

Zulässige Kriterien
im Rahmen der gemeindlichen Entscheidung
über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen
Möglichkeiten der Wahrung
kommunaler Interessen und Spielräume
in dem Verfahren der Konzessionsvergabe

Rechtsgutachten

von

Prof. Dr. Johannes Hellermann
Lehrstuhl für öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht
Fakultät für Rechtswissenschaft
Universität Bielefeld

im Auftrag des

Verband kommunaler Unternehmen e.V.

Januar 2013

GLIEDERUNG

| | |
|--|----|
| A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag | 1 |
| I. Sachverhalt..... | 1 |
| 1. Der Gutachtenegegenstand in tatsächlicher Hinsicht | 1 |
| 2. Ausgangslage in rechtlicher Hinsicht | 2 |
| a. Entwicklung und Ausgangslage im Gesetzesrecht..... | 2 |
| aa. Gesetzeslage bis 1998..... | 2 |
| bb. Gesetzeslage von 1998 bis 2011 | 2 |
| cc. Aktuelle Gesetzeslage nach dem EnWG-Neuregelungsgesetz 2011 | 4 |
| b. Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts..... | 4 |
| II. Auftrag und Gang des Gutachtens..... | 6 |
| B. Rechtliche Würdigung..... | 6 |
| I. Vorgaben des höherrangigen/vorrangig anwendbaren Rechts | 6 |
| 1. Gewährleistung gemeindlicher Gestaltungsspielräume durch die Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) | 7 |
| a. Garantie eigenverantwortlicher Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft | 7 |
| aa. Gemeindlicher Aufgabenkreis | 7 |
| bb. Eigenverantwortlichkeit | 8 |
| b. Bedeutung für die Stellung der Kommunen in der leitungsgebundenen Energieversorgung | 9 |
| aa. Die Wegehohheit als Grundlage der gemeindlichen Position | 9 |
| bb. Konzessionsvergabe als Selbstverwaltungsaufgabe | 11 |
| cc. Verfassungsrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit von gesetzlichen Regelungen der Konzessionierung..... | 12 |
| 2. Beschränkende unionsrechtliche (und unionsrechtlich determinierte) sowie grundgesetzliche Vorgaben..... | 12 |
| a. Unionsrecht | 12 |
| aa. Sekundärrechtliche Vorgaben..... | 12 |
| (1) Energiebinnenmarktrichtlinien..... | 12 |
| (2) Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung in §§ 97 ff. GWB | 13 |
| bb. Primärrechtliche Vorgaben | 14 |
| (1) Anforderungen an die Vergabe von Konzessionsverträgen | 15 |
| (2) Privilegierung von „Inhouse-Vergaben“? | 16 |
| b. Verfassungsrecht: Art. 3 Abs. 1 GG | 19 |
| II. Die Ausgestaltung im nationalen Gesetzesrecht im Lichte der Vorgaben des höherrangigen/vorrangig anwendbaren Rechts..... | 20 |
| 1. § 46 EnWG..... | 20 |
| a. Verfahrensrechtliche Anforderungen..... | 20 |

II

| | |
|--|----|
| aa. Grundsätzliche Verpflichtung zu Bekanntmachung und Auswahlverfahren | 20 |
| bb. Bekanntmachung und Auswahlverfahren bei Konzessionsvergabe an ein gemeindeeigenes Unternehmen? | 21 |
| (1) Bekanntmachung des bevorstehenden Vertragsendes | 21 |
| (2) Förmliches Auswahlverfahren? | 22 |
| b. Materiellrechtliche Anforderungen | 23 |
| aa. Beschränkung auf netzbezogene Kriterien? | 25 |
| bb. § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG: Beschränkung auf die Gründe des § 1 (Abs. 1) EnWG? | 26 |
| (1) § 46 Abs. 3 EnWG a.F. | 26 |
| (2) § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG | 28 |
| α) Auslegung | 28 |
| β) Verfassungsrechtliche Würdigung | 29 |
| (3) Ergebnis | 30 |
| cc. Effizienz als maßgebliches Kriterium | 31 |
| dd. Zulässigkeit der bevorzugten Vergabe an ein eigenes Unternehmen? | 32 |
| (1) Zulässigkeit und energiewirtschaftsrechtliche Anerkennung des Netzbetriebs durch ein gemeindeeigenes Unternehmen | 33 |
| (2) Sachlich rechtfertigende Gründe für die Konzessionierung eines gemeindeeigenen Unternehmens | 34 |
| (3) Zulässigkeit gemeindeeigenen Unternehmen günstiger, sachlicher Kriterien | 36 |
| 2. Kartellrechtliche Vorgaben | 38 |
| a. Gemeindliche Konzessionsvergabe als unternehmerisches oder hoheitliches Verhalten? | 38 |
| b. Marktbeherrschende Stellung | 40 |
| c. Unbillige Behinderung und Diskriminierung? | 41 |
| aa. Verquickung von hoheitlichen Aufgaben und erwerbswirtschaftlichen Interessen? | 41 |
| bb. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Bevorzugung konzernverbundener Unternehmen | 42 |
| cc. Fazit zu den spezifisch kartellrechtlichen Argumentationsansätzen | 43 |
| C. Schluss | 44 |
| I. Ergebnisse der Untersuchung | 44 |
| II. Abschließende Bewertung | 45 |

GUTACHTEN

A. Sachverhalt und Gutachtauftrag

I. Sachverhalt

Zentraler Gegenstand des Gutachtens ist die Entscheidung der Gemeinde über den Abschluss sog. Konzessionsverträge im Strom- und Gasbereich.

1. Der Gutachtenegegenstand in tatsächlicher Hinsicht

Die leitungsgebundene Versorgung mit Strom und Gas ist, wie vielfach beschrieben und unumstritten ist, auf ein örtliches Verteilnetz angewiesen, über das die Vielzahl der einzelnen Letztverbraucher in den einzelnen Gemeinden angeschlossen und beliefert werden kann. Der Betrieb eines solchen örtlichen Verteilnetzes gilt nach wie vor als ein natürliches Monopol,

Vgl. zuletzt nur *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2011 (im Folgenden: *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*), S. 13, 17, 19.

weshalb ein konkurrierender Betrieb mehrerer solcher Verteilnetze grundsätzlich ausscheidet. Die Errichtung und der Betrieb eines örtlichen Verteilnetzes für die Versorgung mit Strom und Gas wiederum ist auf die Inanspruchnahme des örtlichen Wegenetzes angewiesen. Nur über dieses Wegenetz sind die Grundstücke der einzelnen Letztverbraucher mit Leitungen flächendeckend zu erreichen. Daher stellt „die Verfügungsmöglichkeit über die öffentlichen Wege die Grundlage für die Durchführung der Stromversorgung dar. Ohne diese Verfügungsmöglichkeit ist eine Lieferung von elektrischer Energie praktisch nicht möglich und für eine Zuweisung der Stromversorgung an einen bestimmten Versorgungsträger kein Raum ...“.

BGHZ 89, 226 (238).

Das örtliche Wegenetz, das in dieser Weise Voraussetzung für die Energieversorgung durch die Unternehmen ist, steht regelmäßig im Eigentum bzw. in der Wegehoheit der jeweiligen Gemeinde. Dieser Umstand verleiht der Gemeinde die Möglichkeit, über die Vergabe des Wegenutzungsrechts Einfluss auf die örtliche Energieversorgung zu nehmen.

2. Ausgangslage in rechtlicher Hinsicht

a. Entwicklung und Ausgangslage im Gesetzesrecht

aa. Gesetzeslage bis 1998

Die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen durch die Gemeinden ist über lange Jahre kein Gegenstand einer besonderen energiewirtschaftsgesetzlichen Regelung gewesen. Das 1935 in Kraft getretene Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) enthielt keine diesbezügliche Regelung.

Regelungen zu Konzessionsverträgen fanden und finden sich im Straßenrecht. Dort war und ist bis heute geregelt, dass das Recht zur Nutzung der Verkehrswege über den Gemeingebrauch hinaus auf der Grundlage des Eigentums privatrechtlich verliehen wird, sofern der Gemeingebrauch anderer nicht beeinträchtigt oder nur vorübergehend für Zwecke der öffentlichen Ver- oder Entsorgung beeinträchtigt wird.

Vgl. § 8 Abs. 10 BFernStrG sowie die entsprechenden Regelungen in den meisten Landesrechten (z.B. § 23 Abs. 1 StrWG NRW).

Unter diese letzte Tatbestandsalternative fällt unumstritten die Vergabe von Wege-nutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen zur Strom- und Gasversorgung.

Außerdem enthielt das am 1. Januar 1958 in Kraft getretene Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in seinem § 103 GWG a.F. eine einschlägige Regelung. Sie schloss die Anwendbarkeit insbesondere des § 1 GWB, der das Verbot von Kartellverträgen vorsieht, auf Strom- und Gaskonzessionsverträge aus. In der 4. GWB-Novelle des Jahres 1980 wurde für Konzessionsverträge eine Höchstlaufzeit von 20 Jahren eingeführt (§ 103a Abs. 1 und 4 GWB a.F.). Diese Regelung sicherte ein System geschlossener Versorgungsgebiete; die Gemeinden konnten Energieversorgungsunternehmen konzessionsvertraglich, seit 1980 auf eine Höchstlaufzeit von 20 Jahren befristet, ausschließliche Versorgungsrechte im Gemeindegebiet einräumen.

bb. Gesetzeslage von 1998 bis 2011

Durch das Gesetz zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998

BGBl. I S. 730.

wurden §§ 103, 103a GWB a.F. für die Strom- und Gasversorgung – für die Wasserversorgung blieb die Regelung anwendbar – außer Kraft gesetzt, und es wurde erstmals eine einschlägige Regelung im neugefassten Energiewirtschaftsgesetz geschaf-

fen. § 13 Abs. 2 bis 4 EnWG 1998 regelte den Abschluss von Verträgen zwischen Gemeinden und Energieversorgungsunternehmen über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Durchführung der sog. allgemeinen Versorgung i.S.v. § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG 1998. § 13 Abs. 2 S. 1 EnWG 1998 sah weiterhin eine Höchstlaufzeit von 20 Jahren vor. § 13 Abs. 3 EnWG verpflichtete die Gemeinde, zwei Jahre vor Ablauf von Konzessionsverträgen das Vertragsende bekanntzumachen und im Falle der Bewerbung mehrerer Unternehmen bei Neuabschluss oder Verlängerung von Konzessionsverträgen auch ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekanntzumachen. Die Gesetzentwurfsbegründung führte hierzu aus: „Nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen hat, wird nicht bestimmt. Höhere Transparenz sowie eine bessere Nachvollziehbarkeit der gemeindlichen Entscheidung werden aber gleichwohl dazu beitragen, dass die Entscheidung nach rationalen Kriterien erfolgt.“

BT-Drs. 13/7274, S. 21.

Mit dem Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005

BGBI. I S. 1970, ber. 3621.

trat an die Stelle von § 13 Abs. 2 EnWG 1998 die Neuregelung des § 46 Abs. 2 EnWG 2005, der nach der Gesetzentwurfsbegründung unmittelbar an seine Vorgängerregelung anknüpft und diese an die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen anpassen will.

BT-Drucks. 15/3917, S. 67.

Diese Anpassung beinhaltet eine bedeutende konzeptionelle Änderung in Bezug auf die gegenständliche Reichweite der Regelung: Vertragsgegenstand ist nunmehr nur noch „die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören“; damit ist die Versorgung der Letztverbraucher nicht mehr Gegenstand des Konzessionsvertrages. Im übrigen wurden die Vorschriften über die öffentliche Bekanntmachung des Vertragsendes hinsichtlich der gebotenen Form der Bekanntmachung und für den Fall einer vorzeitigen Beendigung und Verlängerung von Konzessionsverträgen ergänzt. Die Regelung zur öffentlichen Bekanntmachung der gemeindlichen Auswahlentscheidung, nunmehr in § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG 2005, blieb unverändert.

cc. Aktuelle Gesetzeslage nach dem EnWG-Neuregelungsgesetz 2011

Mit dem Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011

„BGBI. I S. 1554.

wurde mit Blick auf die gemeindliche Auswahlentscheidung ein neuer § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG eingefügt. Dieser hat folgenden Wortlaut: „Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet.“ Die Begründung zum Gesetzentwurf hat deutlich gemacht, dass – genauer – die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG gemeint sind, und dazu ausgeführt: „Mit dem neuen Absatz 3 Satz 5 wird klargestellt, dass die Gemeinde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Vergabe der Konzession an die Ziele des § 1 gebunden ist, eine preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung im Sinne des Verbrauchers sicherzustellen. Die sachgerechten Kriterien für die Gemeinde müssen sich aufgrund der Vorgabe der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken.“

BT-Drs. 17/6072, S. 88.

Damit hat der Gesetzgeber die bis dahin bestehenden verfahrensrechtlichen Vorgaben um eine – nach der Gesetzentwurfsbegründung als klarstellend angesehene – materiellrechtliche Vorgabe für die Vergabeentscheidung der Gemeinde ergänzt.

b. Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts

Die nach diesen gesetzlichen Vorgaben zu treffende Entscheidung der Gemeinde über die Auswahl ihres Konzessionsvertragspartners hat lange Zeit kein besonderes Interesse hervorgerufen. Zuletzt hat sich jedoch in der Rechtsanwendung als ungewiss und umstritten erwiesen, welche Verfahrensanforderungen und welche sachlichen Kriterien die Gemeinden danach bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen zugrunde legen müssen bzw. dürfen. Teils, wenn auch eher vereinzelt, ist dabei auch weiterhin die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde betont worden.

Vgl. etwa VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, insbes. Tz. 89 ff. (zitiert nach juris).

In Fortsetzung einer auch schon vor Inkrafttreten des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG n.F. zu beobachtenden Tendenz ist diese Entscheidungsfreiheit zuletzt jedoch, mit Unterstützung eines Teils der Literatur,

Vgl. vor allem *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien.

namentlich von Kartellbehörden und Zivilgerichten zunehmend enger bestimmt worden, insbesondere auch im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe an gemeindeeigene Unternehmen. Gestützt wird diese Behörden- und Gerichtspraxis auf § 46 Abs. 3 (insbes. S. 5) EnWG sowie auf §§ 19, 20 GWB. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird angenommen, dass eine Vergabe an ein eigenes Unternehmen ohne vorherige Durchführung eines wettbewerblichen Interessebekundungsverfahrens i.S.v. § 46 Abs. 3 EnWG rechtswidrig sei.

