

**ZU MÖGLICHKEITEN DER  
BÜRGERBETEILIGUNG IM ZUSAMMENHANG MIT DER DURCHFÜHRUNG DER  
VERFAHREN ÜBER DIE NEUVERGABE DER KONZESSIONEN FÜR DAS  
ELEKTRIZITÄTSVERTEILNETZ UND DAS GASVERTEILNETZ DER ALLGEMEINEN  
VERSORGUNG SOWIE FÜR DIE FERNWÄRMEVERSORGUNG IN DER  
LANDESHAUPTSTADT STUTTGART**

**A. Ausgangspunkt und Fragestellung**

Der integrierte Konzessionsvertrag für Strom, Gas und Fernwärme läuft zum 31.12.2013 aus. Die Landeshauptstadt Stuttgart hat das Vertragsende gemäß § 46 Abs. 3 EnWG am 17.02.2011 im elektronischen Bundesanzeiger und am 01.03.2011 im Amtsblatt der Europäischen Union (2011/S 41-067188) bekannt gemacht. Unternehmen, die an dem Neuabschluss eines Konzessionsvertrages für das Elektrizitätsversorgungsnetz und das Gasversorgungsnetz in Stuttgart interessiert sind, wurden in den Bekanntmachungen aufgefordert, ihr Interesse bis zum 31.05.2011 schriftlich gegenüber der Landeshauptstadt Stuttgart zu bekunden.

Mit Ergänzenden Bekanntmachungen am 18.05.2012 im elektronischen Bundesanzeiger und am 26.05.2011 im Amtsblatt der Europäischen Union (2012/S 100-166652) verlängerte die Landeshauptstadt Stuttgart die Interessenbekundungsfrist bis zum 07.07.2012.

In den Ergänzenden Bekanntmachungen hat die Landeshauptstadt Stuttgart darüber hinaus mitgeteilt, dass sie auch prüfen wird, ob die Gründung eines Kooperationsunternehmens jeweils für die Bereich Stromversorgungsnetz und Gasversorgungsnetz sowie Fernwärme der Landeshauptstadt Stuttgart mit einem qualifizierten Unternehmen und die Vergabe des Wegenutzungsrechts für das Elektrizitätsversorgungsnetz an das zu gründende Kooperationsunternehmen, das heißt die Gründung einer sog. „Institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaft (IÖPP)“, die beste Lösung darstellt.

Bis zum Ablauf der Interessenbekundungsfrist am 07.07.2012 haben mehrere (zusätzliche) Unternehmen ihr Interesse am Abschluss eines Konzessionsvertrages für das Elektrizitätsversorgungsnetz, das Gasversorgungsnetz bzw. die Fernwärmeversorgung und/oder an der Gründung eines Kooperationsunternehmens mit der Landeshauptstadt Stuttgart bekundet.

In diesem Zusammenhang ist die Frage aufgetaucht, ob und wie die Bürgerinnen und Bürger der Landeshauptstadt Stuttgart in das Verfahren einbezogen werden können, und zwar über die bloße Teilnahme an den öffentlichen Sitzungen des Gemeinderates oder des Verwaltungsausschusses des Gemeinderates hinaus.

Bereits in der Vergangenheit haben verschiedene Formen der Bürgerbeteiligung im Zusammenhang mit den drei Konzessionierungsverfahren stattgefunden oder finden in Kürze statt:

- 25.05.2012 Öffentliche Information der Landeshauptstadt Stuttgart zu den Konzessionierungsverfahren mit ausführlichem Vortrag des Unterzeichners
- 06.07.2012 Workshop mit den Bürgerinitiativen
- 12.07.2012 Öffentliche Information der Landeshauptstadt Stuttgart zu den Wertungskriterien für die Beurteilung der Konzessionsvertragsangebote

Im Folgenden ist zu prüfen, welche weiteren Möglichkeiten der Bürgerbeteiligung im Verlaufe der drei Konzessionierungsverfahren bestehen. Die Landeshauptstadt Stuttgart strebt dabei an, die Bürger möglichst umfassend zu informieren und zu beteiligen, ohne aber gegen zwingendes Recht zu verstoßen.

