

Beanstandung der Konzessionsvergabe (Gas und Strom) durch die Kommunalaufsicht

1. Die Kommunalaufsichtsbehörde ist berechtigt, gravierende Verstöße gegen § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) zu beanstanden.

2. Bei der Entscheidung über die Vergabe von Konzessionen müssen die Ziele des § 1 EnWG zu mindestens 50% einfließen.

OVG Lüneburg 10. Senat, Beschluss vom 11.09.2013, 10 ME 88/12

§ 1 EnWG, § 46 EnWG, § 12 GemHKV ND, Art 28 Abs 2 GG, § 170 KomVerfG ND, § 173 KomVerfG ND

Gründe

I.

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit einer auf § 173 Abs. 1 Satz 1 NKomVG gestützten kommunalrechtlichen Beanstandung von zwei Ratsbeschlüssen der Antragstellerin zum Abschluss eines Strom- und Gaskonzessionsvertrages mit der Beigeladenen durch den Antragsgegner als zuständige Kommunalaufsichtsbehörde.

Die Antragstellerin und 16 weitere Städte/Gemeinden im Kreisgebiet des Antragsgegners beabsichtigten, die zum 31. Dezember 2012 auslaufenden Strom- und Gaskonzessionsverträge neu zu vergeben. Die neuen Strom- und/oder Gaskonzessionsverträge sollten mit Wirkung zum 1. Januar 2013 mit der beigeladenen Netzgesellschaft Südliches Ostfriesland mbH (NSO) abgeschlossen werden.

Die Beigeladene ist ein am 21. Dezember 2010 von der Antragstellerin und 17 weiteren Städten und Gemeinden im Kreisgebiet des Antragsgegners zu dem Zweck der Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche, leitungsgebundene Energieversorgung gegründetes kommunales Energieversorgungsunternehmen. Die 18 Gründungsgesellschafter der Beigeladenen sind die Städte Borkum und Weener sowie die Antragstellerin und die Gemeinden Brinkum, Bunde, Detern, Filsum, Firrel, Hesel, Holtland, Jemgum, Moormerland, Neukamperfehn, Nortmoor, Rhaudefehn, Schwerinsdorf, Uplengen und Westoverledingen. Die beabsichtigte Gründung der Beigeladenen wurde dem Antragsgegner am 26. November 2010 angezeigt.

Unter dem 7. Dezember 2010 machte die Gemeinde Bunde, stellvertretend auch für die anderen an der Beigeladenen beteiligten Kommunen (mit Ausnahme der Gemeinde Hesel) das Auslaufen der Konzessionsverträge für die Strom- und Gasversorgungsnetze (für die Stadt Borkum nur des Gaskonzessionsvertrages) mit der EWE-Netz-GmbH zum Ablauf des 31. Dezember 2012 im elektronischen

Bundesanzeiger bekannt. Zugleich wurden qualifizierte Energieversorgungsunternehmen dazu aufgefordert, ihr Interesse am Abschluss der Strom- und Gaskonzessionsverträge schriftlich zu bekunden. Dies taten mehrere Unternehmen.

Am 15. November 2010 beschloss die Antragstellerin, die Vergabe der Strom- und Gaskonzessionsverträge in einem Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren durchzuführen. Hierbei wurden insbesondere die Auswahlkriterien festgelegt, auf deren Grundlage die Konzessionsvertragsangebote bewertet werden sollten. Die mit der Begleitung des Auswahlverfahrens beauftragte Firma A. GmbH, Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, Bremen, schrieb die interessierten Energieversorgungsunternehmen mit gleichlautenden Schreiben vom 13. Mai 2011 an und bat um Vorlage einer schriftlichen Bewerbung bis zum 10. Juni 2011. Beigefügt waren eine Bewertungsmatrix mit den Auswahlkriterien und deren Gewichtung sowie der Entwurf eines Wegenutzungsvertrages. Weiter wurden den Bewerbern die für die Abgabe eines Angebotes verfügbaren Informationen zu den Netzdaten auf elektronischem Wege zugänglich gemacht. Schließlich wurden die interessierten Energieversorgungsunternehmen zu einer Präsentation ihrer Bewerbung um die Strom- und Gaskonzessionen am 23. Juni 2011 in der Dorfgemeinschaftsanlage der Gemeinde Bunde eingeladen. Im Anschluss hieran wertete die "Arbeitsgruppe Konzessionen" der beteiligten Gemeinden, bestehend aus vier Mitarbeitern der jeweiligen Kommunen, auf der Grundlage einer Bewertungsmatrix die Bewerbungen der einzelnen Energieversorgungsunternehmen aus. Dabei erreichten die Beigeladenen von den maximal 100 möglichen Punkten eine Punktzahl von 97 Punkten, die Stadtwerke Norden GmbH 82 Punkte, die Alliander AG 72,5 Punkte, die EWE-Energie-AG 61 Punkte und die Veolia Wasser-BS Energy 59 Punkte.

Am 29. September 2011 beschloss der Rat der Antragstellerin anhand des Ergebnisses der gegenüberstellenden Auswertungsmatrix und auf Empfehlung der "Arbeitsgruppe Konzessionen", das Angebot der Beigeladenen anzunehmen und mit dieser den Konzessionsvertrag für die Strom- und Gasversorgungsnetze abzuschließen. Nach der Kommunalwahl im September 2011 fasste der neu gewählte Gemeinderat der Antragstellerin am 14. Dezember 2011 einen weiteren Beschluss zu dem neu abzuschließenden Strom- und Gaskonzessionsvertrag mit der Beigeladenen in seiner konkreten Ausgestaltung, insbesondere mit der Aufnahme eines Sonderkündigungsrechtes zugunsten der Antragstellerin und der anderen an der Beigeladenen beteiligten Kommunen.

Im Januar 2012 gab die Gemeinde Bunde, stellvertretend für die Antragstellerin, die Städte Borkum und Weener sowie die Gemeinden Brinkum, Filsum, Firrel, Holtland, Jemgum, Moormerland, Neukamperfehn, Nortmoor, Rhaudefehn, Schwerinsdorf, Uplengen und Westoverledingen im elektronischen Bundesanzeiger bekannt, dass die neuen Strom- und Gaskonzessionsverträge (für die Stadt Borkum nur der

Gaskonzessionsvertrag) ab 1. Januar 2013 mit der Beigeladenen abgeschlossen werden sollten.

Nach vorheriger Anhörung der Antragstellerin beanstandete der Antragsgegner gestützt auf § 173 Abs. 1 NKomVG mit der streitgegenständlichen Verfügung vom 27. März 2012 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Beschlüsse der Antragstellerin vom 29. September und 14. Dezember 2011 mit im Wesentlichen folgender Begründung:

Die Beschlüsse bezüglich der Vergabe der Konzessionsverträge an die NSO verstießen gegen kommunalrechtliche Bestimmungen sowie gegen energie- und kartellrechtliche Normen.

Die beanstandete Maßnahme sei zunächst nicht mit der Regelung des § 148 Abs. 2 NKomVG vereinbar, wonach eine Gemeinde Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Kommunaleigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlasse, nur dann abschließen dürfe, wenn die Erfüllung kommunaler Aufgabe nicht gefährdet werde und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Kommune und ihrer Einwohner gewahrt seien. Bei einer Vergabe der Konzessionsverträge an die NSO seien diese Anforderungen nicht gewahrt. Die Beigeladene stehe zu 100 % im Eigentum der beteiligten Kommunen und verfüge derzeit nur über ein Stammkapital von 100.000,- €. Sie sei damit finanziell nicht in der Lage, die Strom- und Gasnetze, die Gegenstand der Konzessionsverträge seien, zu erwerben. Die Beigeladene verfüge darüber hinaus weder über die erforderliche energierechtliche Genehmigung noch über Erfahrungen als Netzbetreiber, so dass ein sicherer und zuverlässiger Betrieb der Netze nicht gewährleistet sei. Eine Wahrung der Anforderungen des § 148 Abs. 2 NKomVG werde auch nicht dadurch erreicht, dass die NSO auf der Suche nach einem strategischen Partner sei und für alle Kommunen bis zum 31. Dezember 2012 ein Sonderkündigungsrecht bestehe. Zudem verstoße die geplante Vergabe der Konzessionsverträge an die NSO auch gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nach § 110 Abs. 1 NKomVG. Es ergäben sich unüberschaubare Risiken daraus, dass im Vorgriff auf das mögliche Engagement eines strategischen Partners vertragliche Bindungen erzeugt würden. Die Antragstellerin habe es außerdem unterlassen, vor ihrer Entscheidung einen umfassenden Wirtschaftlichkeitsvergleich vorzunehmen. Aus den von ihr vorgelegten Unterlagen ergebe sich keine hinreichende Wirtschaftlichkeitsbetrachtung bei der Vergabe der Konzessionen. Das Gutachten des von der Antragstellerin beauftragten Beratungsunternehmens zu den Handlungsoptionen der Städte und Gemeinden des Landkreises Leer im Zusammenhang mit den auslaufenden Strom- und Gaskonzessionsverträgen vom 12. Oktober 2010 stelle nach eigener Darstellung nur eine Schätzung dar.