Vgl. *Jasper/Biemann*, IR 2012, 50 (50 f.), zu einer entsprechenden Verpflichtungserklärung in Sachen Stadt Dinkelsbühl.

Weiter wird angenommen, dass zu Beginn des Vergabeverfahrens Kriterien festzulegen und den Interessenten mitzuteilen seien, die als solche und in ihrer Gewichtung im weiteren Verlauf nicht geändert werden dürften; eine unter Abweichung hiervon getroffene Auswahlentscheidung, auch zu Gunsten eines gemeindeeigenen Netzbetreibers, sei rechtswidrig.

Vgl. OVG NRW, B. v. 10. Febr. 2012, 11 B 1187/11, Tz. 35 ff. (zitiert nach juris); *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur*, Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gas Konzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15. Dez. 2010 (im Folgenden: Gemeinsamer Leitfaden), Tz. 22.

Darüber hinaus ist in verschiedenen Hinsichten der gemeindliche Entscheidungsspielraum auch materiell eingeschränkt gesehen worden. So soll die Gemeinde ausschließlich streng netzbezogene Auswahlkriterien zugrunde legen dürfen; die Verfolgung anderer Interessen soll ihr versagt sein.

Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 23; *Jasper/Biemann*, IR 2012, 50 (51).

Insbesondere soll die Gemeinde nicht berechtigt sein, im Rahmen der Auswahlentscheidung ein eigenes Unternehmen zu bevorzugen; in dieser Hinsicht werden weder das Argument des größeren kommunalen Einflusses auf den Netzbetreiber noch das Argument fiskalischer Vorteilhaftigkeit akzeptiert.

Vgl. LG Kiel, Urt. v. 3. Febr. 2012, 14 O 12/11.Kart, Tz. 80 (zitiert nach juris); *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur*, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 26.

Vielmehr soll die Auswahlentscheidung allein nach den Kriterien des § 46 Abs. 3 S. 5 i.V.m. § 1 (Abs. 1) EnWG erfolgen dürfen, so dass die Gemeinde allein nach Kriterien entscheiden dürfen soll, die an diese Ziele anknüpfen.

LG Kiel, Urt. v. 3. Febr. 2012, 14 O 12/11.Kart, Tz. 78 (zitiert nach juris).

Unter diesen Zielen wird dem Ziel einer effizienten Energieversorgung eine zumindest relativ größere, wenn nicht eine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen.

Vgl. LG Kiel, Urt. v. 3. Febr. 2012, 14 O 12/11.Kart, Tz. 80 (zitiert nach juris); OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 128 (zitiert nach juris).

Dabei wird mitunter den von der Bundesnetzagentur in dem Verfahren zur Anreizregulierung ermittelten Effizienzwerten der einzelnen Energieversorgungsunternehmen eine besondere Bedeutung beigemessen,

Büdenbender, Materielle rechtliche Entscheidungskriterien, S. 47; zurückhaltender insoweit OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 128 (zitiert nach juris).

so dass – zugespitzt formuliert – der von der Bundesnetzagentur ermittelte Effizienzwert über die Auswahl entscheidet und ein eigenständiger Entscheidungsspielraum der Gemeinde kaum noch erkennbar bleibt.

II. Auftrag und Gang des Gutachtens

Von diesem Befund ausgehend hat das vorliegende Gutachten den Auftrag zu untersuchen, welche Verfahrensvorgaben und Kriterien eine Gemeinde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen zugrunde legen darf, und dabei den rechtlichen Möglichkeiten der Wahrung kommunaler Interessen und Spielräume in dem Verfahren der Konzessionsvergabe nachzugehen. Das Gutachten wendet sich dabei zunächst den Grundlagen im höherrangigen bzw. vorrangig anwendbaren Recht zu (B. I.), um auf dieser Grundlage dann die einfachrechtliche Ausgestaltung der gemeindlichen Auswahlentscheidung bei der Konzessionsvergabe näher zu untersuchen (B. II.).

B. Rechtliche Würdigung

I. Vorgaben des höherrangigen/vorrangig anwendbaren Rechts

Als höherrangiges Recht ist im Folgenden das nationale Verfassungsrecht sowie das Europäische Unionsrecht (und zugleich das unionsrechtlich determinierte, deshalb am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teilhabende nationale Recht) in den Blick zu nehmen. Die hieraus folgenden Vorgaben können dabei zwei unterschiedliche Wirkungsrichtungen haben. Einerseits kann sich daraus eine vom einfachen Gesetzesrecht zu beachtende Verbürgung gemeindlicher Spielräume bei der Konzessionsvergabe ergeben; insoweit ist im nationalen Verfassungsrecht die Garantie kommu-

ner Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG zu untersuchen (1.). Andererseits können auch dem einfachen Gesetzesrecht, namentlich § 46 EnWG vorausliegende Einschränkungen des gemeindlichen Spielraums bestehen; solche möglicherweise beschränkende Vorgaben können sich aus dem Europäischen Unionsrecht sowie auf verfassungsrechtlicher Ebene aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben (2.).

1. Gewährleistung gemeindlicher Gestaltungsspielräume durch die Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG)

Die Stellung der Kommunen in der leitungsgebundenen Versorgung der Einwohner, insbesondere der Versorgung mit Energie, ist in Deutschland verfassungsrechtlich fundiert. Sie findet ihre verfassungsrechtliche Grundlage in der Garantie kommunaler Selbstverwaltung, die in Art. 28 Abs. 2 GG sowie den entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Garantien verbürgt ist.

a. Garantie eigenverantwortlicher Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

aa. Gemeindlicher Aufgabenkreis

Mit Blick auf die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung garantiert Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG den Gemeinden das Recht zur eigenverantwortlichen Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und damit den Zugriff auf die Aufgaben ihres örtlichen Wirkungskreises.

Das bedeutet zunächst die Garantie eines bestimmten Kreises – von den überörtlichen und namentlich staatlichen Aufgaben abzugrenzender – gemeindlicher Aufgaben, die als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umschrieben werden. Nach dem grundlegenden Rastede-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts sind hiervon erfasst „diejenigen Bedürfnisse, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindebürgern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“.

BVerfGE 79, 127 (151 f.).

Dem Gesetzgeber wird bei der Qualifizierung einer Aufgabe als örtlich bzw. gemeindlich ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Einschätzungsspielraum zugestanden.

BVerfGE 79, 127 (153 f.).

Wenn er jedoch eine Aufgabe des örtlichen Wirkungskreises beschränkend regelt, unterliegt er verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen. Er muss jedenfalls den sog. Kernbereich der Garantie wahren, d.h. die Befugnis, sich aller – nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragener – Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen,

BVerfGE 79, 127 (146).

unangetastet lassen und auch eine faktische Beseitigung dieses Kernbereichs (im Sinne eines freien Aufgabenzugriffsrechts) vermeiden.

BVerfGE 79, 127 (148 und 155).

Darüber hinaus muss er vor allem auch den für den sog. Randbereich der Garantie entwickelten Anforderungen genügen. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG begründet insoweit ein sog. materielles Aufgabenverteilungsprinzip zugunsten der Gemeinden, auf Grund dessen Aufgaben mit örtlichem Bezug den Gemeinden nur entzogen werden dürfen, wenn überwiegende öffentliche Gründe dies rechtfertigen; dies soll nur dann der Fall sein, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre oder ein unverhältnismäßiger Kostenanstieg verursacht würde, während das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder Zuständigkeitskonzentration bzw. Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung nicht zureichen sollen.

BVerfGE 79, 127 (153).

bb. Eigenverantwortlichkeit

Für die gesamte gemeindliche Verwaltung, d.h. auch über diesen eigenen gemeindlichen Aufgabenkreis hinaus und auch für die Wahrnehmung übertragener staatlicher Aufgaben,

BVerfGE 83, 363 (382).

ist der Gemeinde weiterhin die eigenverantwortliche Regelung garantiert. Die Eigenverantwortlichkeit ist dabei nicht auf Regelungen im Sinne von Rechtsetzung beschränkt; sondern erfasst auch jede andere Art der Aufgabenerledigung. Das Bundesverfassungsgericht definiert diese Eigenverantwortlichkeit als Freiheit von staatlicher Reglementierung in Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung und die Organisation der Gemeindeverwaltung.

Vgl. BVerfGE 83, 363 (382); 91, 228 (245); 107, 1 (14); 119, 331 (362).

Auch insoweit sind beschränkende gesetzliche Regelungen verfassungsrechtlich vor Art. 28 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftig.

Vgl. insbes. BVerfGE 91, 228 (238 ff.).

b. Bedeutung für die Stellung der Kommunen in der leitungsgebundenen Energieversorgung

Es ist in der Rechtsprechung und in der Literatur grundsätzlich anerkannt, dass zu den verfassungsrechtlich garantierten Aufgaben der gemeindlichen Selbstverwaltung auch die Sicherstellung der Versorgung der Einwohner mit leitungsgebundener Energie, namentlich mit Strom zählt.

Vgl. BVerfGE 33, 258 (270); 66, 248 (258); BVerfG, NJW 1990, 1783; NVwZ 2000, 789; NVwZ-RR 2000, 16; BVerwGE 98, 273 (275 ff.); BGHZ 119, 101 (105); 163, 296 (302); RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801 (803). Grundsätzlich anerkannt auch bei *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011 (im Folgenden: Konzessionsverträge), S. 25; *Büdenbender*, Materielle Entscheidungskriterien, S. 61.

Ungeachtet dieser allgemeinen Anerkennung der verfassungsrechtlichen Position wird ihre Bedeutung für die Konzessionsvergabe jedoch durchaus unterschiedlich gesehen.

aa. Die Wegehoheit als Grundlage der gemeindlichen Position

Das beruht nicht zuletzt darauf, dass bei genauer Betrachtung keine wirkliche Klarheit und Einigkeit über die Grundlage dieser verfassungsrechtlichen Position der Gemeinde besteht.

Richtigerweise ist diese Grundlage in der Hoheit der Gemeinde über das örtliche Wegenetz zu finden.

Vgl. ausführlich dazu *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 276 ff..

Dies wird allerdings in Rechtsprechung und Literatur überwiegend anders gesehen, indem darauf verwiesen wird, dass die Grundlage der Verleihung des Wegenutzungsrechts allein im privatrechtlichen Eigentum der Gemeinde liege und der Konzessionsvertrag ein privatrechtlicher Vertrag sei, der sich grundsätzlich nicht von sonstigen Pacht- oder Mietverträgen unterscheide;

Vgl. etwa *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 51.

in der Folge wird dann auch der Gemeinde jegliche inhaltliche Gestaltungsbefugnis in Bezug auf die Energieversorgung der Einwohner abgesprochen. Dieser Einwand überzeugt nicht. Er verkennt, dass – ungeachtet der in ständiger Rechtsprechung angenommenen privatrechtlichen Form – der Konzessionsvertrag sich von Miet- oder Pachtverträgen etwa über einzelne Grundstücke oder Gebäude seinem Inhalt nach grundlegend unterscheidet. Die Energieversorgungsunternehmen sind auf die Inanspruchnahme des gemeindlichen Wegenetzes für den Betrieb eines örtlichen Verteilnetzes, welches wiederum Voraussetzung für die Belieferung der Letztverbraucher ist, nicht nur tatsächlich in einer besonderen Weise angewiesen; auch in verfassungsrechtlicher Perspektive ist das Wegenutzungsrecht der Gemeinden anders zu qualifizieren als das rein fiskalische Eigentum an einzelnen Grundstücken oder Gebäuden. Das öffentliche Wegenetz wird zu Recht als eine – in staatlicher Hand befindliche – Infrastruktureinrichtung und insofern als Verwaltungsleistung charakterisiert;

Bartlsperger, DVBl. 1980, 249 (251); *ders.*, in: Festschrift Faller, 1984, S. 81 (86).

auch das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, es sei die „für den allgemeinen Verkehr geschaffene und hierfür gewidmete sowie für seine Zwecke unterhaltene Verkehrsfläche ... in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch Besonderheiten geprägt, die mit dem Wesen und der Funktion des bürgerlichen Rechts kaum noch einen Zusammenhang aufweisen. Die öffentliche Straße kann als eine Verwaltungsleistung weder mit dem für das Privatrecht und keineswegs allgemein geltenden Sachbegriff des § 90 BGB noch mit dem Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs sachgerecht erfasst werden, sondern fordert ihrer Funktion nach eine vom bürgerlichen Recht abweichende Regelung der ‚Sachherrschaft‘. Ihr Inhalt wird durch das öffentlich-rechtliche, auf die Allgemeinheit ausgerichtete Element bestimmt.“

BVerfGE 42, 20 (32).

Das gilt richtigerweise nicht nur in Bezug auf die primäre oberirdische Verkehrsfunktion, sondern auch in Bezug auf die durch ober- oder unterirdisch verlegte Leitungen wahrgenommene Ver- und Entsorgungsfunktion; in diesem Sinne sind die öffentlichen Wege treffend als öffentliche Mehrzweckinstrumente

Bartlsperger, DVBl. 1980, 249 (252, 259).

oder als Universal- oder Basisinfrastrukturnetze

Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 382, 452.

bezeichnet worden. Die Verwaltung des örtlichen Wegenetzes als einer solchen multifunktionalen Infrastruktur ist eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft; es geht – wie es die Definition verlangt – um die Befriedigung von Bedürfnissen, die einen spezifischen Bezug auf die örtliche Gemeinschaft haben und daher den Gemeindebürgern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen.

bb. Konzessionsvergabe als Selbstverwaltungsaufgabe

Aus dieser Selbstverwaltungsangelegenheit der Verwaltung der öffentlichen Wege in ihrer multifunktionalen Bedeutung ergibt sich zunächst eine verfassungsgeschützte Gestaltungsbefugnis in Bezug auf die leitungsgebundene Versorgung des Gemeindegebiets. Deshalb unterfällt – wie das Bundesverwaltungsgericht formuliert hat – „wie immer auch die örtliche Stromversorgung durchgeführt wird, ... jedenfalls die Entscheidung hierüber der gemeindlichen Selbstverwaltung“.

