

**RECHTLICHER LEITFADEN  
FÜR DAS BEKANNTMACHUNGS- UND AUSWAHLVERFAHREN ZUM  
ABSCHLUSS VON STROM- UND GASKONZESSIONSVERTRÄGEN**

**im Auftrag der**

Stadt Hennigsdorf, Rathausplatz 1, 16761 Hennigsdorf

**erstellt durch**

Rechtsanwalt Dr. Christian Theobald, Mag. rer. publ.  
Rechtsanwalt Holger Hoch

**von**

**BBH**  
*Becker Büttner Held*

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin  
Tel. 030 / 611 28 40-10  
Fax 030 / 611 28 40-99  
E-mail: holger.hoch@bbh-online.de  
www.bbh-online.de

Dieses Gutachten wurde auf der Grundlage des zwischen dem Auftraggeber und BBH bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist *ausschließlich* für den internen Gebrauch des Auftraggebers bestimmt. Eine Weitergabe des Gutachtens an Dritte oder eine – auch auszugsweise – Veröffentlichung, bedarf der vorherigen, schriftlichen Zustimmung von BBH. Für den Fall der Weitergabe wird darauf hingewiesen, dass die Haftungsbeschränkung des Mandatsvertrages auch gegenüber jedem Dritten gilt, dem das Gutachten zugänglich gemacht wird, und dass § 334 BGB anwendbar ist.

## Inhaltsverzeichnis

<b>TEIL 1</b>	<b>SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG</b>	<b>4</b>
<b>TEIL 2</b>	<b>DURCHFÜHRUNG DES BEKANNTMACHUNGS- UND AUSWAHLVERFAHRENS DURCH DIE GEMEINDE</b>	<b>4</b>
<b>A.</b>	<b>Einführung</b>	<b>4</b>
<b>B.</b>	<b>Schritt 1: Bekanntmachung des Konzessionsvertragsendes</b>	<b>4</b>
<b>I.</b>	<b>Bekanntmachung des regulären Konzessionsvertragsendes</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>Bekanntmachung im Rahmen der vorzeitigen Beendigung des Konzessionsvertrages</b>	<b>5</b>
<b>III.</b>	<b>Prüfung der Rechtslage in der Stadt Hennigsdorf</b>	<b>5</b>
	1. Getrennte Bekanntmachung für die Medien Strom und Gas	5
	2. Gemeinsame Bekanntmachung bei Strom für das Kerngebiet der Stadt Hennigsdorf und den Ortsteil Stolpe-Süd?	6
<b>C.</b>	<b>Schritt 2: Durchführung des Auswahlverfahrens</b>	<b>7</b>
<b>I.</b>	<b>Keine Anwendbarkeit des Vergaberechts</b>	<b>7</b>
	1. Kein öffentlicher Auftrag	7
	2. Dienstleistungskonzessionen	8
<b>II.</b>	<b>Anwendbarkeit der Grundregeln des EG-Vertrages, insbesondere des Diskriminierungsverbotes</b>	<b>8</b>
<b>III.</b>	<b>Schlussfolgerungen für den vorliegenden Fall</b>	<b>9</b>
<b>D.</b>	<b>Schritt 3: Entscheidung der Gemeinde anhand objektiver Kriterien und Abschluss des Konzessionsvertrages</b>	<b>11</b>
<b>E.</b>	<b>Schritt 4: Bekanntmachung der Auswahlentscheidung</b>	<b>12</b>
<b>TEIL 3</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>13</b>
<b>TEIL 4</b>	<b>ABLAUFPLAN</b>	<b>13</b>

## **Teil 1 Sachverhalt und Fragestellung**

Die Stromkonzessionsverträge für das Kerngebiet der Stadt Hennigsdorf und den Ortsteil Stolpe-Süd zwischen der Stadt Hennigsdorf (im Folgenden: Stadt) und der E.ON edis AG (vormals MEVAG) laufen zum 30.09.2011 aus. Ferner endet zum 09.12.2011 der Gaskonzessionsvertrag zwischen der Stadt und der Erdgas Mark Brandenburg GmbH (im Folgenden EMB).