Das Verfahren um die Vergabe der Konzessionsverträge an die NSO verstoße darüber hinaus sowohl gegen die Vorschriften des § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) als auch gegen die §§ 1, 19 und 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Bei der Vergabe von Wegenutzungsverträgen seien die Gemeinden verpflichtet, die Ziele des § 1 Abs. 1 und 2 EnWG zu beachten, d.h. sie seien gehalten, eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung sicherzustellen und einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb beim Betrieb von Energieversorgungsnetzen zu gewährleisten. Hieraus sei abzuleiten, dass die Vergabe der Konzessionen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu erfolgen habe. Diese Verpflichtung ergebe sich auch aus dem Recht der Europäischen Union. Aus den energie- und kartellrechtlichen Vorgaben folge zunächst, dass bei der Vergabe von Konzessionsverträgen nur (streng) netzbezogene Auswahlkriterien zulässig seien. Zudem dürfe durch die Auswahlkriterien keine Vorfestlegung auf Re-Kommunalisierungs- bzw. Beteiligungsmodelle erfolgen. Die von der Antragstellerin ihrer Entscheidung zugrunde gelegten Auswahlkriterien zu Ziffer 1 ("Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung") und zu Ziffer 2 ("angemessene Beteiligung der Gemeinden im Landkreis Leer an den im örtlichen Netzbetrieb erzielten Deckungsbeiträgen") mit einer Gewichtung von 55 von Hundert stellten eine unzulässige Bevorzugung der von der Antragstellerin (mit-)gegründeten Beigeladenen dar, weil sie eindeutig auf das angestrebte "Beteiligungsmodell" zugeschnitten seien. Die Einzelkriterien unter Ziffer 1, 2 und 5 (Ziff. 5: "Stärkung der Bürgernähe und -akzeptanz") seien zudem auch deshalb unzulässig, weil es an der Netzbezogenheit dieser Kriterien fehle. Die Auswahlkriterien seien von vornherein so gewählt worden, dass die kommunale Eigengesellschaft NSO als "Sieger" hervorgehe. Damit habe es bereits zu Verfahrensbeginn eine jeglichen Wettbewerb ausschließende und damit unzulässige Vorfestlegung gegeben. Dies zeige sich im Übrigen auch an der vorgenommenen Bewertung der verschiedenen Angebote bei den jeweiligen Einzelkriterien. Bei den Einzelkriterien 2, 3 (Ziff. 3: "Gewährleistung einer hohen Versorgungssicherheit und eines effizienten Netzbetriebes") und 5 sei zugunsten der Beigeladenen unterstellt worden, dass ein qualifizierter strategischer Partner gefunden werde. Dies sei nicht zulässig, da die Antragstellerin bisher einen solchen Partner noch nicht gesucht habe. Auch für sich gesehen sei die Bewertung der Beigeladenen beim Einzelkriterium 3 nicht nachvollziehbar. Die Beigeladene sei hier mit der höchstmöglichen Punktzahl bewertet worden, obwohl sie die in den Unterkriterien geforderten Referenzen, Zertifizierungen und Effizienzwerte mangels Marktteilnahme nicht vorweisen könne. Ferner erweise sich auch das Unterkriterium "Übernahme von Kaufpreissrisiken etc. durch den Kooperationspartner" in Ziffer 2 als unzulässig, weil dies letztlich auf eine Forderung der Antragstellerin nach dem Anbieten oder Gewähren einer unzulässigen Nebenleistung im Sinne des § 3 der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (KAV) hinauslaufe. Unzulässig sei auch das Unterkriterium nach Ziffer 3 ("Effizienz des Netzbetriebes"), weil es intransparent sei. Hiermit würden Unternehmen ausgeschlossen, die noch keinen Effizienzwert vorweisen könnten.

Das in der Ermächtigungsnorm für den Erlass einer Beanstandungsverfügung vorgesehene Ermessen sei in Fällen des Vorliegens klarer Gesetzesverstöße auf ein Einschreiten der Kommunalaufsichtsbehörde gerichtet (sog. intendiertes Ermessen). Ein Ausnahmefall, der ein Abweichen von dem grundsätzlich erforderlichen kommunalaufsichtlichen Tätigwerden rechtfertigen könnte, sei hier nicht gegeben. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei erforderlich gewesen, weil angesichts der erheblichen wirtschaftlichen Risiken und einer möglichen Gefährdung der Versorgungssicherheit bei Nichterfüllung der durch den Abschluss des Konzessionsvertrages übernommenen Erfüllungsverantwortung ein Vollzug der Ratsbeschlüsse nicht hinnehmbar wäre.

Die Antragstellerin hat gegen die Beanstandungsverfügung vom 27. März 2012 am 27. April 2012 Klage erhoben und am 1. Juni 2012 beantragt, die aufschiebende Wirkung dieser Klage gegen die Beanstandungsverfügung des Antragsgegners wiederherzustellen.

Mit Beschluss vom 18. Juli 2012 hat das Verwaltungsgericht dem Antrag stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Der Antrag der Antragstellerin sei begründet, da die angefochtene Beanstandungsverfügung rechtswidrig sei und folglich im Hauptsacheverfahren aufzuheben sein werde.

Tatbestandliche Voraussetzungen für den Erlass einer kommunalaufsichtlichen Beanstandungsverfügung sei gemäß § 173 Abs. 1 Satz 1 NKomVG, dass der beanstandete Beschluss der Kommune das Gesetz verletze.

Der Antragsgegner gehe zu Unrecht davon aus, dass die Antragstellerin mit ihren Beschlüssen vom 29. September 2011 und vom 14. Dezember 2011 ein Gesetz oder andere verfassungsrechtliche Grundsätze verletzt habe. Entgegen der Einschätzung des Antragsgegners sei weder festzustellen, dass die Antragstellerin mit ihrer Entscheidung, den Konzessionsvertrag für den Betrieb des Strom- und Gasversorgungsnetzes mit der Beigeladenen abzuschließen, gegen die energie- und kartellrechtlichen Vorschriften des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG - sowie der §§ 1, 19 und 20 GWB - verstoßen hätte (1.), noch festzustellen, dass hiermit eine Verletzung der Regelungen der §§ 148, 110 NKomVG verbunden wäre (2.).

1. Für die Entscheidung der zwischen den Beteiligten grundlegend umstrittenen Frage, ob die von der Antragstellerin im Rahmen des durchgeführten Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens zum (Neu-)Abschluss der auslaufenden Strom- und Gaskonzessionsverträge getroffene Auswahlentscheidung den energie- und kartellrechtlichen Anforderungen des § 46 EnWG und der §§ 1, 19 und 20 GWB gerecht werde oder nicht, bedürfe es zunächst einer detaillierten Analyse der sich aus diesen Normen ergebenden rechtlichen Bindungen, denen eine Kommune beim Abschluss von Energiekonzessionsverträgen unterworfen sei. Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung seien dabei die Regelungen des § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG. Gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG seien Konzessionsverträge (auch als qualifizierte Wegenutzungsverträge bezeichnet) solche Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Vertrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehörten. Solche Verträge dürften - wie sich ebenfalls aus § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG ergebe - höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG sei 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 übereignen. Die Vorschrift des § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG schreibe die Bekanntmachung des bevorstehenden Vertragsendes spätestens zwei Jahre vor Ablauf des bisherigen Konzessionsvertrages durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger vor, ohne allerdings den Inhalt der Bekanntmachung näher zu bestimmen. § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG verpflichte die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens auf die Ziele des § 1 EnWG. § 46 Abs. 3 Satz 6 EnWG sehe vor, dass die Gemeinden bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Abs. 2 ihre Entscheidung unter Bekanntgabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen hätten. Schließlich erkläre § 46 Abs. 4 EnWG die Vorschriften der Abs. 2 und 3 für Eigenbetriebe der Gemeinde für entsprechend anwendbar. Danach sei zunächst festzuhalten, dass die Regelungen des § 46 Abs. 2 - 4 EnWG nicht die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens anordneten. Ebenso wenig enthielten sie inhaltliche Vorgaben für die Auswahlentscheidung der Gemeinden.

