

VERWALTUNGSGERICHT OLDENBURG



Az.: 1 B 3594/12

BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache
der Gemeinde B., vertreten durch den Bürgermeister,

Antragstellerin,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Schnutenhaus und Kollegen,
Reinhardtstraße 29 B, 10117 Berlin,

g e g e n

den Landkreis Leer, vertreten durch den Landrat,
Bergmannstraße 37, 26789 Leer,

Antragsgegner,

Beigeladen:

Netzgesellschaft S.(NS),

Streitgegenstand: kommunalaufsichtliche Beanstandung

hat das Verwaltungsgericht Oldenburg - 1. Kammer - am 17. Juli 2012 beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage der Antragstellerin vom 27. April 2012 gegen die Beanstandungsverfügung des Antragsgegners vom 27. März 2012 wird wieder hergestellt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die erstattungsfähig sind.

G r ü n d e

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen eine kommunalaufsichtliche Beanstandungsverfügung.

Hintergrund der rechtlichen Auseinandersetzung ist die Absicht der Antragstellerin sowie 16 weiterer Städte und Gemeinden im Kreisgebiet des Antragsgegners, die zum 31. Dezember 2012 auslaufenden Strom- und Gaskonzessionsverträge neu zu vergeben. Nach dem Willen der Antragstellerin und der weiteren beteiligten Kommunen sollen die neuen Strom- und/oder Gaskonzessionsverträge mit Wirkung zum 1. Januar 2013 mit der Beigeladenen, der Netzgesellschaft S.(N), 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 B und W., sowie die Antragstellerin und die Gemeinden B., D., F, F., H, H., J., M., N, N., N., R., S., U. und W.. Die beabsichtigte Gründung der Beigeladenen wurde der Antragsgegnerin am 19. November 2010 angezeigt.

Unter dem 7. Dezember 2010 machte die Antragstellerin, stellvertretend auch für die anderen an der Beigeladenen beteiligten Kommunen (mit Ausnahme der Gemeinde H) das Auslaufen der Konzessionsverträge für die Strom- und Gasversorgungsnetze (für die Stadt B nur des Gaskonzessionsvertrages) mit der E.-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.

Hierauf bekundeten zunächst fünf Energieversorgungsunternehmen (die A.AG, die E.-Energie-AG, die N, die S.GmbH und die Firma V/BS Energy) ihr Interesse.

Mit Beschluss vom 4. April 2011 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 Rational GmbH, Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, Bremen (im Folgenden: Fa. Rational), 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 ein Entwurf eines Wegenutzungsvertrages. Weiter wurden den Bewerbern die für die Abgabe eines Angebotes erforderlichen 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 Antragstellerin eingeladen.

Die am 28. Juni 2011 eingegangene Bewerbung der Firma K. Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (im Folgenden: Fa. K.) wurde bei der Auswahlentscheidung nicht mehr berücksichtigt, weil im Zeitpunkt der Interessenbekundung das Auswahlverfahren bereits beendet war. Dies teilte die Fa. Rational der Fa. K mit Schreiben vom 7. Juli 2011 mit.

Nach der gemeinsamen Informations- bzw. Präsentationsveranstaltung 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 Beigeladene von den maximal 100 möglichen Punkten eine Punktzahl von 97 Punkten, die S. GmbH 82 Punkte, die A.AG 72,5 Punkte, die E.-Energie-AG 61 Punkte und die V-BS Energy 59 Punkte.

Mit Beschluss vom 21. 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 An-

tragstellerin am 12. 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 Antragstellerin, stellvertretend für die Städte B und W. sowie die Gemeinden B., F, F., H., J., M., N, N., N., R., S., U. und W. im elektronischen Bundesanzeiger bekannt, dass die neuen Strom- und Gaskonzessionsverträge (für die Stadt B nur der Gaskonzessionsvertrag) mit der Beigeladenen abgeschlossen werden soll. Mit Schreiben vom 10. November 2011 zeigte die Antragstellerin dem Antragsgegner den Abschluss eines Konzessionsvertrages mit der Beigeladenen an.

Mit Schreiben vom 1. März 2012 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass er ein kommunalaufsichtliches Einschreiten beabsichtige. Zugleich gab er der Antragstellerin bis zum 19. März 2012 Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme der Antragstellerin erfolgte mit Schreiben vom 19. März 2012, welches am gleichen Tage beim Antragsgegner einging.

Mit Verfügung vom 27. März 2012 beanstandete der Antragsgegner die Beschlüsse des Rates der Antragstellerin vom 21. September 2011 und vom 12. Dezember 2011 zum Abschluss des Strom- und Konzessionsvertrages mit der beigeladenen Netzgesellschaft S. mbH. Zugleich ordnete der Antragsgegner die sofortige Vollziehung der Beanstandungsverfügung an und wies darauf hin, dass die beanstandete Maßnahme nicht vollzogen werden dürfe.

Zur Begründung der Entscheidung führte der Antragsgegner im Wesentlichen aus:

Die mit Beschlüssen des Rates der Antragstellerin vom 21. September 2011 und vom 12. Dezember 2011 getroffene Entscheidung, einen Strom- und Gaskonzessionsvertrag mit der von der Antragstellerin und weiteren Kommunen gegründeten Netzgesellschaft abzuschließen, verstoße zum Einen gegen kommunalrechtliche Bestimmungen, zum anderen aber auch gegen energie- und kartellrechtliche Normen.

Die beanstandete Maßnahme sei zunächst nicht mit der Regelung des § 148 Abs. 2 des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes (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 überlässt, nur dann abschließen dürfen, wenn die Erfüllung der kommunalen Aufgabe nicht gefährdet werde und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Kommune und ihrer Einwohner gewahrt seien. Diese Anforderungen seien im vorliegenden Fall nicht beachtet worden. Die Beigeladene stehe zu 100 % im Eigentum der beteiligten Kommunen und verfüge nur über ein Stammkapital von 100.000,- €. Mit dieser finanziellen Ausstattung sei die Beigeladene 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 Erfahrung als Netzbetreiber, so dass ein sicherer und zuverlässiger Betrieb der Netze nicht gewährleistet sei. Eine Wahrung der Anforderungen des § 148 Abs. 2 NKomVG könne auch nicht durch die Suche nach einem strategischen Partner sichergestellt werden. Zunächst sei zweifelhaft, ob überhaupt ein entsprechender Partner gefunden werden könne. Falls dies nicht der Fall sei, greife auch das Sonderkündigungsrecht im Konzessionsvertrag nicht.

Zudem verletze die Antragstellerin durch den Abschluss der Konzessionsverträge mit der Beigeladenen die in § 110 Abs. 2 NKomVG niedergelegten allgemeinen Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Die Antragstellerin gehe ein unüberschaubares Risiko ein, wenn 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 der Antragstellerin 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 stelle - wie im Gutachten selbst eingeräumt werde - lediglich eine Schätzung dar.

Das Verfahren um die Vergabe der Konzessionsverträge 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, preisgüns-

tige, 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 Rekommunalisierungs- 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 Eigenengesellschaft" 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 und es darüber hinaus auch fraglich sei, ob ein solcher überhaupt gefunden werden könne. 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 Kaufpreiskrisen 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 (im Folgenden: 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 atypischer Ausnahmefall, der ein Abweichen von dem grundsätzlich erforderlichen kommunalaufsichtlichen Tätigwerden rechtfertigen könnte, sei 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 am 27. April 2012 gegen die Beanstandungsverfügung des Antragsgegners vom 27. März 2012 Klage erhoben und am 1. Juni 2012 um vorläufigen Rechtsschutz, gerichtet auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Anfechtungsklage vom 27. April 2012, nachgesucht.

Zur Begründung des Antrages trägt die Antragstellerin im Wesentlichen vor:

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sei zulässig und begründet. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei bereits formell rechtswidrig, weil deren Begründung unzureichend sei. Der Antrag sei auch deshalb begründet, weil die Beanstandungsverfügung des Antragsgegners rechtswidrig sei. Die Beanstandungsverfügung sei schon aus formellen Gründen rechtswidrig, weil der Antragsgegner für den Erlass der Beanstandungsverfügung nicht zuständig sei. Die angefochtene Maßnahme sei auch materiell-rechtlich rechtswidrig, da die Voraussetzungen für ein kommunalaufsichtliches Einschrei-

ten nicht vorlägen. Schließlich erweise sich auch die getroffene Ermessensentscheidung als fehlerhaft.

Gemäß § 80 Abs. 3 VwGO müsse die Anordnung der sofortigen Vollziehung schriftlich begründet werden, wobei sich die Begründung nicht in formelhaften Erwägungen erschöpfen dürfe, sondern erkennen lassen müsse, dass die Behörde eine umfassende Abwägung aller Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten vorgenommen habe. Dies sei hier unterblieben. Der Antragsgegner sei nicht auf die in der Anhörung vorgetragene Argumente eingegangen. Zudem fehle es letztlich an einer Darlegung des erforderlichen besonderen öffentlichen Vollzugsinteresses.

Die streitgegenständliche Beanstandungsverfügung sei formell rechtswidrig, weil der Antragsgegner für den Erlass der Verfügung nicht zuständig sei. Vielmehr sei hier gemäß § 171 Abs. 4 Satz 1 1. Halbs. NKomVG die oberste Kommunalaufsichtsbehörde zuständig, weil der Antragsgegner in der von ihm zu entscheidenden Angelegenheit auch noch "in anderer Weise beteiligt" sei. Diese Regelung bezwecke die Verhinderung von Interessenkonflikten und einer möglichen Befangenheit, wobei insoweit auf die Grundsätze des Mitwirkungsverbot zurückzugreifen sei. Der Antragsgegner sei über verschiedene Verbände, Beteiligungs- und Holdinggesellschaften an der E.-AG und über deren Tochtergesellschaften letztlich auch an der E.-Netz-GmbH, also dem bisherigen Konzessionär für die Strom- und Gasnetze, gesellschaftsrechtlich beteiligt. Würden die Konzessionsverträge nicht mit der E.-Netz-GmbH verlängert, hätte dies nachteilige finanzielle Auswirkungen für den Antragsgegner. Zudem sei der Landrat des Antragsgegners Mitglied im Aufsichtsrat der E.-Energie-AG, deren Tochtergesellschaft die E.-Netz-GmbH sei. Vor diesem Hintergrund sei der Antragsgegner nicht in der Lage, seiner kommunalaufsichtlichen Funktion objektiv und neutral nachzukommen. Die Angelegenheit wäre daher an die oberste Kommunalaufsichtsbehörde abzugeben gewesen.

