



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

gegen die

**Für die Veröffentlichung
bestimmte Version**

Kreisstadt Mettmann

Neanderstr. 85

40822 Mettmann

- vertreten durch den Bürgermeister Bernd Günther –

- Beteiligte -

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten:

[...]

wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach §§ 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 8. Beschlussabteilung am 30. November 2012 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Beteiligte missbräuchlich handelt, indem sie die Wegerechte an den öffentlichen Verkehrswegen für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Versorgung von Letztverbrauchern mit Strom und Gas im Stadtgebiet Mettmann ohne Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens an die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG vergibt und interessierte Dritte auf eine Beteiligung an dieser im Rahmen einer strategischen Partnerschaft verweist.

2. Es wird festgestellt, dass die Beteiligte missbräuchlich handelt, indem sie in dem im EU-Amtsblatt 2011/S 92-151286 vom 13.05.2011 bekanntgemachten Verhandlungsverfahren hinsichtlich der Auswahl des Beteiligungspartners die Kriterien der überarbeiteten Bewertungsmatrix nach Anlage A. 1. 1. der Vergabeunterlage (Stand: 31.07.2012) verwendet, soweit diese der Bewertung der Angebote
 - unter 1.7 Aspekte des Strom- und Gasvertriebs,
 - unter 1.8 und 1.9 Aspekte der Straßenbeleuchtung,
 - unter 2.3 perspektivisch Aspekte der Energieerzeugung und -anwendung, der örtlichen Telekommunikation und der Abwasserentsorgungzugrundelegt.
3. Der Beteiligten wird untersagt, das im EU-Amtsblatt 2011/S 92-151286 vom 13.05.2011 bekanntgemachte Vergabeverfahren fortzuführen und unter Verwendung der unter 2. genannten Bewertungsmatrix einen Zuschlag zu erteilen.
4. Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf [...] festgesetzt.

Gründe

A. Sachverhalt und Verfahrensablauf

I. Kurzzusammenfassung

1. In Anbetracht des zeitgleichen Auslaufens der Wegenutzungsverträge für Strom- und Gasleitungen im Stadtgebiet der Beteiligten zum 30.06.2011 traf die Beteiligte die Entscheidung, unter den alternativen Gestaltungsmöglichkeiten der zukünftigen Energieversorgung das Modell eines eigenen Stadtwerkeunternehmens unter Beteiligung eines privaten strategi-

schen Partners anzustreben. Mit Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vom 13.05.2011 (2011/S 92-151286) leitete die Beteiligte eine europaweite Ausschreibung zur Gründung eines eigenen Stadtwerke-Unternehmens unter Beteiligung eines strategischen Partners, der 49,9 % an der zukünftigen Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG sowie an der Komplementär GmbH übernehmen soll, ein. Die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG soll neben dem Netzbetrieb auch Strom- und Gasvertriebsaufgaben übernehmen. Perspektivisch sollen Abwasserentsorgung, Telekommunikation und Betrieb der Bäder zu den Aufgaben des Stadtwerke-Unternehmens hinzukommen können. Die Beteiligte beabsichtigt, die Wegenutzungsrechte an das zu gründende Stadtwerke-Unternehmen zu vergeben. Die Vergabe der Wegenutzungsrechte soll nach dem Willen der Beteiligten im Sinne einer einheitlichen Auswahlentscheidung nur implizit Teil der europaweiten Ausschreibung zur Gründung der Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG sein. Interessierte Netzbetreiber können die Wegenutzungsrechte der Beteiligten also nicht unmittelbar erwerben, sondern werden auf eine 49,9 %-ige Beteiligung an dem Stadtwerke-Unternehmen verwiesen, das die Wegenutzungsrechte erhalten soll.

2. Auf der einen Seite können damit die interessierten Netzbetreiber nur in den Genuss der Wegenutzungsrechte kommen, wenn sie zusätzliche Aufgaben (Vertrieb, Straßenbeleuchtung, perspektivisch Abwasser, Telekommunikation und Bäderbetrieb) in Kauf nehmen. Interessenten, die sich nur für die reinen Wegenutzungsrechte und den Netzbetrieb bewerben wollen und keine weiteren Aufgaben übernehmen wollen, haben keine Möglichkeit, die Wegenutzungsrechte mittelbar oder unmittelbar zu erwerben. Sie sind daher vom Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte und vom nachgelagerten Markt für den Netzbetrieb ausgeschlossen. Auf der anderen Seite hat die Beteiligte durch die Vorgehensweise sichergestellt, dass sie selbst und die von ihr beherrschte Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG den Nutzen aus den Wegenutzungsrechten und dem Netzbetrieb ziehen können, ohne dass sie sich durch Teilnahme an dem nach § 46 EnWG vorgeschriebenen Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte gegenüber anderen Bewerbern auf der Grundlage sachlicher Auswahlkriterien bewähren mussten.

II. Sachverhalt

3. Die Beteiligte ist eine in Nordrhein-Westfalen gelegene Kreisstadt mit ca. 39.000 Einwohnern. Sie ist Inhaberin der Wegrechte an den öffentlichen Verkehrswegen im Stadtgebiet und räumt diese gegen Entgelt für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Stadtgebiet gehören, ein.
4. Die zuletzt von der Beteiligten geschlossenen Verträge über die Wegenutzungsrechte für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen des Strom- und Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Stadtgebiet (sog. Wegenutzungsverträge) liefen zum 30.06.2011 aus.
5. Im Rat der Beteiligten wurde ein parlamentarischer Arbeitskreis „Künftige Energieversorgung“ konstituiert. Diese Arbeitsgruppe ist mit Ratsmitgliedern der im Rat vertretenen Fraktionen besetzt und erhielt die Aufgabe, die Entscheidungen des Haupt- und Finanzausschusses sowie des Rates im Hinblick auf die künftige Energieversorgung nach Auslaufen der bisherigen Wegenutzungsverträge zum 30.06.2011 durch Erarbeitung von Beschlussvorlagen vorzubereiten¹:
6. Die Beteiligte prüfte angesichts des Auslaufens der bisherigen Wegenutzungsverträge folgende Handlungsoptionen²:
 - Option 1: Verlängerung des Konzessionsvertrages mit dem derzeitigen Versorger
 - Option 2: Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages mit einem neuen Versorger
 - Option 3: Übernahme der Versorgungsanlagen und Gründung von Stadtwerken als 100 %ige Tochter

¹ Vgl. die Verwaltungserläuterung zur Einladung zur 1. Sitzung des Arbeitskreises „Künftige Energieversorgung“ am 25.06.2008, Ordner I.1., Mappe 3.

² Ordner I.1., Mappe 4, S. 6.

- Option 4: Übernahme der Versorgungsanlagen und Gründung von Stadtwerken unter Beteiligung des aktuellen oder eines anderen Versorgers
- Option 5: Übernahme der Versorgungsanlagen und Verpachtung der Anlagen an aktuellen oder anderen Versorger
- Option 6: Übernahme der Versorgungsanlagen und Abschluss von Betriebsführungsverträgen (technisch und/oder kaufmännisch) mit dem aktuellen oder einem anderen Versorger.

7. Zur Entscheidung über diese Handlungsoptionen legte die Beteiligte die folgenden Bewertungskriterien und Gewichte (%) zugrunde:
- Kommunalpolitischer Einfluss (10%),
 - Arbeitsmarktpolitischer Nutzen (5%),
 - Wirtschaftlicher Nutzen/Mittelzufluss (50%),
 - Steuerlicher Nutzen (5%),
 - Zusatzaufwand für die Stadt Mettmann (5 %),
 - Kapitalaufwand/Finanzierbarkeit (10 %),
 - Risiken (15 %),
8. Die Beteiligte machte im Bundesanzeiger Nr. 91 vom 25.06.2009 das Auslaufen der Wegenutzungsverträge für das Strom- und das Gasverteilernetz im Stadtgebiet Mettmann zum 30.06.2011 bekannt und rief zu Interessenbekundungen bis zum 30.09.2009 auf³ (im Folgenden: „Bekanntmachung und Interessenbekundungsverfahren für den Abschluss von reinen Wegenutzungsverträgen“). Es bekundeten [...] Unternehmen ihr Interesse an dem Abschluss neuer Wegenutzungsverträge für Strom und/oder Gas mit der Beteiligten. Ein weiteres Unternehmen bekundete sein Interesse nach Fristablauf mit Schreiben vom 23.11.2009⁴, das die Beteiligte am 21.01.2010 wegen der Fristüberschreitung mit einem Absageschreiben beantwortete⁵.

³ BAnz. v. 25.06.2009, Nr. 91, S. 2213; vgl. Ordner I.1., Mappe 20.

⁴ Vgl. das Schreiben der [...] an die Beteiligte vom 23.11.2009, Ordner I.2., Mappe 47.

⁵ Vgl. das Schreiben der Beteiligten an die [...] vom 21.01.2010, Ordner I.3., Mappe 53.

9. Der Rat der Beteiligten traf die grundlegende Entscheidung, der Handlungsoption 4 „Gründung eines kommunalen Stadtwerks mit Beteiligung eines strategischen Partners“ die höchste Untersuchungspriorität im Rahmen eines Interessenbekundungsverfahrens einzuräumen.⁶
10. Der Arbeitskreis „Künftige Energieversorgung“ beschloss am 03.09.2009, dem Haupt- und Finanzausschuss und dem Rat den folgenden Beschlussvorschlag zu unterbreiten: „Die Verwaltung wird beauftragt, alle notwendigen Schritte zur weiteren Verfolgung der Option 4 ‚Gründung Stadtwerke mit strategischem Partner‘ einzuleiten“⁷. Nach dem Protokoll der Arbeitskreissitzung sollte die Verwaltung parallel Gespräche mit den bisherigen Nutzungsberechtigten sowie weiteren Interessenten führen, die sich aufgrund der öffentlichen Bekanntmachung zum Auslaufen der Wegenutzungsverträge gemeldet hatten⁸. Es sollten alle konzeptionellen und verhandlungstechnischen Schritte bis Ende 2010 abgearbeitet sein, so dass spätestens im ersten Halbjahr 2011 die Umsetzung erfolgen könnte⁹.
11. Am 22.09.2009 erfolgte eine entsprechende Beschlussfassung im Haupt- und Finanzausschuss, am 06.10.2009 im Rat der Beteiligten.
12. Ohne Auswahlkriterien bekannt zu machen, bat die Beteiligte die [...] Bewerber des „Interessenbekundungsverfahrens für den Abschluss reiner Wegenutzungsverträge“ im November 2009, die sich durch den Abschluss eines Wegenutzungsvertrages für die Beteiligte ergebenden Vorteile zusammenzustellen und Wegenutzungsvertragsentwürfe zu übersenden. Im Rahmen von Besprechungen mit den Bewerbern stellte die Beteiligte klar, dass sie neben dem Neuabschluss der Wegenutzungsverträge die Gründung eines eigenen Stadtwerke-Unternehmens als Optionsalternative für die Gestaltung der zukünftigen Energieversorgung in Betracht ziehe.

⁶ Ordner I.4., Mappe 99, S. 8.

⁷ „Niederschrift v. 25.09.2009 über die sechste Sitzung des Arbeitskreises „Künftige Energieversorgung“ am 03.09.2009“ (Ordner I.2., Mappe 35), S. 4 und 5.

⁸ „Niederschrift v. 25.09.2009 über die sechste Sitzung des Arbeitskreises „Künftige Energieversorgung“ am 03.09.2009“ (Ordner I.2., Mappe 35), S. 5.

⁹ „Niederschrift v. 25.09.2009 über die sechste Sitzung des Arbeitskreises „Künftige Energieversorgung“ am 03.09.2009“ (Ordner I.2., Mappe 35), S. 5.

13. Das von der Beteiligten zur energiewirtschaftlichen Beratung beauftragte Unternehmen [...] wertete die Gesprächsinhalte und Vertragsentwürfe innerhalb des Gutachtens „Auswertung der Konzessionsvertragsentwürfe“ vom Februar 2010 aus und kam zu dem Ergebnis, dass zwar Unterschiede zwischen den Entwürfen der Wegenutzungsverträge bestehen¹⁰, sich jedoch keine Präferenz für eines der interessierten Unternehmen ergebe. Die annähernde Gleichheit der Verträge lasse den Schluss zu, dass im Falle der Gründung eigener Stadtwerke in Mettmann seitens einer möglichen Stadtwerke Mettmann GmbH die gleichen wegenutzungsvertraglichen Angebote unterbreitet werden könnten¹¹.
14. Am 27.07.2010 veröffentlichte die Beteiligte eine Vorinformation im EU-Amtsblatt¹² über einen Dienstleistungsauftrag zur Strom- und Gasversorgung in der Stadt Mettmann, die anlässlich des zeitgleichen Auslaufens der Wegenutzungsverträge Gas und Strom sowie des Rahmenvertrages für die Straßenbeleuchtung zum 30.06.2011 durch ein kommunales Stadtwerk, für das ein strategischer Partner gesucht werde, erbracht werden soll. Die Beteiligte wies auch die [...] Interessenten des Interessenbekundungsverfahrens auf diese Vorinformation hin und forderte sie auf, sich zu bewerben.
15. Mit EU-weiter Bekanntmachung vom 01.09.2010 rief die Beteiligte zur Interessenbekundung an einer Beteiligung an einem noch zu gründenden Stadtwerke-Unternehmen bis zum 30.09.2010 auf¹³ (im Folgenden: „Bekanntmachung und Interessenbekundungsverfahren Partnerschaft im Stadtwerkemodell“). Der Gegenstand des Verfahrens wurde wie folgt beschrieben:

„Aus Anlass des Auslaufens der Konzessionsverträge Gas und Strom / Straßenbeleuchtung zeitgleich zum 30.06.2011 beabsichtigt die Stadt Mettmann (Nordrhein-Westfalen), ein Stadtwerk in der Rechtsform einer GmbH oder GmbH & Co. KG. zu gründen. Gesucht wird ein strategischer Partner, der sich in einem Umfang von bis zu 74,9 % gesellschaftsrechtlich an dem Stadtwerk

¹⁰ Ordner I.3., Mappe 54, S. 22 und 38.

¹¹ Ordner I.3., Mappe 54, S. 40.

¹² EU-ABI./S v. 27.07.2010, S. 143 (2010/S 143-220512), vgl. Ordner I.3., Mappe 68.

¹³ EU-ABI./S v. 01.09.2010, S. 169 (2010/S 169-259666).

beteiligt. Aufgabe des strategischen Partners ist insbesondere die Mitwirkung beim Aufbau und Betrieb des Stadtwerks, vordringlich auch die Mitwirkung bei der Übernahme der Gas- und Stromnetze (einschließlich Entflechtung) von den bisherigen Konzessionsinhabern.