Im Folgenden wird zunächst dargestellt, welche gesetzlichen Vorgaben für den Neuabschluss der Konzessionsverträge bestehen, und insbesondere das notwendige Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren erläutert. In Teil 4 enthalten Sie einen Ablaufplan für das weitere Vorgehen.

## **Teil 2 Durchführung des Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens durch die Gemeinde**

### **A. Einführung**

Konzessionsverträge sind Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegehören (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG). Für den Abschluss von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, einschließlich deren (vorzeitigen) Verlängerung, sieht § 46 Abs. 3 EnWG die Durchführung eines Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens durch die Gemeinde vor. Die Gemeinde entscheidet danach mit der Auswahl des neuen Konzessionsnehmers über den Betreiber des örtlichen Verteilnetzes für Strom oder Gas.

Die Gemeinde entscheidet im Rahmen des Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens, welchem Energieversorgungsunternehmen sie das Nutzungsrecht an den öffentlichen Verkehrswegen in ihrem Gemeindegebiet für den Betrieb des örtlichen Strom- oder Gasverteilnetzes durch Abschluss eines Konzessionsvertrages einräumen möchte. Aus § 46 Abs. 3 EnWG ergeben sich im Einzelnen für die Stadt folgende Vorgaben:

### **B. Schritt 1: Bekanntmachung des Konzessionsvertragsendes**

#### **I. Bekanntmachung des regulären Konzessionsvertragsendes**

Die Gemeinde muss das Auslaufen des Konzessionsvertrages **spätestens zwei Jahre vor Ablauf** im Bundesanzeiger oder im Elektronischen Bundesanzeiger bekannt machen, § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG. Das EnWG sagt nicht ausdrücklich, wann die Stadt das Auslaufen ei-

nes Konzessionsvertrages frühestens bekannt machen darf. Die Praxis der Kartellbehörden geht aber dahin, dass die Bekanntmachung **frühestens drei Jahre vor Ablauf** erfolgen darf.

Konzessionsverträge, die ohne Beachtung der Bekanntmachungsverpflichtung geschlossen werden, sind mit dem **Risiko der Nichtigkeit** behaftet. Vor diesem Hintergrund sollten auch die Bewerber um die Konzessionierung um die ordnungsgemäße Einhaltung des Bekanntmachungsverfahrens bemüht sein.

Im Rahmen der Bekanntmachung setzt die Gemeinde in der Regel eine **Interessenbekundungsfrist**. Die Energieversorgungsunternehmen werden in der Bekanntmachung aufgefordert, ihr Interesse an der Konzession zu bekunden, häufig auch innerhalb einer bestimmten Frist, z.B. innerhalb von drei Monaten. Eventuell ist zudem der Hinweis beigefügt, dass die Gemeinde verspätete Interessenbekundungen nicht berücksichtigen wird.

## **II. Bekanntmachung im Rahmen der vorzeitigen Beendigung des Konzessionsvertrages**

Konzessionsverträge können grundsätzlich im Einverständnis beider Vertragsparteien auch vorzeitig beendet werden. In einem solchen Fall sind gemäß § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG die vorzeitige Beendigung des bestehenden Konzessionsvertrags sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. Vertragsabschlüsse dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen, § 46 Abs. 3 Satz 4 EnWG.

## **III. Prüfung der Rechtslage in der Stadt Hennigsdorf**

Der Stromkonzessionsvertrag zwischen der Stadt und der E.ON edis für Kerngebiet der Stadt Hennigsdorf und den eingemeindeten Ortsteil Stolpe-Süd enden beide zum 30.09.2011. Eine Bekanntmachung des Ablaufs hat spätestens zum 30.09.2009 zu erfolgen.

Der Gaskonzessionsvertrag zwischen der Stadt und der EMB für das gesamte Stadtgebiet der Stadt Hennigsdorf endet zum 09.12.2011. Eine Bekanntmachung des Ablaufs hat spätestens zum 09.12.2009 zu erfolgen.