BVerwGE 95, 273 (276).

Es ist eine verfassungsgeschützte Selbstverwaltungsangelegenheit zu entscheiden, ob das Wegenutzungsrecht für Versorgungszwecke der Gemeinde selbst bzw. einem eigenen Unternehmen vorbehalten bleiben oder aber einem anderen Energieversorgungsunternehmen auf der Grundlage eines Konzessionsvertrages überlassen werden soll und unter welchen Konditionen dies erfolgen soll. Der Bundesgerichtshof hat insofern angenommen, mit dem Konzessionsvertrag entledige sich die Gemeinde ggf. der ihr im Rahmen der Daseinsvorsorge obliegenden Aufgabe einer ordentlichen und gesicherten Energieversorgung durch Übertragung auf ein privates Unternehmen.

BGH, RdE 1986, 115 (116); RdE 1986, 118 (120); BGHZ 119, 101 (105).

Mit der Entscheidung über die Überlassung des Wegenutzungsrechts nimmt die Gemeinde im Übrigen nicht nur ihre Gestaltungsbefugnis im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung, sondern zugleich auch andere verfassungsgeschützte gemeindliche Belange wahr. Denn die Vergabe der Strom- bzw. Gaskonzession berührt zugleich auch Fragen der sonstigen Nutzung des gemeindlichen Wegenetzes, der Bauleitplanung, der kommunalen Wirtschaftsförderung usw. Auch insoweit unterfällt die Entscheidung über die Konzessionierung dem Schutz der Selbstverwaltungsgarantie.

cc. Verfassungsrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit von gesetzlichen Regelungen der Konzessionierung

Da das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nur „im Rahmen der Gesetze“ gewährleistet ist, kann der Gesetzgeber das Recht der Konzessionsverträge regeln. Die gemeindliche Selbstverwaltung beschränkende gesetzgeberische Regelungen müssen sich jedoch vor der Garantie kommunaler Selbstverwaltung rechtfertigen. Sie sind nach den Maßstäben des Rastede-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts nur zulässig, wenn überwiegende öffentliche Gründe dies rechtfertigen.

2. Beschränkende unionsrechtliche (und unionsrechtlich determinierte) sowie grundgesetzliche Vorgaben

Umgekehrt können aus höherrangigem/vorrangig anwendbarem Recht auch Beschränkungen der gemeindlichen Position bei der Konzessionsvergabe folgen.

a. Unionsrecht

Insoweit ist zunächst den rechtlichen Vorgaben nachzugehen, die sich aus dem Europäischen Unionsrecht ergeben.

aa. Sekundärrechtliche Vorgaben

(1) Energiebinnenmarkttrichtlinien

Seit 1996 hat die Europäische Union drei Generationen von Energiebinnenmarkttrichtlinien auf den Weg gebracht, durch die sie die Liberalisierung des Energiebinnenmarktes sukzessive maßgeblich vorangetrieben und den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen weitreichende Vorgaben gemacht hat. Den aktuellen sekundärrechtlichen Rechtsrahmen bildet das sog. Dritte Binnenmarktpaket vom 13. Juli 2009, zu dem insbesondere die Richtlinie 2009/72 EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG („Strom-Richtlinie“) und die Richtlinie 2009/73 EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG („Gas-Richtlinie“) gehören.

ABl. EG Nr. L 211 vom 14. August 2009, S. 1.

Mit Blick auf die – sich in den Konzessionsverträgen aktualisierende – Rechtsstellung der deutschen Kommunen ist insofern besonders bedeutsam, dass das Unions-

recht eine Öffnung des Wettbewerbs um die Belieferung der Endkunden mit Energie und insoweit eine Trennung des Netzbetriebs von dieser Versorgung i.e.S. (und der Erzeugung) verlangt; dies hat Folgen für den möglichen Inhalt von Konzessionsverträgen, die nach früherem deutschen Recht zugleich mit dem Recht zu Errichtung und Betrieb des örtlichen Verteilnetzes auch ein ausschließliches Versorgungsrecht für das Gemeindegebiet zugunsten des Energieversorgungsunternehmens enthalten konnten und regelmäßig enthielten. Im Übrigen finden sich nur wenige und indirekte Vorgaben, die für die Regelung der Konzessionsverträge in Deutschland relevant wären. Insoweit bedeutsam ist, dass die Richtlinien eine mitgliedstaatliche Verpflichtung zur Sicherstellung einer Grundversorgung begründen (Art. 3 Abs. 3 S. 1 der Richtlinien 2009/72 EG und 2009/73 EG) und vorschreiben, dass die Mitgliedstaaten oder von diesen dazu aufgeforderte Unternehmen, die Eigentümer von Verteilernetzen sind oder für diese verantwortlich sind, für einen bestimmten Zeitraum einen Verteilernetzbetreiber benennen (vgl. Art. 24 der Richtlinien 2009/72 EG und 2009/73 EG). Zu der Frage, wer in welcher Weise die erforderlichen Wegenutzungsrechte zur Verfügung stellt, äußern sich die Richtlinien nicht näher. Sie fordern weiter, dass die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Verteilernetzbetreiber die Art. 25, 26 und 27 der Richtlinien einhalten; Art. 25 der Richtlinien verlangt dabei vom Verteilernetzbetreiber insbesondere auch einen Netzbetrieb, der eine angemessene Nachfrage nach Verteilung von Energie zu befriedigen in der Lage, sicher, zuverlässig und effizient ist und Umweltschutz und Energieeffizienz gebührend beachtet (Art. 25 Abs. 1 der Richtlinien 2009/72 EG und 2009/73 EG). Diese den Mitgliedstaaten auferlegte Gewährleistungspflicht zielt jedenfalls nicht nur auf die Auswahlentscheidung; wenn sich überhaupt daraus verpflichtende Vorgaben schon und auch für die Auswahlentscheidung ableiten lassen,

So *Büdenbender*, Materielle Entscheidungskriterien, S. 60: Die Kommune treffe „die Verpflichtung, bei ihrer Auswahlentscheidung darauf zu achten, dass der Verteilernetzbetreiber in der Lage ist, ein sicheres, zuverlässiges und effizientes Verteilnetz unter Beachtung des Umweltschutzes ... zu unterhalten“.

dann allenfalls in dem Sinne, dass diese Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, nicht aber im Sinne einer Exklusivität dieser Kriterien.

(2) Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung in §§ 97 ff. GWB

Die – in §§ 97 ff. GWB in das nationale Recht umgesetzten – Vergaberichtlinien der Europäischen Union

Vgl. Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber

im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 1, sowie Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 114.

unterwerfen grundsätzlich öffentliche Aufträge ab einem bestimmten Schwellenwert einem europaweiten Ausschreibungsverfahren und bestimmten Vergabegrundsätzen. Ihr Anwendungsbereich ist jedoch auf öffentliche Aufträge, u.a. auch öffentliche Dienstleistungsaufträge beschränkt (vgl. § 99 GWB). Nicht in den Anwendungsbereich fallen u.a. die – insbesondere von den Dienstleistungsaufträgen abzugrenzenden – sog. Dienstleistungskonzessionen. Der Europäische Gerichtshof

Vgl. EuGH, Urt. v. 10. Sept. 2009, Rs. C-206/08, Slg. 2009, I-8377, Tz. 46 ff. – WAZV Gotha.

hat in einem durch Konzessionsvertrag begründeten Auftrag zur Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung eine solche Dienstleistungskonzession, auf die die Vergaberichtlinien – und das förmliche deutsche Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB – nicht anwendbar sind, gesehen. Auch auf den Abschluss von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, die ebenfalls keine öffentlichen Dienstleistungsaufträge begründen, sind diese Regelungen nach ganz herrschender und zutreffender Auffassung nicht anwendbar.

Vgl. EuGH, Urt. v. 21. Juli 2005 – Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Tz. 16 – Coname; OVG NRW, B. v. 10. Febr. 2012, 11 B 1187/11, Tz. 27 (zitiert nach juris); VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, insbes. Tz. 87 (zitiert nach juris); *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur*, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 14; *Thomale/Kießling*, N&R 2008, 166 (168); *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 79; *Bahr/Sassenberg*, RdE 2011, 170 (175); *Meyer-Hetling/Templin*, ZNER 2012, 18 (19); *Templin*, IR 2009, 101 (103); *Säcker/Mohr/Wolf*, *Konzessionsverträge*, S. 67; *Büdenbender*, *Materielle Entscheidungskriterien*, S. 72 f.

bb. Primärrechtliche Vorgaben

Der Umstand, dass es keine konkretisierenden sekundärrechtlichen Vorgaben für die gemeindliche Konzessionsvergabe gibt, führt zu der Frage, welche Vorgaben sich bereits aus dem Primärrecht, hier namentlich aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ergeben.

Von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur

Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, *Gemeinsamer Leitfaden*, Tz. 16 f., 22.

und auch in der deutschen Literatur

Säcker/Wolf/Mohr, Konzessionsverträge, S. 51 f.; *Büdenbender*, Materiell-rechtliche Entscheidungskriterien, S. 75 ff.

wird angenommen, dass (auch) unionsrechtlich die Unternehmenseigenschaft der Gemeinde beim Abschluss von Konzessionsverträgen und deshalb die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen des AEUV zu bejahen sei. Allerdings führen die hieraus abgeleiteten Folgerungen über die Folgerungen aus dem – später zu erörternden – nationalen Wettbewerbsrecht

Vgl. unten unter B. II. 2.

kaum hinaus. Zudem hat hiervon abweichend der Europäische Gerichtshof angenommen, dass das Kartellverbot des Art. 101 AEUV nicht anwendbar sei auf Verträge zwischen Gemeinden, die in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln, und Unternehmen, die mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe beauftragt werden.

EuGH, Urt. v. 4. Mai 1988, Rs. 30/87, Slg. 1988, 2479, Tz. 16 ff. – *Bodson*; Urt. v. 21. Juli 2005, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Tz. 12 – *Coname*.

Die Wettbewerbsregeln des Unionsrechts sollen deshalb im Folgenden nicht näher erörtert, sondern mit dem Europäischen Gerichtshof als nicht einschlägig angesehen werden.

Von Bedeutung bleiben danach die Grundfreiheiten des AEUV, für den hier fraglichen Netzbetrieb insbesondere die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), sowie das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) und das daraus abgeleitete Transparenzgebot.

(1) Anforderungen an die Vergabe von Konzessionsverträgen

Aus den Grundregeln des EU-Vertragsrechts, namentlich den Grundfreiheiten, im Allgemeinen und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, das eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt, im Besonderen ergeben sich einschlägige Anforderungen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Vgl. EuGH, Urt. v. 7. Dez. 2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Tz. 60 ff. – *Teleaustria*.

hat diese Anforderungen insbesondere mit Blick auf die Vergabe von – dem Vergaberecht nicht unterfallenden – Dienstleistungskonzessionen entfaltet. Entsprechende,

von den Auftraggebern zu beachtende Anforderungen stellt das Primärrecht der Europäischen Union auch an das Verfahren zum Abschluss eines Strom- bzw. Gaskonzessionsvertrages und an die Auswahl des Konzessionsvertragspartners. Es ist danach ein förmliches Auswahlverfahren durchzuführen, in dem eine Bekanntmachung in geeigneter Form und die Vergabe transparent und diskriminierungsfrei erfolgen muss; die Entscheidung ist ferner zu begründen und es müssen Nachprüfungsmöglichkeiten im nationalen Recht gewährleistet sein.

Vgl. *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur*, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 15; *Templin*, IR 2009, 101 (103).

Auch das Gebot, zu Beginn des Vergabeverfahrens bestimmte, für alle Bewerber gleichermaßen geltende Kriterien aufzustellen, diese auf alle Bewerber unterschiedslos anzuwenden und im Laufe des Verfahrens einzuhalten,

Vgl. OVG NRW, B. v. 10. Febr. 2012, 11 B 1187/11, Tz. 35 f. (zitiert nach juris).

wird aus dem Primärrecht abgeleitet.

(2) Privilegierung von „Inhouse-Vergaben“?

Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Anforderungen unionsrechtlich auch dann begründet sind, wenn die Konzessionsvergabe an ein Energieversorgungsunternehmen der vergebenden Gemeinde selbst erfolgen soll.

Die Frage liegt deshalb nahe, weil selbst in dem – durch die Vergaberichtlinien und in §§ 97 ff. GWB näher normierten – förmlichen Vergaberecht die Freistellung sog. Inhouse-Vergaben von der Ausschreibungspflicht und den vergaberechtlichen Anforderungen anerkannt ist. Die Ausschreibung ist danach entbehrlich, wenn – erstens – die vergebende öffentliche Stelle über die beauftragte juristische Person eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und – zweitens – die juristische Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen nur für ihren staatlichen Anteilseigner ausübt.

Vgl. nur die grundlegenden Entscheidungen EuGH, Urt. v. 18. Nov. 1999, Rs. C-26/03, Slg. 1999, I-8121, Tz. 50 – Teckal; Urt. v. 11. Jan. 2005, Rs. C-26/03, Slg. 2005, I-1, Tz. 49 – Stadt Halle.

Diese Grundsätze gelten grundsätzlich – was aus ihrer Ableitung aus dem primären Unionsrecht folgt – nicht nur für die Vergabe von Waren- und Dienstleistungsaufträgen, sondern entsprechend auch für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.

Vgl. EuGH, Urt. v. 13. Okt. 2005, Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Tz. 61 – Parking Brixen; Urt. v. 13. Nov. 2008, Rs. C-324/07, Slg. 2008, I-8457, Tz. 26 – Coditel Brabant.