Weitere Bindungen für das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen für die Strom- und Gasnetze seien nach ganz überwiegender Auffassung aus kartellrechtlichen Vorschriften herzuleiten. Die Gemeinde habe bei der ihr zugewiesenen Auswahlentscheidung über den zukünftigen Konzessionär - abgeleitet aus dem Europäischen Primärrecht - die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz einzuhalten. Die gleiche Verpflichtung ergebe sich aus dem Umstand, dass die Gemeinden hinsichtlich der für den Netzbetrieb unverzichtbaren Wegenutzungsrechte über eine Monopolstellung verfügten, so dass die Vorschriften der §§ 19 und 20 GWB über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu beachten seien. Danach habe die Gemeinde über den Abschluss von

Konzessionsverträgen für Strom- und Gasnetze grundsätzlich in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu entscheiden.

Gänzlich unterschiedlich bewertet werde demgegenüber die Frage, welche Konsequenzen sich aus den dargelegten energie- und kartellrechtlichen Vorgaben für die inhaltliche Ausgestaltung des Auswahlverfahrens und insbesondere für den Entscheidungsspielraum der Gemeinde bei der Aufstellung von Auswahlkriterien sowie bei der Bewertung der Angebote ergäben.

So werde teilweise aus der Regelung des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG abgeleitet, dass ausschließlich (streng) netzbezogene Auswahlkriterien zulässig seien und es der Gemeinde verwehrt sei, daneben andere Interessen wie etwa eigene Fiskalinteressen zu verfolgen. Hieraus und aus dem Gebot der Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens werde weiter abgeleitet, dass die Gemeinde nicht berechtigt sei, im Rahmen der Auswahlentscheidung ein eigenes Unternehmen zu bevorzugen. Dies solle insbesondere auch aus dem Grundgedanken des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes folgen. Danach liege ein Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung vor, wenn eine Gemeinde ein mit ihr verbundenes Unternehmen bei der Entscheidung über die Vergabe von Konzessionen für die Strom- und Gasnetze bevorzuge und damit - um des eigenen wirtschaftlichen Vorteils willen - einen leistungsbereiten Dritten verdränge.

Dieser - eher wettbewerbs- und kartellrechtlich geprägten - Betrachtungsweise könne sich das Gericht nicht anschließen. Zunächst ließen sich aus den Regelungen des § 46 Abs. 3 EnWG gerade keine inhaltlichen Vorgaben hinsichtlich des Auswahlverfahrens und ggf. der von der Gemeinde festzulegenden Auswahlkriterien herleiten. Vielmehr habe sich der Gesetzgeber im Wesentlichen darauf beschränkt, Bekanntmachungsvorschriften einzuführen bzw. zu verschärfen, um die Transparenz des Verfahrens zu gewährleisten. Auf inhaltliche Vorgaben für die gemeindliche Auswahlentscheidung habe der Gesetzgeber bewusst verzichtet. Auch mit der Einführung der Regelung in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, wonach die Gemeinden bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 verpflichtet sind, sei keine inhaltliche Festlegung der Auswahlkriterien im Sinne einer ausschließlichen Zulässigkeit streng netzaccessorischer Auswahlkriterien erfolgt. Dies lasse sich weder aus dem Wortlaut der Regelung noch aus der Gesetzesbegründung zur Einführung dieses Programmsatzes herleiten, in der ausdrücklich von einer klarstellenden Regelung sowie davon die Rede sei, dass sich die sachgerechten Kriterien der Gemeinde aufgrund der mit der Novellierung des Gesetzes vorgegebenen Entflechtung des Netzbetriebes von Vertrieb und Erzeugung auf Aspekte des Netzbetriebes beschränken müsse (vgl. BTDRs. 17/6072 vom 6. Juni 2011, S. 88) und dementsprechend nicht (mehr) auch an Belangen der Versorgung des Netzverbrauchers ausgerichtet sein dürften. Rechtlich ebenfalls nicht tragbar sei die weitere Erwägung, dass es einer

Gemeinde aufgrund des Diskriminierungsverbotes verwehrt sei, unter Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung ein kommunales Unternehmen auszuwählen, um für sich den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Eine sachlich nicht gerechtfertigte und damit diskriminierende Bevorzugung eines kommunalen Unternehmens liege gerade dann nicht vor, wenn eine Kommune ihr kommunales Unternehmen auch aus Gründen der Gewährleistung der Daseinsversorgung auswähle. Ferner messe die dargestellte wettbewerbs- und kartellrechtlich geprägte Betrachtungsweise dem Aspekt der Sicherstellung eines effektiven Wettbewerbes ein Gewicht zu, das diesem im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe für die Energienetze nicht zukomme. Anders als bei der Versorgung der Endverbraucher mit Strom und Gas, wo ein permanenter Wettbewerb stattfinden könne und solle, gehe es bei der Vergabe der Konzession für den Netzbetrieb angesichts der regelmäßigen Vertragslaufzeit von 20 Jahren (nur) um einen "periodischen" Wettbewerb, der sich letztlich auf eine periodische System- und ggf. Auswahlentscheidung beschränke.

Des Weiteren lasse sich die genannte Ansicht schwerlich mit der Rechtsprechung des EuGH zu den sog. "Inhouse-Geschäften" in Einklang bringen. Danach könne eine Kommune einen öffentlichen Auftrag direkt, also ohne ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen, an ein Unternehmen vergeben, dessen Anteile sie innehabe, wenn das Unternehmen hauptsächlich für die Kommune tätig werde. Als derartige Tätigkeiten für die Kommune würden auch solche verstanden, die auf der Grundlage einer Vergabe, einer Konzession oder einer anderen rechtlichen Beziehung mit der Kommune erbracht würden. Soweit danach die Kommune in dieser Konstellation ein kommunales Unternehmen auswähle, könne nicht mehr von einer Bevorzugung ohne sachlichen Grund gesprochen werden. Dem könne auch nicht entgegen gehalten werden, dass diese Rechtsprechung nur für öffentliche Dienstleistungsaufträge, nicht aber für Dienstleistungskonzessionen gelte, für die das EnWG weitergehende Regelungen enthalte. Dies überzeuge schon deshalb nicht, weil das EnWG gerade nicht die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens vorgebe und auch keine inhaltlichen Vorgaben für die Auswahlentscheidung enthalte. Das Erfordernis der Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens werde vielmehr aus kartellrechtlichen Grundsätzen hergeleitet. Wenn aber das förmlich ausgestaltete und strengere nationale und europäische Vergabeverfahren nach §§ 97 ff. GWB Ausnahmen unter den vom EuGH entwickelten Voraussetzungen zulasse, müsse dies erst recht für die hier vorliegende Konstellation gelten, in der die Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens aus der Regelung der §§ 19 und 20 GWB sowie aus allgemeinen Grundsätzen hergeleitet werde.