Die Beanstandungsverfügung sei auch materiell rechtswidrig. Die beanstandeten Beschlüsse ihres Rates stünden nicht im Widerspruch zu den vom Antragsgegner angeführten gesetzlichen Bestimmungen.

Zunächst liege kein Verstoß gegen die in § 148 Abs. 2 NKomVG normierten Bindungen einer Gemeinde beim Abschluss von Konzessionsverträgen für die Energienetze vor. Entgegen der Einschätzung des Antragsgegners werde mit der Vergabe der Konzessionen an die Beigeladene weder die Erfüllung der kommunalen Aufgaben gefährdet, noch

seien die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Kommune und ihrer Einwohner außer Acht gelassen worden.

Die finanzielle Ausstattung der Beigeladenen sei ausreichend, um an dem Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren für die Konzessionsvergabe teilzunehmen. Die Frage einer Kapitalerhöhung werde sich erst im Zuge der Verhandlungen über den Rückkauf der Netze mit dem bisherigen Konzessionär stellen. Bei der Auswahl des strategischen Partners sei es branchenüblich, dass dieser für einen Gesellschaftsanteil von bis zu 49,9 % eine finanzielle Einlage leiste. Aufgrund der energierechtlichen Rahmenbedingungen sei die Beteiligung an der Beigeladenen für einen strategischen Partner äußerst attraktiv. Als künftiger Netzbetreiber könne die Beigeladene über eine lange Vertragslaufzeit hinweg die örtlichen Strom- und Gasnetze bewirtschaften. In diesem Vertragszeitraum werde die Beigeladene den Erwerb des Eigentums an den Netzen weitgehend vollständig refinanzieren können. Als künftige Netzbetreiberin baue die Beigeladene Kommunalvermögen in der leitungsgebundenen Infrastruktur auf, was bei der Konzessionsvergabe an ein externes Netzbetreiberunternehmen nicht der Fall wäre.

Netzbetreiber von Strom- und Gasnetzen verfügten auf der Grundlage der in der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) vorgesehenen Netznutzungsentgelte über eine gesicherte Erlösbasis. Die Beigeladene übernehme auch kein unkalkulierbares Risiko im Hinblick auf den erforderlichen Rückerwerb der Strom- und Gasnetze, da nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Sachwert der Netze durch den Ertragswert begrenzt und somit ein wirtschaftlich angemessenes Verhältnis zwischen dem Netzkaufpreis und den Erlösen aus dem Netzbetrieb gewährleistet sei. Ferner sei den Betreibern von Strom- und Gasnetzen nach den Vorschriften der ARegV sowie der Strom- und Gasnetzentgeltverordnung (StromNEV, GasNEV) eine hohe Eigenkapitalverzinsung garantiert. Vor diesem wirtschaftlichen Hintergrund sei eine Beteiligung strategischer Partner an einer kommunalen Netzgesellschaft äußerst attraktiv. Für Kommunen sei die wirtschaftliche Betätigung im Strom- und Gasnetzbetrieb vor allem aufgrund der garantierten Eigenkapitalverzinsung ebenfalls mit großen finanziellen und wirtschaftlichen Chancen verbunden.

Die Regelung des § 148 Abs. 2 Satz 2 NKomVG werde auch nicht dadurch verletzt, dass die Beigeladene noch nicht über eine Genehmigung nach § 4 EnWG sowie über Erfahrung im Betrieb von Energienetzen verfüge. Die Beantragung einer Genehmigung nach § 4 EnWG setze voraus, dass die Gemeinde mit dem zukünftigen Netzbetreiber bereits

einen Konzessionsvertrag abgeschlossen habe. Die notwendige Sachkenntnis für den Betrieb der Netze werde die Beigeladene im Rahmen der vorgesehenen möglichen Netzbewirtschaftungskonzepte (Eigenbewirtschaftung, Vergabe der technischen Betriebsführung oder Verpachtungsmodelle) gemeinsam mit dem auszuwählenden strategischen Partner sicherstellen.

Schließlich ergebe sich aus der theoretischen Möglichkeit, dass eine der Gemeinden das vereinbarte Sonderkündigungsrecht ausübe, keine Gefährdung der kommunalen Aufgabe der Energieversorgung, weil in einem solchen Fall der bisherige Konzessionär den Netzbetrieb unter Fortzahlung der Konzessionsabgabe fortzuführen hätte.

Der beabsichtigte Neuabschluss der Konzessionsverträge mit der Beigeladenen stelle auch keinen Verstoß gegen § 110 Abs. 2 NKomVG dar, welcher die Gemeinde zur Beachtung der haushaltsrechtlichen Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichte. Mit dem Abschluss des Konzessionsvertrages seien für die Kommune als Inhaberin der örtlichen Wegerechte keine finanziellen Aufwendungen verbunden, vielmehr erlange sie einen Anspruch auf Zahlung der höchst zulässigen Konzessionsabgabe. Im Übrigen sei nicht erkennbar, auf welcher rechtlichen Grundlage der Antragsgegner die Vornahme eines Wirtschaftlichkeitsvergleiches verlange. Die Regelung des § 136 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 NKomVG, wonach Kommunen im Rahmen ihrer Aufgabenerledigung Unternehmen u.a. nur dann errichten dürfen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen Dritten erfüllt werde oder erfüllt werden könnte, finde nach dem eindeutigen Wortlaut der Regelung auf Energieversorgungsunternehmen keine Anwendung. Auch eine allgemeine Verpflichtung, Wirtschaftlichkeitsvergleiche durchzuführen, bestehe für Kommunen, anders als etwa für das Land (vgl. insoweit § 7 LHO) nicht.

Das Auswahlverfahren selbst sei nicht zu beanstanden, weil die Vergabe der Konzessionsverträge in einem transparenten und wettbewerbsoffenen Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren, welches den Anforderungen des Energiewirtschaftsgesetzes gerecht werde, durchgeführt worden sei.

Soweit der Antragsgegner energie- und kartellrechtliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des durchgeführten Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens geltend mache, so maße er sich eine ihm nicht zustehende Prüfungscompetenz an. Die Aufsicht über die Einhaltung energie- und kartellrechtlicher Vorschriften sei gemäß § 48 GWB den nach Landesrecht zuständigen Kartellbehörden zugewiesen. Die Landeskartellbehörde Nieder-

sachsen habe das durchgeführte Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren nicht beanstandet, ebenso wenig habe sich einer der unterlegenen Konzessionsbewerber an die Kartellbehörden gewandt.

Das Energiewirtschaftsrecht regule nicht, welchen Bindungen eine Kommune bei dem Abschluss eines Wegenutzungsvertrages unterliege. Der Abschluss eines Konzessionsvertrages unterfalle auch weder dem nationalen noch dem europäischen Vergaberecht. Aus dem europäischen Unionsrecht und dem nationalen Kartellrecht ergebe sich allerdings die Verpflichtung, den Gleichheitssatz und das Transparenzgebot zu beachten. Folglich sei ein transparentes und diskriminierungsfreies Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren durchzuführen. Andererseits stehe einer Gemeinde - hergeleitet aus der verfassungsrechtlich verankerten Selbstverwaltungsgarantie - bei der Entscheidung über die Wahl der künftigen Struktur der kommunalen leitungsgebundenen Energieversorgung und bei der Auswahl des künftigen Konzessionärs ein weiter Entscheidungsspielraum zu. Vor diesem Hintergrund genüge das hier durchgeführte Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren allen rechtlichen Anforderungen.

Das Ende der auslaufenden Strom- und Gaskonzessionsverträge sei entsprechend den Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes öffentlich bekannt gemacht worden. Das Interessenbekundungsverfahren sowie die Präsentation und Bewertung der Angebote sei unter Offenlegung der Auswahlkriterien transparent und unter Beachtung der Gleichbehandlung aller Bewerber durchgeführt worden. Die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegten Kriterien orientierten sich an den Empfehlungen des Deutschen Städtetages, des Deutschen Städte- und Gemeindebundes und des Verbandes kommunaler Unternehmen. Die Kriterien seien durchweg netzbezogen und an den Zielen des Energiewirtschaftsgesetzes ausgerichtet.

Schließlich sei auch die im Rahmen der Auswahlentscheidung vorgenommene Bewertung der Angebote vor dem Hintergrund des ihr zukommenden weitgehenden Entscheidungs- und Beurteilungsspielraumes nicht zu beanstanden.

Hinsichtlich des Auswahlkriteriums zu Ziffer 1 ("Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung") sei die Beigeladene mit der höchsten Punktzahl bewertet worden, weil die Einflussmöglichkeiten der Kommunen auf Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen, Kostenverteilungsregelungen bei Gemeinschaftsprojekten und bei der Erarbeitung von Klimaschutzkonzepten durch die unmittelbare Beteiligung der Kommunen an

der Beigeladenen am effektivsten gewährleistet seien. Entsprechendes habe sich beim Auswahlkriterium zu Ziffer 2 ("Angemessene Beteiligung der Gemeinden an den im örtlichen Netzbetrieb erzielten Deckungsbeiträgen") ergeben. Hinsichtlich des Bewertungskriteriums zu Ziffer 3 ("Gewährleistung einer hohen Versorgungssicherheit und eines effizienten Netzbetriebes") seien die Angebote der Beigeladenen, der E.-Energie-AG, sowie der Wirtschaftsbetriebe der Stadt Norden jeweils mit der höchstmöglichen Punktzahl bewertet worden. Hinsichtlich der - neu gegründeten - Beigeladenen sei das Konzept beurteilt worden, welches vorsehe, einen erfahrenen strategischen Partner als Betriebsführer einzubinden. Derartige Konzepte seien branchenüblich und wirtschaftlich. Zudem würde ein solches neu begründetes Unternehmen diskriminiert werden, wenn schon im Bewerbungsverfahren der Nachweis der Sachkunde durch Referenzen oder Zertifizierungen verlangt werden würde. In Bezug auf das Bewertungskriterium zu Ziffer 4 ("Förderung des Einsatzes erneuerbarer Energien") seien alle Angebote mit der höchsten Punktzahl bewertet worden. Bei dem letzten Bewertungskriterium zu Ziffer 5 ("Stärkung der Bürgernähe und -akzeptanz") habe sich wiederum die Beigeladene durchgesetzt, weil durch die unmittelbare Beteiligung der Kommunen an der Beigeladenen die Vertreter jeder einzelnen Kommune gleichzeitig Ansprechpartner des Netzbetreibers seien und somit die größtmögliche Präsenz des Konzessionsnehmers vor Ort gewährleistet sei.

