



Beschluss

In dem Kartellverwaltungsverfahren
gegen die

1. Stadt Pulheim

Alte Kölner Str. 26
50259 Pulheim

– Beteiligte zu 1. –

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1.:

kbk Rechtsanwälte GbR
Sextrostr. 1
30169 Hannover

2. Stadtwerke Pulheim GmbH

Christianstr. 39
50259 Pulheim

– Beteiligte zu 2. –

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 2.:

Rechtsanwälte Boos Hummel & Wegerich
Zimmerstr. 56
10117 Berlin

3. Veolia Wasser GmbH

Unter den Linden 21
10117 Berlin

– Beteiligte zu 3. –

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 3.:

Rechtsanwälte Scholtka & Partner
Meinekestr. 4
10719 Berlin

...

4. BS|ENERGY Braunschweiger Versorgungs-AG & Co. KG
Taubenstr. 7
38106 Braunschweig

– Beteiligte zu 4. –

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 4.:

Rechtsanwälte Scholtka & Partner
Meinekestr. 4
10719 Berlin

beigeladen:

1. RWE Deutschland AG
Kruppstr. 5
45128 Essen

– Beigeladene zu 1. –

2. Gasversorgungsgesellschaft mbH Rhein-Erft
Max-Planck-Str. 11
50354 Hürth

– Beigeladene zu 2. –

wegen des Verdachts auf Verstöße gegen §§ 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1,
20 Abs. 1 GWB durch die Beteiligte zu 1. sowie gegen § 1 GWB durch die Beteiligten
zu 1. – 4.

hat die 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 22. Juni 2012 beschlossen:

1. Die von der Beteiligten zu 1. mit Schreiben an die Beschlussabteilung vom
5. April 2012 angebotene Verpflichtungszusage ist bindend. Die Verpflichtungszusa-
ge ist Bestandteil dieses Beschlusses.
2. Das Verfahren wird nach Maßgabe des § 32 b Absatz 1 Satz 2 GWB eingestellt.
3. Die Gebühr für das Verfahren einschließlich der Entscheidung beträgt [...]
4. Der Widerruf dieser Verfügung bleibt vorbehalten.

Gründe

I. Sachverhalt

1. Die Beteiligte zu 1. ist eine im Land Nordrhein-Westfalen am nordwestlichen Rand der Großstadt Köln gelegene Stadt mit ca. 53.000 Einwohnern in zwölf Stadtteilen. Sie ist Inhaberin der Wegerechte an ihren öffentlichen Verkehrswegen für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Strom und Gas.
2. Die Beteiligte zu 2. mit Sitz in Pulheim ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Beteiligten zu 1. (51% der Anteile) sowie der Beteiligten zu 3. und 4. (je 24,5% der Anteile). Sie ist schwerpunktmäßig im Vertrieb von Strom und Erdgas tätig. Sie ist darüber hinaus von der Beteiligten zu 1. als neue Inhaberin der Wegenutzungsrechte für Strom und Gas in der Stadt Pulheim ausgewählt worden. Die Beteiligte zu 2. firmierte bis zum 9. November 2009 als „Pulheimer Energie-Netzgesellschaft mbH (PENG)“. Zum Gesellschaftszweck heißt es in der zur Zeit geltenden Fassung des Gesellschaftsvertrages (im Handelsregister bekannt gemacht am 12. April 2010):

„...Der Gesellschaftsvertrag ist insgesamt neu gefasst. Neuer Unternehmensgegenstand: die Übernahme, der Ausbau und die Unterhaltung von Energieversorgungsnetzen im Stadtgebiet Pulheim zur Sicherstellung einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit im Stadtgebiet Pulheim mit Energie sowie die Erzeugung von und Versorgung mit Energie und Wärme innerhalb des Gebietes der Stadt Pulheim.“
3. Die Beteiligte zu 3. mit Sitz in Berlin ist in den Bereichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung tätig und betätigt sich als Partner von Stadtwerken u. a. für die Energieversorgung. Sie ist eine Konzerngesellschaft der Veolia Environnement S.A., Paris, Frankreich.
4. Die Beteiligte zu 4. mit Sitz in Braunschweig bietet Versorgungsleistungen in den Bereichen Energie, Wasser und Beleuchtung an und ist darüber hinaus als Betreiber von Strom-, Gas- und Wassernetzen aktiv. Die Beteiligte zu 3. hält 74,9% der Anteile an der Beteiligten zu 4.; die verbleibenden 25,1% der Anteile liegen bei der Stadt Braunschweig. Zur Unternehmensgruppe der Beteiligten zu 4. gehören verschiedene Beteiligungen und Tochtergesellschaften. So hält sie u. a. 100% an der