Entscheidend gegen die geschilderte wettbewerbs- und kartellrechtlich begründete Ansicht über die zulässigen Auswahl- und Bewertungskriterien bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen durch die Gemeinden spreche aber, dass diese Betrachtungsweise die besondere, verfassungsrechtlich garantierte Stellung der Kommunen beim Abschluss qualifizierter Wegenutzungsverträge nahezu vollständig ausblende. Dabei sei zunächst herauszustellen, dass die Vorschriften des EnWG nicht

den Umfang und die Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts vorgäben, sondern umgekehrt das einfache Gesetz an der Verfassung zu messen sei. Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG müsse den Kommunen das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unterfalle die kommunale Energieversorgung nach ihrer historischen Entwicklung, ihrer Bedeutung für das wirtschaftliche und soziale Wohl der Einwohner sowie ihrem spezifischen Bezug zum kommunalen Wegeeigentum, zur kleinräumigen Siedlungsstruktur und zur Bauleitplanung als eine in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnde Angelegenheit der Daseinsvorsorge den verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsangelegenheiten der Kommunen. Dies gelte unabhängig davon, in welcher Handlungsform die örtliche Strom- und Gasversorgung durchgeführt werde; die Entscheidung hierüber unterfalle jedenfalls der gemeindlichen Selbstverwaltung, was genüge, um die örtliche Stromversorgung zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu rechnen. Die wohl überwiegende rechtswissenschaftliche Literatur folge der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesverfassungsgerichtes und spreche den Kommunen jedenfalls im Bereich des Netzbetriebes eine aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Kompetenz zur Durchführung und Lenkung der Energieversorgung zu. Aus der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden ergebe sich zunächst die Aufgabe und die Verpflichtung der Gemeinde, eine letztlich (kommunal-)politische Entscheidung darüber zu treffen, wie die Aufgabe der örtlichen Energieversorgung erfüllt werden solle. Insoweit habe die Gemeinde die grundlegende Entscheidung darüber zu treffen, ob sie die Konzessionen an einen Dritten vergeben, sich also aus ihrer Erfüllungsverantwortung zugunsten einer bloßen Gewährleistungsverantwortung zurückziehen wolle, oder ob sie sich dafür entscheide, die Erfüllungsverantwortung selbst zu übernehmen. Im letzteren Fall ergäben sich verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten. Die Gemeinde könne die Durchführung der Aufgabe durch einen Eigenbetrieb oder durch Einschaltung einer Eigengesellschaft erfüllen. Sie habe darüber hinaus die Möglichkeit, die Aufgabenerfüllung durch ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen unter Einschluss wiederum verschieden ausgestaltbarer Beteiligungsmodelle zu erfüllen. Hierzu gehöre insbesondere auch die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegende Konstellation, dass die Gemeinde eine eigene Netzgesellschaft gründe und für den Betrieb der Netze einen strategischen Partner mittels einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung einbinde und diesem oder einem weiteren Unternehmen die technische Betriebsführung übertrage. Aus der aus Art. 28 Abs. 2 GG folgenden Befugnis der Gemeinde, eine weitgehend kontrollfreie grundlegende Systementscheidung zu treffen und aus den Grundsätzen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den sog. "Inhouse-Geschäften" entwickelt habe, dürfte zu folgern sein, dass eine Gemeinde, die sich entschieden habe, die Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge im Bereich des Betriebs der örtlichen Energienetze unter Einschaltung eines Eigenbetriebes oder eine vollständig in ihrer Hand befindlichen Eigengesellschaft zu erfüllen, nicht gehalten sei, überhaupt ein Auswahlverfahren durchzuführen. Dies stehe auch nicht im Gegensatz zum EnWG. Die Bekanntmachungspflichten könnte die Gemeinde im Vorfeld ihrer Systementscheidung ohne weiteres erfüllen. Die Zielverpflichtung aus § 46 Abs. 3 Satz 2 EnWG müsse die Gemeinde ohnehin im Rahmen ihrer Systementscheidung beachten. Die Entscheidung der Kommune, den Betrieb der örtlichen Energienetze in eigener Regie in der beschriebenen Weise durchzuführen, werde sich naturgemäß zumindest auch an den im Energiewirtschaftsgesetz genannten Zielen einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und

umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas ausrichten. Die damit aufgeworfene Frage, ob die Vorschriften des § 46 Abs. 3 EnWG im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung anhand der Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG in dieser Weise auszulegen seien, müsse hier letztlich jedoch nicht abschließend beurteilt werden, weil die Antragstellerin sich zwar für eine Aufgabenerfüllung in Eigenregie, aber in der Ausgestaltung einer kommunalen Netzgesellschaft unter Einbindung auch privater Energieversorgungsunternehmen, also mit einem Beteiligungsmodell, entschieden habe, so dass die Grundsätze des EuGH zu den sog. "Inhouse-Geschäften" nicht anwendbar sein dürften. Aber auch in dieser Konstellation korrespondiere mit der aus Art. 28 Abs. 2 GG herzuleitenden Befugnis, eine grundlegende Systementscheidung zu treffen, ein weiter, gerichtlich und auch kommunalaufsichtsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Gemeinde im Hinblick auf die Festlegung der Auswahlkriterien und der Bewertung der Angebote der sich um die Konzession bewerbenden Energieversorgungsunternehmen. Erst innerhalb des damit gesetzten Rahmens habe die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu treffen. Neben den an den Zielen des Energiewirtschaftsgesetzes ausgerichteten Kriterien eines sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Betriebs der Energienetze kämen für die Auswahlentscheidung weitere, aus dem Gemeinwohl und der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden abgeleitete Kriterien, etwa die Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung, die Sicherstellung der Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur, die Bereitschaft zum Auf- oder Ausbau dezentraler Entscheidungsstrukturen sowie zur Förderung der erneuerbaren Energien und des Umweltschutzes und letztlich auch eigene fiskalische Interessen der Gemeinde in Betracht.

Unter Zugrundelegung dieser Prämissen erweise sich das von der Antragstellerin durchgeführte Auswahlverfahren als transparent und diskriminierungsfrei; insbesondere habe die Antragstellerin ihrer Auswahlentscheidung sachgerechte Auswahlkriterien zugrunde gelegt.

Die Antragstellerin habe das Ende der auslaufenden Strom- und Gaskonzessionsverträge zum 31. Dezember 2012 ordnungsgemäß und insbesondere unter Beachtung der durch § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG vorgegebenen Fristen im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht. Es sei - mangels gesetzlicher Vorgaben - auch nicht zu beanstanden, dass die Antragstellerin die Firma A. mit der weiteren Durchführung des Bewerbungsverfahrens beauftragt hat. Diese habe den interessierten Konzessionsbewerbern im Auftrag der Antragstellerin die Auswahlkriterien und deren Gewichtung offen gelegt und im weiteren Verlauf des Verfahrens auch nicht mehr geändert, so dass die Transparenz des Verfahrens gewahrt gewesen sei.

Eine Diskriminierung einzelner Bewerber ergebe sich auch nicht aus der Vermutung des Antragsgegners, es hätten nicht allen Bewerbern sämtliche netzrelevanten Daten vorgelegen. Die Firma A. habe den interessierten Energieversorgungsunternehmen mit Schreiben vom 13. Mai 2011 angeboten, die vorliegenden Informationen zum Netzbetrieb auf elektronischem Wege zur Verfügung zu stellen. Aus dem Umstand, dass keines der beteiligten Energieversorgungsunternehmen gerügt habe, keine ausreichenden Daten zu den Netzen erhalten zu haben, ergebe sich mit hinreichender Gewissheit, dass den Bewerbern die zur Abgabe eines qualifizierten Angebotes erforderlichen Netzdaten vorgelegen hätten.

Ebenso wenig liege eine Diskriminierung darin, dass die Konzessionsverträge einheitlich für die Strom- und Gasnetze vergeben werden sollten. Insoweit hätten alle am Verfahren teilnehmenden Energieversorgungsunternehmen jeweils für beide Netze ihre Angebote abgegeben, so dass nicht erkennbar sei, worin eine Benachteiligung eines Bewerbers um die Konzessionen liegen sollte.

Schließlich habe die Antragstellerin im Januar 2012 die von ihr getroffene Auswahlentscheidung entsprechend der Verpflichtung des § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG wiederum im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht.

Entgegen der Einschätzung des Antragsgegners stellten alle Auswahlkriterien, welche die Antragstellerin ihrer Auswahlentscheidung zugrunde gelegt habe, sachlich gerechtfertigte, zulässige Kriterien dar, so dass sich auch hieraus kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot oder gegen die Bestimmung des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG ergebe. Hinsichtlich des Einzelkriteriums zu Ziffer 1 ("Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung") ergebe sich der Netzbezug aus den Erläuterungen zu diesem Kriterium, wonach dieses Auswahlkriterium der Gemeinde Mitspracherechte bei Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen in das örtliche Netz verschaffen solle. Im Übrigen sei dieses Kriterium durch die Selbstverwaltungsgarantie der Antragstellerin gedeckt. Auch das Einzelkriterium zu Ziffer 2 ("Angemessene Beteiligung der Kommunen an den im örtlichen Netzbetrieb erzielten Deckungsbeiträgen") stelle ein zulässiges Auswahlkriterium dar, weil die Gemeinde beim Betrieb örtlicher Energienetze neben dem Ziel der Gewährleistung der Daseinsvorsorge auch eigene, fiskalische Interessen verfolgen dürfe. Schließlich finde auch das Kriterium zu Ziffer 5 ("Stärkung der Bürgernähe und -akzeptanz") seine Rechtfertigung in der Befugnis der Gemeinde zur Regelung der örtlichen Angelegenheiten, hier in Gestalt der Schaffung dezentraler Betriebs- und Entscheidungsstrukturen. Auch sei in dem Unterkriterium "Übernahme von Kaufpreisisiken etc. durch den Kooperationspartner" im Auswahlkriterium zu Ziffer 2 kein Verstoß gegen das in § 3 der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas - KAV - geregelte Verbot unzulässiger Nebenleistungen zu erkennen. Die KAV regle in ihrem § 1 die Zulässigkeit und die Bemessung der Zahlung von