Schließlich habe sie ihre marktbeherrschende Stellung auch nicht durch die Vergabe eines einheitlichen Konzessionsvertrages für den Strom- und Gasnetzbetrieb bzw. durch einen Verstoß gegen das sog. Nebenleistungsverbot missbraucht.

Die herangezogenen netzbezogenen Auswahlkriterien seien jeweils einzeln auf die Angebote der Bewerber für den Stromkonzessionsvertrag und für den Gaskonzessionsvertrag angewandt worden. Alle Bewerber hätten Angebote für beide Netze abgegeben. Allen Bewerbern sei dadurch die Möglichkeit eröffnet worden, Synergieeffekte in ihre Angebote einfließen zu lassen.

Nach § 3 der Konzessionsabgabenverordnung sei eine Vereinbarung oder Gewährung von sonstigen Finanz- oder Sachleistungen (sog. Nebenleistungen) unzulässig, wenn sie ohne bzw. ohne angemessene Gegenleistung gefordert würden. In dem Strom- und Gaskonzessionsvertrag mit der Beigeladenen seien lediglich die Zahlungen einer Konzessionsabgabe in Höhe der Höchstbeträge sowie die Gewährung von Kommunalrabatten, ebenfalls in der höchst zulässigen Höhe, vereinbart worden. Darüber hinausgehende, konzessionsrechtlich relevante Vereinbarungen fänden sich in den Verträgen nicht.

Sofern man die Frage des Vorliegens eines Rechtsverstoßes durch die beanstandeten Ratsbeschlüsse anders bewerten wollte, wäre die angefochtene Beanstandungsverfügung jedenfalls ermessensfehlerhaft. Der Antragsgegner habe seine Ermessensentscheidung auf fehlerhafte, hypothetische Überlegungen stützt. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die Prognose des Antragsgegners, dass es der Beigeladenen nicht gelingen werde, einen strategischen Partner zu finden. Im Übrigen habe der Antragsgegner seine Pflicht zur Beratung der kreisangehörigen Gemeinden verletzt, indem er es unterlassen habe, die geplante Rekommunalisierung der Strom- und Gasnetze beratend zu begleiten. Stattdessen habe er sogleich zu dem schwerstwiegenden und damit unverhältnismäßigen Mittel der kommunalaufsichtlichen Beanstandungsverfügung gegriffen.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihrer Anfechtungsklage vom 27. April 2012 gegen die Beanstandungsverfügung des Antragsgegners vom 27. März 2012 hinsichtlich der Beschlüsse zum Abschluss eines Strom- und Gaskonzessionsvertrages mit der Netzgesellschaft S.(N) wieder herzustellen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge abzulehnen.

Er vertritt unter Wiederholung, Vertiefung und Ergänzung der Gründe der angefochtenen Beanstandungsverfügung weiterhin die Ansicht, dass die Antragstellerin mit der Entscheidung, die Konzessionsverträge an die Beigeladene zu vergeben, ihre marktbeherrschende Stellung bei der Vergabe der örtlichen Wegerechte missbraucht habe, indem sie durch ein intransparentes und diskriminierendes Konzessionsvergabeverfahren zur Maximierung ihres eigenen wirtschaftlichen Vorteils leistungsbereite Dritte verdrängt habe. Hierdurch habe die Antragstellerin die Bestimmungen der §§ 46 Abs. 3 und 1 EnWG sowie die §§ 1, 19 und 20 GWB verletzt. Zugleich verstießen die beanstandeten Beschlüsse der Antragstellerin gegen die §§ 148 Abs. 2 und 110 Abs. 2 NKomVG.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei er nicht gehalten gewesen, die Angelegenheit der obersten kommunalen Aufsichtsbehörde zur Entscheidung vorzulegen. Eine "andere Beteiligung" im Sinne des § 171 Abs. 4 Satz 1 NKomVG liege nicht vor, weil es angesichts der komplexen Verflechtungen in Bezug auf die Beteiligung an der E.-AG bzw.

deren Tochtergesellschaften jedenfalls an der erforderlichen Unmittelbarkeit der "anderen Beteiligung" fehle. Diese Auffassung teile auch das Niedersächsische Ministerium für Inneres und Sport, wie sich aus dessen Schreiben an den Landkreis Cloppenburg vom 6. Juni 2011 in einer entsprechenden Angelegenheit ergebe. Auch der Umstand, dass der Landrat des Landkreises Leer einen Sitz im Aufsichtsrat der E.-Energie-AG innegehabt habe, führe nicht zu einer Befangenheit. Der Landrat sei insoweit nicht in seiner Funktion als Hauptverwaltungsbeamter tätig geworden, sondern ausschließlich als natürliche Person.

Die Antragstellerin gehe auch zu Unrecht davon aus, dass einer Kommunalaufsichtsbehörde im Bereich des Energie- und Kartellrechtes keine Aufsichtsrechte zustünden. Nach § 173 Abs. 1 NKomVG könne eine Kommunalaufsichtsbehörde Beschlüsse und andere Maßnahme einer Kommune beanstanden, wenn sie das Gesetz verletzen. Hierzu zählten neben formellen Gesetzen auch Rechtsverordnungen, Satzungen, Gewohnheits- und Richterrecht sowie das primäre und sekundäre Recht der Europäischen Gemeinschaft. Damit seien die Kommunalaufsichtsbehörden auch berufen, Verstöße gegen energie- und kartellrechtliche Normen zu überwachen.

Nach § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG sei die Gemeinde bei der Auswahl des Konzessionsvertragspartners den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Durch diese Zielverpflichtung seien den Gemeinden bei der Aufstellung von Auswahlkriterien enge Grenzen gesetzt. Zugleich leite sich hieraus, wie auch aus kartell- und europarechtlichen Vorgaben ab, dass die Gemeinden bei der Vergabe der Strom- und Gaskonzessionen ein transparentes und diskriminierungsfreies Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren durchzuführen haben.

Dabei dürfe die Gemeinde Positionen, die ihr allein aus ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger erwachsen, nicht zur Verdrängung leistungsbereiter Dritter zur Maximierung ihres eigenen wirtschaftlichen Vorteiles verwenden. Die Verpflichtung zur diskriminierungsfreien und transparenten Vergabe von Konzessionsverträgen und zur Beachtung der Ziele des Energiewirtschaftsgesetzes bedeute u.a., dass die Auswahlentscheidung ausschließlich anhand von sachlichen, am Konzessionsgegenstand orientierten, also netzbezogenen Auswahlkriterien durchzuführen sei. Zugleich folge aus diesen Maßstäben, dass im Vorfeld der Konzessionsvergabe keine Vorfestlegung auf Rekommunalisierungs- bzw. Beteiligungsmodelle erfolgen dürfe. Auch nach Auffassung von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur missbrauche eine Gemeinde ihre marktbeherrschende Stellung u.a. dann, wenn sie nicht sachgerechte Auswahlkriterien zugrunde lege, wenn sie unzulässige Ne-

benleistungen fordere oder sich zusagen lasse, wenn sie mit ihr verbundene Unternehmen ohne sachlichen Grund bevorzuge oder den Interessenten nicht diskriminierungsfrei die netzrelevanten Daten für eine Bewerbung zur Verfügung stelle.

Aus den vorgelegten Unterlagen sei bereits nicht ersichtlich, ob allen am Auswahlverfahren beteiligten Unternehmen die netzrelevanten Daten in einer geeigneten Form übermittelt worden seien.

Die Antragstellerin habe auch dadurch gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, dass bei der Entscheidungsfindung die Interessenbekundung der Fa. K. nicht berücksichtigt worden sei. Die Antragstellerin habe im Bekanntmachungsverfahren keine Frist für die Interessenbekundung benannt. Die Fa. K. habe am 28. Juni 2011 schriftlich ihr Interesse bekundet. Obwohl zu diesem Zeitpunkt eine Vergabeentscheidung noch nicht getroffen worden sei, sei der Interessent ohne förmliche Entscheidung der Antragstellerin im weiteren Verfahren nicht mehr berücksichtigt worden.

Die von der Antragstellerin zugrunde gelegten Auswahlkriterien und deren Gewichtung seien so gewählt worden, dass eine Vergabe der Konzessionsverträge ohne Beteiligungsmodell von vornherein ausgeschlossen worden sei. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die unter Ziffer 1 und 2 genannten Einzelkriterien mit einer Gewichtung von zusammen 55 von Hundert. Eine Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung und eine angemessene Beteiligung an den im örtlichen Netzbetrieb erzielten Deckungsbeiträgen lasse sich nur erreichen, wenn die Gemeinde an dem Unternehmen, welches die Netze betreibe, beteiligt sei. Im Ergebnis führe dies dazu, dass jedes Unternehmen, das sich um den Abschluss des Konzessionsvertrages bewerbe, ohne eine Beteiligungslösung anzubieten, chancenlos sei. Hierin liege nicht nur ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, sondern zugleich ein Verstoß gegen das gesetzgeberische Ziel des § 46 Abs. 2 EnWG, einen Wettbewerb um örtliche Verteilnetze zu ermöglichen.