## **B. Rechtliche Würdigung**

Zunächst (unten I) sind die rechtlichen Rahmenbedingungen der Konzessionierungsverfahren sowie deren Ablauf zu skizzieren. Sodann sind hieraus Schlussfolgerungen für Inhalt und Reichweite einer Bürgerbeteiligung im Allgemeinen zu ziehen (unten II). Auf der Grundlage dessen ist darzustellen, zu welchen Zeitpunkten bzw. bei welchen Verfahrensschritten eine Beteiligung von Bürgern möglich ist und wie diese durchgeführt werden kann (unten III).

### **I. Rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen**

#### **1. Grundformen der Bürgerbeteiligung**

Hinsichtlich der Einbeziehung von Bürgern in die Konzessionierungsverfahren ist zwischen zwei grundlegenden Formen der Bürgerbeteiligung zu unterscheiden:

- a. die Information der Bürger über das Verfahren als solches und über die Ergebnisse zu bestimmten Zeitpunkten des Verfahrens,
- b. die aktive Beteiligung der Bürger im Sinne einer Einwirkung auf das Verfahren durch eigene Vorschläge, Bewertungen etc.

#### **2. Die Phasen der Konzessionierungsverfahren**

Die drei Konzessionierungs-/Kooperationsauswahlverfahren werden gleichermaßen in verschiedenen Phasen durchgeführt.

- a. Vorbereitung der Verfahrensbriefe/Konzessionsvertragsentwürfe, einschließlich der Wertungskriterien
- b. Dialogphase

- c. Verhandlungsphase
- d. Entscheidungsphase

### **3. Für eine Bürgerbeteiligung sprechende und eventuell konfligierende Rechtspflichten der Landeshauptstadt Stuttgart**

An dieser Stelle ist festzuhalten, welche Verpflichtungen für eine Bürgerbeteiligung sprechen und welche Vorschriften möglicherweise derselben Schranken setzen.

#### **a) Bundes- und Europarecht**

Die Landeshauptstadt Stuttgart unterliegt im Verfahren, welches auf den Abschluss der Konzessionsverträge in den Bereichen Strom und Gas gerichtet ist, den Verpflichtungen des § 46 Abs. 3 EnWG, nach überwiegender Auffassung auch den Verpflichtungen des Kartellrechts, namentlich der §§ 19 und 20 GWB, sowie weiteren aus dem europäischen Primärrecht (Art. 18 AEUV – allgemeines Diskriminierungsverbot; Art. 49 AEUV - Niederlassungsfreiheit; Art. 56 AEUV – Dienstleistungsfreiheit) ergebenden Verpflichtungen. All diese Bestimmungen verpflichten die Landeshauptstadt Stuttgart zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens. Hinsichtlich des Verfahrens, das auf den Abschluss des Fernwärmekonzessionsvertrages gerichtet ist, unterliegt sie den Bestimmungen des Kartellrechts und des europäischen Primärrechts.

Diese Verpflichtungen zwingen die Landeshauptstadt Stuttgart nicht nur dazu, die Absicht, neue Konzessionsverträge abzuschließen bzw. über den Auslauf der alten zu informieren, öffentlich bekannt zu geben, was erfolgt ist, und die Entscheidung über den Neukonzessionär diskriminierungsfrei zu treffen. Aus diesen Vorschriften erwächst auch allgemein die Verpflichtung, ein diskriminierungsfreies Verfahren im Ganzen durchzuführen. Ausfluss der Prinzipien der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz (sowie des Wettbewerbs) ist es, dass die Angebote des einen Bieters nicht einem anderen Bieter zugänglich gemacht werden dürfen, dass jeder Bieter dieselben Informationen erhält und keine sonstige Bevorzugung oder Benachteiligung im Verfahren durchgeführt wird. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, erfordern es die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, die Entscheidung über die Konzession an den einen oder anderen Bewerber ausschließlich auf der Grundlage der vorab (hier in dem jeweiligen Verfahrensbrief) bekannt gemachten und gewichteten Kriterien zu treffen. Die Auswahl und Gewichtung der Kriterien liegt im **pfllichtgemäßen Ermessen** der Landeshauptstadt Stuttgart. Dieses Ermessen wird jedoch stark eingeschränkt durch § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, wonach Gemeinden bei der Auswahl des Konzessionsvertragspartners den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet sind. Die dort genannten Ziele (Sicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit) – bezogen auf das Netz – sind zwingende Auswahlkriterien, denen jedoch noch weitere Auswahlkriterien hinzugefügt werden können. Bei der Auswahl und Ausgestaltung der-