Von den vorgenannten Ablaufdaten ausgehend, ist, da der Termin für die Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG bald erreicht ist, eine reguläre Bekanntmachung der auslaufenden Strom- und Gaskonzessionsverträge anzustreben. Für eine vorzeitige Beendigung der Konzessionsverträge ist überdies kein Erfordernis ersichtlich.

### **1. Getrennte Bekanntmachung für die Medien Strom und Gas**

Die Bekanntmachung für Strom und Gas sollte getrennt erfolgen.

Das Gesetz trifft keine Vorgaben im Hinblick auf die Frage, ob ein integrierter Konzessionsvertrag für die Medien Strom und Gas einheitlich oder für die verschiedenen Medien getrennt bekannt gemacht werden muss. Auch aus dem Sinn und Zweck der Bekanntmachung ergibt sich keine zwingende Einschränkung der Gemeinde in diesem Zusammenhang. Es steht somit im Ermessen der Gemeinde, ob sie eine einheitliche oder getrennte Bekanntmachung mehrerer Konzessionsverhältnisse vornimmt, soweit die übrigen Anforderungen an die Bekanntmachung eingehalten werden.

Vor dem Hintergrund jedoch, dass die Stadt ohnehin getrennt über den Neuabschluss des Strom- und Gaskonzessionsvertrages entscheiden muss, ist es unseres Erachtens sinnvoll, die Bekanntmachung getrennt nach den unterschiedlichen Medien Strom und Gas vorzunehmen. Eine derart nach den Medien getrennte Bekanntmachung ist auch üblich. Dass das Auswahlverfahren einer Gemeinde für ihren Strom- und Gaskonzessionsvertrag grundsätzlich getrennt durchgeführt werden muss, ergibt sich unserer Ansicht nach bereits aus den bereits beschriebenen Pflichten zur diskriminierungsfreien Konzessionsvergabe. Jedenfalls ist es im Sinne einer Nichtdiskriminierung nicht zulässig, die Konzessionsentscheidung hinsichtlich des einen Mediums mit der Konzessionsentscheidung hinsichtlich des anderen Mediums zu begründen.

## **2. Gemeinsame Bekanntmachung bei Strom für das Kerngebiet der Stadt Hennigsdorf und den Ortsteil Stolpe-Süd?**

Grundsätzlich ist zu bemerken, dass das Gesetz keine Vorgaben im Hinblick auf die Frage trifft, ob mehrere auslaufende Konzessionsverträge für ein Gemeindegebiet einheitlich oder getrennt bekanntgemacht werden müssen.

Auch aus dem Sinn und Zweck der Bekanntmachung ergibt sich keine zwingende Einschränkung der Gemeinde in diesem Zusammenhang. Grundsätzlich steht es somit im Ermessen der Gemeinde, ob sie eine einheitliche oder getrennte Bekanntmachung mehrerer auslaufender Konzessionsverträge vornimmt, soweit die übrigen Anforderungen an die Bekanntmachung eingehalten werden. Denn Ziel der Bekanntmachung ist es, einen Wettbewerb um das Netz zu ermöglichen, was mit beiden Bekanntmachungen erreicht wird.

Für eine getrennte Bekanntmachung spricht, dass es sich bei dieser um den „Regelfall“ handelt: Jeder auslaufende Konzessionsvertrag wird bekanntgemacht. Auf diese Weise haben vorliegend der bisherige als auch weitere potentielle Konzessionsnehmer die Möglichkeit, sich nur auf ein Teilgebiet zu bewerben.

Hier liegt aber umgekehrt das Problem: Will die die Stadt Hennigsdorf einen einheitlichen Konzessionsvertrag abschließen, so könnte bei Bewerbungen nur für ein Teilgebiet eine mögliche Auswahlentscheidung für einen Konzessionär für das gesamte Stadtgebiet von

übergangenen Bewerbern (ohne entsprechenden Hinweis auf den Wunsch einer einheitlichen Regelung) insofern als diskriminierend angesehen werden.