Das Stadtwerk soll von Beginn an die Geschäftsfelder Strom- und Gasvertrieb mit zur Aufgabe haben.

Zusätzliche Aufgaben (z.B. Stadtentwässerung, Tätigkeiten im steuerlichen Querverbund) können hinzukommen.

Es ist vorgesehen, dass der Partner innerhalb eines anfänglichen Zeitraums von bis zu 5 Jahren das Stadtwerk zu einer Organisation mit eigenständigen Personal- und Sachkapazitäten aufbaut und entwickelt.

Der strategische Partner soll zum 01.07.2011 im Wege einer Kapitalerhöhung Gesellschafter des Stadtwerks werden.

Die Stadt Mettmann hat mit Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 25. Juni 2009 das Interessenbekundungsverfahren nach § 46 Abs. 3 EnWG eingeleitet. Sie behält sich ausdrücklich vor, eine Entscheidung nur zum Abschluss neuer Konzessionsverträge Strom und Gas zu treffen und das Projekt „Gründung eines Stadtwerks“ nicht weiter zu verfolgen, sofern hierbei kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt werden kann.

Wir bieten hiermit Gelegenheit zur Interessenbekundung um eine Partnerschaft im Stadtwerke-Modell bis zum 30. September 2010, wobei die Bewerber, die im Rahmen des Verfahrens nach § 46 Abs. 3 EnWG ihr Interesse bekundet haben, auch zur Bewerbung für das Partnerschafts-Modell zugelassen sind. Interessenbekundungen, die später eingehen, werden nicht mehr berücksichtigt. Die Interessenbekundung muss detaillierte Aussagen zur Eignung des Interessenten enthalten.

[...]Die Stadt Mettmann behält sich ausdrücklich vor, auch gegenüber den von ihr ausgewählten Unternehmen, das Verfahren jederzeit ohne Angabe von Gründen und ohne Erstattung etwaiger Aufwendungen zu beenden. Die endgültige Entscheidung über das Verfahren trifft der Rat der Stadt Mettmann.“

16. Das Stadtwerk sollte Wegenutzungsverträge Strom/Gas mit der Stadt Mettmann abschließen. Der private Partner sollte für einen anfänglichen Zeitraum von bis zu 5 Jahren die Betriebsführung (kaufmännisch/technisch) für das Stadtwerk in den Bereichen Stromnetzbetrieb, Straßenbeleuchtung, Gasnetzbetrieb, Strom- und Gashandel übernehmen,

um es in dieser Zeit zu einer Organisation mit eigenständigem Personal- und Sachkapazitäten aufzubauen und zu entwickeln. Weitere Aufgaben wie z.B. Stadtentwässerung, Bäderbetrieb, Tätigkeiten im steuerlichen Querverbund sollten für das Stadtwerk hinzukommen können.

17. Auf diese „Bekanntmachung zur Partnerschaft im Stadtwerkmodell“ hin bekundeten [...] Unternehmen ihr Interesse. Diese Unternehmen wurden in der Folge aufgefordert, bis zum 6. März 2011 ein indikatives Angebot abzugeben.¹⁴ Der Aufforderung kamen [...] Bewerberunternehmen nach.
18. Im Hinblick auf die Erkenntnis der Beteiligten nach Einholung eines Rechtsgutachtens¹⁵, dass die Kopplung der Suche eines Beteiligungspartners mit der Vergabe von Betriebsführungsleistungen wegen des Charakters der letzteren als ein dem Vergaberecht unterliegender Beschaffungsvorgang in Form einer Dienstleistung nicht ausschreibungsfrei realisierbar ist, beschloss der Arbeitskreis „Künftige Energieversorgung“ am 30.03.2011, das Interessenbekundungsverfahren abubrechen und ein europaweites Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb einzuleiten¹⁶.
19. Per E-mail vom 06.04.2011 teilte die Beteiligte allen Bewerbern des „Interessenbekundungsverfahrens Partnerschaft im Stadtwerkmodell“ mit, dass keine Auswahl aus dem Kreis der Bewerberunternehmen getroffen, das Interessenbekundungsverfahren „Partnerschaft im Stadtwerkmodell“ beendet und vor diesem Hintergrund in Kürze ein europaweites Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb eingeleitet werde¹⁷.
20. Am 11.04.2011 wurde der Gesellschaftsvertrag zur Gründung der Stadtwerke Mettmann GmbH geschlossen. Am 29.04.2011 wurde die Stadtwerke Mettmann GmbH, deren einzige Gesellschafterin die Beteiligte ist, in das Handelsregister beim Amtsgericht Wuppertal (HRB 23473) eingetra-

¹⁴ Schreiben an die Bewerberunternehmen vom 07.02.2011, Ordner I.5., Mappe 157.

¹⁵ Vermerk der Kanzlei [...] vom 10. [...] „Vergaberechtliche Ausschreibungspflichten anlässlich der Gründung der Stadtwerke Mettmann GmbH“, Ordner I.5, Mappe 159. [...]

¹⁶ Ordner I.6., Mappe 197; Ordner II.1, Mappe 1.

¹⁷ Ordner I.6., Mappe 197.

gen. Geschäftsführer sind der Bürgermeister sowie der Stadtkämmerer der Beteiligten. Gegenstand der Gesellschaft ist

- a) die Versorgung mit Energie (Elektrizität, Gas, Wärme),
- b) die Errichtung und der Betrieb von Hallen- und Freibädern,
- c) die Förderung und der Ausbau der kommunalen Telekommunikationsinfrastruktur und die Erbringung von Dienstleistungen auf diesem Gebiet,
- d) die Wahrnehmung von Aufgaben auf dem Gebiet der kommunalen Abwasserentsorgung,
- e) die Betätigung der vorgenannten Tätigkeiten außerhalb des Gebietes der Stadt Mettmann ist in dem dafür nach der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen gegebenen Umfang (§ 107 Abs. 3 und 4) zulässig.

21. Am 13.05.2011 erfolgte die Bekanntmachung des europaweiten Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb im Amtsblatt der Europäischen Union¹⁸ (im Folgenden: „europaweites Verhandlungsverfahren“). Zusätzlich wurde die folgende Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG im Bundesanzeiger vom 27.05.2011 veröffentlicht¹⁹.

„Bekanntmachung gem. § 46 Abs. 3 EnWG

Die Stadt Mettmann hat mit Bekanntmachung vom 10.06.2009 (veröffentlicht im Bundesanzeiger am 25.06.2009) bekanntgegeben, dass die Konzessionsverträge mit dem RWE für das Stromversorgungsnetz und mit der rhenag für das Gasversorgungsnetz im Stadtgebiet Mettmann zum 30.06.2011 enden.

Nach Durchführung und Auswertung eines Interessenbekundungsverfahrens beabsichtigt die Stadt Mettmann, ein Stadtwerk in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG zu gründen. Gesucht wird ein strategischer Partner, der sich mit 49,9 % gesellschaftsrechtlich an der Stadtwerke GmbH & Co. KG und der Komplementär GmbH (nachfolgend „Stadtwerk“) beteiligt. Das Stadtwerk soll Konzessionär werden. In Abhängigkeit von der Größenordnung des Partners und seiner energierechtlichen und fusionskontrollrechtlichen Stellung sowie

¹⁸ EU-ABI. Supplement 2011, S 92-151286.

¹⁹ BAnz. v. 27.05.2011 (Nr. 82), S. 1982.

seiner Position im Rahmen der Kooperation kann es unter Beachtung der §§ 7, 8 EnWG dabei insbesondere erforderlich sein, die Funktionsbereiche Netze und Vertrieb in rechtlich voneinander getrennten Organisationsformen zu führen. Aufgabe des strategischen Partners ist die umfängliche Mitwirkung beim Aufbau sowie die Durchführung des Betriebs des Stadtwerks einschließlich der federführenden Mitwirkung bei der Entflechtung/Einbindung und Übernahme des Gas- und Stromnetzes sowie weiterer Leistungen. In diesem Zusammenhang sollen insbesondere verschiedene Betriebsführungsverträge mit dem strategischen Partner geschlossen werden. Die Stadt Mettmann wird daher ein europaweites Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb durchführen, das die Vergabe der vorgenannten Strom- und Gaskonzessionen an das Stadtwerk, die Auswahl des Partners für die gesellschaftsrechtliche Beteiligung am Stadtwerk sowie die Betriebsführungsverträge beinhalten soll. Es besteht Gelegenheit zur Bewerbung in diesem Vergabeverfahren. Die Bekanntmachung für das Vergabeverfahren ist im Amtsblatt der Europäischen Union vom 13. Mai 2011 (Dokumentenummer 151286-2011) erfolgt.“

22. Im Rahmen des europaweiten Verhandlungsverfahrens gab die Beteiligte den interessierten Bietern über ein sog. Bewerberfragenwerkzeug die Möglichkeit, Fragen zu stellen, und brachte ihre Antworten darin allen Teilnehmern anonymisiert zur Kenntnis. Am 01.06.2011 gab die Beteiligte auf die folgenden Bieterfragen die folgenden Antworten in dem Bewerberfragenwerkzeug Nr. 3:

Frage 17: Wie ist der Stand des Verfahrens zur Vergabe der Strom- und Gaskonzessionen? Sind die Interessenbekundungsfristen abgelaufen?

Antwort: Das Interessenbekundungsverfahren wird nicht fortgeführt. Diesem folgt das gegenständliche Verfahren.

Frage 19: Beinhaltet die Zuschlagsentscheidung als Kooperationspartner gleichzeitig den Zuschlag für die Strom- und Gaskonzessionen?

Antwort: Gemäß der Ankündigung in der EU-Bekanntmachung beabsichtigt der Auftraggeber, über die Auswahl des Kooperationspartners und die Erteilung der Konzessionen Strom und Gas einheitlich zu entscheiden.

Frage 37: Löst das aktuelle Vergabeverfahren das im Bundesanzeiger veröffentlichte Konzessionsvergabeverfahren ab?

Antwort: Es wird auf die Antwort zu Frage 17 verwiesen.

23. Es gingen [...] Teilnahmeanträge vor Ablauf der Teilnahmefrist am 10.06.2011 ein, von denen anhand der in den Teilnahmebedingungen bekannt gegebenen Kriterien über die technische Leistungsfähigkeit die [...] Bewerber mit den höchsten Punktzahlen zur Abgabe eines Angebots ausgewählt wurden.
24. Mit Schreiben vom 01.08.2011 forderte die Beteiligte diese [...] Bewerber förmlich zu Einreichung eines indikativen Angebots unter Beifügung der Vergabeunterlagen auf²⁰.
25. Der in der Vergabeunterlage enthaltene Entwurf des Konsortialvertrags sah folgende Regelungen vor:

„§ 2 Übernahme bzw. Aufbau der Energieversorgung und anderer Geschäftsfelder

- (1) Die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG wird zum Aufbau einer örtlichen Energieversorgung die örtlichen Netzbetriebe Strom und Gas sowie auch die Straßenbeleuchtung übernehmen.
- (2) Dazu wird die Stadt ihre Rechte aus den zum 30. Juni 2011 endenden Konzessionsverträgen/Straßenbeleuchtungsvertrag mit den bisherigen Konzessionsinhabern [...] auf die Gesellschaft übertragen. In Ausübung dieser Rechte wird die Gesellschaft die örtlichen Verteilungsanlagen Strom und Gas im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG [...] zu Eigentum von den Altkonzessionären erwerben und die Aufgaben des Netzbetreibers i.S.d. EnWG übernehmen; zugleich werden die Straßenbeleuchtungsanlagen zu Eigentum übernommen. [...]
Die Stadt und die Gesellschaft werden die Konzessionsverträge Strom und Gas [...], die mit Gegenstand des Vergabeverfahrens waren, über einen Zeitraum von 20 Jahren neu abschließen.
- (3) a) Die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG wird ferner das Geschäft des Strom- und Gasvertriebs aufbauen und entwickeln [...]
- (4) Die Stadtwerke werden sämtliche Dienstleistungen auf dem Gebiet der Straßenbeleuchtung für die Stadt für den Zeitraum der Gültigkeit des neuen Konzessionsvertrags Strom übernehmen [...]. [...]
- (5) Es ist das gemeinsame Verständnis, die weiteren Geschäftsfelder im Unternehmensgegenstand, wie
 - a) Dienstleistungen und Wertschöpfungen auf dem Gebiet der Energieversorgung und Energieanwendung,

²⁰ Vgl. Ordner II.4., Mappe 40.

- b) Örtliche Telekommunikation (insbesondere Breitbandausbau)
- c) Dienstleistungen auf dem Gebiet der Abwasserentsorgung

zu entwickeln und umzusetzen. Das dazu von dem Partner im Rahmen des Vergabeverfahrens entwickelte Grobkonzept soll innerhalb von einem Jahr nach Abschluss dieses Vertrags in Form eines Business-Plans je für die Geschäftsfelder a) bis c) weiter entwickelt werden, um darauf aufbauend über weitere Umsetzungsschritte unter dem Gebot der Wirtschaftlichkeit im gegenseitigen Einvernehmen zu entscheiden.

§ 3 Integration einer Bädersparte

Der Partner stimmt zu, dass der Bäderbetrieb der Stadt Mettmann (bestehend aus Hallenbad und Freilichtbad) auf Verlangen der Stadt Mettmann in die Gesellschaft integriert werden kann. [...]“

26. Nach der Vergabeunterlage²¹ wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste verbindliche Angebot erteilt, wobei für die Bestimmung der Wirtschaftlichkeit die in der Bewertungsmatrix aufgeführten Zuschlagskriterien und Gewichtungen laut Anlage A.1.1 zu Teil A der Vergabeunterlage gelten, welche sind:

Kriterium		Gewicht
1.1.	Vorteilhaftigkeit des Konzessionsvertrages Strom, davon	1.000
	a) Folgekostentragung	250
	b) Konzeptdarlegung zur Zielerreichung des § 1 EnWG in der Stromversorgung	750
1.2	Vorteilhaftigkeit des Konzessionsvertrages Gas, davon	1.000
	a) Folgekostenregelung	250
	b) Konzeptdarlegung zur Zielerreichung des § 1 EnWG in der Gasversorgung	750
2.	Vorteilhaftigkeit der übrigen Vertragsangebote, davon	7.250
2.1.	Betriebsführungsvertrag Energienetzbetrieb und Energievertrieb, davon	3.000
	a) Betriebsführungsentgelt Stromnetzbetrieb	1.000
	b) Betriebsführungsentgelt Gasnetzbetrieb	1.000
	c) Betriebsführungsverträge Stromvertrieb und Gasvertrieb	1.000
2.2.	Straßenbeleuchtungsvertrag	1.000
2.3.	Zukunftsorientiertheit des Kooperations-Angebots nach § 2 Abs. 5 Konsortialvertrag/Entwurf	750
2.4.	Höhe der Eigenkapital-Rendite Höchstpunktzahl: höchste %-Zusage	2.500

²¹ Vgl. Ordner II.5., Mappe 46.