Sie müssen auf diese erst recht Anwendung finden, da doch das sekundärrechtlich ausgeformte förmliche Vergaberecht grundsätzlich strenger ist als das nicht in dieser Weise förmlich ausgestaltete Recht der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Sie sind deshalb auch auf die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen anzuwenden. Mit Recht hat das Verwaltungsgericht Oldenburg

VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, insbes. Rz. 96 (zitiert nach juris).

deshalb angenommen, dass die für die förmliche Vergabe von öffentlichen Aufträgen geltende Privilegierung der Inhouse-Vergabe erst recht gelten müsse, wenn eine Gemeinde einen Strom- oder Gaskonzessionsvertrag an ein von ihr wie eine unterstellte Behörde beherrschtes Unternehmen, also namentlich ein in ihrem Eigentum stehendes Stadtwerk vergeben will.

Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den sog. Inhouse-Vergaben vom förmlichen Vergabeverfahren auf das Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen und insbesondere von Strom- und Gaskonzessionsverträgen wird gleichwohl bestritten. Dabei geht es nicht primär um das erste Kriterium der Beherrschung wie eine eigene Behörde, das insoweit keine spezifischen Probleme aufwirft und deshalb hier nicht näher untersucht werden soll. In Frage gestellt wird vielmehr das zweite Kriterium, wonach die Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber erbracht werden muss. Eingewandt wird insofern, eine Freistellung nach den Grundsätzen der Inhouse-Vergabe komme hier nicht in Betracht, weil diese voraussetze, dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen nur für den (kommunalen) Auftraggeber ausführt; hier aber sei es so, dass der Konzessionsnehmer, d.h. der örtliche Netzbetreiber seine Tätigkeit quantitativ und qualitativ ganz überwiegend gerade nicht für die Kommune, sondern für die Energienachfrager in der Gemeinde erbringe.

OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 162 (zitiert nach juris); *Büdenbender*, Materieellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 79.

Dieser Einwand geht jedoch fehl. Er beruht auf einer in sich unstimmgigen, fehlerhaften Argumentation, die mit der vorausliegenden Begründung dafür, dass die aus den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot folgenden Anforderungen überhaupt grundsätzlich Anwendung finden, in Widerspruch steht. Das Vorliegen einer diesen Anforderungen unterfallenden Dienstleistungskonzession wird – zutreffend – mit dem Argument begründet, der Umstand, dass der Konzessionsinhaber wirtschaftlich gegenüber einer Vielzahl von Dritten tätig werde, sei unschädlich; ausschlaggebend sei, dass der Konzessionsinhaber seine Dienstleistung im öffentlichen Interesse der konzessionsvergebenden Gemeinde erbringe.

Vgl. EuGH , Urt. v. 18. Jan. 2007, Rs. C-220/05, Slg. 2007, I-385, Tz. 42 – Aurox/Roanne; vgl. zustimmend dazu *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 37.

Entsprechend liegt auch der Grund für die Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze auf die Vergabe von Strom- bzw. Gaskonzessionen darin, dass der Netzbetreiber seine Dienstleistung im öffentlichen Interesse der Gemeinde, die als für die Energieversorgung der Bürger verantwortlich angesehen wird,

Vgl. BGH, RdE 1986, 115 (116); RdE 1986, 118 (120); BGHZ 119, 101 (105), wonach die Gemeinde sich mit dem Konzessionsvertrag ggf. der ihr im Rahmen der Daseinsvorsorge obliegenden Aufgabe einer ordentlichen und gesicherten Energieversorgung durch Übertragung auf ein privates Unternehmen entledigt.

erbringt; auch insoweit bleibt unbeachtlich, dass das netzbetreibende Unternehmen wirtschaftlich gegenüber einer Vielzahl von netznutzenden Unternehmen und Kunden tätig wird. Wenn aber für die Anwendung von Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot nicht die Ebene der Leistungsbeziehungen zwischen Konzessioninhaber und einzelnen Kunden, sondern die Ebene der Beziehung zwischen konzessionierender Gemeinde und konzessioniertem Unternehmen maßgeblich ist, muss das auch gelten für das Vorliegen der Inhouse-Ausnahme, die von diesen primärrechtlichen Ge- und Verboten dispensiert. Für das Vorliegen einer Inhouse-Vergabe von Konzessionen kann es deshalb allein darauf ankommen, ob das konzessionierte Unternehmen seine gegenüber der vergebenden Gemeinde erbrachte Dienstleistung im Wesentlichen nur für diese erbringt, also nicht auch für andere Gemeinden oder eventuelle sonstige Auftraggeber. Danach mag eine ausschreibungsfreie Vergabe ausscheiden, wenn ein kommunaler Netzbetreiber sich auch um ein weiteres Konzessionsgebiet bewirbt.

Vgl. *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 111 f.

Jedenfalls für solche kommunalen Netzbetreiber, die nur für ihre eigene Gemeinde den Netzbetrieb anbieten, aber ist das Inhouse-Privileg anzunehmen.

Auch das Argument, die Grundsätze der Inhouse-Vergabe könnten dann nicht zur Anwendung kommen, wenn die Konzessionsvergabe nicht an ein bereits bestehendes eigenes Unternehmen erfolge, sondern dieses erst im Moment der Rechtevergabe als ein neues Unternehmen auftrete,

OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 162 (zitiert nach juris).

geht fehl. Denn selbstverständlich ist auch in dieser Situation einer sog. Rekommunalisierung der Fall, dass „eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllt, ohne sich an externe Einrichtungen zu wenden“.

So OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 162 (zitiert nach juris), zu der Situation, in der nach den Grundsätzen der Inhouse-Vergabe eine Ausschreibungspflicht entfällt.

Die Grundsätze der Inhouse-Vergabe differenzieren nicht danach, ob eine Gemeinde sich eines bereits bestehenden oder eines für diesen Zweck Neubegründeten eigenen Unternehmens bedient. Entscheidend ist allein, dass der Gemeinde die Selbstwahrnehmung einer Aufgabe, die damit für den wirtschaftlichen Wettbewerb gerade nicht freigegeben werden soll, von Ausschreibungspflichten und Vergabegrundsätzen freigestellt wird.

Sofern ein – bestehendes oder neu zu begründendes, auch rechtlich selbständiges – eigenes Unternehmen der Gemeinde die Konzessionierung erhalten soll, unterfällt dieser Vorgang somit den unionsrechtlichen Grundsätzen der Inhouse-Vergabe.

Vgl. auch *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 122.

In Entsprechung zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Vergabe öffentlicher Aufträge sind in solchen Fällen eine – ansonsten nach den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot erforderliche – Ausschreibung der Dienstleistungskonzession und ein förmliches Auswahlverfahren unionsrechtlich nicht geboten, sofern dieses gemeindliche Unternehmen seine netzbetreibende Tätigkeit (im Wesentlichen) nur für die fragliche Gemeinde und nicht auch im Wettbewerb mit anderen netzbetreibenden Energieversorgungsunternehmen auch in sonstigen Gemeindegebieten ausübt.

b. Verfassungsrecht: Art. 3 Abs. 1 GG

Wohl unbestritten ist, dass die Gemeinde bei ihrer Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist.

Vgl. etwa OLG Düsseldorf, RdE 2008, 287 (288); *Byok*, RdE 2008, 268 (271 f.); *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 66b.

Diese Annahme ist dann erst recht überzeugend und zwingend, wenn man – mit der hier vertretenen Auffassung – im Abschluss von Konzessionsverträgen kein privat-

wirtschaftliches oder unternehmerisches Handeln auf der Grundlage privatrechtlichen Eigentums, sondern die Wahrnehmung eines kommunalen Selbstverwaltungsaufgabe und somit ein (schlicht-)hoheitliches (privatverwaltungsrechtliches) Handeln sieht.

Vgl. oben B. I. 1. b. bb.

Für die hoheitliche Aufgabenwahrnehmung ist die Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG, hier die Bindung an den zumindest vornehmlich in Betracht kommenden Art. 3 Abs. 1 GG nicht bestreitbar. Für die Auswahlentscheidung der Gemeinde folgt daraus nach dem grundlegenden Willkürverbot, dass sie nicht willkürlich sein darf, sondern auf sachlich einleuchtenden Gründen beruhen muss.

II. Die Ausgestaltung im nationalen Gesetzesrecht im Lichte der Vorgaben des höherrangigen/vorrangig anwendbaren Rechts

Im Lichte dieser Vorgaben des Unions- und des Verfassungsrechts sollen nunmehr die einfachrechtlichen Vorgaben für die Auswahlentscheidung der Gemeinde bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen in den Blick genommen werden. Im Vordergrund steht dabei die spezielle energiewirtschaftsrechtliche Bestimmung des § 46 EnWG (1.). Ergänzend und knapper sind auch §§ 19, 20 GWB in den Blick zu nehmen (2.).

1. § 46 EnWG

Die einschlägige energiewirtschaftsrechtliche Bestimmung des § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG soll im Folgenden daraufhin untersucht werden, welche Einschränkung der gemeindlichen Spielräume bei der Konzessionsvergabe sich hieraus – auch im Lichte der höherrangigen/vorrangig anwendbaren Vorgaben – ergeben bzw. welche Spielräume sie der Gemeinde lässt.

a. Verfahrensrechtliche Anforderungen

aa. Grundsätzliche Verpflichtung zu Bekanntmachung und Auswahlverfahren

§ 46 Abs. 3 EnWG stellt zunächst verfahrensrechtliche Anforderungen auf. Nach § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG ist spätestens zwei Jahre vor dem Ende der Laufzeit eines Konzessionsvertrages das Vertragsende öffentlich bekanntzumachen. Weitergehende, nähere Anforderungen insbesondere zur Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens formuliert § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG selbst nicht.

So zutreffend VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, Tz. 86 („Danach ist zunächst festzuhalten, das die Regelungen des Abs. 2 – 4 EnWG nicht die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens anordnen.“), 102 (zitiert nach juris).

Nur dass eine Auswahl stattzufinden und die Gemeinde sich der maßgeblichen Gründe ihrer Auswahl zu vergewissern hat, wenn sich mehrere Unternehmen bewerben, ist § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG, der die Gemeinde für diesen Fall zur öffentlichen Bekanntmachung der maßgeblichen Gründe verpflichtet, zu entnehmen.

Die Verpflichtung zur Durchführung eines bestimmten, weitergehenden Anforderungen genügenden Auswahlverfahrens wird aber aus den für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen geltenden, auch hier anwendbaren unionsrechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit hergeleitet.

Vgl. dazu oben unter B. I. 2. a. bb. (1), sowie *Meyer-Hetling/Templin*, ZNER 2012, 18 (19); OVG NRW, B. v. 10. Febr. 2012, 11 B 1187/11, Tz. 33 (zitiert nach juris).

Grundsätzlich wird zu Recht angenommen, dass die auf die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsgebot gestützten, zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen entwickelten unionsrechtlichen Anforderungen bei Strom- und Gaskonzessionsverträgen über die in § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG ausdrücklich geforderte Bekanntmachung hinaus auch die Durchführung eines transparenten, nicht diskriminierenden Auswahlverfahrens verlangen.

bb. Bekanntmachung und Auswahlverfahren bei Konzessionsvergabe an ein gemeindeeigenes Unternehmen?

Es bleibt jedoch zu fragen, inwieweit und mit welchen Rechtsfolgen das auch gilt, wenn eine Gemeinde keine Vergabe an ein fremdes Unternehmen, sondern eine Vergabe an ein eigenes (rechtlich unselbständiges oder rechtlich selbständiges, aber von ihr beherrschtes) Unternehmen, also eine „Inhouse-Vergabe“ beabsichtigt.

(1) Bekanntmachung des bevorstehenden Vertragsendes

Die Bekanntmachung des bevorstehenden Vertragsendes schreibt § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG schon seinem Wortlaut nach unbedingt vor, ohne Spielraum für eine Ausnahme im Falle der (beabsichtigten) Inhouse-Vergabe zu geben. Dieser Befund wird bestätigt durch § 46 Abs. 4 EnWG, der anordnet, dass § 46 Abs. 2 und 3 EnWG auch für Eigenbetriebe der Gemeinde entsprechende Anwendung finden; damit wird bekräftigt, dass die nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG allgemein für die Konzessionsver-

tragsvergabe geltenden Regelungen, also auch die Bekanntmachungspflicht des § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG, auch für die Konzessionierung von Eigenbetrieben gelten.

Die somit in jedem Falle anzunehmende gesetzliche Verpflichtung zur öffentlichen Bekanntmachung des Vertragsendes ist auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Zwar tangiert auch eine solche gesetzliche Verpflichtung die Gemeinde in ihrem durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Recht zur eigenverantwortlichen Regelung der Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises. Die bloß verfahrensrechtliche Verpflichtung der Gemeinde, auch vor einer favorisierten Konzessionsvergabe an ein eigenes Unternehmen durch Bekanntmachung anderen Unternehmen Gelegenheit zur Bewerbung zu geben und eine Inhouse-Vergabe nur in Kenntnis eventuell eingegangener anderer Bewerbungen vorzunehmen, erscheint jedoch von hinreichenden sachlichen Gründen getragen und gerechtfertigt.

(2) Förmliches Auswahlverfahren?

Näherer Prüfung bedarf jedoch die – in den einschlägigen Stellungnahmen regelmäßig nicht gesehene – Frage, ob über die Bekanntmachung hinaus auch die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens, das den verfahrensmäßigen Anforderungen an Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt, geboten ist, wenn die Gemeinde die Konzessionsvergabe an ein eigenes Unternehmen beabsichtigt.

§ 46 Abs. 3 EnWG verlangt aus sich heraus – wie soeben dargelegt – über die explizit geforderte Bekanntmachung hinaus schon allgemein nicht die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens. Aus dem Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG, einen Wettbewerb um das Netz zu eröffnen, und aus § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG, der im Falle mehrerer Bewerbungen die öffentliche Bekanntmachung der maßgeblichen Gründe der Auswahlentscheidung verlangt, ist allenfalls abzuleiten, dass zumindest eine Auswahl, in der die Gemeinde sich der tragenden Gründe ihrer Entscheidung vergewissert, durchgeführt werden muss.