Konzessionsabgaben der Energieversorgungsunternehmen an die Gemeinden und Landkreise in Konzessionsverträgen. § 3 KAV enthalte die Bestimmung, dass nur die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KAV genannten Leistungen neben oder anstelle der Konzessionsabgaben vereinbart werden dürften. § 3 Abs. 2 KAV sehe vor, dass u.a. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt würden, nicht vereinbart werden dürften. Diese Vorschriften bezögen sich allesamt auf Regelungen in einem Konzessionsvertrag, hier also auf den beabsichtigten Konzessionsvertrag der Antragstellerin mit der Beigeladenen. Dieser Vertrag enthalte derartige unzulässige Nebenleistungen nicht. Das vom Antragsgegner kritisierte Unterkriterium "Übernahme von Kaufpreisisiken etc. durch Kooperationspartner" ziele nicht darauf ab, eine unzulässige Benachteiligung eines zukünftigen Kooperationspartners herbeizuführen, sondern betreffe nur die Frage, ob und inwieweit die Konzessionsbewerber grundsätzlich bereit seien, im Rahmen der gewünschten Beteiligungslösung Kaufpreis- und andere wirtschaftlichen Risiken der Netzübernahme zu tragen. Eine gesellschaftsrechtliche Überprüfung einer späteren Beteiligungslösung könne erst im nachfolgenden Verfahren zur Auswahl eines strategischen Partners erfolgen, weil erst dann konkrete, überprüfbare Vereinbarungen vorlägen. Dass der Antragsgegner mit seiner Erwägung, durch die Auswahlkriterien zu Ziffer 1 und 2 mit einer Gewichtung von 55 von Hundert habe die Antragstellerin unter Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung und unter Verstoß gegen § 46 Abs. 2 EnWG und gegen das Diskriminierungsverbot von vornherein eine Vergabe der Konzessionsverträge ohne Beteiligungslösung ausgeschlossen, nicht durchdringen könne, ergebe sich bereits unmittelbar aus den vorstehenden Ausführungen zur Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung im Zusammenhang mit dem Abschluss von Konzessionsverträgen über Energienetze. Das Recht zur Festlegung von Auswahlkriterien sei Ausdruck der verfassungsrechtlich garantierten Befugnis der Gemeinde, eine Systemscheidung hinsichtlich der Durchführung einer Aufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge zu treffen und damit selbst einen Rahmen für die Auswahlentscheidung vorzugeben. Eine sachlich nicht gerechtfertigte, diskriminierende Benachteiligung anderer Bewerber sei hiermit nicht verbunden.

Auch die Einschätzung des Antragsgegners, eine Reihe von weiteren Indizien spreche für eine unsachgemäße Bevorzugung bzw. für eine ungerechtfertigte und damit unzulässige Vorfestlegung auf die Beigeladene überzeuge bei näherer Betrachtung nicht. Insoweit führe der Antragsgegner zunächst an, dass die Beigeladene bei dem Bewertungskriterium zu Ziffer 3 ("Gewährleistung einer hohen Versorgungssicherheit und eines effizienten Netzbetriebes") unangemessen hoch bewertet worden sei, weil die Beigeladene keinerlei Erfahrungen mit dem Betrieb des Netzes habe und demgemäß auch keinerlei Nachweise, Zertifikate und Effizienzwerte vorweisen könne. Eine derartige Bewertungspraxis sei auch nicht im Hinblick auf die beabsichtigte Einbindung eines strategischen Partners gerechtfertigt, da ein solcher noch nicht gefunden und es auch fraglich sei, ob ein solcher Partner überhaupt gefunden werde. Dem sei bereits im Ausgangspunkt entgegen zu halten, dass bei der Bewertung der Beigeladenen als neu gegründete Netzgesellschaft notwendigerweise das Konzept des Unternehmens Gegenstand der Beurteilung habe sein müssen. Das Konzept einer gemeindlichen Netzgesellschaft mit der gesellschaftsrechtlichen Einbindung eines bewährten Energieversorgungsunternehmens (strategischer Partner) als Betriebsführer sei eine der Handlungsoptionen, die einer Gemeinde im Rahmen

einer beabsichtigten (Re-)Kommunalisierung der Energienetze zur Verfügung stehe. Die Bewertung des Konzeptes der Beigeladenen mit der höchstmöglichen Punktzahl erscheine sachlich gerechtfertigt, wenn man berücksichtige, dass beispielsweise mit den Stadtwerken Norden ein ebenfalls mit der höchsten Punktzahl im Einzelkriterium zu Ziffer 3 bewertetes und bewährtes Energieversorgungsunternehmen schon im Konzessionsvergabeverfahren ausdrücklich seine Bereitschaft erklärt habe, der Beigeladenen auch als strategischer Partner zur Verfügung zu stehen. Jedenfalls halte sich die getroffene Bewertungsentscheidung im Rahmen des der Gemeinde insoweit zukommenden weiten Beurteilungs- und Entscheidungsspielraumes.

Auch der Umstand, dass die Gemeinden bereits mit der Gründung der Beigeladenen, also von Anfang an, den Zweck verfolgt hätten, die Konzessionen für die Energienetze auf diese Gesellschaft zu übertragen, rechtfertige nicht die Annahme einer unzulässigen und damit diskriminierenden Vorfestlegung auf die Beigeladene. Denn die vom Antragsgegner genannten Umstände spiegelten lediglich die Verfahrensabläufe wider, die durch die legitime Systementscheidung der Gemeinde vorgegeben seien. Die Antragstellerin habe sich für die Aufgabenwahrnehmung in Form eines Beteiligungsmodelles entschieden und hierzu eine kommunale Netzgesellschaft gegründet, damit sich diese am Auswahlverfahren in dem von der Gemeinde vorgegebenen Rahmen beteiligen könne. Es lasse sich nicht feststellen, dass dieses Auswahlverfahren lediglich zur formalen Erfüllung der Anforderungen des EnWG bzw. des Kartellrechts durchgeführt worden sei. Den interessierten Energieversorgungsunternehmen seien die Auswahlkriterien und deren Gewichtung vorab bekannt gegeben worden, so dass sie ihre Bewerbung an dem Modell einer Beteiligungslösung hätten orientieren können. So habe denn auch die Mehrzahl der Bewerber eine Beteiligungslösung offeriert. Dass sich einzelne Bewerber einer solchen Lösung verschlossen hätten, bewirke nicht deren Diskriminierung.

Nach alledem ließen sich im Zusammenhang mit der beanstandeten Entscheidung der Antragstellerin keine Verstöße gegen die energie- und kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 46 Abs. 2 und 3 EnWG, §§ 1, 19 und 20 GWB feststellen.

2. Die Entscheidung der Antragstellerin, mit der Beigeladenen Konzessionsverträge für die örtlichen Strom- und Gasnetze abzuschließen, verstoße auch nicht gegen kommunalrechtliche Bestimmungen. Die Antragstellerin habe mit ihren beanstandeten Beschlüssen weder die Vorschrift des § 148 Abs. 2 NKomVG noch diejenige des § 110 Abs. 2 NKomVG verletzt.

Nach § 148 Abs. 2 NKomVG dürfe eine Kommune u.a. Konzessionsverträge für Strom- und Gasnetze nur abschließen, wenn die Erfüllung der kommunalen Aufgaben und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Kommune und ihrer Einwohner gewahrt seien. Dies bedeute im vorliegenden Zusammenhang, dass der Vertragspartner der Gemeinde ausreichende Gewähr für einen zuverlässigen und sicheren Betrieb der Netze bieten müsse und dass die Gemeinde ihr eigenes wirtschaftliches Interesse zu wahren habe, wofür insbesondere die Konzessionsabgaben von Bedeutung seien. Daneben habe sie auch die berechtigten Interessen der Einwohner an einem preisgünstigen und sicheren Netzbetrieb zu beachten. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass diese Anforderungen nicht erfüllt seien, bestünden im vorliegenden Verfahren nicht.

