

Fachamt: Kämmerei

Vorlage-Nr.: 2022-091/1

Datum: 06.05.2022

Informationsvorlage

Transparentes und diskriminierungsfreies Konzessionsvergabeverfahren für Strom und Gas in den Bereichen Eberbach, Rockenau, Pleutersbach und Igelsbach

Zur Information im:

Gremium	am	
Gemeinderat	19.05.2022	öffentlich

Der Gemeinderat nimmt die Ausführungen zum Konzessionsvergabeverfahren zur Kenntnis.

Klimarelevanz:

keine

Sachverhalt / Begründung:

Von der Verwaltung ist ein transparentes und diskriminierungsfreies Konzessionsvergabeverfahren für Strom und Gas in den Bereichen Eberbach, Rockenau, Pleutersbach und Igelsbach einzuleiten.

Diese Vorlage umfasst die möglichen Auswirkungen auf die Gremienarbeit der Stadt und der SWE GmbH.

1. Verfahrensstand

Geplant ist, in den nächsten Wochen, voraussichtlich noch im Verlauf des Mai 2022, die erforderliche Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

Im Rahmen dieser Bekanntmachung werden Versorgungsunternehmen, die ein Interesse am Abschluss der Konzessionsverträge haben, aufgefordert ihr Interesse innerhalb einer Frist von mindestens drei Monaten zu bekunden. Sofern mehr als eine Interessentenbekundung je Versorgungssparte fristgemäß eingeht, ist die Stadt dazu berufen, in ein transparentes und diskriminierungsfreies Wettbewerbsverfahren im engeren Sinne einzusteigen. Dies würde im nächsten Verfahrensschritt die Festlegung von gewerteten Auswahlkriterien durch den Gemeinderat der Stadt Eberbach bedingen, anhand deren die Stadt ihre Auswahlentscheidung richten wird. Bei mehreren Interessenten müssen Vergabekriterien erarbeitet werden und die nachstehend unter Punkt 3. ausgeführte Gremientrennung vollzogen werden.

2. Gremientrennung (Stadt)

a) Juristische Begründung

Sofern sich SWE GmbH als Altkonzessionär erneut ihr Interesse an dem Abschluss der Konzessionsverträge bekunden sollte, wäre die nachfolgend dargestellte Rechtsprechung zu beachten:

Nach der jüngsten Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofes, Urteil v. 12.10.2021 – EnZR 43/20 – muss, sofern sich eine Kommune mit einer Eigengesellschaft am Wettbewerb um das kommunale Wegenetz zur leitungsgebundenen Energieversorgung beteiligt (hier: die SWE GmbH), die als Vergabestelle tätige Einheit der Gemeindeverwaltung personell und organisatorisch vollständig von der Eigengesellschaft getrennt werden.

Eine solche vollständige Trennung erfordert eine Organisationsstruktur, die sicherstellt, dass ein Informationsaustausch zwischen den für die Vergabestelle und den für die Eigengesellschaft handelnden Personen nur innerhalb des hierfür vorgesehenen Vergabeverfahrens für das Wegerecht erfolgt, so dass bereits durch strukturelle Maßnahmen – und damit nach dem äußeren Erscheinungsbild – die Bevorzugung des Eigenbetriebs oder der Eigengesellschaft und damit der „böse Schein“ mangelnder Objektivität der Vergabestelle vermieden wird.

Es muss schon durch eine geeignete Organisationsstruktur ausgeschlossen werden, dass die Mitarbeiter in Loyalitäts- und Interessenkonflikte geraten und zum „Diener zweier Herren“ werden.

Lediglich eine fehlende Sitzungsteilnahme vermag die gebotene personelle und organisatorische Trennung nicht zu begründen (vgl. BGH, NZKart 2021, S. 509, Rn. 54 – Gasnetz Berlin).

Der Bundesgerichtshof lässt schon allein eine organisatorische Zuordnung genügen. Schon in der Aufgabenverteilung dürfen keine Interessenkonflikte angelegt sein, die aus Sicht der Bewerber objektiv die Befürchtung rechtfertigen, dass die gebotene Neutralität der Vergabestelle nicht bestanden hat.

b) Bürgermeister

In Umsetzung der zuvor dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung, kommt die geplante Teilhabe des Bürgermeisters auf Seiten der Stadt Eberbach lediglich dann in Betracht, sofern die Ausübung seines Aufsichtsratsmandats der SWE GmbH mindestens für die Dauer des Konzessionsauswahlverfahrens aussetzt ist. Bei diesem Vorgehen wäre ein in der Aufgabenverteilung angelegte Interessenskonflikte unterbunden.

Hierfür lässt der Bundesgerichtshof ein Ruhenlassen des Aufsichtsratsmandat für die Dauer des Konzessionsauswahlverfahrens genügen, vgl. BGH Urt. V. 28.1.2020, EnWZ 2020, 321 Rn.46. Das Ruhenlassen des Aufsichtsratsmandat stellt insoweit vorliegend das passende Mittel zur Auflösung der Pflichtenkollision dar. Ein milderer Mittel steht nicht zur Verfügung, da nach dem Bundesgerichtshof eine lediglich fehlende Sitzungsteilnahme die gebotene personelle und organisatorische Trennung nicht zu begründen vermag (vgl. BGH, NZKart 2021, S. 509, Rn. 54 – Gasnetz Berlin).

Nach Ansicht unserer Rechtsanwälte muss der Gesellschaftsvertrag der SWE GmbH im Falle eines Ruhens des Mandats als Aufsichtsratsvorsitzender nicht geändert werden, da der Bürgermeister in diesem Fall grundsätzlich sein Amt im Sinne des Gesellschaftsvertrages weiterhin innehat, er dieses jedoch temporär nicht ausübt.

Der Bürgermeister wird ab sofort aus Sicherheitsgründen an Tagesordnungspunkten im Aufsichtsrat der SWE GmbH, die konkret die Bewerbung um die Konzession betreffen (z.B. Partnersuche), nicht mehr teilnehmen.

Der Bürgermeister ist künftig „auf Seiten der Stadt“ am Konzessionsvergabeverfahren beteiligt, nicht aber für die GmbH.

c) Gemeinderatsmitglieder, die auch Aufsichtsräte der SWE GmbH sind

Hinsichtlich sonstiger Gemeinderatsmitglieder, welche gleichzeitig Mitglieder des Aufsichtsrats der Stadtwerke sind, dürfte eine fehlende Teilnahme an den die Konzessionsauswahlverfahren thematisierenden Tagesordnungspunkten in städt. Gremiensitzungen grundsätzlich ausreichend sein.

Gemeinderatsmitglieder sind - anders als der Bürgermeister - nicht Teil der Gemeindeverwaltung und können als gewählte Mitglieder ihr Gemeinderatsmandat nicht ohne weiteres ruhenlassen.

Die Gemeinderatsmitglieder, die auch Aufsichtsrat der SWE sind, dürfen an den Beratungen und Beschlussfassungen in den städt. Gremien betreffend die Konzessionsvergabe oder das Konzessionsvergabeverfahren nicht teilnehmen.

3. Nächste Schritte

Wie oben erwähnt, muss die Bekanntmachung im Bundesanzeiger im Mai erfolgen. Seitens der Stadt muss dann abgewartet werden, wie viele Interessenten sich melden.

Peter Reichert
Bürgermeister