Die der Auswahlentscheidung der Antragstellerin zugrunde gelegten Einzelkriterien 1, 2 und 5 wiesen auch nicht die erforderliche Netzbezogenheit auf und stellten somit unzulässige Auswahlkriterien dar. Kriterien wie die "Stärkung des kommunalen Einflusses durch Übertragung von Gesellschafterrechten an der Netzgesellschaft" und einer "angemessenen Beteiligung der Gemeinde an den durch den örtlichen Netzbetrieb erzielten Deckungsbeiträgen" hätten nichts mit dem Netzbetrieb und den in § 1 EnWG verankerten

Zielen zu tun. Die Verpflichtungen eines Netzbetreibers, Energieversorgungsnetze sicher, zuverlässig, leistungsfähig und effizient zu betreiben und fortzuentwickeln, ergebe sich unabhängig von der Gesellschafterstruktur aus dem Energiewirtschaftsgesetz selbst. Auch das Einzelkriterium "Stärkung der Bürgernähe und -akzeptanz" mit dem Unterkriterium "örtliche Präsenz" stehe in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Gegenstand des Konzessionsvertrages. Die Zulässigkeit derartiger Kriterien lasse sich auch nicht mit der Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG begründen, da die Befugnis zur Regelungen der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nur "im Rahmen der Gesetze" bestehe. Kriterien, die wie hier gegen das Energie- oder Kartellrecht verstießen, seien somit nicht zulässig.

Das Unterkriterium "Übernahme von Kaufpreissrisiken etc. durch den Kooperationspartner" im Einzelkriterium zu Ziffer 2 enthalte darüber hinaus eine Forderung der jeweiligen Kommune nach dem Anbieten oder Gewähren einer unzulässigen Nebenleistung im Sinne von § 3 Konzessionsabgabenverordnung. Die Übernahme von Risiken durch den Kooperationspartner könne denklogisch nur durch die Gewährung unzulässiger Nebenleistung in Form von Finanzleistungen realisiert werden. Die Abwälzung der finanziellen Risiken auf die anderen Gesellschafter stelle ein marktunübliches Verhalten und in der vorliegenden Konstellation zugleich einen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot nach § 3 KAV dar.

Darüber hinaus sprächen zahlreiche weitere Umstände der Vergabeentscheidung für eine unsachgemäße Bevorzugung bzw. für eine ungerechtfertigte und damit unzulässige Vorfestlegung auf die Beigeladene. Zunächst sei festzustellen, dass die Beigeladene bei dem Bewertungskriterium zu Ziffer 3 "Gewährleistung einer hohen Versorgungssicherheit und eines effizienten Netzbetriebes" in nicht nachvollziehbarer Weise mit der höchstmöglichen Punktzahl bewertet worden sei. In den Erläuterungen hierzu werde ausgeführt, dass die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit von den Bewerbern durch Referenzen und Zertifizierungen nachzuweisen seien und dass der von der Bundesnetzagentur für den Bewerber festgelegte Effizienzwert bekanntzugeben sei. Obwohl die neu gegründete Beigeladene über keine Referenzen oder Zertifizierungen verfüge, habe sie die höchstmögliche Punktzahl erhalten. Im Bereich des Unterkriteriums "Effizienzwert" habe sie ebenfalls die maximale Punktzahl erreicht. Die Antragstellerin begründe dies mit dem Unternehmenskonzept der Beigeladenen, welches vorsehe, einen strategischen Partner für den Netzbetrieb zu finden, um so die maximal mögliche Sachkompetenz und Effizienz zu gewährleisten. Diese Bewertungspraxis sei unzulässig.

Dafür, dass sich die Antragstellerin und die anderen an der Beigeladenen beteiligten Kommunen von Anfang an auf den Abschluss eines Konzessionsvertrages mit der Beigeladenen (vor-)festgelegt hätten, sprächen zudem verschiedene Aussagen der einzelnen Kommunen. So hätten die Gemeinden beispielsweise bereits im Jahre 2010 im Rahmen des Anzeigeverfahrens bezüglich der Gründung der Beigeladenen mitgeteilt, dass mit der Gründung der "Netzgesellschaft Südliches Ostfriesland mbH" eine grundgesetzlich geschützte Aufgabe der Gemeinde, nämlich eine Rekommunalisierung der örtlichen Energieversorgung, eingeleitet werde. Darüber hinaus ergebe sich der Befund einer kartellrechtlich verbotenen Vorfestlegung auch aus dem Schreiben des von der Gemeinde beauftragten Beratungsunternehmens Göken/Pollak und Partner vom 2. Februar 2012 an die potentiellen strategischen Partner, in dem es u.a. heiße, dass die Kommunen im Landkreis Leer gemeinsam die "Netzgesellschaft Südliches Ostfriesland mbH" gegründet hätten, um mit dieser Netzgesellschaft die neuen Strom- und Gaskonzessionsverträge ab dem 1. Januar 2013 abzuschließen.

Die Antragstellerin und die weiteren an der Beigeladenen beteiligten Gemeinden hätten bei ihrer Auswahlentscheidung die Ziele des Energiewirtschaftsgesetzes auch deshalb nicht angemessen beachtet, weil dabei - wie zahlreiche Unterlagen und Presseberichte belegten - in erster Linie finanzielle Interessen der Antragstellerin bzw. der weiteren Kommunen den Ausschlag gegeben hätten.

Neben der Verletzung energie- und kartellrechtlicher Vorschriften habe die Antragstellerin mit ihrer Entscheidung über den Abschluss der Konzessionsverträge an die Beigeladenen auch gegen kommunalrechtliche Vorschriften verstoßen.

Auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Antragstellerin in der Antragsbegründung, der Beigeladenen stünden verschiedene Netzbewirtschaftungskonzepte, wie Eigenbewirtschaftung, Vergabe der technischen Betriebsführung oder Verpachtung der Energienetze zur Verfügung, sei daran festzuhalten, dass die Antragstellerin mit der Vergabe der Konzessionen an die Beigeladene die Erfüllung der kommunalen Aufgaben und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Kommune und ihrer Einwohner gefährde. Die Antragstellerin übersehe, dass die zulässigen Auswahlkriterien schon im Zeitpunkt der Entscheidung über den Konzessionsvertrag erfüllt sein müssen. Solange völlig offen sei, ob die Gesellschaft, die sich auf den Abschluss von Konzessionsverträgen bewerbe, in der Lage sein werde, die Netze selbst zu betreiben oder durch einen Dritten

betreiben zu lassen, könne die Entscheidung nicht zugunsten eines solchen Interessenten getroffen werden.

Festzuhalten sei danach, dass die Beigeladene weder über eine Genehmigung nach § 4 EnWG, noch über ausreichende finanzielle Mittel und die erforderliche Sachkenntnis für den Betrieb der Energienetze verfüge. Bis zum heutigen Tage sei noch kein strategischer Partner gefunden worden. Dass alle Konzessionsbewerber mit Ausnahme der E.-Energie-AG im Konzessionsvergabeverfahren bekundet hätten, als strategischer Partner zur Verfügung zu stehen, werde bestritten und sei im Übrigen irrelevant. Damit könne die Antragstellerin die Aufgabe einer an den Zielen des Energiewirtschaftsgesetzes ausgerichteten leitungsgebundenen Energieversorgung ihrer Einwohner nicht erfüllen.

Zugleich habe die Antragstellerin durch ihre Auswahlentscheidung die berechtigten wirtschaftlichen Interessen ihrer Einwohner missachtet. Es sei nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass der Kaufpreis in Höhe des Sachwertes für die Netze tatsächlich durch den Ertragswert begrenzt sein werde. Da ein strategischer Partner nach wie vor nicht gefunden sei, bestehe die reale Gefahr, dass die Antragstellerin den Kaufpreis vollständig allein finanzieren müsse, was sie überfordern dürfte.

Die Antragstellerin blende zudem weitere Risiken, etwa die Kosten für die Entflechtung der Netze, die Kosten für das Mess- und Zählwesen sowie konjunkturelle und branchenspezifische Unsicherheiten aus. Letztlich sei auch trotz der Anreizregulierung für die jeweilige Regulierungsperiode keineswegs über die gesamte Laufzeit gesichert, dass die Erlöse aus dem Netzbetrieb ausreichen, um den Kaufpreis für die Netze vollständig zu refinanzieren. Nicht zuletzt habe die Antragstellerin die möglichen negativen Folgen der Ausübung des vereinbarten Sonderkündigungsrechtes nicht richtig übersehen und eingeschätzt.

Durch die Übernahme der enormen wirtschaftlichen Risiken im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe an eine Eigengesellschaft der Antragstellerin und der anderen beteiligten Kommunen habe die Antragstellerin zugleich die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verletzt. Eine Gemeinde sei verpflichtet, eine detaillierte Wirtschaftlichkeitsanalyse vorzunehmen, wenn und soweit sie eine Privatisierung einer Aufgabe der Energiewirtschaft vornehmen wolle. Dies sei hier unterblieben. Vielmehr habe die Antragstellerin bei ihrer Entscheidung allein die wirtschaftlichen Chancen in den Blick genommen. Auch in diesem Zusammenhang sei nochmals darauf hinzuweisen, dass die beab-

sichtigte Abwälzung des Kaufpreises auf den strategischen Partner zu der Konstellation einer sog. "asynchronen Gesellschafterstellung" führe und damit unzulässig sei.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei auch die von ihm vorgenommene Ermessensausübung einwandfrei. Zum einen sei die Vornahme einer Beanstandungsverfügung bei den hier gegebenen eindeutigen Gesetzesverstößen bereits intendiert. Zum anderen treffe es nicht zu, dass er seiner Verpflichtung zur Beratung und Unterstützung der Gemeinden nicht nachgekommen sei. Richtig sei vielmehr, dass den Gemeinden im Vorfeld eine umfangreiche Information und Beratung durch die anerkannte Beraterfirma C 1 C. angeboten worden sei. Die Gemeinden hätten hiervon jedoch keinen Gebrauch gemacht.

