

## Beiträge

### Unbundlingregulierung nach dem Konzernjuristen-Urteil des VG Köln vom 14.11.2007

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE),  
Dr. Margret Schellberg und Kristin Spiekermann, Bonn\*

*Die Einrichtung von „shared services“ ist ein unternehmensorganisatorisches Mittel, um Aufgaben, Funktionen oder Tätigkeiten, die bislang an mehreren Stellen im Unternehmen ausgeführt wurden, an einer zentralen Stelle zu bündeln. Meistens handelt es sich um dienstleistende Funktionen, die für verschiedene Bereiche des Unternehmens erbracht werden. Diese nehmen die „shared-service“-Einheiten in Anspruch und schaffen hierüber Synergien. Nicht zuletzt aufgrund einer anteiligen Kostentragung für den „shared service“ wird ein besonderer Anreiz für derartige organisatorische Strukturen in einem Unternehmen geschaffen. Diese unternehmerischen Bündelungsinteressen laufen gelegentlich regulatorischen Zielen zuwider. So auch im Eisenbahnregulierungsrecht: Die Unbundlingregulierung des Eisenbahnrechts spricht zwar nicht im Grundsatz gegen die Einrichtung von „shared services“, allerdings schränkt sie gewisse Konstellationen ein, wie das VG Köln in seiner Entscheidung vom 14.11.2007 verdeutlicht. Vor dem Hintergrund dieses Urteils soll der Frage nachgegangen werden, wann ein Verstoß gegen § 9a I 2 Nr. 3 AEG vorliegt, wenn ein „shared service“ bei dem Entscheidungsprozess beteiligt ist.*

#### I. Regelung von „shared services“ im AEG

Das AEG selbst trifft keine Aussage zur Zulässigkeit von „shared services“. Das Gesetz verzichtet auch darauf, eine umfassende personelle Trennung zwischen dem Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem Schienenwegeinfrastrukturunternehmen zu normieren. Ausnahmen hiervon betreffen nur die Besetzung des Aufsichtsrats gem. § 9a I 2 Nr. 6 AEG und bestimmte diskriminierungsrelevante Entscheidungen des Kernschienenwegeschäfts gem. § 9a I 2 Nr. 3 AEG. Anders als z.B. im EnWG sind das Leitungspersonal und Personen mit Letztentscheidungsbefugnissen bezüglich netzbetrieblicher Fragen also nicht zwingend organisatorisch einer eigenen Netzgesellschaft zuzuordnen. Damit bestimmt § 9a AEG maßgeblich den zulässigen Umfang der Aufrechterhaltung von Querschnittsabteilungen, die sowohl vom Schienennetzbetreiber als auch von dem Bereich „Eisenbahnverkehr“ genutzt werden können. Solange die Aufgabenfelder nicht von den speziellen Vorgaben des § 9a I 2 Nr. 3, 6 AEG umfasst sind, spricht nichts gegen die Möglichkeit, Abteilungen mit Querschnittsfunktionen einzusetzen<sup>1</sup>.

#### II. Besonderheit: „shared services“ im diskriminierungsrelevanten Bereich

Die Zulässigkeit von „shared services“ ist bei den als diskriminierungsrelevant einzustufenden Schienenwege-

zugangsentscheidungen gesetzlich eingeschränkt. Denn hier enthält das Gesetz konkrete Vorgaben, wie die Entscheidungen zu treffen sind: § 9a I 2 Nr. 3 AEG gibt vor, dass Entscheidungen über den Netzfahrplan, die sonstige Zuweisung von Zugtrassen und die Entscheidungen über die Weegeentgelte nur von demjenigen Personal des Betreibers der Schienenwege zu treffen sind, das keine Funktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder mit diesen verbundenen Unternehmen ausübt. Damit wird für die Entscheidung in diesen drei Fällen eine Personengruppe gänzlich ausgeschlossen, nämlich diese, die zugleich Funktionen im Eisenbahnverkehrsunternehmen oder einem verbundenen Unternehmen ausübt. Darunter sind grundsätzlich auch solche Einheiten zu fassen, die bei ebendiesen Organisationseinheiten Querschnittsfunktionen erbringen. Der Einsatz von „shared services“ im diskriminierungsrelevanten Bereich des AEG ist damit nicht zulässig. Umstritten ist jedoch, was genau unter diesen gesetzlich definierten diskriminierungsrelevanten Bereich fällt. Neben dem Merkmal der „Funktion“ (1.) ist der Begriff „Entscheidung“ (2.) von Bedeutung.