Stadtwerke Pulheim Netz GmbH, Pulheim, sowie 50% an der Stadtwerke Pulheim Dienste GmbH, Pulheim, und an der Stadtwerke Pulheim Vertrieb GmbH, Pulheim; die übrigen 50% werden jeweils von der Beteiligten zu 3. gehalten.

5. Die Beigeladene zu 1. mit Sitz in Essen bündelt als Tochterunternehmen der RWE AG die deutschen Aktivitäten des RWE-Konzerns in den Bereichen Netze/Speicher, Vertrieb und Energieeffizienz/Mobilität und führt die deutschen Regionalgesellschaften und Stadtwerkbeteiligungen. Sie ist bisherige Konzessionsinhaberin und Netzbetreiberin für Strom in Pulheim.
6. Die Beigeladene zu 2. mit Sitz in Hürth ist ein regionaler Erdgasversorger sowie Betreiber von Gasverteilernetzen im Rhein-Erft-Kreis und in Teilen von Köln. Dabei fungiert die Hauptgesellschafterin RheinEnergie AG, Köln, als Pächterin, die ihrerseits die Netze an die Rheinische NETZGesellschaft mbH (RNG), Köln, eine 100%-Tochter der RheinEnergie AG, unterverpachtet. Gesellschafter der Beigeladenen zu 2. sind neben der RheinEnergie AG (57,63%) die Stadtwerke Hürth AöR (16,08%), die Stadt Frechen (12,72%), die Stadtwerke Wesseling GmbH (10,05%), der Rhein-Erft-Kreis (3,02%) sowie die Stadtwerke Erftstadt (0,5%). Die Beigeladene zu 2. ist bisherige Konzessionsinhaberin und Netzbetreiberin für Gas in Pulheim.
7. Zum 31. Oktober 2009 liefen im Stadtgebiet der Beteiligten zu 1. die Konzessionsverträge im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG für Strom und Gas aus. Im Bundesanzeiger vom 5. Oktober 2007 machte die Beteiligte zu 1. das Auslaufen der Konzessionsverträge für Strom und Gas öffentlich bekannt.
8. Mehrere Unternehmen bekundeten aus eigener Initiative gegenüber der Beteiligten zu 1. ihr Interesse an der Übernahme der Wegenutzungsrechte für Strom und / oder für Gas, so die RWE Rhein-Ruhr AG (verschmolzen auf die RWE Rheinland Westfalen Netz AG, inzwischen umfirmiert in RWE Deutschland AG; hier Beigeladene zu 1.) mit Schreiben vom 15. Oktober 2007 für Strom, die RheinEnergie AG mit Schreiben vom 30. Oktober 2007 für Strom sowie die Gasversorgungsgesellschaft mbH Rhein-Erft (Beigeladene zu 2.) mit Schreiben vom 20. Dezember 2007 für Gas bzw. mit Schreiben vom 6. Juni 2008 zusätzlich auch für Strom.
9. Am 17. Juni 2008 beschloss der Rat der Beteiligten zu 1., eine Netzgesellschaft zu gründen. Der Bürgermeister wurde zu den notwendigen Schritten ermächtigt und dazu,

„...allen weiteren Schritten zuzustimmen, die für Übernahme des Strom- und Gasnetzes sowie der Straßenbeleuchtung im Stadtgebiet Pulheim erforderlich und sinnvoll sind... Der Rat ermächtigt den Bürgermeister, für die Stadt Pulheim mit der städtischen Netzgesellschaft Konzessionsverträge über die Versorgung des Stadtgebietes Pulheim mit Elektrizität und Gas... abzuschließen.“

Für die Netzgesellschaft wurden 25.000 Euro als Stammkapital zur Verfügung gestellt.