Die Beigeladene stellt keinen eigenen Antrag, tritt aber dem Rechtsstandpunkt der Antragstellerin bei und trägt zur Sache im Wesentlichen vor: Vor der Gründung der N hätten sich die Gesellschafter unter Zuhilfenahme eines fachkundigen Beratungsunternehmens intensiv mit den Chancen und Risiken der Netzübernahme durch eine zu gründende kommunale Netzgesellschaft auseinandergesetzt. Auf der Grundlage der positiven Einschätzung des Vorhabens in der Machbarkeitsstudie des beauftragten Beratungsunternehmens und vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Gemeinden, den kommunalen Einfluss auf die leitungsgebundene Energieversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge zu stärken, sei die N sodann im Dezember 2010 gegründet worden, um sich am Auswahlverfahren für die Vergabe der Konzessionen für die Strom- und Gasnetze beteiligen zu können. Hierfür sei das derzeitige Stammkapital völlig ausreichend. Das Konzept der N habe weiter vorgesehen, sich nach einer erfolgreichen Bewerbung für die Konzessionsverträge um einen finanzstarken und sachkundigen strategischen Partner zu bemühen. Dieser strategische Partner werde in erster Linie benötigt, um einen beträchtlichen Teil (entsprechend der Beteiligung in Höhe von maximal 49,9 %) des zu erwartenden Netzkaufpreises, der etwa 100 Mio. Euro betragen könne, mitzufinanzieren. Der strategische Partner müsse nicht notwendig auch die Betriebsführung übernehmen. Die kaufmännische und technische Betriebsführung werde entsprechend den kartellrechtlichen Vorgaben noch europaweit ausgeschrieben. Konzepte, wie das der N, seien bereits erfolgreich von anderen kommunalen Gesellschaften, teilweise auch ohne Beteiligung privatwirtschaftlicher Partner, umgesetzt worden. Die vom Antragsgegner in den Vordergrund seiner Argumentation gestellte Befürchtung, die N werde keinen strategischen Partner finden, entbehre angesichts der wirtschaftlichen Rahmenbedingung jeder Grundlage. Zudem befinde sie sich mittlerweile in fortgeschrittenen Verhandlungen mit zwei namhaften Energieversorgungsunternehmen, nämlich der T.-AG und der A.AG. Ferner habe ein Konsorti-

um bestehend aus BS Energy/V ein Angebot für eine strategische Partnerschaft unterbreitet. Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Beigeladenen wird auf ihren Schriftsatz vom 12. Juli 2012 (Blatt 192 bis 206 GA) verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, insbesondere auf den Schriftsatz der Antragstellerin vom 11. Juli 2012 mit vertiefenden Ausführungen zur Antragsbegründung (Blatt 148 bis 191 GA) sowie die schriftliche Erwiderung der Antragsgegnerin hierzu vom 16. Juli 2012 (Blatt 290 - 315 GA) sowie der vom Antragsgegner vorgelegten Verwaltungsvorgänge, die Gegenstand der Entscheidungsfindung waren, Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist zulässig und begründet.

Das Begehren der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist nach § 80 Abs. 5 VwGO zu beurteilen, da die von der Antragstellerin am 27. April 2012 gegen die Beanstandungsverfügung des Antragsgegners vom 27. März 2012 erhobene Anfechtungsklage aufgrund der vom Antragsgegner im angegriffenen Bescheid zugleich gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO verfügten Anordnung der sofortigen Vollziehung keine aufschiebende Wirkung entfaltet.

Das Gericht kann die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage nach Maßgabe des § 80 Abs. 5 VwGO auf Antrag wiederherstellen, wenn entweder die formellen Anforderungen an die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht erfüllt sind oder eine umfassende Abwägung zwischen dem Suspensivinteresse des Antragstellers (d.h. dem Interesse, vom Vollzug des Verwaltungsaktes bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens verschont zu bleiben) und dem öffentlichen Interesse am sofortigen Vollzug des Verwaltungsaktes einen Vorrang des Suspensivinteresses ergibt. Von entscheidender Bedeutung für die Interessenabwägung sind dabei die überschaubaren Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Erweist sich der mit der Anfechtungsklage angefochtene Verwaltungsakt bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO grundsätzlich gebotenen und ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage voraussichtlich als rechtswidrig, so überwiegt in aller Regel das Suspensivinteresse des Antragstellers. Umgekehrt geht die Interessenabwägung regelmäßig zu Lasten des Antragstellers aus,

wenn sich der angegriffene Verwaltungsakt als voraussichtlich rechtmäßig erweist. Im Hinblick auf die Dringlichkeit und Bedeutung des vorliegenden Verfahrens, die sich insbesondere wegen der zum Jahresende auslaufenden Konzessionsverträgen ergibt, hat die Kammer über eine grundsätzlich ausreichende summarische Prüfung hinaus, eine umfassende und erschöpfende Prüfung der Sach- und Rechtslage vorgenommen.

Unter Zugrundelegung dieses Prüfungsmaßstabes ist der Antrag der Antragstellerin begründet, da die angefochtene Beanstandungsverfügung rechtswidrig ist und folglich im Hauptsacheverfahren aufzuheben sein wird.

Das Gericht teilt allerdings nicht die Einschätzung der Antragstellerin, dass dem Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bereits deshalb stattzugeben sei, weil die Anordnung der sofortigen Vollziehung den formellen Anforderungen nicht gerecht werde. Als Behörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, war der Antragsgegner auch für die Anordnung der sofortigen Vollziehung zuständig. Der Antragsgegner hat in der schriftlichen Begründung das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit der Beanstandungsverfügung in einer den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO genügenden Weise dargelegt.

Rechtsgrundlage der angefochtenen Beanstandungsverfügung ist § 173 Abs. 1 Satz 1 des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes vom 17. Dezember 2010 - NKomVG -. Danach kann die Kommunalaufsichtsbehörde u.a. Beschlüsse einer Kommune beanstanden, wenn sie das Gesetz verletzen. Die vom Antragsgegner beanstandeten Ratsbeschlüsse über den Abschluss eines Konzessionsvertrages für den Betrieb des Strom- und Gasnetzes mit der Beigeladenen vom 21. September 2011 bzw. vom 12. Dezember 2011 sind somit tauglicher Gegenstand einer Maßnahme der Kommunalaufsicht.

In formeller Hinsicht setzt die Rechtmäßigkeit einer Beanstandungsverfügung voraus, dass die zuständige Kommunalaufsichtsbehörde tätig geworden ist. Gemäß § 171 Abs. 2 NKomVG üben grundsätzlich die Landkreise die Kommunalaufsicht über die kreisangehörigen Gemeinden aus. Eine Ausnahme hierzu regelt § 171 Abs. 4 Satz 1 NKomVG, wonach an die Stelle des Landkreises das für Inneres zuständige Ministerium als oberste Kommunalaufsichtsbehörde tritt, wenn ein Landkreis in einer von ihm als Kommunalaufsichtsbehörde zu entscheidenden Angelegenheit auch noch "in anderer Weise beteiligt" ist. Was unter "Beteiligung in anderer Weise" im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird angenommen, dass unter "Beteiligung" eine

solche im Sinne des § 13 VwVfG zu verstehen ist (Smollich, Praxis der Kommunalverwaltung, Kommentar zum NKomVG, § 171 Rdr. 5). Eine andere Ansicht lehnt dies ab und nimmt - weitergehend - an, dass die Grundsätze des Mitwirkungsverbot aus § 45 NKomVG entsprechend heranzuziehen sind und eine "Beteiligung in anderer Weise" anzunehmen ist, wenn der Landkreis unmittelbar im Sinne eines besonderen Vor- oder Nachteils betroffen ist (vgl. Thiele, Nds. KomVG, Kommentar 2011, § 171 Anm. 2).

Im vorliegenden Fall greift die Regelung des § 171 Abs. 4 Satz 1 NKomVG nach keiner der vertretenen Ansichten ein. Eine Beteiligung des Antragsgegners im Sinne von § 13 Abs. 1 VwVfG am Verfahren zur Vergabe der Konzessionen für die Energienetze liegt offensichtlich nicht vor. Aber auch unter Zugrundelegung der weiteren Betrachtungsweise des Begriffes der "Beteiligung in anderer Weise" ergibt sich im Ergebnis nichts Anderes. Zwar ist der Antragsgegner mit einem Anteil von 1,67 % am E.-Versorgungs- und Entsorgungsverband (E.-Verband) beteiligt, der wiederum über die E.-holding GmbH, die E.-Versorgungs- und E. mbH (E.-Verband-GmbH) sowie der W.-Energiebeteiligungen GmbH (WE-GmbH) insgesamt 74 % der Aktien der E.-AG hält. Der derzeitige Netzbetreiber, die E.-Netz-GmbH ist eine 100 %ige Tochter der E.-Energie-AG, welche wiederum eine 100 %ige Tochter der E.-AG ist. Angesichts dieser komplexen gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltungen dürfte von einem möglichen unmittelbaren Nachteil des Antragsgegners durch die Konzessionsvergabe an eine andere Gesellschaft als die E.-Netz-GmbH kaum gesprochen werden können. Auch für die Annahme einer persönlichen Befangenheit des Landrates in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied der E.-Energie AG bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte.

Tatbestandliche Voraussetzungen für den Erlass einer kommunalaufsichtlichen Beanstandungsverfügung ist gemäß § 173 Abs. 1 Satz 1 NKomVG, dass der beanstandete Beschluss der Kommunen das Gesetz verletzt.

Verletzung eines Gesetzes ist begrifflich mit einem Rechtsverstoß gleichzusetzen, so dass eine Beanstandung nicht nur dann zulässig ist, wenn die beanstandete Maßnahme der Gemeinde gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt, sondern auch dann, wenn Beschlüsse der Kommune mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen, wie etwa dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem Gleichheitssatz oder dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht vereinbar sind (vgl. Ipsen, Kommentar zum NKomVG, § 173 Rdr. 3). Irgendwelche Einschränkungen hinsichtlich der Prüfungskompetenz der Kommunalaufsichtsbehörden im Hinblick auf bestimmte Rechtsmaterien ergeben sich aus dem NKomVG nicht. Auch den

energie- und kartellrechtlichen Vorschriften des EnWG und des GWB lässt sich nicht entnehmen, dass die insoweit bestehenden Aufsichtsbefugnisse unter Verdrängung der Kommunalaufsichtsbehörden ausschließlich den Energie- und Kartellbehörden zugewiesen wären. Der Antragsgegner war deshalb befugt, die Beschlüsse der Antragstellerin auch auf ihre Vereinbarkeit mit energie- und kartellrechtlichen Bestimmungen hin zu überprüfen.