Keine Punktzahl: < 75 % des Höchstwertes dazwischen linear	
Summe	9.250

27. Mit Schreiben vom 23.08.2011 machte eine Bewerbergemeinschaft [...] gegenüber der Beteiligten verschiedene Verstöße gegen vergabe- und kartellrechtliche Vorschriften gemäß § 107 Abs. 3 GWB geltend²². Insbesondere wurde ein Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB gerügt. [...] erklärten sich einverstanden, das kartellbehördliche Verfahren abzuwarten²³.
28. Die ursprünglich angesetzte Angebotsfrist wurde mehrfach verlängert²⁴. Bis zum Ablauf der verlängerten Angebotsfrist am 08.05.2012 gingen [...] ein²⁵.
29. Mit Schreiben vom 01.08.2012 übersandte die Beteiligte den [...] Bewerbern nach Abschluss der Verhandlungsrunde über die indikativen Angebote die überarbeiteten Vergabeunterlagen und forderte zur Abgabe verbindlicher Angebote bis zum 10.09.2012 auf.
30. In der Vergabeunterlage wurde die Gliederung der Bewertungsmatrix sowie die Bewertung des Kriteriums „Eigenkapitalrendite“ geändert. Sie lautet nunmehr:

Kriterium	Gewicht
1. Preis, davon	7000
1.1. %-Umfang der Folgekostentragung der Gesellschaft bei Änderung an den Verkehrswegen (Strom)	250
1.2. %-Umfang der Folgekostentragung der Gesellschaft bei Änderungen an den Verkehrswegen (Gas)	250
1.3. Betriebsführungsentgelt Stromnetzbetrieb Technische Betriebsführung Strom	500
1.4. Betriebsführungsentgelt Stromnetzbetrieb	500

²² Vgl. Rüge der Bewerbergemeinschaft [...] vom 23.08.2011, Ordner II.4 Mappe 43.

²³ Vgl. das Schreiben [...] vom 12.09.2011, Ordner IV.5, Mappe 46.

²⁴ Verfahrensmitteilung der Beteiligten an die Bieter vom 02.09.2011 (Verlängerung der Angebotsfrist auf den 19.12.2011), Ordner IV.5., Mappe 44; Verfahrensmitteilung der Beteiligten an die Bieter vom 11.11.2011 (Verlängerung der Angebotsfrist auf den 14.02.2012), Ordner IV 5., Mappe 47; Verfahrensmitteilung der Beteiligten an die Bieter vom 06.01.2012 (Verlängerung der Angebotsfrist auf den 08.05.2012), Ordner IV 5., Mappe 50.

²⁵ Vgl. das Protokoll der Angebotsöffnung, Ordner II.5., Mappe 59.

	Kaufmännische Betriebsführung Strom	
1.5.	Betriebsführungsentgelt Gasnetzbetrieb Technische Betriebsführung Gas	500
1.6.	Betriebsführungsentgelt Gasnetzbetrieb Kaufmännische Betriebsführung Gas	500
1.7.	Betriebsführungsverträge Stromvertrieb und Gasvertrieb (Weiterleitung der Ver- triebsentgelte)	1000
1.8.	Spezifisches Entgelt für Straßenbeleuch- tungsentgelt	500
1.9.	Spezifisches Entgelt für Betriebsführung (Straßenbeleuchtung)	500
1.10	Höhe der Eigenkapitalrendite Höchstpunktzahl: höchster Prozentsatz Niedrigste Punktzahl: Prozentwert 0, da- zwischen linear	2500
	2. Qualität, davon	2250
2.1.	Konzeptdarlegung zur Zielerreichung des § 1 EnWG in der Stromversorgung	750
2.2.	Konzeptdarlegung zur Zielerreichung des § 1 EnWG in der Gasversorgung	750
2.3.	Zukunftsorientiertheit des Kooperations- angebots nach § 2 Abs. 5 Konsortialver- trag/Entwurf	750
	Summe	9250

31. Bis zum Ablauf der Frist für ein verbindliches Angebot am 10.09.2012 gingen [...] Angebote ein.

III. Verfahrensablauf

32. Mit Schreiben vom 23.05.2011 hat [...] das Bundeskartellamt über das Verhalten der Beteiligten informiert und die kartellrechtliche Zulässigkeit und einen Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB gerügt.
33. Das Ministerium für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen als Landeskartellbehörde hat die Sache mit Schreiben vom 14.06.2011, klargestellt mit Schreiben vom 19.04.2012, auf vorsorglichen Antrag des Bundeskartellamtes gemäß § 49 Abs. 3 Satz 1 GWB an das Bundeskartellamt abgegeben.
34. Die Beschlussabteilung hat am 10.08.2011 auf der Grundlage von §§ 19, 20 GWB und ggf. Art. 102 AEUV ein Verfahren gegen die Beteiligte wegen

des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber den Interessenten an den Wegenutzungsrechten für die Leitungen des Strom- und Gasversorgungsnetzes durch Bevorzugung eines kommunalen Unternehmens eingeleitet und der Beteiligten die Verfahrenseinleitung mit Schreiben vom 10.08.2011 bekannt gemacht.

35. Mit gleichem Schreiben hat die Beschlussabteilung ein Auskunftsersuchen an die Beteiligte gerichtet, auf das die Beteiligte nach Fristverlängerung fristgerecht geantwortet hat.
36. Am 17.10.2011 hat ein Erörterungstermin im Bundeskartellamt stattgefunden, in dem die Beschlussabteilung ihre Rechtsauffassung erläutert hat.
37. Mit Schreiben vom 04.01.2012 hat die Beteiligte angeboten, das Vergabeverfahren dahingehend zu modifizieren, dass Gegenstand der Vergabe nur noch die Beteiligung an einer Netzbetriebsgesellschaft (Strom und Gas) sowie die Vergabe der Wegenutzungsverträge Strom und Gas in einem insgesamt einheitlichen Verfahren würde, während die Betriebsführungsleistungen auf den Gebieten des Energievertriebs (Strom und Gas) und der Straßenbeleuchtung herausgenommen würden. Nach wie vor sollte aber das reduzierte Vergabeverfahren in einem einheitlichen Verfahren für die Vergabe der Wegenutzungsrechte für Strom und Gas sowie in einer Bündelung der diesbezüglichen Vergabe mit der Vergabe von Betriebsführungsleistungen Strom- und Gasnetzbetrieb sowie der Vergabe von Gesellschaftsanteilen an der gemeinsamen Netzgesellschaft ausgestaltet werden. Die Beteiligte hat die Beschlussabteilung um ein Gespräch über diese Vorgehensweise gebeten.
38. Mit E-Mail vom 8.02.2012 hat die Berichterstatterin zur Vorbereitung der internen Beratung und eines eventuellen Gesprächs der Beschlussabteilung mit der Beteiligten um Mitteilung bis zum 16.02.2012 gebeten, ob die Beteiligte auch in Bezug auf den aus Sicht der Beschlussabteilung zentralen Punkt der Bündelung der Vergabe der Wegenutzungsrechte für Strom- und Gasleitungen mit der Vergabe von Betriebsführungsleistungen Strom- und Gasnetzbetrieb sowie der Vergabe von Gesellschaftsanteilen an der ge-

meinsamen Netzgesellschaft verhandlungsbereit wäre. Die E-Mail blieb ohne Reaktion.

39. Auf telefonische Nachfrage der Berichterstatterin hat der anwaltliche Vertreter der Beteiligten [...] am 09.03.2012 erklärt, dass die Beteiligte das Verfahren zwischenzeitlich unverändert in der Form fortgesetzt habe, wie es in der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vom 13.05.2011 ausgeschrieben worden war, und keine Bereitschaft bestehe, das Vergabeverfahren über die mit Schreiben vom 04.01.2012 dargestellten Veränderungen hinaus zu modifizieren.
40. Die Beteiligte hat mit Schreiben an die Beschlussabteilung vom 29.03.2012 sowie einem weiteren Schreiben an die Beschlussabteilung vom 25.05.2012 festgestellt, dass ein Einvernehmen zwischen der Beteiligten und dem Bundeskartellamt nicht hergestellt werden konnte, und hat die unveränderte Fortsetzung des förmlichen Vergabeverfahrens ohne jede Modifikation mitgeteilt.
41. Mit Schreiben vom 05.10.2012 hat die Beschlussabteilung der Beteiligten den Entwurf eines Beschlusses nach § 32 GWB übermittelt (Abmahnung) und bis zum 05.11.2012 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Frist zur Stellungnahme ist auf Antrag der Beteiligten bis zum 12.11.2012 verlängert worden.
42. Die Beschlussabteilung hat die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen mit Schreiben vom 05.10.2012 und die Bundesnetzagentur gemäß § 58 Abs. 2 EnWG mit Schreiben vom 05.10.2012 über die Abmahnung unterrichtet und beiden bis zum 05.11.2012 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Ebenso ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie mit Schreiben vom 05.10.2012 von der Abmahnung benachrichtigt worden und hat Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 05.11.2012 erhalten. Keine der benachrichtigten Behörden hat von ihrer Gelegenheit zur Stellungnahme Gebrauch gemacht.
43. Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten hat per Mail vom 12.11.2012 mitgeteilt, dass die Beteiligte nach der Gremiensitzung vom

12.11.2012 die vom Bundeskartellamt vertretene Rechtsauffassung vollumfänglich zurückweist und an der geplanten Konzessionsvergabe und der Fortführung und Beendigung des laufenden Vergabeverfahrens 2011/S 92-151286 unverändert festhält.

B. Rechtliche Würdigung

I. Zuständigkeit

44. Das Bundeskartellamt ist sachlich und örtlich zuständig.
45. Die sachliche Zuständigkeit des Bundeskartellamtes besteht im Verhältnis zu den Regulierungsbehörden i.S.d. § 54 Abs. 1 EnWG. Nach § 46 Abs. 5 EnWG und § 111 Abs. 1 Satz 2 EnWG bleiben die Aufgaben, Befugnisse und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt. Somit sind die Kartellbehörden auch dann zur Durchsetzung der §§ 19, 20 und 29 GWB zuständig, wenn das missbräuchliche Verhalten in materieller Hinsicht unter Hinzuziehung energiewirtschaftsgesetzlicher Bewertungsmaßstäbe, hier §§ 1 und 46 EnWG, begründet wird.
46. Die örtliche Zuständigkeit des Bundeskartellamtes besteht im Verhältnis zu den Landeskartellbehörden. Das Bundeskartellamt ist für die Überprüfung des beanstandeten Verhaltens der Beteiligten nach §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 32 GWB originär nach § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB zuständig. Nach dieser Vorschrift nimmt das Bundeskartellamt die im GWB der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr, wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder des diskriminierenden Verhaltens über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht. Bei der Beurteilung der Wirkungen des beanstandeten Verhaltens kommt es nach der Rechtsprechung auf die tatsächlichen Folgeerscheinungen an; schon geringe Auswirkungen können genügen²⁶.

²⁶ BGH WuW/E BGH 1489, 1490 – *Brotindustrie*.

47. Eine über die Grenzen eines Bundeslandes hinausgehende Wirkung ist im Hinblick auf die grundsätzlich länderübergreifende Nachfrage nach Wegenutzungsrechten durch die regelmäßig überregional tätigen Netzbetreiber zu begründen. Auf das von der Beteiligten eingeleitete Interessenbekundungsverfahren haben sich [...] länderübergreifend tätige Netzbetreiber beworben. Die Beteiligte hat die Beteiligung an der Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG zudem europaweit ausgeschrieben und damit die überregionale Nachfrage gezielt angesprochen. Es konnte sich jedes in der EU tätige Unternehmen um die Wegenutzungsrechte bewerben.
48. Unabhängig von der Frage, ob das Bundeskartellamt originär nach § 48 Abs. 2 GWB zuständig ist, ist es gemäß § 49 Abs. 3 Satz 2 GWB zuständig, da die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen die Sache auf vorsorglichen Antrag des Bundeskartellamtes vom 07.06.2011 mit Schreiben vom 14.06.2011, nochmals klargestellt durch Schreiben vom 19.04.2012, an das Bundeskartellamt abgegeben hat.

II. Begründetheit

49. Das Verhalten der Beteiligten, die Wegenutzungsrechte in dem beschriebenen „europaweiten Verhandlungsverfahren“ zu vergeben, verstößt gegen §§ 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB.
- 1. Anwendbarkeit des europäischen und des deutschen Wettbewerbsrechts**
50. Art. 102 AEUV ist nicht anwendbar, da das Stadtgebiet der Beteiligten kein wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes ist und mithin keine marktherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes besteht.
51. Der Anwendungsbereich des deutschen Wettbewerbsrechts ist eröffnet, da die Beteiligte als Unternehmen i.S.d. GWB zu qualifizieren ist. Nach dem funktionalen Unternehmensbegriff ist als Unternehmen tätig, wer zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches auf dem Markt

als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen erscheint²⁷. Nach der Klarstellung des § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB findet das Wettbewerbsrecht auch auf solche Unternehmen Anwendung, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden.

52. Mit der Einräumung von Rechten zur Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Gas- und Stromverteilernetzen gegen Entgelt treten die Gemeinden als Anbieter auf. Die Gemeinden sind daher bei der Vergabe der Wegenutzungsrechte unternehmerisch tätig, wie der Bundesgerichtshof bereits im Jahre 2008 in dem Fall „Neue Trift“ entschieden hat²⁸.
53. Der Anwendung der Missbrauchsvorschriften des Wettbewerbsrechts steht nicht entgegen, wenn die Gemeinden bei der Einräumung der Wegenutzungsrechte auch Aufgaben der Daseinsvorsorge nachkommen. Durch das Recht der kommunalen Selbstverwaltung wird den Kommunen jedenfalls dann keine Sonderstellung gegenüber anderen Adressaten kartellrechtlicher Verbote eingeräumt, wenn sie sich privatrechtlicher Mittel bedienen²⁹. Die öffentliche Hand ist – jedenfalls wenn sie in den Formen des Privatrechts handelt – wie jeder andere Anbieter oder Nachfrager an das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und an das Verbot der unbilligen Behinderung gebunden³⁰.
54. Mit der Vergabe von Wegenutzungsrechten und dem Abschluss von Wegenutzungsverträgen bewegt sich die Gemeinde auf dem Boden des Privatrechts³¹. Der bürgerlich-rechtliche Charakter der Wegenutzungsverträge folgt aus § 8 Abs. 10 Fernstraßengesetz (FStrG) bzw. § 23 Abs. 1 Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (StrWG NRW). Danach richtet sich die Einräumung von Rechten zur Nutzung des Eigentums an

²⁷ BGH, Urt. v. 16.12.1976, WuW/E BGH 1474 (1477) – *Architektenkammer*.

