

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2014 - VI-2 Kart 2/13 (V)

Tenor:

Die Beschwerden der Beteiligten zu 1) und zu 2) werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass Ziffer 5 der Verfügung des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen (Landeskartellbehörde) vom 13. Mai 2013 aufgehoben wird.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der Beigeladenen und des beteiligten Bundeskartellamts tragen die Beschwerdeführerinnen je zur Hälfte.

Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 1) ist eine Kommune in Nordrhein-Westfalen, die zum Hochsauerlandkreis gehört. Sie verleiht die Wegerechte an kommunalen Grundstücken zur Verlegung und zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen. Die Beteiligte zu 2) mit Sitz in Meschede ist ein kommunales Unternehmen, an dem die Beteiligte zu 1) mittelbar beteiligt ist. Gesellschafter der Beteiligten zu 2) sind die Stadtwerke L... GmbH und die H... GmbH, deren Geschäftsanteile von der Beteiligten zu 1) sowie den Kommunen Meschede und Olsberg gehalten werden. Die Beteiligte zu 3) und Beigeladene (im Folgenden nur Beteiligte zu 3) ist bisherige Konzessionsnehmerin im Gemeindegebiet der Beteiligten zu 1) und der Kommunen Meschede und Olsberg für den Betrieb des Strom-, teilweise auch des Gasnetzes. Die zwischen diesen Kommunen und der Beteiligten zu 3) geschlossenen Konzessionsverträge für Strom, teilweise Gas, laufen am 30.11.2014 aus.

Ziel der Beteiligten zu 1) ist die Kommunalisierung des Stromnetzes in ihrem Gemeindegebiet. Gemeinsam mit den Kommunen Meschede und Olsberg, die sich ebenfalls die Kommunalisierung ihrer Versorgungsnetze zum Ziel gesetzt haben, sowie der H... GmbH und Stadtwerke L... GmbH schloss die Beteiligte zu 1) am 06.05.2009 eine Konsortialvereinbarung, in der die Vertragsbeteiligten verabredeten, mit Hilfe eines kommunalen Partners eine gemeinsame Neuorientierung in der Strom- und Gasversorgung für das gemeinsame Versorgungsgebiet mit dem Ziel einer (Re-) Kommunalisierung durchzuführen. Unter Einbezug personeller, räumlicher und finanzieller Ressourcen der H... GmbH und der Stadtwerke L... GmbH sollte im Verlauf des Jahres 2009 eine mit dem erforderlichen Kapital und Personal ausgestattete Gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH mit der Firma "H2... GmbH", der späteren Beteiligten zu 2), gegründet werden, die als kommunale Partnerin Inhaberin der für den Betrieb der Versorgungsnetze erforderlichen Konzessionen werden sollte. Die beteiligten Kommunen sicherten sich gegenseitig zu, ihre jeweiligen Konzessionsverträge mit der Beteiligten zu 3) nicht weiter zu verlängern oder neu abzuschließen, sondern der neu zu gründenden Gesellschaft zu übertragen. Nach Abschluss der Verhandlungen zum Erwerb der Netze in den beteiligten Kommunen sollten die genauen Beteiligungsverhältnisse aller fünf Vertragspartner festgelegt werden. Mit Gesellschaftsvertrag vom 06.05.2009 gründeten die H... GmbH und die Stadtwerke L... GmbH die Beteiligte zu 2), die am 08.05.2009 ins Handelsregister eingetragen wurde.

Die Beteiligte zu 3) war auf der Grundlage von seit dem 01.12.1989 gültigen Konzessionsverträgen Inhaberin der Gas- und Stromkonzessionen für die Versorgungsgebiete der Beteiligten zu 1) sowie der Kommunen Meschede und Olsberg, die nach 20-jähriger Laufzeit zum 30.11.2009 ausliefen. Unter dem 27.10.2013 schloss sie mit allen drei Kommunen neue und rückwirkend ab dem 01.12.2009 geltende Stromkonzessionsverträge mit einer Laufzeit von weiteren 20 Jahren, nachdem sie mit allen drei Kommunen am 07.12.2009 in einer gesonderten Vereinbarung überein gekommen

war, dass den Kommunen ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt werde, das zum 30.11. eines jeden Jahres, erstmals zum 30.11.2014 ausgeübt werden konnte.

Am 13.04.2010 schlossen die Beteiligte zu 1) und die übrigen Vertragspartner der Konsortialvereinbarung vom 06.05.2009 eine "2. Konsortialvereinbarung". In der Präambel zu dieser Vereinbarung führten sie aus, am 06.05.2009 eine Konsortialvereinbarung mit dem Ziel der (Re-) Kommunalisierung der Strom- und Gasversorgung geschlossen und in Erfüllung dieser Vereinbarung die Beteiligte zu 2) gegründet und inzwischen wichtige Schritte in der Umsetzung der "1. Konsortialvereinbarung" unternommen zu haben; nunmehr wolle man in einer "2. Konsortialvereinbarung", die an die Stelle der "1. Konsortialvereinbarung" trete, die Grundlagen der Zusammenarbeit an die Entwicklung anpassen. Unter Ziffer I. der "2. Konsortialvereinbarung" führten sie sodann aus, an dem gemeinsamen Ziel der (Re-) Kommunalisierung der Strom- und Gasversorgung und der Erfüllung der damit verbundenen Aufgaben durch die inzwischen gegründete Beteiligte zu 2) festhalten und dies langfristig sichern zu wollen. Es solle ein Auswahlverfahren für den Abschluss neuer Konzessionsverträge durchgeführt werden, an dem sich die Beteiligte zu 2) beteiligen werde. Nach erfolgreichem Erwerb der Netze solle die Beteiligte zu 2) den Netzbetrieb durchführen. Unter Ziffer IV.2. verpflichteten sich die Kommunen, der Beteiligten zu 2) ihre Aufwendungen für den Fall zu ersetzen, dass die verabredeten Ziele wider Erwarten durch kommunalpolitische Entscheidungen scheitern sollten.

