

Telefon: 0 233-44640
Telefax: 0 233-44607

Kreisverwaltungsreferat
Hauptabteilung I
Sicherheit und Ordnung.
Gewerbe
Rechtsangelegenheiten
Recht. Sühne- und Gütestelle
KVR-I/11

**Konzessionsvergaben Strom und Gas
Zuständigkeit des Kreisverwaltungsausschusses als beschließender Ausschuss**

Sitzungsvorlagen-Nr. 14-20 / V 11350

Beschluss der Vollversammlung des Stadtrates vom 25.04.2018
Öffentliche Sitzung

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Vortrag des Referenten	2
1. Vorbefassung des Ältestenrats	2
2. Ausgangslage und Zuständigkeit des Kreisverwaltungsreferats	2
3. Verfahrensanforderungen	2
4. Kommunalrechtliche Regelungen	3
5. Handlungsempfehlung und Zuständigkeit des Kreisverwaltungsausschusses	4
6. Abstimmung Referate/Dienststellen	5
7. Anhörung Bezirksausschuss	5
8. Verspätete Abgabe	6
9. Unterrichtung der Korreferentin und des Verwaltungsbeirats	6
II. Antrag des Referenten	7
III. Beschluss	7

I. Vortrag des Referenten

1. Vorbefassung des Ältestenrats

Der Inhalt der Beschlussvorlage war Gegenstand der Sitzung des Ältestenrats vom 16.03.2018. Insofern erfolgte keine Vorbefassung des Kreisverwaltungsausschusses.

2. Ausgangslage und Zuständigkeit des Kreisverwaltungsreferats

Die Strom- und Gasversorgungsnetze im Stadtgebiet der LHM werden aktuell aufgrund von Verträgen über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung gehören (Konzessionsverträge), von der SWM Infrastruktur GmbH & Co. KG betrieben. Als Gegenleistung erhält die LHM eine Konzessionsabgabe. Die bestehende Konzessionsvereinbarung für Strom und Gas läuft am 13.12.2020 aus. Beide Energiesparten müssen von der LHM neu ausgeschrieben werden.

3. Verfahrensanforderungen

Das Verfahren zum Neuabschluss dieser Konzessionsverträge ist in den §§ 46 ff. Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) geregelt. Das Verfahren unterliegt zwar nicht den strengen Vorgaben des EU-Vergaberechts, hat aber gleichwohl die allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätze aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zu erfüllen.

Zur Erläuterung der gesetzlichen Vorschriften wurde im Dezember 2010 von der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt ein gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers veröffentlicht und im Mai 2015 auf Basis der zwischenzeitlich vorliegenden umfangreichen Rechtsprechung überarbeitet. Der Leitfaden enthält zahlreiche Vorgaben an Kommunen, die gewährleisten sollen, dass die Konzessionsvergabe in einem diskriminierungsfreien Verfahren erfolgt. Unter anderem müssen Kommunen im Vorfeld der Konzessionsvergaben – unter Beachtung des § 46 EnWG – durch Ratsbeschluss die Kriterien sowie deren Gewichtung festlegen, auf deren Basis bei mehreren Bewerbern die Auswahlentscheidungen erfolgen sollen. Die Auswahlentscheidungen werden mittels eines weiteren Ratsbeschlusses getroffen.

Aus dem Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit ergibt sich auch die Pflicht der Kommunen zur Durchführung transparenter Auswahlverfahren, die das

Neutralitätsgebot beachten und den Anforderungen an den Geheimwettbewerb gerecht werden. Besondere Beachtung finden diese Grundsätze bei der Beteiligung eines von der Kommune gehaltenen Beteiligungsunternehmens auf Bewerberseite. In diesem Fall ist die betroffene Kommune (mittelbar) sowohl als Anbieterin als auch als Nachfragerin an dem Konzessionsverfahren beteiligt. Zur Wahrung der grundsätzlichen Verfahrensvorgaben empfehlen die behördlichen Leitfäden in diesen Fällen eine organisatorische und personelle Trennung zwischen den beiden Lagern in Anlehnung an § 6 der Vergabeverordnung (VgV). Diese Empfehlung haben die Gerichte inzwischen weitgehend zur Voraussetzung eines rechtmäßigen Konzessionsverfahrens gemacht.