Die Antragstellerin habe sich im Rahmen der von ihr zu treffenden Systementscheidung nach ausführlicher Beratung durch eine Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsfirma (vgl. die Machbarkeitsstudie der Firma B. /C. und Partner vom 29. Oktober 2010) dafür entschieden, die kommunale Aufgabe des Betriebes der Energienetze in Eigenregie durch eine eigens hierfür gegründete Netzgesellschaft zu erfüllen. Bei einer derartigen Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung in eigener Regie werde grundsätzlich davon auszugehen sein, dass die Verpflichtungen aus § 148 Abs. 2 NKomVG beachtet würden, da es die Gemeinde letztlich selbst in der Hand habe, die für den sicheren, effizienten und kostengünstigen Netzbetrieb maßgeblichen Faktoren zu bestimmen und zu gestalten. Der Antragsgegner nehme an, dass die Beigeladene nicht in der Lage sein werde, die Energienetze sicher und effizient zu betreiben, weil sie weder über eine Genehmigung nach § 4 EnWG noch über ausreichende finanzielle Mittel für den erforderlichen Netzerwerb verfüge, weitgehend finanzielle Risiken ausblende und letztlich auf einen - möglicherweise nicht zu findenden - strategischen Partner angewiesen sei. Der Antragsgegner konstruiere hier ein nicht realistisches "Worst-Case-Szenario", das keine geeignete Grundlage für die Annahme eines Verstoßes der Antragstellerin gegen die Regelung des § 148 Abs. 2 NKomVG darstelle. Die Einbeziehung eines strategischen Partners - in der Regel ein kommunales oder privates Energieversorgungsunternehmen - bedeute eine langfristige, verbindliche Kooperation, die zu einer Lastenteilung zwischen der Kommune und dem eingebetteten Energieversorgungsunternehmen führe. Derartige Beteiligungsmodelle seien grundsätzlich wirtschaftlich sinnvoll, da der beteiligte strategische Partner Synergieeffekte über die Netzbewirtschaftung realisieren könne und der Gemeinde eine risikoadäquate unternehmerische Betätigung ermöglicht werde. Angesichts der durch die Anreizregulierungsverordnung sowie durch die Strom- und Gasnetzentgeltverordnung weitgehend regulierten und damit kalkulierbaren wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für den Betrieb der örtlichen Energienetze sei eine Beteiligung eines Energieversorgungsunternehmens an einer kommunalen Netzgesellschaft finanziell durchaus interessant. Zudem hätten bereits im Konzessionsbewerbungsverfahren mehrere interessierte Bewerber grundsätzlich ihre Bereitschaft bekundet, der Beigeladenen im Falle der Nichtberücksichtigung bei der Vergabe der Konzessionen als strategischer Partner zur Verfügung zu stehen. Hinzu komme schließlich, dass die Beigeladene dargelegt habe, dass nunmehr zwei am Markt bewährte Unternehmen ausdrücklich für eine strategische Partnerschaft zur Verfügung stünden, sobald die durch das vorliegende Verfahren bestehenden Unsicherheiten beseitigt seien. Es bestünden auch keine durchgreifenden Bedenken

daran, dass es der Beigeladenen gelingen werde, am Markt einen qualifizierten technischen Betriebsführer zu finden, so dass auch die Bedenken des Antragsgegners im Hinblick auf mögliche Netzstörungen oder -ausfälle nicht geeignet seien, einen Verstoß gegen § 148 Abs. 2 NKomVG zu begründen. Fehle es nach alledem bereits an belastbaren Anhaltspunkten für die Annahme des Antragsgegners, dass es der Beigeladenen nicht gelingen werde, einen finanziell potenten und sachlich kompetenten strategischen Partner bzw. Betriebsführer zu finden, so gingen die weiteren hierauf basierenden Erwägungen des Antragsgegners über möglicherweise bestehende erhebliche und ggf. letztlich von der Antragstellerin zu tragende, und diese überfordernde finanzielle Risiken in Bezug auf die Finanzierung der zu erwerbenden Energienetze sowie im Hinblick auf Kosten für die Entflechtung der Netze sowie des Mess- und Zählwesens - unabhängig von der sachlichen Richtigkeit dieser Erwägungen - ins Leere.

Gleiches gelte im Ergebnis für die vom Antragsgegner behauptete Verletzung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Diese in § 110 Abs. 2 NKomVG niedergelegten Prinzipien sollten einerseits sicherstellen, dass die Gemeinde unnötige Ausgaben vermeide (Sparsamkeit). Andererseits sollten die Gemeinden angehalten werden, entweder mit einem möglichst geringen Einsatz an Mitteln das angestrebte Ergebnis zu erreichen (Minimalprinzip) oder mit einem bestimmten Einsatz an Mitteln das bestmögliche Ergebnis zu erzielen (Maximalprinzip). Für das Verfahren zur Ermittlung von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gebe es keine generellen Vorschriften. Eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sei für Kommunen nicht vorgeschrieben. Ihnen werde vielmehr bei der Anwendung des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zugebilligt. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz liege danach nur dann vor, wenn die Kommune ihre Entscheidungsbefugnis gröblich verletze oder in mit den Grundsätzen vernünftiger Wirtschaft schlechthin nicht mehr vereinbarer Weise ausübe. Diese Grenzen seien hier offensichtlich nicht überschritten. Die Antragstellerin habe ihre Entscheidung, die Konzessionsverträge mit der Beigeladenen als neu gegründete kommunale Netzgesellschaft abzuschließen, nicht ohne Prüfung der wirtschaftlichen Chancen und Risiken getroffen. Sie habe sich bereits im Vorfeld der Gründung der NSO unter Zuhilfenahme des branchenkundigen Beratungsunternehmens B. /C. und Partner eingehend mit den Chancen und Risiken durch eine neu zu gründende Netzgesellschaft auseinandergesetzt. Die von dem Beratungsunternehmen erstellte Machbarkeitsstudie sei nach Abwägung aller relevanten Faktoren zu der Einschätzung gelangt, dass die Übernahme der Netze durch eine eigene Gesellschaft für die Antragstellerin wirtschaftlich vorteilhaft wäre. Das Unternehmenskonzept der Beigeladenen mit der Einbindung eines finanziell potenten und sachkundigen strategischen Partners sei auch im Hinblick auf den Erwerb der Energienetze wirtschaftlich tragfähig. Soweit der Antragsgegner dem entgegenhalte, die Voraussetzungen für einen wirtschaftlich sinnvollen Betrieb der Netze könnten mit unabsehbaren und für die Gemeinde nicht mehr tragbaren finanziellen Folgen entfallen, wenn der notwendige strategische Partner nicht gefunden werden könnte, sei dies eher hypothetischer Natur und nicht geeignet, einen Verstoß gegen die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu belegen. Eine Verletzung der Vorschrift des § 110 NKomVG scheidet danach ebenfalls aus.

Der Antragsgegner hat gegen diesen Beschluss am 6. August 2012 Beschwerde eingelegt.

II.

Die nach § 146 Abs. 1 VwGO zulässige Beschwerde des Antragsgegners hat Erfolg.

Der Senat tritt dem Antragsgegner in seiner mit der Beschwerde dargelegten Beurteilung bei, dass die im erstinstanzlichen Beschluss begründete Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts, die Beanstandungsverfügung des Antragsgegners sei rechtswidrig, unzutreffend ist. Insbesondere kann dem Verwaltungsgericht nicht in der Annahme gefolgt werden, dass die von der Antragstellerin erfolgte Vergabe § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG (in verfassungskonformer Auslegung) entsprochen habe.

Die Rechtsgrundlage für den – formell rechtmäßigen - Bescheid des Antragsgegners ist § 170 Abs. 1 NKomVG i.V.m. § 173 Abs. 1 Satz 1 NKomVG. Nach der erstgenannten Bestimmung schützt die Kommunalaufsicht die Gemeinden in ihren Rechten, sichert aber auch die Erfüllung der Pflichten der Gemeinden. Die Kommunalaufsicht stellt sicher, dass die Gemeinden die geltenden Gesetze beachten. Sie soll so gehandhabt werden, dass deren Entschlusskraft und Verantwortungsfreude nicht beeinträchtigt werden. Ob und inwieweit die Aufsichtsbehörde von den Mitteln der §§ 170 ff. NKomVG Gebrauch macht, liegt im Ermessen der Kommunalaufsichtsbehörde; sie ist nicht zwingend zum Einschreiten verpflichtet (vgl. Beschl. d. Sen. v. 15.8.2007 - 10 LA 271/05 - OVGE 51, 334 = NdsVBl. 2007, 308 = NdsRpfl. 2007, 386 = NVwZ-RR 2008, 127 = NordÖR 2008, 136).