10. Am 7. Januar 2009 schrieb die Beteiligte zu 1. europaweit eine Beteiligung an der von ihr mit Gesellschaftsvertrag vom 12. Januar 2009 gegründeten und am 26. Februar 2009 in das Handelsregister eingetragenen PENG (frühere Firmierung der Beteiligten zu 2.) aus. Das Vergabeverfahren diene gemäß der Kurzbeschreibung des Auftrags bzw. Beschaffungsvorgangs der Auswahl eines Beteiligungspartners der PENG, wobei es in der Kurzbeschreibung heißt:

„Mit diesem Partner sollen die Voraussetzungen geschaffen werden, um das Strom- und Gasnetz von den bisherigen Energieversorgungsunternehmen zu erwerben. Die Rechtsform dieser Erwerbengesellschaft wird eine GmbH oder GmbH & Co. KG sein... Sollte es Bewerber geben, die entweder nur am Gas- oder am Stromnetz interessiert sind, können im Rahmen des Verfahrens getrennte Netzgesellschaften für den Erwerb der Netze gegründet werden, an denen sich der jeweilige Interessent neben der Stadt Pulheim beteiligen kann. Diese Netzgesellschaft/en sollen von der Stadt Pulheim im Rahmen des Verfahrens für 20 Jahre mit den Konzessionen zum Betrieb des Strom- und Gasnetzes ausgestattet werden. Der/die Beteiligungspartner sollen den technischen und kaufmännischen Betrieb der Energienetze auf eigene Rechnung übernehmen, beispielsweise im Rahmen einer Betriebspacht. Die Betriebsaufnahme ist für den 01.11.2009 vorgesehen.“

11. Am 10. Februar 2009 legte der Rat der Beteiligten zu 1. Bewertungskriterien für die Auswahl des Partners in der Netzgesellschaft und die Gewichtung dieser Kriterien fest. Danach fielen 65% auf „Wirtschaftliche Kriterien“; die wirtschaftlichen Vorteile für die Stadt Pulheim sollten auf der Basis des zu erwartenden Mittelzuflusses gemessen werden (z. B. Auszahlungen an die Stadt aus dem Jahresüberschuss der Netzgesellschaft; Höhe des im Beteiligungskonzept des Bieters vorgesehenen Eigenkapitalanteils der Stadt; Höhe der Konzessionsabgaben) unter Berücksichtigung der Kosten der Stadt. Weitere 15% fielen auf eine Risiko-Chancen-

Bewertung (z. B. Absicherung gegen Verluste der Netzgesellschaft), sowie je 10% auf „Betriebskonzept“ und „Umweltengagement“.

12. Die Beteiligte zu 1. führte im Verfahren zur Ausschreibung der Beteiligung Gespräche mit mehreren Bietern, u. a. mit den Beteiligten zu 3. und 4., die als Bietergemeinschaft auftraten.
13. In seiner Sitzung vom 26. August 2009 beschloss der Rat der Beteiligten zu 1. auf Grundlage der Beschlussvorlage 327/2009 zur Ratssitzung/Nichtöffentlicher Teil, der Beteiligten zu 2. die Konzessionen zuzuschlagen und den Beteiligten zu 3. und 4. Minderheitsbeteiligungen an der Beteiligten zu 2. in Höhe von zusammen 49 % einzuräumen.
14. Die Beigeladene zu 2. war bereits mit Schriftsatz ihrer damals Bevollmächtigten vom 28. September 2009 beim Bundeskartellamt vorstellig geworden, um sich über die Umstände des Interessenbekundungsverfahrens der Beteiligten zu 1. zur Neuvergabe ihrer Wegenutzungsrechte für Gas zu beschweren. Die 10. Beschlussabteilung hatte daraufhin wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1 GWB durch die Erhebung überhöhter Konzessionsabgaben ein Verwaltungsverfahren eingeleitet (Az.: B10-51/09). Auf Grundlage der Zusicherung der Beteiligten zu 1., von Drittlieferanten nur die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden und nicht die missbräuchlich überhöhte Konzessionsabgabe für Tarifkunden zu verlangen und dass im Konzessionsvertrag keine Grenzmengen- oder ähnliche Vereinbarung für die Höhe der Konzessionsabgabe abgeschlossen wurde und auch nicht abgeschlossen wird, wurde das Verfahren am 8. Januar 2010 bzgl. des Vorwurfs einer missbräuchlich überhöhten Konzessionsabgabe eingestellt.
15. Im No-
vember 2009 wurde zum Projekt eine Anfrage aus der Bürgerschaft an die Beteiligte zu 1. gerichtet. Diese gab gemäß Beschlussvorschlag zur öffentlichen Sitzung des Haupt- und Finanzausschusses des Rates der Beteiligten zu 1. vom
26. Januar 2010 Auskunft:

„Die PENG...wurde mit dem Ziel gegründet, die Strom- und Gasnetze von den jeweiligen Versorgern zu übernehmen und diese dann an eine Netzbetreibergesellschaft zu verpachten, an der die Stadt Pulheim beteiligt ist. Durch die Verpachtung der Netze erhält die Stadt Pulheim zusätzliche Einnahmen.

...

Wie setzt sich der behauptete wirtschaftliche Vorteil in Höhe von über € 7 Mio. zusammen?

Stellungnahme der Verwaltung:

Der wirtschaftliche Vorteil berechnet sich nach der Barwertmethode. Für einen Zeitraum von 20 Jahren werden der bereitgestellte Kaufpreis der Netze und die Pachtzahlungen berechnet. In diesem Vorteil sind die Bereitstellung der Mittel durch die Partner für den Kauf der Netze und die Pachtzahlungen enthalten. ...

Die Stadt Pulheim ist neben der Konzessionsabgabe anteilig mit 51% an einem positiven Ergebnis der PENG GmbH (jetzt Stadtwerke Pulheim GmbH) beteiligt. ...

Die Stadt Pulheim ist wirtschaftlich nicht in der Lage ohne Partner die Netze zu erwerben und verfügt auch nicht über das nötige Know How. ... "[Letzteres auf die Frage, warum die Stadtwerke nicht vollständig in Eigenregie betrieben werden]

16.

Am

9. März 2010 erhob die Beigeladene zu 1. vor dem Landgericht Dortmund Klage gegen die Beteiligte zu 2. (Az.: 16 O 66/10 [Kart]) auf Feststellung, dass diese in Bezug auf die Stromverteilungsnetzanlagen keinen Anspruch auf Übergabe und Übereignung bzw. Auskunft und Datenherausgabe hat; dies wurde damit begründet, dass der Konzessionsvertrag nichtig sei. Die Beteiligte zu 2. erhob daraufhin am 16. Juli 2010 gegen die Beigeladene zu 1. Widerklage, womit u. a. Herausgabe sämtlicher Stromverteilungsanlagen begehrt wird. Güetermin und früher erster Termin ist für den 27. September 2012 angesetzt.

17.

Die 10.

Beschlussabteilung hat am 12./13. April 2011 ein Kartellverwaltungsverfahren gegen die Beteiligten zu 1. – 4. eingeleitet. Gestützt wurde dies auf den Verdacht, dass die Beteiligte zu 1. gegen § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, sowie § 20 Abs. 1 GWB verstoßen habe, indem sie ihre Monopolstellung auf dem Markt für die Einräumung von Wegerechten für die Verlegung und den Betrieb von Netzen der Allgemeinen Versorgung mit Strom bzw. Gas durch rechtswidrige Forderung überhöhter Gegenleistungen für die Einräumung von Konzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG missbraucht habe, sowie darauf, dass die Beteiligten im Zusammenhang mit der Herbei-

führung des Konzessionsvertrages durch gegen § 3 KAV verstoßende Nebenleistungen den Wettbewerb zu Lasten rechtstreuer Bewerber verfälscht hätten.