Der Antragsgegner geht aber zu Unrecht davon aus, dass die Antragstellerin mit ihren Beschlüssen vom 21. September 2011 und vom 12. Dezember 2011 ein Gesetz oder andere verfassungsrechtliche Grundsätze verletzt hat. Entgegen der Einschätzung des Antragsgegners vermag das Gericht 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 der §§ 46 Abs. 2 und 3 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, bereinigt S. 3621) in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 21. August 2009 (BGBl. I S. 2870) - EnWG - sowie der §§ 1, 19 und 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der geltenden Fassung - GWB - verstoßen hätte (1.), noch 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 wird oder nicht, bedarf es zunächst einer detaillierten Analyse der sich aus diesen Normen ergebenden rechtlichen Bindungen, denen eine Kommune beim Abschluss von Energiekonzessionsverträgen unterworfen ist.

Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung sind dabei die Regelungen des § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG. Gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG sind 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 gehören. Solche Verträge dürfen - wie sich ebenfalls aus § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG ergibt - höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren ab-

geschlossen werden. Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Die Vorschrift des § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG schreibt 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 verpflichtet die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens auf die Ziele des § 1 EnWG. § 46 Abs. 3 Satz 6 EnWG sieht vor, dass die Gemeinden bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Abs. 2 ihre Entscheidung unter Bekanntgabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen haben. Schließlich erklärt § 46 Abs. 4 EnWG die Vorschriften der Abs. 2 und 3 für Eigenbetriebe der Gemeinde für entsprechend anwendbar. Danach ist zunächst festzuhalten, dass die Regelungen des § 46 Abs. 2 - 4 EnWG nicht die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens anordnen. Ebenso wenig enthalten sie inhaltliche Vorgaben für die Auswahlentscheidung der Gemeinden.

Weitere Bindungen für das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen für die Strom- und Gasnetze sind nach ganz überwiegender Auffassung aus kartellrechtlichen Vorschriften herzuleiten. Zwar ist nach herrschender Meinung das (strenge) Vergaberecht der § 97 ff. GWB auf die Entscheidung über den Vertragspartner für die Vergabe der Konzessionen für Energienetze nicht anwendbar, da hier durch die Gemeinde kein Dienstleistungsauftrag vergeben wird, sondern regelmäßig (nur) eine Dienstleistungskonzession zustande kommt (vgl. Britz/Hellermann/Hermes, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 2010, § 46 Rdr. 66; Albrecht in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch 3. Aufl. 2011, § 9 Rdr. 79; Templin, Recht der Konzessionsverträge 2009, S. 135 f.; Hoffmann, Kommunale Konzessionsverträge im Lichte des Energiewirtschafts- und Wettbewerbsrechts, NZBau 2012, S. 11, zitiert nach Beck-Online).

Dennoch hat die Gemeinde 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 ergibt sich aus dem Umstand, dass die Gemeinden hinsichtlich der für den Netzbetrieb unverzichtbaren Wegenutzungsrechte über eine Monopolstellung verfügen, so dass die Vorschriften der §§ 19 und 20 GWB über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu beachten sind. Danach hat die Gemeinde nach überwiegender Ansicht über

den Abschluss von Konzessionsverträgen für Strom- und Gasnetze grundsätzlich in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu entscheiden (Albrecht, a.a.O., § 9 Rdr. 80; Templin, Recht der Konzessionsverträge 2009, S. 136 m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung; Piepke/Gasner, Recht der Energiewirtschaft, Heft 2-2006 S. 36; Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionärs vom 15. Dezember 2010 - im Folgenden: Gemeinsamer Leitfaden -, S. 4).

Gänzlich unterschiedlich bewertet wird 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 ergeben.

So wird teilweise aus der Regelung des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, wonach die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen aus § 1 EnWG verpflichtet ist, 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 wird 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, welche der BGH in der sog. "Schilderpräge-Rechtsprechung" entwickelt habe. 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 (Schwensfeier in Kermel <HRSG>, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kapitel 5 S. 225 bis 235; Gemeinsamer Leitfaden a.a.O., S. 6, 7 und 9; Positionspapier, Konzessionsvergabe des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg vom 5. Dezember 2011, S. 4 sowie Landgericht Kiel, Urteil vom 3. Februar 2012 - 14 O 12.11 Kart.)

Dieser - eher wettbewerbs- und kartellrechtlich geprägten - Betrachtungsweise vermag sich das Gericht nicht anzuschließen.

Zunächst lassen sich nach Ansicht der Kammer 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 hat 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 hat der Gesetzgeber verzichtet und zwar nach Einschätzung der Kammer ganz bewusst (vgl. auch Hoffmann, a.a.O., S. 3 unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung zur Vorgängerregelung des § 46 Abs. 3 EnWG).

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, ist keine inhaltliche Festlegung der Auswahlkriterien im Sinne einer ausschließlichen Zulässigkeit streng netzaccessorischer Auswahlkriterien erfolgt. Dies lässt 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 ist, 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 dürfen.

Rechtlich ebenfalls nicht tragbar ist die weitere Erwägung, aus der BGH-Rechtsprechung zu den sog. "Schilderprägefällen" folge, 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. Der BGH hat in den Gründen seiner Entscheidung nämlich weiter ausgeführt, dass dies anders zu beurteilen sei, wenn zu den fiskalischen Interessen der Gemeinde weitere Gründe für die Konzessionierung eines kommunalen Unternehmens hinzutreten. Danach liegt beispielsweise eine sachlich nicht gerechtfertigte und damit diskriminierende Bevorzugung eines kommunalen Unternehmens gerade dann nicht vor, wenn eine Kommune ihr kommunales Unternehmen auch aus Gründen der Gewährleistung der Daseinsversorgung auswählt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 29. September 2009 - KZR 4/01 zitiert nach juris; Templin zum Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur, ZNER 2011, Heft 2 S. 123 f.). Anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall erfolgt die Konzessionsvergabe im vorliegenden Zusammenhang - wie nach-

folgend noch im Einzelnen dargelegt werden wird - in erster Linie aus Gründen der Gewährleistung der Daseinsvorsorge.

Ferner misst die dargestellte wettbewerbs- und kartellrechtlich geprägte Betrachtungsweise dem Aspekt der Sicherstellung eines effektiven Wettbewerbes ein Gewicht zu, dass diesem im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe für die Energienetze nicht zukommt. Anders als bei der Versorgung der Endverbraucher mit Strom und Gas, wo ein permanenter Wettbewerb stattfinden kann und soll, geht es bei der Vergabe der Konzession für den Netzbetrieb angesichts der regelmäßigen Vertragslaufzeit von 20 Jahren (nur) um einen "periodischen" Wettbewerb, der sich - wie ebenfalls nachfolgend gezeigt werden wird - letztlich auf eine periodische System- und ggf. Auswahlentscheidung beschränkt (vgl. Albrecht, a.a.O., § 9 Rdr. 65 bis 67).

Des Weiteren lässt sich die genannte Ansicht schwerlich mit der Rechtsprechung des EuGH zu den sog. "Inhouse-Geschäften" in Einklang bringen. Nach dieser Rechtsprechung des EuGH kann eine Kommune einen öffentlichen Auftrag direkt, also ohne ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen, an ein Unternehmen vergeben, dessen Anteile sie innehat, wenn das Unternehmen hauptsächlich für die Kommune tätig wird. Als derartige Tätigkeiten für die Kommune werden auch solche verstanden, welche auf der Grundlage einer Vergabe, einer Konzession oder einer anderen rechtlichen Beziehung mit der Kommune erbracht werden (EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006, RS C-340/04-Carbotermo). Soweit danach die Kommune in dieser Konstellation ein kommunales Unternehmen auswählt, kann nicht mehr von einer Bevorzugung ohne sachlichen Grund gesprochen werden (vgl. Büttner/Templin, ZNER 2011, S. 123). Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass diese Rechtsprechung nur für öffentliche Dienstleistungsaufträge, nicht aber für Dienstleistungskonzessionen gelte, für die das EnWG weitergehende Regelungen enthalte (so aber Schwensfeier, a.a.O., Rdr. 145 und 146). Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil das EnWG - wie gezeigt - gerade nicht die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens vorgibt und auch keine inhaltlichen Vorgaben für die Auswahlentscheidung enthält. Das Erfordernis der Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens wird 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 zulässt, muss dies erst recht für die hier vorliegende Konstellation gelten, in der die Durchführung eines transparenten und diskriminie-

rungsfreien Auswahlverfahrens aus der Regelung der §§ 19 und 20 GWB sowie aus allgemeinen Grundsätzen hergeleitet wird.

Entscheidend gegen die vorstehend geschilderte wettbewerbs- und kartellrechtlich begründete Ansicht über die zulässigen Auswahl- und Bewertungskriterien bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen durch die Gemeinden, die auch der Antragsgegner seiner rechtlichen Argumentation zugrunde gelegt hat, spricht aber, dass diese Betrachtungsweise die besondere, verfassungsrechtlich garantierte Stellung der Kommunen beim Abschluss qualifizierter Wegenutzungsverträge nahezu vollständig ausblendet. Dabei ist zunächst herauszustellen, dass die Vorschriften des EnWG nicht den Umfang und die Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts vorgeben, sondern umgekehrt das einfache Gesetz an der Verfassung zu messen ist.

Nach § 28 Abs. 2 Satz 1 GG muss 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 unterfällt die kommunale Energieversorgung nach ihrer historischen Entwicklung, ihrer Bedeutung für das wirtschaftliche und soziale Wohl der Einwohner sowie ihrem spezifischen Bezug zum kommunalen Weegeigentum, zur kleinräumigen Siedlungsstruktur und zur Bauleitplanung als eine in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnde Angelegenheit der Daseinsvorsorge den verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsangelegenheiten der Kommunen. Dies gilt unabhängig davon, in welcher Handlungsform die örtliche Strom- und Gasversorgung durchgeführt wird; die Entscheidung hierüber unterfällt jedenfalls der gemeindlichen Selbstverwaltung, was genügt, um die örtliche Stromversorgung zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu rechnen (BVerwG, Urteil vom 18. Mai 1995 - 7 C 58.94 -, BVerwGE 98, 273, 275).

Auch das Bundesverfassungsgericht betont, dass die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften gehört (vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 16. Mai 1989 - NJW 1990, S. 1783).