Gute Gründe sprechen aus unserer Sicht daher für eine **gemeinsame Bekanntmachung**. Es wird für alle Bewerber transparent gemacht, dass die Stadt lediglich einen Konzessionsvertrag für das gesamte Stadtgebiet abschließen und insofern die konzessionsvertragliche mit der aufgrund der Eingemeindungen bestehenden Gebietssituation harmonisieren will. Hier ist natürlich zu berücksichtigen, dass aufgrund des größeren Netzgebiets die Attraktivität auch für Dritte steigt. Es entspricht im Gegenteil sogar den Anforderungen an ein diskriminierungsfreies Auswahlverfahren (vgl. unten C), wenn die konzessionierende Stadt ihre Absicht, die Konzessionsverträge zusammenzufassen, bereits vorab bekannt macht.

## **C. Schritt 2: Durchführung des Auswahlverfahrens**

Hat nur ein Energieversorgungsunternehmen sein Interesse an der Konzession bekundet, so kann die Stadt mit diesem Unternehmen die Modalitäten des Konzessionsvertrages aushandeln und den Konzessionsvertrag abschließen.

Haben hingegen mehrere Energieversorgungsunternehmen ihr Interesse bekundet, so muss die Stadt ein **diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren** durchführen.

### **I. Keine Anwendbarkeit des Vergaberechts**

Es besteht für die Neukonzessionierung des Strom- und Gasbetriebs keine Ausschreibungspflicht im Sinne des Vergaberechts.

#### **1. Kein öffentlicher Auftrag**

Zwar handelt es sich bei der Stadt. um eine Gebietskörperschaft und damit um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB, der grundsätzlich zur Anwendung des Kartellvergaberechts verpflichtet ist. Jedoch gilt dieses nur für öffentliche Aufträge.

Öffentliche Aufträge sind gemäß § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

Bei einem Konzessionsvertrag im Sinne des § 46 Abs. 1 EnWG handelt es sich jedoch nicht um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB, insbesondere nicht um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB. Einem derartigen Konzessionsvertrag fehlt nämlich das einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts prägende Element einer speziellen Leistungs-/Gegenleistungsbeziehung gemäß § 99 Abs. 1 GWB (Synallagma, nämlich Entgelt gegen Leistung).

Das konzessionierte Unternehmen erbringt zwar mit der „Verlegung und ... [dem] Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet“ (§ 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG) eine Dienstleistung. Jedoch erbringt das Unternehmen diese Leistung nicht gegenüber der konzessionierenden Stadt, sondern gegenüber den Nutzern des Netzes. Mittels des Konzessionsvertrages räumt die Stadt dem Konzessionär vielmehr nur das Recht ein, eben diese Leistungen gegenüber den einzelnen Anschlussnehmern bzw. Netznutzern zu erbringen und sich hinsichtlich des hierfür zu leistenden Entgeltes selbst bei diesen zu befriedigen. Die Stadt verschafft dem Konzessionär nur das Recht bzw. die Möglichkeit, auf diese Weise Gewinne zu erwirtschaften. Eine Ausschreibungspflicht für Wegenutzungsverträge besteht daher auf sekundärrechtlicher Grundlage nicht.

## 2. Dienstleistungskonzessionen

Es scheint sich in diesem Falle eher um eine sog. Dienstleistungskonzession zu handeln.

Auch diese Dienstleistungskonzessionen können nicht in einem vom Gemeinschaftsrecht freien Raum vergeben werden. Nachfolgend ist darzustellen, welche Anforderungen im Einzelnen gelten (vgl. sogleich Teil II.). Sodann sind Folgerungen für den vorliegenden Fall zu ziehen (vgl. hierzu unten Teil III.).