Die darüber hinausgehende Verpflichtung zur Durchführung eines den unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungs- und Transparenzanforderungen genügenden Auswahlverfahrens ist allein aus den Grundsätzen des Unionsrechts zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen herzuleiten. Da nach diesen Grundsätzen „Inhouse-Vergaben“ aber gerade kein solches förmliches Auswahlverfahren voraussetzen,

Vgl. oben unter B. I. 2. a. bb. (2).

besteht im Ergebnis keine Verpflichtung zu dessen Durchführung im Falle der Konzessionsvergabe an ein gemeindeeigenes Unternehmen.

Im Ergebnis ist deshalb eine Gemeinde, die ein gemeindeeigenes Unternehmen konzessionieren will, nicht gehalten, ein förmliches, den unionsrechtlich begründeten Anforderungen genügendes Auswahlverfahren durchzuführen. Die Nichtdurchführung eines solchen Verfahrens oder die Nichteinhaltung der allgemein geltenden Anforderungen, z.B. im Hinblick auf die Einhaltung der anfänglich festgelegten und mitgeteilten Kriterien, kann danach die Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung und die Nichtigkeit der Konzessionierung nicht begründen.

b. Materiellrechtliche Anforderungen

Mit dem Inkrafttreten von § 13 Abs. 2 ff. EnWG 1998 bzw. § 46 Abs. 2 ff. EnWG 2005 ist die gemeindliche Auswahlentscheidung zunächst lediglich den soeben erörterten verfahrensrechtlichen Vorgaben unterworfen worden. Der Gesetzgeber hat damit zwar die Erwartung verbunden, dass die dadurch bewirkte Transparenz zugleich auch rationale Entscheidungen befördern werde.

Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 21.

Diese gesetzgeberische Erwartung an die Wirkung von Verfahrensvorschriften erlaubt es jedoch nicht, hieraus materiellrechtliche Anforderungen an die kommunale Entscheidung abzuleiten.

So auch mit eingehender Begründung, i.Erg. überzeugend *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 51 ff. Tendenziell anders, freilich ohne zureichende Begründung OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 97, und Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 120 (beide zitiert nach juris): „Argumente für eine Verpflichtung der Gemeinde auf insbesondere energiewirtschaftliche Kriterien lassen sich auch aus dem in § 46 Abs., 3 EnWG vorgeschriebenen Verfahren gewinnen.“

So ist zunächst im Einklang mit den Gesetzentwurfsbegründungen

Vgl. BT-Drs. 13/72714, S. 21; BT-Drucks. 15/3917, S. 67.

wohl einhellig angenommen worden, dass der den Gemeinden eröffnete Entscheidungsspielraum inhaltlich nicht eingeschränkt worden ist.

VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, insbes. Tz. 92 (zitiert nach juris); *Pippke/Gassner*, RdE 2006, 33 (37); *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 135, 357 ff.; *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 66c; *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 78, 82.; *Byok*, RdE 2008, 268 (271 f.). Die bis heute geltende Maßgeblichkeit der gesetzgeberischen Absicht, „keine sachlichen Anforderungen an die kommunale Entscheidung jenseits der formalen Vorgaben“ aufzustellen, anerkennt bemerkenswerterweise auch *Büdenbender*, Materiell-

rechtliche Entscheidungskriterien, S. 52, ohne diesem Befund freilich im Weiteren hinreichend Rechnung zu tragen.

Dabei ist zugrunde gelegt, dass die Konzessionsvergabe durch die Gemeinde nicht vollkommen beliebig, sondern willkürfrei, auf Grund sachlicher Erwägungen zu erfolgen hat. Das folgt bereits aus Vorgaben höherrangigen Rechts, nämlich aus der Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG.

Vgl. oben unter B. I. 2. b.

Nichts anderes ergibt sich zunächst auch dann, wenn man die Regelung des § 46 Abs. 2 EnWG nicht als abschließende Sonderregelung sieht und die Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG auch auf die Vergabe von Konzessionsverträgen i.S.v. § 46 Abs. 2 EnWG anwenden will.

OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 116 (zitiert nach juris); *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 46; *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 40 ff. (m.w.N. zum streitigen Meinungsstand).

Denn auch wenn § 46 Abs. 2 EnWG nicht als *abschließende* Sonderregelung angesehen wird,

Dafür spricht die – soweit ersichtlich unbestrittene – Anwendbarkeit von § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG auch auf Konzessionsverträge; so zu Recht *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 43 f.

ist doch § 46 Abs. 2 EnWG als spezielle Norm vorrangig zu beachten, soweit rechtliche und tatsächliche Besonderheiten des Konzessionsvertrags dies verlangen. Das gilt auch mit Blick auf das Gebot diskriminierungsfreier Wegerechtsvergabe. Denn während die Vergabe von Wegerechten für Direktleitungen nach § 46 Abs. 1 EnWG ggf. diskriminierungsfrei auch an mehrere Petenten zu erfolgen hat, kann die in § 46 Abs. 2 ff. EnWG geregelte Wegerechtsvergabe für ein örtliches Verteilnetz wegen dessen Eigenschaft als natürliches Monopol nur an einen Interessenten erfolgen. Die Wirkung des Diskriminierungsgebots aus § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG erschöpft sich deshalb auch hier zunächst in einer „Pflicht der Gemeinde, eine sachgerechte Auswahlentscheidung im Falle mehrerer Netzbetriebsinteressenten vorzunehmen“.

Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 43.

Streitig wird die materiellrechtliche Bindung der Gemeinde dadurch, dass in der jüngeren Spruchpraxis und Literatur der Versuch unternommen wird, die für eine diskriminierungsfreie Konzessionsvergabe zulässigen sachgerechten Gründe weiter einzuengen. Diesen Ansätzen zu einer Verengung gemeindlicher Auswahlfreiheit soll im Folgenden nachgegangen werden.

aa. Beschränkung auf netzbezogene Kriterien?

Auch bereits vor dem Inkrafttreten des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG und unabhängig von diesem ist unter der Geltung des EnWG 2005 angenommen worden, dass die Gemeinde ihrer Auswahlentscheidung allein netzbezogene Kriterien zugrunde legen dürfe.

Vgl. etwa *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden*, Tz. 23: „Zulässige Auswahlkriterien müssen einen sachlichen Bezug zur Konzession oder zum Netz aufweisen ...“; *Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 35.

Diese Annahme geht zunächst – schon mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG – richtig davon aus, dass die Kommunen – anders als private Unternehmen, die jedenfalls grundsätzlich ihre Gründe für die Vertragspartnerwahl nicht offenlegen müssen und auch sachfremde Erwägungen zugrunde legen dürfen – die Wahl ihres Vertragspartners auf sachlich einleuchtende Gründe stützen müssen.

Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S.33.

Sie geht weiter insbesondere auf Grund der Entflechtungsvorschriften (§§ 6 ff. EnWG) und des in § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG definierten zulässigen Gegenstands des Konzessionsvertrags davon aus, dass das EnWG streng zwischen Netzbetrieb einerseits und Energieerzeugung und -lieferung andererseits unterscheidet. Die entscheidende Frage ist jedoch, ob deshalb nur solche Gründe sachlich einleuchtende Gründe sind, die netzbezogene Gründe sind.

In einer engen, negativ ausgrenzenden Bedeutung ist der These vom notwendigen Netzbezug der Auswahlkriterien nicht zu widersprechen. Denn die Annahme, dass alle mit dem Vertragsgegenstand nicht vereinbaren Entscheidungskriterien, Motive oder Ziele, da sie vom Vertragspartner gar nicht verfolgt werden könnten, unzulässig sind,

Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 35.

ist im Ausgangspunkt zutreffend. Die Zugrundelegung von Kriterien, die der Bewerber gar nicht erfüllen kann bzw. darf, z.B. das Abhängigmachen der Auswahlentscheidung von explizit erzeugungs- oder vertriebsbezogenen Zusagen,

Vgl. *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 15, 34.

wäre in der Tat nicht sachgerecht und daher auch mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren.

Die These von der notwendigen Netzbezogenheit der Auswahlkriterien erhebt jedoch einen weitergehenden Anspruch; es wird eine strenge Netzbezogenheit der Auswahlkriterien gefordert und die Unzulässigkeit von Kriterien postuliert, die diesen strengen Netzbezug nicht aufweisen, ohne dass sie mit der durch das EnWG vorgegebenen Trennung des Netzbetriebs von Energieerzeugung und -lieferung unvereinbar wären. In diesem Sinne werden etwa Kriterien wie die Schaffung oder Sicherung von Arbeitsplätzen im Gemeindegebiet, die Sicherung des kommunalen Einflusses auf den Netzbetreiber oder die Erzielung von Einnahmen für den kommunalen Haushalt wegen mangelnden Netzbezugs als unzulässig angesehen. Ein solches Verständnis von Netzbezogenheit der Auswahlkriterien ist aus dem EnWG nicht herzuleiten. Weder die Entflechtungsvorschriften noch § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG verlangen eine solche Reduktion der zulässigen Kriterien. Dem für das Auswahlverfahren maßgeblichen § 46 Abs. 3 EnWG, der sich ohnehin materiellrechtlicher Vorgaben enthält, ist eine solche Einschränkung ebenfalls nicht zu entnehmen.

Die Annahme, die Auswahlkriterien müssten in diesem strengen Sinn netzbezogen sein, ist deshalb schon einfachgesetzlich nicht herzuleiten. Die Frage, ob eine solche Einschränkung des gemeindlichen Auswahlspielraums überhaupt verfassungsrechtlich angängig wäre, erübrigt sich daher.

bb. § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG: Beschränkung auf die Gründe des § 1 (Abs. 1) EnWG?

Eine weitere Einschränkung des gemeindlichen Entscheidungsspielraums nimmt die jüngere Behörden- und Gerichtspraxis dadurch vor, dass sie die Gemeinde bei ihrer Entscheidung auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG als vorrangig oder allein zulässige Kriterien verpflichtet sehen will.

(1) § 46 Abs. 3 EnWG a.F.

Schon für die ursprüngliche Fassung des § 46 Abs. 3 EnWG ist mitunter eine Pflicht der Gemeinde zur Beachtung der Ziele des EnWG, namentlich des § 1 Abs. 1 EnWG angenommen worden.

Dafür wird zunächst ein eher formales Argument vorgebracht: Die Gesetzeszweckregelung des § 1 Abs. 1 EnWG sei für die Auslegung und Anwendung des EnWG insgesamt, d.h. auch für die Auslegung und Anwendung von § 1 Abs. 1 EnWG nicht ausdrücklich in Bezug nehmenden Normen heranzuziehen.

Büdenbender, Materielle rechtliche Entscheidungskriterien, S. 38; OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 96 (zitiert nach juris).

Daran ist zutreffend, dass in der Tat die – zudem in einer Grundsatznorm festgehaltenen – Gesetzeszwecke die Auslegung und Anwendung des Gesetzes insgesamt determinieren.

Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 40.

Dieses Gebot einer gesetzeszweckgetreuen Auslegung und Anwendung richtet sich freilich an die mit dem Gesetzesvollzug betrauten Behörden (und ggf. an die Gerichte, die diese Behördenentscheidungen zu kontrollieren haben); diese haben in ihren Entscheidungen die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe oder die Ermessensausübung an den Gesetzeszwecken auszurichten. Die Gemeinde aber ist keine mit dem Vollzug des EnWG betraute Behörde, sondern eine Selbstverwaltungskörperschaft, deren energieverorgungsrelevante Entscheidungen sich nicht im Vollzug des EnWG erschöpfen, sondern umfassender die von ihr eigenverantwortlich zu regelnden Angelegenheiten ihres örtlichen Wirkungskreises zu beachten haben.

Vgl. oben unter B. I. 1. b. bb.

Insofern liegt dem Argument ein grundlegendes Missverständnis der Rolle der Gemeinden, die insoweit verfehlt als Energiewirtschaftsbehörden und nicht als Selbstverwaltungskörperschaften wahrgenommen werden, zugrunde.

Spezifisch und sachlich auf die gemeindliche Entscheidung nach § 46 Abs. 3 EnWG bezogen wird die Bindung der Gemeinden an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG weiter mit Sinn und Zweck der Vorschrift des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG, einen Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen, begründet.

LG Kiel, Urt. v. 3. Febr. 2012, 14 O 12/11.Kart, Tz. 78 (zitiert nach juris).

Das überzeugt in der Sache nicht. Zwar ist richtig, dass die Laufzeitbegrenzung nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG in Abständen eine Neuvergabe der Konzession und insoweit auch einen Wettbewerb auslösen soll.

Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 21.

Von dieser gesetzgeberischen Absicht der Öffnung des Wettbewerbs darf jedoch nicht vorschnell auf eine gesetzgeberische Vorgabe bestimmter Kriterien für die wettbewerbliche Auswahl geschlossen werden. Insofern hat der Gesetzgeber unge-

achtet der vorgenommenen Wettbewerbsöffnung gerade die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde betont.

Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 21, bestätigt durch BT-Drs. 15/3917, S. 67.

Nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG soll die Festlegung der Kriterien der Auswahlentscheidung nicht Sache des Energiewirtschaftsgebers werden, sondern Sache der jeweiligen Gemeinde bleiben. Es ist deshalb unzutreffend, dass es nach dieser Gesetzeslage unzulässig wäre, wenn die Gemeinde maßgeblich auf möglichst hohe Konzessionsabgaben, Zusatzleistungen, Gemeinderabatte und Folgekostenregelungen Wert gelegt habe.

LG Kiel, Urt. v. 3. Febr. 2012, 14 O 12/11.Kart, Tz. 80; vgl. auch Tz. 85 zur Unzulässigkeit einer „allein oder jedenfalls überwiegend unter Berücksichtigung kommunaler Interessen getroffene(n) Auswahlentscheidung“ (zitiert nach juris).

Das wird im Übrigen für einen Teilaspekt auch gesetzessystematisch belegt durch §§ 46 Abs. 1 S. 2, 48 EnWG; sie erlauben der Gemeinde, was der Sache nach durchaus in einem Spannungsverhältnis zum Ziel der preisgünstigen Energieversorgung steht, die Verweigerung des Abschlusses von Konzessionsverträgen i.S.v. § 46 Abs. 2 EnWG, wenn das Unternehmen sich nicht zur Zahlung der Höchstbeträge der Konzessionsabgaben nach § 48 EnWG i.V.m. der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) zu verpflichten bereit ist.