Mit Schreiben vom 01.02.2011 machten die Kommunen von ihrem Sonderkündigungsrecht Gebrauch und kündigten die mit der Beteiligten zu 3) geschlossenen Stromkonzessionsverträge zum 30.11.2014. Aufgrund der Umfirmierung der Beteiligten zu 3) wiederholten sie ihre Kündigungen vorsorglich gegenüber der Rechtsnachfolgerin, der jetzigen Beteiligten zu 3).

Am 08.12.2011 machte die Beteiligte zu 1) das Auslaufen der Stromkonzessionen im Bundesanzeiger bekannt und forderte interessierte Unternehmen zur Interessenbekundung bis zum 16.03.2012 auf. In einem 1. Verfahrensbrief vom 22.03.2012 teilte sie den interessierten Unternehmen u.a. die vom Rat am 14.03.2012 aufgestellten Auswahlkriterien nebst deren Gewichtung für die Zuschlagsentscheidung mit, erläuterte diese und forderte zur Abgabe von Angeboten bis zum 04.05.2012 auf. Die Verfahrensbriefe für die Vergabe der Strom- und Gaskonzession sind wortidentisch. Neben der Beteiligten zu 2) reichte die Beteiligte zu 3) fristgerecht ein Angebot ein. In der Ratssitzung am 13.06.2012 präsentierten die Bieter ihre Angebote. Die Beteiligte zu 1) bewertete das Angebot der Beteiligten zu 2) besser als das der Beteiligten zu 3) und teilte dies der Beteiligten zu 3) mit. Der Bitte der Beteiligten zu 3), ihr die Wertung der Angebote zur Verfügung zu stellen, kam die Beteiligte zu 3) nicht nach. Am 18.07.2012 schloss sie mit der Beteiligten zu 2) einen Stromkonzessionsvertrag mit Wirkung ab dem 01.12.2014 und machte den Vertragsschluss im Bundesanzeiger bekannt.

Mit Schreiben vom 15.08.2012 wandte sich die Beteiligte zu 3) an das Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes NRW als Landeskartellbehörde und beschwerte sich über die Vergabe. Die Landeskartellbehörde hat mit Schreiben vom 27.12.2012 gemäß § 54 Abs. 1 GWB gegen die Beteiligte zu 1) ein Missbrauchsverfahren eröffnet. Mit der angefochtenen Verfügung vom 13.05.2013, Az. V A 3-77-10-75/12, hat die Landeskartellbehörde festgestellt, dass die Beteiligte zu 1) missbräuchlich gehandelt habe, indem sie sich in den Konsortialvereinbarungen darauf festgelegt habe, dass die Beteiligte zu 3) zukünftig nicht mehr Konzessionärin in ihrem Versorgungsgebiet sein werde und die Konzessionen zukünftig der Beteiligten zu 2) erteilt würden. Des weiteren hat sie festgestellt, dass die Konsortialvereinbarungen vom 06.05.2009 und 13.04.2010 insoweit gegen § 1 GWB verstießen und, dass die Beteiligte zu 1) der Vergabe Auswahlkriterien zugrunde gelegt habe, die die Vorgaben des § 1 EnWG nicht berücksichtigten. Auch habe die Beteiligte zu 1) missbräuchlich gehandelt, indem sie die Beteiligte zu 2) nicht auf Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit nach § 4 EnWG überprüft und keine Genehmigung des Netzbetriebs verlangt habe. Darüber hinaus hat sie der Beteiligten zu 1) untersagt, die mit der

Beteiligten zu 2) geschlossenen Konzessionsverträge durchzuführen und ihr aufzugeben, diese aufzuheben und das Vergabeverfahren zu wiederholen. Auf die Begründung der Entscheidung wird Bezug genommen. Hiergegen richten sich die Beschwerden der Beteiligten zu 1) und zu 2).

Die Beteiligte zu 1) ist der Auffassung, die Beteiligte zu 3) sei mit ihren Beanstandungen an der Konzessionsvergabe präkludiert, weil sie Mängel des Vergabeverfahrens zu Beginn oder im Verlauf des Verfahrens hätte rügen müssen.