In § 170 Abs. 1 Satz 2 NKomVG finden sich keine inhaltliche Beschränkungen der Gesetze, deren Einhaltung von der Kommunalaufsicht zu überwachen sind. Mithin gehört grundsätzlich auch die Überprüfung der Konformität des gemeindlichen Handelns mit den Vorgaben des EnWG, hier insbesondere des § 46 EnWG, zu den Aufgaben der Kommunalaufsicht. Da deren Tätigkeit die Entschlusskraft der Gemeinde nicht beeinträchtigen soll, ist allerdings im Rahmen des Ermessens ein zurückhaltender Gebrauch der Aufsichtsbefugnisse angezeigt, wenn die Auslegung der in Rede stehenden Norm stark umstritten ist und wegen vorrangiger Zuständigkeiten anderer Gerichte auch im Verwaltungsrechtsstreit keine abschließende Klärung zu erwarten ist. Dies ist hier der Fall hinsichtlich des § 46 EnWG, zu dessen Auslegung regelmäßig vorrangig die Zivilgerichte berufen sind (vgl. Schau, Die Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen durch die Kommunen in Niedersachsen und ihre Folgen, NdsVBl. 2013, 89 [102]), die aber dabei bislang noch nicht zu einer abschließenden Klärung insbesondere der Voraussetzungen des § 46 Abs. 3 Satz 5

EnWG gelangt sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2013 - VII-Verg 26/12 - DVBl. 2013, 600 = RdE 2013, 17 = juris RdNr. 62; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.8.2013 - 1 S 1047/13 - juris RdNr. 23). Andererseits zwingt dieser Gesichtspunkt im Hinblick auf die – gegenläufigen - hohen finanziellen Belastungen, die eine Gemeinde ggf. als Netzbetreiber eingeht, und der langen Laufzeit etwaiger von ihr abgeschlossener Konzessionsverträge die Kommunalaufsicht nicht, diesen Bereich generell von der Aufsicht auszunehmen. Der Antragsgegner ist daher jedenfalls ermessenfehlerfrei zum Einschreiten gegen erkennbar gesetzeswidriges Verhalten der Kommune auch insoweit berechtigt und sogar verpflichtet. Ein solches erkennbar gesetzeswidriges Verhalten ist hier wegen eines Verstoßes gegen § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG zu bejahen.

Der mit Wirkung ab dem 4. August 2011 eingefügte § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG (BGBl. I S. 1554) galt (erst) bei den Beschlussfassungen des Rates der Antragstellerin. Aus dem Gesetz ergibt sich indes nicht, dass die Norm zuvor bereits eingeleitete Auswahlverfahren - wie hier im April 2011 - nicht erfassen sollte. Eine solche Sicht ist auch nicht zur Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht geboten. Dies gilt schon deshalb, weil damit u.a. bereits zuvor geltenden unionsrechtlichen Vorgaben entsprochen werden soll und dementsprechend der Norm nach der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 88) ohnehin nur klarstellende Wirkung zukommt. Mangels ausdrücklicher klarer Regeln konnte sich auch kein verfassungsrechtlich schutzwürdiges Vertrauen etwa von Drittbewerbern gebildet haben, eine Konzession auch 2011 noch abweichend von den nunmehr kodifizierten Vorgaben erhalten zu können. Eine andere Beurteilung ist daher auch verfassungsrechtlich nicht geboten. Der von der Antragstellerin angeführte Beschluss des OVG Nordrhein-Westfalen vom 10. Februar 2012 (- 11 B 1187/11 - NVwZ-RR 2012, 215) fordert die Beibehaltung der ursprünglichen Auswahlkriterien nur, wenn sie nicht zwischenzeitlich gesetzeswidrig geworden sind.

Der erforderliche gravierende Verstoß gegen den somit zu beachtenden § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG ist zu bejahen. Diese Vorschrift ist so zu verstehen, dass die Ziele des § 1 EnWG mindestens gleichwertig, also zu mindestens 50%, in die Auswahlbewertung einfließen müssen (vgl. etwa Höch, Zulässige Auswahlkriterien im Konzessionsabgabeverfahren gemäß § 46 EnWG, RdE 2013, 60 [67], wonach schon 75% die absolute Untergrenze darstellen sollen). Denn § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG besagt: Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet, also einer "möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht". Dabei handelt es sich um eine verbindliche rechtliche Vorgabe und nicht um einen bloß unverbindlichen Programmsatz. Dies ergibt sich schon aus der vorgeschriebenen „Verpflichtung“. Ob die Gemeinde ausschließlich diesen energiewirtschaftlichen Zielen verpflichtet ist oder daneben auch kommunale Ziele verfolgen kann, ist - wie oben dargelegt - sehr umstritten. Dies kann hier aber offen bleiben. Denn jedenfalls kann solchen ungeschriebenen kommunalspezifischen Interessen nicht ein höheres Gewicht als den geschriebenen, netzspezifischen Auswahlgründen zukommen. Das widerspricht nicht nur jeglicher

Gesetzessystematik, sondern würde auch den vorrangigen Sinn und Zweck verfehlen, eine sichere und kostengünstige Versorgung der Verbraucher zu gewährleisten. Die Gesetzgebungsgeschichte lässt Abweichendes nicht erkennen (vgl. zuletzt BR-Drs. 520/1/12, S. 12, sowie die Antwort der Bundesregierung vom 23.8.2013, BT-Drs. 17/14630, S. 4 ff.). Vielmehr wird durch die in seinem Absatz 4 ausdrücklich angeführte Geltung der Absätze 2 und 3 des § 46 EnWG auch für Eigenbetriebe der Gemeinden deutlich, dass bei einer Eigenbewerbung von Kommunen keine abweichenden Auswahlkriterien gelten sollen. Die zumindest im Ergebnis damit nicht im Einklang stehende Ansicht des Verwaltungsgerichts wird - soweit ersichtlich - jedenfalls für die hier gegebene Fallgestaltung ansonsten nicht vertreten. Auch der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin stellt - zuletzt in seinem Schriftsatz vom 20. Dezember 2012 - nur heraus, dass die Regelung des § 1 EnWG die Berücksichtigung weiterer Ziele im Rahmen des Rechts der kommunalen Selbstverwaltung nicht von vornherein ausschließt. Indem das Verwaltungsgericht neben den wirtschaftlich effizienten Netzbetrieb vorrangig andere Ziele stellt, vernachlässigt es letztlich die Gesetzeslage. Eine verfassungskonforme Auslegung rechtfertigt dieses Verständnis nicht. Denn auch eine solche findet ihre Grenze im Wortlaut des Gesetzes. Zudem gilt auch die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG nur im Rahmen der Gesetze, zu denen eben auch § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG gehört. Er beschränkt die Kommunen nicht unverhältnismäßig. Denn eine Eigenbewerbung bleibt möglich und ggf. auch die Berücksichtigung weiterer kommunaler Interessen neben den ausdrücklich in § 1 EnWG genannten Zielen; mehr verlangt auch Art. 28 Abs. 2 GG nicht (vgl. VG Stuttgart, Beschl. v. 29.4.2013 - 7 K 929/13 - juris RdNr. 32 m.w.N.; bestätigt durch Beschl. d. VGH Baden-Württemberg, a.a.O., juris RdNr. 29) Schließlich kann § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG auch deshalb nicht vermeintlich verfassungskonform „ausgelegt“ werden, weil er jedenfalls in der hier vorliegenden Fallgestaltung mit Beteiligung eines privaten Partners hinsichtlich der potentiellen Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten auch Unionsrecht umsetzt und insoweit das Verfassungsrecht allenfalls äußerste, hier erkennbar nicht überschrittene Grenzen setzt (vgl. BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 - 2 BvE 2/08, u.a. - Leitsatz 4 - BVerfGE 123, 267 ff. = NJW 2009, 2267 = EuGRZ 2009, 339 = DVBl 2009, 1032).