#### 1. Funktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder verbundenen Unternehmen

Das EnWG differenziert zwischen „Personen, die mit Leitungsaufgaben für den Netzbetreiber betraut sind oder die Befugnis zur Letztentscheidung besitzen“ (§ 8 II Nr. 1 EnWG) und solchen „Personen, die sonstige Tätigkeiten des Netzbetriebs ausüben“ (§ 8 II Nr. 2 EnWG). Auch das AEG nimmt eine Differenzierung vor: Es legt in § 9a I Nr. 6 die getrennte Besetzung der Aufsichtsräte fest<sup>2</sup>. Damit ist für diesen Personenkreis eine Sonderregelung getroffen worden. Für alle anderen Personen, die zum Personal des Schienenwegebetreibers gehören, gilt dann § 9a I Nr. 3 AEG, wenn sie eine ent-

\* Der Autor Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, die Autorinnen Schellberg und Spiekermann sind ebendort Mitarbeiterinnen.

- 1 Von einem generellen Verbot von „shared services“ kann also nicht die Rede sein. Diese Sorge hat wohl der DB Konzern im Verfahren zum Ausdruck gebracht, vgl. *VG Köln*, Urt. v. 14.11.2007, Rdnr. 92 des Entscheidungsumdrucks, red. Leit-satz in IR 2008, 18.
- 2 Vgl. dazu *Koenig/Spiekermann/Schellberg*, *Energierechtliche Entflechtungsvorgaben versus gesellschaftsrechtliche Kontrollkompetenzen*, RdE 2007, 72 ff.

#### Wie kann ich alle nachfolgenden Entscheidungen und Dokumente der IR abrufen?

- Unter [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) gelangt man auf die Homepage der IR
- Links unten befindet sich der **LOGIN-Bereich**: Einfach Benutzername und Passwort in das entsprechende Feld eintragen
- In das Suchfeld (GO-Suche) wird das Wort „**becklink**“ und die sog. sechsstellige „**becklink-Nummer**“ eingegeben; diese Nummer befindet sich am Ende eines Beitrages oder einer Urteilsbesprechung in der jeweiligen Ausgabe der IR
- Der gesamte Inhalt der IR steht nun exklusiv zur Verfügung: sämtliche zitierte Entscheidungen und Dokumente können nun im Volltext ausgedruckt werden

scheidungsrelevante Position innehaben: Sie dürfen keine andere Funktion im Eisenbahnverkehrsunternehmen oder in verbundenen Unternehmen ausüben. Teilweise wird vertreten, der Begriff „Funktion“ sei aufgrund von Verhältnismäßigkeitserwägungen eng auszulegen<sup>3</sup>. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Auslegung des Begriffs „Funktion“ gesetzeskonform erfolgen muss. Ziel des AEG ist es, Einflussnahmen auf die Entscheidung des Schienenwegebetreibers zu verhindern. Dies ergibt sich aus der Zielformulierung des § 9a I 1 AEG und aus § 9a I 2 Nr. 5 AEG. Diesem Ziel widerspräche es, bereits bei der Funktion im Eisenbahnverkehrsunternehmen eine enge Auslegung zu wählen, sodass beispielsweise untergeordnete Tätigkeiten nicht unter die Ausübung einer „Funktion“ im Eisenbahnverkehrsunternehmen zu fassen wären. Die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht auch dann. Außerdem gibt der Wortlaut der Norm keine Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff „Funktion“ eng auszulegen wäre. Vielmehr spricht der Wortlaut, der den Begriff „Funktion“ in keiner Weise einschränkt, gegen eine enge Auslegung des Begriffs etwa im Sinne einer „Leitungsfunktion“. Hätte der Gesetzgeber des AEG dies zum Ausdruck bringen wollen, hätte er die deutlichere Begrifflichkeit des EnWG „Personen mit Leitungsaufgaben“ gem. § 8 II Nr. 1 EnWG gewählt.