Eine Festlegung der Auswahlentscheidung der Gemeinde auf die Verfolgung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG ist deshalb jedenfalls § 46 Abs. 3 EnWG a.F. nicht abzugewinnen.

(2) § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG

Es bleibt die Frage, inwieweit der mit der EnWG-Novelle vom 26. Juli 2011 neueingefügte § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG diese Rechtslage hat ändern wollen und – im Lichte höherrangigen Rechts – können.

a) Auslegung

§ 46 Abs. 3 S. 5 EnWG ist schon dem Wortlaut nach unzweifelhaft zu entnehmen, dass die Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG jedenfalls *auch* zu beachten hat, d.h. zumindest auch auf „eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht“, zu achten hat. Der Gesetzgeber ist insofern, formal

betrachtet, dem oben aufgezeigten Missverständnis aufgesessen, die Gemeinden wie eine Vollzugsbehörde auf eine gesetzeszweckgetreue Auslegung und Anwendung festlegen zu wollen. In der Sache ist allerdings aus der gemeindlichen Perspektive gegen eine Verpflichtung auf die Beachtung dieser Ziele nichts zu erinnern; im Rahmen ihrer eigenen, in der Selbstverwaltungsgarantie wurzelnden Verantwortung für die örtliche Energieversorgung wird die Gemeinde diese Aspekte ohnehin zu beachten haben.

So zu Recht VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, insbes. Tz. 102 (zitiert nach juris).

In dieser Bedeutung ist § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG im Ergebnis in der Tat bloß klarstellend und auch verfassungsrechtlich unbedenklich.

Fraglich ist, ob § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG darüber hinaus verlangt, dass die Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung die Ziele des § 1 (Abs. 1) EnWG vorrangig oder ausschließlich berücksichtigt. Entstehungsgeschichtlich spricht dagegen, dass die Gesetzentwurfsbegründung eine bloße Klarstellung vornehmen wollte,

Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 88.

die bis dahin geltende Rechtslage aber eine solche strikte Bindung nicht kannte. In systematischer Betrachtung spricht auch dagegen, dass die Gemeinde weiterhin den Konzessionsvertragsschluss ablehnen kann, wenn der Bewerber nicht zur Zahlung der Höchstbeträge der Konzessionsabgaben bereit ist (§ 46 Abs. 1 S. 2 EnWG). Der Wortlaut („ist ... verpflichtet“) verlangt zwar nicht zwingend eine strikte Bindung an die Ziele, lässt diese Interpretation jedoch jedenfalls zu und legt sie nahe, wie die entsprechende Rezeption bei den Gerichten belegt.

β) *Verfassungsrechtliche Würdigung*

Das führt zu der Frage, ob eine solche Interpretation mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar wäre.

Sie hätte zur Folge, dass eine Reihe von Gesichtspunkten, die von der Konzessionsvergabeentscheidung betroffen werden und als Selbstverwaltungsangelegenheit verfassungsrechtlich geschützt sind, nicht mehr oder nur noch nachrangig in die Auswahl des Netzbetreibers einbezogen werden dürften. So läge etwa das Ziel, den lokalen Arbeitsmarkt zu stärken,

Vgl. dazu *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 38 f.

ebenso wie das Ziel, kommunale Einnahmen aus dem Netzbetrieb zu erzielen,

Vgl. dazu *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 40.

außerhalb des Zielkanons und wäre deshalb unzulässig. Im Ergebnis wäre es der Gemeinde versagt, bei der Konzessionsvergabe verfassungsgeschützte Selbstverwaltungsbelange wahrzunehmen.

Eine solche gesetzliche Einschränkung der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung ist verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig; für sie müssten überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls streiten, wobei bloße Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht zureichen sollen.

Vgl. oben unter B. I. 1. a. aa.

Als rechtfertigender Grund für eine strikte Bindung an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG erscheint „das Interesse des Endabnehmers von Strom an einer möglichst effizienten, sicheren, umweltfreundlichen und preisgünstigen Energieversorgung“.

LG Kiel, Urt. v. 3. Febr. 2012, 14 O 12/11.Kart, Tz. 80 (zitiert nach juris).

Das allerdings dieses Ziel in einem Maß, das den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 28 Abs. 2 GG genügen würde, verfehlt würde, wenn die gemeindliche Auswahlentscheidung auch auf sonstige, außerhalb des Zielkanons von § 1 Abs. 1 EnWG liegende Kriterien zugreifen dürfte, ist weder dargetan noch ersichtlich.

(3) Ergebnis

Entgegen der Gesetzentwurfsbegründung und entgegen manchen Einschätzungen in der Literatur

So *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 14, 38.

handelt es sich bei § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG nicht um eine bloß klarstellende, über die frühere Rechtslage nicht hinausführende Regelung, wenn sie so verstanden wird, dass die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG ausschließlich oder jedenfalls vorrangig zu berücksichtigen sind. Diese Interpretation wird durch den Wortlaut der Norm nahegelegt; sie ist jedoch nicht zwingend. Sie ist deshalb jedenfalls auf Grund einer verfassungskonformen Auslegung zu verwerfen, denn ein solches striktes Verständnis von § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG wäre mit der Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung nicht zu vereinbaren. § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG ist deshalb so zu verstehen, dass die Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG mit zu berücksichtigen, jedoch nicht ausschließlich und auch nicht notwendig vorrangig gegenüber anderen Zielen zu beachten hat.

cc. Effizienz als maßgebliches Kriterium

Mitunter wird die Bindung an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG noch verengt und zugespitzt, indem eines dieser Ziele, die Effizienz des Netzbetriebs durch das Energieversorgungsunternehmen, als das maßgebliche Kriterium herausgehoben wird,

Vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 107, 110; Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 128 (beide zitiert nach juris), *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 47: „Liegen keine besonderen Gründe des Einzelfalls vor, ist die kommunale Entscheidung ... nur dann sachgerecht, wenn sie sich maßgeblich an den bisherigen gezeigten Leistungen im Netzbetrieb orientiert.“

wobei teilweise angenommen wird, diese Effizienz werde durch die von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Anreizregulierung ermittelten Effizienzwerte bestimmt.

Büdenbender, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 47.

Zwar soll die Gemeinde auch andere (der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten) Ziele berücksichtigen dürfen, doch soll dem Effizienzziel „überragende Bedeutung“ zukommen.

Büdenbender, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 49.

Eine Entscheidungsfreiheit der Gemeinde soll (nur) bei gleichwertigen oder zumindest nahezu gleichwertigen Netzbetreiberleistungen

Vgl. *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 64: „Die Gemeinde ist daher befugt, geringfügige Leistungsunterschiede, z.B. zwischen einer Effizienz von 100% und 99%, zu ignorieren.“

bestehen.

Diese Verengung auf das Effizienzziel lässt sich freilich schon aus § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG im Wege der Auslegung kaum herleiten. Die Begründungsansätze

Vgl. etwa OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 106 f.: „Nach alledem ist die Vergabeentscheidung mindestens auch und zwar vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG auszurichten. Das bedeutet, dass bei der Auswahlentscheidung in erster Linie maßgeblich sein müssen das Niveau der erreichbaren Netzentgelte und die Effizienz des Netzbetreibers. Das ergibt sich zwanglos aus den Zielen des EnWG, mittels der Durchsetzung von Wettbewerb eine möglichst preisgünstige Versorgung zu erreichen.“ (zitiert nach juris),

bleiben eher thetisch und unzureichend. Warum gerade dieses Ziel innerhalb der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG dominant zu sein habe, wird nicht deutlich.

Hinzu kommt, dass gerade bei einer Verengung von § 46 Abs. 3 S. 5 i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG auf das Effizienzziel der Konflikt mit der Garantie kommunaler Selbstverwaltung deutlich zu Tage tritt. Die zentrale Begründung für den Vorrang des Effizienzziels ist der Sache nach, dass Ineffizienzen im Netzbetrieb sich in Gestalt höherer Netznutzungsentgelte und folglich höherer Energiekosten zu Lasten der Energieverbraucher in der Gemeinde auswirken würden.

Büdenbender, Materielle rechtliche Entscheidungskriterien, S. 47, 63.

Es geht also im Kern um eine möglichst preisgünstige Energieversorgung. Solche ökonomische, auf möglichst billige Aufgabenwahrnehmung zielende Rechtfertigungen akzeptiert das Bundesverfassungsgericht mit Verweis auf die entgegenstehende politisch-demokratische Funktion der gemeindlichen Selbstverwaltung jedoch nur, wenn ansonsten ein unverhältnismäßiger Kostenanstieg droht.

Vgl. BVerfGE 79, 127 (153).

Dass dies der Fall wäre, wenn die Gemeinden auch sonstige legitime Gesichtspunkte bei ihrer Auswahl berücksichtigen dürfen, ist nicht erkennbar.

Die Verengung der zulässigen Auswahlkriterien auf eine alleinige oder vorrangige Berücksichtigung der Effizienz des Netzbetreibers ist deshalb weder auf der Ebene der Gesetzesauslegung noch in verfassungsrechtlicher Hinsicht überzeugend.

dd. Zulässigkeit der bevorzugten Vergabe an ein eigenes Unternehmen?

Aus kommunaler Perspektive ist eine Frage von besonderer grundsätzlicher und praktischer Bedeutung, unter welchen Voraussetzungen eine Konzessionierung von eigenen Unternehmen der Gemeinde in der Sache zulässig ist. Wegen des prinzipiellen Unterschieds zur Beauftragung eines fremden Unternehmens ist diese Frage nicht zu Unrecht als „Systementscheidung“ gekennzeichnet worden.

So etwa *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 358; VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, Tz. 102 f. (zitiert nach juris).

In jüngeren Behörden- und Gerichtsentscheidungen wird die Möglichkeit einer solchen Systementscheidung in Frage gestellt.

Gegen die Annahme einer Systementscheidung etwa *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur*, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 26 Fn. 16.

Die Beauftragung eines gemeindeeigenen Unternehmens wird zwar nicht als unzulässig angesehen; es wird jedoch die Zulässigkeit von Kriterien der Auswahlentscheidung, die gerade und spezifisch auf ein gemeindeeigenes Unternehmen zutref-

fen, bestritten und gefordert, die Kriterien müssten aus Rechtsgründen so gefasst sein, dass über die Konzessionierung eines eigenen oder eines fremden Unternehmens eine wettbewerbliche Vergabe nach gleichen Leistungskriterien entscheidet.

(1) Zulässigkeit und energiewirtschaftsrechtliche Anerkennung des Netzbetriebs durch ein gemeindeeigenes Unternehmen

Diese Position wird zunächst zu Unrecht mit dem Argument untermauert, das Gesetz, d.h. hier § 46 Abs. 1 und 2 EnWG, gehe „davon aus, dass Verlegung und Betrieb von Leitungen Sache eines Netzbetreibers sind, während sich der Beitrag der Gemeinde darauf beschränkt, hierfür ihre Wege zur Verfügung zu stellen. Davon, dass die Gemeinde auch selbst Leitungen verlegen oder betreiben könnten, ist dort nicht die Rede.“

OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 92; Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 115 (beide zitiert nach juris).

Wenn damit die Zulässigkeit oder auch nur die energiewirtschaftsrechtliche Anerkennung der Möglichkeit eines gemeindeeigenen Netzbetriebs in Frage gestellt werden soll, ist das eklatant unzutreffend.

Dies ergibt sich schon aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 GG. Sie garantiert den Gemeinden nicht nur die Wahrnehmung ihrer Verantwortung für die Energieversorgung des Gemeindegebiets durch den Konzessionsvertrag,

Vgl. oben unter B. I. 1. b. bb.

sondern auch das Recht zur eigenen kommunalwirtschaftlichen Betätigung, auch und gerade in der Energieversorgung.

Vgl. nur BVerwGE 98, 273 (275); RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801 (803); *Britz*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 3. Aufl. 2011, § 5 Rn. 47 f.

Grenzen dieses Rechts zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung ergeben sich aus den jeweiligen Kommunalwirtschaftsrechten der Länder, die freilich in Reaktion auf die Liberalisierung teilweise gerade die kommunalwirtschaftliche Betätigung in der Energieversorgung privilegieren.

Vgl. etwa § 107a GO NRW.

Die Gemeinden dürfen also von Verfassungs wegen, in den durch das Kommunalwirtschaftsrecht zulässigerweise gesetzten Grenzen, wirtschaftlich in der Energieerzeugung und -belieferung und auch im Netzbetrieb tätig werden.

Dies ist auch energiewirtschaftsrechtlich in § 46 EnWG anerkannt. Wenn § 46 Abs. 4 EnWG die entsprechende Anwendung von Absätzen 2 und 3 für Eigenbetriebe der Gemeinde anordnet, wird damit einerseits die Anwendung der beschränkenden Vorgaben der Absätze 2 und 3 begründet; andererseits wird aber zugleich auch anerkannt, dass auch Eigenbetriebe als rechtlich unselbständige Unternehmen der Gemeinde

Für die Konzessionierung von Eigengesellschaften als rechtlich selbstständigen Unternehmen der Gemeinde ist ohnehin § 46 Abs. 2 und 3 EnWG unmittelbar anwendbar; vgl. *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 85.

konzessioniert werden können. Das EnWG geht also – entgegen der Auffassung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts –

OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 101 (zitiert nach juris).

durchaus davon aus, dass die Kommunen die Netze als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge selbst betreiben können.

(2) Sachlich rechtfertigende Gründe für die Konzessionierung eines gemeindeeigenen Unternehmens

Schon aus der unbestrittenen Bindung der Gemeinde bei der Wegerechtsvergabe an Art. 3 Abs. 1 GG folgt, dass die Konzessionierung eines gemeindeeigenen Unternehmens unter Hintansetzung anderer Interessenten nicht willkürlich sein darf, sondern auf sachlich einleuchtenden Gründen beruhen muss. Solche sachlichen Gründe für eine Konzessionierung eines eigenen Unternehmens, die nach den bisherigen Überlegungen zulässige Kriterien im Rahmen der Konzessionsvergabeentscheidung sind, gibt es grundsätzlich.