Die Verfügung sei zudem sachlich nicht gerechtfertigt. Der Vorwurf eines Verstoßes gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gehe schon deshalb fehl, weil die 1. Konsortialvereinbarung, mit der möglicherweise der Anschein einer rechtswidrigen Absprache erweckt worden sein könnte, durch die 2. Konsortialvereinbarung ersatzlos aufgehoben worden sei. Die Bezeichnung der Vereinbarungen als "Konsortialvereinbarungen" sei auch missverständlich, weil keineswegs eine verpflichtende Vereinbarung gemeint gewesen sei, sondern lediglich eine gemeinsame politische Willensbekundung. Ihr Regelungsbereich beschränke sich darüber hinaus auf das Innenverhältnis der Kommunen zur Beteiligten zu 2) und habe keine Außenwirkung entfalten sollen. Eine Vorfestlegung auf einen Konzessionsnehmer sei nicht erfolgt. Dies zeige sich nicht zuletzt daran, dass sie, die Beteiligte zu 1), entgegen dem Inhalt der 1. Konsortialvereinbarung im Januar 2010 weitere Konzessionsverträge mit der Beteiligten zu 3) geschlossen habe. Gerade weil man sich nicht festgelegt habe, habe man der Beteiligten zu 2) Aufwendungsersatz für den Fall einer Konzessionsvergabe an einen Dritten zugesagt. Auch die übrigen Vorwürfe missbräuchlichen Verhaltens der Beteiligten zu 1) seien unberechtigt. Weder seien die gewählten Auswahlkriterien zu beanstanden noch habe man die Beteiligte zu 2) im Rahmen der Wertung der Angebote bevorzugt. Sämtliche Kriterien seien an den Zielen des EnWG ausgerichtet und wiesen im Sinn des § 1 EnWG einen Bezug zum Netzbetrieb auf. Unzulässige Nebenleistungen nach § 3 KAV seien weder gefordert noch mit der Beteiligten zu 2) vereinbart worden. Die Eignung der Beteiligten zu 2) für den Erwerb und den Betrieb der Versorgungsnetze sei hinreichend geprüft worden. Abgesehen davon, dass es sich hierbei entgegen der von der Landeskartellbehörde vertretenen Auffassung nicht um ein nach § 1 EnWG zu beurteilendes Auswahlkriterium handele, werde eine Genehmigung nach § 4 EnWG nach gängiger Praxis der Energieaufsichtsbehörden in NRW erst erteilt, wenn eine zeitnahe Aufnahme des Netzbetriebs gesichert sei, d.h. üblicherweise erst nach Zuschlagserteilung. Auch das Kriterium des "gemeindlichen Einflusses auf den Netzbetrieb" gebe keinen Anlass für die Annahme einer bevorzugten Behandlung der Beteiligten zu 2). Allein der Umstand, dass die Beteiligte zu 1) an der Beteiligten zu 2) beteiligt sei, habe nicht zu einer besseren Bewertung der Beteiligten zu 2) gegenüber der Beteiligten zu 3) geführt. Entscheidend sei vielmehr gewesen, dass durch diese Beteiligung faktisch eine Einflussnahme auf die Beteiligte zu 2) erst möglich geworden sei. Es hätten auch andere Möglichkeiten einer Einflussnahme angeboten werden können, wie z.B. die Bildung von Beiräten. Derartiges sei jedoch auch von der Beteiligten zu 3) nicht angeboten worden.

Die Verfügung leide auch an Rechtsfehlern, weil die Landeskartellbehörde ermessensfehlerhaft und unter Außerachtlassung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit entschieden habe.

Die Beteiligte zu 2) ist darüber hinaus der Auffassung, dass die Beteiligte zu 1) kein marktbeherrschendes Unternehmen im Rechtssinn sei. Bei der Konzessionsvergabe nehme sie Aufgaben der Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG wahr. Hierbei handele sie zwar in der Form des Privatrechts, nicht aber unternehmerisch. Zudem beschränke sich der relevante Markt nicht auf das Versorgungsgebiet der Beteiligten zu 1). Es handele sich nicht um einen Angebots- sondern um einen Nachfragemarkt, der bundesweit bestehe. Die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen beteiligten sich bundesweit an Konzessionsverfahren. Die Untersagung der Durchführung der Konzessionsverträge sei auch deshalb unbegründet, weil zum einen nicht jeder Verstoß gegen energierechtliche Vorschriften den Vorwurf des Missbrauchs rechtfertige und zum anderen nicht jeder Verstoß zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrages nach § 134 BGB führe. Die Rechtswirksamkeit eines Konzessionsvertrages dürfe nicht durch eine Untersagungsverfügung missachtet werden. Die

von der Landeskartellbehörde geforderte Eignungsprüfung stehe einer umfassenden Prüfung nach § 4 EnWG gleich und stelle eine unzulässige Vorwegnahme der der Energieaufsichtsbehörde vorbehaltenen Genehmigungsentscheidung dar.

Die Beteiligte zu 1) und die Beteiligte zu 2) beantragen,

die Verfügung der Landeskartellbehörde vom 13.05.2013 aufzuheben.

Die Landeskartellbehörde und die Beigeladene beantragen,

die Beschwerden zurückzuweisen.

Die Landeskartellbehörde verteidigt die Verfügung und führt unter Wiederholung und Vertiefung der darin angeführten Gründe insbesondere aus, dass ihr nach §§ 46 Abs. 3 Satz 5, Abs. 5 EnWG eine kartellrechtliche Überprüfung der Konzessionsvergabe obliege, die den Vorgaben der §§ 1, 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG entsprechen müsse. Hierzu gehöre eine Überprüfung der prognostizierten Eignung des Konzessionsbewerbers unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit. Richtig sei zwar, dass eine Genehmigung nach § 4 EnWG regelmäßig erst nach Abschluss des Konzessionsvertrages erteilt werde. Bei der Vergabe von Konzessionen müsse die Kommune aber Eignungsnachweise fordern, die die Leistungsfähigkeit des Konzessionsbewerbers plausibel darlegten. Komme die Kommune dieser Pflicht nicht nach, rechtfertige sich ein Einschreiten der Kartellbehörde. Eine solche Plausibilitätsprüfung habe die Beteiligte zu 1) bezüglich der Beteiligten zu 2) unterlassen, die weder ein Betriebskonzept noch ein Ausbildungs- und Qualifizierungskonzept vorgelegt habe. Dies weise darauf hin, dass die Beteiligte zu 1) in jedem Fall die Beteiligte zu 2) bevorzugen wollen.

Die Beteiligte zu 3) ist ebenfalls der Auffassung, dass sich die Beteiligte zu 1) unter Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung missbräuchlich verhalten habe, indem sie vor Durchführung der Konzessionsvergaben festgelegt habe, dass die Beteiligte zu 2) zukünftige Konzessionärin werden solle und ebenso unzulässige Auswahlkriterien verwendet wie unzulässige Nebenleistungen gefordert habe. Die 2. Konsortialvereinbarung stelle sich als Fortsetzung der kartellrechtswidrigen 1. Konsortialvereinbarung dar und verstoße ebenso wie diese gegen § 1 GWB.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten sowie die Vergabeakten und die Verwaltungsakte der Landeskartellbehörde verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Beschwerden sind zulässig.