## 2. Begriff der Entscheidung

Der Begriff der „Entscheidung“ i.S.d. § 9a AEG ist unter verschiedenen Aspekten zu beleuchten. Zum einen ist die „Entscheidung“ vor dem Hintergrund eines zeitlichen Aspekts (a.) auszulegen. Hierfür ist relevant, in welchem Stadium eines Entscheidungsfindungsprozesses für das Ergebnis relevante (Vor-)Entscheidungen getroffen werden (z.B. im Rahmen von Vorarbeiten, der eigentlichen Entscheidungsfindung, der Verteidigung der Entscheidung etc.). Des Weiteren ist ein personeller Aspekt (b.) einzubeziehen. In diesem Kontext kommt es darauf an, welche Person die Entscheidung trifft (z.B., ob es sich um eine Person mit Letztentscheidungsbeugnissen handelt oder nicht). Zuletzt ist der inhaltliche Aspekt (c.) bedeutend. Denn der Begriff Entscheidung kann sowohl das formelle Zeichnungsrecht („ja - nein“) als auch eine inhaltliche Entscheidung bedeuten.

a. „Zeitliche Dimension“. Wie § 9a I 2 Nr. 3 AEG vorgibt, dürfen bestimmte Entscheidungen nur durch Personal des Schienenwegebetreibers getroffen werden. Fraglich ist nun, wie die zeitliche Ausschlusswirkung des Begriffs „Entscheidung“ zu definieren ist.

Ein Entscheidungsprozess kann in drei Zeitabschnitte aufgeteilt werden: Er besteht regelmäßig aus einer Entscheidungsvorbereitung, die auch die Beratung über die verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten beinhaltet, einer finalen Entscheidungsbildung und unter Umständen aus einer Verteidigung der Entscheidung vor den entsprechenden Institutionen bzw. unternehmensinternen Gremien. § 9a I 2 Nr. 3 AEG selbst gibt nicht vor, welche Zeitabschnitte des Prozesses der Begriff „Entscheidung“ i.S.d. § 9a I 2 Nr. 3 AEG abdeckt. Die Richtlinie 2001/12/EG gibt allerdings einen Hinweis darauf, was darunter im Einzelnen zu verstehen sein könnte. In Art. 1 Nr. 7 i.V.m. Anhang II werden die Funktionen genannt, die für einen diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur wesentlich sind. Aufgezählt sind „Vorarbeiten und Entscheidungen über die Zulassung von Eisenbahnunternehmen“, „Entscheidungen über Trassenzuweisungen, einschließlich der Bestimmung und Beurteilung der Verfügbarkeit und der Zuweisung von einzelnen Trassen“ und „Entscheidungen über Wegeentgelte“. Aus dieser Aufzählung ergibt sich, dass nach der europäischen Vorgabe im Hinblick auf die Entscheidung über die Zulassung von Eisenbahnunternehmen auch die Arbeiten im Vorfeld der endgültigen Entscheidung als diskriminierungsrelevant eingestuft werden. Hier wäre also die Beteiligung eines „shared service“ schon von der europarechtlichen Wurzel her auszuschließen.

Für die Trassenzuweisungen ergibt sich ein ähnlicher Hinweis: Durch den zweiten Spiegelstrich des Anhangs II wird deutlich, dass die Entscheidung „einschließlich“ der Vorarbeiten gemeint ist. Die Vorarbeiten werden damit in zeitlicher Hinsicht dem Entscheidungsprozess zugeordnet. Hieraus könnte also der Schluss gezogen werden, der europäische Gesetzgeber lege ein weites Verständnis des Begriffs „Entscheidung“ zugrunde.

