446</sup>

Im Jahr 2006 hat das Landgericht Baden-Baden entschieden, dass die wahrheitswidrige Behauptung eines Energielieferanten der örtliche Grundversorger zu sein, eine unlautere Wettbewerbshandlung darstelle, die geeignet sei, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber

440 OLG Nürnberg, Urteil vom 21.12.2010, Az. 1 U 2329/09.

441 Hellermann, in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, zu § 36, Rdn. 3; LG Baden-Baden, Urteil vom 20.01.2006, 1 O 1/06, RdE 2006, S. 126.

442 Morell, Kommentar zur GasGVV, zu § 2, Rdn. 49–53; BGH Beschluss vom 13.04.2011, VIII ZR 127/10.

443 Monitoringbericht der Bundesnetzagentur 2011, S. 143.

444 Monitoringbericht der Bundesnetzagentur 2011, S. 192.

445 Monitoringbericht der Bundesnetzagentur 2011, S. 143.

446 z.B. OLG Nürnberg, Urt. v. 06.12.11 Az. 1 U 1480/11; BGH, 14.07.2010, VIII ZR 246/08; BGH, 14.07.2010, VIII ZR 246/08.



nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Nach Ansicht des Landgerichts, ist die Stellung als örtlicher Grundversorger geeignet, die Gewinnung bzw. Abwerbung von Stromkunden zu fördern.<sup>447</sup> Dieses Beispiel belegt, dass die Stellung als ausgewiesener örtlicher Grundversorger für ein Versorgungsunternehmen als durchaus werthaltig angesehen wird und auch Bereitschaft besteht, diese Stellung notfalls auch gerichtlich zu verteidigen.

### 6.2.3.2 Überlegungen zur Konzessionsvergabe an den Grundversorger

Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber im Rahmen der Beschränkung des Einflusses der Gemeinden bei der Konzessionsvergabe auf den örtlichen Netzbetrieb nicht gleichwohl der Gemeinde die Auswahl des Grundversorgers hätte zugestehen können. Immerhin waren die Gemeinden vor der Liberalisierung sogar zur Auswahl des Monopolversorgers berechtigt und hatten somit entscheidenden Einfluss darauf, durch wen und wie die örtliche Energiebelieferung der Bürger erfolgte. Die Elektrizitätsrichtlinie und die Gasrichtlinie hätten ein gemeindliches Bestimmungsrecht im Rahmen der Grundversorgung zugelassen.<sup>448</sup>

Bei *Templin* findet sich hierzu der Vorschlag eines „Wettbewerbs um die Grundversorgung“, bei dem die Gemeinden die Auswahl des örtlichen Grundversorgers treffen würden.<sup>449</sup> *Templin* formuliert insoweit sogar einen eigenen Gesetzesvorschlag zur Neufassung des § 36 EnWG, bei dem den Gemeinden das Recht zur Vergabe einer fünfjährigen Vertriebskonzession zustehen soll.<sup>450</sup>

Für die Einführung eines solches Rechtes der Gemeinden spricht der Umstand, dass insbesondere auch der örtliche Grundversorger eine wesentliche Garantenstellung für die Erfüllung der Daseinsvorsorge besitzt. Die Grundversorgung soll ja die Versorgungsbasis für jeden Haushaltskunden garantieren – und zwar unabhängig vom zusätzlich bestehenden Wettbewerbsmarkt. Im Einzelfall besteht sonst nämlich die Gefahr, dass einzelne Kunden(gruppen) keine ausreichende Energieversorgung erhalten können. Ein Energieversorger, der nicht gleichzeitig auch Grundversorger ist, hat ohne Weiteres das Recht im Rahmen der Vertragsfreiheit mit einzelnen Kunden keinen Vertrag

---

447 LG Baden-Baden, Urteil vom 20.01.2006, 1 O 1/06, RdE 2006, S. 126.

448 Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, zu § 36, Rdn. 10.

449 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 253.

450 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 299.

abzuschließen und diese dementsprechend auch nicht zu beliefern. Dies kann viele Gründe haben: Zu geringer Verbrauch des Kunden oder soziale Schwäche. Weiterhin kann ein Lieferant die Belieferung z. B. von einer Vorauszahlung des Kunden abhängig machen, die einzelne Kunden nicht aufzubringen vermögen. Es mag daher Kunden oder gar Kundengruppen geben, die vielleicht für eine Vielzahl von Versorger nicht attraktiv genug erscheinen, so dass ein Vertragsschluss abgelehnt wird. Diesen Kunden bietet der Grundversorger die Gewähr, eine angemessene Energieversorgung zu erhalten.

Gegen die Einführung einer „Konzession zur Übernahme der Grundversorgung“, zumindest systematisch gesehen, spricht die Tatsache, dass Konzessionsvergabe, wie bereits dargestellt, im Kern die Einräumung eines vertraglichen Wegerechtes darstellt, für das als Gegenleistung, neben der Zahlung von Konzessionsabgaben, im Regelfall vertraglich die Sicherstellung der Energieversorgung durch den Konzessionsinhaber zugesichert wird. Aufgrund der nun gesetzlich geltenden Trennung von Netzbetrieb und Energielieferung und dem gleichzeitig eingeführten gesetzlichen Recht auf Netzzugang eines jeden Energielieferanten, ist nur noch der Netzbetreiber direkt auf ein Wegerecht angewiesen. Der Energielieferant nutzt dieses Wegerecht nur noch mittelbar über sein eigenes Recht auf Netznutzung. Energielieferant und Gemeinden begegnen sich bei der Konzessionsvergabe somit überhaupt nicht mehr in einem synallagmatischen Austauschverhältnis.

Diese Betrachtung fehlt bei dem von Templin vorgeschlagenen Konzept des „Wettbewerbs um die Grundversorgung“. Die dort vorgeschlagene „Vertriebskonzession“ ist vollständig vom Grundgedanken der Wegerechtsgewährung gelöst.

Ein gesetzliches Recht, dass es der Gemeinde gestatten würde, den örtlichen Grundversorger selbst zu bestimmen oder etwa eine Art „Grundversorgungskonzession“ oder „Vertriebskonzession“<sup>451</sup> zu vergeben, würde natürlich ohne Zweifel die Einflussnahmemöglichkeit der Gemeinde erweitern oder sich somit zumindest teilweise wieder der früheren Situation zu Zeiten der Gebietsmonopole annähern. Ein solches Recht könnte aber nicht mehr mit der Vergabe einer Wegenutzungskonzession verknüpft werden, da hier der Vertragspartner nur den Netzbetrieb und nicht auch die Grundversorgung besorgen kann und darf. Dies bedeutet nicht, dass die Vergabe einer Konzession zur Erbringung der Grundversorgung durch die Gemeinde rechtlich nicht möglich wäre. Es müsste hierfür jedoch dann ein eigenes Rechtsinsti-

451

so bezeichnet bei Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 254.

tut geschaffen werden, das unabhängig von der Vergabe der Wegenutzungskonzession zum Betrieb eines Versorgungsnetzes besteht.

Über ein solches Recht könnten die Gemeinden dann nicht nur den örtlichen Netzbetreiber für maximal 20 Jahre auswählen, sondern für einen entsprechend festzulegenden Zeitraum auch den örtlichen Grundversorger als Garant der Daseinsvorsorge im Bereich der örtlichen Haushaltskundenbelieferung. Hier stellt sich jedoch die Frage nach der Notwendigkeit einer solchen Auswahl.

Zu den Zeiten der Gebietsmonopole und der angeschlossenen Versorgungsgebiete hatte es durchaus seine Berechtigung, dass die Gemeinden den dann für alle Bürger einzig verfügbaren Regionalversorger auswählen konnten. Im wettbewerblichen Marktssystem kann der Haushaltskunde dagegen selbst aus einer Vielzahl von Versorgern wählen. Dies scheint eine Vorauswahl durch die Gemeinde überflüssig zu machen. Templin begründet die Auswahlnotwendigkeit mit der Selbstvornahmepflicht der Gemeinden für den Fall, dass der Grundversorger seine Tätigkeit einstellt.<sup>452</sup>

Weiterhin ist zu beachten, dass die Konzessionsvergabe zur Wegenutzung im Regelfall entgeltlich gegen Zahlung von Konzessionsabgaben erfolgt. Die Konzessionsabgaben werden vom Netzbetreiber im Rahmen seiner Netzentgelte an seine Netznutzer, also die Lieferanten, weitergegeben. Diese wiederum preisen die Belastung in ihren Energielieferpreis ein, so dass die Konzessionsabgabe somit letztendlich vom Letztverbraucher aufgebracht werden muss. Würde man nun im Rahmen einer „Grundversorgungskonzession“ von kommunaler Seite ein weiteres Entgelt verlangen, würde dies erneut den Energielieferpreis des Grundversorgers erhöhen und ihm gleichzeitig einen Wettbewerbsnachteil gegenüber sonstigen Lieferanten im selben Netzgebiet einbringen.

Die Vergabe einer gesonderten Grundversorgungskonzession – vergleichbar der Konzession zum Netzbetrieb i. S. d. § 46 EnWG – würde zudem einen praktischen Nachteil mit sich bringen: Eine Konzessionsabgabe kann nur erfolgen, wenn es auch interessierte Bewerber um diese Konzession am Markt gibt. Bei der Vergabe der Netzkonzession ist das bislang<sup>453</sup> noch der Regelfall, weil der Erwerber der Konzession hier ein Monopol auf den örtlichen Netzbetrieb erhält. Er muss als örtlicher Netzbetreiber dann keine konkurrierenden Marktteilnehmer

---

452 Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 300.

453 Auch hier mag künftig einmal der Fall eintreten, dass ein unattraktives Netzgebiet keinen Bewerber um die Konzession erhält.

fürchten. Der Erwerber einer „Konzession zur Grundversorgung“ hätte dagegen kein Liefermonopol, sondern nur die gesetzliche Pflicht zur Sicherstellung der örtlichen Versorgung. Er wäre jedoch vor der Konkurrenz durch andere Lieferanten nicht geschützt.

Es stellt sich daher die Frage, ob eine Grundversorgungskonzession allein wegen des oben beschriebenen Vorteils des Erstzugriffs auf Kunden, die im vertragslosen Zustand Energie abnehmen, hinreichend attraktiv für Energieversorgungsunternehmen ist. Die Gemeinden hätten nämlich ein Problem, wenn sich schlichtweg niemand um die Stellung als Grundversorger bewerben würde. Da die Grundversorgung als Teil der Daseinsvorsorge dann trotzdem erbracht werden müsste, wäre dann vermutlich die Gemeinde selbst gezwungen, die Grundversorgung vor Ort sicherzustellen. Hierfür müsste dann die Gemeinde als Energieversorger tätig werden, um auf eigenes wirtschaftliches Risiko allgemeine Tarife der Grundversorgung für jedermann anzubieten.

#### 6.2.3.3 Konzept „Wettbewerb in der Grundversorgung“

Ein weiteres Alternativkonzept zur Ausgestaltung der Grundversorgung soll an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben. Das Konzept des „Wettbewerbs in der Grundversorgung“ lehnt das gesetzlich in § 36 EnWG vorgesehene Prinzip eines einzigen Grundversorgers pro Netzgebiet ab und möchte stattdessen jedem Versorger die Möglichkeit geben, sich in einem Netzgebiet selbst zum Grundversorger zu erklären. Dies erfolgt durch die erklärte Bereitschaft jedermann zu allgemeinen Tarifen als Grundversorger beliefern zu wollen<sup>454</sup>

Bei diesem Konzept kann und soll es also nicht nur einen, sondern mehrere Grundversorger nebeneinander in einem Netzgebiet geben können. Teilweise wird dies als vorteilhaft angesehen, da dies angeblich zu einem Wettbewerb der grundversorgungspflichtigen Unternehmen führen würde.<sup>455</sup>

Allerdings ist dieses Konzept eher kritisch zu bewerten. Wie bereits erläutert, ist der einzig erkennbare wirtschaftliche Vorteil der Stellung des alleinigen Grundversorgers der faktische Erstzugriff auf sämtliche Kunden, die ohne gesonderten Vertragsschluss Energie an ihrer Abnahmestelle abnehmen. Diesem Vorteil steht der Nachteil gegenüber, bis zur Schwelle der Unzumutbarkeit, jedermann mit Energie

---

454 Scholze, Die Stellung des Energievertragsrechts im Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, S. 95.

455 Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 251.

zu beliefern und die rechtliche Pflicht nach § 36 EnWG, § 5 Abs. 2 StromGKV/GasGKV die eigenen Tarife öffentlich bekannt geben zu müssen.

In einem Konzept, bei dem es eine Vielzahl von Grundversorgern geben kann, fiele bereits die eindeutige Zuordnung von faktischen Energieabnahmen als konkludenter Vertragsschluss mit dem Grundversorger weg. Es stellt sich die Frage, wie hier eine Zuordnung dieser Entnahmen zu einem Versorger erfolgen sollte.

Weiterhin ist fraglich, weshalb sich überhaupt Energielieferanten freiwillig zur Übernahme einer Grundversorgungspflicht bekennen sollten. Die Pflicht zur Grundversorgung ist durch den damit verbundenen Kontrahierungszwang für einen Versorger eher nachteilig. Auch ohne die Übernahme einer Grundversorgungspflicht, kann er Haushaltskunden auf Basis gegenseitiger Vertragsfreiheit in Konkurrenz zum örtlichen Grundversorger beliefern, ohne dabei einem nachteiligen Kontrahierungszwang ausgesetzt zu sein. Hinzu kommt, dass der Grundversorger im Rahmen einer Haushaltskundenbelieferung zu allgemeinen Tarifen nach § 2 der Konzessionsabgabenverordnung seinen Lieferpreis mit einer höheren Konzessionsabgabe belasten muss, als der Drittlieferant, der eine Belieferung auf Basis eines Sonderkundenvertrages anbietet. Zumindest nach dem derzeit bestehenden Konzessionsabgabensystem ist es für einen Konkurrenten des bestehenden Grundversorgers ein echter Preisvorteil eine Belieferung zu Sondertarifen anbieten zu können. Dieser Preisvorteil ist aktuell auch Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten, in denen er gegenüber dem Grundversorger gerichtlich verteidigt wird.<sup>456</sup>

*Galahn* plädierte im Jahr 2004 vor dem Hintergrund der dort anstehenden Neufassung des EnWG zumindest für die Möglichkeit, mehrere Versorger parallel mit der Grundversorgungspflicht belasten zu können. Die Pflicht zur Sicherstellung der Grundversorgung sei insoweit nur ein Ausgleich für die marktbeherrschende Stellung, die das betroffene Versorgungsunternehmen inne habe.<sup>457</sup> Dementsprechend sollte hier eine Grundversorgungspflicht ab einem Marktanteil von

---

456 vgl. OLG Düsseldorf, Beschluß vom 19.10.2011, Az. VI-3 Kart 1/11 (V), bestätigt durch BGH, Beschluss vom 06.11.2012, Az. KVR 54/11; Drittlieferanten im Netzgebiet des Grundversorgers müssen demnach nicht die höhere Konzessionsabgabe für Gastarifikunden bezahlen, auch wenn der örtliche Grundversorger selbst nur Tarife anbietet, die mit der hohen Tarifkundenkonzessionsabgabe belastet sind.

457 Galahn, Die Anschluss- und Versorgungspflicht gemäß § 10 EnWG, RdE 2004, S. 35, (41).

mindestens 33 Prozent bestehen.<sup>458</sup> Dieses Konzept stellt somit weniger auf eine freiwillige Übernahme der Grundversorgungspflicht ab, sondern verteilt diese Pflicht auf mehrere Unternehmen. Fraglich bleibt hier, wie die Grundversorgung verteilt werden soll, wenn in einem stark konkurrierenden Netzgebiet eine Vielzahl von Versorgern agieren, ohne dass einer von Ihnen die Schwelle der Marktbeherrschung überschreitet.

Aus Sicht der betroffenen Gemeinden bieten auch diese Konzepte keine höhere Einflussnahme auf die örtlichen Energieversorgung, da den Gemeinden auch hier die Bestimmung des Grundversorgers entzogen und den in Frage kommenden Versorgern selbst überlassen bliebe.<sup>459</sup> Das Konzept von *Galahn* geht zwar von einer hoheitlichen Zuweisung der Grundversorgungspflicht an ein Versorgungsunternehmen nach positiver Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung aus, will dieses Zuweisungsrecht aber nicht den jeweiligen Gemeinden, sondern den Energieaufsichtsbehörden der Länder zuordnen.<sup>460</sup>

#### 6.2.3.4 Zwischenergebnis

Im Ergebnis scheint daher die Vergabe einer eigenen Grundversorgungskonzession gemeinsam oder getrennt von der Wegenutzungskonzession nicht sinnvoll. Eine solche Konzession könnte die Energiekosten zusätzlich belasten und würde die Gemeinde vor Probleme stellen, wenn es keine Konzessionsinteressenten gibt. Problematisch ist gleichwohl, dass die Gemeinden als Folge des Wegfalls der geschlossenen Gebietsmonopole ihren Einfluss auf die örtliche Daseinsvorsorgeerbringung verloren haben, soweit es die Lieferebene betrifft.