18. Auf vorsorglichen Antrag des Bundeskartellamtes vom 14. April 2011 hat das Ministerium für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen als Landeskartellbehörde die Sache mit Schreiben vom 19. April 2011 gemäß § 49 Abs. 3 GWB an das Bundeskartellamt abgegeben.
19. Die 10. Beschlussabteilung hat am 9. Juni 2011 Auskunftsbeschlüsse an die Beteiligten zu 1. – 4. gerichtet.
20. Am 15. Juli 2011 hat unter Beibehaltung des bisherigen Aktenzeichens die Zuständigkeit für die Verfahrensführung aufgrund einer internen Umstrukturierung von der 10. auf die 8. Beschlussabteilung gewechselt.
21. Die Beigeladene zu 1. hat am 27. Juni 2011, die Beigeladene zu 2. hat am 4. August 2011 Antrag auf Beiladung gestellt. Jeweils nach Anhörung der Beteiligten ist den Anträgen stattgegeben worden, und zwar bezüglich der Beigeladenen zu 1. durch Beiladungsbeschluss vom 4. August 2011 und bezüglich der Beigeladenen zu 2. durch Beiladungsbeschluss vom 18. August 2011.
22. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2011 hat die Beschlussabteilung der Beteiligten zu 1. die Ergebnisse ihrer bisherigen Ermittlungen mitgeteilt. Die Beteiligten zu 2. – 4. und die Beigeladenen sind zeitgleich informiert worden. Die Beteiligten und Beigeladenen haben jeweils Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.
23. Im Rahmen eines Gesprächs am 28. November 2011 im Bundeskartellamt haben Vertreter der Beteiligten zu 1. der Beschlussabteilung den Verlauf der Konzessionsvergabe aus ihrer Sicht dargelegt und die Abgabe einer Verpflichtungszusage in Aussicht gestellt. Der Entwurf einer Verpflichtungszusage ist der Beschlussabteilung am 24. Januar 2012 übermittelt worden. Am 26. Januar 2012 hat ein weiteres Gespräch im Bundeskartellamt mit den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1., 3. und 4. stattgefunden, in dem der Entwurf der Verpflichtungszusage mit der Beschlussabteilung erörtert wurde.
24. Dieser wurde, modifiziert aufgrund des Gesprächs vom 26. Januar 2012 und telefonischer Anmerkungen der Beschlussabteilung vom 23. März 2012, einer Beschlussvorlage der Beteiligten zu 1. für die Ratssitzung am 27. März 2012 als Anlage beigefügt. Der Beschlussvorschlag lautete:

„... Der Rat ermächtigt die Verwaltung, die als Anlage 1 beigefügte Verpflichtungszusage gegenüber dem Bundeskartellamt abzugeben und die zur Umsetzung notwendigen Schritte und vertraglichen Regelungen vorzunehmen...“

Der Rat erteilte seine Zustimmung.

25. Die Beteiligte zu 1. hat am 5. April 2012, beim Bundeskartellamt eingegangen am 10. April 2012, die von Bürgermeister Keppeler und Stadtverwaltungsdirektor Hück am 4. April 2012 unterzeichnete Verpflichtungszusage übersandt. Beigefügt war ein „Vorläufiger Zeitplan für das Konzessionsvergabeverfahren der Stadt Pulheim“.

26. Die Verpflichtungszusage hat folgenden Inhalt:

- Die Beteiligte zu 1. verpflichtet sich, das mit der Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 5. Oktober 2007 eingeleitete Verfahren zum Abschluss von Konzessionsverträgen Gas und Strom für die Stadt Pulheim entsprechend ihrer Zusage ab dem Stadium der Aufforderung zur Angebotsabgabe fortzusetzen, und zwar mit den Unternehmen, die als Interessenten für die Konzessionen oder für die Beteiligung an der Netzgesellschaft aufgetreten sind, unter Einschluss der Stadtwerke Pulheim GmbH.

Die Beteiligte zu 1. wird dazu spätestens unmittelbar nach Erlass der Zusagenentscheidung auf die Aufhebung der Konzessionsverträge Gas und Strom zwischen der Beteiligten zu 1. und 2. hinwirken. Mittlerweile hat die Beteiligte zu 1. die Zustimmung des Rates zu entsprechenden Erklärungen eingeholt.

- Die Beteiligte zu 1. verpflichtet sich weiterhin, die Unternehmen aus dem umschriebenen Kreis zur Abgabe einer erneuten Interessensbekundung aufzufordern und im Anschluss daran ein diskriminierungsfreies Verfahren zur Konzessionsvergabe unter Beachtung der Hinweise im Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gas Konzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010 („Leitfaden“) durchzuführen, insbesondere die Interessenten im gebotenen Umfang diskriminierungsfrei zu informieren. Die Beteiligte zu 1. wird dabei dem Auswahlverfahren netzbezogene Kriterien zugrunde legen, die in der Verpflichtung durch Hauptkriterien bereits bestimmt sind, und das Auswahlverfahren diskriminierungsfrei unter Beachtung der Hinweise im „Leitfaden“ – und damit kartellrechtskonform – durchführen.