selben sowie deren Gewichtung übt die Gemeinde ihr Ermessen aus. Bei der Ausübung dieses Ermessens macht sie von ihrem Recht zur kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG Gebrauch.

Ferner kommt der Gemeinde bei der Auswertung der Angebote der Bewerber ein **Beurteilungsspielraum** zu. Das heißt, sie ist zwar an die Kriterien gebunden, die sie einmal festgelegt hat, bei der Beurteilung der Angebote nach den Kriterien kommt ihr aber ein gewisser Spielraum dahingehend zu, wie sie die Angebote einschätzt. Dies entspricht jedenfalls der Rechtsprechung der Vergabegerichte zur Anwendung nicht monetärer Wertungskriterien. Ähnliche Grundsätze müssen auch hier gelten.

## **b) Landesrecht**

Neben diesen bundesrechtlichen bzw. unionsrechtlichen Beschränkungen sind hinsichtlich der Bürgerbeteiligung in den Konzessionierungs-/Kooperationsauswahlverfahren auch die Bestimmungen der baden-württembergischen Gemeindeordnung zu beachten. Hierzu gehört etwa die Wahrung der Rechtstellung des Gemeinderates, welcher nach § 24 Abs. 1 GemO BW über alle Angelegenheiten der Gemeinde entscheidet, soweit nicht der Bürgermeister kraft Gesetzes zuständig ist oder ihm der Gemeinderat bestimmte Angelegenheiten überträgt. Das heißt, die Letztentscheidung über den Abschluss des Konzessionsvertrages bzw. eines Vertrages über die Eingehung einer Kooperation mit einem Bewerber trifft der Gemeinderat in eigener Verantwortung. Eine Ersetzung dieser Entscheidung durch andere Personen ist nicht möglich. Die Gemeinderäte entscheiden gemäß ihrer eigenen Überzeugung, ohne an Aufträge und Weisungen gebunden zu sein (§ 32 Abs. 3 GemO BW). Allenfalls kann an Stelle des Gemeinderates ein Bürgerentscheid stattfinden, soweit vom Gesetz zugelassen (vgl. § 21 GemOBW).

Die Gemeindeordnung regelt auch die Unterrichtung der Einwohner. Nach § 20 Abs. 1 GemO BW unterrichtet der Gemeinderat die Einwohner durch den Bürgermeister über die allgemein bedeutsamen Angelegenheiten der Gemeinde und sorgt für die Förderung des allgemeinen Interesses an der Verwaltung der Gemeinde. Bei wichtigen Planungen und Vorhaben der Gemeinde, die unmittelbar raum- oder entwicklungsbedeutsam sind oder das wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Wohl ihrer Einwohner nachhaltig berühren, sollen die Einwohner nach § 20 Abs. 2 Satz 1 GemO BW möglichst frühzeitig über die Grundlagen sowie die Ziele, Zwecke und Auswirkungen unterrichtet werden. Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 GemO BW soll den Einwohnern allgemein Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, sofern ein besonderes Bedürfnis besteht.

Der Abschluss der Konzessionsverträge ist ohne Zweifel eine allgemein bedeutsame Angelegenheit der Gemeinde im Sinne des § 20 Abs. 1 GemO BW, löst also die Unterrichtungspflicht nach dieser Vorschrift aus. Auch wird man angesichts der hohen Bedeutung der Energieversorgung davon auszugehen haben, dass es sich beim Abschluss eines solchen

Vertrages um ein Vorhaben der Gemeinde handelt, das unmittelbar entwicklungsbedeutsam, ggf. auch raumbedeutsam ist und das wirtschaftliche und soziale Wohl der Einwohner nachhaltig berührt. Deshalb ist die LHS verpflichtet, frühzeitig eine Unterrichtung der Bürger vorzunehmen. Dieser Verpflichtung ist sie bereits umfassend nachgekommen. Es durchaus auch ein besonderes Bedürfnis nach § 20 Abs. 2 Satz 2 GemO BW zu erkennen, welches eine Gelegenheit der Einwohner zur Äußerung auslöst.