Das Konzept des Wettbewerbs in der Grundversorgung – mit der Möglichkeit einer Übernahme der Grundversorgung durch mehrere Energieversorger in einem Netzgebiet – gewährt den Gemeinden hier auch keine zusätzliche Einflussnahmemöglichkeit. Vorteilhaft ist bei diesem Modell jedoch, dass eine Einstandspflicht der Gemeinde bei Wegfall eines von mehreren Grundversorgern nicht besteht, da die

---

458 Galahn, Die Anschluss- und Versorgungspflicht gemäß § 10 EnWG, RdE 2004, S. 35, (41).

459 Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 251.

460 Galahn, Die Anschluss- und Versorgungspflicht gemäß § 10 EnWG, RdE 2004, S. 35, (41).

Grundversorgung durch die verbleibenden Grundversorger gesichert wäre.

Der Verlust der Gemeinden, die Auswahl des örtlichen Energielieferanten selbst treffen zu können, bringt in der aktuellen Diskussion um die Energieversorgung als Daseinsvorsorge weitere Probleme mit sich, die nachfolgend betrachtet werden sollen.

### 6.3 Unzulässiger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung

Durch die Entflechtung von Netzbetrieb und Energielieferung ist es Gemeinden nur noch möglich, im Wege der Konzessionsvergabe den örtlichen Betreiber des Netzes der allgemeinen Versorgung für längstens 20 Jahre zu bestimmen, aber nicht mehr den örtlichen Lieferanten von Energie. Diese gesetzliche Neugestaltung der Energielieferung und der Konzessionsvergabe im EnWG in den Neufassungen seit 1998 stellen faktisch eine Einschränkung der Position der Gemeinden dar. Durch die Tatsache, dass die Gemeinden über die Konzessionsvergabe nicht mehr den örtlichen Grundversorger, sondern lediglich noch den örtlichen Netzbetreiber festlegen können ist der Einfluss der Gemeinde auf die Gebietsversorgung verloren gegangen.<sup>461</sup> Dies stellt nach zutreffender Wertung von *Templin* eine im Vergleich „zum bis dato bestehenden System eine geradezu fundamentale Neustrukturierung dar“.<sup>462</sup> Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur attestieren der Konzessionsvergabe dadurch einen erheblichen Bedeutungsverlust für die Gemeinden.<sup>463</sup> *Rodi* erkennt eine empfindliche Schwächung des kommunalen Handlungsspielraums.<sup>464</sup>

Erwähnenswert ist hierzu, dass im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum EnWG 2005 die zuständigen Bundestagsausschüsse empfohlen hatten, zumindest die Feststellungskompetenz, welcher Versorger für die nächsten drei Jahre als Grundversorger einzustehen habe, bei den Gemeinden zu belassen.<sup>465</sup> Die Empfehlung hat jedoch

---

461 Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, zu § 36, Rdn. 10.

462 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 252.

463 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rdn. 2.

464 *Rodi*, Kommunale Handlungsmöglichkeiten in der Energie- und Klimaschutzpolitik, IR 2012, S. 242, (246).

465 BR-Drs. 613/1/04, S. 31.

keinen Eingang in das EnWG 2005 gefunden. Dies war letztendlich auch der Position der damaligen Bundesregierung geschuldet, welche den Gemeinden im liberalisierten Energiemarkt eine Auswahlkompetenz für die Ausgestaltung der örtlichen Lieferbeziehungen nicht mehr zugestehen wollte.<sup>466</sup> In einer Stellungnahme vom 28. Oktober 2004 führte die Bundesregierung zur Begründung aus, dass es sich bei der Feststellung des örtlichen Grundversorgers nicht zwingend um eine hoheitliche Tätigkeit handeln und die Gemeinden ihre Infrastrukturverantwortung durch die Auswahl des örtlichen Betreibers des allgemeinen Versorgungsnetzes wahrnehmen würden. Die Ausgestaltung der Lieferbeziehung gehöre seit der Liberalisierung dagegen nicht mehr zum verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich gemeindlicher Selbstverwaltung.<sup>467</sup>

Den Gemeinden ist damit das Bestimmungsrecht über den im Gemeindegebiet zuständigen Grundversorger entzogen worden.<sup>468</sup> Die betroffenen Gemeinden selbst haben dies im Jahr 2004 als schweren Eingriff in das Recht der kommunalen Selbstverwaltung bewertet. Der kommunale Einfluss auf die örtliche Energieversorgung werde damit zurückgedrängt. Die anstehende EnWG Novellierung 2005 wurde insoweit abgelehnt.<sup>469</sup>

Gegen die Neufassungen des EnWG und die damit verbundenen Einschränkungen der Gemeinden wurde mit Schriftsatz vom 28. September 1999 vom Senat der Freien und Hansestadt Hamburg, der Regierung des Saarlandes und 242 Abgeordneten des Deutschen Bundestages vor dem Bundesverfassungsgericht ein Normkontrollverfahren eingeleitet. Es wurde beantragt festzustellen, dass das „Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“ vom 24. April 1998 (BGBl I Seite 730) mit Artikel 28 Absatz 2, Artikel 70 Absatz 1 und Artikel 84 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar und daher nichtig ist.“<sup>470</sup> Das Verfahren wurde jedoch durch Beschluss vom 23. Mai 2006 auf Grund der Rücknahme des Antrages ohne eine Sachentscheidung beendet.<sup>471</sup> Leider findet sich keine sachliche Begründung, weshalb der

---

466 BT-Drs. 15/4068, S. 7; Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 253.

467 BT-Drs. 15/4068, S. 7; Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 26.

468 Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 26.

469 Welge, Die Novelle des Energiewirtschaftsrechts aus Sicht der Städte, IR 2004, S. 103, (104).

470 BVerfG, Beschluss vom 19.01.2004, Az. 2 BvF 1/98.

471 BVerfG, Beschluss vom 23.05.2006, Az. 2 BvF 1/98.



Antrag zurückgenommen und damit eine bedeutsame Rechtsfrage der Entscheidung entzogen wurde. Denkbar ist ein Zusammenhang zum kurz zuvor erfolgten Regierungswechsel im September 2005. Gerade aufgrund der fehlenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stellt sich noch immer die Frage, ob durch die Neugestaltung des Konzessionsrechts in unzulässiger Weise in die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG eingegriffen wurde. Gehört die Regelung der örtlichen Energieversorgung überhaupt zum Aufgabenbereich der kommunalen Selbstverwaltung? Und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen kann der Gesetzgeber in diesen Aufgabenbereich eingreifen oder unterfällt die Energieversorgung möglicherweise einem vor Eingriffen des Gesetzgebers geschützten Kernbereich kommunaler Selbstverwaltungsgarantie? Dies soll nachfolgend untersucht werden.

### 6.3.1 Energieversorgung als kommunale Aufgabe

Die Beantwortung der Frage, ob Energieversorgung zum Aufgabenbereich der kommunalen Selbstverwaltung gezählt werden muss, fällt bei Betrachtung der hierzu ergangenen Rechtsprechung eindeutig aus.

Im Jahr 1984 stellte das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer Entscheidung über die Zulässigkeit einer Enteignung nach § 11 EnWG 1935 klar, dass die Sicherstellung der Energieversorgung eine „öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung“ sei. Die Energieversorgung gehöre zur Daseinsvorsorge und sei eine Leistung, „deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“.<sup>472</sup> Im Jahr 1989 bezeichnete das Bundesverfassungsgericht die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung erneut eine als zu den typischen, zur Daseinsvorsorge gehörenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften. Ein Energieversorgungsunternehmen in Form einer Aktiengesellschaft, die sich zu 72 % in öffentlicher Hand befindet, nehme somit bei der Versorgung mit Strom eine öffentliche Aufgabe wahr und sei daher nicht grundrechtsfähig.<sup>473</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht stellte 1995 darüber hinaus klar, dass die kommunale Energieversorgung als eine in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnde Angelegenheit der Daseinsvorsorge den verfassungsrechtlich geschützten Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten

---

472 BVerfG, Beschluss v. 20.03.1984; NJW 1984, S. 1872, (1873).

473 BVerfG, Beschluss v. 16.05.1989, Az.: BvR 705/88, NJW 1990, S. 1783.

der Gemeinden zugehört.<sup>474</sup> Wie auch immer regional die örtliche Stromversorgung durchgeführt werde, unterfällt zumindest die Entscheidung hierüber der gemeindlichen Selbstverwaltung. Zur Begründung dieser Auffassung stellt das BVerwG auf die historische Entwicklung der Energieversorgung, ihre besondere Bedeutung für das wirtschaftliche und soziale Wohl der Einwohner, sowie ihren spezifischen Bezug zum kommunalen Wegeigentum ab.<sup>475</sup>

Nach zutreffender herrschender Meinung zählt die Energieversorgung somit eindeutig zu den örtlichen Angelegenheiten der Kommune i. S. d. Art. 28 Abs. 2 GG.<sup>476</sup> Somit liegt ein Eingriff des Gesetzgebers in das Selbstverwaltungsrecht vor.

### 6.3.2 Eingriff in den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung

Fraglich ist, ob es sich dabei auch um einen Eingriff in den geschützten Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung handelt. Nach der dargestellten Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG unterfällt die Energieversorgung als Leistung der Daseinsvorsorge dem Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG.<sup>477</sup>

Beim Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG ist zwischen dem absoluten Kernbereichsschutz und dem Randbereichsschutz zu unterscheiden. Gesetzliche Einschränkungen der kommunalen Selbstverwaltung müssen ihren Kernbereich unangetastet lassen.<sup>478</sup> Hauptelement des Kernbereichs ist das Universalitätsprinzip, nach der die Befugnis der Gemeinden besteht, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ohne besondere Kompetenztitel anzunehmen, soweit sie nicht durch Gesetz bereits wirksam anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind.<sup>479</sup> Ein fester gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog gehört dagegen nicht zum Kernbereich.<sup>480</sup>

---

474 BVerwG, 18.05.1995, Az.: 7 C 58.94, RdE 1995, S. 240.

475 BVerwG, 18.05.1995, Az.: 7 C 58.94, RdE 1995, S. 240.

476 Püttner, Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung, DÖV 1990, S. 461, (463); Cronauge, Das neue Konzessionsabgabenrecht, S. 9.

477 BVerfG NJW, 1990, S. 1783 ff; BVerwG, 18.05.1995, Az. 7 C 58.94, RdE 1995, S. 240.

478 Henneke in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 55.

479 Clemens, Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie, NwvZ, 1990, S. 834, (837).

480 BVerfGE 79, 127, (146).

Der Randbereich dagegen unterliegt keiner absoluten, sondern nur einer relativen Eingriffsgrenze. Der Gesetzgeber muss im Randbereich den Sinn und Zweck der institutionellen Garantie berücksichtigen.<sup>481</sup> Aus Art. 28 Abs. 2 GG ergibt sich ein Vorrang der dezentralen Aufgabenverteilung zugunsten der gemeindlichen Zuständigkeit.<sup>482</sup> Eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Bezug darf der Gesetzgeber den Gemeinden daher nur aus Gründen des Gemeinwohls entziehen. Dies führt dazu, dass derartige Aufgaben den Gemeinden nur dann entzogen werden dürfen, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre. Die bloße Verwaltungsvereinfachung oder Zuständigkeitskonzentration scheiden dabei als Rechtfertigung aus.<sup>483</sup>

Fraglich ist also, ob Energieversorgung schon dem geschützten Kernbereich des Artikels 28 Abs. 2 GG angehört und damit jeglichem Eingriff des Gesetzgebers entzogen ist. Sowohl zur Frage der Existenz und Definition eines solchen Kernbereichs, als auch zur Einordnung der Energieversorgung in den Kernbereich, existieren eine Vielzahl von Auffassungen, die nachfolgend dargestellt werden sollen.

#### 6.3.2.1 *Rechtsauffassung der Bundesregierung im Jahr 2004*

Die Bundesregierung führte in einer Stellungnahme vom 28. Oktober 2004 zum § 46 EnWG aus, dass „die Ausgestaltung der vertraglichen Lieferbeziehungen in der Grundversorgung (...) spätestens seit der Liberalisierung nicht zum von der Verfassung geschützten Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung (gehört)“.<sup>484</sup>

Aus dieser Stellungnahme geht hervor, dass die damalige Bundesregierung selbst davon ausging, dass zwar grundsätzlich ein geschützter Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung existiere, jedoch die Grundversorgung nicht mehr zu diesem Kernbereich gerechnet werden könne. Eine solche Position ist nur möglich, wenn eine feste und unveränderliche Aufgabenzuweisung zum geschützten Kernbereich abgelehnt wird, da ansonsten eine gemeindliche Selbstverwaltungsaufgabe den Kernbereich nicht verlassen könnte.

---

481 Clemens, Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie, NvwZ, 1990, S. 834, (835).

482 Henneke in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 57; Clemens, Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie, NvwZ, 1990, S. 834, (835).

483 Henneke in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 58.

484 BT-Drs 15/4068, S. 7.

### 6.3.2.2 Der Streitstand in der Literatur

*Stern* vertrat 1972 die Auffassung, dass die Daseinsvorsorge zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG zähle. Dies dürfe aber gleichwohl nicht zu einer „Versteinerung“ der Aufgabenkompetenzen führen. Öffentliche Aufgaben, die sich örtlich nicht mehr ökonomisch erledigen lassen, sind nach *Stern* von den Gemeinden abzugeben.<sup>485</sup> Es entspricht nach *Stern* dem Sinn richtig verstandener Selbstverwaltung, seitens der Gemeinden bei einer Entörtlichung von Funktionen eine Kompetenzregulierung zu dulden oder gar auf sie hinzuwirken.<sup>486</sup> Nach dieser Auffassung wird eine Entmachtung von Gemeinden hinsichtlich der Aufgaben der Daseinsvorsorge möglich, wenn bei Gegenüberstellung eindeutige Vorteile der Aufgabenverlagerung erkennbar sind. Dabei soll die Beweislast hierfür jedoch nicht bei den Gemeinden liegen.<sup>487</sup>

*Trzeciak* zählte 1990 die Versorgung der Bevölkerung mit Energie und Wasser zu den elementaren gemeindlichen Aufgaben, von denen das Wohl der Gemeindebewohner abhängt. Demzufolge gehöre die Energieversorgung ohne Frage zum Kernbereich des eigenen Wirkungskreises der Gemeinden.<sup>488</sup> *Trzeciak* begründet diese Auffassung unter anderem mit einem Hinweis auf Art. 83 Abs. 1 BayVerf, der diesem Grundgedanken Rechnung trage.<sup>489</sup> Es obliege daher den Gemeinden zu entscheiden, ob diese Aufgabe durch eigene Tätigkeit oder durch Übertragung der Aufgabe an Private erfüllt werden soll.<sup>490</sup>

Nach *Püttner* kann eine Versorgungsverantwortung der Kommunen nur in Art. 28 Abs. 2 GG gefunden werden. Energieversorgung gehöre zum Wirkungskreis der örtlichen Angelegenheiten der Gemeinden. Eine Zuordnung zum absolut geschützten Kernbereich bewertet

---

485 *Stern*, Die kommunalen Sparkassen, S.62.

486 *Stern*, Die kommunalen Sparkassen, S.63.

487 *Stern*, Die kommunalen Sparkassen, S.63.

488 *Trzeciak*, Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung, S. 147.

489 Art. 83 Abs. 1 BayVerf zählt unter anderem „die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft“ zum „eigenen Wirkungskreis der Gemeinden“.

490 *Trzeciak*, Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung, S. 148.