- Schließlich verpflichtet sich die Beteiligte zu 1., das Bundeskartellamt über alle wesentlichen Verfahrensschritte und die Ergebnisse des Auswahlverfahrens zu informieren und hinsichtlich der Auswahl vor Entscheidung des Stadtrates um Freigabe zu ersuchen.
27. Die Beteiligten zu 1. – 4., die Beigeladenen zu 1. und 2., die Landeskartellbehörde des Landes Nordrhein-Westfalen und die Bundesnetzagentur haben mit Schreiben vom 10. Mai 2012 jeweils Gelegenheit erhalten, zum Beschlussentwurf Stellung zu nehmen.
28. Die Beigeladene zu 2. hat mit Schreiben vom 16. Mai und vom 6. Juni 2012, die Beigeladene zu 1. hat mit Schreiben vom 24. Mai und 4. Juni 2012 Stellung genommen. Die Beigeladene zu 1. hatte zudem bereits mit Schreiben vom 22. März 2012 auf der Grundlage der im Internet veröffentlichten Unterlagen für die Sitzung des Rates der Beteiligten zu 1. am 27. März 2012 Stellung genommen. Die Beigeladenen haben sich insbesondere kritisch zur Berücksichtigung der Frage des etwaigen Verstoßes gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV und zur Bestimmung der im neu aufzunehmenden Vergabeverfahren zugrunde zu legenden Auswahlkriterien geäußert.
29. Die Beteiligten zu 1. und 2. haben erklärt, dass sie die beabsichtigte Entscheidung begrüßen. Die Landeskartellbehörde des Landes Nordrhein-Westfalen hat mitgeteilt, dass sie von einer Stellungnahme absieht.
30. Mit Schreiben vom 7. Juni 2012 haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 3. und 4. die jeweilige Zustimmungserklärung der Beteiligten zu 3. und der Beteiligten zu 4. zur Verpflichtungszusage der Beteiligten zu 1. an die Beschlussabteilung übersandt.

II. Rechtliche Würdigung

31. Die angebotene Verpflichtungszusage ist geeignet, die bestehenden vorläufigen Bedenken der Beschlussabteilung im Hinblick auf das beanstandete Verhalten der Beteiligten auszuräumen. Daher erklärt die Beschlussabteilung im Rahmen ihres Ermessens die Verpflichtungszusage für bindend und stellt das Verfahren vorbehaltlich ihrer in § 32 b Abs. 2 GWB enthaltenen Möglichkeiten bzgl. der Beteiligten ein.

32. Die vorläufige rechtliche Würdigung der Beschlussabteilung beruht auf den nachfolgend dargestellten Überlegungen.
33. Maßgeblich für eine originäre Zuständigkeit des Bundeskartellamtes nach § 48 Abs. 2 GWB ist die Frage, ob die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Vorliegend sprechen mehrere Anhaltspunkte für eine solche Wirkung. Die Beteiligte zu 1. hat die Unternehmensbeteiligung an der Beteiligten zu 2., die die Konzessionen übernehmen sollte, europaweit ausgeschrieben. Die Nachfrage nach Konzessionen ist regelmäßig länderübergreifend. So sind die Beteiligten zu 3. und 4., die von der Beteiligten zu 1. den Zuschlag erhalten haben, länderübergreifend tätig.
34. Unabhängig von der Frage, ob das Bundeskartellamt originär nach § 48 Abs. 2 GWB zuständig ist, ist das Bundeskartellamt aber schon deshalb für das Verfahren zuständig, weil die Landeskartellbehörde des Landes Nordrhein-Westfalen auf vorsorglichen Antrag des Bundeskartellamts hin die Sache am 19. April 2011 nach § 49 Abs. 3 Satz 1 GWB abgegeben hat.
35. Gemeinden sind bei der Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromverteilernetze unternehmerisch tätig, da es sich um die entgeltliche Vergabe von Wegerechten handelt.¹ Aus dem weiten Unternehmensbegriff des § 130 Abs. 1 GWB folgt, dass die öffentliche Hand grundsätzlich überall dort als Unternehmen i. S. d. GWB anzusehen ist, wo sie sich durch das Angebot von wirtschaftlichen Leistungen oder durch die Nachfrage nach solchen Leistungen wirtschaftlich betätigt. Die Beteiligte ist damit Unternehmen i. S. d. GWB. Das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht ist daher anwendbar.
36. Die Disposition über die Neuvergabe der Konzessionen steht nach § 46 Abs. 2 EnWG allein der jeweiligen Gemeinde zu. Sie ist folglich in Bezug auf die örtlichen Konzessionen marktbeherrschend und damit Normadressatin der §§ 19 und 20 GWB, im Einzelfall unter Umständen auch des Art. 102 AEUV. Die marktbeherrschende Stellung der Gemeinde ergibt sich aus der „produktspezifischen“ Besonderheit der Konzession, dass nur die Konzession den Netzbetrieb für die örtliche Bevölkerung für die Dauer ihrer Laufzeit erlaubt. Ob man den Schwer-