²⁸ BGH, Urt. v. 11.11.2008, KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581 – *Neue Trift*.

²⁹ BGH, Urt. v. 28.06.2005 – KVR 27/04 – Juris Rn 26 – *Arealnetze*.

³⁰ BGH, Urt. v. 28.06.2005 – KVR 27/04 – Juris Rn 26 – *Arealnetze*.

³¹ BGH, Urt. v. 11.7.1962 – V ZR 175/60 – *Ruhrschnellweg*, BGHZ 37, 353 (355); BGH, Urt. v. 21.03.1996 – III ZR 245/94 – Juris Rn 13; BGH, Urt. v. 2.4.1998 – III ZR 91/95 –, BGHZ 138, 266 (274); zuletzt OVG NRW, Beschl. v. 10.02.2012 – 11 B 1187/11 – Rn 11.

Straßen nach bürgerlichem Recht, wenn der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird. Da die Versorgungsleitungen regelmäßig unterirdisch oder über Strommasten weit überirdisch verlegt sind, tritt eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs durch die Benutzung von Straßen für Versorgungsleitungen nicht ein³². Außerdem wird der Gemeinde für das Recht zur Benutzung kommunaler Wege-Grundstücke zum Zwecke der Strom- und Gasversorgung mittels Leitungen ein privatrechtliches Entgelt in Form der Konzessionsabgabe gezahlt. Da der Gemeinde die Vergütung als Wegeeigentümerin und nicht aufgrund ihrer Stellung als Wegeherrin für die Erteilung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen zusteht, sind Konzessionsabgaben entgegen ihrer Bezeichnung keine „Abgaben“ im Sinne des Abgabenrechts, sondern privatrechtliche Entgelte³³. Das GWB selbst ging in den § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB in der Fassung der Bekanntmachung von 1990 von einer unternehmerischen Tätigkeit der öffentlichen Hand aus, da andernfalls eine Freistellung der Wegenutzungsverträge vom Verbot des § 1 GWB nicht notwendig gewesen wäre³⁴.

55. Die Anwendung der Missbrauchsvorschriften des GWB ist schließlich auch nicht durch die Missbrauchsvorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes verdrängt. Nach § 130 Abs. 3 GWB stehen die Vorschriften des EnWG der Anwendung der §§ 19, 20 und 29 GWB nicht entgegen, soweit in § 111 EnWG keine andere Regelung getroffen ist. Der im Verhältnis zu §§ 19, 20 und 29 GWB abschließende Charakter einer Regelung muss nach § 111 Abs. 1 EnWG ausdrücklich durch das EnWG oder auf seiner Grundlage erlassener Rechtsverordnungen festgelegt sein. Für das Recht der Wegenutzungsverträge ist im Energiewirtschaftsgesetz ein abschließender Charakter nicht ausdrücklich angeordnet. Aufgrund der systematischen Stellung der §§ 46 ff. EnWG im fünften Teil des Energiewirtschaftsgesetzes

³² BGH, Urt. v. 11.7.1962 – V ZR 175/60 – *Ruhrschnellweg*, BGHZ 37, 353 (355); BGH, Urt. v. 2.4.1998 – III ZR 91/95 -, BGHZ 138, 266 (274); BVerwGE 29, 248, 250ff.; OVG NRW, Beschl. v. 10.02.2012 – 11 B 1187/11 – Rn 11.

³³ BGH, Urt. v. 22.10.1954 – I ZR 226/53 , BGHZ 15, 113 (116); BGH, Urt. v. 18.05.1995 – III ZR 109/94 – NJW 1995, 3122 (3123); BGH, Urt. v. 21.03.1996 – III ZR 245/94 – Juris Rn 13; OVG NRW, Urt. v. 07.12.2011 – 11 A 341/09 – Juris Rn 34; OVG NRW, Beschl. v. 10.02.2012 – 11 B 1187/11 – Rn 12; Dies entspricht auch dem Verständnis des Gesetzgebers, vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs zur Vorgängervorschrift von § 48 Abs. 1 EnWG, BT-Drucks. 13/7274, S. 21.

³⁴ *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, (2011), S. 68f.; *Säcker/Mohr/Wolf (2010)*, S. 48.

kann sich ein abschließender Charakter auch nicht aus § 111 Abs. 2 EnWG ergeben, der lediglich die Bestimmungen des dritten Teils des EnWG betreffend die Regulierung des Netzbetriebs für abschließend erklärt. Das mit dieser Entscheidung zu untersagende Verhalten der Beteiligten stellt sich nicht als ein Missbrauch der Marktstellung eines Netzbetreibers i. S. d. § 30 EnWG dar, sondern es handelt sich um eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, die durch die Ausnutzung kommunaler Herrschaft über öffentliche Verkehrswege herbeigeführt wird. Daher hat der Gesetzgeber in § 46 Abs. 5 EnWG für den gesamten Bereich der Wegenutzungsverträge klargestellt, dass die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem GWB unberührt bleiben.

2. Marktbeherrschende Stellung der Beteiligten

56. Die Beteiligte ist marktbeherrschend, da sie auf dem das Stadtgebiet umfassenden Markt für die entgeltliche Einräumung der Wegenutzungsrechte für Strom- und Gasleitungen ohne Wettbewerber i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist.
57. Die Disposition über die Neuvergabe der Wegenutzungsrechte steht nach § 46 Abs. 2 EnWG allein der jeweiligen Gemeinde zu. Sie ist folglich in Bezug auf die örtlichen Wegenutzungsrechte marktbeherrschend und damit Normadressatin der §§ 19 und 20 GWB.
58. Die marktbeherrschende Stellung der Gemeinde ergibt sich aus der „produktspezifischen“ Besonderheit des Wegenutzungsrechts, dass nur das Wegenutzungsrecht den Netzbetrieb für die örtliche Bevölkerung für die Dauer ihrer Laufzeit erlaubt. Das Wegenutzungsrecht ist unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit in Form des Netzbetriebs. Die öffentliche Hand nimmt als alleinige Rechtsinhaberin insoweit eine Monopolstellung ein. Ob man den Schwerpunkt darauf legt, dass deshalb Wegenutzungsrechte verschiedener Gemeinden keine Substitute sein können, oder darauf, dass die beschriebene Besonderheit ein Abstellen strikt auf den lokalen Angebotsmarkt erfordert, wobei regelmäßig länderübergreifende Nachfrage festzustellen ist, kann dahinstehen. Jedes Wegenutzungsrecht ist mithin Gegenstand eines eigenen sachlichen Mark-

tes und der räumliche Markt ist auf das Wegerechtsgebiet bezogen abzugrenzen.

59. Die Beteiligte ist als einzige Anbieterin damit auf dem Markt für die entgeltliche Vergabe von Wegenutzungsrechten im Stadtgebiet Mettmann absolut marktbeherrschend.

3. Missbräuchliches Verhalten

60. Die Beteiligte missbraucht ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die entgeltliche Einräumung der Wegenutzungsrechte, indem sie das mit der Beteiligten verbundene Unternehmen Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG ohne sachlichen Grund bevorzugt (dazu a)), ein nach § 46 Abs. 3 EnWG erforderliches Interessenbekundungsverfahren nicht durchführt (dazu b)) und Auswahlkriterien ohne sachlichen Bezug zum Wegenutzungsrecht oder zum Netz verwendet, insbesondere weil sie als Auswahlkriterien auch den Energiehandel und -vertrieb sowie die Straßenbeleuchtung bei der Vergabe der Wegenutzungsrechte für die Strom- und Gasverteilernetze aufgestellt hat (dazu c)).

a) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Bevorzugung der Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG ohne sachlichen Grund

61. Die Beteiligte missbraucht ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die entgeltliche Einräumung der Wegenutzungsrechte, indem sie die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG ohne sachlichen Grund bevorzugt und andere Interessenten im Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte behindert.

aa) Anforderungen an das Auswahlverfahren

62. Die Gemeinde ist bei der Auswahlentscheidung an die Gebote der Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und der Gleichbehandlung gebunden. Diese Pflicht der Gemeinde zur diskriminierungsfreien Auswahl eines Nutzungsberechtigten ist unmittelbar aus § 46 EnWG herzuleiten. Danach haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den

Betrieb von Leitungen [...] zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Damit gilt das zentrale Gebot der Diskriminierungsfreiheit für einfache Wegenutzungsverträge aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 46 Abs. 1 EnWG unmittelbar. Es ist auf qualifizierte Wegenutzungsverträge i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG im Wege des Erst-recht-Schlusses zu übertragen³⁵. Im Unterschied zu den einfachen Wegenutzungsverträgen, bei denen es um die Einräumung singulärer Leitungsverlegungsrechte für Direktleitungen geht, betreffen qualifizierte Wegenutzungsverträge Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören. Wenn die Kommunen bereits bei der Vergabe einfacher Wegenutzungsrechte an das Diskriminierungsverbot gebunden sind, müssen sie erst recht bei der wesentlich bedeutenderen Entscheidung über die Auswahl eines Vertragspartners zum Abschluss eines Wegenutzungsvertrages für Leitungen eines Netzes der allgemeinen Versorgung an das Gebot der Diskriminierungsfreiheit gebunden sein. Bei dem Diskriminierungsbegriff des § 46 EnWG handelt es sich um eine spezialgesetzliche Ausprägung des kartellrechtlichen Diskriminierungsbegriffs³⁶ (Arg. e. § 46 Abs. 5 EnWG und der wettbewerblichen Zielsetzung des § 46 EnWG und § 1 EnWG).

63. Darüber hinaus lässt sich die Geltung der Gebote der Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Gleichheit auch aus kartellrechtlichen Vorschriften herleiten. Schon von Kartellrechts wegen muss die Gemeinde diese Gebote bei ihrer Auswahlentscheidung beachten, die sich aus ihrer unternehmerischen Tätigkeit bei der Vergabe örtlicher Wegerechte und ihrer Stellung als örtlicher Marktbeherrscher ergeben (§§ 19, 20 GWB). Nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB ist es der Beteiligten verboten, ihre marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, indem sie die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt er-

³⁵ So auch *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen* (2011), S. 42ff.; *Kermel* in *Kermel*, *Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben*, Kap. 2, Rn 220; *Berzel* in *Kermel*, *Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben*, Kap. 5, Rn 60.

³⁶ So auch *BerIK-EnR/Wegner*, § 46 EnWG Rn 29; *Kermel* in *Kermel*, *Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben*, Kap. 2, Rn 224.

heblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt. Zudem ist der Beteiligten nach § 20 Abs. 1 GWB bei der Einräumung der Wegenutzungsrechte i.S.d. § 46 EnWG verboten, ohne sachliche Rechtfertigung andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln. Das Verhalten der Beteiligten ist unbillig bzw. sachlich nicht gerechtfertigt, wenn eine umfassende Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu Lasten der Gemeinde ausfällt³⁷.

64. Die umstrittene Frage, ob diese Gebote der Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Gleichheit aufgrund des Charakters der Wegenutzungsrechte als vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzessionen³⁸ aus vorrangigem europäischem Primärrecht hergeleitet werden können, kann damit dahinstehen. Zudem sind die aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien auch im Rahmen der Neuvergabe von Konzessionen, die nicht Dienstleistungskonzessionen sind, anwendbar³⁹.

bb) Verstoß gegen die Gebote der Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Gleichbehandlung

65. Die Beteiligte verstößt gegen das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot, indem sie die Wegenutzungsrechte direkt, d.h. ohne wettbewerbliches Verfahren, an die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG vergibt. Die Vergabe der Wegenutzungsrechte an die Stadtwerke Mettmann führt dazu, dass interessierte Netzbetreiber, die als Nachfrager auf dem Markt um die Wegenutzungsrechte auftreten, die Wegenutzungsrechte nicht mehr direkt erwerben können, sondern auf eine wirtschaftliche Beteiligung an der Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG verwiesen werden. Durch die Ver-

³⁷ BGH, Urt. v. 27.09.1962, BGHZ 38, 90 (102) – *Treuhandbüro*.

³⁸ Die umstrittene Frage, ob es sich bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten für Strom- und Gasleitungen um Dienstleistungskonzessionen handelt oder nicht, ist bislang in der Rechtsprechung nicht ausdrücklich entschieden worden. In der Literatur werden unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten. Eine Dienstleistungskonzession befürwortend: Schau, RdE 2011, 1 (3);

³⁹ So ausdrücklich für eine durch Verwaltungsakt zu erteilende Genehmigung zum Spielbankbetrieb, welche keinen Dienstleistungskonzessionsvertrag darstellt, EuGH Urt. v. 09.09.2010, Rs C-64/08, Rn 49ff., insbesondere Rn 52 – *Engelmann*.

gabe der Wegenutzungsrechte an die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG wird der (horizontale) Wettbewerb der Bewerber um die Wegenutzungsrechte ausgeschaltet, da die grundsätzlich bestehende Wahl zwischen mehreren Bewerbern um die Wegenutzungsrechte beschränkt ist und andere Bewerber als die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG von vornherein vom Angebot, die reinen Wegenutzungsrechte unmittelbar zu erwerben, ausgeschlossen sind.

cc) kein Ausschluss des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots bei „In-house-Vergabe“

66. Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot hat Gültigkeit, obwohl es sich bei der Vergabe der Wegenutzungsrechte an die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG um einen konzerninternen Sachverhalt handelt, da die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG eine kommunale Eigengesellschaft ist.

(1) Grundgedanke des Konzernprivilegs

67. Im Hinblick auf den im gesamten Kartellrecht gültigen Gedanken der wirtschaftlichen Einheit nach § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB ist in der Rechtsprechung im Einzelfall ein Konzernprivileg auch für das Diskriminierungs- und das Behinderungsverbot entwickelt worden. Danach verbietet § 20 Abs. 1 GWB die Bevorzugung konzerninterner Unternehmen grundsätzlich nicht, da Konzernunternehmen im Hinblick auf die wirtschaftliche Einheit nicht als gleichartige Unternehmen angesehen werden⁴⁰. Auch ist eine Behinderung, die darin liegt, dass das marktbeherrschende Unternehmen sein Tochterunternehmen bevorzugt hat, für sich genommen nicht unbillig⁴¹. Im Ergebnis ist unerheblich, ob man insoweit die Gleichartigkeit konzernfremder und konzernverbundener Unternehmen verneint oder in dem Konzernverbund eine sachliche Rechtfertigung für die Bevorzugung sieht.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 24.09.2002 – KZR 4/01 – Juris Rn 22, WuW/E DE-R 1003 (1005) – *kommunaler Schilderprägebetrieb*; BGH WuW/E 1238 (1240); BGH, Urt. v. 10.02.1987 – KZR 6/86 –, WuW/E 2360 (2365); NJW 1982, 2775 (2776); Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (2009), § 20 Rn 62.