## II. Anwendbarkeit der Grundregeln des EG-Vertrages, insbesondere des Diskriminierungsverbotes

Der EuGH hat ausdrücklich festgestellt, dass Dienstleistungskonzessionen „beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts“ vom Anwendungsbereich der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie ausgenommen sind.<sup>1</sup> Jedoch sind die Grundregeln des EG-Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten<sup>2</sup>. Seit der Verabschiedung der neuen Allgemeinen Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, die bis zum 31.01.2006 umzusetzen war<sup>3</sup> und im Wesentlichen erst zum 01.11.2006 umgesetzt worden ist<sup>4</sup>, liegt auch eine Definition des Begriffes der Dienstleistungskonzession vor. In Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie heißt es:

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745 = NZBau 2001, 148 (151), Rn. 58 – Telaustria (für die Richtlinie 93/38/EWG, die alte Sektorenkoordinierungsrichtlinie); ebenso EuGH, Urt. v. 30.5.2002, Rs. C-358/00 – Buchhändler-Vereinigung.

<sup>2</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 60.

<sup>3</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EG 2004, L 134, S. 114, sowie die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EG Nr. L 134, S. 1.

<sup>4</sup> Dies geschah durch die Dritte Verordnung zur Veränderung der Vergabeverordnung v. 23.10.2006 (BGBl. I 2334).

*„Dienstleistungskonzessionen“ sind Verträge, die von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“*

Art. 17 der Richtlinie 2004/18 hält denn auch explizit fest:

*„Unbeschadet der Bestimmungen des Artikels 3 gilt diese Richtlinie nicht für Dienstleistungskonzessionen nach Art. 1 Abs. 4.“*

In einer Entscheidung vom 21.07.2005 hat der EuGH<sup>5</sup> für einen Vertrag über Dienstleistungen der Verwaltung, des Betriebs und der Wartung der Anlagen eines Methangasnetzes das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession bejaht und die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien verneint.<sup>6</sup> In dieser Entscheidung wies der EuGH ausdrücklich darauf hin, dass bei der Vergabe derartiger Konzessionen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG und die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG zu beachten sind und hieraus die Verpflichtung erwächst, die Dienstleistungskonzession in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben.

### III. Schlussfolgerungen für den vorliegenden Fall

Auch im vorliegenden Falle sind deshalb die europarechtlichen Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz zu beachten. Nach dem **Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit**, insbesondere in den Art. 12, 43, 49 EG-Vertrag, müssen alle Bewerber gleich behandelt werden.<sup>7</sup> Außerdem ist das aus dem Diskriminierungsverbot abgeleitete **Transparenzgebot** zu beachten, damit festgestellt werden kann, ob das Diskriminierungsverbot beachtet worden ist. Deshalb muss zugunsten potentieller Bewerber ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sichergestellt werden, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Verfahren unparteiisch durchgeführt wurden<sup>8</sup>.

Dies bedeutet auch, dass die Stadt z.B. für die Medien Strom und Gas jeweils ein getrenntes Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren durchführen muss. Im Sinne einer Nichtdiskriminierung ist es insofern auch nicht zulässig, die Konzessionsentscheidung hinsichtlich des einen Mediums mit der Konzessionsentscheidung hinsichtlich des anderen Mediums zu begründen. Ansonsten könnten Unternehmen, die z. B. nur eine Sparte bedienen können, von vornherein von einer Konzessionierung ausgeschlossen werden.

Sofern sich auf die auslaufenden Konzessionen neben den bisherigen Konzessionsnehmern weitere Interessenten bewerben, wird die Stadt überdies die bisherigen Konzessionäre (E.ON edis und EMB) um die Übersendung von Netzinformationen bitten müssen. Denn die

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 21.7.2005, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 = NVwZ 2005, 1052 – Coname.

<sup>6</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 16.

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 13.10.2005, NZBau 2005, 644 (648 f.) – Parking Brixen.