¹ BGH, U. v. 11.11.2008, KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581 – *Neue Trift*; sowie: Gemeinsamer Leitfaden von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt vom 15.12.2010, Rz. 16.

punkt darauf legt, dass deshalb Konzessionen 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. Die Beteiligte zu 1. ist damit auf dem Markt für die entgeltliche Vergabe von Wegenutzungsrechten marktbeherrschend.

37. § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG regelt, dass Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden dürfen. Dabei haben die Gemeinden gemäß § 46 Abs. 3 EnWG spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen. Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.
38. Bei der Auswahl des Konzessionärs trägt die Gemeinde im Sinne des Allgemeinwohls und der Ziele des § 1 EnWG – einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Energieversorgung – eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb um die Konzession, aber auch für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten. Dies ist in der seit dem 4. August 2011 geltenden Fassung des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG ausdrücklich festgehalten: „Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet.“
39. Die Gemeinden haben zudem bei der Konzessionsvergabe die allgemeinen, aus vorrangigem europäischem Primärrecht folgenden Vergabeprinzipien zu beachten. Die Vergabe ist transparent und diskriminierungsfrei durchzuführen.
40. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde bei der Vergabe örtlicher Wegerechte i. S. d. §§ 19, 20 GWB und ggf. Art. 102 AEUV ist insbesondere dann gegeben, wenn die Gemeinde

- Auswahlkriterien vorgibt, die sich nicht auf das Netz beziehen (sie insbesondere Forderungen bzgl. Erzeugungs- und Vertriebsaktivitäten stellt)
 - ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bietern nicht klar benennt und/oder
 - einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund bevorzugt und/oder
 - im Rahmen der Konzessionsvergabe Gegenleistungen fordert oder sich zuzusagen lässt, die im Widerspruch zur KAV stehen
41. Abhängig von der jeweiligen Verhaltensweise kann auch ein Verstoß gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV in Betracht kommen.
42. Aus den vorgelegten Dokumenten geht hervor, dass die Beteiligte zu 1. nach vorläufiger Würdigung kein ergebnisoffenes, transparentes und strukturiertes Verfahren zur Neuvergabe der Konzessionen im Wettbewerb durchgeführt hat, sondern einseitig die Konzession an ein mit ihr verbundenes Unternehmen vergeben, ihre Auswahlkriterien nicht klar benannt und Gegenleistungen gefordert hat, die im Widerspruch zur KAV stehen.
43. Es ergibt sich aus den Vorüberlegungen und Planungen zur städtischen Netzgesellschaft und der europaweiten Ausschreibung einer Beteiligung an dieser, dass die Konzessionen selbst planmäßig und unabhängig von einem wettbewerblichen Verfahren an die städtische Netzgesellschaft gehen sollten und ein Vergabeverfahren nur in Bezug auf eine Beteiligung durchgeführt wurde. An den Konzessionen interessierte Unternehmen hatten ernsthaft nur eine Chance, sich über eine solche Beteiligung zu bewerben. Nach Auffassung der Beschlussabteilung widerspricht eine solche Praxis den Vorgaben des § 46 EnWG (auch in der alten Fassung), wonach ein echter Wettbewerb um die Konzession als solcher möglich sein muss. Der Gemeinde ist es nicht nur verwehrt, mit ihr verbundene Unternehmen im Rahmen eines Auswahlverfahrens zu bevorzugen, sondern erst recht, ein solches zugunsten einer unmittelbaren Entscheidung für ein verbundenes Unternehmen (sog. „Systementscheidung“) wegfallen zu lassen.
44. Die Beteiligte zu 1. hat daher nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung gegen § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1 GWB verstoßen. Durch ihr missbräuchliches Verhalten wurden zumindest die Beigeladenen – sowie gegebenenfalls weitere Inte-