Denkbare Formen der Bürgerbeteiligung sind auch die Abhaltung von Fragestunden im Gemeinderat (§ 33 Abs. 4 GemO BW) sowie die Hinzuziehung sachkundiger Bürger zu den Beratungen des Gemeinderates (§ 33 Abs. 3 GemO BW).

Im Übrigen ist für den Fall der Einbeziehung von Bürgern in Ehrenämtern auf die Verschwiegenheitspflicht des § 17 Abs. 2 GemO BW hinzuweisen.

## **II. Schlussfolgerungen**

Aus den oben erläuterten rechtlichen Bestimmungen lassen sich bereits folgende allgemeine Schlussfolgerungen für die Gestaltung des vorliegenden Verfahrens ableiten:

Gemäß der oben (I.1) getroffenen Differenzierung ist auch hier nach Informations- und Mitwirkungsrechten zu differenzieren.

### **1. Informationsrechte**

Aus § 20 GemO BW leiten sich, wie oben bereits ausgeführt, nicht unerhebliche Informationsrechte der Bürger bzw. Informationspflichten der Verwaltung ab. Informationspflichten oder die Möglichkeit, freiwillig Informationen an die Bürgerinnen und Bürger zu übermitteln, wird jedoch eingeschränkt durch die oben genannten Verfahrensgrundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz. Soweit die Weitergabe von Informationen aus den Verfahren die Geheimhaltung, auf die die Bieter aus Gleichbehandlungs- und Transparenzgründen einen Anspruch haben, gefährden könnte, sind diese Informationen nicht Gegenstand der Weitergabe an die Bürger.

Dies betrifft bereits die Inhalte der indikativen Angebote während des Verfahrens. Würden diese etwa in allgemeinen Bürgerveranstaltungen diskutiert, könnten auf Grund der Öffentlichkeit solcher Veranstaltungen die anderen Bewerber Kenntnis hiervon erlangen und dies im Wettbewerb zu ihrem Vorteil ausnutzen. Dies gilt etwa auch für das Angebot der städtischen Gesellschaft, hier der Stadtwerke Stuttgart GmbH. Würde deren Angebot an die Landeshauptstadt Stuttgart z. B. in einer Bürgerveranstaltung diskutiert, würden andere Bewerber sich deren Konzepte zu Eigen machen können, um diese im Wettbewerb möglicherweise zu übertrumpfen.

Soweit Bewerber bestimmte Informationen zulässigerweise als **Geschäftsgeheimnisse** definieren, sind diese der allgemeinen Information ebenso entzogen wie etwaigen Akteneinsichtsansprüchen von Wettbewerbern in einem möglichen Gerichtsverfahren hinsichtlich der Erteilung einer Konzession an einen Wettbewerber oder durch Akteneinsichten auf der Grundlage eines künftigen Informationsfreiheitsgesetzes. Damit können auch nach Ende des Wettbewerbs nicht jegliche Informationen einer unbeschränkten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

## **2. Mitwirkung**

Bürgerinnen und Bürger der Landeshauptstadt Stuttgart können durch den Gemeinderat bzw. seine Unterorgane überall dort zur Mitwirkung aufgefordert werden, wo dies nicht die originäre Entscheidungskompetenz des Gemeinderates als gewähltes höchstes Verwaltungsorgan der Landeshauptstadt Stuttgart betrifft. So ist es etwa ohne Weiteres möglich, dort, wo der Gemeinderat sein Ermessen ausüben kann, etwa bei der Gestaltung der Wertungskriterien usw. (vgl. näher unten III), die Auffassung der Bürgerinnen und Bürger bei der eigenen Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Eine zwingende Berücksichtigungspflicht besteht nicht, da die Gemeinderäte in eigener Kompetenz entscheiden müssen und nach ihrer eigenen Überzeugung handeln (§ 32 Abs. 3 GemO BW).