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 7.12.2000, NZBau 2001, 148, Rs. C-324/98 – Telaustria.

bewerbenden Unternehmen müssen anhand der zur Verfügung gestellten Informationen die Höhe der wirtschaftlich angemessenen Vergütung und insbesondere die sich aus dem zukünftigen Betrieb des zu übernehmenden örtlichen Netzes zu erzielenden Erlöse einschätzen können. Würde lediglich der bisheriger Konzessionär über diese Informationen verfügen, hätte er einen die Diskriminierungsfreiheit und Transparenz des Auswahlverfahrens ausschließenden Vorteil. Der rechtliche Anspruch der Gemeinde auf Erhalt der erforderlichen Informationen ergibt sich sowohl als vertragliche Nebenpflicht aus dem bestehenden Konzessionsvertrag, als auch als gesetzliche Pflicht im Rahmen des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG. Denn die Durchführung eines diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahrens, zu dem die Gemeinden verpflichtet sind, ist nur dann möglich, wenn alle Bewerber um die Konzession über die erforderlichen Informationen verfügen.

Vorliegend enthält der Konzessionsvertrag mit E.ON edis in § 8 Ziff. 3 sogar einen ausdrücklichen Informationsanspruch der Stadt, nach dem die Stadt ein technisches Mengengerüst mit Angaben zu den Anlagewerten verlangen kann. Im Gaskonzessionsvertrag mit der EMB ist ein Anspruch zwar nicht ausdrücklich geregelt, doch ergibt sich der Informationsanspruch wie erläutert als vertragliche Nebenpflicht und aus § 46 Abs. 2 und 3 EnWG. Da die Aufbereitung der Informationen eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann, sollte der Abruf der erforderlichen Informationen durch die Stadt möglichst frühzeitig erfolgen.

Um das Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren für alle Beteiligten transparent zu gestalten, ist es empfehlenswert, dass die Stadt das Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren einem bestimmten Ablauf unterwirft. Dieser könnte etwa grob wie folgt gegliedert sein:

1. Bekanntmachung des Auslaufens des Konzessionsvertrages gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG und Aufforderung zur Interessenbekundung;
2. Abforderung von Netzinformationen vom bisherigen Konzessionär
3. Aufforderung an die Interessenten zur Abgabe eines konkreten Angebots, insbesondere Vorlage eines Konzessionsvertragsentwurfs;

*alternativ:* bei Vorlage eines Konzessionsvertragsentwurfs durch die Stadt, sind die jeweiligen Bewerber aufzufordern mitzuteilen, ob sie mit dem Vertrag einverstanden sind bzw. wo sie Änderungsvorschläge haben;

4. Die Stadt räumt den Bewerbern die Möglichkeit ein, ihr Angebot mündlich zu präsentieren.

## **D. Schritt 3: Entscheidung der Gemeinde anhand objektiver Kriterien und Abschluss des Konzessionsvertrages**

Nachdem die Stadt sämtlichen Bewerbern die Möglichkeit gegeben hat, ihr Angebot mündlich zu präsentieren, entscheidet die Stadtverordnetenversammlung per Beschluss, mit welchem Unternehmen der Konzessionsvertrag neu abgeschlossen werden soll.

Für die Kriterien, die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegt werden dürfen, fehlt es neben den aus Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus dem Gemeinschaftsrecht (vgl. oben C.II) abgeleiteten allgemeinen Grundsätzen an konkreten gesetzlichen Vorgaben. In § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG ist lediglich die Veröffentlichung der „maßgeblichen Gründe“ geregelt und auch das europäische Recht macht keine konkreten Vorgaben. Jedoch bestehen keine Zweifel daran, dass auch die Auswahlentscheidung selbst den Grundregeln des EG-Vertrages und dem Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit zu entsprechen hat. So hat auch die Europäische Kommission festgestellt, dass die Auswahl der Konzessionäre auf der Grundlage objektiver, nicht diskriminierender Kriterien zu erfolgen habe.<sup>9</sup>

Demnach ist die Stadt bei der Auswahl der Bewerber nicht völlig frei in ihrer Entscheidung. Die Stadt kann sich bei ihrer Auswahl jedoch auf einen aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG folgenden weiten Ermessensspielraum berufen.

Die Stadt steht bei der Auswahl insbesondere vor der **Systementscheidung**, ob der Netzbetrieb

- durch die Stadt selber, sei es in der Rechtsform eines Eigenbetriebs oder in der Rechtsform einer Eigengesellschaft, oder
- durch ein drittes öffentliches (kommunales) Unternehmen oder
- durch ein gemischtwirtschaftliches oder privates Unternehmen

erfolgen soll. Die Entscheidungskompetenz der Stadt umfasst auch und gerade diese Systementscheidung.