Dafür, dass jedenfalls der deutsche Gesetzgeber ein weites Verständnis zugrunde legt, spricht, dass sich in der Gesetzesbegründung ein Hinweis darauf findet, dass interne Regelungen zur Absicherung der Unabhängigkeit auch in der Entscheidungsvorbereitung zu schaffen seien<sup>4</sup>. Die Gesetzesbegründung deutet darauf hin, dass sich die unternehmensinternen Regelungen des § 9a I 2 Nr. 5 AEG auch auf die Entscheidungsvorbereitung beziehen sollen. Dieser gesetzgeberische Wille kann bei der Auslegung des § 9a I 2 Nr. 3 AEG nicht vernachlässigt werden. Die unternehmensinternen Regelungen sind nicht als ein von § 9a I 2 Nr. 3 AEG losgelöstes Instrument zu betrachten, vielmehr greifen beide Vorgaben ineinander<sup>5</sup>. Denn die unternehmensinternen Regelungen des § 9a I 2 Nr. 5 AEG sichern die Pflichten des Unbundling auf der operativen Ebene im Unternehmen ab und „verhindern die Einflussnahme“. Ziel des deutschen Gesetzgebers war es also letztlich, jedwede Einflussnahme auf eine Entscheidungsfindung auch schon in der Vorbereitung zu unterbinden. Das Zusammenspiel zwischen § 9a I 2 Nr. 3 AEG und § 9a I 2 Nr. 5 AEG macht dies unter Zuhilfenahme der Anhaltspunkte aus

<sup>3</sup> Gerstner, in: *Hermes/Sellner*, Beck'scher AEG Kommentar, 1. Aufl. 2006, § 9a Rdnr. 35.

<sup>4</sup> BT-Dr 15/3280, S. 16.

<sup>5</sup> Das *VG Köln*, Urt. v. 14.11.2007, Rdnr. 67, hält den Hinweis in der Gesetzesbegründung für einen Hinweis auf ein eigenständiges Mittel, um die Unabhängigkeit zu gewährleisten. Vgl. zu den unternehmensinternen Regelungen *Koenig/Spiekermann/Schellberg*, Die unternehmensinternen Unbundling-Regelungen öffentlicher Eisenbahnen gem. § 9a I 2 Nr. 5 AEG, in: IR 2007 S. 53 ff.

der Gesetzesbegründung deutlich<sup>6</sup>. Dies ist auch ein grundsätzlicher Gedanke, der in der Rechtsordnung bei der „Eindämmung von Beeinflussungsgefahren“ allgemein gilt. Wenn z.B. die Mitwirkung Befangener bei der Entscheidungsfindung innerhalb eines Gremiums unterbunden werden soll, so wird in aller Regel auch bereits die vorbereitende Beratung zu den möglicherweise unterschiedlichen Entscheidungsmöglichkeiten untersagt<sup>7</sup>. Dieser Gedanke lässt sich auch auf die Mitwirkung bei der Beratung und Vorbereitung einer Entscheidung im Eisenbahnrecht übertragen. Denn das Unbundling des AEG will ebenso wie das zitierte Gemeinderecht jede Art von Mitwirkung eines „Befangenen“ bei einer diskriminierungsrelevanten Entscheidung verhindern. Die Verteidigung der getroffenen Entscheidung hingegen betrifft zwar die Entscheidung nach der obigen Definition noch in zeitlicher Hinsicht, führt aber nicht zwingend zu einer Änderung der bereits getroffenen Entscheidung, sodass eine Beeinflussungsgefahr angezweifelt werden könnte. Diese wird aber im Bereich des § 14d AEG in aller Regel gegeben sein; denn gerade in dem Bereich der Ex-ante-Überprüfungen werden seitens des Regulierers von den Schienennetzbetreibern zunächst Änderungen verlangt, über die Juristen, hier der „shared service“, typischerweise verhandeln. Auf diese Weise kann trotz einer im Vorfeld getroffenen Entscheidung, die hier verteidigt wird, eine weitere Entscheidung beeinflusst werden.