Soweit die finalen Angebote, also diejenigen, die nicht mehr verändert werden können und deren Kenntnis daher den Wettbewerb nicht mehr beeinträchtigen kann, ausgewertet werden, sind Informationsrechte und Beteiligungsrechte im engeren Sinne im Hinblick auf die eigenständige Äußerung der Bürger zu diesen denkbar. Auch hier dürfen jedoch Geschäftsgeheimnisse der Bieter nicht veröffentlicht werden. Die Bürger können ihre Auffassung jedoch auf der Grundlage von durch die Verwaltung angefertigten zusammenfassenden Darstellungen der Angebote äußern. Auch diese dürfen jedoch sensible Informationen, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, nicht enthalten.

## **III. Schlussfolgerungen für konkrete Informations- und Mitwirkungsmöglichkeiten**

Ausgehend von den allgemeinen Schlussfolgerungen (oben II) sind nunmehr die Möglichkeiten der Bürgerbeteiligung in den einzelnen Verfahrensschritten zu skizzieren.

### **1. Vorbereitung der Verfahrensbriefe/ Bewertungskriterien/ Konzessionsvertragsentwürfe**

Hier sind umfassende Möglichkeiten eröffnet, mit den Bürgern insbesondere die Abfassung der Wertungskriterien innerhalb des rechtlichen Rahmens zu erörtern und Vorschläge für die Ausgestaltung der Wertungskriterien oder auch zur Gewichtung der Kriterien aufzunehmen und bei der Beschlussfassung des Gemeinderates zu berücksichtigen.

Dies ist auch bereits in den stattgefundenen Veranstaltungen am 06.07.2012 (Workshop mit den Bürgerinitiativen) und 25.05.2012 (Verfahrensinformation) durchgeführt worden und wird in der Veranstaltung am 12.07.2012 (Bürgerinformation über die Wertungskriterien) vervollständigt werden. Auf der Grundlage der dort eingegangenen Stellungnahmen, die dem Gemeinderat zugeleitet werden, wird der Gemeinderat in seiner Sitzung vom 19.07.2012 seine Entscheidung treffen.

## **2. Dialogphase**

Während der Dialogphase, das heißt der Erörterung der indikativen Angebote der Bieter, ist eine unmittelbare Information oder Mitwirkung der Bürger aus Geheimhaltungsgründen (Transparenzgrundsatz) nicht möglich. Es ist lediglich möglich und bereits vorgesehen, dass sich die Bieter in einer Sitzung des Unterausschusses Konzessionen persönlich vorstellen bzw. über ihre Konzepte berichten. Die Sitzung des Unterausschusses als eines nicht beschließenden Ausschusses finden jedoch nicht öffentlich statt. Denkbar und aus Gründen der Sicherstellung des Geheimwettbewerbs noch zulässig wäre darüber hinaus auch eine Vorstellungsrunde der Unternehmen in einer Bürgerveranstaltung und/oder einer öffentlichen Sitzung des Gemeinderates. Diese Vorstellung müsste sich jedoch streng auf die Darstellung des Unternehmens, seiner Aktivitäten im Netzbereich und sein allgemeines Interesse an einem Engagement in Stuttgart beschränken; aus Gründen der Wahrung des Geheimwettbewerbs ausgeschlossen wäre jede Art von Angebotspräsentation vor der Öffentlichkeit.

Auch am Ende der Dialogphase ist es aber möglich, die Bürger zu informieren (ohne Nennung der Bieter) und dies auf der Grundlage der allgemeinen Erkenntnisse, die Gelegenheit zu geben, ihre Vorstellungen zu konkretisieren.