1. Es handelt sich um Beschwerden im Kartellverwaltungsverfahren gegen eine Verfügung des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk NRW (MWEIMH NRW), § 63 Abs. 1 Satz 1 GWB, die es als Landeskartellbehörde erlassen hat.

2. Nach § 63 Abs. 4 Satz 1 GWB ist das OLG Düsseldorf sachlich und örtlich ausschließlich zuständig, weil es das für den Sitz des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk NRW als Landeskartellbehörde mit Sitz in Düsseldorf zuständige Oberlandesgericht ist.

3. Die Beteiligte zu 1) ist beschwerdebefugt, §§ 63 Abs. 2, 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts

(BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 - juris Tz. 18; BGH, Urt. v. 17.12.2012, KZR 66/12; BGH, Beschl. v. 15.04.1986 - KVR 6/85, WuW/E BGH 2247, 2249 - Wegenutzungsrecht; Beschl. v. 11.03.1997 - KZR 2/96, RdE 1997, 197, 198 - Erdgasdurchgangsleitung).

4. Die Beteiligte zu 2) ist als Beigeladene des Verwaltungsverfahrens ebenfalls beschwerdebefugt, §§ 63 Abs. 2, 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Auf ihren Antrag vom 18.01.2013 ist die Beteiligte zu 2) durch Schreiben der Landeskartellbehörde vom 25.01.2013 beigeladen worden.

5. Die Beteiligte zu 2) ist durch die Verfügung der Landeskartellbehörde vom 13.05.2013 beschwert, weil der zwischen der Beteiligten zu 1) und ihr geschlossene Konzessionsvertrag untersagt und die Beteiligte zu 1) zur erneuten Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens verpflichtet worden ist. Die Beteiligte zu 2) ist hierdurch in eigenen Rechten betroffen.

II. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Landeskartellbehörde (§§ 111 Abs. 1 Satz 2, 46 Abs. 5 EnWG i.V.m. § 54 Abs. 1 Satz 1 GWB sowie § 48 Abs. 1 und Abs. 2 GWB) ist nicht zu prüfen, weil die Beteiligten weder die örtliche noch die sachliche Unzuständigkeit im Verwaltungsverfahren geltend gemacht haben, § 55 Abs. 2 GWB. Die Beteiligten greifen dies mit den Beschwerden auch nicht an.

III. Die Verfügung der Landeskartellbehörde vom 13.05.2013 ist rechtmäßig.

Die Beteiligte zu 1) hat eine bei der Vergabe energierechtlicher Konzessionen marktbeherrschende Stellung missbräuchlich im Sinn der §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB a.F. ausgenutzt und Bewerber in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt. Hierin liegt zugleich eine unbillige Behinderung im Sinn von § 20 Abs. 1 GWB a.F. Darüber hinaus hat die Beteiligte zu 1) durch den Abschluss zweier Konsortialverträge gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB verstoßen.

Anzuwenden ist § 19 GWB in der Fassung vom 15.07.2005 (gültig vom 13.07.2005 bis 29.06.2013), § 20 GWB in der Fassung vom 18.12.2007 (gültig vom 22.12.2007 bis zum 31.12.2012) und § 1 GWB in der Fassung vom 15.07.2005 (gültig vom 13.07.2005 bis 29.06.2013).

1. Das Kartellrecht ist anwendbar.

Als Normadressat des kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Behinderungsverbots sind Gemeinden nach §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB a.F. verpflichtet, im Auswahlverfahren zur Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte keinen Bewerber unter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ungerechtfertigt zu beeinträchtigen und ihn weder unbillig zu behindern noch zu diskriminieren.

Der der angefochtenen Verfügung zugrunde gelegte § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB a.F. geht § 20 Abs. 1 GWB a.F. nicht als Sondervorschrift vor (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.12.2001, U (Kart) 34/01, Rn. 33 ff. = WuW/E DE-R 847 ff.). Die Missbrauchs-, Behinderungs- und Diskriminierungsverbote nach §§ 19, 20 GWB a.F. stehen trotz unterschiedlicher Voraussetzungen gleichrangig nebeneinander. Der Frage, ob ein Verhalten nach § 19 GWB a.F. oder nach § 20 GWB a.F. verboten ist, kommt wegen des weitgehenden Parallellaufs von Missbrauchsverbot einerseits und Behinderungs- und Diskriminierungsverbot andererseits sowie der Identität der Rechtsfolgen nur geringe praktische Bedeutung zu (Götting in: Loewenheim/ Meessen/ Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., 2009, S. 1851; Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 2). Die Missachtung der kartellrechtlichen Verbotsnormen (§§ 19, 20 GWB a.F.) bei der Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte führt zur Nichtigkeit der Konzessionsverträge, § 134 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 77 ff.; Urt. v. 17.12.013, KZR 66/12, Rn. 101 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2012, VI-3 Kart 137/12, Rn. 124 f. = OLG Düsseldorf, RdE 2013, 128 ff.). Der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB steht nicht entgegen, dass

Normadressaten die Gemeinden und nicht der neue Konzessionsnehmer sind (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 106 ff.).

a) Gemeinden sind beim Abschluss von energierechtlichen Konzessionsverträgen Normadressaten der Verbotsvorschriften des GWB.

aa) Sie handeln bei der Vergabe energierechtlicher Konzessionen als Unternehmen im Sinn des deutschen Kartellrechts (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 17; Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 18; BGH, Beschl. v. 15.04.1986, KVR 6/85; Beschl. v. 11.03.1997, KZR 2/96).

bb) Gemeinden haben bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten eine marktbeherrschende Stellung. Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gebiet der jeweiligen Gemeinde beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet eignen (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 20; Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 21 m.w.N.).

cc) Der betroffene Markt ist gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich im Sinn von § 20 Abs. 1 GWB a.F. Der Zugang zum Wegenutzungsrecht ist bereits dadurch eröffnet, dass die Gemeinden aufgrund der Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG fremde Unternehmen dazu aufzufordern haben, sich im Wettbewerb um die Konzession zu bewerben (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 23; Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 24; Urt. v. 06.10.1992, KZR 10/91, BGHZ 119, 335, 339).

b) Die kartellrechtlichen Verbotsvorschriften stehen in Einklang mit dem Energiewirtschaftsrecht und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung nach Art 28 Abs. 2 GG.

aa) Die Regelungen des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG, insbesondere das Diskriminierungsverbot nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG, finden auf die von § 46 Abs. 2 EnWG erfassten Wegenutzungsverträge Anwendung. Die kartellrechtlichen und energiewirtschaftsrechtlichen Anforderungen stimmen insoweit überein (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 27 ff.; Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 27 ff.).