⁴¹ BGH, Urt. v. 24.09.2002 – KZR 4/01 – Juris Rn 25, WuW/E DE-R 1003 (1005) – *kommunaler Schilderprägebetrieb*.

(2) Ausschluss der „In-house-Vergabe“ durch § 46 Abs. 4 EnWG

68. Im Kontext der energiekartellrechtlichen Beurteilung der Auswahl eines Nutzungsberechtigten der Wegerechte ist das Konzernprivileg jedoch durch die spezielle Regelung in § 46 Abs. 4 EnWG ausgeschlossen. Nach dieser Norm finden die Absätze 2 und 3 des § 46 EnWG für Eigenbetriebe entsprechende Anwendung. In den Absätzen 2 und 3 des § 46 EnWG wird den Gemeinden insbesondere die Bekanntmachung des Auslaufens der Wegenutzungsverträge zwei Jahre vor dem Vertragsende auferlegt, um einen Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte zu ermöglichen⁴². Zudem ist geregelt, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet ist.
69. Diese Regelungen werden mit § 46 Abs. 4 EnWG auf Eigenbetriebe übertragen. Eigenbetriebe sind kommunalrechtlich wirtschaftliche Unternehmen einer Gemeinde, die keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Die Legaldefinition des § 114 GemO NRW bezeichnet sie als gemeindliche wirtschaftliche Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit. Nach § 9 Abs. 1 der Eigenbetriebsverordnung für NRW ist der Eigenbetrieb finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen. Die Anwendung des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG auf Eigenbetriebe belegt, dass auf den nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG vorgeschriebenen Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte auch dann nicht verzichtet werden kann, wenn eine Vergabe an einen Eigenbetrieb erfolgen soll. Die Erstreckung der Vorschriften nach Abs. 2 und 3 auf Eigenbetriebe setzt implizit voraus, dass diese Vorschriften ohnehin auf die vertragliche Einräumung von Wegenutzungsrechten an rechtlich selbständige, im Alleineigentum der konzessionserteilenden Gemeinde stehende Unternehmen (Eingengesellschaften) anwendbar sind⁴³. Erst recht ist dann die Anwendung der Vorschriften auch auf rechtlich verselbständigte, von der Kommune beherrschte Unternehmen mit privater Minderheitsbeteiligung schlüssig.

⁴² BT-Drucks. 13/7274, S. 21.

⁴³ Schwensfeier in Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap. 5 Rn 147.

70. Dieses Ergebnis wird gestützt durch den Willen des Gesetzgebers und den Gesetzeszweck des § 46 EnWG. Nach den Gesetzesmaterialien ist Ziel des § 46 Abs. 4 EnWG, die Wegenutzung in *allen* Gemeinden zu erfassen und zu verhindern, dass der Zweck der Vorschrift der § 46 Abs. 2 und 3 EnWG, „Ewigkeitsrechten“ vorzubeugen, unterlaufen werden kann⁴⁴. Ließe man ein Konzernprivileg zu, wäre aber die kommunale Bevorzugung des eigenen Netzbetriebs pauschal gerechtfertigt. Dies entfaltet eine Sperrwirkung für örtliche Netzbetriebsaktivitäten zu Lasten nicht berücksichtigter Interessenten während der gesamten Vertragslaufzeit. Bei wiederholter Bevorzugung kommunaler Bewerber wäre es auch für anschließende Vertragslaufzeiten unmöglich, dass sich ein anderer als ein kommunaler Interessent durch Erwerb der Wegenutzungsrechte das Geschäftsfeld des Netzbetriebs erschließt. Das kommunale Monopol im Bereich der Wege-rechte könnte beliebig zur Begründung dauerhafter kommunaler Markt-macht im Bereich des örtlichen Verteilernetzbetriebs genutzt werden. Demzufolge könnte es zu „Ewigkeitsrechten“ der Kommune kommen, die nach dem Willen des Gesetzgebers gerade mit der Regelung in § 46 Abs. 4 EnWG verhindert werden sollten. § 46 Abs. 4 EnWG dient daher auch der Durchsetzung des Wettbewerbsgedankens in diesem Verhältnis⁴⁵.
71. Sinn und Zweck des § 46 EnWG ist es, einen Wettbewerb beim Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen zu ermöglichen⁴⁶ und einen Wettbewerb um Leitungsnetze auf der Verteilernetzebene zu gewährleisten. Ein Wettbewerb um Netzgebiete wäre aber unmöglich, wenn die Gemeinde als Ausfluss der kommunalen Wegehoheit ohne Sachgrund den kommunalen Interessenten bevorzugen dürfte.
72. Mit der Reform von § 46 EnWG in den EnWG-Reformen 2005 und 2011 hat der Gesetzgeber dem Wettbewerb um Netze auch im Zuge der Entflechtung von Netz und Vertrieb eine eigenständige Bedeutung zuge-

⁴⁴ BT-Drucks. 13/7274, S. 21.

⁴⁵ Schwensfeier in Kermel, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben (2012), Kap. 5, Rn 148; Britz/Hellermann/Hermes-Hellermann, Energiewirtschaftsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn 87.

⁴⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008 – VI-2 U (Kart) 8/07 – Juris Rn 23; s. auch Bundesrat in seiner Stellungnahme zum EnWG 2005 BT-Drs. 15/3917 zu Art. 1 Nr. 50; Gegenäußerung der Bundesregierung in BT-Dr. 15/4068 unter Nr. 47.

schrieben⁴⁷. Die zwanzigjährige Höchstlaufzeit von Konzessionsverträgen wurde mit der 4. GWB-Novelle von 1980 eingeführt (§ 103a Abs. 1 GWB a.F.), um statt des seinerzeit noch abgelehnten direkten Wettbewerbs mehrerer Energieversorgungsunternehmen um Kunden einen Wettbewerb um Konzessionsverträge und dem daraus resultierenden örtlichen Versorgungsmonopol zu ermöglichen⁴⁸. Mit der Beibehaltung der Höchstlaufzeit für Konzessionsverträge trotz Einführung des Wettbewerbsprinzips in der Gas- und Elektrizitätswirtschaft durch die Energierechtsreform 1998 hat der Wettbewerb um Netz-/ Versorgungsgebiete seine Kompensationsfunktion für fehlenden direkten Wettbewerb um Kunden verloren und eigenständige Bedeutung gewonnen. Diese eigenständige Bedeutung des Wettbewerbs um Netz-/ Versorgungsgebiete wird dadurch unterstrichen, dass der Gesetzgeber der Energierechtsreform 1998 in § 13 Abs. 3 EnWG 1998 ein spezifisches Instrumentarium mit verfahrensrechtlichen Regelungen geschaffen hat, das durch die Energierechtsreformen 2005 und 2011 noch verfeinert wurde.

73. Aus der heutigen Fassung des § 46 EnWG ergibt sich der Wille des Gesetzgebers, einen an den Zielen des § 1 EnWG ausgerichteten Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen und insoweit die kommunaleigenen Bewerber nicht anders als private Bewerber zu behandeln⁴⁹.
74. Die Gegenansicht in der Literatur⁵⁰, die den Regelungsgehalt und -zweck des § 46 Abs. 4 EnWG darauf beschränken will, über den wegen fehlender Rechtssubjektqualität der Eigenbetriebe unmöglichen Abschluss eines Konzessionsvertrages hinwegzuhelfen, kann weder vom Wortlaut noch von der Gesetzesbegründung und dem Sinn und Zweck der Vorschrift überzeugen.
75. Die Gegenansicht vertritt, dass nach der wörtlichen/grammatikalischen Auslegung des § 46 Abs. 4 EnWG Eigenbetriebe lediglich als Normadres-

⁴⁷ Vgl. zur historischen Entwicklung der 20-jährigen Höchstlaufzeit und des Wettbewerbs um Netzgebiete: *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2011, S. 12ff.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 16.11.1999 – KZR 12/97 – *Kaufering*, Rn 51.

⁴⁹ So auch LG Kiel, Urt. v. 03.03.2012 – 14 O Kart. 83/10, Urteilsausfertigung S. 13.

⁵⁰ *Ortner*, *EWeRK* 2011, 111 (113). Auch *Haupt/Slawinski*, *IR* 2012, 122 (123).

saten, d.h. als Konzessionsgeber anstelle der Gemeinden, und nicht als Konzessionsnehmer angesprochen sein sollen⁵¹. Dies entbehrt jeder rechtsmethodischen Grundlage. Schon der Wortlaut gibt diese Auslegung nicht her. Adressat des § 46 EnWG und der §§ 19, 20 GWB kann immer nur die Gemeinde sein, denn sie ist Eigentümer der öffentlichen Verkehrswege und Inhaber der Wegenutzungsrechte. Eigenbetriebe können mangels eigener Rechtspersönlichkeit keine Konzessionsnehmer auswählen und sind auch nicht Inhaber der Wegerechte. Ziel des § 46 Abs. 4 EnWG ist es, die Eigenbetriebe den in § 46 Abs. 2 und 3 EnWG genannten Energieversorgungsunternehmen gleichzustellen. Denn Energieversorgungsunternehmen sind nach § 1 Nr. 18 EnWG natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern oder ein Energieversorgungsnetz betreiben [...]. Darunter fallen streng genommen Eigenbetriebe nicht, da sie weder natürliche noch juristische Person, sondern nur Sondervermögen der Gemeinde als Körperschaft des öffentlichen Rechts sind.

76. Schließlich ist auch der sog. Kaufering-Rechtsprechung des BGH nicht zu entnehmen, dass die Kommune ihre Eigengesellschaften oder –betriebe bevorzugen darf. Zwar hat der BGH ausgeführt:

„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.“⁵²

77. Die Ausführungen betrafen jedoch die Rechtslage vor Inkrafttreten einer dem § 46 EnWG entsprechenden Regelung. Die zwischenzeitlich ergangene ausdrückliche gesetzliche Regelung hat demnach Vorrang vor den höchstrichterlichen Ausführungen.
78. Die Kommune muss daher nach § 46 Abs. 4 i.V.m. § 46 Abs. 2 und 3 EnWG sowie nach §§ 19, 20 GWB sämtliche Wegenutzungsverträge für Strom und Gas in einem diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahren ausschreiben und darf sie nicht „In-house“ ohne Ausschreibung an ihre Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften vergeben.

⁵¹ Haupt/Slawinski, IR 2012, 122 (123).

⁵² BGH, Urt. v. 16.11.1999 – KZR 12/97 – Kaufering, Juris Rn 51, 53.

(3) Keine Geltung des Konzernprivilegs bei marktbeherrschender Stellung infolge öffentlicher Aufgabe

79. Die Freistellung konzerninterner Sachverhalte vom Diskriminierungs- und Behinderungsverbot der §§ 19, 20 GWB greift darüber hinaus auch nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen hinsichtlich des Abschlusses von Wegenutzungsverträgen nicht ein. Denn nach der Rechtsprechung zu den Schilderpräger-Fällen ist die Freistellung dann verwehrt, wenn sich die überragende Stellung, über die die Normadressatin verfügt, unmittelbar aus ihrer öffentlichen Aufgabe ableitet⁵³. Die öffentliche Hand, die sich privatwirtschaftlich betätigt, darf sich bei der Wahrnehmung ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetzt oder die privaten Mitbewerber mit Mitteln verdrängt, die diesen nicht zugänglich sind, ihr dagegen aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen, etwa indem sie eine öffentlich-rechtliche Monopolstellung ausnutzt⁵⁴. Das Angebot von Wegenrechten im örtlichen Wegenetz ist der Gemeinde nur wegen der mit ihren straßenrechtlichen hoheitlichen Aufgaben einhergehenden Eigentümerstellung über die öffentlichen Straßen und Wege möglich. Da die Wegenutzungsrechte unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit sind, vermitteln sie der öffentlichen Hand als Rechtsinhaberin die Monopolstellung beim Angebot, die sie nicht zur diskriminierenden Verdrängung privater Wettbewerber, mit denen sie auf Nachfrage-seite als Bewerber um die Wegenutzungsrechte und damit um den Netzbetrieb konkurriert, missbrauchen darf⁵⁵.
80. Die Verdrängung leistungsbereiter Privater durch die Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand ist nach der Rechtsprechung ausnahmsweise unbedenklich, wenn es sich um eine bloße Hilfstätigkeit handelt, die in sehr engem

⁵³ BGH, Urt. v. 24.09.2002 – KZR 4/01 – Juris Rn 26 – *kommunaler Schilderprägebetrieb*.

⁵⁴ Ausdrücklich für die Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 EnWG: LG Kiel, Urt. v. 03.02.2012 – 14 O Kart. 83/10 – Urteilsausfertigung S. 13f.; grundsätzlich: BGH, Urt. v. 24.09.2002 – KZR 4/01 – Juris Rn 26 m.w.N., WuW/E DE-R 1003 (1005) – *kommunaler Schilderprägebetrieb*.

⁵⁵ Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010, Rn 26.

und untergeordnetem Verhältnis zur öffentlich-rechtlichen Aufgabe steht⁵⁶, und die Versorgung der Bürger durch private Anbieter auf längere Sicht nicht zuverlässig gewährleistet erscheint⁵⁷. Diese Ausnahmen sind hier nicht einschlägig.