Püttner jedoch als eher problematisch.<sup>491</sup> *Steckert* betrachtet Energieversorgung 1998 als zum Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 GG gehörig.<sup>492</sup>

*Walendy* geht 2008 davon aus, dass ein absolut geschützter Kernbereich gemeindlicher Aufgaben existiert, der aus einem dynamischen Aufgabenfindungsrecht unter Anknüpfung an den historischen Aufgabenbestand der Gemeinden besteht.<sup>493</sup> Die Energieversorgung sei historisch betrachtet in der örtlichen Gemeinschaft verwurzelt und weise aktuell zumindest noch immer einen örtlichen Bezug auf. Zumindest die Sicherstellung der Energieversorgung durch Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs sei insoweit kommunale Aufgabe.<sup>494</sup> *Walendy* zählt die grundsätzliche Möglichkeit zur wirtschaftlichen Betätigung auf dem Gebiet der Energieversorgung zum Kernbereich kommunalen Engagements.<sup>495</sup>

*Hellermann* wertet 2008 den Eingriff des Gesetzgebers als „verfassungsrechtlich nicht unbedenklich“.<sup>496</sup> Auch wenn die gemeindliche Bestimmung des Grundversorgers unter den Bedingungen einer liberalisierten Energieversorgung nach Auffassung der Bundesregierung nicht mehr zum verfassungsgeschützten Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung zählen soll, könnten nur überwiegende öffentliche Interessen den Eingriff rechtfertigen. Dies erscheine jedoch fraglich, da zu bezweifeln sei, ob die vom Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung der Grundversorgung einer hoheitlichen Bestimmung des Grundversorgers tatsächlich überlegen sei.<sup>497</sup>

*Emmerich dagegen* betrachtete bereits 1970 die Zurechnung der Energieversorgung zum Aufgabenbereich der Gemeinden kritisch. Die Idee der Daseinsvorsorge und eines originären Versorgungsrechtes durch die Gemeinden als Teil eines unantastbaren Wesenskerns kommunaler Selbstverwaltung bewertete er lediglich als Versuch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auf dem Gebiet der Energieversorgung in eine „juristisch und damit auch wirtschaftlich unangreifbare Bastion

---

491 Püttner, Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung, DÖV, 1990, S. 461, (463).

492 Steckert, in Rinne, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 54.

493 Walendy, Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen, S. 148.

494 Walendy, Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen, S. 154.

495 Walendy, Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen, S. 158.

496 Hellermann, in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, zu § 36, Rdn. 11.

497 Hellermann, in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, zu § 36, Rdn. 11; auch bereits Hellermann, Von der allgemeinen Versorgung zur Grundversorgung, IR 2004, S. 266, (268).

zu verwandeln“.<sup>498</sup> Die Pionierarbeit bei der historischen Entwicklung kommunaler Energieversorgung sei ohnehin nicht von den Gemeinden, sondern von privaten Unternehmen erbracht worden.<sup>499</sup> Demzufolge zählt er die Betätigung von Gemeinden auf dem Gebiet der Versorgung zu den örtlichen Angelegenheiten, deren eigenverantwortliche Erledigung den Gemeinden von der Verfassung garantiert werde, die aber unter dem Vorbehalt des Gesetzes ständen und demnach vom Gesetzgeber geregelt und beschränkt werden könnten.<sup>500</sup> Krebs argumentiert, es sei nicht anzunehmen, dass im Rahmen einer Verfassung, die sich in der Frage der Wirtschaftsordnung nicht festgelegt habe, eine so spezielle Frage wie die Energieversorgung so unzweckmäßig dauerhaft unantastbar geregelt sein könne.<sup>501</sup>

*Krebs* bewertete 1996 die Einordnung der Energieversorgung in den Kernbereich gemeindlicher Selbstverwaltungsangelegenheiten als überholt.<sup>502</sup> Diese Auffassung stützt sich auf die Überzeugung, dass von einem bestimmten oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbareren Aufgabenkatalog als Wesensgehalt der Selbstverwaltungsgarantie generell nicht mehr ausgegangen werden könne. Er verweist hierzu auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes.<sup>503</sup> Demnach sei der gesetzliche Entzug grundsätzlich jedweder gemeindlichen Aufgabe möglich, solange den Gemeinden noch ein hinreichendes Betätigungsfeld zu eigenverantwortlicher Regelung offenstehe. Ein solcher Aufgabenentzug durch den Gesetzgeber müsse allerdings durch die Belange des Gemeinwohls erforderlich sein.<sup>504</sup>

Auch *Säcker/Dörmer* vertreten 2002 die Auffassung, dass der Entzug des gemeindlichen Einflusses auf die örtliche Energielieferung verfassungsgemäß sei, da kommunale Energieversorgung nicht dem

- 
- 498 Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, S.7.
- 499 Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, S.9.
- 500 Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, S.21.
- 501 Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, S.212.
- 502 Krebs, Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung, S.55.
- 503 Krebs, Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung, S.55. unter Verweis auf BverfG, Beschl. v. 23.11.1988, 2 BvR 1619, 1628/83; BverfGE 79, S.127, (146).
- 504 Krebs, Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung, S.56.

Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung zuzuordnen sei. Den Gemeinden stehe lediglich ein Grundbestand kommunaler Verantwortung und Entscheidung über die Art und Weise der Stromversorgung zu. Auch dieser Bereich sei einer Regelung durch den Gesetzgeber nicht entzogen.<sup>505</sup> Dieser Auffassung folgt auch *Erman* 2003 unter Verweis auf *Säcker/Dörmer*.<sup>506</sup>

*Keller-Herder* sieht 2008 die Lieferung von Energie nicht als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft an. Durch die Reform des EnWG sei die Rolle der Gemeinde letztendlich auf ihren Kern, nämlich die Bestimmung über die Nutzung der öffentlichen Wege, reduziert.<sup>507</sup>

*Templin* bewertet 2009 die Entscheidungsmöglichkeit der Gemeinde über die örtliche Grundversorgung als nicht zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie zugehörig. Als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft i. S. v. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG unterfalle sie nur dem Randbereich der Verfassungsgarantie.<sup>508</sup> Gleichwohl vertritt er die Auffassung, dass die Regelung nach § 36 Abs. 2 EnWG, wonach der örtliche Grundversorger nicht von den Gemeinden, sondern aufgrund der Marktmacht des jeweiligen Versorgers bestimmt wird, gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verstoße und daher verfassungswidrig sei. Die Zielsetzung einer möglichst preisgünstigen Energieversorgung könne nicht die Interessen der Gemeinden an einer konzessionsvertraglichen Lenkungscompetenz überwiegen.<sup>509</sup>

### 6.3.2.3 „Rastede – Entscheidung“ des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Jahr 1988 im Rahmen der „Rastede“- Entscheidung, welche den Bereich der Abfallentsorgung zum Streitgegenstand hatte, umfassend mit der örtlichen Zuständigkeit der Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG und der Frage nach Existenz und Umfang eines vor Eingriffen geschützten Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung befasst. Das Bundesverfassungsgericht hat dabei eine grundsätzliche „Allzuständigkeit“ der Gemeinden für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sowie die Existenz eines unantastbaren

---

505 Säcker/Dörmer, Übergang der Energieversorgungsverträge auf den neuen Verteilnetzbetreiber bei Auslaufen des alten Konzessionsvertrages, RdE 2002, S. 161, (167).

506 Erman, Zur Abwicklung von alten Konzessionsverträgen nach § 13 Abs. 2 EnWG, RdE 2003, S. 171, (179).

507 Keller-Herder, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, S. 131.

508 Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 289.

509 Templin, a. a. O.

Kernbereiches kommunaler Selbstverwaltung bestätigt.<sup>510</sup> Dieser Kernbereich setzte dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Selbstverwaltung eine Grenze. Der Wesensgehalt dürfe dabei durch den Gesetzgeber nicht ausgehöhlt werden. Bei der Bestimmung dieses Kernbereichs müsse in besonderer Weise der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung getragen werden. Zum Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung gehöre kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog, wohl aber die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen.<sup>511</sup> Das Bundesverfassungsgericht weist weiterhin zutreffend darauf hin, dass die gesetzliche Aufgabenverteilung zwischen Staat und Kommunen wie auch innerhalb der kommunalen Ebene zwischen Kreisen und kreisangehörigen Gemeinden stets in einem Spannungsverhältnis zwischen Verwaltungseffizienz und Bürgernähe stehe. Das Ziel optimaler Verwaltungseffizienz trage die Tendenz zur immer großräumigeren Organisation und stetigen „Hochzoning“ von Aufgaben in sich, während das Ziel größtmöglicher Bürgernähe und Bürgerbeteiligung dem widerstreitet und dezentrale Aufgabenansiedlung anempfiehlt.<sup>512</sup>

Auch außerhalb des Kernbereichs enthalte Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip hinsichtlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden, das der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu berücksichtigen habe. Auf diese Weise sichere Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Gemeinden einen Aufgabenbereich, der grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfasse. Eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter darf der Gesetzgeber den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses – nicht aber mit dem reinen Ziel einer Verwaltungsvereinfachung – vor allem also dann entziehen, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre. Das Selbstverwaltungsrecht würde jedoch dann unzulässigerweise faktisch beseitigt, wenn das Gesetz die gemeindliche Selbstverwaltung innerlich aushöhlte, sie die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verlöre und nur noch ein Scheindasein führen könnte.<sup>513</sup>

---

510 BVerfGE 79, 127; NJW 1989, S. 1790 „Rastede“.

511 BVerfGE 79, 127; NJW 1989, S. 1790 „Rastede“.

512 BVerfGE 79, 127; NJW 1989, S. 1790 „Rastede“.

513 BVerfGE, 79, 127; NJW 1989, S. 1790 „Rastede“.



#### 6.3.2.4 Bewertung

Der dargestellte Streit, aus dem die Ansicht *Emmerichs* stammt,<sup>514</sup> besteht seit den frühen siebziger Jahren, und kann auch gegenwärtig noch nicht als ausdiskutiert und entschieden betrachtet werden.<sup>515</sup>

Der Umstand, dass die örtlichen Energieversorgung historisch gesehen zumeist durch privaten Unternehmen erschlossen wurde, spricht nicht gegen die historische Bedeutung der Gemeinden, denn maßgeblich für diese Frage ist nicht die Selbstvornahme der Gemeinden, sondern der faktisch bestehende Einfluss.<sup>516</sup> Und dieser maßgebliche Einfluss bestand von Anfang an über die Konzessionsverträge.<sup>517</sup>

Es ist zu beachten, dass es sich bei dem vorliegenden faktischen Entzug der Einflussnahmemöglichkeit nicht um einen Sachverhalt handelt, der z. B. mit einer Hochzonung von Gemeindeaufgaben vergleichbar ist. Denn im liberalisierten Energiemarkt ist die frühere Auswahlentscheidung der Gemeinde über den örtlichen Energielieferanten nicht etwa auf eine andere Staatsebene verlagert worden, sondern durch die Trennung von Netzbetrieb und Energievertrieb gänzlich weggefallen. Die Auswahlentscheidung nach § 36 EnWG wird nun von keiner staatlichen Stelle mehr getroffen, sie ergibt sich stattdessen automatisch aus der Größe des Versorgers am örtlichen Kundenmarkt. Genau genommen ist die Auswahlentscheidung damit auf die im Netzgebiet ansässigen Haushaltskunden übergegangen. Derjenige Energielieferant, dem die Kunden das größte Vertrauen aussprechen, wird auf lange Sicht zum örtlichen Grundversorger. Die Auswahl des örtlichen Grundversorgers ist damit faktisch von der Gemeinde auf die Gemeindeglieder übergegangen.<sup>518</sup>

Man kann nun einwenden, dass die Gemeindeglieder diese Auswahl möglicherweise vorrangig unter dem Aspekt der Preisgünstigkeit und weniger der langfristigen Zuverlässigkeit treffen. Es darf aber nicht außer acht gelassen werden, dass auch der frühere gemeindliche Einfluss auf die örtliche Energielieferung eben nicht direkt aus einer gesetzlichen Zuweisung folgte, sondern rein praktisch an das vom

---

514 1970, *Emmerich*, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung.

515 *Dreier*, Grundgesetz, Bd. II, zu Art. 28, Rdn. 147.

516 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 271.

517 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 271.

518 Dies ist eine idealisierte Betrachtung, die davon ausgeht, dass maßgebliches örtliche Netzgebiet und Gemeindegebiet identisch sind.

Energieversorgungsunternehmen benötigte Wegerecht geknüpft war – und für den Netzbetrieb noch immer verknüpft ist. Was wäre also, wenn technischer Fortschritt es mit sich bringen würde, dass eine Nutzung gemeindeeigener Grundstücke generell nicht mehr erforderlich wäre um die Energieversorgung zu erbringen? Auch in dieser hypothetischen Situation wäre, die Folge ein Verlust der Einflussnahmemöglichkeit der Gemeinde auf die örtliche Energieversorgung.

Es ist jedoch zu beachten, dass Eingriffe, die nicht den geschützten Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung verletzen, nicht automatisch zulässig sind. Jede Beschränkung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts muss sich ihrerseits verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen.<sup>519</sup>

Für die Ausgestaltung der örtlichen Grundversorgung in anderer Weise, die den Gemeinden weiterhin eine Einflussnahme erhalten hätte, spricht der Umstand, dass die europarechtlichen Vorgaben in Art. 3 III 1 und 2 der Elektrizitätsrichtlinie und Art. III 1 bis 3 der Gasrichtlinie hinsichtlich der Art und Weise der nationalrechtlichen Ausgestaltung der Grundversorgung dem deutschen Gesetzgeber durchaus Spielräume gelassen hätte.<sup>520</sup>

*Templin* vertritt die Auffassung, dass der Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG zwar keinen Eingriff in den geschützten Kernbereich darstelle, aber gleichwohl unzulässig sei. Im Rahmen der für die Zulässigkeit eines solchen Eingriffs vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung hätte dem Gesetzgeber mit dem von *Templin* favorisierten Konzept des „Wettbewerbs um die Grundversorgung“ ein gleichermaßen geeignetes, aber für die Rechte der Gemeinden milderer Gestaltungsmittel zur Verfügung gestanden.<sup>521</sup>

### 6.3.3 Wandel der Daseinsvorsorge durch Reform des Konzessionsrechtes

Bei der Konzessionsvergabe einer Gemeinde nach § 13 EnWG von 1998 bzw. § 46 EnWG von 2005/2011 besaß die Gemeinde bisher einen großen Spielraum, da es sich dabei um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft i. S. d. Art. 28 Abs. 2 GG handelt.<sup>522</sup>

519 Henneke in Schmidt- Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Grundgesetz, zu Art. 28, Rdn. 51.

520 Britz in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, zu § 36, Rdn. 11.

521 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 300.

522 Schau, Die wettbewerbliche Vergabe von Konzessionen, RdE 2011, S. 1.

Wie bereits dargestellt, ist jedoch gleichzeitig jegliche Einflussnahmemöglichkeit der Gemeinde auf die Auswahl des örtlichen Lieferanten, einschließlich des Grundversorgers als Garant einer Belieferung jedes Kunden, verloren gegangen.<sup>523</sup> Dies führt teilweise zu der neueren und sehr bemerkenswerten Auffassung, dass die Energielieferung nun nicht länger Teil der Daseinsvorsorge sein könne, sondern den Regeln des Wettbewerbs unterliege.

### 6.3.3.1 Zur Ansicht von Hüting/Hopp

Nach Hütting/Hopp beschränkt sich die Wahrnehmung der Daseinsvorsorge „bestenfalls noch auf den Netzbetrieb. Hier kann die Gemeinde durch Abschluss des Konzessionsvertrages bestimmen, wer den Netzbetrieb in der Gemeinde durchführen soll (§ 46 Abs. 2 EnWG). Im Bereich der Stromlieferung hat die Gemeinde dagegen keinerlei Kompetenzen und damit auch keine Pflichten mehr. Die Stromlieferung ist somit nicht mehr Teil der Daseinsvorsorge, sondern unterliegt den Regeln des Wettbewerbs“.<sup>524</sup>

Eine solche Aussage erfordert eine genauere Betrachtung. Sie impliziert zunächst, dass Daseinsvorsorge und Wettbewerb sich unvereinbar gegenüberstehen, eine Daseinsvorsorgeleistung also nicht auch wettbewerblich erbracht werden kann. Dem kann gerade unter Beachtung der unter Abschnitt II. 6. dargestellten Theorien zur Erbringung der Daseinsvorsorge und Abschnitt II. 5. zum Merkmal von Daseinsvorsorgeleistungen nicht gefolgt werden. Allein aus der Tatsache, dass die Energielieferung „den Regeln des Wettbewerbs unterliegt“, kann nicht gefolgert werden, dass sie nicht mehr zur Daseinsvorsorge zu rechnen ist.

Möglicherweise sollte jedoch der Schwerpunkt der Begründung von Hüting/Hopp nicht auf dem Verweis auf den bestehenden Wettbewerb liegen, sondern im faktischen Einflussverlust der Gemeinden. Die Argumentation müsste dann folgende sein: Energieversorgung ist Teil der im Rahmen der Daseinsvorsorge den Gemeinden zugewiesenen Aufgaben.<sup>525</sup> Weil das EnWG der Gemeinde einen Teilbereich der früher noch unteilbar zusammengehörigen Energieversorgung entzogen hat, unterliegt dieser Bereich nicht mehr der Selbstverwaltung und

---

523 Hierzu kritisch auch: Templin, *Recht der Konzessionsverträge*, S. 252.

524 Hüting/Hopp, *Rekommunalisierung der Energieversorgung – kein vergaberechtsfreier Raum*, RdE 2011, S. 255, (258).

525 insoweit konform mit BVerwG, 18.05.1995, 7 C 58.94; RdE 1995, S. 240.

Daseinsvorsorge. Wollte man einer solchen Argumentation tatsächlich folgen, dann hätte das für den Begriff der Daseinsvorsorge folgende Konsequenzen:

Eine Leistung würde dann ihre Bedeutung als Daseinsvorsorge verlieren, wenn der Staat bzw. die Gemeinde selbst nicht in der Lage ist, auf ihre Gewährleistung Einfluss zu nehmen. Dies verträgt sich schon nicht mit der Grundannahme, dass der Staat im Zweifel letzter Garant sein muss, um eine Daseinsvorsorgeleistung zu erbringen. Der Staat kann und darf gerade eine solche Leistung nicht dergestalt aus der Hand geben, dass er sie nicht einmal im Falle der Unerbringlichkeit durch die Privatwirtschaft nicht mehr zu erfüllen braucht.