Bei der Erarbeitung der Vertragsentwürfe nach Abschluss der Dialogphase, das heißt der Überarbeitung des Konzessionsvertragsentwurfs der Landeshauptstadt Stuttgart und der Erarbeitung der sonstigen Verträge für die Kooperationsangebote, können Anregungen der Bürger aufgenommen werden. Möglich könnte hier eine öffentliche Veranstaltung sein, in der sich die Landeshauptstadt Stuttgart mit den Bürgern allgemein über die Frage austauscht, welche Vorstellungen die Landeshauptstadt Stuttgart für die Ausgestaltung der Konzessionsverträge und der Kooperation hat. Insoweit könnten die Bürgerinnen und Bürger ihre bereits vor Versendung der Verfahrensbreife gewiderten Vorstellungen und Wünsche im Hinblick auf den Netzbetrieb noch konkretisieren und vertiefen. Jedoch kann auch bei einer solchen Veranstaltung nicht auf konkrete Inhalte der bisher eingegangenen indikativen Angebote eingegangen werden.

### **3. Verhandlungsphase**

Auch in der Verhandlungsphase ist eine Bürgerinformation oder gar -beteiligung aus Transparenz-/Geheimhaltungsgründen nicht möglich. Ansonsten würde der Bieterwettbewerb beeinträchtigt und das Verfahren insgesamt hohen Risiken ausgesetzt.

### **4. Entscheidungsphase**

Nach Vorliegen der finalen Konzessions- und Kooperationsangebote und nach verwaltungsinterner Auswertung (unter Einschaltung der Rechtsberater) kann eine Information über diese Angebote in einer Bürgerveranstaltung stattfinden. Gegenstand der Informationen dürften wiederum nur diejenigen Angebotsinhalte sein, die auch in öffentlicher Sitzung beraten werden könnten, die also kein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten. Dies sollte idealerweise nach der ersten Befassung des Gemeinderates erfolgen. Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass eine Grenzziehung zwischen den geheim zu haltenden Daten und den restlichen Angebotsinhalten schwierig erscheint.

In der Entscheidungsphase ist der Gemeinderat auf Grund der vorherigen Festlegung von Wertungskriterien nicht mehr frei in seiner Entscheidung, welches Unternehmen die Konzession erhalten kann. Jedoch kann er einen Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Angebote ausüben. Theoretisch wäre es eventuell denkbar, dass auch Bürger ihre Einschätzung zu den Angeboten abgeben. Eine detaillierte Untersuchung des Angebotes durch die Bürger ist jedoch vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur Geheimhaltung nicht möglich und daher nicht zielführend.

Soweit dem Gemeinderat die Befugnis zu einer Ermessensentscheidung eingeräumt ist, können auch die Bürger einbezogen werden. Das betrifft namentlich den Fall, dass das Angebot des eigenen Unternehmens (reine Rekommunalisierung) auf dem ersten Platz liegt, und die LHS entscheiden muss, ob sie diese reine Rekommunalisierung wählen oder auf diese Option verzichten und stattdessen eine reine Konzessionierung an den besten Drittbewerber durchführen soll, sofern ein solches Angebot auf dem zweiten Platz liegt, oder sich für eine Kooperation entscheiden soll, falls ein derartiges auf dem zweiten Platz liegt. Bei der Vorbereitung dieser Entscheidung ist eine Bürgerbeteiligung möglich. Den Bürgern könnte die Entscheidungssituation in einer Informationsveranstaltung erläutert werden und die Gelegenheit eingeräumt werden, ihre Auffassung zu äußern. Gleiches gilt für die Entscheidung zwischen einem möglicherweise allein erstplatzierten Angebot auf eine Kooperation und einen zweitplatzierten Angebot auf eine reine Konzession, bei der auch die Landeshauptstadt Stuttgart grundsätzlich befugt ist, auf die Kooperation zu verzichten. Der Gemeinderat kann dann seine Entscheidung unter Berücksichtigung der Äußerung der Bürger treffen. Auch hier können Geschäftsgeheimnisse nicht preisgegeben werden.



Liegt eine reine Konzession an erster Stelle oder liegen mehrere Kooperationsangebote vorn, kann keine Ermessensentscheidung getroffen werden, bei der die Auffassung der Bürger eingeholt werden könnte.

Berlin, 13.07.2012

Dr. Sascha Michaels  
Rechtsanwalt