81. Der Betrieb der Netze zur allgemeinen Versorgung, für die die Einräumung der Wegenutzungsrechte unabdingbare Voraussetzung ist, ist erkennbar keine untergeordnete Hilfstätigkeit im Zusammenhang mit straßenrechtlichen Aufgaben, sondern vielmehr ein eigenständiges Schlüsselement der Energieversorgung ohne Bezug zu straßenrechtlichen Aufgaben. In diesem Betätigungsfeld ist angesichts der umfangreichen Regulierungen im dritten Teil des EnWG kaum Spielraum für die Gemeinde, generell und abstrakt die *Zuverlässigkeit* der potentiellen privaten Bewerber um die Wegenutzungsrechte in Frage zu stellen. Die *Leistungsbereitschaft* privater Dritter ist im Zuge des Auswahlverfahrens anhand zulässiger Auswahlkriterien zu überprüfen. Das Argument der Daseinsvorsorge kann in diesem Kontext insbesondere dann keine Rechtfertigung für die Bevorzugung eines kommunaleigenen Bewerbers um die Wegenutzungsrechte sein, wenn die Kommune die Versorgungsleistung nicht selbst erbringen kann und will, sondern sich – wie die Beteiligte – mangels eigenen Know-hows erst durch die Suche eines strategischen – privaten – Partners in technischer, kaufmännischer und finanzieller Hinsicht qualifizieren kann. Die von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmefälle, die eine Bevorzugung eines kommunalen Bewerbers rechtfertigen, können im Hinblick auf den Abschluss von Konzessionsverträgen praktisch nur dann eingreifen, wenn keiner der privaten Bewerber leistungsbereit und -willig wäre⁵⁸.
82. Auch nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen ist daher ein Konzernprivileg bei der Entscheidung der Kommune zur Auswahl eines Nutzungsberechtigten ihrer Wegerechte ausgeschlossen.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 26.04.1974 – I ZR 8/73 – GRUR 1974, 733 (735) – *Schilderverkauf*.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 14.07.1998 – KZR 1/97 – Juris Rn 25 – *Schilderpräger im Landratsamt*; BGH, Urt. v. 24.09.2002 – KZR 4/01 – Juris Rn 27, WuW/E DE-R 1003 (1005) – *kommunaler Schilderprägebetrieb*.

⁵⁸ So im Ergebnis auch LG Kiel, Urt. v. 03.02.2012, Urteilsausfertigung S.14.

(4) Keine Geltung der vergaberechtlichen Prinzipien der sog. „In-house“-Vergabe

83. Die Beteiligte kann sich auch nicht auf die vergaberechtlichen Prinzipien der sog. „In-house-Vergabe“ berufen.
84. Nach diesen von der Rechtsprechung des EuGH⁵⁹ entwickelten Grundsätzen sind das europäische Vergaberecht und die primärrechtlichen Grundsätze des EG-Vergaberechts (Gleichbehandlung, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit) nicht anwendbar, wenn es um Beschaffungen eines Hoheitsträgers innerhalb seiner eigenen Aufgabenorganisation geht: Das Europarecht verlangt in diesen Fällen keine Ausschreibung und die Anwendung der Grundprinzipien des EG-Vertrages ist nicht nur für öffentliche Aufträge, sondern auch für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ausgeschlossen, wenn die konzessionserteilende Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Einrichtung zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle verrichtet, die ihre Anteile innehat. Die Prinzipien der „In-house-Vergabe“ sind eine Privilegierung für staatsinterne Organisationsakte und grenzen den Anwendungsbereich des Vergaberechts ab.
85. Die „In-house-Privilegierung“ stellt die vergaberechtliche Entsprechung des kartellrechtlichen Konzernprivilegs dar⁶⁰. Da das Vergaberecht unstreitig auf die Auswahl von Nutzungsberechtigten nach § 46 Abs. 2 EnWG nicht anwendbar ist⁶¹, können die Prinzipien zur „In-house-Privilegierung“ als Ausnahme zum Vergaberecht keine unmittelbare Geltung haben. Dass die Prinzipien der „In-house-Privilegierung“ nicht nur eine Ausnahme von der vergaberechtlich bedingten Ausschreibungspflicht sind, sondern auch bewirken, dass die Grundprinzipien des EG-Vergaberechts (Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz) keine Anwendung finden, ist für die Vergabe von Wegenutzungsverträgen insoweit irrelevant, als die Geltung der genannten Grundsätze unmittelbar aus §§ 19,

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 18.11.1999 – Rs. C-107/98 – *Teckal*, Rn 50.

⁶⁰ *Büdenbender*, *Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2011, S. 46.

⁶¹ Gemeinsamer Leitfaden Rn 14; *Kermel*, RdE 2005, 153 (158); *Templin*, IR 2009, 101(103); *Ehricke*, Thesen 8-11.

20 GWB sowie § 46 EnWG hergeleitet werden kann⁶², die nicht durch ein von der Rechtsprechung entwickeltes Institut vergaberechtlicher Ausnahmetatbestände ausgehebelt werden können.

86. Auch eine „Überlagerung“ der Vorschriften des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG von den Grundsätzen über die „In-house-Vergabe“⁶³ ist angesichts des klaren Gesetzeszwecks des § 46 EnWG, insbesondere des § 46 Abs. 4 EnWG, der eine Ausschreibung und die Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Interessebekundungsverfahrens von Kartellrechts und Energiewirtschaftsrechts wegen auch für Eigenbetriebe verlangt⁶⁴, ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung der Beteiligten kann ein Vorrang der Grundsätze zur „In-house-Vergabe“ vor dem Regelungsgehalt des § 46 EnWG nicht aus der höherrangigen Normqualität des EG-Vergaberechts oder der Rechtsprechung europäischer Gerichte zum Vergaberecht hergeleitet werden. Denn im Bereich der Missbrauchsaufsicht lässt das Europarecht nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der VO 1/2003 strengere nationale Regelungen – hier in Form des § 46 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2, 3 EnWG sowie §§ 19, 20 GWB – ausdrücklich zu.
87. Das vergaberechtliche Ergebnis, dass im Wege einer In-house-Vergabe das konzerngebundene Unternehmen bevorzugt werden darf, muss hinter dem kartellrechtlichen Ergebnis, nach dem die Ausschreibung der Wegenutzungsrechte zum Zwecke eines Wettbewerbs um die Netze auch bei Beteiligung von kommunalen Konzernunternehmen unentbehrlich ist, zurückstehen.
88. Es ist nur folgerichtig, dass die Gemeinde angesichts ihrer starken marktbeherrschenden Stellung und der weitreichenden Verschlusswirkung durch die Auswahl ihres Vertragspartners einer besonderen kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle unterworfen ist, die über die allgemeine wettbewerbliche Prüfung eines Vergabeverfahrens hinausgeht. Denn das Vergaberecht erfasst regelmäßig nicht den besonderen Umstand, dass die vergebende Stelle marktbeherrschend ist. Im energiekartellrechtlichen Kontext des § 46

⁶² S.o. Rn 62f.

⁶³ *Ortner*, EWeRK 2011. 111 (113).

⁶⁴ S.o. Rn 68-78.

EnWG ist die Verschlusswirkung der Marktbeherrschung der Gemeinde indes sehr stark, weil die Gemeinde zum einen ohne jeden Wettbewerber ist und zum anderen die Auswahl des neuen Nutzungsberechtigten den Markt sowie den nachgelagerten Markt für die Erbringung von Netzdienstleistungen langfristig, nämlich für die Dauer von (bis zu) 20 Jahren, verschließt.

89. Dass die grundsätzlich möglichen unterschiedlichen Ergebnisse von Kartellrecht (keine „In-house-Vergabe“) und Vergaberecht („In-house-Vergabe“ zulässig) im Anwendungsbereich des § 46 EnWG zugunsten des Kartellrechts aufzulösen sind, ergibt sich auch aus § 104 Abs. 2 Satz 2 GWB, der ein kartellbehördliches Einschreiten auf der Grundlage der Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB unabhängig von den Ergebnissen der Anwendung des harmonisierten Vergaberechts ermöglicht.

(5) Keine Erfüllung der Voraussetzungen der sog. „In-house-Vergabe“

90. Im Übrigen sind die Voraussetzungen der ausschreibungsfreien „In-house-Vergabe“ im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Nach der Rechtsprechung des EuGH schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch die konzessionserteilende öffentliche Stelle beteiligt ist, auf jeden Fall die Möglichkeit eines „In-house“ Verhältnisses, auf das das Vergaberecht prinzipiell nicht anwendbar wäre, zwischen dieser öffentlichen Stelle und dieser Gesellschaft aus⁶⁵. Bei der Frage, ob es sich um eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft oder ein vergaberechtsfreies „In-house“-Geschäft handelt, sind die Gesamtumstände auch in zeitlicher Hinsicht zu würdigen⁶⁶. Daher ist der „In-house“-Status eines öffentlichen Unternehmens nicht nur durch die tatsächliche Beteiligung eines privaten Dritten am Kapital eines öffentlichen Unternehmens, sondern bereits durch die Absicht eines öffentlichen Auftraggebers, das Kapital einer Tochtergesellschaft zu öffnen, ausgeschlossen⁶⁷. Mit anderen Worten können Konzessionen nicht „In-house“ an

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 11.01.2005, C-26/03 – *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-1, Rn 49.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 10.11.2005, C-29/04 – *Kommission / Österreich* – Rn 38ff.; BGH, Beschl. v. 03.07.2008, I ZR 145/05.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 06.04.2006, C-410/04 – *Rs. ANAV*, Slg. 2006, I-2202, Rn 29ff.

öffentliche Unternehmen vergeben werden, deren Kapital während der Laufzeit der betreffenden Konzessionen gegenüber Privaten geöffnet werden soll⁶⁸.

91. Diese vergaberechtlichen Voraussetzungen des „In-house“-Geschäfts sind in Bezug auf die Einräumung der Wegenutzungsrechte an die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG nicht erfüllt, da die Beteiligte ausweislich der amtlichen Bekanntmachung vom 13.05.2011 beabsichtigt, das Stadtwerkeunternehmen für Private in Höhe von 49,9 % zu öffnen.

(6) Keine Geltung der Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung in der Rs. „Acosef“

92. Ohne Erfolg beruft sich die Beteiligte des Weiteren auf die vom EuGH in der Rechtssache „Acosef“ entwickelten Grundsätze⁶⁹. Dem Urteil lag im Rahmen eines mehraktigen Gesamtrechtsgeschäfts (IÖPP) der Fall einer verwaltungsinternen Direktvergabe einer Dienstleistungskonzession im Wassersektor zugrunde. Nach einer freihändigen Vergabe der Dienstleistungskonzession zur Wasserversorgung an eine privatrechtliche Aktiengesellschaft (1. Transaktionsstufe der Konzessionsvergabe) wurde im Wege eines transparenten und wettbewerblichen Vergabeverfahrens ein privater Mitgesellschafter an der Aktiengesellschaft gesucht (2. Transaktionsstufe zur Suche eines Beteiligungspartners). Die wegen der Beteiligung eines Privaten an der zu beauftragenden Aktiengesellschaft fehlenden Voraussetzungen einer ausschreibungsfreien „In-house-Vergabe“ wurden nach der Rechtsprechung dadurch geheilt, dass der private Minderheitsgesellschafter auf der zweiten Transaktionsstufe durch ein wettbewerbliches Verfahren ausgewählt und dabei auf seine fachliche und wirtschaftliche Eignung zur Durchführung der betreffenden Dienstleistung hin überprüft worden sei.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 06.04.2006, C-410/04 – Rs. ANAV, Slg. 2006, I-2202, Rn 29ff.; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften (IÖPP), ABl. 2008/C 91/02, Fn 14.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 15.10.2009, C-196/08 – Rs. Acosef, Rn 59-64.

93. Da – wie oben bereits ausgeführt⁷⁰ – die Prinzipien der „In-house-Privilegierung“ im Rahmen einer Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 EnWG keine Anwendung finden können, können auch Grundsätze zur Heilung einer an sich nicht zulässigen „In-house-Vergabe“ keine Wirkung entfalten. Abgesehen davon ist wegen grundlegender struktureller Unterschiede zwischen der Wasser- und der Energieversorgung (kein Unbundling, keine Durchleitung, kein national strengeres Recht entsprechend § 46 EnWG im Wassersektor) fraglich, ob diese Rechtsprechung, die zu einer freiwilligen Ausschreibung in der Wasserwirtschaft ergangen ist, auf Energiekonzessionen übertragbar ist, für die eine transparente und diskriminierungsfreie Auswahl kraft Gesetzes in § 46 EnWG vorgegeben ist. Nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 ist strengeres nationales Recht im Bereich der einseitigen Handlungen ausdrücklich zulässig. Eine solche Regelung enthalten §§ 19, 20 GWB und § 46 EnWG. Sie gehen den Ergebnissen der Rechtsanwendung des EuGH für den Einzelfall i.S. „Acoset“ grundsätzlich vor.
94. Im Übrigen erfüllt die Vorgehensweise der Beteiligten zudem die Voraussetzungen der Acoset-Rechtsprechung nicht. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist zur Vermeidung einer doppelten Ausschreibung eine Verbindung der beiden Rechtsgeschäfte (Vergabe der Dienstleistungskonzession und Suche des Beteiligungspartners) in einer Ausschreibung möglich, wenn das Verfahren zur Suche des Beteiligungspartners als ein ordnungsgemäß wettbewerbliches gestaltet wird. Angesichts der Verknüpfung der beiden Rechtsgeschäfte wären auf der Ebene der Suche nach dem strategischen Partner die Vorgaben für die Vergabe des Wegenutzungsrechts nach § 1 EnWG i. V. m. § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, § 3 KAV und §§ 19, 20 GWB zu beachten⁷¹. Diesen Anforderungen hält die Vorgehensweise der Beteiligten jedoch nicht stand, weil sie in der Bewertungsmatrix laut Anlage A.1.1. der Vergabeunterlage unzulässige Auswahlkriterien verwendet (dazu c)).

⁷⁰ S.o. Rn 83-89.

⁷¹ VK Münster, Beschl. v. 08.06.2012 – VK 6/12 unter 8.2.

b) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Einräumung der Wegenutzungsrechte ohne Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens

95. Die Beteiligte missbraucht zugleich ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die entgeltliche Nutzung von Wegerechten, indem sie die Wegenutzungsrechte ohne Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens an die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG vergibt.
96. Die Beteiligte hat im Bundesanzeiger vom 25.06.2009 das Interessenbekundungsverfahren zwar nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG bekanntgemacht und eingeleitet. Es wurde jedoch nicht durchgeführt.
97. In den EU-Bekanntmachungen vom 27.07.2010 und 01.09.2010 hatte sich die Beteiligte ausdrücklich vorbehalten, das Interessenbekundungsverfahren nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG einzustellen und in ein förmliches, europaweites Verfahren überzuleiten, was durch die EU-Bekanntmachung des laufenden europaweiten Verhandlungsverfahrens vom 13.05.2011 auch geschehen ist. Das Interessenbekundungsverfahren nach § 46 EnWG zur Auswahl eines Wegerechteinhabers ist demnach nicht durchgeführt, sondern abgebrochen und eingestellt worden. Dies entspricht auch der Darstellung der Beteiligten gegenüber den Bewerbern. In ihrer E-mail vom 06.04.2011 teilt die Beteiligte den Bewerbern des Interessenbekundungsverfahrens mit:

„Der Arbeitskreis hat sodann entschieden, dass keine Auswahl aus dem Kreis der Bewerberunternehmen getroffen werden soll und das Interessenbekundungsverfahren *beendet* wird.“⁷².