b. „Personelle Dimension“. Nicht nur die zeitliche Dimension ist bedeutsam für die Auslegung des Begriffs der Entscheidung. Eng verknüpft hiermit ist auch die personelle Dimension der Entscheidung. Im Hinblick auf die relevanten Entscheidungsträger ist damit ebenso von Bedeutung, ob mit Entscheidung i.S.d. § 9a I 2 Nr. 3 AEG nur die Letztentscheidung gemeint ist, die personell von entsprechend befugten Personen getroffen wird. Insofern könnte eine Parallele zu § 8 II EnWG gezogen werden, der „Personen, die die Befugnis zur Letztentscheidung besitzen“ nennt. Letztentscheidungen in diesem Sinne sind finale Entscheidungen leitender Personen über den diskriminierungsrelevanten Sachverhalt. Dies wird regelmäßig die Geschäftsführung bzw. der Vorstand sein. Anhaltspunkte dafür, dass im AEG diese durch „besonderes Personal“ zu treffende Letztentscheidung gemeint sein könnte, ergeben sich aus dem Gesetzestext selbst nicht. Im Gegenteil ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass sogar eine „Mitentscheidung“ von Personen, die in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder verbundenen Unternehmen Funktionen ausüben, verboten ist<sup>8</sup>. „Mitentscheidung“ spricht im Gegensatz zur Regelung im EnWG für ein personell und qualitativ weites Verständnis der „Entscheidung“. Obwohl also EnWG und AEG etwa zur gleichen Zeit erarbeitet wurden, entschied sich der Gesetzgeber im Eisenbahnrecht für eine personell weiter ausgerichtete Intensität des organisatorischen Unbundlings. Dies ist auch vor dem Hintergrund der gewählten Rechtsform überzeugend. Der Bundestag entschied sich für ein Holdingmodell und hat dabei der Gefahr Rechnung getragen, dass es zu „personellen Verflechtungen“ kommen könnte. Entsprechend war eine starke Unbundling-Regulierung von Nö-

ten, nicht zuletzt um die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts einzuhalten.

c. „Inhaltliche Dimension“. Zuletzt gibt es eine dritte Dimension des Begriffs „Entscheidung“, mit der es sich auseinanderzusetzen gilt, nämlich die „inhaltliche Dimension“. Hierbei muss der Frage nachgegangen werden, ob es sich bei der Entscheidung i.S.d. § 9a I 2 Nr. 3 AEG um die Ausübung eines bloßen Zeichnungsrechts handelt oder um eine tatsächliche inhaltliche Beteiligung an der Entscheidung. Zu Recht hat das *VG Köln* entschieden, dass eine inhaltliche Beteiligung an der Entscheidungsfindung maßgeblich ist<sup>9</sup>. Das Gericht geht hierbei davon aus, dass die Entscheidungsunabhängigkeit ein inhaltliches Ziel ist; ein formales Zeichnungsrecht mitzuerfassen werde dem nicht gerecht. Das Gericht weist diesbezüglich auf Art. 6 III 2 der Richtlinie 91/440/EWG i.d.F. der Richtlinie 2001/12/EG hin, der besagt, dass abgesehen von den Organisationsstrukturen auch der Nachweis erbracht werden müsse, dass das Ziel (Unabhängigkeit in der Entscheidung) erreicht worden sei. Handelte es sich bei der Entscheidung nur um die Ausübung eines formalen Zeichnungsrechts, dann wäre dies jedoch nicht notwendig. Zudem ist auch hinsichtlich der inhaltlichen Dimension auf die Begründung des Gesetzgebers hinzuweisen, dem es bei § 9a I 2 Nr. 3 AEG auf die Schaffung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs ankam, nicht lediglich auf die formale – aber inhaltlich leere – Erfüllung der europäischen Vorgaben. Juristische Beratung – auch und gerade bei der Vorgabe von verschiedenen Entscheidungskorridoren<sup>10</sup> – ist eine Form der inhaltlichen Einflussnahmemöglichkeit auf die Entscheidung und wird daher von der Norm erfasst.