Die Stadt muss gleichwohl anhand objektiver Kriterien entscheiden. Objektive nicht diskriminierende Kriterien sind zunächst die für die Stadt günstige Ausgestaltung des Konzessionsvertrages und die wirtschaftliche und technische Zuverlässigkeit des Bewerbers. Neben diesen wirtschaftlich geprägten Kriterien sind vor dem Hintergrund von Art. 28 Abs. 2 GG auch andere, beispielsweise kommunale Kriterien, wie die Schaffung lokaler Arbeitsplätze, der Sitz des Unternehmens und das damit verbundene Gewerbesteueraufkommen, die Schaf-

---

<sup>9</sup> Mitteilung der Kommission, KOM (2005) 569 endg.

fung einheitlicher Verhältnisse im gesamten Stadtgebiet hinsichtlich einzelner Medien oder die Möglichkeit der Einflussnahme der Kommune auf den Konzessionär, von Bedeutung.

Wenn sich die Angebote der Bewerber gleichen und auch keine anderen sachlichen Gründe für einen Wechsel des Konzessionsvertragspartners vorliegen, kann auch der Grundsatz „alt und bewährt“ dazu herangezogen werden, den neuen Konzessionsvertrag mit dem bisherigen Konzessionsnehmer abzuschließen (so VDEW, Energie-Info: Auswirkungen des neuen EnWG auf Konzessionsverträge, S. 25 mit einer von BBH nicht geteilten Begründung).

Bei der näheren Prüfung der Konzessionsvertragsangebote sind ferner die Vorgaben des § 3 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) zu berücksichtigen. Dort ist abschließend geregelt, welche Leistungen der Konzessionsnehmer zusätzlich oder anstelle von Konzessionsabgaben gewähren darf. Im Rahmen dessen ggf. zulässig ist z.B. ein Kommunalrabatt in Höhe von maximal 10% der Netzzugangsentgelte, Folgekostenbeteiligungen sowie Unterstützung bei der Aufstellung von Energiekonzepten. Ferner denkbar sind Beteiligungs- und Contracting-Modelle. Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden, sind dagegen unstatthaft.

Aufgrund des Grundsatzes der Transparenz muss zudem nachvollziehbar sein, wie die Stadt zu ihrer Entscheidung gekommen ist. Es ist daher empfehlenswert, in der Beschlussvorlage die maßgeblichen objektiven Entscheidungskriterien aufzunehmen und darzulegen, welcher Bewerber die Kriterien am besten erfüllt. Im Idealfall kann der Text aus der Beschlussvorlage in die erforderliche Bekanntmachung des Neuabschlusses (§ 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG) übernommen werden.

Sobald die Stadt ihre Entscheidung getroffen hat, kann sie mit dem ausgewählten Energieversorgungsunternehmen den Konzessionsvertrag abschließen.

## **E. Schritt 4: Bekanntmachung der Auswahlentscheidung**

Sofern sich mehrere Unternehmen beworben haben, muss die Stadt ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe bekannt machen (§ 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG).

Die Entscheidung ist **in einem ortsüblichen Bekanntmachungsorgan** wie dem lokalen Amtsblatt oder der ortsüblichen Presse bekanntzumachen. Eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im Elektronischen Bundesanzeiger ist weder vorgeschrieben noch sinnvoll. Denn die Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG dient dem Zweck, die von der Entscheidung des Rates Betroffenen, das sind die Unternehmen, die sich auf die Neukonzessionierung beworben haben, und die Verbraucher im Stadtgebiet über die Entscheidung des Stadtrates und deren Gründe zu informieren. Dieser Zweck würde durch die Bekanntmachung im Bundesanzeiger oder im Elektronischen Bundesanzeiger gerade nicht erreicht.