Ein zentrales Argument ist insofern das der besseren Steuerung des netzbetreibenden Unternehmens.

Vgl. dazu auch VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, insbes. Tz. 104 (zitiert nach juris).

Bei einem fremden Netzbetreiber beschränkt sich die mögliche Steuerung grundsätzlich – sozusagen im Außenverhältnis – auf die Durchsetzung der im Konzessionsver-

trag vereinbarten Regelungen. Bei einem gemeindeeigenen Unternehmen treten die Steuerungsmöglichkeiten hinzu, die – sozusagen im Innenverhältnis – der Gemeinde als Unternehmensträgerin kommunal- bzw. gesellschaftsrechtlich gegenüber dem Unternehmen zur Verfügung stehen. Dies bedeutet eine Stärkung der kommunalen Steuerungsmöglichkeit sowohl in inhaltlicher Hinsicht wie vor allem auch in zeitlicher Hinsicht, da auch bei Vertragsschluss noch nicht geregelte Fragen erfasst werden können, was bei typischerweise auf lange Laufzeiten abgeschlossenen Konzessionsverträgen von besonderer Bedeutung sein kann. Das Ziel einer in dieser Weise gestärkten kommunalen Steuerungsmöglichkeit ist nach den bisherigen Überlegungen auch ein zulässiges Kriterium der Konzessionsvergabe, da es mit auf den Netzbetrieb beschränkten Vertragsgegenstand nicht in Konflikt steht

Vgl. oben unter B. II. 1. b. aa.

und es durch § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG – wie dargelegt –

Vgl. oben unter B. II. 1. b. bb.

nicht ausgeschlossen ist.

Auch das von den Kommunen mitunter genannte Ziel der lokalen Wirtschaftsförderung und Arbeitsplatzsicherung ist im Rahmen der Auswahlentscheidung grundsätzlich berechtigt. Es stellt ein legitimes Anliegen kommunaler Selbstverwaltung dar, kann u.U. durch eine Vergabe an einen gemeindeeigenen Netzbetreiber befördert werden und ist nach den bisherigen Überlegungen durch § 46 EnWG nicht ausgeschlossen.

Schließlich ist auch die fiskalische Erwägung, nicht nur die der Gemeinde zustehenden Konzessionsabgaben einnehmen, sondern auch von dem Unternehmensgewinn aus dem Netzbetrieb oder auch von Kostenvorteilen und Synergieeffekten durch Zusammenfassung mehrerer Betriebszweige profitieren zu wollen, bei der Konzessionsvergabe zulässig.

VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, insbes. Tz. 104 (zitiert nach juris).

Es handelt sich um ein von der verfassungsgeschützten kommunalen Finanzhoheit geschütztes gemeindliches Anliegen. Zwar garantiert Art. 28 Abs. 2 GG den Gemeinden nicht einzelne vermögenswerte Rechtspositionen und schützt sie deshalb auch nicht, wenn ihnen einzelne Einnahmen entzogen oder verwehrt werden.

BVerfG, NvWZ 1999, 520 (521).

Die Möglichkeit der Einnahmeerzielung durch ein netzbetreibendes Unternehmen steht den Gemeinden jedoch offen. Das Ziel, diese Möglichkeit zu nutzen, ist nach den bisherigen Überlegungen auch im Rahmen von § 46 Abs. 2 ff. EnWG rechtlich nicht ausgeschlossen, sondern ein zulässiges Kriterium.

(3) Zulässigkeit gemeindeeigenen Unternehmen günstiger, sachlicher Kriterien

Die genannten, sachlich einschlägigen und rechtfertigenden Gründe werden in den erwähnten Äußerungen der Kartellbehörden und Gerichte erst durch eine weitere Überlegung als zulässiges Kriterium in Frage gestellt.

Die These, die Gemeinde dürfe einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, nicht ohne sachlichen Grund bevorzugen,

Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 22; vgl. auch Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 46: „§ 46 Abs. 1 S. 1 EnWG erlaubt den Kommunen keine pauschale bzw. sachwidrige Bevorzugung des eigenen Netzbetrieb.“

will bei genauer Betrachtung (im Übrigen – wie gerade dargelegt – sachlich gerechtfertigte) Kriterien dann als unzulässig oder allenfalls nachrangig ansehen, wenn sie spezifisch gerade bei Kommunalunternehmen vorliegen und diese deshalb im Ergebnis begünstigen können.

Vgl. LG Kiel, Urt. v. 3. Febr. 2012, 14 O 12/11.Kart, Tz. 85 zur Unzulässigkeit einer „allein oder jedenfalls überwiegend unter Berücksichtigung kommunaler Interessen getroffene(n) Auswahlentscheidung“ (zitiert nach juris).

Begründet wird diese These mit der Doppelrolle der Kommunen bei der Konzessionsvergabe als auswählende Stelle einerseits, als Interessent andererseits. Der Gesetzgeber habe die Konzessionsvergabe gerade auch deshalb einem Diskriminierungsverbot unterworfen, weil er die Gefahr einer Diskriminierung zugunsten kommunaler Unternehmen wegen des Zusammenfallens von kommunaler Wegehoheit und kommunalen Interessen am Netzbetrieb gesehen habe.

Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 41; vgl. auch S. 46.

Wegen ihrer Doppelrolle als Vergabeinstanz und als möglicher Netzbetreiber müsse von der Gemeinde verlangt werden, keine sachwidrige Vermischung beider Ebenen vorzunehmen.

Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 64.

§ 46 EnWG verlange deshalb, dass die Kommune die Rolle „eines zum objektiven Handeln verpflichteten Schiedsrichters, der unter nachvollziehbaren Leistungsaspekten zwischen den verschiedenen Netzbetriebsinteressenten zu entscheiden hat“,

Büdenbender, Materieellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 51.

einnimmt.

Diese Annahme, die Regelung der Konzessionsvergabe in § 46 EnWG solle gerade einer bevorzugten Berücksichtigung gemeindeeigener Unternehmen wehren, ist jedoch schon entstehungsgeschichtlich unzutreffend. Der Gesetzgeber des § 13 EnWG fand insofern eine Rechtslage vor, die der Bundesgerichtshof treffend wie folgt umschrieben hat: „Mit der Einführung des § 103a GWB a.F. verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, durch eine Begrenzung der Laufzeit der nach § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2 u. 4 GWB a.F. freigestellten Verträge zu verhindern, daß das System der Gebietsmonopole zum Nachteil der Abnehmer erstarrt und nicht mehr flexibel genug ist, auf die versorgungswirtschaftlichen Erfordernisse zu reagieren (Bericht des Ausschusses für Wirtschaft des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 8/3690 S. 31). Spätestens alle 20 Jahre sollten die Partner eines Konzessionsvertrages völlig frei darüber entscheiden können, ob die Energieversorgung durch den bisherigen Vertragspartner, durch ein konkurrierendes Versorgungsunternehmen oder aber durch die Kommune selbst fortgesetzt werden sollte. § 103a GWB a.F. diene freilich nicht dem Schutz der Parteien des Konzessionsvertrages, sondern dem Schutz der Freiheit des Wettbewerbs: Wenigstens im 20-Jahres-Rhythmus sollte ein Wettbewerb um geschlossene Versorgungsgebiete ermöglicht werden, um eine Verbesserung der Versorgungsbedingungen zu erreichen“.

BGHZ 143, 128, Tz. 51.

Vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage haben § 13 EnWG 1998 und § 46 EnWG 2005 lediglich verfahrensrechtliche Ergänzungen vorgenommen, die möglichen Interessenten Gelegenheit zur Bewerbung geben, der Gemeinde damit evtl. weitere Handlungsoptionen eröffnen und sie durch Transparenz zu einer rationalen Entscheidung anhalten sollen; sie haben jedoch bewusst davon abgesehen, für die Konzessionsvergabe durch die Gemeinde materielle rechtliche Vorgaben zu machen.

Vgl. BT.-Drs. 13/7274, S. 21, bestätigt durch BT-Drs. 15/3917, S. 67.

Die Neuregelungen haben damit das vom Bundesgerichtshof umschriebene, bereits vor 1998 verfolgte Konzept einer Ermöglichung von Wettbewerb um das Netz, das zumindest alle 20 Jahre eine neue gemeindliche Vergabeentscheidung sicherstellt, in

materiellrechtlicher Hinsicht fortgeschrieben. Auch § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG hat daran, jedenfalls bei verfassungskonformer Interpretation, nichts geändert.

Vgl. oben unter B. II. 1. b. bb.

Die Behauptung, § 46 EnWG verlange mit Blick auf das Ziel der Wettbewerbsöffnung eine allein an „sachlich-wettbewerblichen Gesichtspunkten“ orientierte Konzessionierungsentscheidung,

OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 94; Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 117 (beide zitiert nach juris).

die die gemeindeeigenen Unternehmen begünstigende sachliche Gesichtspunkte nicht oder allenfalls nachrangig zugrunde legen dürfe, trifft nicht zu. Sie verkennt, dass das EnWG in Bezug auf den Netzbetrieb nur einen – in der gerade beschriebenen Weise begrenzten – Wettbewerb um das Netz vorsieht, den Wettbewerbsgedanken aber vor allem in der Eröffnung von Wettbewerb um den Kunden in der Energiebelieferung realisiert hat.

2. Kartellrechtliche Vorgaben

Nur ergänzend soll auch auf kartellrechtliche Maßstäbe eingegangen werden. Gestützt auf § 46 Abs. 5 EnWG, wonach die kartellbehördlichen Aufgaben und Zuständigkeiten nach dem GWB unberührt bleiben, wird die gemeindliche Auswahlentscheidung auch hieran, namentlich an §§ 19, 20 Abs. 1 GWB, gemessen.

a. Gemeindliche Konzessionsvergabe als unternehmerisches oder hoheitliches Verhalten?

Die §§ 19, 20 GWB sind von vornherein nur anwendbar auf Unternehmen. Voraussetzung für die Anwendung der §§ 19, 20 GWB auf die Vergabe von Strom- und Gas Konzessionen durch die Gemeinde ist daher, dass es sich dabei um ein unternehmerisches Verhalten der Gemeinde handelt.

Abweichend von der Beurteilung des Europäischen Gerichtshofs für das europäische Wettbewerbsrecht

Vgl. oben unter B. I. 2. a. bb.

nehmen Rechtsprechung, Kartellbehördenpraxis und vorherrschende Literaturmeinung dies auf der Grundlage eines weiten Unternehmensbegriffs an.

BGH, WuW/E BGH 2247; WuW/E BGH 2777; OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 149 ff. (zitiert nach juris); *Bundeskartell-*

amt/Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 16; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 47 f.; *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 67 ff.

Sie stützen diese Annahme u.a. darauf, dass die Konzessionsvergabe – wie aus § 8 Abs. 10 BFernStrG und entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen hergeleitet wird – im Wege privatrechtlichen Vertrages

BGHZ 37, 353 (354); 138, 266 (274); OVG NRW, B. v. 10. Febr. 2012, 11 B 1187/11, Tz. 9 (zitiert nach juris); *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 11, 68.

und auf der Grundlage des Eigentums der Gemeinde am Wegenetz erfolge. Die Konzessionsvergabe soll deshalb, wie insbesondere unter Verweis auf die sog. Schilderpräger-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Vgl. BGH, NJW 2003, 752.

angenommen wird, nicht anders zu beurteilen sein als auch sonstige Verpachtungen oder Vermietungen von Grundstücken oder Gebäuden im Eigentum der Gemeinde.

Vgl. etwa *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 51 („So unterscheidet sich z.B. der Vertragsinhalt einer Wegenutzungskonzession nur singulär von typischen Pacht- oder Mietverhältnissen.“); *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 68.

Diese Annahme ist sehr fragwürdig. Im Kern ist einzuwenden, dass es sich bei der Vergabe von Konzessionen für die leitungsgebundene Energieversorgung der Einwohner um eine (von Art. 28 Abs. 2 GG geschützte) Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde handelt.

Zur Anerkennung dieser Selbstverwaltungsaufgabe vgl. bereits oben unter B. I. 1.

Deshalb ist der Vergleich zwischen der Wegerechtsvergabe und der Verpachtung oder Vermietung sonstiger Liegenschaften der Gemeinde nicht überzeugend. Einzelne Grundstücke oder Gebäude stellen Fiskalvermögen der Gemeinde dar, dessen Verwaltung zwar unter die Finanzhoheit als ein Element gemeindlicher Eigenverantwortlichkeit fällt, aber keine originäre Selbstverwaltungsaufgabe darstellt. Das unter der Hoheit der Gemeinde stehende örtliche Wegenetz hingegen stellt eine (hoheitliche) Infrastruktur dar, deren Verwaltung von Art. 28 Abs. 2 GG als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anzusehen ist. Wenn man die straßenrechtlich begründete Privatrechtsförmigkeit der Konzessionsverträge akzeptiert, so muss man die

Konzessionsvertragsvergabe danach als privatrechtsförmige Wahrnehmung einer von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Selbstverwaltungsaufgabe charakterisieren.

Vgl. ausführlich *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 279 f., 282; *Templin*, IR 2009, 101 (103).

Dieser verfassungsrechtlich begründeten Charakterisierung kann auch nicht die einfachgesetzliche Regelung des § 1 EnWG, die allein auf den Schutz der Konsumenten zielen soll, entgegengehalten werden;

Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge, S. 27 f.

vielmehr müssen sich die energiewirtschaftsrechtlichen Regelungen an der Verfassungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG messen lassen.