Vorliegend ist das jedoch auch gar nicht der Fall. Die Auffassung von Hüting/Hopp lässt nämlich die Frage unbeachtet, wer denn die Energiebelieferung sicherstellen müsste, wenn sich in einem Gemeindegebiet überhaupt kein einziger Energieversorger finden würde, der eine Belieferung anbietet. Diese Situation ist in der gegenwärtigen Situation freilich nur theoretisch konstruiert, aber wenn man Daseinsvorsorge zumindest als staatliche Gewährleistungsverantwortung versteht, dann muss auch der „Gewährleistungsfall“ betrachtet werden. Allein das Konstrukt der Grundversorgung sichert diesen Fall nicht ausreichend ab, da auch ein privater Grundversorger als letzter verbliebener Anbieter in einem Versorgungsgebiet seine Tätigkeit vollständig einstellen könnte.

Würde man nun auch in diesem Gewährleistungsfall der Energielieferung den Status der Daseinsvorsorge verweigern, dann bliebe eine Versorgung der so betroffenen Bürger aus. Dieses Ergebnis deckt sich mit keiner der vertretenen Auffassungen zur Daseinsvorsorge,<sup>526</sup> da nach jeder der Ansichten zumindest eine nachrangige Einstandspflicht des Staates vorliegt. Zutreffend geht auch *Templin* in einer solchen Situation von einer Gewährleistungspflicht der Gemeinden und einem verfassungsrechtlich Auftrag zur Sicherstellung der örtlichen Versorgung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG aus.<sup>527</sup>

Wie bereits erwähnt ist bei Hüting/Hopp der Gewährleistungsfall gar nicht betrachtet, aber möglicherweise würden auch sie die Gemeinde dann doch wieder in der Verantwortung sehen, eine Energielieferung herzustellen. Eine solche Annahme wäre vertretbar, wenn man der Meinung folgt, dass Daseinsvorsorge immer nur im Gewährleistungsfall überhaupt vorliegt. Dies wird – unter Abschnitt II.5.3.

---

526 vgl. Darstellungen in Abschnitt II. 4.

527 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S.251.

dargestellt – möglich, ist aber im Ergebnis aus den dort benannten Gründen abzulehnen. Weiterhin wäre auch dieses Konzept zumindest nicht in sich nicht schlüssig, da von Hüting/Hopp der Netzbetrieb ja auch weiterhin zur Daseinsvorsorge gezählt wird, obwohl auch diese Leistung nach der Konzessionsabgabe von einem privaten Anbieter erbracht wird.

Schließlich steht die Auffassung, dass Energielieferung nicht (mehr) zur Daseinsvorsorge gezählt werden könne, dem Konzept entgegen, dass auch die Grundversorgung nach § 36 EnWG, also die besondere Lieferungsverantwortung eines bestimmten Energieversorgers, auch der Erfüllung von Daseinsvorsorge dient.<sup>528</sup>

#### 6.3.3.2 *Beschluss des OLG Hamburg 14. Dezember 2010, I Verg 5/10*

Auch das OLG Hamburg hatte sich mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 im Rahmen einer vergaberechtlichen Entscheidung mit der Frage zu befassen, ob Bereich der Energielieferung noch der Daseinsvorsorgeaufgabe der Gemeinde zugerechnet werden könne.

Die Stadt Hamburg hatte die kommunale Stadtwerke-GmbH, an der sie mittelbar vollständig beteiligt ist, ohne Ausschreibungsverfahren mit Aufgaben aus dem energetischen Abwicklungsmanagement beauftragt. Ein privater Energieversorger machte einen Vergabeverstoß geltend, da der Vertrag zuvor nicht ausgeschrieben worden war. Ein vergabefreies sogenanntes „Inhouse-Geschäft“ läge nicht vor, da durch die Stadtwerke-GmbH Privatkunden mit Strom beliefert würden und die Stadtwerke daher nicht im Wesentlichen für die Stadt tätig sei. Die Stadt Hamburg berief sich darauf, dass der Umsatz aus dem Stromgeschäft mit Privatkunden (15,91 %) kein Inhouse-schädliches Drittgeschäft sei, da die Lieferungen als Teil der Daseinsvorsorge der Stadt zuzurechnen seien.

Das OLG Hamburg hat die Entscheidung in diesem Punkt letztendlich offen gelassen:

„Der unscharfe Begriff der Daseinsvorsorge hilft ohnehin nicht. Er beschränkt sich insbesondere nicht auf solche Aufgaben, deren Erbringung einem staatlichen Monopol vorbehalten ist. Auch für die Belieferung mit Strom kann deshalb dahinstehen, ob sie ungeachtet der fortgeschrittenen Liberalisierung noch zur öffentlichen Daseinsvorsorge zählt. (...) Entscheidend

ist vielmehr, dass den Gemeinden, hier der Antragsgegnerin als Stadtstaat, diese Aufgaben nicht mehr exklusiv zugewiesen sind, sondern sie auch von Privaten erbracht werden dürfen. Es herrscht also Wettbewerb. (...) Die früher rein öffentliche Daseinsvorsorge wurde insoweit jedenfalls im Hinblick auf die Lieferkomponente weitgehend privatisiert.<sup>529</sup>

Das OLG Hamburg hat – wie ersichtlich – das oben dargestellte Problem erkannt oder aber (und das ist anhand der Begründung wahrscheinlicher) dem Daseinsvorsorgebegriff von vornherein keine für den Rechtsstreit taugliche Relevanz beigemessen.

### 6.3.3.3 *Fazit und Bewertung*

*Ronellenfitch* hat zutreffend ausgeführt, dass Wettbewerb im Bereich der Daseinsvorsorge nur ein Instrument sei, um damit eine optimale Aufgabenerfüllung zu erreichen. Insoweit kann die Umsetzung dieses Instruments zur Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben nicht zum Wegfall von Daseinsvorsorge führen.<sup>530</sup>

Im Zusammenhang mit der Frage, welchen Stellenwert die Daseinsvorsorge bei der nunmehr durch die Liberalisierung gewandelten Konzessionsvergabe noch einnimmt, ist auch die Diskussion um den vergaberechtlichen Charakter dieser Vergabe beachtenswert. Streitig ist insoweit, ob es sich bei der Vergabe der Wegenutzungskonzession um eine sogenannte Dienstleistungskonzession handelt oder nicht.

Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB ist auf den Neuabschluss von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG nicht anwendbar, da sie keine öffentlichen Aufträge über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen im Sinne von § 99 GWB zum Gegenstand haben.<sup>531</sup>

Das OLG Düsseldorf stuft die energierechtliche Wegenutzungskonzession als eine Dienstleistungskonzession ein.<sup>532</sup> Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur haben die Frage der Einordnung von Konzessionsverträgen als Dienstleistungskonzession offen gelassen, da die

529 OLG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2010, Az. I Verg 5/10, Rdn. 60.

530 Ronellenfitch, in Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 2, Rdn. 2.

531 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rdn. 14.

532 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, VII Verg 26/12, Rdn. 68.

aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien auch im Rahmen der Neuvergabe von Konzessionen nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG anwendbar seien.<sup>533</sup>

#### 6.3.4 Fortschreitende Aushöhlung kommunaler Selbstverwaltung

Der Eingriff des Gesetzgebers in die kommunalen Auswahlentscheidungsmöglichkeiten über die örtliche Energieversorgung ist nicht unproblematisch, denn er hat möglicherweise einen schleichenden Aushöhlungsprozess der kommunalen Selbstverwaltung in Gang gesetzt.

##### 6.3.4.1 Neue Anforderungen an die Auswahlentscheidung der Gemeinden

Was zunächst als logische Konsequenz aus der Entflechtung von Netzbetrieb und Energievertrieb begann, fand seine Fortsetzung in der Novellierung des § 46 EnWG im Jahr 2011.<sup>534</sup> Nunmehr werden die Gemeinden im Rahmen des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG verpflichtet, bei der Auswahlentscheidung über die Vergabe der noch verbliebenen Netzbetreiberkonzession die Ziele des § 1 EnWG zu beachten. Diese Vorgabe scheint zunächst nicht sonderlich schwerwiegend, denn wie bereits dargestellt, spiegeln die Ziele des § 1 EnWG grundsätzlich ohnehin die Anforderungen an eine moderne Energieversorgung wieder. Der Blickwinkel verändert sich jedoch, wenn man beachtet, dass für die einzelne Gemeinde jedoch neben den Zielen des § 1 EnWG vor Ort auch noch andere Interessen die Vergabeentscheidung beeinflussen können. Dies kann z. B. die Sicherung von Gewerbesteuererinnahmen oder Arbeitsplätzen vor Ort sein.

Vor der erneuten Reform des § 46 EnWG waren die Kommunen darin frei, auf welche Auswahlkriterien sie ihre Auswahl stützen wollten, solange diese Ziele das Gebot der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit in einem wettbewerblichen Verfahren nicht verletzen. In der Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 3 Satz 2 EnWG 1998, der mit § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG 2005 identisch war, hieß es noch: „nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung trifft, wird nicht bestimmt.“<sup>535</sup> Die Gemeinde war somit in ihrer Auswahlentscheidung für einen künftigen Konzessionsinhaber frei, ob sie sich an den Kriterien des § 1 EnWG

---

533 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rdn. 15.

534 in der ab dem 04.08.2011 geltenden Fassung, geändert durch Artikel 1 G. v. 26.07.2011 BGBl. I S. 1554.

535 BT-Drs. 13/7274, S. 21.

orientieren wollte oder aber stattdessen oder zusätzlich auch andere Erwägungen, wie z.B. das Gewinninteresse eigener Stadtwerke, mit einbeziehen wollte.<sup>536</sup> Durch die nunmehr erfolgte gesetzliche Festlegung auf die Ziele des § 1 EnWG ist fraglich, ob daneben noch weitere Eigeninteressen der Gemeinden Beachtung finden dürfen.<sup>537</sup> Teilweise wird vertreten, dass die Auswahlentscheidung der Kommunen sich nunmehr ausschließlich auf die Ziele des § 1 EnWG beziehen müsse.<sup>538</sup> In der neuerlichen Gesetzesbegründung zu § 46 EnWG heißt es nun: „Mit dem neuen Absatz 3 Satz 5 wird klargestellt, dass die Gemeinde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Vergabe der Konzession an die Ziele des § 1 gebunden ist, eine preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung im Sinne des Verbrauchers sicherzustellen.“<sup>539</sup>

#### 6.3.4.2 Position der Regulierungsbehörden

Nach Auffassungen von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur tragen die Gemeinden bei der Auswahl des Konzessionärs im Sinne des Allgemeinwohls und der Ziele des § 1 EnWG – einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltfreundlichen Energieversorgung – eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb um die Konzession, aber auch für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten.<sup>540</sup> Die Wahrnehmung eigener wirtschaftlicher Interessen durch die Gemeinden wird dabei eher kritisch bewertet. Denn hier sei zu berücksichtigen, dass Verteilernetze unterhalb einer gewissen Größenordnung unter bestimmten Bedingungen Effizienz Nachteile beim Netzbetrieb und einen erhöhten Regulierungsaufwand nach sich ziehen könnten. Dies könne zu höheren Kosten für die Netznutzer führen und den Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten hemmen.<sup>541</sup>

---

536 Kermel/Bruncker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 71.

537 Kahl, Konzessionsverträge als klimapolitisches Handlungsinstrument der Gemeinden, RdE 2012, S. 1, (2).

538 Höch, Zulässige Auswahlkriterien in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 46 EnWG, RdE 2013, S. 60, (67).

539 BT-Drs. 176072 vom 06.06.2011, S. 88.

540 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rdn. 21.

541 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rdn. 21.



Die Gemeinden werden somit von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur hier eher in der Rolle des Erfüllungsgehilfen für die Ziele des Gesetzgebers gesehen und nicht mehr als eigentlich primär zuständig für die Sicherstellung der örtlichen Energieversorgung. Wie bereits erwähnt, sind die Ziele des § 1 EnWG natürlich ebenfalls geeignet auch die örtlichen Energieversorgung sicherzustellen, aber die Definition der zu § 1 EnWG gehörigen Ziele – und ggf. die Erweiterung dieses Zielekatalogs – obliegt dem Gesetzgeber und nicht den Gemeinden.

#### 6.3.4.3 Position der Rechtsprechung

Das Landgericht Köln hat in einer Entscheidung vom 07. November 2012 zwar die grundsätzliche Bindung der Gemeinden an die Ziele des § 1 EnWG bestätigt, aber gleichzeitig zutreffend festgestellt, dass § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG keinen Anhaltspunkt dafür vorgibt, in welchem Umfang den Zielen des § 1 EnWG Rechnung zu tragen ist, insbesondere wenn diese sich in ihrer Richtung teilweise konträr verhalten.<sup>542</sup> Weiterhin erkennt das Landgericht den Gemeinden neben der Beachtung der Ziele des § 1 EnWG zu, auch eigene Ziele verfolgen zu dürfen.

Das OLG Schleswig dagegen hat mit Urteil vom 22. November 2012 entschieden, dass die Gemeinden ihre Auswahlentscheidung bei der Konzessionsvergabe „*vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG*“ auszurichten haben.<sup>543</sup> Dieser Auffassung folgte auch der BGH mit Urteilen vom 17. Dezember 2013 und vom 03. Juni 2014.<sup>544</sup> Obwohl der § 1 EnWG – wie bereits dargestellt – eine Vielzahl von teilweise konkurrierenden Zielen auflistet, stellt das OLG Schleswig erkennbar nur auf den Aspekt der Preisgünstigkeit der Energieversorgung ab. Ziel des EnWG sei es, „*durch Wettbewerb eine möglichst preisgünstige Versorgung zu erreichen*“.<sup>545</sup> Eigene Interessen der Gemeinden könnten nach Auffassung des OLG Schleswig daneben erst in zweiter Linie eine Rolle spielen.

#### 6.3.4.4 Fazit: Aushöhlung der Entscheidungsbefugnis der Gemeinden

Was der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 46 EnWG relativ lapidar als „Klarstellung“ bezeichnet,<sup>546</sup> ist tatsächlich ein erheblicher

---

542 LG Köln, Urteil vom 07.11.2012, Az. 90 O 59/12.

543 OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, 16 U (Kart) 22/12.

544 BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12; BGH Urteil vom 03.06.2014, EnVR 10/13.

545 OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, 16 U (Kart) 22/12.

546 BT-Drs. 176072 vom 06.06.2011, S.88.

Eingriff in die bis dahin bestehende Rechtslage. Eine reine Klarstellung würde nur eine ohnehin bereits bestehende Rechtslage sprachlich deutlicher herausstellen. Wenn der Gesetzgeber in der früheren Gesetzesbegründung zum § 46 EnWG a. F. noch ausdrücklich betont hat, nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung trifft, werde nicht bestimmt,<sup>547</sup> kann die plötzliche Aufnahme einer solchen Bestimmung zu Lasten der Gemeinden keine bloße Klarstellung sein, sondern stellt sich als erneuter Eingriff dar.

Wie bereits dargestellt kann der Entzug des gemeindlichen Einflusses auf die örtliche Grundversorgung als faktische Folge der Entflechtung von Netzbetrieb und Energievertrieb angesehen werden. Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt haben dies jedoch im Jahr 2010 zum Anlass genommen, jedwede noch mögliche Einflussnahme der Gemeinde auf eine Vertriebstätigkeit des Konzessionsinhabers als unzulässigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu werten.<sup>548</sup> Diese Ansicht vertritt auch *Höch*, der den Kommunen nunmehr jede eigene Entscheidungskompetenz abspricht und als missbräuchlich werten will.<sup>549</sup> So wird aus einem zunächst nur rein praktischen Verlust von Einflussnahme plötzlich ein rechtliches Verbot eventuell noch bestehende Restmöglichkeiten einer Steuerung des örtlichen Energievertriebes zu nutzen. Es ist jedoch ein erheblicher Unterschied, ob die Gemeinde durch eine generelle Umstrukturierung des Versorgungssystems an Einfluss verliert oder ob ihr eine weiterhin bestehende Einflussnahmemöglichkeit als plötzlich rechtlich unzulässig verboten sein soll. Das Landgericht Kiel hat mit Urteil vom 04. Januar 2012 eine Konzessionsvergabeentscheidung einer Stadt unter anderem auch deshalb für unwirksam erklärt, weil die Ziele des § 1 EnWG hierbei nicht ausreichend berücksichtigt worden seien.<sup>550</sup> Das OLG Schleswig erachtet eigene Ziele der Gemeinden, wie die Höhe der Konzessionsabgabe, plötzlich als „nachrangig“ für die Entscheidung der Gemeinden<sup>551</sup>, obwohl § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG ihnen das Recht auf die nach der KAV höchstzulässige Konzessionsabgabe ausdrücklich gewährt.

---

547 BT-Drs. 13/7274, S. 21.

548 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rdn. 22.