Auch wenn es hierzu keine explizite Rechtsvorschrift gibt<sup>10</sup>, ist zu empfehlen, das Ergebnis der Auswahlentscheidung vorher auch den insoweit nicht berücksichtigten Bewerbern mitzuteilen.

### Teil 3 Zusammenfassung

Hinsichtlich der entscheidungserheblichen Fragen in Bezug auf die konkrete Sachlage in der Stadt Hennigsdorf können folgende Ergebnisse zusammengefasst werden:

1. Die Stadt ist zur **Bekanntmachung** des Auslaufens der Konzessionsverträge im Bundesanzeiger verpflichtet, § 46 Abs. 3 EnWG und hat im Anschluss ein **diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren** durchzuführen, sofern sich mehrere EVU beworben haben. In letzterem Fall ist die Entscheidung hinsichtlich des neuen Konzessionärs bekannt zu machen und zu begründen.
2. Die **Stromkonzessionsverträge** zwischen der Stadt und der E.ON edis für das ehemalige Stadtgebiet Hennigsdorf und den eingemeindeten Ortsteil Stolpe-Süd enden beide zum 30.09.2011. Eine Bekanntmachung des Ablaufs hat spätestens zum 30.09.2009 zu erfolgen. Die Bekanntmachung und das Auswahlverfahren für beide Stromkonzessionen können gemeinsam erfolgen. Beide Konzessionen können im Zuge der Neuvergabe zu einer einheitlichen Konzession für das gesamte Stadtgebiet zusammengefasst und einheitlich an ein EVU vergeben werden.
3. Der **Gaskonzessionsvertrag** zwischen der Stadt und der EMB für die Stadt Hennigsdorf endet zum 09.12.2011. Eine Bekanntmachung des Ablaufs hat spätestens zum 09.12.2009 zu erfolgen. Die Bekanntmachung für Gas und die Bekanntmachung für Strom sollten getrennt von einander erfolgen, können jedoch – vorbehaltlich der genannten Fristen – zeitgleich stattfinden.

### Teil 4 Ablaufplan

Zur rechtssicheren Umsetzung der zuvor ausgeführten Vorgehensweise empfehlen wir folgenden eckpunktartigen Ablaufplan:

1.	Bekanntmachung bezüglich Strom (Kerngebiet und Ortsteil Stolpe-Süd) und Gas, jeweils gesondert, im Bundesanzeiger	07.2009
2.	Abforderung von Netzinformationen gegenüber E.ON edis und EMB	07.2009

<sup>10</sup> Vgl. für das Vergaberecht § 13 VgV (Verpflichtung zur Vorabinformation 14 Tage vor der Zuschlagserteilung).

3.	Abgabe der Interessenbekundungen durch die jeweiligen Bewerber innerhalb der dreimonatigen Interessenbekundungsfrist.	08/09/10.2009
4.	Abhängig davon, ob weitere Interessenbekundungen eingehen, Verhandlung/en der Stadt mit dem bzw. den Interessenten, insbesondere über den konkreten Inhalt der Konzessionsverträge.  Aufforderung an die Interessenten zur Vorlage eines Konzessionsvertragsentwurfs oder <i>alternativ</i> Vorlage eines Konzessionsvertragsentwurfs durch die Stadt und Aufforderung an die jeweiligen Bewerber mitzuteilen, ob sie mit dem Vertrag einverstanden sind bzw. wo sie Änderungsvorschläge haben.  Die Stadt räumt den Bewerbern die Möglichkeit ein, ihr Angebot mündlich zu präsentieren.	11/12.2009
5.	Entscheidung der Stadt im Stadtrat	12.2009
6.	Nur im Falle mehrerer Interessenten: „zweite“ öffentliche Bekanntmachung der Auswahlentscheidungen und der maßgeblichen Gründe durch die Stadt.	12.2009
7.	Abschluss des neuen Konzessionsvertrages, ggf. mit notarieller Beurkundung.	12.2009

Berlin, 12.06.2009

Dr. Christian Theobald  
Rechtsanwalt

Holger Hoch.  
Rechtsanwalt