98. Auch die Antwort der Beteiligten auf Frage 17 im Bewerberfragenwerkzeug Nr. 3 (s.o. Rn 22) erklärt eindeutig, dass das Interessenbekundungsverfahren nicht fortgeführt wird.

⁷² Vgl. die E-Mail vom 06.04.2011 an die Bewerber des Interessenbekundungsverfahrens, Ordner I.6, Mappe 197.

99. Die Beteiligte ist der Auffassung, dass sie mit der Durchführung des europaweiten Vergabeverfahrens zur Vergabe einer Beteiligung an der Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG ein dem Ziel des Wettbewerbs ausreichend gewidmetes Verfahren durchgeführt habe. Das förmliche Vergabeverfahren, das die Beteiligte mit der EU-Bekanntmachung vom 13.05.2011 eingeleitet hat, kann jedoch kein ausreichender Ersatz oder eine adäquate Fortführung des eingestellten Interessenbekundungsverfahrens nach § 46 EnWG darstellen.
100. Es kann dahin stehen, unter welchen Bedingungen ein förmliches Vergabeverfahren grundsätzlich den Anforderungen des nach § 46 EnWG gebotenen Auswahlverfahrens insoweit genügen kann, als dem Nebenleistungsverbot des § 3 der KAV und der Vorgabe des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, nach der die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet ist, Rechnung getragen wird. Im vorliegenden Fall besteht die missbräuchliche Wettbewerbsbeschränkung der Beteiligten gerade darin, dass der Ausschreibungsgegenstand reduziert wurde: Im Unterschied zu dem mit der Bekanntmachung vom 25.06.2009 eingeleiteten Interessenbekundungsverfahren, das Wegenutzungsrechte für das Strom- und Gasversorgungsnetz ausgeschrieben hatte, hat die Ausschreibung des förmlichen, europaweiten Vergabeverfahrens, das mit der EU-Bekanntmachung vom 13.05.2011 eingeleitet wurde, nur die Beteiligung an der zu konzessionierenden Eigengesellschaft, der Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG, zum Gegenstand. Die Wegenutzungsrechte selbst sind gerade nicht mehr Gegenstand der förmlichen, europaweiten Ausschreibung. Ausweislich der Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 27.05.2011 (s.o. Rn 21) werden die Wegenutzungsrechte im Rahmen des europaweiten Verhandlungsverfahrens an das Stadtwerk vergeben; ein Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte findet darum im Zuge des Verhandlungsverfahrens nicht unmittelbar statt.
101. Als Indiz für den fehlenden Zusammenhang zwischen dem begonnenen Interessenbekundungsverfahren und dem europaweiten Vergabeverfahren kann zudem der völlig unterschiedliche Bieterkreis dienen.

102. Dass das europaweite Vergabeverfahren keine „Fortführung“ des Interessenbekundungsverfahrens nach § 46 EnWG darstellen kann, ergibt sich schon daraus, dass mit der beabsichtigten Vergabe der Wegenutzungsrechte an die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG ein Unternehmen den Zuschlag erhalten soll, das sich überhaupt nicht innerhalb der Interessenbekundungsfrist an dem Auswahlverfahren für die Vergabe der Wegenutzungsrechte für Strom und Gas beworben hatte. Demgegenüber hat die Beteiligte eine andere Bewerbung auf die Wegenutzungsrechte, die nicht fristgerecht innerhalb der Interessenbekundungsfrist erfolgte, wegen der Fristüberschreitung ausgeschlossen⁷³.
103. Schließlich kann das Argument der Beteiligten nicht überzeugen, die Zusammenfassung der Einräumung von Wegenutzungsrechten sowie der Auswahl eines Beteiligungspartners in einem einheitlichen Vergabeverfahren sei durch die Grundsätze der institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaft (IÖPP) gerechtfertigt.
104. Diese Auffassung unterscheidet nicht zwischen vergaberechtlichen und kartell- bzw. energiewirtschaftsrechtlichen Anforderungen. Unabhängig davon, ob eine IÖPP unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten zulässig ist, ist sie aus den oben genannten Gründen⁷⁴ unter kartell- und energiewirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten hier unzulässig.
105. Gegen die von der Beteiligten vorgenommene Zusammenfassung von Wegenutzungsrechtsvergabe und Auswahl eines Beteiligungspartners spricht, dass die Auswahlkriterien für die Teilentscheidungen nicht mehr klar zuordenbar, abgrenzbar und überprüfbar sind. Die Kriterien zur Auswahl eines Wegenutzungsberechtigten unterliegen der besonderen gesetzlichen Regelung des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG. Nach dieser Vorschrift, die nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich mit klarstellender Funktion Eingang ins Gesetz gefunden hat⁷⁵, ist die Gemeinde bei der Auswahl des Wegenutzungsberechtigten an die Ziele des § 1 EnWG gebunden, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und

⁷³ Vgl. das Schreiben der Beteiligten an [...] vom 21.01.2010, Ordner I.3, Mappe 53.

⁷⁴ S.o. Rn 60-82.

⁷⁵ BT-Drucks. 17/6072, S. 88.

umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, sicherzustellen. Aufgrund der Vorgabe der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung müssen sich die sachgerechten Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken⁷⁶. Die netzspezifischen Auswahlkriterien haben ausschließlichen Charakter. Hinzu kommt, dass die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) mit dem in § 3 Abs. 2 KAV statuierten Nebenleistungsverbot den Kreis der zulässigen Angebotskomponenten klar begrenzt und preislich nach oben deckelt.

106. Bei einer Zusammenfassung der Einzelrechtsgeschäfte „Wegenutzungsrechtsvergabe“ sowie „Auswahl eines Beteiligungspartners“ ist indes nicht mehr gewährleistet, dass die Kriterien für die Entscheidung über die Beteiligung, in der auch den Zielen des § 1 EnWG widersprechende Aspekte wie Energieerzeugung und -vertrieb eine Rolle spielen können, keinen Einfluss auf die Entscheidung über die Vergabe der Wegenutzungsrechte haben. Damit können letztlich nicht-netzspezifische Kriterien sowie gegen das Nebenleistungsverbot verstoßende Angebotskomponenten zur Auswahl des neuen Wegenutzungsberechtigten führen. Die Zusammenfassung der Einzelrechtsgeschäfte kann daher nur dann auch kartell- und energiewirtschaftsrechtlich unbedenklich sein, wenn in jedem Fall und insbesondere in Bezug auf die Auswahlkriterien den Anforderungen des § 46 EnWG sowie des § 3 Abs. 2 KAV und der §§ 19, 20 GWB Rechnung getragen ist. Das bedeutet, dass das gesamte Verfahren an den engeren Kriterien des § 46 EnWG und der § 3 Abs. 2 KAV zu messen ist.
107. Diesen Anforderungen genügt das von der Beteiligten gestaltete Vergabeverfahren nicht. Die erste Bewertungsmatrix aus den Vergabeunterlagen enthält mit dem Kriterienbündel „2. Vorteilhaftigkeit der übrigen Vertragsangebote“ Auswahlkriterien, die Aspekte jenseits der Konzessionsverträge berücksichtigen. Diese sind mit insgesamt 7250 Punkten von 9250 möglich Punkten deutlich höher gewichtet als die Auswahlkriterien

⁷⁶ BT-Drucks. 17/6072, S. 88.

„1.1.Vorteilhaftigkeit des Konzessionsvertrages Strom“ und „1.2. Vorteilhaftigkeit des Konzessionsvertrages Gas“, die zusammen nur mit einem Gewicht von 2000 Punkten von 9250 möglichen Punkten bedacht sind. Aus dieser Relation wird deutlich, dass die außerhalb des Wegenutzungsvertrages liegenden Umstände ein weitaus größeres Gewicht auf die Auswahlentscheidung haben als die netzbezogenen Umstände. Sie steuern daher maßgeblich die Suche des Beteiligungspartners und damit die Auswahl desjenigen Privaten, der die Wegenutzungsrechte nutzen kann.

c) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Verwendung von Auswahlkriterien ohne Bezug zum Wegenutzungsrecht oder zum Netz

108. Die Beteiligte missbraucht ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die entgeltliche Nutzung von Wegerechten, indem sie für die Auswahl des strategischen Partners als – mittelbaren – neuen Wegenutzungsberechtigten Auswahlkriterien ohne sachlichen Bezug zu Wegenutzungsrechten oder zum Netz verwenden will. Die Verwendung nicht zulässiger Auswahlkriterien ist missbräuchlich.
109. Nach der Vergabeunterlage haben sich die Bewerber des förmlichen, europaweiten Vergabeverfahrens nicht nur zu Tätigkeiten im Bereich des Netzbetriebs Strom und Gas, sondern auch zu Dienstleistungen in den Bereichen Straßenbeleuchtung und Energievertrieb bereit zu erklären. Darüber hinaus ist das Stadtwerk gemäß der Vergabeunterlage perspektivisch auf weitere Aufgabenwahrnehmungen im Bereich der infrastrukturellen örtlichen Daseinsvorsorge (z. B. Energieerzeugung, Abwasser, Telekommunikation) ausgerichtet.
110. Nach der klarstellenden⁷⁷ Regelung des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, ist die Gemeinde bei der Auswahl des Wegenutzungsberechtigten an die Ziele des § 1 EnWG gebunden, der eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas fordert. Aufgrund der

⁷⁷ BT-Drucks. 17/6072, S. 88.

Vorgabe der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung müssen sich die sachgerechten Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde auf Aspekte des Netzbetriebs *beschränken*, wie die Gesetzesbegründung ausdrücklich hervorhebt⁷⁸.

111. Die in der Vergabeunterlage vorgesehenen Aspekte der Straßenbeleuchtung und des Energievertriebs sind nicht zulässige Auswahlkriterien. Die Aspekte der Straßenbeleuchtung haben unter dem Paradigma der Entflechtung von Netz und Energielieferung keinerlei Bezug zum Strom- oder Gasnetz. Aspekte des Energievertriebs sind nicht netzspezifisch. Erst recht fehlt den perspektivisch in den Blick genommenen Leistungen der Stadtentwässerung, Telekommunikation, Bädersparte und Energieerzeugung jeder Bezug zu den Energienetzen und zu den diesbezüglichen Wegenutzungsrechten.

4. Sachliche Rechtfertigung

112. Sachliche Rechtfertigungsgründe für das Verhalten der Beteiligten liegen nicht vor. Ein Verhalten ist unbillig bzw. sachlich nicht gerechtfertigt, wenn eine umfassende Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu Lasten der Gemeinde ausfällt⁷⁹. Hierbei sind die Belange der Gemeinde sowie die Interessen aller Netzbetreiberinteressenten in die Abwägung einzustellen.
113. Die öffentliche Hand verfolgt mit der Einräumung der Wegenutzungsrechte vorrangig das öffentliche Interesse der Sicherstellung der Energieversorgung. Dennoch ist das Vorgehen der Beteiligten nicht durch das ihr nach Art. 28 Abs. 2 GG zustehende kommunale Selbstverwaltungsrecht gerechtfertigt. Es ist zwar anerkannt, dass es sich bei der Versorgung der Bürger mit Energie um eine Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung handelt⁸⁰. Dies bedeutet, dass die Kommunen das Recht haben, diese Aufgabe der Daseinsvorsorge in eigener Verantwortung ohne staatliche

⁷⁸ BT-Drucks. 17/6072, S. 88.

⁷⁹ BGH, Urt. v. 27.09.1962, BGHZ 38, 90 (102) – *Treuhandbüro*.

⁸⁰ BGH, Urt. v. 28.06.2005 – KVR 27/04, Juris Rn 26 – *Arealnetze*; BVerfG NJW 1990, 1783; BVerwG, Urt. v. 11.11.2004 – 3 C 36/03, LKV 2005, 166, 168 = ZNER 2005, 82, jeweils m.w.N.

Eingriffe zu erfüllen. Das Grundgesetz gewährt die Selbstverwaltungsgarantie jedoch lediglich beschränkt im Rahmen der Gesetze. Sie ist durch die gesetzliche Regelung des § 46 Abs. 3 und 4 EnWG und §§ 19, 20 GWB insoweit eingeschränkt, als die Gemeinde verpflichtet ist, unter Gleichbehandlung der kommunalen Eigenbetriebe mit privaten Unternehmen einen an den Zielen des § 1 EnWG ausgerichteten Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen⁸¹. Es ist der Kommune in § 46 Abs. 3 EnWG vorgeschrieben, Verträge betreffend die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, öffentlich auszuschreiben, selbst wenn die Kommune ein Netz über einen Eigenbetrieb ohne eigene Rechtspersönlichkeit betreibt (§ 46 Abs. 4 EnWG)⁸². Das zum Recht der Wirtschaft gehörende Energiewirtschaftsgesetz ist von der Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes ausdrücklich eingeschlossen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) und genießt als Umsetzung europarechtlicher Vorgaben der Energiebinnenmarkttrichtlinie⁸³ Geltungsanspruch über den nationalen Kompetenzrahmen hinaus.

114. Die örtliche Energieversorgung ist zudem keine Pflichtaufgabe mit kommunaler Erfüllungsverantwortung⁸⁴. Soweit die Gemeinden eine Gewährleistungsverantwortung zur Sicherstellung der Energieversorgung trifft, kann diese auch durch Auswahl eines geeigneten Privaten erfüllt werden. Die Kommune kann ihr diskriminierendes und behinderndes Verhalten insbesondere dann nicht mit dem Hinweis auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie rechtfertigen, wenn sie – wie die Beteiligte – die Erfüllungsverantwortung durch Suche eines strategischen, privaten Partners, der im Innenverhältnis die Betriebsführungsverantwortung trägt, selbst nicht übernimmt, sondern abwälzt. Der Gemeinde muss die Rechtfertigung der Bevorzugung eines kommunaleigenen Unternehmens mit dem Hinweis auf ihr Recht zur staatlichen Selbstvornahme dann verwehrt sein, wenn sie die Vornahme im Ergebnis doch einem privaten Dritten überträgt.

⁸¹ LG Kiel, Urt. v. 03.02.2012 – 14 O Kart. 83/10 – Urteilsausfertigung S. 13; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im Wettbewerbsrecht (2011), S. 121.

⁸² *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im Wettbewerbsrecht (2011), S. 121.

⁸³ Vgl. die amtliche Fußnote zur Überschrift des Energiewirtschaftsgesetzes.

⁸⁴ *Sauer*, EWeRK 2012, 106 (111).