### III. Fazit

Das *VG Köln* hat mit seiner Entscheidung in die richtige Richtung gewiesen. Indem „jede maßgebliche inhaltliche Beteiligung an der Entscheidung“ unter § 9a I 2 Nr. 3 AEG gefasst wird, kann eine Beeinflussung durch die Beratung in den einzelnen Entscheidungsprozessen verhindert werden. Denn: Dass juristische Beratung eine Form der Einflussnahme darstellen kann, dürfte unstrittig sein. Gerade komplexe Rechtsfragen, wie sie sich im Eisenbahnrecht stellen, lassen einen immensen Spielraum für interessengesteuerte Bewertungen und sind damit ein „Einfallstor“ für Beeinflussungen. Und dass der Tatbestand des § 9a I 2 Nr. 3 AEG bei der Beratung des Schienenwegebetreibers durch Konzernjuristen – selbst bei einer engeren als der hier vertretenen Auffassung – erfüllt sein dürfte, ist wohl kaum abzustreiten.

6 Das *VG Köln*, Ur. v. 14.11.2007, red. Leitsatz in IR 2008, 18, vertritt eine andere Auffassung. Dem zustimmend *Eder*, IR 2008, S. 18 f.

7 S. zum Gemeinderecht § 31 GO NRW *OVG Münster*, Ur. v. 17.12.1976 – XV A 1584/74, Rdnr. 40.

8 S. *VG Köln*, Ur. v. 14.11.2007, Rn. 68, mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung. Zustimmend auch insoweit *Eder*, IR 2008, S. 18 f.

9 *VG Köln*, Ur. v. 14.11.2007, Rdnr. 71 f.

10 Vgl. dazu die Argumentation des *VG Köln*, Ur. v. 14.11.2007, Rdnr. 76.

Dass die Entscheidung des *VG Köln* dem gesellschaftsrechtlichen Verständnis und den Bündelungsinteressen eines Unternehmens entgegensteht, ist nachvollziehbar. Für die Etablierung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Eisenbahnsektor ist es jedenfalls unumgänglich, diese Interessen hintanzustellen, besonders, wenn dies mit geringem Aufwand organisatorisch möglich ist<sup>11</sup>.

## Der gesetzliche Überlassungsanspruch des § 46 II 2 EnWG – Ein Lehrstück für die Methodik juristischer Auslegung

Professor Jürgen Kühling, LL.M. und Wiss. Mit. Guido Hermeier, Regensburg\*

*Das Wegenutzungsrecht ist notwendige Bedingung für den Betrieb eines lokalen Energieverteilnetzes. Wechselt der Konzessionär, stellt sich die Folgefrage, was mit dem bestehenden Netz passiert. § 46 II 2 EnWG verpflichtet den bisherigen Konzessionsnehmer, „seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen“. Der Inhalt dieses Anspruchs ist jedoch umstritten: Soll insoweit nur ein Austausch des Netzbetreibers oder darüber hinaus ein Wechsel des Netzeigentums erfolgen? Dabei hat die Auslegung dieser Norm erhebliche Bedeutung für die Frage, in welchem Umfang überhaupt ein Wettbewerb um das Wegenutzungsrecht und damit auch um das Netz möglich wird. Daher überrascht es, dass teleologische Erwägungen in der bisherigen uneinheitlichen Rechtsprechung zu diesem Problem keine Rolle gespielt haben. Das ist umso erstaunlicher, als die Wortlautauslegung und die genetische Interpretation keine Klarheit bringen. Der folgende Beitrag befasst sich kritisch mit den bisherigen Urteilen und legt dar, dass eine umfassende Auslegung deutlich für die Annahme eines Eigentumsüberlassungsanspruchs spricht.*