Ungeachtet dieser Einwände soll dieser Streitfrage hier nicht abschließend nachgegangen werden. Vielmehr soll – mit Rücksicht auf die derzeit für das deutsche Wettbewerbsrecht ganz vorherrschende Auffassung – für die weiteren Überlegungen die Annahme eines unternehmerischen Verhaltens und damit der Anwendbarkeit von §§ 19, 20 GWB zugrunde gelegt werden.

b. Marktbeherrschende Stellung

§§ 19, 20 GWB setzen tatbestandlich eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens voraus. Dass die einzelne Gemeinde für ihr Gemeindegebiet in Bezug auf die Konzessionsvergabe marktbeherrschend ist, ist angesichts ihrer monopolartigen Stellung, wenn man diese denn als eine unternehmerische qualifiziert, offenkundig. Fraglich kann allein die maßgebliche räumliche Abgrenzung des Marktes sein. Während in der Literatur mit beachtenswerten Gründen ein bundesweiter Markt des Netzbetriebs angenommen wird,

Kermel/Bracker/Neumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 2008, S. 92.

nehmen insbesondere Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur an, dass der jeweilige lokale Markt räumlich maßgeblich sei, weshalb eine marktbeherrschende Stellung der jeweiligen Gemeinde anzunehmen sei.

Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 17 f.. Vgl. auch OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 138 (zitiert nach juris); *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 55 ff.

Auch dies soll hier nicht näher untersucht werden.

c. Unbillige Behinderung und Diskriminierung?

Die Unternehmenseigenschaft der Gemeinde und die Marktbeherrschung unterstehend bleibt zu fragen, unter welchen Bedingungen eine unbillige Behinderung i.S.v. § 19 GWB bzw. eine Diskriminierung i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB bei der Konzessionsvergabe anzunehmen ist. Die Beurteilung folgt insoweit in den einschlägigen Stellungnahmen zunächst regelmäßig der energiewirtschaftsrechtlichen Beurteilung. Ein Missbrauch bzw. eine Diskriminierung oder unbillige Behinderung wird angenommen, wenn einem Energieversorgungsunternehmen die Konzessionsvergabe aus Gründen versagt wird, die nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG als unzulässig zu beurteilen sein sollen.

Vgl. *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 70 ff.

Insoweit führt die Heranziehung von §§ 19, 20 GWB über die Vorgaben des § 46 EnWG in der Sache nicht hinaus. Die nachfolgenden Überlegungen konzentrieren sich auf von § 46 EnWG unabhängige, eigenständig kartellrechtliche Erwägungen im Rahmen von §§ 19, 20 GWB.

aa. Verquickung von hoheitlichen Aufgaben und erwerbswirtschaftlichen Interessen?

Ein spezifisch wettbewerbsrechtlicher Ansatz wird verfolgt, wenn eine unzulässige Verquickung von hoheitlichen Aufgaben und erwerbswirtschaftlichen Interessen bei der Konzessionsvergabe erwogen wird.

Säcker/Wolf/Mohr, *Konzessionsverträge*, S. 119.

Sie soll vorliegen, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt eine beherrschende Stellung in einem durch die Hoheitsverwaltung eröffneten Markt in der Weise ausnutzt, dass er die durch die Verwaltungstätigkeit erzeugte Nachfrage unter Verdrängung leistungsbereiter privater Wettbewerber selbst befriedigt, um so für sich den größten wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Säcker/Mohr/Wolf, *Konzessionsverträge*, S. 119.

Dabei wird insbesondere eine Parallele zur Schilderpräger-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gezogen.

Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, *Gemeinsamer Leitfaden*, Tz. 26. Vgl. auch *Säcker/Mohr/Wolf*, *Konzessionsverträge*, S. 119.

In diesen Fällen wuchs der Kommune auf Grund des hoheitlichen Betriebs der KfZ-Zulassungsstelle eine marktbeherrschende Stellung für das Angebot von Flächen für Schilderprägerbetriebe in räumlicher Nähe hierzu zu, die nach Auffassung des Bun-

desgerichtshofs nicht dazu genutzt werden durfte, die Nachfrage nach Schildern unter Verdrängung leistungsbereiter Privater selbst zu befriedigen.

BGH, NJW 2003, 752 (754).

Die hier gezogene Parallele ist zunächst insofern überraschend, als die gemeindliche Verfügung über das örtliche Wegenetz nun nicht mehr – wie bei der Begründung der Anwendbarkeit von §§ 19, 20 GWB – als eine privatrechtliche und unternehmerische, sondern als eine hoheitliche Position angesehen wird;

Vgl. *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur*, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 26: „Das Angebot von Wegerechten im örtlichen Wegenetz ist der Gemeinde nur wegen ihrer straßenrechtlichen hoheitlichen Aufgaben möglich. Sie so vermittelte Monopolstellung beim Angebot darf sie nicht zur diskriminierenden Verdrängung privater Nachfrager missbrauchen.“

das erscheint kaum miteinander vereinbar. Aber auch wenn man den hoheitlichen Charakter dieser gemeindlichen Position zugrunde legt, besteht ein wesentlicher Unterschied: Während in den Schilderprägerfällen die hoheitliche Stellung als KfZ-Zulassungsstelle sozusagen zufällig, kraft räumlicher Nähe, eine marktbeherrschende Stellung der Gemeinde als Vermieterin eines Gebäudes begründet, die dann zur Bevorzugung eines eigenen Unternehmens genutzt wird, geht es bei der Konzessionsvergabe – wie dargelegt – um die Zurverfügungstellung einer in der Hand der Gemeinde befindlichen hoheitlichen Infrastruktur, die für die energiewirtschaftliche Betätigung des netzbetreibenden Energieversorgungsunternehmens essentiell ist. Die Parallele zur Schilderpräge-Rechtsprechung ist deshalb nicht überzeugend.

bb. Kartellrechtliche Zulässigkeit der Bevorzugung konzernverbundener Unternehmen

Bemerkenswert ist, wenn bei der Vergabe der Konzession an das gemeindeeigene Unternehmen die kartellrechtlich grundsätzlich anerkannte Bevorzugung konzernverbundener Unternehmen,

BGH, NJW 1992, 1827 (1828); NJW 2003, 752 (753 f.). Vgl. auch *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 118; *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 45.

wie es bei der Annahme einer unternehmerischen Betätigung der Gemeinde in vorliegendem Zusammenhang konsequent wäre, nicht ohne Weiteres akzeptiert wird.

Der Bundesgerichtshof jedenfalls hat diese kartellrechtliche Privilegierung konzernmäßig verbundener Unternehmen in seiner Schilderpräger-Rechtsprechung im Aus-

gangspunkt durchaus zugrunde gelegt und im Ergebnis nur deshalb nicht angewandt, weil sich hier die überragende Stellung der Gemeinde auf dem fraglichen Markt gerade aus ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung (als KfZ-Zulassungsstelle) ableite.

BGH, NJW 2003, 752 (753 f.).

Dieses Argument verfängt hier nicht, wenn die gemeindliche Position nicht auf eine als Selbstverwaltungsaufgabe qualifizierte Wegehohheit,

Vgl. dazu oben unter B. I. 1. b. bb.

sondern auf das privatrechtliche Eigentum gestützt wird; es wäre in sich widersprüchlich, einerseits die Anwendbarkeit des GWB darauf zu stützen, dass die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe auf der Grundlage ihres Privateigentums am Wegenetz und unternehmerisch handele, und andererseits eine Bevorzugung gemeindeeigener Unternehmen unter Verweis auf eine spezifisch hoheitlich begründete Stellung der Gemeinde für kartellrechtswidrig zu erklären.

Da diese Argumentation mit Blick auf Energiekonzessionsverträge also ausscheidet, müsste der Ausschluss der kartellrechtlichen Ausnahme zugunsten konzernverbundener Unternehmen anders zu begründen sein. Spezifisch kartellrechtliche Gründe sind insoweit nicht ersichtlich. Vorgebracht wird, dass der Gesetzgeber das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG gerade geschaffen habe, um eine solche Bevorzugung kommunaler Netzbetreiber zu verhindern und insofern ein gegenüber § 20 GWB strengeres Diskriminierungsverbot vorgesehen habe.

Büdenbender, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 45.

Diese Begründung verweist wieder auf energiewirtschaftsrechtliche Maßstäbe zurück. Die behauptete Absicht des Gesetzgebers, durch § 46 EnWG gerade einer Bevorzugung kommunaler Unternehmen bei der Konzessionsvergabe durch die Gemeinde entgegenwirken zu wollen, ist jedoch – wie dargelegt –

Vgl. oben unter B. II. 1. b. dd. (3).

in keiner Weise belegt.

cc. Fazit zu den spezifisch kartellrechtlichen Argumentationsansätzen

Im Ergebnis vermag die Geltendmachung von §§ 19, 20 GWB, auch wenn man annimmt, dass die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe marktbeherrschende Unternehmen sind, keine über die Anforderungen des § 46 EnWG hinausführenden Ein-

schränkungen der gemeindlichen Entscheidungsspielräume bei der Vergabe von Konzessionsverträgen zu begründen.

C. Schluss

I. Ergebnisse der Untersuchung

Nach § 46 Abs. 3 EnWG muss die Gemeinde zwei Jahre vor Vertragsablauf das Vertragsende öffentlich bekanntmachen, ggf. eine Auswahl unter mehreren Bewerbern treffen und die maßgeblichen Gründe ihrer Auswahlentscheidung öffentlich bekanntgeben. Zur Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens verpflichtet § 46 Abs. 3 EnWG nicht. Diese Verpflichtung folgt erst aus den Anforderungen des Europäischen Primärrechts, wie sie für die die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen entwickelt worden sind. Sie entfällt deshalb von Rechts wegen, wenn eine Gemeinde die Konzessionsvergabe an ein Unternehmen beabsichtigt, über das sie eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und das seine netzbetreibende Tätigkeit im Wesentlichen nur für diese Gemeinde wahrnimmt; denn auch insoweit gilt die vom Europäischen Gerichtshof anerkannte Freistellung sog. Inhouse-Vergaben.

In materieller Hinsicht ist die Entscheidung über den Konzessionsvertragspartner eine durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützte, grundsätzlich eigenverantwortlich mit Blick auf die berührten Selbstverwaltungsangelegenheiten zu treffende Entscheidung der Gemeinde. Diese ist dabei – jedenfalls durch Art. 3 Abs. 1 GG – zu einer willkürfreien, auf sachlich einleuchtende Gründe gestützten Auswahlentscheidung verpflichtet. Unter den Vorzeichen der Trennung von Energieverteilung einerseits, Energieerzeugung und -belieferung andererseits darf sie dabei keine Auswahlkriterien zugrunde legen, die Bewerber nicht erfüllen können und dürfen; darüber hinaus aber ist sie nicht auf streng netzbezogene Kriterien beschränkt. Dass § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG sie bei ihrer Auswahlentscheidung auf die Beachtung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG verpflichten will, ist ungeachtet des verfehlten Ansatzes der Regelung im Ergebnis unbedenklich, soweit sie diese Ziele *auch* zu beachten haben soll; eine weitergehende Verpflichtung zur vorrangigen oder gar ausschließlichen Beachtung dieser Ziele wäre mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht vereinbar, so dass § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG, der insoweit offen scheint, verfassungskonform auszulegen ist. Erst recht zurückweisen ist die Annahme, die Gemeinde sei vorrangig oder (so gut wie) ausschließlich auf eine Beachtung des Effizienzziels als eines Teilziels des § 1 Abs. 1 EnWG festgelegt. Es ist der Gemeinde schließlich auch nicht erwehrt, die Kriterien ihrer Auswahlentscheidung so zu wählen, dass sie zu einer bevorzugten Berücksich-

tigung eines gemeindeeigenen Energieversorgungsunternehmens führen; es kann sachlich einleuchtende Gründe (insbesondere Interesse an verstärkten Steuermöglichkeiten sowie fiskalische Interessen) hierfür geben, die zulässigerweise zugrunde gelegt werden dürfen.

II. Abschließende Bewertung

Den jüngeren behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen sowie Stellungnahmen in der Literatur, die den gemeindlichen Entscheidungsspielraum bei der Vergabe von Konzessionsverträgen mit den verschiedenen, im Einzelnen dargestellten und erörterten Argumenten restriktiver bestimmen wollen, liegt eine Vorstellung von Energieversorgung zugrunde, die allein auf das Verhältnis von Unternehmen und Verbraucher bezogen ist und strikt wettbewerblich geprägt ist.

Kennzeichnend etwa die Zusammenfassung bei *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 54 f.

Ihr Ziel ist letztlich eine – gesetzlich vorgegebene Randbedingungen einer sicheren, verbraucherfreundlichen, umweltgerechten und ressourcenschonenden Energieversorgung wahrende, primär aber – möglichst effiziente, dadurch preisgünstige Energieversorgung. Für die Gemeinde bleibt bei der Vergabe der Konzessionsverträge nur die Rolle als „bloßer Sachwalter der wettbewerblichen Entscheidung im Rahmen des § 46 Abs. 2, 3 EnWG“,

Büdenbender, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien*, S. 63.

indem sie – so die letzte Konsequenz – nur noch die von der Bundesnetzagentur ermittelte Effizienz des Netzbetriebsinteressenten zu übernehmen hat. Für die Gemeinde als Selbstverwaltungskörperschaft, die eigenverantwortlich die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft regeln darf, bleibt so gut wie kein Gestaltungsspielraum mehr.

Das hier gezeichnete Bild von der gemeindlichen Rolle in der Energieversorgung ist rechtlich nicht haltbar. Energiewirtschaftsrechtlich ist mit Blick auf die zentrale Vorschrift des § 46 EnWG nicht zutreffend, dass der Gesetzgeber für die Konzessionsvergabe ein Diskriminierungsverbot habe schaffen wollen, das auf einen strikten Leistungswettbewerb angelegt ist und einer möglichen Bevorzugung gemeindlicher Unternehmen gegenüber leistungsfähigeren Konkurrenten entgegenwirkt; der Gesetzgeber hat – jedenfalls bis zur verfassungsrechtlich problematischen und verfassungskonform auszulegenden Novelle 2011 – betont, die gemeindliche Entscheidung gerade nicht materiell einschränken zu wollen, und damit den kommunalen Gestaltungsspielraum bewahren wollen. Es wäre auch nicht vereinbar mit der verfassungs-

rechtlichen Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung, der Gemeinde diesen Gestaltungsspielraum um das Ziel der wettbewerblichen Sicherung eines möglichst effizienten Netzbetriebs willen zu nehmen.

Bielefeld, den 24. Januar 2013

gez.: Prof. Dr. Joh. Hellermann