(1) Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG 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. Der Wortlaut dieser Bestimmung erfasst auch Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet (§ 46 Abs. 2 EnWG) gehören. Der in § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG verwendete Begriff "unmittelbare Versorgung" beschränkt den Anwendungsbereich der Norm nicht auf zusätzlichen Direktleitungsbau, § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG, § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 27).

(2) Der Aufbau des § 46 EnWG lässt nicht erkennen, dass die Gemeinden die Entscheidung über den Abschluss der von Absatz 2 dieser Norm erfassten Verträge ohne Bindung an das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG treffen können. Die Bestimmung des § 46 Abs. 2 EnWG enthält eine Laufzeitbeschränkung für Wegerechtsverträge, die dem allgemeinen Versorgungsnetzbetrieb dienen (§ 46 Abs. 2 Satz 1), und statuiert Pflichten des bisher Nutzungsberechtigten beim Vertragsablauf (§ 46 Abs. 2 Satz 2). Daraus ergibt sich keine gegenüber § 46 Abs. 1 EnWG abschließende Regelung. Vielmehr treten diese Bestimmungen für Verträge nach Absatz 2 neben § 46 Abs. 1 EnWG. Nichts anderes gilt für § 46 Abs. 3 EnWG, der für Verträge nach §

46 Abs. 2 EnWG insbesondere Bekanntmachungspflichten bei Laufzeitende und vor einer Vertragsverlängerung vorsieht.

(3) Ferner gilt § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG, wonach die Gemeinden bis zum Angebot des Höchstsatzes der zulässigen Konzessionsabgaben den Abschluss von Wegerechtsverträgen verweigern können, auch - und gerade - für Verträge nach § 46 Abs. 2 EnWG. Mit § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG sollten den Gemeinden ihre bisherigen Konzessionseinnahmen gesichert werden (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 32 f.). Voraussetzung dafür ist die Anwendbarkeit des § 46 Abs. 1 EnWG auf alle Leitungsrechte zur unmittelbaren Versorgung (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 30; Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 29).

bb) Die Pflicht der Gemeinde zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs steht im Einklang mit dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG.

Die Versorgung der Einwohner und ortsansässigen Unternehmen mit Energie ist eine Aufgabe der verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltung. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die im Zusammenhang mit dieser Versorgung stehende wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden keinen rechtlichen Schranken unterläge. Das Recht zur kommunalen Selbstverwaltung besteht vielmehr nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze, zu denen auch das Energiewirtschaftsgesetz zählt (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 40; Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 31 m.w.N.).

Soweit in der aus § 46 Abs. 1, 4 EnWG folgenden Verpflichtung der Gemeinden, auch Eigenbetriebe, Eigengesellschaften und kommunale Beteiligungsgesellschaften bei der Konzessionsvergabe nicht ohne sachlichen Grund zu bevorzugen, überhaupt ein Eingriff in das Recht auf kommunale Selbstverwaltung zu sehen sein sollte, wäre er jedenfalls verhältnismäßig und verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Pflicht zur diskriminierungsfreien Entscheidung über den Netzbetreiber ist zur Förderung des Wettbewerbs um das für den Betrieb des allgemeinen Versorgungsnetzes notwendige Wegenutzungsrecht im Interesse der Allgemeinheit an einer Verbesserung der Versorgungsbedingungen geeignet und erforderlich (vgl. BGHZ 168, 295 Rn. 21 a.E. - Deutsche Bahn/KVS Saarlouis). Die Regelung beschränkt die Gemeinden auch nicht übermäßig. Sie sind nicht gehindert, sich mit einem eigenen Unternehmen oder einem Eigenbetrieb am Wettbewerb zu beteiligen und auf dieser Grundlage gegebenenfalls den Netzbetrieb selbst zu übernehmen (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 41; Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 31 m.w.N.).

2. Aus der Bindung der Gemeinden an das kartellrechtliche Missbrauchs-, Behinderungs- und Diskriminierungsverbot sowie das EnWG ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung.

a) Der gesonderten Feststellung einer Binnenmarktrelevanz der Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte bedarf es zur Bindung an die sich auch aus dem europäischen Primärrecht ergebenden allgemeinen Vergabegrundsätze wie Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung nicht. Ihre Geltung folgt vielmehr bereits aus der Bindung an nationales Kartell- und Energiewirtschaftsrecht. Die aus der Bindung an nationales Kartell- und Energiewirtschaftsrecht hervorgehenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen an die Auswahlentscheidung sind deshalb über eine konzessionsvergaberechtliche, d.h. eine zivilrechtliche Überprüfung der Vergabe hinaus zugleich rechtlicher Maßstab der kartellrechtlichen Überprüfung.

b) Bei der Vergabe von energiewirtschaftsrechtlichen Wegenutzungsrechten gelten insbesondere folgende Anforderungen:

aa) Das Auswahlverfahren muss so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt.

Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das im Zusammenhang mit Auswahl- und Vergabeentscheidungen bestehende Diskriminierungsverbot schließt eine Verpflichtung zur Transparenz ein, um durch einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, dass ein fairer, unverfälschter Wettbewerb eröffnet wird und überprüft werden kann, ob die kartellrechtlichen Verbotsnormen eingehalten worden ist. Aus dem Transparenzgebot folgt als allgemeiner Grundsatz diskriminierungsfreier Auswahlverfahren die Pflicht zur Offenlegung der Entscheidungskriterien der Gemeinde. Diese müssen ebenso wie ihre Gewichtung Wettbewerbsteilnehmern rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 44; Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 35 m.w.N.; vgl. zu Dienstleistungskonzessionen EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005, C-458/03, Rn. 49 - Parking Brixen). Nur so kann eine diskriminierungsfreie Teilnahme aller Interessenten am Auswahlverfahren gewährleistet werden, die ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen ausschließt (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, Rn. 45 f. m.w.N.).

bb) Das Diskriminierungsverbot schließt zudem das allgemeine Gebot ein, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen. Für den Bereich der Konzessionsvergabe wird dieses Gebot durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren. Der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes soll in dem betroffenen örtlichen Bereich zur Erreichung des Ziels des § 1 Abs. 1 EnWG beitragen, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas zu gewährleisten (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 36). Der Zweck des Gesetzes, einen Wettbewerb um das Netz zu erreichen, lässt weitere Auswahlkriterien, die weder konzessionsabgabenrechtlich zulässige Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung noch die Ausrichtung des Netzbetriebs auf die Ziele des § 1 EnWG betreffen nicht zu (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 47).

c) Auch die Bindung der Auswahlentscheidung der Gemeinden an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG steht in Einklang mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 Abs. 2 GG. Denn das Gesetz trägt den widerstreitenden Interessen der Gemeinde bei einer Konzessionsvergabe - nämlich als Nachfrager eines möglichst sicheren und preisgünstigen Netzbetriebs einerseits und als marktbeherrschender Anbieter kommunaler Wegerechte andererseits - abschließend in §§ 46 Abs. 1 Satz 2, 48 Abs. 2 EnWG und § 3 KAV Rechnung.

Nach § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG kann die Gemeinde unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 EnWG verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist. Ihr Interesse als Nachfrager, vom Netzbetreiber eine bestmögliche Leistung zu einem möglichst niedrigen Preis zu erlangen, wird dadurch abschließend berücksichtigt. Das Gesetz regelt ferner in § 3 KAV und gleichfalls abschließend, welche weiteren Leistungen Versorgungsunternehmen und Gemeinden für Wegerechte neben oder anstelle von Konzessionsabgaben vereinbaren oder gewähren dürfen. Damit setzt das Gesetz einer Berücksichtigung der finanziellen Interessen der Gemeinde als marktbeherrschender Anbieterin ebenso klare wie enge Grenzen, die es erst ermöglichen, aber auch gebieten, die Vergabe von Wegenutzungsrechten im Übrigen an dem Bedarf auszurichten, den die Gemeinde als Nachfrager im Interesse aller Netznutzer befriedigen muss. Nicht auf den zulässigen Inhalt des Konzessionsvertrags bezogene Auswahlkriterien müssen an den energiewirtschaftsrechtlichen Zielen orientiert sein, die mit dem Wettbewerb um das Netz und der Auswahl des bestgeeigneten Bieters erreicht werden sollen (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 45).

3. Genügt eine Konzessionsvergabe diesen Anforderungen ohne rechtfertigenden Grund nicht, liegt - wie hier - ein Verstoß gegen Kartellrecht vor.

IV. Im Einzelnen:

1. Die Beteiligte zu 1) hat gegen das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 GWB verstoßen. Sie hat ihre marktbeherrschende Stellung bei der Vergabe der Stromkonzession an die Beteiligte zu 2) missbraucht, indem sie ein Auswahlverfahren unter Missachtung gesetzlicher Vorschriften durchgeführt und sich in rechtlich zu beanstandender Weise für eine Vergabe der Wegenutzungsrechte an die Beteiligte zu 2) entschieden hat.

a) Nach § 19 Abs.1, Abs. 4 Nr. 1 GWB a.F. handelt ein marktbeherrschender Anbieter oder Nachfrager missbräuchlich, wenn er die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen liegt bei jeder für ein Unternehmen wettbewerbslich nachteiligen Maßnahme vor. Der missbräuchliche Charakter ergibt sich aus dem Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung (Götting in: Loewenheim/ Meessen/ Riesenkampff, a.a.O., S. 1872; Bechtold, a.a.O, § 19 Rn. 76 f., 81).

Ausgehend von diesen Maßstäben hat die Beteiligte zu 1) in mehrfacher Hinsicht missbräuchlich gehandelt.

aa) Eine Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen lag allerdings nicht bereits in dem Abschluss der Konsortialverträge vom 06.05.2009 und vom 13.04.2010, weil sich die Vertragsparteien in der "2. Konsortialvereinbarung" vom 13.04.2010 unter Änderung der in der "1. Konsortialvereinbarung" vom 06.05.2009 getroffenen Absprachen auf die Durchführung eines Auswahlverfahrens, d.h. auf die Durchführung eines Wettbewerbs um die Vergabe der Wegenutzungsrechte verständigt hatten, den sie später auch durchgeführt haben. Allein in den Konsortialabsprachen kann eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht gesehen werden.

bb) Ebenso wenig kann eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs in einer unterlassenen Eignungsprüfung der Beteiligten zu 2) gesehen werden. Ein solcher Vorwurf ist nicht gerechtfertigt. Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung war von daher aufzuheben.

Die Beteiligte zu 1) hat ausweislich der Verwaltungsvorlage vom 22.06.2012 eine Eignungsprüfung der Beteiligten zu 2) durchgeführt und sich zur Feststellung der technischen Leistungsfähigkeit auf die langjährigen Erfahrungen der Mehrheitsgesellschafter der Beteiligten zu 2), der H... GmbH und der Stadtwerke L... GmbH in der Wasser- und Energieversorgung gestützt, die sie als Grundlage eines zukünftigen Netzbetriebs durch die Beteiligte zu 2) als hinreichend bewertet hat. Das ist nicht zu beanstanden.