Die Ziele des § 1 EnWG sind hier jedoch schon nach den von der Antragstellerin vermeintlich angewandten Auswahlkriterien nicht mit mindestens 50% berücksichtigt worden, wobei offen bleiben kann, ob die angewendete Bewertungsmatrix in allen Punkten so von den Kommunen beschlossen worden ist. Denn jedenfalls die Auswahlkriterien Nr. 1 und Nr. 2 mit zusammen 55% Gewicht betreffen nicht die in § 1 EnWG genannten Ziele der “möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht“, sondern mit der ausdrücklichen Stärkung des kommunalen Einflusses (Nr. 1) sowie der angemessenen Beteiligung der Kommunen am Gewinn (Nr. 2) eigene kommunale Ziele, und zwar auch noch überwiegend fiskalische. Ob und in welchem Umfang die Kriterien Nrn. 4 und 5 (mit je 10%) von § 1 EnWG gedeckt sind, braucht deshalb nicht geklärt zu werden.

Außerdem ist bei dem einzig eindeutig mit § 1 EnWG zu vereinbarenden und mit 25% gewichteten Auswahlkriterium Nr. 3 (Versorgungssicherheit und effizienter Betrieb) erkennbar fehlerhaft zu Gunsten der Beigeladenen "subsumiert" worden, die hier die maximale Punktzahl von 15 Punkten erhielt. Da sie über keine Erfahrungen und kein Personal verfügt und zudem bei der Auswahl völlig offen war, wer stattdessen zukünftig diese Aufgabe wahrnehmen sollte, durfte diesbezüglich jedenfalls nicht die Höchstpunktzahl vergeben werden. Der Antragsgegner weist zu Recht darauf hin, dass dies schon deshalb widersprüchlich ist, weil eine der sich mitbewerbenden Gesellschaften insoweit selbst schlechter bewertet worden ist, ggf. aber als strategischer Partner oder als technischer Betreiber die Aufgabe für die Beigeladene übernehmen und diese gleichwohl die Höchstpunktzahl erhalten soll.

Zusätzlich ist die Organisation der ausgewählten Beigeladenen ohnehin noch zu offen und unbestimmt gewesen, als dass sie bei der gebotenen, an den Kriterien des § 1 EnWG ausgerichteten Auswahlentscheidung hätte einbezogen und als bestgeeignet ausgewählt werden können. Denn grundsätzlich muss vor der endgültigen Vergabe der Konzession jedenfalls im Wesentlichen feststehen, wer in welchem Umfang als strategischer Partner und ggf. auch als tatsächlicher Betreiber des in Aussicht genommenen (kommunalen) Konzessionsnehmers in Betracht kommt. Seine wesentliche Struktur gewinnt der kommunale Konzessionsnehmer in der hier maßgebenden Konstellation erst mit der Auswahl eines sog. strategischen Partners/Betreibers, der insbesondere das „Tagesgeschäft“ übernehmen soll, und den Beteiligungsmodalitäten. In diesem Zusammenhang ist zwischen der Ausschreibung strategischer Partnerschaften und ggf. auch noch des Betreibers bei kommunalen Netzgesellschaften (durch die Netzgesellschaft selbst, hier also der Beigeladenen) und der Ausschreibung der Vergabe von Wegekonzessionen (durch die Antragstellerin) zu unterscheiden. Beide Ausschreibungen können parallel oder aber getrennt erfolgen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2013 - a.a.O.). Bei Trennung beider Verfahren – wie hier – muss aber die Ausschreibung des strategischen Partners vorausgehen und darf nicht nachfolgen. Denn andernfalls wird – wie hier – die Konzession an eine Gesellschaft vergeben, deren Leistungsfähigkeit noch nicht sachgerecht beurteilt werden kann. Dass dann für die nachfolgend ggf. vergebliche – wenn ein anderer den Zuschlag erhält - Beteiligung eines solchen Partners Vorleistungen durch die Gemeinde zu erbringen sind, liegt in der Natur der Sache und ist im Ergebnis ebenso hinzunehmen wie die Tatsache, dass eine Gemeinde nach Gründung einer solchen Gesellschaft für diese Präferenzen hat. Nur auf diese Weise wird aber der gesetzlichen Forderung nach einer an den Kriterien des § 1 EnWG und nicht primär nach kommunalen Wünschen ausgerichteten Auswahl entsprochen; zudem ist aus den folgenden Gründen nur so die erforderliche Beurteilung der Wirtschaftlichkeit hinreichend möglich (vgl. zur Schwierigkeit, die Wirtschaftlichkeit eines in der Gründung befindlichen Unternehmens zu beurteilen: Wefelmeier, in: KVR-NKomVG, § 136 RdNr. 41 m.w.N.).

Bei dem hier stattdessen gewählten Verfahrensablauf ist auch gegen § 12 Abs. 1 Satz 1 GemHKVO verstoßen worden. Danach soll, bevor Investitionen von erheblicher finanzieller Bedeutung beschlossen werden, durch einen Wirtschaftlichkeitsvergleich unter mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten die für die Gemeinde

wirtschaftlichste Lösung ermittelt werden. Ein solcher Wirtschaftlichkeitsvergleich bezieht sich auf die Finanzen der Gemeinde als solcher, beinhaltet ihre eigenen Ein- und Ausgaben einschließlich etwaiger Erträge oder Belastungen von eigenständigen Tochtergesellschaften. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass eine solche konkrete Wirtschaftlichkeitsberechnung unter Vergleich verschiedener Modelle, etwa auch der Fortführung der bisherigen Fremdvergabe einerseits bzw. und unter Einbeziehung der jeweiligen Kreditkosten für die Gemeinde bei Konzessionsübernahme durch die Beigeladene andererseits, erfolgt ist. Die maßgebliche - im Verhältnis zur Größe der Antragstellerin auch erhebliche - Investition liegt hier in der Konzessionsübernahme durch die Beigeladene. Denn damit verbunden ist die kostenintensive Pflicht zur Netzübernahme und zum Netzbetrieb durch den jeweiligen Unternehmer. Soll - wie hier - die Gemeinde selbst mittelbar die Konzession übernehmen, muss also ermittelt worden sein, zu welchen Kosten dies für sie führen wird. Das ist aber hier nicht hinreichend konkret erfolgt. Denn dazu liegt nur eine unzureichende sog. Machbarkeitsstudie vor. Diese bezog sich unmittelbar nur auf die Kosten für die Beigeladene, nicht aber vorrangig auf die Kosten der Mitgliedsgemeinden. Zudem arbeitete die Studie mit Annahmen bzw. Schätzungen, die nicht hinreichend überprüft waren und nunmehr erheblich in Zweifel stehen, so etwa hinsichtlich eines Netzkaufpreises von 120 Millionen € (Studie) statt 151 Mill € (wie von der Thüga als einem potentiellen strategischen Partner angenommen). Auch die Höhe der zur Finanzierung des kommunalen Eigenkapitalanteils von bis zu 40% erforderlichen Bareinlage schwankt deshalb stark zwischen knapp 0,63 bis zu knapp 2,38 Millionen € für die Antragstellerin. Das ist ein erheblicher Unterschied von nahezu dem Dreifachen bei einer Investition von beträchtlicher finanzieller Bedeutung. Außerdem sind weitere erhebliche Kostenfaktoren (vgl. dazu: Dokumentation des Verbands kommunaler Unternehmen [VKU] mit dem Titel "Konzessionsverträge - Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, Stadtwerk der Zukunft", IV – aktualisierte Neuauflage, S. 39 ff.) in der sog. Machbarkeitsstudie zumindest nicht hinreichend berücksichtigt worden. Dies betrifft den Aufwand für den Netzausbau der dezentralen Erzeugung und den Anschluss erneuerbarer Energieerzeugungsanlagen. Ferner wird ein Personalübergang (nach § 613a BGB) ebenso unterstellt wie ein Gewinn letztlich auf der Grundlage des bisherigen Betriebes (mit pauschalen Abschlag für die Anreizregulierung), ohne erkennbar den zusätzlichen Gewinn des strategischen Partners, evtl. noch eines zusätzlichen Betreibers, und die Zusatzkosten für die gewünschten Zusatzleistungen (z. B. für die o.a. stärkere Nutzung erneuerbarer Energien) auszuweisen (und abzuziehen). Völlig unklar ist zudem, wie die Netzübernahme erfolgen soll und welche finanziellen Folgen sich ergeben, wenn eine Stadt oder Gemeinde von ihrem Sonderkündigungsrecht nach § 4 des Konzessionsvertrages Gebrauch macht.