ressenten – im Wettbewerb um die Strom- und/oder Gaskonzession in Pulheim behindert.

45. Der Abschluss der Konzessionsverträge zu Strom und Gas zwischen den Beteiligten zu 1. und 2. verstößt nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung gegen das Verbot des § 1 GWB, da der gesetzlich intendierte Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte für Strom und Gas in Pulheim beschränkt wurde.
46. Zwischen dem Zuschlag für eine Beteiligung an der Beteiligten zu 2. und der Neuvergabe der Wegenutzungsrechte besteht ein enger zeitlicher und – nach eigenen Bekundungen der Beteiligten zu 1. – sachlicher Zusammenhang. Fraglich ist, ob die Vereinbarungen zwischen der Beteiligten zu 1. und den Beteiligten zu 3. und 4. gegen das in § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV normierte Verbot verstoßen, neben oder anstelle von Konzessionsabgaben für ausschließliche Wegerechte sonstige Finanz- und Sachleistungen zu einem Vorzugspreis zu gewähren. Es stellt sich die Frage, ob die Beteiligte zu 1. auf die Abgabe eines entsprechenden Angebotes durch die Beteiligten zu 3. und 4. hingewirkt hat, worin ein Missbrauch der Marktmacht i. S. v. § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1 GWB zu sehen wäre. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Beteiligten durch ihr Zusammenwirken, wie es in den abgeschlossenen Verträgen (Konzessionsvergabe-, Gesellschafts-, Konsortialvertrag) zum Ausdruck kommt, gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen verstoßen haben, da der Wettbewerb um die Konzessionen beschränkt und durch die Benachteiligung rechtstreuer Bewerber verfälscht wurde; § 1 GWB.
47. Durch die angebotene und oben unter Rz. 26 näher dargestellte Zusage ist gewährleistet, dass das Verfahren zur Neuvergabe der Wegenutzungsrechte Strom und Gas in Pulheim zeitnah unter kartellrechtskonformen Rahmenbedingungen fortgesetzt wird. Die Wettbewerbsbeschränkung wird hierdurch beseitigt. Da nunmehr Transparenz hinsichtlich der Entscheidungskriterien der Beteiligten zu 1. herrscht, können die Bieter hierzu in ihren Bewerbungen gezielt vortragen und das Gespräch mit der Beteiligten zu 1. suchen.
48. Die Durchführung des Verfahrens zur Neuvergabe der Konzessionen in der von der Beteiligten zu 1. angebotenen Form sichert die Interessen der potentiell Beschwerdeten, insbesondere durch die eindeutige Bezugnahme auf den Leitfaden, in ausreichendem Umfang ab. Die Beschlussabteilung sieht darin mehr als eine bloße Verfahrenswiederholung unter Beachtung einer äußeren Form. Sie ist der Auffassung,

dass damit ein diskriminierungsfreies und mit der KAV – insbesondere auch § 3 KAV – konformes Verfahren gewährleistet ist. Denn es ist unmissverständlich festgelegt, dass eine beabsichtigte Entscheidung der Beteiligten zu 1. nachweisbar ausschließlich von den – hier sachgerechten – Kriterien getragen sein muss. Dies der Beschlussabteilung bei Überprüfung vor der tatsächlichen Entscheidung in ausreichendem Umfang zu belegen, ist Sache der Beteiligten zu 1.

49. Der in Verfügungsziffer 4. aufgenommene Widerrufsvorbehalt dient als Möglichkeit zur Aufhebung der Verbindlichkeitserklärung in solchen Fällen, die durch § 32 b Abs. 2 GWB möglicherweise nicht abgedeckt sind.

III.

[Gebühren]

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

Lange