(1) Mit der vergaberechtlichen Pflicht des Auftraggebers, die Eignung der am Auftrag interessierten Unternehmen zu prüfen, korrespondiert das Recht, die Vorlage von Eignungsnachweisen zu fordern. Es ist Sache des Auftraggebers, das Anforderungsprofil an die Eignung zu bestimmen und die zum Nachweis erforderlichen Unterlagen festzulegen. Anforderungen an die Eignung von Bietern müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.12.2012, VII-Verg 30/12, Rn. 23). In diesem Rahmen ist der Auftraggeber bei seinen Festlegungen weitgehend frei (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 04.10.2010, 1 Verg 8/10, Rn. 20, 21).

Die Pflicht zur Prüfung der Eignung interessierter Unternehmen besteht, wie die Landeskartellbehörde zutreffend angenommen hat, auch für Gemeinden bei der Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte. Dies ergibt sich für die Beteiligte zu 1) bereits aus den

kommunalen Haushalts- und Wirtschaftsgrundsätzen der §§ 75, 109 GO NRW. Die Gemeinde darf keine Konzessionsvergabe an ein Unternehmen befürworten, das aufgrund gesicherter Erkenntnisse nicht fachkundig und/oder nicht leistungsfähig oder aus rechtlichen Gründen gehindert ist, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.07.2006, VII-Verg 25/06, Rn. 22). Mit der Pflicht zur Eignungsprüfung korrespondiert das Recht, die Vorlage von Eignungsnachweisen eigenverantwortlich festzulegen. Dieses Recht beinhaltet zugleich, auf die Vorlage von Nachweisen verzichten zu dürfen. Bei der durchzuführenden materiellen Eignungsprüfung steht dem Auftraggeber darüber hinaus eine Einschätzungsprärogative zu, weil die Entscheidung, ob das Unternehmen für die Vertragsausführung geeignet ist oder nicht, prognostische Elemente aufweist. Der der Gemeinde bei der Prognoseentscheidung über die Eignung eines Unternehmens zustehende Beurteilungsspielraum kann nur daraufhin überprüft werden, ob sie die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet, das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, den zugrunde gelegten Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.08.2011, VII-Verg 34/11, Rn. 51; Beschl. v. 24.02.2004 - VII-Verg 88/04; v. 22.09.2005 - VII-Verg 49/05 und 50/05; v. 04.02.2009 - VII-Verg 65/08).

Gemessen an diesen Vorgaben ist die getroffene Entscheidung der Beteiligten 1), die Beteiligte zu 2) sei zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen geeignet, nicht zu beanstanden. Sie hat selbst aufgestellte Vorgaben eingehalten und sowohl die Beteiligte zu 2) als auch die Beteiligte zu 3) nach gleichen Maßstäben bewertet. Dies ergibt sich aus der in der Verwaltungsvorlage vom 22.06.2012 dokumentierten Wertungsentscheidung. Danach hat die Beteiligte zu 1) für die Beteiligte zu 2) eine positive Prognose im Hinblick auf Ressourcen und Kompetenz für einen Netzbetrieb ausgestellt, die sie auf die Erfahrungen der Mehrheitsgesellschafter der Beteiligten zu 2) gestützt hat. Diese kann sich auf den Gesichtspunkt der Eignungsleihe berufen (vgl. § 7 Abs. 9 VOL/A-EG).

(2) Das EnWG macht Gemeinden bei der Auswahl des Unternehmens weder in § 46 Abs. 1, Abs. 3 noch in § 1 EnWG Vorgaben, anhand derer die Eignung des Bewerbers für den späteren Netzbetrieb zu prüfen ist. Dass ein Netzbetreiber die erforderliche Eignung haben muss, d.h. personell, technisch und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sein muss, ergibt sich energiewirtschaftsrechtlich mittelbar aus § 4 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG, wonach die Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes einer behördlichen Genehmigung bedarf, die nur versagt werden darf, wenn der Antragsteller ungeeignet im vorgenannten Sinn ist. Wie auch die Landeskartellbehörde in der Beschwerdeerwiderung einräumt, findet das erforderliche Genehmigungsverfahren in der Praxis nach Abschluss des Konzessionsvertrags und gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 EnWG innerhalb von sechs Monaten nach Vorlage vollständiger Antragsunterlagen statt. Das bedeutet zugleich, dass für die Vergabe von energierechtlichen Wegenutzungsrechten eine Genehmigung nach dem EnWG nicht erforderlich ist. Dies entspricht auch im Übrigen allgemeinem Vergaberecht, nach dem für die Leistungserbringung erforderliche Genehmigungen erst im Zeitpunkt der Vertragsausführung vorliegen müssen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.06.2013, VII-Verg 4/13, BA 14). Die Eignung eines Unternehmens zum Betrieb eines Energieversorgungsnetzes, insbesondere seine Fachkunde und Leistungsfähigkeit sowie der Umstand, dass es zu den ausgeschriebenen Leistungen berechtigt ist, muss zwar im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung geklärt sein und in diesem Zeitpunkt bejaht werden können (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.07.2006, VII-Verg 25/06, Rn. 22; Beschl. v. 19.9.2002 - Verg 41/02). Die Erteilung einer Genehmigung nach § 4 EnWG und deren Vorlage im Zeitpunkt der Angebotsabgabe kann von Bietern nicht verlangt werden. Dies wäre unangemessen, weil von Bietern nicht zu erwarten ist, dass sie schon zum Zweck der Eignungsprüfung alle Vorbereitungen treffen, die für einen Netzbetrieb erforderlich sind. Die von der Beteiligten zu 1) getroffenen Festlegungen von Anforderungen an die Eignung ist ebenso wenig wie die später durchgeführte Eignungsprüfung auch unter energiewirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden.

cc) Die Beteiligte zu 1) hat bei der Festlegung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung ebenso wie bei der Bewertung der eingereichten Angebote in vielfältiger Weise formelle und materielle

Anforderungen an das Auswahlverfahren missachtet und dadurch das Transparenzgebot verletzt. Das stellt zugleich einen Verstoß des Auswahlverfahrens gegen § 46 Abs. 1 EnWG und eine Diskriminierung der im durchgeführten Wettbewerb unterlegenen Beteiligten zu 3) dar.