Bei Beachtung des Vorstehenden dürfen Organmitglieder oder Mitarbeitende der Kommune, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, nicht an dem Verfahren mitwirken. Ein Interessenkonflikt wird bei Personen vermutet, die gleichzeitig Mitglied eines Organs – so z.B. des Aufsichtsrats – eines Bewerbers oder Bieters sind. Es ist wahrscheinlich, dass die Stadtwerke (SWM) sich als Bieterin an den Konzessionsverfahren beteiligen werden. Vorliegend dürfen demnach an den Konzessionsverfahren Strom und Gas im Stadtrat keine Stadtratsmitglieder mitwirken, die gleichzeitig Mitglieder des Aufsichtsrats der SWM oder eines verbundenen Unternehmens sind.

4. Kommunalrechtliche Regelungen

Zu klären ist, wie diese Vorgaben zur personellen Trennung im hier erforderlichen Entscheidungsprozess der LHM einzuhalten sind. Die oben genannten vergaberechtlichen Ausschlussgründe lassen sich mit den kommunalrechtlichen Regelungen über den Ausschluss von Mitgliedern des Gemeinderats wegen persönlicher Beteiligung in Art. 49 BayGO nicht abdecken, da Art. 49 Abs. 1 S. 1 BayGO zwar für Vertreter juristischer Personen gilt, die Mitglieder des Aufsichtsrats der SWM jedoch keine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis für die SWM haben. Zur Lösung dieser Regelungslücke und zur Sicherstellung der erforderlichen personellen und organisatorischen Trennung auch in den politischen Gremien stehen den Kommunen grundsätzlich zwei Handlungsalternativen zur Verfügung:

1. Der freiwillige Verzicht der Betroffenen auf die Teilnahme an den Sitzungen.
2. Die Vergabe der Konzessionen durch einen beschließenden Ausschuss, dessen Mitglieder kein Aufsichtsratsmandat bei der Tochtergesellschaft haben.

Alternative 1 wird regelmäßig in Bundesländern gewählt, in denen die Einrichtung beschließender Ausschüsse kommunalrechtlich nicht vorgesehen ist. Nachteil dieser Alternative ist, dass für jede Entscheidung die aktive Mitwirkung aller Betroffenen erforderlich ist. Falls auch nur eine betroffene Person nicht freiwillig von der Teilnahme an der Beratung und Beschlussfassung Abstand nimmt, tritt folgendes Dilemma zutage: Sie oder er kann nach dem oben Gesagten nicht nach Art. 49 Abs. 1 S. 1 BayGO wegen Befangenheit ausgeschlossen werden. Gleichzeitig läge aber der erwähnte Interessenkonflikt vor, was die Beschlussfassungen und damit die Konzessionsverfahren angreifbar machen würde. Das gilt es, zu vermeiden. Darüber hinaus ist bei der Vorbereitung der Sitzungsunterlagen zu beachten, dass die Betroffenen keine den Geheimwettbewerb gefährdenden Informationen erhalten, was in der Praxis schwer umsetzbar ist.

In Bayern lässt Art. 32 Abs. 2 BayGO die Bildung beschließender Ausschüsse – s.o. Alternative 2 – ausdrücklich zu. Vorliegend ist keine der in Art. 32 Abs. 2 BayGO angeführten Ausnahmen von der Zulässigkeit der Aufgabenübertragung auf einen beschließenden Ausschuss einschlägig. Die Übertragung der Beschlussfassungen im Rahmen von Konzessionsverfahren auf einen beschließenden Ausschuss ist damit möglich.

5. Handlungsempfehlung und Zuständigkeit des Kreisverwaltungs Ausschusses

Der Oberbürgermeister hat das Kreisverwaltungsreferat mit der Durchführung der Konzessionsverfahren beauftragt.

Nach Ziff. 4.4.4 des Aufgabengliederungsplans der LHM (Fassung vom 01.02.2018) ist das Kreisverwaltungsreferat unter anderem zuständig für Sondernutzungen auf öffentlichem Straßengrund. Zum 01.02.2018 wurde die Zuständigkeit für die formelle Gestattung privater Baumaßnahmen bzw. Einbringungen im Straßengrund mittels privatrechtlichen Vertrages gemäß Art. 22 Bayerisches Straßen- und Wegegesetz (BayStrWG), § 12 der Richtlinien für Sondernutzungen an den öffentlichen Straßen der Landeshauptstadt München (SoNuRL) vom Baureferat auf das Kreisverwaltungsreferat übertragen.

Die vorliegend in Rede stehenden Konzessionsverträge werden von der Rechtsprechung und vorherrschenden Literaturlauffassung als privatrechtliche Verträge auf Grundlage des § 8 Abs. 10 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) und der entsprechenden landesstraßenrechtlichen Regelungen (hier Art. 22 BayStrWG) qualifiziert und liegen deswegen im Zuständigkeitsbereich des Kreisverwaltungsreferats.