549 Höch, Zulässige Auswahlkriterien in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 46 EnWG, RdE 2013, S. 60, (61).

550 Landgericht Kiel, Urteil vom 04.01.2012, Az. 14 O Kart 83/10.

551 OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, 16 U (Kart) 22/12.

Und genau hier erfolgt letztendlich die unzulässige Aushöhlung kommunaler Selbstverwaltung, in der Form, dass die Gemeinde keinen ausreichenden eigenen Handlungsspielraum mehr besitzt.<sup>552</sup> Vor der Änderung des § 46 EnWG wurde noch betont, dass die verfassungsrechtlich garantierte Planungshoheit der Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG dadurch gewahrt werde, dass die Gemeinden innerhalb der Konzessionsvergabe die einzelnen Bedingungen der Wegenutzung selbst festlegen könnten.<sup>553</sup> Durch die Aufnahme der Pflicht der Gemeinden zur Berücksichtigung des § 1 EnWG in § 46 EnWG werden jedoch energiepolitische Ziele, die jede Gemeinde schon im Eigeninteresse auch ohne die Vorgaben des § 1 EnWG sicherstellen muss, den Gemeinden plötzlich verbindlich vorgeschrieben. Erneut ist den Gemeinden dadurch ein weiteres Stück eigenständiger Einflussnahmemöglichkeit genommen worden. Wenn der Gesetzgeber – wie bereits in der Vergangenheit mehrfach geschehen – künftig die Ziele des § 1 EnWG abändert oder erweitert, steuert er damit auch die von den Gemeinden dann bei der Konzessionsvergabe anstehende Auswahlentscheidung ohne eine weitere Einflussnahmemöglichkeit der Gemeinden selbst.

Hierbei ist zu beachten, dass diese Einschränkung nun den einzig noch bei den Gemeinden verbliebenden Bereich der Einflussnahme, nämlich den örtlichen Versorgungsnetzbetrieb betrifft. Nachdem bereits der Lieferbereich vollständig entzogen wurde, stellt sich somit die Frage, wie viel eigener Einfluss den Gemeinden nun überhaupt noch verbleibt. Letztendlich keiner. Der neuerliche Eingriff in die kommunalen Gestaltungsspielräume bei der Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG durch Hinzunahme der Verpflichtung nach § 1 EnWG, übersteigt damit die Grenze des Zumutbaren und ist somit unzulässig. Den Gemeinden muss es möglich sein, die Auswahl des örtlichen Verteilnetzbetreibers auch unter eigenen Gesichtspunkten und Interessen treffen zu können. Dass hierfür ein ungebrochenes Bedürfnis der Gemeinden besteht, belegt auch der Trend zur Rekommunalisierung der Energieversorgung.

---

552 vgl. BVerwG, Urteil vom 06.04.2005, Az. 8 CN 1/04 zur unzulässigen Aushöhlung des Kernbereichs des Art. 28 GG..

553 Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, S. 165.

# 7 Trend zur Rekommunalisierung der Energieversorgung

Wie bereits dargestellt, scheinen sich im zeitlich regelmäßigen Wechsel die Ansichten über die Vor- und Nachteile der privatwirtschaftlich besorgten Daseinsvorsorge zu wandeln. Wechselnd wird verstärkt die Privatwirtschaft als besonders effektiv gegenüber der öffentlichen Hand angesehen, dann wieder folgen Phasen, in denen der Staat verstärkt selbst Aufgaben an sich zieht. So bezeichnete *Ronellenfitch* 2007 die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als ein „Modethema der 1990er Jahre“, bei dem in der Praxis oft „ohne theoretische Absicherung herumexperimentiert“ worden sei. Der Privatisierungsmodus sei nach Ansicht von *Ronellenfitch* jedoch eine „gewisse Ernüchterung“ gefolgt.<sup>554</sup> *Bauer* weist dagegen 2012 auf eine „unerwartete Renaissance“ der Kommunalwirtschaft hin und spricht sogar von einem „Megatrend“.<sup>555</sup>

Nachfolgend soll daher untersucht werden, in welchem Umfang und mit welchen rechtlichen Mitteln eine Rekommunalisierung von bisher privatwirtschaftlich besorgter Energieversorgung möglich ist.

## 7.1 Begriff der Rekommunalisierung

Privatisierung bedeutet allgemein die Übertragung bisher von der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung wahrgenommenen Aufgaben auf private Träger.<sup>556</sup> Unter dem Begriff der Rekommunalisierung soll bezogen auf die örtliche Energieversorgung nachfolgend die (Rück-)Übernahme der örtlichen Versorgertätigkeit von einem vormals privaten Anbieter verstanden werden. Rekommunalisierung ist insoweit das Gegenteil zur Privatisierung.<sup>557</sup>

---

554 Ronellenfitch, in Hoppe/Uechtritz, Kommunale Unternehmen, § 2, Rdn. 12.

555 Bauer, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 329.

556 Ronellenfitch, in Hoppe/Uechtritz, Kommunale Unternehmen, § 2, Rdn. 14.

557 so auch Bauer, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 329, (334), der von einer Gegenbewegung spricht.

## 7.2 Geschichtliche Entwicklung der energetischen Kommunalisierung

Die Kommunalisierung bzw. Rekommunalisierung in der Energieversorgung kann auf eine längere Geschichte zurückblicken, die bis an den Beginn der Energiewirtschaft als solche zurückreicht.

### 7.2.1 Frühe Kommunalisierungsphasen

*Brunckhorst* hat hierzu bereits 1978 nachgewiesen, dass die ursprünglich privatwirtschaftlich aufgestellte Gaswirtschaft in Deutschland im Zeitraum 1860–1900 zwei Kommunalisierungsphasen unterworfen war. Die erste Phase der Kommunalisierung erstreckte sich dabei nach *Brunckhorst* von 1860–1874, die zweite Phase von 1875–1900. Dabei wurde innerhalb eines halben Jahrhunderts die Vorherrschaft der Privaten durch die Dominanz der Kommunen abgelöst.<sup>558</sup> Von 33 Städten, die Ende des 19. Jh. den Status einer Großstadt erreicht hatten, errichteten 30 % kommunale Gaswerke, während 70 % zunächst private, nicht kommunale Gasanstalten erhielten. Von diesen 70 % blieben nach den Kommunalisierungsphasen nur 18 % in privater Hand.<sup>559</sup> *Brunckhorst* kommt zu dem Ergebnis, dass die Kommunen in der Gründungsphase eines Gasversorgers das finanzielle Risiko für sich noch als sehr hoch bewerteten und daher dieses Risiko gern privaten Unternehmern überließen. Im späteren Betrieb, als das Risiko als geringer eingeschätzt wurde, erfolgte dann oft eine Kommunalisierung.

Über die damaligen Motive der Gemeinden für diese Kommunalisierung bestehen unterschiedliche Auffassungen. Nach *Brunckhorst* waren finanzielle Interessen der vorrangige Beweggrund, während eine qualitative Versorgungsverbesserung zwar ebenfalls ein Ziel, aber für die Gemeinden nur von nachrangiger Bedeutung war.<sup>560</sup> *Kreikenbaum* dagegen verweist auf den Umstand, dass die privaten Gasanbieter seinerzeit oft nur Gas mit mangelhafter Qualität und zu überhöhten Preisen lieferten, was neben den unbestritten bestehenden finanziellen Interessen ebenfalls wesentlicher Grund für Kommunalisierungen gewesen sei.<sup>561</sup> Auch *Templin* sieht in der Möglichkeit zuverlässiger Ge-

---

558 Brunckhorst, Kommunalisierung im 19. Jh., S. 35.

559 Brunckhorst, Kommunalisierung im 19. Jh., S. 34.

560 Brunckhorst, Kommunalisierung im 19. Jh., S. 211–212.

561 Kreikenbaum, Kommunalisierung und Dezentralisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung, S. 48.

winnerwirtschaftung einen Hauptanreiz der Kommunen, der durch die gleichzeitig berechtigten Kritikpunkte an der Qualität der privatwirtschaftlichen Versorgungsleistungen verstärkt wurde.<sup>562</sup>

Hinzu kommt, dass private Unternehmen damals bald nicht mehr in der Lage waren auch die schnell wachsenden Stadtrandgebiete ausreichend zu versorgen. Zudem behinderten die privaten Gasversorger teilweise die Einführung von Elektrizität, weil diese aus ihrer Sicht eine Substitutionskonkurrenz zum Gas darstellte.<sup>563</sup> An dieser Stelle sei auch noch einmal auf das bereits in Abschnitt III. 2.1 erwähnte „Gesetz betreffend die Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft“<sup>564</sup> vom 31. Dezember 1919 verwiesen, nach dem das Reich das Recht erhalten sollte, gegen Entschädigung Anteile an Unternehmen der Elektrizitätsversorgung zu erhalten.

### 7.2.2 Phasen der Entkommunalisierung

Den Phasen der Kommunalisierung standen jedoch auch Phasen einer Entkommunalisierung gegenüber. Entkommunalisierung bezeichnet dabei den schwindenden Einfluss der Gemeinden auf die örtliche Energieversorgung. Der Begriff wurde erstmals in den 1920er Jahren verwendet, als vielfach ehemals rein kommunale Versorger in gemischtwirtschaftliche Unternehmen umgewandelt wurden.<sup>565</sup> Der Prozess der Entkommunalisierung, der über einen Zeitraum von fast 70 Jahren verlief, hat nach *Berlo* dazu geführt, dass 1993 mit der Vereinigten Elektrizitätswerke Westfalen AG (VEW) – aus dem Zusammenschluss verschiedener ehemals selbstständiger kommunaler Stromversorger – einer der größten Wirtschaftskonzerne Deutschlands hervorging.<sup>566</sup>

Generell hatte der Anteil kommunaler Energieversorger seinen Höhepunkt zur Zeit der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert erreicht und ging dann bis in die 1980er Jahre zurück.<sup>567</sup>

---

562 Templin, *Recht der Konzessionsverträge*, S. 37.

563 Kreikenbaum, *Kommunalisierung und Dezentralisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung*, S. 48.

564 RGBl. 1919/19.

565 Berlo/Murschall, *Kommunale Einflußmöglichkeiten auf die Gestaltung der Energieversorgungswirtschaft*, S. 31.

566 Berlo/Murschall, *Kommunale Einflußmöglichkeiten auf die Gestaltung der Energieversorgungswirtschaft*, S. 106.

567 Kreikenbaum, *Kommunalisierung und Dezentralisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung*, S. 227.

## 7.2.3 Rekommunalisierung in der Gegenwart

Gegenwärtig liegt die Rekommunalisierung der Energieversorgung wieder seit einiger Zeit im Trend.<sup>568</sup> Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur bescheinigten im Dezember 2010 einen zunehmenden Trend zur Rekommunalisierung der Energieversorgung, da vermehrt von den Gemeinden auslaufende Konzessionsverträge nunmehr an kommunale Energieversorgungsunternehmen vergeben worden seien.<sup>569</sup> Vielfach interessieren sich Kommunen selbst für das Geschäft des Netzbetriebes und die Ausübung der Konzession.<sup>570</sup> Wie bereits unter Abschnitt VI. 1.4.2 gezeigt erleichtern immer mehr Bundesländer<sup>571</sup> ihren Kommunen durch Änderungen in der jeweiligen Gemeindeordnung bzw. Kommunalverfassung<sup>572</sup> die wirtschaftliche Betätigung im Bereich der Energieversorgung.

Die Auffassung von der Überlegenheit der Privatwirtschaft bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die von Befürwortern des „schlanken Staates“ und der Privatisierung gern ins Feld geführt wird, hat sich zumindest bei der Betrachtung der Rekommunalisierung der Energieversorgung bislang nicht bestätigt.<sup>573</sup> In Berlin erhöhte der private Betreiber der Wasserversorgung nach erfolgter Privatisierung die Wassergebühren um ein Drittel und steigerte seine Gewinne von 8 Mio. EUR pro Jahr auf 250 Mio. EUR pro Jahr.<sup>574</sup> Gleichzeitig sollen Privatisierung und Rekommunalisierung sich nicht zwangsläufig als unvereinbare Gegenpositionen gegenüberstehen.<sup>575</sup>

Für die Energieversorgung wurde im Rahmen einer Studie des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung festgestellt, dass das

- 
- 568 Hüting/Hopp; Rekommunalisierung der Energieversorgung – kein vergabe-rechtsfreier Raum, RdE 2011, S. 255; Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rdn. 3; Einhellig/Kohl, ET 2010, S. 26; Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 7; Bauer, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV, 2012, S. 329.
- 569 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rdn. 3.
- 570 Einhellig/Kohl, Rekommunalisierung in der Energieversorgung, ET 2010, S. 26.
- 571 Brandenburg, Niedersachsen, Rheinland Pfalz und teilweise auch Hessen.
- 572 z. B. Brandenburg durch das Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge.
- 573 Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 7.
- 574 Beste/Müller, 100 Prozent Streit, SPIEGEL 2013, Nr. 9, S. 46.
- 575 Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 10, Bauer, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012 S. 329, (338).

Verhältnis von öffentlicher und privater Beteiligung am örtlich zuständigen Grundversorger keinen signifikanten Einfluss auf die Höhe des jeweils den Kunden angebotenen Allgemeinen Tarifs der Grundversorgung nach § 36 EnWG hat.<sup>576</sup>

### 7.3 Konzessionsvergabe als Rekommunalisierungswerkzeug

#### 7.3.1 Ausgangslage

Sowohl die frühe Kommunalisierung im 19. Jh. als auch aktuelle Rekommunalisierungen benutzen als „Werkzeug“ die Konzessionsvergabe. Wie bereits dargestellt, erfolgte der Aufbau einer (gewinnträchtigen) gemeindlichen Energieversorgung oft zunächst durch private Unternehmen. Die Übernahme dieser Versorgungstätigkeit durch die Gemeinden erfolgte dann durch Nichtverlängerung oder Kündigung der Konzessionsverträge.<sup>577</sup>

#### 7.3.2 Möglichkeit der Netzübernahme

Zum Ende der vertraglichen Laufzeit eines Konzessionsvertrages hat die Gemeinde gem. § 46 EnWG die Pflicht, die Konzession neu zu vergeben. Der neue Konzessionsinhaber hat gegen den bisherigen gem. § 46 Abs. 2 Absatz 2 EnWG einen gesetzlichen Anspruch auf Herausgabe des Eigentums<sup>578</sup> am örtlichen Versorgungsnetz gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung.<sup>579</sup> Durch die Vergabe der Konzession an ein eigenes Stadtwerk hat eine Gemeinde somit die Möglichkeit das Versorgungsnetz vom bisherigen privatwirtschaftlichen Konzessionsinhaber und Netzbetreiber zu erwerben und zu betreiben.

*Templin* weist darauf hin, dass ein Aspekt der gemeindlichen Auswahlkompetenz bei der Konzessionsvergabe die Möglichkeit der

---

576 Einhellig/Kohl, Rekommunalisierung in der Energieversorgung, ET 2010, S. 26, (28).

577 Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, S. 9.

578 Dies war lange Zeit umstritten, da die frühere Fassung des EnWG dem Wortlaut nach lediglich eine Überlassung aber keine Übergang forderte.

579 Wie diese zu bemessen ist, ist aufgrund der unscharfen Formulierung des Gesetzgebers streitig, als Bemessungsgrundlage können sowohl der Sachzeitwert, als auch der Ertragswert des Netzes herangezogen werden.



Rückholbarkeit der gemeindlichen Versorgung in Form der Selbstvornahme sei. Der Konzessionsvertrag sei somit wirksames Korrektiv gegenüber Privatisierungen.<sup>580</sup>

Verschiedene Musterkonzessionsverträge enthalten im Rahmen ihrer Endschaftsklausel ausdrücklich Regelungen zur Übernahme des Netzes, für den Fall, dass die Gemeinde nach Beendigung des Konzessionsvertrages die Wegenutzungskonzession nicht mehr vergeben, sondern den Netzbetrieb selbst übernehmen will. Als Beispiel soll der Musterkonzessionsvertrag von Baden-Württemberg genannt werden.<sup>581</sup> Eine Gemeinde, die sich allein technisch oder kaufmännisch nicht in der Lage sieht durch Neugründung eines Energieversorgungsunternehmens am Markt zu bestehen, kann eine Kooperation mit dem bisherigen oder einem anderen Versorger eingehen.<sup>582</sup>

### 7.3.3 Position der Aufsichtsbehörden

Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur wiesen im Dezember 2010 im Rahmen eines Gemeinsamen Leitfadens zur Konzessionsvergabe darauf hin, dass zum Zweck der Rekommunalisierung der Energieversorgung von den Gemeinden zunehmend neue Konzessionsverträge an kommunale Energieversorgungsunternehmen vergeben würden.<sup>583</sup> Für den Netzbetrieb wird von Seiten der Behörden hier auf die vermeintliche Gefahr eines Effizienzverlustes und damit einhergehender steigender Netzentgelte hingewiesen, wenn durch die bevorzugte Konzessionsvergabe an eigene kommunale Versorger einzelne Konzessionsgebiete aus dem größeren überregionalen Netz eines größeren Netzbetreibers herausgelöst würden.<sup>584</sup> Kommunale Bestrebungen, den örtlichen Energienetzbetrieb wieder selbst zu übernehmen werden insoweit also teilweise mit Skepsis betrachtet. Überregionale Netze sind aus Sicht der Behörden vorzugswürdig.