115. Zudem ist das GWB ein allgemeines Gesetz, das die kommunale Selbstverwaltungsgarantie einschränkt. Allgemeinwohlzwecke dürfen nicht mit einem Mittel verfolgt werden, das mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB nicht vereinbar ist⁸⁵. Dieser Zielsetzung widerspräche es, wenn die Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen dazu führen würde, dass der Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte vollständig und der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Dienstleistungsmarkt für den Netzbetrieb weitgehend ausgeschlossen wäre⁸⁶.
116. Darüber hinaus stellen sich diese im GWB und im EnWG enthaltenen, normativen Beschränkungen nicht als Eingriffe in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie dar. Denn sie tragen der grundgesetzlichen Wertentscheidung für eine kommunale Selbstverwaltung Rechnung, indem sie lediglich einen weit gesteckten Rahmen für die Aufstellung von Kriterien für die Auswahl von Nutzungsberechtigten vorgeben und den Gemeinden damit inhaltlich einen breiten Gestaltungsspielraum lassen⁸⁷. Zudem stimmen die Ziele, die die Kommune im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung und in Wahrnehmung der Verantwortung für die örtliche Infrastruktur und Energieversorgung anzustreben hat, mit den Zielen des § 1 EnWG überein. Es besteht daher kein Zielkonflikt zwischen der kommunalen Selbstverwaltung im Bereich der Energieversorgung sowie dem Energie(kartell)recht. Vielmehr können die in § 1 EnWG ausformulierten Ziele als eine Konkretisierung des Rahmens der kommunalen Selbstverwaltung im Bereich der Energieversorgung verstanden werden. Sie nennen jedenfalls den Kern der hoheitlichen Aufgabe. Weitere Ziele, die die Kommune im Rahmen der Vergabe ihrer Wegenutzungsrechte verfolgt und die nicht in § 1 EnWG genannt sind, können nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht so gewichtig sein, dass sie eine (energie-)kartellrechtswidrige Diskriminierung und/oder Behinderung rechtfertigen würden, selbst wenn sie vom Recht der kommunalen Selbstverwaltung gedeckt sein könnten. Dies gilt insbesondere für fiskalische Interessen, die auf-

⁸⁵ BGH, WuW/E DE-R 1951, Rn 16 – *Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt*; BGH, GRUR 2008, 277 (278) = WuW/E DE-R 2163 – *Eingliederung Behinderter*.

⁸⁶ *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im Wettbewerbsrecht (2011), S. 121.

⁸⁷ *Schwensfeier* in Kermel, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben (2012), Kap. 5, Rn 139.

grund der Wertung des Nebenleistungsverbots des § 3 Abs. 2 KAV in der Interessenabwägung kein Gewicht haben können. Denn auch Rechtsverordnungen sind Gesetze, die die kommunale Selbstverwaltung einschränken⁸⁸.

5. Ernste Besorgnis der Zuwiderhandlung

117. Die kartellbehördliche Verfügung nach § 32 GWB kann bereits vor verfahrensbeendender Zuschlagserteilung durch die Beteiligte ergehen, da die für eine Abstellungsverfügung erforderliche Begehungsgefahr durch die ernste Besorgnis einer drohenden Verletzung des Missbrauchsverbots besteht (Erstbegehungsgefahr).
118. Die zum Erlass einer Abstellungsverfügung nach § 32 GWB erforderliche Begehungsgefahr liegt nicht erst dann vor, wenn der Verstoß gegen Missbrauchsvorschriften verwirklicht ist (Wiederholungsgefahr), sondern bereits dann, wenn die ernste Besorgnis einer drohenden Verletzung besteht (Erstbegehungsgefahr)⁸⁹. Demnach besteht die nach § 32 GWB erforderliche Begehungsgefahr nicht erst, wenn die Wegenutzungsrechte an das Stadtwerke-Unternehmen vergeben werden und die Bewertungsmatrix mit unzulässigen Auswahlkriterien zur Suche des strategischen Partners abschließend zu Anwendung gekommen ist. Die ernste Besorgnis einer drohenden Gesetzesverletzung besteht bereits, seit die Beteiligte der Beschlussabteilung mitteilte, das Vergabeverfahren trotz der kartellrechtlichen Beanstandungen unverändert fortzuführen. Dies geschah erstmals durch telefonische Mitteilung am 09.03.2012 und wurde von der Beteiligten schriftlich am 29.03. sowie 25.05.2012 bestätigt. Der ungebrochene Wille, das förmliche Vergabeverfahren unverändert fortzuführen, manifestiert sich zudem in der Durchführung wesentlicher weiterer Verfahrensschritte wie der Aufforderung zur Abgabe und der Entgegennahme indikativer Angebote am 08.05.2012, der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote

⁸⁸ BVerfGE 26, 228 (237); 56, 298 (309); 71, 25 (34).

⁸⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.08.2009 (VI Kart 1/09 (V)), Urteilsausfertigung S. 10.

sowie in der Gründung der Stadtwerke Mettmann GmbH⁹⁰. Zudem hat die Beteiligte in ihrer Stellungnahme vom 12.11.2012 zur Abmahnung ausgeführt, dass sie die vom Bundeskartellamt vertretene Rechtsauffassung vollumfänglich zurückweist und an der geplanten Konzessionsvergabe und der Fortführung und Beendigung des laufenden Vergabeverfahrens, das mit der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt 2011/S 92-151286 eingeleitet wurde, unverändert festhält. Insofern besteht aus Sicht der Beschlussabteilung die ernste Sorge, dass das Vergabeverfahren so wie beabsichtigt durchgeführt wird und auch die Vergabe der Wegenutzungsrechte wie geplant erfolgen wird, mithin der Gesetzesverstoß aller Voraussicht nach verwirklicht werden wird.

6. Tenorierung

119. Ziff. 1 bis 3 beruhen auf § 32 Abs. 1 und Abs. 2 GWB.
120. Mit der Feststellung in Ziff. 1 wird klargestellt, dass die Beteiligte ihre Monopolstellung auf dem Markt für die entgeltliche Einräumung der Wegenutzungsrechte für Strom- und Gasleitungen im Stadtgebiet Mettmann missbraucht, indem sie die Wegenutzungsrechte für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen der Strom- und Gasnetze ohne Auswahlverfahren an die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG vergibt. Ihr Verhalten verstößt aus den oben genannten Gründen⁹¹ gegen §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und § 46 EnWG. Die konkrete Ausgestaltung des mit Bekanntmachung im EU-Amtsblatt 2011/S 92-151286 v. 13.05.2011 eingeleiteten, förmlichen Vergabeverfahrens beinhaltet eine Vorfestlegung auf das Partnerschaftsmodell und schließt daher von vornherein alle Interessenten vom Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte aus, die sich nicht im Rahmen eines kommunalen Beteiligungsunternehmens dem kommunalen Einfluss aussetzen wollen. Die Beteiligte bevorzugt unbillig das kommunale

⁹⁰ Die Gründung der (Vorschalt-)GmbH sollte nach dem Verständnis des „Arbeitskreises Energieversorgung“ auch als Zeichen der Entschlossenheit gegenüber den interessierten Partnern sowie gegenüber den Vorversorgern dienen, vgl. die Einladung vom 07.08.2010 zur. 4. Sitzung des Arbeitskreises „Künftige Energieversorgung“ am 12.07.2010, Ordner I.3, Mappe 63, S. 3.

⁹¹ S.o. Rn 61-115.

Beteiligungsunternehmen und diskriminiert die Interessenten an den reinen Wegenutzungsrechten, die die Netze alleine und ohne kommunale Beteiligung betreiben wollen.

121. Die Beteiligte missbraucht ihre marktbeherrschende Stellung zudem, indem sie im Rahmen des europaweiten Verhandlungsverfahrens im Zuge der einheitlichen Auswahlentscheidung bezüglich Wegenutzungsberechtigten und Beteiligungspartner Auswahlkriterien ohne Bezug zum Wegenutzungsrecht und zum Netz und unter Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV verwendet. Das Verhalten der Beteiligten verstößt insoweit gegen §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und § 3 Abs. 2 KAV, § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG i.V.m. § 1 EnWG (Tenor zu 2.).

Um die unter 1. und 2. beschriebenen Verstöße abzustellen, wird der Beteiligten mit dem Tenor zu 3. untersagt, das mit Bekanntmachung im EU-Amtsblatt 2011/S 92-151286 v. 13.05.2011 eingeleitete, förmliche Vergabeverfahren fortzuführen und einen Zuschlag zu erteilen.

7. Ermessen und Verhältnismäßigkeit

122. Die Beschlussabteilung hat nach Einstellung und Abwägung aller Gründe und Argumente, die in den vorhergehenden Kapiteln näher dargestellt sind, das ihr nach § 32 Abs. 1 GWB eröffnete Ermessen dahingehend ausgeübt, diesen Beschluss mit der eingangs unter Ziff. 1 bis 3 dargestellten Tenorierung zu treffen. Die Beschlussabteilung hat hierbei insbesondere berücksichtigt, dass die Kreisstadt Mettmann mehrere Verstöße gegen die Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB begangen hat und dass es sich bei der Frage nach der Ausschreibungspflicht von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG sowie der Nichtgeltung der Prinzipien der „In-house-Vergabe“ um eine Grundsatzfrage handelt, bei der in der Praxis ein Bedürfnis nach einer Klärung besteht.
123. Aus diesen Gründen hat die Beschlussabteilung die Fortführung des europaweiten Verhandlungsverfahrens insgesamt untersagt (Tenor zu 3.). Die Untersagung des Verhandlungsverfahrens ist geeignet und erforderlich, um den Verstoß unmittelbar abzustellen, da kein milderer Mittel zur Abstel-

lung des Verstoßes denkbar ist. Insbesondere wäre es nicht ausreichend, nur die Vergabe der Wegenutzungsrechte an die Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG zu untersagen, der Beteiligten aber die Möglichkeit zu lassen, durch Abschluss des begonnenen, europaweiten Verhandlungsverfahrens einen strategischen Partner zu suchen. Das Auswahlverfahren hinsichtlich des Kooperationspartners ist in seiner vorliegenden Ausgestaltung auch nach Ansicht der Beteiligten untrennbar mit der Vergabe der Wegerechte verbunden. Die Beteiligte hatte der Beschlussabteilung mit Schreiben vom 04.01.2012 eine Modifikation des Verhandlungsverfahrens angeboten, um die Bedenken der Beschlussabteilung auszuräumen (s.o. Rn 37). Das modifizierte Vergabeverfahren sah nach wie vor die Beteiligung an einer Netzbetriebsgesellschaft (Strom und Gas) sowie die Vergabe der Konzessionsverträge Strom und Gas in einem einheitlichen Verfahren vor. Nachdem signalisiert worden war, dass die kartellrechtlichen Bedenken der Beschlussabteilung ohne Bewegung in diesem zentralen Punkt nicht ausgeräumt werden können, hatte die Beteiligte das Vergabeverfahren unverändert fortgeführt. Damit hat die Beteiligte deutlich gemacht, dass die Verknüpfung dieser beiden Verfahrensteile auch aus ihrer Sicht unverzichtbar ist. Bei wirtschaftlicher Betrachtung dürften auch die Bieter ihren zwischenzeitlich im Verhandlungsverfahren abgegebenen Angeboten zugrundegelegt haben, dass mit der Beteiligung an dem Stadtwerke-Unternehmen auch die Nutzung der Wegerechte eröffnet wird.

124. Da die Ausgestaltung des gegenwärtig durchgeführten Verhandlungsverfahrens diese enge Verbindung zwischen der Ebene der Partnersuche und der Ebene der Einräumung der Wegenutzungsrechte aufweist, ist das gesamte Verhandlungsverfahren an den engen Kriterien des §§ 1, 46 EnWG und des § 3 Abs. 2 KAV zu messen. Diesen Anforderungen entspricht das gegenwärtige Verhandlungsverfahren – wie oben ausgeführt – erkennbar nicht, so dass das von der Beteiligten durchgeführte Verhandlungsverfahren insgesamt gegen diese Normen sowie gegen §§ 19, 20 GWB verstößt.
125. Die Beteiligte hat nunmehr die Wegenutzungsverträge unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Beschlussabteilung und unter Wahrung der Anforderungen des § 46 EnWG, der §§ 19, 20 GWB und der KAV in

einem ordnungsgemäßen, wettbewerblichen, ergebnisoffenen Verfahren zu vergeben, an dem ein kommunales Beteiligungsunternehmen inter pares teilnehmen kann. Wenn sich die Beteiligte entschließen sollte, die beiden Auswahlverfahren (Suche des Inhabers des Wegenutzungsberechtigten und Suche des Beteiligungspartners) zu verbinden, hat sie durch entsprechende Gestaltung des Auswahlverfahrens dafür Sorge zu tragen, dass es Interessenten immer möglich ist, sich nur auf das Wegenutzungsrecht zu bewerben, ohne Beteiligungspartner der Beteiligten werden zu müssen. Außerdem dürfen die Bedingungen der Beteiligung keinerlei Einfluss auf die Auswahlentscheidung bezüglich der Wegenutzungsrechte haben und es muss gewährleistet sein, dass nur netzspezifische Kriterien die Auswahl des Wegenutzungsberechtigten bestimmen.

8. Sofortige Vollziehbarkeit

126. Die sofortige Vollziehbarkeit der Entscheidung bzgl. des Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 GWB wird in § 64 Abs. 1 GWB kraft Gesetzes angeordnet. Die Aussetzung der Vollziehung nach § 65 Abs. 3 Satz 2 GWB war nach pflichtgemäßem Ermessen nicht anzuordnen. Wenn die Beteiligte das Vergabeverfahren – wie in ihrer Stellungnahme vom 12.11.2012 zur Abmahnung angekündigt – unverändert fortführte und dem zu gründenden Stadtwerke-Unternehmen Stadtwerke Mettmann GmbH & Co. KG den Zuschlag für die Wegenutzungsrechte erteilte, würden vollendete Tatsachen geschaffen. Dies spricht dafür, eine Aussetzung der gesetzlich vorgesehenen sofortigen Vollziehbarkeit der Entscheidung gerade nicht anzuordnen.

III. Kosten

1. [...]
2. [...]

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Dr. Engelsing

Dr. Wacker

Köhler

b)	Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Einräumung der Wegenutzungsrechte ohne Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens	38
c)	Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Verwendung von Auswahlkriterien ohne Bezug zum Wegenutzungsrecht oder zum Netz	42
4.	Sachliche Rechtfertigung	43
5.	Ernste Besorgnis der Zuwiderhandlung.....	46
6.	Tenorierung.....	47
7.	Ermessen und Verhältnismäßigkeit.....	48
8.	Sofortige Vollziehbarkeit.....	50
III.	Kosten	50