Die wohl überwiegende rechtswissenschaftliche Literatur folgt der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesverfassungsgerichtes und spricht 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 (Albrecht,

a.a.O., § 9 Rdr. 74 bis 77; Templin, Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und örtliche Energieversorgung, Verwaltungsarchiv 2009, S. 529 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; Büttner/Templin, a.a.O., ZNER 2011 S. 123; Theobald, Auslaufende Konzessionsverträge Strom und Gas: Was ist seitens der Gemeinde zu tun?, DÖV 2009; S. 358).

Aus der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden ergibt 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 soll. Insoweit hat 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 will, oder ob sie sich dafür entscheidet, die Erfüllungsverantwortung selbst zu übernehmen. Im letzteren Fall ergeben sich verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten. Die Gemeinde kann die Durchführung der Aufgabe durch einen Eigenbetrieb oder durch Einschaltung einer Eigengesellschaft erfüllen. Sie hat darüber hinaus die Möglichkeit, die Aufgabenerfüllung durch ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen unter Einschluss wiederum verschieden ausgestaltbarer Beteiligungsmodelle zu erfüllen. Hierzu gehört insbesondere auch die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegende Konstellation, dass die Gemeinde eine eigene Netzgesellschaft gründet und für den Betrieb der Netze einen strategischen Partner mittels einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung einbindet und diesem oder einem weiteren Unternehmen die technische Betriebsführung überträgt (vgl. Büttner/Templin, ZNER 2011, S. 122, a.a.O., S. 122).

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 hat, dürfte zu folgern sein, dass eine Gemeinde, die sich entschieden hat, 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 ist, überhaupt ein Auswahlverfahren durchzuführen. Dies steht auch nicht im Gegensatz zu den Bestimmungen des EnWG. Die Bekanntmachungspflichten könnte die Gemeinde im Vorfeld ihrer Systementscheidung ohne Weiteres erfüllen. Die Zielverpflichtung aus § 46 Abs. 3 Satz 2 EnWG muss 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, wird 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 sind, muss 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 hat, so dass die Grundsätze des EuGH zu den sog. "Inhouse-Geschäften" nicht anwendbar sein dürften (vgl. Weber, Kommunale Energieversorgungsunternehmen aus der Sicht des Vergaberechts, 2010 S. 61 ff).

Aber auch in dieser Konstellation korrespondiert mit der aus § 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 hat 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 kommen 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 (vgl. Templin, Recht der Konzessionsverträge, a.a.O., S. 136 f.; derselbe in ZNER 2011 S. 123; Theobald, a.a.O., DÖV 2009 S. 357 f.; Albrecht a.a.O., § 9 Rdr. 78 bis 83; Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 46 Rdr. 66 c m.w.Nw. und Deutscher Städtetag/Deutsche Städte- und Gemeindebund/Verband der kommunalen Unternehmen e.V., Konzessionsverträge, Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, S. 74 f.).

Unter Zugrundelegung dieser Prämissen erweist sich das von der Antragstellerin durchgeführte Auswahlverfahren als transparent und diskriminierungsfrei; insbesondere hat die

Antragstellerin ihrer Auswahlentscheidung sachgerechte Auswahlkriterien zugrunde gelegt.

Die Antragstellerin hat 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. Dass die Antragstellerin für die Interessenbekundung keine Frist gesetzt hat, ist letztlich unschädlich. Zwar wäre es durchaus sinnvoll gewesen, eine solche Frist in die Bekanntmachung aufzunehmen; das Gesetz schreibt dies jedoch nicht vor. Jedenfalls hat die Antragstellerin eine hinreichend lange Zeit, nämlich gut vier Monate abgewartet, bis sie das weitere Auswahlverfahren eingeleitet hat (vgl. Hinweise der niedersächsischen Landeskartellbehörde vom März 2010, abrufbar unter dem Link: Pressemitteilungen auf www.mw.niedersachsen.de, wonach eine Bekundungsfrist von mindestens drei Monaten für notwendig erachtet wird).

Es ist - mangels gesetzlicher Vorgaben - auch nicht zu beanstanden, dass die Antragstellerin die Firma Rational mit der weiteren Durchführung des Bewerbungsverfahrens beauftragt hat. Die Firma Rational hat 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 war.

Die Kammer vermag keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsgebot darin zu erkennen, dass die Fa. K. im weiteren Auswahlverfahren nicht mehr berücksichtigt worden ist. Die Bewerbung der Fa. K. ist am 28. Juni 2011 bei der Antragstellerin eingegangen. Zu diesem Zeitpunkt war die Frist für die Einreichung der Angebote (10. Juni 2011) verstrichen und der Präsentationstermin (23. Juni 2010) bereits durchgeführt worden. Vor diesem Hintergrund und der recht späten Interessenbekundung der Fa. K. war die Antragstellerin nicht gehalten, das Bewerbungsverfahren neu zu eröffnen. Dies hat offenbar auch die Fa. K. selbst so gesehen, da sie gegen ihre Nichtberücksichtigung keine Einwendungen erhoben hat.

Eine Diskriminierung einzelner Bewerber ergibt sich auch nicht aus der Vermutung des Antragsgegners, es hätten nicht allen Bewerbern sämtliche netzrelevanten Daten vorgelegen: Die Fa. Rational hat 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 hat, keine ausreichenden Daten zu den Netzen erhalten zu haben, ergibt sich mit hinreichender Gewissheit, dass den Bewerbern die zur Abgabe eines qualifizierten Angebotes erforderlichen Netzdaten vorgelegen haben.

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

Schließlich hat 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 stellen alle Auswahlkriterien, die die Antragstellerin ihrer Auswahlentscheidung zugrunde gelegt hat, sachlich gerechtfertigte, zulässige Kriterien dar, so dass sich auch hieraus kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot oder gegen die Bestimmungen der § 46 Abs. 2 und 3 EnWG ergibt.

Auch nach Ansicht des Antragsgegners unproblematisch sind zunächst die Einzelkriterien zu Ziffer 3 ("Gewährleistung einer hohen Versorgungssicherheit und eines effizienten Netzbetriebes") und zu Ziffer 4 ("Förderung des Einsatzes regenerativer Energien"), da diese Kriterien einen unmittelbaren Bezug zum Betrieb von Energienetzen aufweisen.

Hinsichtlich des Einzelkriteriums zu Ziffer 1 ("Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung") ergibt sich der Netzbezug - wie die Antragstellerin zutreffend dargelegt hat - aus den Erläuterungen zu diesem Kriterium, wonach dieses Auswahlkriterium der Gemeinde Mitspracherechte bei Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen in das örtliche Netz verschaffen soll. Im Übrigen ist dieses Kriterium aber auch durch die Selbstverwaltungsgarantie der Antragstellerin gedeckt.

Auch das Einzelkriterium zu Ziffer 2 ("Angemessene Beteiligung der Kommunen an den im örtlichen Netzbetrieb erzielten Deckungsbeiträgen") stellt nach den obigen Ausführungen ein zulässiges Auswahlkriterium dar, weil die Gemeinde beim Betrieb örtlicher Ener-

gienetze neben dem Ziel der Gewährleistung der Daseinsvorsorge auch eigene, fiskalische Interessen verfolgen darf.

Schließlich findet 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.

Das Gericht vermag auch in dem Unterkriterium "Übernahme von Kaufpreisisiken etc. durch den Kooperationspartner" im Auswahlkriterium zu Ziffer 2 keinen Verstoß gegen das in § 3 der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas - KAV - geregelte Verbot unzulässiger Nebenleistungen zu erkennen. Die KAV regelt in ihrem § 1 die Zulässigkeit und die Bemessung der Zahlung von Konzessionsabgaben der Energieversorgungsunternehmen an die Gemeinden und Landkreise in Konzessionsverträgen. § 3 KAV enthält die Bestimmung, dass nur die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KAV genannten Leistungen neben oder anstelle der Konzessionsabgaben vereinbart werden dürfen. § 3 Abs. 2 KAV sieht vor, dass u.a. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden, nicht vereinbart werden dürfen. Diese Vorschriften beziehen sich allesamt auf Regelungen in einem Konzessionsvertrag, hier also auf den beabsichtigten Konzessionsvertrag der Antragstellerin mit der Beigeladenen. Dieser Vertrag enthält derartige unzulässige Nebenleistungen nicht.

Das vom Antragsgegner kritisierte Unterkriterium "Übernahme von Kaufpreisisiken etc. durch Kooperationspartner" zielt nicht darauf ab, eine unzulässige Benachteiligung eines zukünftigen Kooperationspartners herbeizuführen, sondern betrifft nur die Frage, ob und inwieweit die Konzessionsbewerber grundsätzlich bereit sind, im Rahmen der gewünschten Beteiligungslösung Kaufpreis- und andere wirtschaftlichen Risiken der Netzübernahme zu tragen. Eine gesellschaftsrechtliche Überprüfung einer späteren Beteiligungslösung kann erst im nachfolgenden Verfahren zur Auswahl eines strategischen Partners erfolgen, weil erst dann konkrete, überprüfbare Vereinbarungen vorliegen werden.

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 kann, ergibt 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 ist Ausdruck der verfassungsrechtlich garantierten Befugnis der Gemeinde, eine Systementscheidung 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 ist hiermit nicht verbunden (vgl. auch Templin, ZNER S. 123; Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 46 Rdr. 66 c).

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 überzeugt bei näherer Betrachtung nicht. Insoweit führt 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 ist bereits im Ausgangspunkt entgegen zu halten, dass bei der Bewertung der Beigeladenen als neu gegründete Netzgesellschaft notwendigerweise das Konzept des Unternehmens Gegenstand der Beurteilung sein musste. Das Konzept einer gemeindlichen Netzgesellschaft mit der gesellschaftsrechtlichen Einbindung eines bewährten Energieversorgungsunternehmens (strategischer Partner) als Betriebsführer ist eine der Handlungsoptionen, die einer Gemeinde im Rahmen einer beabsichtigten (Re-)Kommunalisierung der Energienetze zur Verfügung steht (siehe hierzu im Einzelnen Deutscher Städtetag/Deutscher Städte- und Gemeindebund/Verband kommunaler Unternehmen e.V., a.a.O., S. 75 bis 80; Templin, ZNER 2011, S. 122 f.). Die Bewertung des Konzeptes der Beigeladenen mit der höchstmöglichen Punktzahl erscheint sachlich gerechtfertigt, wenn man berücksichtigt, 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 hat, der Beigeladenen auch als strategischer Partner zur Verfügung zu stehen (vgl. die Bewerbung der S. vom 23. Juni 2011). Jedenfalls hält sich die getroffene Bewertungsentscheidung aber im Rahmen des der Gemeinde insoweit zukommenden weiten Beurteilungs- und Entscheidungsspielfeldes.