---

580 Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 296.

581 Musterkonzessionsvertrag Baden-Württemberg vom 22.02.2006.

582 Stengel, Die kommunalen Energieversorger Bayerns im liberalisierten Strommarkt, S. 32.

583 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rdn. 3

584 Einhellig/Kohl, Rekommunalisierung in der Energieversorgung, ET 2010, S. 26, (29).

## 7.3.4 Positionen in der Rechtsprechung

Im Zusammenhang mit der Rekommunalisierung der örtlichen Energieversorgung mittels Konzessionsvergabe ist aktuell eine Zunahme an Rechtsstreitigkeiten zu verzeichnen. Hierbei handelt es sich im Regelfall um Auseinandersetzungen zwischen der Gemeinde oder dem neuen Konzessionsinhaber einerseits und dem bisherigen Altkonzessionsinhaber oder einem übergebenen Bieter auf der anderen Seite. Ausgangspunkt ist dabei oft der Netzübertragungsanspruch des neuen Konzessionsinhabers gegen den bisherigen Netzbetreiber gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Dieser Anspruch auf Überlassung der für den Betrieb eines Netzes der allgemeinen Versorgung erforderlichen Verteilungsanlagen setzt eine wirksame Konzessionsvergabe voraus. Im Rahmen einer Feststellungs- oder Leistungsklage wird dabei die Vergabeentscheidung der Gemeinde gerichtlich geprüft. Von der Rechtsprechung werden dabei die Position und der Handlungsspielraum der Gemeinde bei der Konzessionsvergabe im Zusammenhang mit einer Rekommunalisierung sehr unterschiedlich beurteilt.

Nach Auffassung des OLG Schleswig im Urteil vom 22. November 2012 kommt den Gemeinden bei der Konzessionsvergabe eine marktbeherrschende Stellung zu. Ein Verstoß gegen die §§ 19, 20 GWB sowie § 46 Abs. 3 EnWG führe daher zur Nichtigkeit des geschlossenen Konzessionsvertrages nach § 134 BGB.<sup>585</sup> Dabei scheint das OLG Schleswig den Gemeinden jedes Recht zur Selbsterfüllung des örtlichen Netzbetriebes absprechen zu wollen. Das OLG Schleswig führt hierzu in seiner Entscheidung aus, die Regelung des § 46 EnWG ginge *„damit davon aus, dass Verlegung und Betrieb von Leitungen Sache eines Netzbetreibers sind, während sich der Beitrag der Gemeinde darauf beschränkt, hierfür ihre Wege zur Verfügung zu stellen. Davon, dass die Gemeinden auch selbst Leitungen verlegen oder betreiben könnten, ist dort nicht die Rede“*.<sup>586</sup> Das OLG Schleswig folgert damit aus der Tatsache, dass die Gemeinden ihr Wegerecht für den Netzbetrieb der Energieversorgung zur Verfügung stellen sollen einen gleichzeitig Ausschluss eigener Tätigkeit in diesem Bereich der Daseinsvorsorge. Eine Vergabeentscheidung, die sich am Ziel einer möglichen zukünftigen Rekommunalisierung des örtlichen Netzbetriebes orientiert, bezeichnet das OLG Schleswig nicht als

---

585 OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, 16 U (Kart) 22/12; ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 Kart 137/12 (V).

586 OLG Schleswig, a. a. O., II. A. 1. aa).

„Ergebnis einer an den rechtlich maßgeblichen Kriterien orientierten sachlichen Abwägung“.<sup>587</sup>

Das Landgericht Kiel hat mit Urteil vom 03. Februar 2012 ausgeführt, dass sich nach seiner Auffassung aus § 46 EnWG der Wille des Gesetzgebers ergeben soll, „die Netze nicht zwangsläufig den Kommunen zu überlassen, sondern einen an den Zielen des § 1 EnWG ausgerichteten Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen und insoweit die Eigenbetriebe nicht anders als private Betriebe zu behandeln. Dies sei nur mit Hilfe eines transparenten, diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens möglich. Die öffentliche Hand, die sich privatwirtschaftlich betätigen will, dürfe sich hierbei nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetzt oder die privaten Mitbewerber mit Mitteln verdrängt, die diesen nicht zugänglich sind, ihr dagegen auf Grund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen.“<sup>588</sup>

Das Verwaltungsgericht Oldenburg hingegen hat mit Beschluss vom 17. Juli 2012 klargestellt, dass sich aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG die Befugnis der Gemeinde ergibt, eine grundlegende Systementscheidung darüber zu treffen, ob sie die zur örtlichen Daseinsvorsorge gehörende Aufgabe des sicheren und effizienten Betriebes des öffentlichen Energienetzes in eigener Regie oder durch private Dritte erfüllen will.<sup>589</sup> Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Oldenburg positioniert sich damit klar gegen die Auffassungen, welche die Gemeinde nunmehr ausschließlich den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet sehen wollen und die Verfolgung eigener gemeindlicher Ziele bei der Konzessionsvergabe als unzulässig erachten.<sup>590</sup> Das OVG Lüneburg als nachfolgende Instanz bejahte dagegen mit Urteil vom 11. September 2013 die grundsätzliche Bindung der Gemeinden an die Ziele des § 1 EnWG. Das OVG Lüneburg wertet die entsprechende Vorgabe des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG so, dass die Ziele des § 1 EnWG zumindest zu 50 % in die Auswahlentscheidung der Gemeinde über die Konzessionsvergabe mit einfließen müssten.<sup>591</sup> Den

---

587 OLG Schleswig, a. a. O.

588 LG Kiel, Urteil vom 03.02.2012, Az. 14 O Kart 83/10, Rdn. 83.

589 VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12.

590 VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, Rdn. 90 ff.

591 OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12.

kommunalspezifischen Interessen könne hier jedenfalls keine höhere Bedeutung als den Zielen des § 1 EnWG beigemessen werden.<sup>592</sup>

### 7.3.5 Bewertung der Positionen

Die bisherige Rechtsprechung berücksichtigt die Beschränkung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch die Vorgaben des § 46 Abs. 3 EnWG leider nicht ausreichend. Die begrüßenswerte Entscheidung des Verwaltungsgerichts Oldenburg ist durch das nachfolgende Urteil des OVG Lüneburg teilweise wieder revidiert worden.

Wie bereits dargestellt droht durch die zunehmende Beschränkung der Gemeinden eine unzulässige Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG, wenn sämtliche der schrittweise erfolgten Einzelbeschränkungen der kommunalen Handlungsoptionen zusammen betrachtet werden. Das Verwaltungsgericht Oldenburg stellte hier noch zutreffend klar, *„dass die Vorschriften des EnWG nicht den Umfang und die Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts vorgeben, sondern umgekehrt das einfache Gesetz an der Verfassung zu messen ist“*.<sup>593</sup> Das OVG Lüneburg hat dagegen abweichend das kommunale Selbstverwaltungsrecht den Zielen des EnWG untergeordnet, mit dem Hinweis, dass dieses Recht den Gemeinden nur im Rahmen der Gesetze – und somit auch nur im Rahmen des § 46 Abs. 3 EnWG gewährt werde.<sup>594</sup> Zumindest gesteht diese Position den Gemeinden noch zu, gleichgestellte eigene Ziele neben den Zielen des § 1 EnWG verfolgen zu können.

Die Auffassungen des OLG Schleswig oder des Landgerichts Kiel berücksichtigen den Aspekt der kommunalen Selbstverwaltung dagegen völlig unzureichend und degradieren die Gemeinden zum reinen Erfüllungsgehilfen des Gesetzgebers bei der Umsetzung der Ziele des § 1 EnWG. Besonders problematisch ist dabei die Wertung des OLG Schleswig, die unter Berufung auf § 46 EnWG auf ein faktisches Rekommunalisierungsverbot des Netzbetriebes hinausläuft. Das OLG Schleswig möchte die Gemeinden nur noch in der Zuständigkeit sehen, turnusmäßig alle 20 Jahre den Wettbewerb um ihr Netzgebiet zu eröffnen.<sup>595</sup> Bei der Betrachtung der hierzu ergangenen Rechtsprechung zeigt sich besonders deutlich die Problematik der schrittweisen Aus-

592 OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, Rdn. 44.

593 VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, Rdn. 97 ff.

594 OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, Rdn. 44.

595 OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2012, 16 U (Kart) 22/12.

höhnung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden über die Beschränkung der kommunalen Auswahlbefugnis auf den Netzbetrieb (EnWG von 2005), der weiteren Beschränkung dieser Auswahlentscheidung auf die Ziele des Gesetzgebers nach § 1 EnWG (EnWG von 2008), bis hin zum faktischen Verbot der eigenen Tätigkeit auf diesem Gebiet (OLG Schleswig). Eine umfassende Auseinandersetzung mit dieser Problematik durch die Gerichte erfolgte hier nicht in ausreichendem Maße.

## 7.4 Bürgerbeteiligung

Neben der Übernahme des Netzbetriebes durch Rekommunalisierung im Rahmen der Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG, weiterhin auf den Trend der sog. Bürgerbeteiligung hinzuweisen. Sowohl bei der Rekommunalisierung auf dem Gebiet der Netzübernahmen, als auch beim Ausbau der erneuerbaren Energien gewinnt die aktive Beteiligung der Bürger vor Ort zunehmend an Bedeutung.<sup>596</sup> Diese Beteiligung an Konzepten zur Mitgestaltung der örtlichen kommunalen Energieversorgung kann dabei auf vielfältige Weise erfolgen.

In Berlin z. B. setzt sich die Genossenschaft BürgerEnergie Berlin eG i. G. für einen Erwerb des Stromverteilnetzes ein. In Mainz hat sich die Bürgergenossenschaft Rheinhessen eG als Gesellschafter an der Rheinhessen-Energie GmbH beteiligt.<sup>597</sup>

Bürgerbeteiligung erfolgt jedoch nicht ausschließlich netzbezogen, sondern oft auch im Rahmen eines kommunalen Engagements auf dem Gebiet der lokalen, dezentralen, regenerativen Energieerzeugung. Hier können sich auch Kommunen und ihre Bürger, für die eine klassische Netzübernahme nicht in Frage kommt, energiewirtschaftlich engagieren. Wenn ein Rückkauf der Versorgungsnetze aus haushaltspolitischen Gründen ausscheidet, kann z. B. die Gründung eines Energieversorgungsunternehmens ohne Netzsparte alternative Möglichkeit für Gemeinden sein, zu einer aktiven Rolle in der kommunalen Energieversorgung zurückzukehren.<sup>598</sup> Während es sich beim Rückwerb des Netzbetriebes durch die Gemeinden um eine Aufgabenver-

---

596 Bauer, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 329, (325); Kneuper/v. Kaler, Bürgerbeteiligung als Geschäftsmodell für Stadtwerke, IR 2012, S. 250.

597 Pressemitteilung der Rheinhessen-Energie GmbH vom 27.08.2013.

598 Rodi, Kommunale Handlungsmöglichkeiten in der Energie- und Klimaschutzpolitik, IR 2012, S. 242, (246).

lagerung handelt, wird bei der Bürgerbeteiligung auf dem Gebiet der regenerativen Energien eine völlig neue Versorgungsinfrastruktur mit regenerativer Energie aufgebaut.<sup>599</sup> Ein Beitrag kann hier bereits in der Errichtung eines gemeinsamen Windparks (Bürgerwindpark) bestehen. In Nordfriesland werden mittlerweile 90 % der dortigen Windparks als Bürgerwindpark in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft betrieben.<sup>600</sup>

Die Gründe für die zunehmende Bürgerbeteiligung in Fragen der örtlichen Energieversorgung sind vielfältig. Es kann zunächst nicht übersehen werden, dass Ziele der Energiewende große Investitionen in die Infrastruktur der Energieversorgung verlangen.<sup>601</sup> Eine direkte finanzielle Beteiligung der Bürger, die sich hiervon auch eine auskömmliche Rendite für ihr eingesetztes Kapital versprechen, ist hier förderlich. Ein weiterer Gesichtspunkt aus Sicht der Kommunen eine Bürgerbeteiligung aktiv zu fördern, ist die Notwendigkeit der Akzeptanz von konkreten Projekten in der lokalen Bevölkerung, die hierdurch erreicht werden kann.<sup>602</sup> Letztendlich spricht die zunehmende Bürgerbeteiligung aber auch für ein zunehmendes Interesse der Bürger über die eigene Energieversorgung mitbestimmen und mitentscheiden zu wollen. Die Energiewende mit all den damit verbundenen Änderungen haben das Ob und das Wie Energieversorgung stärker in den Fokus des bürgerlichen Interesses gerückt.

*Bucher* spricht sich sogar dafür aus, die Bürgerbeteiligung in den Gemeindeordnungen zu verankern.<sup>603</sup> Andernfalls befürchtet er das Auftreten von „Trittbrettfahreffekten“. Bürger die sich nicht an der örtlichen Energieversorgung beteiligten, könnten gleichwohl von den positiven Effekten profitieren.<sup>604</sup> Hier besteht jedoch die Gefahr, dass die gerade beginnende positive Bürgerbeteiligung in einen Beteiligungszwang umschlägt. Die positiven Anreize zur Förderung der Beteiligung sollten überwiegen.

---

599 Als Bestandteil der sog. „Energiewende“.

600 Windcomm, Leitfaden Bürgerwindpark, S. 8.

601 Kneuper/v. Kaler, Bürgerbeteiligung als Geschäftsmodell für Stadtwerke, IR 2012, S. 250, (251).

602 Kneuper/v. Kaler, Bürgerbeteiligung als Geschäftsmodell für Stadtwerke, IR 2012, S. 250, (251).

603 Bucher, (Re)Kommunalisierung der Energieversorgung in Deutschland und den USA, S. 221.

604 Bucher, (Re)Kommunalisierung der Energieversorgung in Deutschland und den USA, S. 222 unter Verweis auf amerikanische Business Improvement Districts.

# 8 Ergebnis der Untersuchung

Aus der durchgeführten Untersuchung ergeben sich folgende Feststellungen:

## 8.1 Zum Begriff der Daseinsvorsorge

Der Begriff der Daseinsvorsorge ist nicht klar definiert, obwohl er auf eine lange Geschichte zurückblicken kann und als Rechtsbegriff zunehmend in Gesetzen Verwendung findet. Zwar sind im Wesentlichen unstrittig einzelne konkrete staatliche Leistungen als Daseinsvorsorgeleistungen anerkannt, aber es fehlt bisher an einem allgemeingültigen tauglichen Definitionsmuster zur Abgrenzung der Daseinsvorsorge von sonstiger wirtschaftlicher Tätigkeit. Ein solches Definitionsmuster ist jedoch erforderlich, um die Daseinsvorsorge zu einem in der Rechtspraxis verwendbaren Begriff zu machen. Gerade die Entwicklung auf dem Gebiet der Energieversorgung und die hier bestehenden Streitigkeiten zur Rolle der Gemeinden belegen, dass dem Begriff eine hohe Bedeutung zukommt.

Ein geeignetes Merkmal zur notwendigen Charakterisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge kann in der Notwendigkeit besonderer Infrastrukturleistungen gesehen werden. Die Schaffung und Sicherstellung dieser Infrastruktur bildet den Kern der eigentlichen staatlichen Daseinsvorsorgeleistung. Daseinsvorsorge wird damit als eine notwendige staatliche Infrastrukturverantwortung charakterisiert und kann so auch von anderen Leistungen und Bedürfnissen abgegrenzt werden. Gleichzeitig ist damit klargestellt, dass Leistungen, die durch die Privatwirtschaft erbracht werden, nicht automatisch aus dem Katalog der Daseinsvorsorgeleistungen herausfallen. Dies wird eindrucksvoll durch die Entwicklungen in der Energiewirtschaft seit der Liberalisierung im Jahr 1998 verdeutlicht.

## 8.2 Daseinsvorsorge und Wettbewerb

Die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen durch den Staat bzw. die Sicherstellung, dass Daseinsvorsorgeleistungen der Bevölkerung in

ausreichendem Maß zu Verfügung stehen, ist in verschiedenen Modellen denkbar. Daseinsvorsorge und Wettbewerb schließen sich somit nicht aus. Privatwirtschaftlicher Wettbewerb lässt eine Leistung nicht aus dem Katalog der Daseinsvorsorge herausfallen.