### I. Wettbewerb um Energieverteilnetze? – Einführung

Der Betreiber des örtlichen Versorgungsnetzes besitzt über einen Konzessionsvertrag ein – aufgrund des natürlichen Monopolcharakters des Verteilnetzes faktisch exklusives – Nutzungsrecht an den öffentlichen Verkehrswegen zur Verlegung und zum Betrieb der Leitungen des Versorgungsnetzes. § 46 II 1 EnWG beschränkt die Dauer eines solchen Konzessionsvertrags auf eine Höchstdauer von 20 Jahren. Gem. § 46 III 1 EnWG ist spätestens zwei Jahre vor Ablauf des Vertrages dieser im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen<sup>1</sup>. Soweit im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Ver-

sorgungsnetz angeschlossen sind, muss zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union eine Bekanntmachung erfolgen, § 46 III 2 EnWG. Eine Bekanntmachungspflicht gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Gemeinde den Konzessionsvertrag noch vor Ablauf der Vertragslaufzeit verlängern will. Sie hat in diesem Fall gem. § 46 III 3 EnWG zunächst die bestehenden Verträge zu beenden und dann sowohl die Tatsache der vorzeitigen Beendigung als auch den Zeitpunkt des Vertragsendes öffentlich bekannt zu geben. Der Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags mit dem bisherigen oder ggf. auch einem anderen Konzessionär darf frühestens drei Monate nach Bekanntgabe der vorzeitigen Vertragsbeendigung erfolgen<sup>2</sup>.

Durch die Bekanntgabe des Vertragsendes erhalten Interessenten die Möglichkeit, der Gemeinde ein Angebot zum Abschluss des Konzessionsvertrages zu unterbreiten. Die Gemeinde prüft folglich im Rahmen eines Auswahlverfahrens, ob sie das auf das gesamte Gemeindegebiet bezogene Wegenutzungsrecht weiterhin dem bisherigen Konzessionsnehmer verleiht oder aber einen Wechsel des Konzessionsnehmers vornimmt. Auf diesem Wege entwickelt sich ein Wettbewerb um das auf das gesamte Gemeindegebiet bezogene Wegenutzungsrecht.

Wird im Zuge des sich anschließenden Auswahlverfahrens der bisherige Konzessionsvertrag nicht verlängert, verliert der Alt-Konzessionär sein vertraglich eingeräumtes Recht zur Benutzung der öffentlichen Verkehrswege zum Zweck der Verlegung und des Betriebs von Leitungen eines zur allgemeinen Versorgung dienenden Leitungsnetzes. Es ist ihm damit rechtlich unmöglich, sein Versorgungsnetz weiterhin zu betreiben. Dieses Wegenutzungsrecht wird vielmehr nach Abschluss eines entsprechenden Konzessionsvertrags dem Neu-Konzessionär eingeräumt. Jenem fehlt es jedoch in der Regel an der notwendigen Leitungsinfrastruktur, da diese im Eigentum des Alt-Konzessionärs steht. Um eine wirtschaftlich und ökologisch nicht sinnvolle Duplizierung der Leitungsinfrastruktur zu vermeiden, normiert § 46 II 2 EnWG folgenden Anspruch des Neu-Konzessionärs gegen den Alt-Konzessionär: „Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen“. Damit führt der in § 46 II EnWG angelegte Wettbewerb um das auf das gesamte Gemeindegebiet bezogene Wegenutzungsrecht automatisch zu einem „Wettbewerb um den Betrieb der Energieverteilnetze“. Über den „Umweg“ des Konzessionsvertrags bietet sich den Gemeinden damit zumindest alle 20 Jahre die Möglichkeit, den örtlichen Netzbetreiber „auszutauschen“ und so einen punktuellen „Wettbewerb um das Netz“ zu schaffen<sup>3</sup>.

Im Zentrum des Streits um den Inhalt des Überlassungsanspruchs steht die Frage, ob sich der Wettbewerb um das Netz auf einen Wettbewerb um den Netzbetrieb be-

<sup>11</sup> S. insoweit auch die Empfehlungen des Gerichts, Rdnr. 90 ff. des Entscheidungsumdrucks.