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass der Kreisverwaltungs Ausschuss als beschließender Ausschuss die oben dargestellten Beschlüsse im Rahmen der Konzessionsverfahren fasst, da der Kreisverwaltungs Ausschuss in seiner aktuellen

Besetzung keine personellen Überschneidungen mit dem Aufsichtsrat der SWM aufweist.

Zur Zuständigkeit des Kreisverwaltungs Ausschusses als beschließender Ausschuss ist zudem Folgendes zu beachten:

Nach § 7 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Stadtrats der Landeshauptstadt München vom 02.05.2014 in der Fassung der Änderungen vom 21.03.2018 (GeschO) ist grundsätzlich der betreffende Ausschuss beschließend zuständig, es sei denn, es liegt eine ausdrückliche Zuständigkeit der Vollversammlung nach GeschO vor.

Die eine Zuständigkeit der Vollversammlung begründenden §§ 2 und 3 GeschO sind vorliegend nicht einschlägig.

Darüber hinaus sprechen gute Gründe dagegen, von einer Zuständigkeit der Vollversammlung für sonstige Angelegenheiten – insbesondere nach § 4 Nr. 9 GeschO – auszugehen:

Gegenstand der Konzessionsvergaben ist die Übertragung des Rechts zur Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören. Als Gegenleistung zahlen der oder die Konzessionsnehmer Konzessionsabgaben, deren Höhe durch Gesetz (§ 48 EnWG) bzw. Rechtsverordnung (Konzessionsabgabenverordnung [KAV]) reguliert ist. Dieser Zusammenhang wird durch die anstehende Entscheidung des Stadtrats über den oder die neuen Vertragspartner der Konzessionsverträge grundsätzlich nicht in einem Ausmaß berührt, welches einen der Tatbestände nach § 4 Nr. 9 GeschO erfüllt.

Da allerdings in der Sitzung des Ältestenrats vom 16.03.2018 der Wunsch geäußert wurde, die Vollversammlung zu befassen, wird die Frage der Zuständigkeit des Kreisverwaltungs Ausschusses als beschließender Ausschuss für die anstehenden Beschlüsse im Rahmen der Konzessionsverfahren dem Wunsch des Ältestenrats folgend zum Gegenstand der vorliegenden Beschlussfassung der Vollversammlung gemacht.

6. Abstimmung Referate/Dienststellen

Die Beschlussvorlage ist mit der Rechtsabteilung des Direktoriums abgestimmt; es wurden keine Einwände erhoben.

7. Anhörung Bezirksausschuss

In dieser Angelegenheit ist die Anhörung des Bezirksausschusses nicht vorgesehen (vgl. Anlage 1 der BA-Satzung).

8. Verspätete Abgabe

Die Beschlussvorlage wurde dem Wunsch des Ältestenrats in seiner Sitzung vom 16.03.2018 folgend kurzfristig aufgeliefert.

9. Unterrichtung der Korreferentin und des Verwaltungsbeirats

Die Korreferentin des Kreisverwaltungsreferates, Frau Stadträtin Dr. Menges, und der Verwaltungsbeirat der Hauptabteilung I, Herr Stadtrat Dominik Krause, haben einen Abdruck der Beschlussvorlage erhalten.

II. Antrag des Referenten

1. Die Vollversammlung ermächtigt den Kreisverwaltungsausschuss, die im Rahmen der Konzessionsvergaben Strom und Gas anstehenden Beschlussfassungen als beschließender Ausschuss vorzunehmen.
2. Der Beschluss unterliegt nicht der Beschlussvollzugskontrolle.

III. Beschluss

nach Antrag.

Der Stadtrat der Landeshauptstadt München

Der / Die Vorsitzende

Der Referent

Ober/Bürgermeister/-in

Dr. Böhle
Berufsmäßiger Stadtrat

IV. Abdruck von I. mit III.

über das Direktorium D-II-V/SP
an das Direktorium - Dokumentationsstelle
an das Revisionsamt
an das Direktorium – Rechtsabteilung (3x)
zur Kenntnisnahme.

V. Wv. bei Kreisverwaltungsreferat - GL 24

Zu V.:

Die Übereinstimmung vorstehenden Abdrucks mit der beglaubigten Zweitschrift wird bestätigt.

1. An das KVR-GL/2
zur Kenntnis.
2. Mit Vorgang zurück zum Kreisverwaltungsreferat HA
zur weiteren Veranlassung.

Am
Kreisverwaltungsreferat - GL 24