Die Modelle zur Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge sind abhängig vom Staatsverständnis und in der Realität dem jeweils herrschenden politischen Weltbild unterworfen. Die Daseinsvorsorge ist damit nicht notwendigerweise an eine bestimmte politische Richtung gebunden. Sie kann unterschiedlich erbracht werden und ist somit als universeller Begriff in verschiedenen politischen Systemen tauglich, welche sie inhaltlich unterschiedlich mit Leben erfüllen können. Insoweit kann Daseinsvorsorge auch durch ein System, in dem unterschiedliche Anbieter von Leistungen der Daseinsvorsorge im Wettbewerb zueinander stehen erbracht werden. In diesem Fall ist jedoch die Regulierung dieses Wettbewerbs von besonderer Bedeutung für den Staat um negative Auswirkungen auf die Sicherstellung der Aufgabenerfüllung zu gewährleisten. Der infrastrukturverantwortliche Staat wird in einem wettbewerblichen System also nicht entlastet, vielmehr erfolgt nur eine Aufgabenverschiebung. Der Staat ist hier vorrangig Überwacher und Regulierer. Dies wird eindrucksvoll durch die Entwicklungen in der Energiewirtschaft belegt.

### 8.3 Energieversorgung als Daseinsvorsorge im Wandel

Im Bereich der Energieversorgung als typische Daseinsvorsorgeleistung findet durch einen grundsätzlichen Systemwechsel, weg von einer monopolistischen Struktur, hin zu einem wettbewerblichen System, ein tiefgreifender Wandel statt. Die Liberalisierung der Energieversorgung ist ein typisches Beispiel für ein gewandeltes Verständnis von optimaler Realisierung staatlicher Aufgaben.

Im Rahmen der Untersuchung konnte durch den Systemwechsel nicht die von den Befürwortern des Wettbewerbs erwarteten Verbesserungen – wie insbesondere die Steigerung der Preisgünstigkeit – festgestellt werden. Gleichzeitig traten aber auch die von den Gegnern befürchteten negativen Szenarien, wie das Sterben der kommunalen Energieversorger, nicht ein.

Die Liberalisierung der Energieversorgung entsprang dem herrschenden Zeitgeist, in der Erwartung, dass die Erbringung der Daseinsvorsorge durch Private in einem freien Markt effizienter und preiswerter zu erfüllen sei. Diese Erwartungen haben sich jedoch bislang nicht



erfüllt. Durch den Abbau staatlicher Preiskontrolle kam z. B. es nur zu einer faktischen Verlagerung dieser Aufgabe auf die Gerichte, die dieser Aufgabe nur unzureichend gerecht werden können.

Festzuhalten bleibt insoweit, dass entgegen früherer Behauptungen auch im Bereich der Energieversorgung die Etablierung eines wettbewerblichen Systems möglich ist und die Sicherstellung der Energieversorgung keineswegs auf natürlichen Monopolen beruht, die jeden Wettbewerb ausschließen. Es ist jedoch auch festzustellen, dass der aufgezeigte Wandel keinen Schlusspunkt darstellt, wonach die Energieversorgung künftig ausschließlich durch miteinander konkurrierende Anbieter der Privatwirtschaft sichergestellt wird. Der neuere (Gegen-) Trend zur Rekommunalisierung der Energieversorgung zeigt, dass auch im wettbewerblichen System die staatliche Leistungserbringung Bestand haben kann.

#### 8.4 Trend zur Rekommunalisierung der Energieversorgung

Der vormals herrschende Trend zur Privatisierung staatlicher Aufgaben wird im Bereich der Energieversorgung inzwischen abgelöst durch einen Gegentrend zur Rekommunalisierung der Energieversorgung. Immer mehr Gemeinden wollen wieder selbst die örtliche Energieversorgung in der Hand haben oder zumindest Einfluss auf deren Ausgestaltung nehmen können. Zunehmend wird dieser Trend durch Landesgesetzgeber gefördert, indem die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden im Bereich der Daseinsvorsorge gesetzlich erleichtert wird. Hinzu kommt ein zunehmendes Engagement der Bürger selbst, im Rahmen von Bürgerbeteiligungskonzepten.

Die Neuvergabe der Konzessionsverträge über den Netzbetrieb der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet ist ein geeigneter Zeitpunkt zur Rekommunalisierung, da sowohl nach den bisherigen Konzessionsverträgen, als auch nach den Regelungen des § 46 EnWG ein Anspruch gegen den bisherigen Netzbetreiber auf Herausgabe der Netze gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung besteht. Dieser Zeitpunkt wurde und wird von vielen Gemeinden genutzt, um wieder verstärkt Einfluss auf die örtliche Energieversorgung nehmen zu können.

## 8.5 Schwächung der Möglichkeit kommunaler Einflussnahme auf örtliche Energieversorgung

Gemeinden haben grundsätzlich aus Art. 28 Abs. 2 GG die Möglichkeit, die Energieversorgung in ihrem Gemeindegebiet selbst zu beeinflussen oder auch ganz zu übernehmen.

Eine Möglichkeit hierzu bietet die Vergabe der Wegenutzungskonzession zum Betrieb von Versorgungsnetzen nach § 46 EnWG. Hierbei ist jedoch festzustellen, dass im Rahmen der Liberalisierung die rechtlichen Möglichkeiten der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 GG geschwächt bzw. beschnitten wurden. Das betrifft insbesondere die Neugestaltung des § 46 EnWG von 1998 und 2011. Den Gemeinden wurde hier zunächst die Einflussnahme auf die Auswahl des örtlichen Grundversorgers genommen und später auch der Ermessensspielraum bei den Kriterien zur Auswahl des örtlichen Netzbetreibers der allgemeinen Versorgung stark beschränkt.

Diese Eingriffe beugen Bedenken, da hier der Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 GG betroffen ist und eine schrittweise unzulässige Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie erfolgt, die sich insbesondere in der neueren Rechtsprechung zur Konzessionsvergabe widerspiegelt.

Die Einführung einer gesonderten durch die Gemeinde zu vergebenden Konzession zur Besorgung und Sicherstellung der Grundversorgung würde zwar den Verlust der Gemeinden teilweise ausgleichen. Allerdings begegnet ein solches Konzessionskonzept unter systematischen und praktischen Gesichtspunkten Bedenken.

## 8.6 Unzulässige Aushöhlung kommunaler Selbstverwaltungsgarantie

Der Trend zur Rekommunalisierung wird durch die teilweise sehr restriktive Rechtsprechung der Zivil- und Verwaltungsgerichte stark behindert. Gemeinden wird es damit untersagt eigene örtliche Ziele bei der Gestaltung der Energieversorgung in ausreichendem Maße zu berücksichtigen. Die aktuelle Rechtsprechung beschränkt die Entscheidungsbefugnis und die zulässigen Entscheidungsspielräume der Gemeinden im Rahmen der Konzessionsneuvergabe und damit die örtliche Energieversorgung nach § 46 EnWG sehr stark, bzw. hebt diese sogar fast vollständig auf. Die Gemeinden werden hierdurch zu reinen Erfüllungsgehilfen des Gesetzgebers, d.h zur (fast) ausschließlichen Um-

setzung seiner in § 1 EnWG niedergelegten Ziele degradiert. Die Ziele des § 1 EnWG mögen hierbei den eigenen Zielen der Gemeinden nicht zuwiderlaufen, eine ausschließliche Fokussierung hierauf engt die Gemeinden jedoch ein und nimmt Ihnen eigenen Gestaltungsspielraum.

Diese Rechtsprechung ist auch die Folge wiederholter schrittweiser Eingriffe des Gesetzgebers in die kommunalen Entscheidungsbefugnisse der Gemeinden über § 46 EnWG und bewirkt eine unzulässige Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie im Bereich der örtlichen Energieversorgung. Nicht durch einen einzigen Eingriff, sondern durch eine Mehrzahl zeitlich aufeinanderfolgender, ineinandergreifender Beschränkungen, wird – zumindest in der restriktiven Auslegung durch viele Gerichte – durch die Vorgaben des Gesetzgebers in § 46 EnWG eine eigenständige organisatorische Aufgabenerfüllung der Gemeinden erstickt, so dass diese drohen neben den Zielen des Gesetzgebers nach § 1 EnWG, keinen eigenen organisatorischen Spielraum zur Aufgabenbewältigung mehr zu haben.

## 9 Fazit

Die Ausgestaltung einer sicheren, effizienten, preiswerten und umweltfreundlichen Energieversorgung als eine wesentliche Aufgabe staatlicher Daseinsvorsorge wird insbesondere vor dem Hintergrund der gegenwärtig umzusetzenden Energiewende auch weiterhin von erheblicher Bedeutung sein. Die volkswirtschaftliche Bedeutung dieses Aufgabenbereiches wird vor dem Hintergrund der Energiewende künftig eher zunehmen. Diese steigende Bedeutung führt wiederum zur Notwendigkeit den generellen Begriff der staatlichen Daseinsvorsorge, sowie Umfang und Grenzen, inhaltlich klar definieren zu können. Der Begriff ist von zu hoher Bedeutung, als dass er der Beliebigkeit überlassen werden könnte. Daseinsvorsorge bedeutet notwendige staatliche Infrastrukturverantwortung.

Mit der Liberalisierung der Energieversorgung hat der Staat zwar die unmittelbare Aufgabenerfüllung zugunsten des privaten Wettbewerbs aus der Hand gegeben, die Anforderungen an den Staat als Regulierer des Wettbewerbs sind gleichwohl nicht geringer geworden. Liberalisierung und Wettbewerb führen also, zumindest in der Energiewirtschaft, nicht zu einem „schlanken Staat“. Gerade im Bereich der Daseinsvorsorgeleistungen kann die Leistungserbringung nicht einem ungezügelten Wettbewerb überlassen werden. Dies führt aktuell jedoch zu einer starken Belastung der Gerichte. Hier sollte der Gesetzgeber aktiv werden und z. B. im besonders streitträchtigen Bereich der Preis Anpassungen für Verbraucher und Kunde klare Regelungen aufstellen. Die gerichtliche Prüfung im Einzel(streit)fall kann dieser Aufgabe nicht gerecht werden.

Bemerkenswerterweise ist die direkte staatliche Aufgabenerfüllung in der Energieversorgung trotz des privaten Wettbewerbs nicht verschwunden, sondern kehrt aktuell vielerorts auf der Ebene der Gemeinden, in Gestalt von Rekommunalisierungen und zusätzlich flankiert durch eine erstarkende Bürgerbeteiligung, zurück. Die privaten Anbieter sind also allein nicht in der Lage gewesen, alle Anforderungen des Marktes so zu erfüllen, dass eine kommunale Tätigkeit überflüssig wurde.

Auch innerhalb eines konkurrierenden wettbewerblichen Systems ist also weiterhin eine staatliche Betätigung neben privaten Anbietern möglich – wenn auch nicht ohne Widerstände. Eine verstärkte

kommunale Einflussnahme auf die örtliche Energieversorgung wird nicht unbedingt von jedermann mit offenen Armen empfangen. Problematisch sind hier insbesondere einige aktuellen Auffassungen bei Regulierungsbehörden und Gerichten, welche die eigene Rechte der Gemeinden aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG derart stark beschneiden wollen, dass eine Mitgestaltung der Gemeinden an der örtlichen Energieversorgung in Gestalt der Netzkonzession kaum noch möglich wäre. Dieser Entwicklung wurde durch die Reform des Energiewirtschaftsrechtes und der damit verbundenen schrittweisen Verringerung der kommunalen Einflussnahmemöglichkeiten Vor-schub geleistet, so dass mittlerweile eine unzulässige Aushöhlung des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG droht.

Hierzu gegenläufig ist die Tendenz der Bundesländer im Rahmen der Reform von Gemeindordnungen und Kommunalverfassungen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auf dem Gebiet der Energieversorgung rechtlich zu ermöglichen und zu fördern. Dies ist auch sinnvoll. Die Energiewende als grundlegender Umbau der zur Sicherstellung der Energieversorgung notwendigen Infrastruktur auf regenerative Energieerzeugung ist – stärker als die bisherige konventionelle fossile Energieversorgung – auf dezentrale örtliche Erzeugungskonzepte angewiesen, wie sie durch die Gemeinden, auch unter dem Aspekt von Bürgerbeteiligungskonzepten, geleistet werden können.

Der Trend zur Rekommunalisierung belegt auch ein Bedürfnis der Gemeinden die örtliche Energieversorgung mit zu gestalten. Diesem Bedürfnis sollte nicht mit ständig neuen Einschränkungen durch den Gesetzgeber begegnet werden. Auf Landesebene wurde dies in vielen Bundesländern erkannt und die Position der Gemeinden bei wirtschaftlicher Betätigung in der Energieversorgung gestärkt. Die aktuelle Rechtsprechung zur Konzessionsvergabe steht der Rekommunalisierung dagegen aktuell eher entgegen. Berechtigte Eigeninteressen der Gemeinden und das Recht auf kommunale Selbstverwaltung in Bezug auf Angelegenheiten der örtlichen Energieversorgung werden dabei nicht ausreichend berücksichtigt. Hierdurch werden nicht nur die Selbstverwaltungsrechte der Gemeinden verletzt, sondern auch wertvolles Potential auf Gemeindeebene zur Neugestaltung und Neuausrichtung der deutschen Energiewirtschaft verschenkt.

# Literaturverzeichnis

Bauermeister, Ulrich: Ökonomische und administrative Probleme der kommunalen Konzessionsabgabe, Peter Lang Verlag, Frankfurt/Main 1984 (zitiert als: Bauermeister, Ökonomische und Administrative Probleme der kommunalen Konzessionsabgabe).

Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Hajasch, Lydia: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, Universitätsverlag Potsdam, Potsdam 2012 (zitiert als: Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge).

Becker, Peter/Held, Christian u. a.: Energiewirtschaft im Aufbruch, Festschrift für Wolf Büttner, Fachverlag Deutscher Wirtschaftsdienst, Köln 2001 (zitiert als: Becker/Held, Energiewirtschaft im Aufbruch).

Berlo, Kurt/Murschall, Hartmut: Kommunale Einflußmöglichkeiten auf die Gestaltung der Energieversorgungswirtschaft, Edition Temmen, 2. Auflage, Bremen 1994 (zitiert als: Berlo/Murschall, Kommunale Einflussmöglichkeiten auf die Gestaltung der Energieversorgungswirtschaft).

Blum, Peter/Häusler, Bernd/Meyer, Hubert: Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommunal- und Schulverlag, Wiesbaden 2011, (zitiert als: Blum/Häusler/Meyer, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz).

Blümel, Willi/Forsthoff, Ernst: Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstags von Ernst Forsthoff, Duncker & Humblot, Berlin 2003, (zitiert als: Blümel, Ernst Forsthoff).

Bocklet, Reinhold/Cox, Helmut u. a.: Die Zukunft der Daseinsvorsorge, Schader Kolloquium, Darmstadt 2001 (zitiert als: Bocklet/Cox, Die Zukunft der Daseinsvorsorge).

Britz, Gabriele: Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, Nomos Verlag, Baden-Baden 1994 (zitiert als: Britz, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischen Recht).

Britz, Gabriele/Hellerman, Johannes/Hermes, Georg: Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2008 (zitiert als: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG).

Bucher, Leon: (Re-)Kommunalisierung der Energieversorgung in Deutschland und den USA, Universität Potsdam, Dissertation 2013 (zitiert als: Bucher, (Re-)Kommunalisierung der Energieversorgung in Deutschland und den USA).

Buchmann, Felix: Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009 (zitiert als: Buchmann, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise).

Budäus, Dietrich: Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, Nomos Verlag, Baden-Baden 2006 (zitiert als: Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt).

Büdenbender, Ulrich: Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, Nomos Verlag, Baden-Baden 1995 (zitiert als: Büdenbender, Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft).

Büdenbänder, Ulrich: Schwerpunkte der Energierechtsreform 1998, RWS Verlag, Köln 1999 (zitiert als: Büdenbender, Schwerpunkte der Energierechtsreform 1998).

Cronauge, Ulrich: Das neue Konzessionsabgabenrecht, GEMINI Multimedia Verlag, Essen 1992 (zitiert als: Cronauge, Das neue Konzessionsabgabenrecht).

Danner, Wolfgang/Theobald, Christian: Energierecht Bd. I, Lose Blattsammlung, Stand Mai 2011, Verlag C. H. Beck, München (zitiert als: Danner/Theobald, Energierecht).

Däuper, Olaf: Gaspreisbildung und europäisches Kartellrecht, Verlag C. H. Beck, München 2003 (zitiert als: Däuper, Gaspreisbildung und europäisches Kartellrecht).

Dreier, Horst: Grundgesetz, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2. Auflage 2006 (zitiert als: Dreier, Grundgesetz).

Emmerich, Volker: Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, Athenäum Verlag Frankfurt a. Main, 1970 (zitiert als: Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung).

Forsthoff, Ernst: Die Verwaltung als Leistungsträger, Kohlhammer, Stuttgart Berlin 1938 (zitiert als: Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger).

Franz, Thorsten: Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, Mohr Siebeck, Tübingen 2005 (zitiert als: Franz, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge).

Gröner, Helmut: Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, Baden-Baden 1975 (zitiert als: Gröner, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft).

Hasse, Dirk: Ökonomische Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes dezentraler Technologien, in der Elektrizitätswirtschaft, LiT Verlag, Münster Hamburg 1994 (zitiert als: Hasse, Ökonomische Möglichkeiten dezentraler Technologien in der Elektrizitätswirtschaft).