Auch der weitere vom Antragsgegner dargelegte 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, rechtfertigt seine Annahme einer unzulässigen und damit diskriminierenden Vorfestlegung auf die Beigeladene nicht. Denn die vom Antragsgegner genannten Umstände spiegeln lediglich die Verfahrensabläufe wider, die durch die legitime Systementscheidung der Gemeinde zur Einleitung einer (Re-)Kommunalisierung der örtlichen Energienetze vorgegeben sind.

Die Antragstellerin hat sich für die Aufgabenwahrnehmung in Form eines Beteiligungsmodells entschieden und hat hierzu eine kommunale Netzgesellschaft gegründet, damit sich diese am Auswahlverfahren in dem von der Gemeinde vorgegebenen Rahmen beteiligen kann. Es lässt sich nicht feststellen, dass dieses Auswahlverfahren lediglich zur formalen Erfüllung der Anforderungen des EnWG bzw. des Kartellrechts durchgeführt wurde. Den interessierten Energieversorgungsunternehmen sind die Auswahlkriterien und deren Gewichtung vorab bekannt gegeben worden, so dass sie ihre Bewerbung an dem Modell einer Beteiligungslösung orientieren konnten. So hat denn auch die Mehrzahl der Bewerber eine Beteiligungslösung offeriert. Dass sich einzelne Bewerber einer solchen Lösung verschlossen haben, bewirkt keine Diskriminierung dieses Bewerbers.

Nach alledem lassen 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. Das Gericht sieht in der Entscheidung der Antragstellerin, mit der Beigeladenen Konzessionsverträge für die örtlichen Strom- und Gasnetze abzuschließen, auch keinen Verstoß gegen kommunalrechtliche Bestimmungen. Die Antragstellerin hat 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 darf 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 sind. Dies bedeutet im vorliegenden Zusammenhang zum einen, dass der Vertragspartner der Gemeinde ausreichende Gewähr für einen zuverlässigen und sicheren Betrieb der Netze bieten muss. Zum anderen hat die Gemeinde ihr eigenes wirtschaftliches Interesse zu

wahren, wofür insbesondere die Konzessionsabgaben von Bedeutung sind. Daneben hat sie auch die berechtigten Interessen der Einwohner an einem preisgünstigen und sicheren Netzbetrieb zu beachten (vgl. Wefelmeyer, Praxis der Kommunalverwaltung, Kommentar zu § 115 NGO - der gleichlautenden Vorgängerregelung des § 148 Abs. 2 NKomVG -, § 115 Rdr. 11). Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass diese Anforderungen nicht erfüllt sind, bestehen im vorliegenden Verfahren nicht.

Die Antragstellerin hat sich im Rahmen der von ihr zu treffenden Systementscheidung nach ausführlicher Beratung durch eine Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsfirma (vgl. die Machbarkeitsstudie der Firma Göken/Pollak 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 wird grundsätzlich davon auszugehen sein, dass die Verpflichtungen aus § 148 Abs. 2 NKomVG beachtet werden, da es die Gemeinde letztlich selbst in der Hand hat, die für den sicheren, effizienten und kostengünstigen Netzbetrieb maßgeblichen Faktoren zu bestimmen und zu gestalten.

Der Antragsgegner nimmt 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 konstruiert hier ein nicht realistisches "Worst-Case-Szenario", welches keine geeignete Grundlage für die Annahme eines Verstoßes der Antragstellerin gegen die Regelung des § 148 Abs. 2 NKomVG darstellt.

Das Unternehmenskonzept der Beigeladenen entspricht - wie bereits erwähnt - einer der möglichen und erprobten Handlungsoptionen, die einer Gemeinde im Rahmen einer Rekommunalisierung der Energienetze zur Verfügung steht. Dabei bedeutet die Einbeziehung eines strategischen Partners - in der Regel ein kommunales oder privates Energieversorgungsunternehmen - eine langfristige, verbindliche Kooperation, welche zu einer Lastenteilung zwischen der Kommune und dem eingebetteten Energieversorgungsunternehmen führt (vgl. Deutscher Städtetag/Deutsche Städte- und Gemeindebund - Verband kommunaler Unternehmen e.V., a.a.O., S. 75 f. mit einem Beispiel für eine erfolgreiche Rekommunalisierung in einer in dem vorliegenden Fall vergleichbaren Gestaltung auf S. 46 ff.). Derartige Beteiligungsmodelle sind grundsätzlich wirtschaftlich sinnvoll, da der

beteiligte strategische Partner Synergieeffekte über die Netzbewirtschaftung realisieren kann und der Gemeinde eine risikoadäquate unternehmerische Betätigung ermöglicht wird (vgl. Templin, ZNER 2011, S. 122 ff.). Angesichts der durch die Anreizregulierungsverordnung sowie durch die Strom- und Gasnetzentgeltverordnung weitgehend regulierten und damit kalkulierbaren wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für den Betrieb der örtlichen Energienetze ist eine Beteiligung eines Energieversorgungsunternehmens an einer kommunalen Netzgesellschaft finanziell durchaus interessant. Zudem haben 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 (vgl. die Bewerbung der S. vom 23. Juni 2011, der Firma V. /Energy vom 8. Juni 2011 sowie der Fa. A.AG vom 1. Juni 2011). Hinzu kommt schließlich, dass die Beigeladene in ihrem Schriftsatz vom 12. Juli 2010, auf den im Einzelnen Bezug genommen wird, dargelegt hat, dass nunmehr zwei am Markt bewährte Unternehmen, nämlich die T.-AG und die A.AG ausdrücklich für eine strategische Partnerschaft zur Verfügung stehen, sobald die durch das vorliegende Verfahren bestehenden Unsicherheiten beseitigt sind. Es bestehen auch keine durchgreifenden Bedenken daran, dass es der Beigeladenen gelingen wird, am Markt einen qualifizierten technischen Betriebsführer zu finden, so dass auch die im Schriftsatz des Antragsgegners vom 16. Juli 2012 geäußerten Bedenken im Hinblick auf mögliche Netzstörungen oder -ausfälle nicht geeignet sind, einen Verstoß gegen § 148 Abs. 2 NKomVG zu begründen. Nur vorsorglich weist das Gericht darauf hin, dass bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage die durch das vorliegende Streitverfahren ausgelösten zeitlichen Verzögerungen unberücksichtigt bleiben müssen.

Fehlt 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 gehen 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. Näherer Erläuterungen hierzu bedarf es somit nicht.

Gleiches gilt im Ergebnis für die vom Antragsgegner behauptete Verletzung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Die in § 110 Abs. 2 NKomVG niedergelegten

Prinzipien der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sollen zum einen sicherstellen, dass die Gemeinde unnötige Ausgaben vermeiden (Sparsamkeit). Zum anderen sollen 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 gibt es keine generellen Vorschriften. Insbesondere gelten die Vorschriften des § 7 Abs. 2 und 3 LHO über die Pflicht zur Durchführung von angemessenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen lediglich für das Land Niedersachsen, nicht aber für die Kommunen.

Den Kommunen wird bei der Anwendung des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zugebilligt. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz liegt danach nur dann vor, wenn die Kommune ihre Entscheidungsbefugnis gröblich verletzt oder in mit den Grundsätzen vernünftiger Wirtschaft schlechthin nicht mehr vereinbarer Weise ausübt (vgl. Smollich, a.a.O., § 173 Anm. 3 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

Diese Grenzen sind hier offensichtlich nicht überschritten. Die Antragstellerin hat ihre Entscheidung, die Konzessionsverträge mit der Beigeladenen als neu gegründete kommunale Netzgesellschaft abzuschließen, nicht ohne Prüfung der wirtschaftlichen Chancen und Risiken getroffen. Die Antragstellerin hat sich bereits im Vorfeld der Gründung der N unter Zuhilfenahme des branchenkundigen Beratungsunternehmens Göken/Pollak und Partner eingehend mit den Chancen und Risiken durch eine neu zu gründende Netzgesellschaft auseinander gesetzt. Die von dem Beratungsunternehmen erstellte Machbarkeitsstudie ist nach Abwägung aller relevanten Faktoren zu der Einschätzung gelangt, dass die Übernahme der Netze durch eine eigene Gesellschaft für die Antragstellerin wirtschaftlich vorteilhaft wäre. Dass das Unternehmenskonzept der Beigeladenen, mit der Einbindung eines finanziell potenten und sachkundigen strategischen Partners auch im Hinblick auf den Erwerb der Energienetze wirtschaftlich tragfähig ist, wurde bereits vorstehend dargelegt. Natürlich birgt der von der Antragstellerin eingeschlagene Weg einer Rekommunalisierung der Energienetze auch Risiken und Unsicherheiten. Diese sind aber kalkulierbar und überwiegen die wirtschaftlichen Chancen des Netzbetriebes mit einem kommunalen Unternehmen nicht. Soweit der Antragsgegner diesen Erwägungen entgegen hält, 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, ist auch in diesem Zu-

sammenhang 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.

Erweist sich die angefochtene Beanstandungsverfügung des Antragsgegners nach alledem als rechtswidrig, war dem Antrag der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes stattzugeben.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 2 VwGO.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde an das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht in Lüneburg statthaft. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieses Beschlusses bei dem

Verwaltungsgericht Oldenburg, Schloßplatz 10, 26122 Oldenburg

schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht in Lüneburg schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der Justiz (Nds. ERVVO-Justiz) vom 21. Oktober 2011 (Nds. GVBl. S. 367) eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem

Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht, Uelzener Straße 40,
21335 Lüneburg

oder Postfach 23 71, 21313 Lüneburg, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Der Beschwerdeführer muss sich durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, oder eine in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichnete Person oder Organisation als Bevollmächtigten vertreten lassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte im Sinne des § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO vertreten lassen.