Hefermehl, Wolfgang/Baumbach, Adolf: Wettbewerbsrecht, Verlag C. H. Beck, München, 20. Auflage 1998 (zitiert als: Hefermehl/Baumbach, Wettbewerbsrecht).

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss, Reclam, Stuttgart 1986 (zitiert als: Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss).

Heilemann, Ullrich/Hillebrand, Bernhard: Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte – Erwartungen und erste Ergebnisse, RWI-Papiere Nr. 73, Essen 2001 (zitiert als: Heilemann/Hillebrand, Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte).



Hellermann, Johannes: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Mohr Siebeck, Tübingen 2000 (zitiert als: Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung).

Hoppe, Werner/Uechtritz, Michael: Handbuch Kommunale Unternehmen, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2. Auflage 2007 (zitiert als: Hoppe/Uechtritz, Handbuch kommunale Unternehmen).

Hösch, Ulrich: Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000 (zitiert als: Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit).

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts Band I, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1987 (zitiert als: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts).

Jaspers, Karl: Die geistige Situation der Zeit, Verlag de Gruyter; Berlin/New York 9. Nachdruck der 5. Auflage von 1932, 1998 (zitiert als: Jaspers, Die geistige Situation der Zeit).

Kahmann, Martin/König, Siegfried: Wettbewerb im liberalisierten Strommarkt, Springer, Berlin/Keidelberg/New York 2001 (zitiert als: Kahmann/König, Wettbewerb im liberalisierten Strommarkt).

Keller-Herder, Laurenz: Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009 (zitiert als: Keller-Herder, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht).

Kermel, Cornelia/Brucker, Guido/Baumann, Toralf: Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, VWEW Energieverlag, Frankfurt am Main 2008 (zitiert als: Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung).

Knauff, Matthias: Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Duncker & Humblot, Berlin 2004 (zitiert als: Knauff, Der Gewährleistungsstaat).

Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Rasbach, Winfried: Energierecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt a. M. 2006 (zitiert als: Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht).

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Verlag C. H. Beck, München, 28. Auflage 2010 (zitiert als: Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb).

Krajewski, Markus: Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Springer Verlag, Berlin 2011.

Krebs, Andrea: Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung, Deutscher Gemeindeverlag, Köln, 1996 (zitiert als: Krebs, Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung).

Kreikenbaum, Dieter: Kommunalisierung und Dezentralisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung, Peter Lang Verlag, Frankfurt/Main 1999 (zitiert als: Kreikenbaum, Kommunalisierung und Dezentralisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung).

Kühling, Jürgen: Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, Verlag C. H. Beck, München 2004 (zitiert als: Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften).

Linnemann, Thomas: Strukturveränderungen im Stadtwerkeumfeld seit dem Jahr 1998, Universität Potsdam, Potsdam/Münster 2010 (zitiert als: Linnemann, Strukturveränderungen im Stadtwerkeumfeld).

Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampff, Alexander: Kartellrecht, Verlag C. H. Beck, München, 2. Auflage 2009 (zitiert als: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff).

v. Mangold, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, Verlag Franz Vahlen, München, 6. Auflage 2010 (zitiert als: v. Mangold/Klein/Starck, GG).

Maunz, Theodor/Dürig, Günter: Grundgesetz, Verlag C. H. Beck, München, lose Blattsammlung Bd. IV, Stand 2011 (zitiert als: Maunz/Dürig, Grundgesetz).

Morell, Klaus-Dieter: Gasgrundversorgungsverordnung (GasGVV), Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2. Auflage 2009 (zitiert als: Morell, Kommentar zur GasGVV).

Müller, Leonhard: Handbuch der Elektrizitätswirtschaft, Springer Verlag, Berlin, 2. Auflage 2000 (zitiert als: Müller, Handbuch der Elektrizitätswirtschaft).

Müller, Georg: Rechtsetzung im Gewährleistungsstaat, in: Geis, Max-Emanuel/Lorenz, Dieter, Staat-Kirche-Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001 (zitiert als: Müller, Rechtsetzung im Gewährleistungsstaat).

Rinne, Alexander: Die Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998 (zitiert als: Rinne, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe).

Säcker, Franz Jürgen: Reform des Energierechts, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2003 (zitiert als: Säcker, Reform des Energierechts).

Säcker, Franz Jürgen: Berliner Kommentar zum Energierecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2. Auflage 2010, (zitiert als: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht).

Scheidemann, Dieter: Der Begriff Daseinsvorsorge, Ursprung, Funktion und Wandlung der Konzeption Ernst Forsthoffs, Hansen-Schmidt Verlag, Göttingen 1991 (zitiert als: Scheidemann, Der Begriff der Daseinsvorsorge).

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel: Grundgesetz, Carl Heymanns Verlag, Berlin/Bonn, 12. Auflage 2011 (zitiert als: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf).

Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian, Recht der Energiewirtschaft, C. H. Beck, München, 2. Auflage 2008, (zitiert als: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft).

Scholtka, Boris: Das Konzessionsabgabenrecht der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1. Auflage 1999 (zitiert als: Scholtka, Das Konzessionsabgabenrecht der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft).

Scholze, Gregor: Die Stellung des Energievertragsrechts im Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, Dissertation, Baden-Baden 2007 (zitiert als: Scholze, Die Stellung des Energievertragsrechts im Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht).

Schuppert, Gunnar Folke: Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Nomos Verlag, Baden-Baden 2005 (zitiert als: Schuppert, Der Gewährleistungsstaat).

Schröder, Rainer: Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Mohr Siebeck, Tübingen 2007 (zitiert als: Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel).

Steckert, Uwe: Kommunalwirtschaft im Wettbewerb – Durch Liberalisierung in die Sinnkrise?, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002 (zitiert als: Steckert, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb).

Stengel, Georg: Die kommunalen Energieversorger Bayerns im liberalisierten Strommarkt, Verlag V. Florentz, München 2001 (zitiert als: Stengel, Die kommunalen Energieversorger Bayerns im liberalisierten Strommarkt).

Stern, Klaus/Burmeister, Joachim: Die kommunalen Sparkassen, Kohlhammer, Stuttgart 1972 (zitiert als: Stern/Burmeister, Die kommunalen Sparkassen).

Tegethoff, Wilm/Büdenbender, Ulrich/Klinger, Heinz: Das Recht der Öffentlichen Energieversorgung, 19. Ergänzungslieferung Juni 2000, Energiewirtschaft und Technik Verlagsgesellschaft mbH, Essen 2000 (zitiert als: Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung).

Templin, Wolf: Recht der Konzessionsverträge, Verlag C. H. Beck, München 2009 (zitiert als: Templin, Recht der Konzessionsverträge).

Theobald, Christian/Nill-Theobald, Christiane: Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, Verlag C. H. Beck, München 2001 (zitiert als: Theobald, Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft).

Trzeciak, Ralph: Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung, Verlag W. Kohlhammer, Würzburg 1990 (zitiert als: Trzeciak, Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung).

Waechter, Kay: Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, Mohr Siebeck, Tübingen 2008 (zitiert als: Waechter, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat).

Walendy, Jörg: Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen, Nomos Verlag, Baden-Baden 2008 (zitiert als: Walendy, Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen).

Zacher, Manfred: Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, Peter Lang Verlag, Frankfurt/Main 1982 (zitiert als: Zacher, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge).

## Aufsätze

Bauer, Hartmut: Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 329.

Bausbach, Winfried: Public Private Partnership im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht, DÖV 2006, S. 901.

Becker, Peter: Reform der Reform – Zur Struktur des EnWG und zu den Anforderungen an eine Novelle, ZNER 1998, 3, S. 51.

Beste, Ralf/Müller, Peter: 100 Prozent Streit, Der SPIEGEL, 2013, Nr. 9, S. 46.

Börner, Achim-Rüdiger: Der Energiemarkt und die geschlossenen Versorgungsgebiete der Strom- und Gaswirtschaft im Übergang zum Wettbewerb, ZöGU Beiheft 20, 1996.

Büdenbender, Ulrich: Durchleitung elektrischer Energie nach der Energierechtsreform, RdE 1999, S. 1.

Clemens, Thomas: Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie, NVwZ 1990, S. 834.

Danner, Wolfgang: Leitungsgebundene Energieversorgung im Spiegel staatlicher Aufsicht, EnWZ 2013, S. 259.

Einhellig, Ludwig/Kohl, Ingmar: Rekommunalisierung in der Energieversorgung: Zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerb, ET 2010, S. 26.

Erman, Rolf: Zur Abwicklung von alten Konzessionsverträgen nach § 13 Abs. 2 EnWG, RdE 2003, S. 171.

Fecht, Thomas/von Leliwa, Alexander: Kooperation von Stadtwerken – Heute noch ein Erfolgsmodell?, IR 2012, S. 257.

Franzius, Claudio: Der Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat, 2003, S. 493.

Galahn, Gunbritt: Die Anschluss- und Versorgungspflicht gemäß § 10 EnWG, RdE 2004, S. 35.

Haellmigk, Christian/Pelka, Sascha: Was ändert sich durch die 8. GWB-Novelle für die Energie-, Wasser- und Fernwärmewirtschaft?, RdE 2013, S. 1.

Haucap, Justus/Coenen, Michael: Wettbewerb und öffentliche Unternehmen in der Finanz- und Wirtschaftskrise, IR 2009, S. 338.

Hellermann, Johannes: Von der allgemeinen Versorgung zur Grundversorgung, IR 2004, S. 266.

Höch, Thomas: Zulässige Auswahlkriterien in Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 46 EnWG, RdE 2013, S. 60.

Hüting, Ralf/Hopp, Wolfgang: Rekommunalisierung der Energieversorgung – kein vergaberechtsfreier Raum!, RdE 2011, S. 255.

Ipsen, Hans Peter: Zur Legalität des Werbefernsehens, NJW 1963, S. 2049.

Kahl, Wolfgang: Konzessionsverträge als klimapolitisches Handlungsinstrument der Gemeinden, RdE 2012, S. 1.

Kersten, Jens: Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff, Der Staat, 2005, S. 543.

Klaue, Siegfried: Wettbewerb und Privatisierung als mögliche Bestimmungsfaktoren zukünftiger Versorgungswirtschaftlicher Rahmenbedingungen, RdE 1994, S. 51.

Kneuper, Friedrich/v. Kahler, Matthias, Bürgerbeteiligung als Geschäftsmodell für Stadtwerke, IR 2012, S. 250.

Köpke, Ralf: Energiewende auf Friesisch, Energie & Management, Sonderdruck vom 15.07.2011.

Kuhnt, Dietmar: Die Versorgung Europas mit sicherer und preisgünstiger Energie, RdE 1994, S. 41.

Lecheler, Helmut: Die Bedeutung des öffentlichen Rechts für das Energierecht, NwwZ 1995, S. 8.

Linkohr, Rolf: Wieviel Liberalisierung verträgt der Energiesektor?, RdE 1995, S. 57.

Markert, Kurt: Die Preishöhenkontrolle der Strom- und Gaspreise nach dem neuen § 29 GWB, ZNER 2007, S. 365.

Markert, Kurt: Die Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts und der zivilrechtlichen Preiskontrolle nach § 307, 315 BGB im Strom- und Gassektor im zweiten Jahrzehnt der Marktliberalisierung, ZNER 2009, S. 193.

Mogwitz, Oliver/Wagner, Alexander: Die gerichtliche Überprüfung von Energiepreisen, RdE 2008, S. 121.

Nagel, Bernhard: Norm und Markt bei den kommunalen Stromversorgern, NvwZ, 2000, S. 758.

- Niehof, Roland: Konzessionsverträge und Vergaberecht, RdE 2011, S. 15.
- Ossenbühl, Fritz: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, Heft 15/16, S. 513 ff.
- Püttner, Günter: Energieversorgung als kommunale Aufgabe, RdE 1992, S. 92.
- Püttner, Günter: Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung, DÖV 1990, S. 461.
- Riedel, Christophers: Die Entwicklung des Energierechtes seit der Liberalisierung des Energiemarktes, \*studere Nr. 9, 2012, S. 51.
- Rodi, Michael: Kommunale Handlungsmöglichkeiten in der Energie- und Klimaschutzpolitik, IR 2012, S. 242.
- Säcker, Franz Jürgen/Dörmer, Thomas: Übergang der Energieversorgungsverträge auf den neuen Verteilnetzbetreiber bei Auslaufen des alten Konzessionsvertrages, RdE 2002, S. 161.
- Schau, Götz-Friedrich: Die wettbewerbliche Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, RdE 2011, S. 1.
- Schlack, Ulrich: Energiearmut – Herausforderung in Zeiten der Energiewende, EnWZ 2013, S. 27.
- Schuppert, Gunnar Folke: Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 761.
- Tettinger, Peter: Freie Berufe und Kammerrechte im Wandel der Staatsaufgaben, DÖV 2000, S. 534.
- Ungemach, Manfred/Weber, Thomas: Verfahrensfragen des Netzzugangs bei Elektrizität und Gas, RdE 1999, S. 11.
- Weight, Norbert: Die Position der kommunalen Energieversorger zum Wettbewerb, RdE 1994, S. 209.
- Weigt, Norbert: Stromtarife, Preisaufsicht und Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt, RdE 1993, S. 1.



Welge, Axel: Die Novelle des Energiewirtschaftsrechts aus Sicht der Städte, IR 2004, S. 103.

Wolf, Thomas: Zur Billigkeitskontrolle genehmigter Netznutzungsentgelte, RdE 2012, S. 382.

Wübbels, Michael/Praetorius, Barbara: Daseinsvorsorge durch die kommunale Energiewirtschaft, IR 2009, S. 122.

Wuermeling, Joachim: Rahmenbedingungen für marktgerechte Strompreise, RdE 2007, S. 33.

Zimmermann, Felix: Die Rolle der kommunalen Unternehmen in der Energieversorgung, RdE 1994, S. 47.

## Sonstiges

ARE/DVG/VKU/VDEW: Sichere Stromversorgung und kostengerechte Strompreise, Stellungnahme der Elektrizitätswirtschaft gegen die Auflösung der Versorgungsgebiete durch Zwangsdurchleitungen oder Wegfall der Gebietsabgrenzungsverträge, 1979.

Bundesnetzagentur: Monitoringbericht 2011, Bonn 2011.

Bundesnetzagentur: Monitoringbericht 2012, Bonn, 3. Auflage, Stand 05.03.2013.

Bundesnetzagentur: Jahresbericht 2012, Bonn 2013.

Musterkonzessionsvertrag Baden-Württemberg vom 22.02.2006, VersW 10/2007, S. 239.

Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur: Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15.12.2010, abgedruckt in ZNER 2011, S. 153 ff.

Bundestag-Drucksache, 17/6072, 06.06.2011.

Windcomm, Leitfaden Bürgerwindpark, Husum 2012, 3. Auflage.





Die Arbeit befasst sich zunächst mit der Analyse und Einordnung des von Ernst Forsthoff geprägten Begriffs der Daseinsvorsorge und ihrer Erbringung durch den Staat. Schwerpunkt der Betrachtung bildet dabei die Energieversorgung als klassische Aufgabe staatlicher Daseinsvorsorge.

Untersucht wird weiterhin wird der durch die Liberalisierung der Energieversorgung im Jahr 1998 eingeleitete Wandel von sog. natürlichen Monopolen, hin zu einem wettbewerblichen System. Dabei wird aufgezeigt, dass sich durch die Einführung des Wettbewerbs weder die damit erhofften Kostenreduzierungen, noch das von Kritikern befürchtete Sterben der kommunalen Energieversorger bewahrheitet haben. Statt einer freien Preisbildung im Wettbewerb ist es zu einer faktischen Verlagerung der früher staatlich kontrollierten Energielieferpreise auf die Gerichte gekommen, die hierfür jedoch nicht ausgelegt sind. Kommunale Stadtwerke haben sich in der wettbewerblichen Energieversorgung entgegen anderslautender Befürchtungen so gut behauptet, dass seit einiger Zeit ein Trend zur Rekommunalisierung von Energieversorgung auf kommunaler Ebene zu verzeichnen ist. Diesem offensichtlichen Wunsch nach einer gesteigerten Einflussnahme der Gemeinden auf die örtliche Energieversorgung läuft jedoch der aktuelle Rechtsrahmen der energierechtlichen Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG und seiner Auslegung durch die Rechtsprechung der Zivilgerichte zuwider. Der kommunale Einfluss auf die örtliche Energieversorgung wurde seit Beginn der Liberalisierung schrittweise und stetig beschnitten, so dass gegenwärtig ein Zustand der Aushöhlung erreicht ist, der als unzulässiger Eingriff in den geschützten Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie i.S.d. Art. 28 II GG angesehen werden muss.

Der Autor ist Rechtsanwalt mit langjähriger Beratungs- und Prozessenerfahrung im Bereich der kommunalen Energieversorgung.

# KWI

Kommunalwissenschaftliches Institut

SSN 1439-8907  
SBN 978-3-86956-314-5



7 8 3 8 6 9 | 5 6 3 1 4 5