(1) Die Beteiligte zu 1) hat in mehrfacher Hinsicht Bekanntmachungspflichten verletzt und Transparenzfordernisse missachtet. Ein Auftraggeber hat für Transparenz und Gleichbehandlung zu sorgen und Auswahlkriterien sowie deren Gewichtung festzulegen, anhand derer er seine Auswahlentscheidung treffen will, diese rechtzeitig bekannt zu geben und die Bewertung anhand der bekannt gemachten Kriterien vorzunehmen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.05.2011, VII-Verg 64/10, Rn. 38; Beschl. v. 03.08.2011, VII-Verg 16/11, Rn. 46; Beschl. v. 03.03.2010, VII-Verg 48/09, Rn. 44 ff.; Beschl. v. 30.07.2009, VII-Verg 10/09, Rn. 48.).

Im Einzelnen:

(a) Die Beteiligte zu 1) hat der Angebotswertung teilweise Unterkriterien zugrunde gelegt, die sie Bietern zuvor nicht mitgeteilt hat. Das eröffnete ihr bei der späteren Angebotswertung unzulässige Manipulationsmöglichkeiten.

(aa) In ihrem 1. Verfahrensbrief führte sie den folgenden Kriterienkatalog, bestehend aus Auswahlkriterien, Unterkriterien und Unterunterkriterien mit folgender Gewichtung auf:

Konzessionsvertrag (30 Prozent)

- Versorgungssicherheit
- Bürgerfreundlichkeit
- Wirtschaftliche Tragfähigkeit des Vertrags
- Ausgestaltung einer Folgekostenregelung
- Kommunalen Handlungsspielraum bezüglich der Vertragslaufzeit
- Aussagen zu möglichst frühzeitigen Auskunftsansprüchen bei Ablauf des Konzessionsvertrags

Endschaftsbestimmungen (10 Prozent)

- Parameter hinsichtlich der Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung
- Regelungen im Fall einer Netzübernahme bei Neukonzessionierung
- Entflechtungskostenregelung

Gemeindlicher Einfluss auf den Netzbetrieb (15 Prozent)

- Einflussmöglichkeiten auf den kommunalen Netzbetrieb
- Einbindung bei Baumaßnahmen oder der Netzausbauplanung
- Aussagen mit Blick auf
- eventuelle Umstrukturierungen des sich bewerbenden Unternehmens

- etwaiger Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen
- oder der Gesellschafterstruktur während der Vertragslaufzeit

Beschäftigung netzbetriebsnotwendigen Personals im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit

(15 Prozent)

- Zuverlässigkeit des Netzbetreibers
- Verfügbarkeit des Netzservices und des Notdienstes
- Sicherstellung einer möglichst stabilen und unterbrechungsfreien

Versorgung im Netzgebiet

- qualitativ hochwertige und effiziente Versorgung und Plausibilität

des Konzepts

Betriebsstätte für den Netzbetrieb im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit (15 Prozent)

- Aussagen über eine ständige Präsenz vor Ort oder in unmittelbarer Umgebung
- Vorhandensein von Material vor Ort durch ständige Präsenz
- Räumliche und zeitliche Verfügbarkeit des Kundenservices

Energie- und Klimaschutzkonzept und Bürger- und Kundenfreundlichkeit

(15 Prozent)

- Umweltverträglichkeit und Verbraucher- und Kundenfreundlichkeit
- Aussagen zur Förderung regenerativer Energien
- Maßnahmen, die über die gesetzlichen Verpflichtungen nach dem EEG und EnWG hinausgehen
- Klimaschutzkonzepte
- Bereitschaft zur Unterstützung von Bürgerbeteiligungsmodellen
- Kundenservice für Netzkunden

Der Wertung der Angebote legte sie indes den folgenden Kriterienkatalog zugrunde:

Qualität des Konzessionsvertrags:

- Konzessionsabgabe und Kommunalrabatt
- Baumaßnahmen und Folgekostenregelung/Folgepflicht
- Erdverkabelung bei Erneuerung und Ausbau von Verteilungsanlagen
- Verlegung von Leerrohren für die Gemeinde gegen Mehrkostenausgleich
- Vertragslaufzeit und Kündigungsmöglichkeiten
- Sonderkündigungsrecht
- Frühzeitige Auskunftsrechte über
- kalkulatorischen Restwert
- historische Anschaffungs- und Herstellungskosten (AHK)
- Netznutzungsmengen
- Erlöspfade zwei bis drei Jahre vor Vertragsende

Endschaftsbestimmungen

- Transparenz der Berechnungsmethode
- Rechtssicherheit

Gemeindlicher Einfluss auf den Netzbetrieb

- Gewährung eines Sonderkündigungsrechts
- Einflussgrad wie bei einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung

Beschäftigung netzbetriebsnotwendigen Personals im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit

- Rekrutierung von Personal mit der Vorgabe des Wohnsitzes innerhalb oder

in unmittelbarer Nähe des Netzgebiets und der Betriebsstelle

Betriebsstätte für den Netzbetrieb im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit

- regionale Standorte

Energie- und Klimaschutzkonzept und Bürger- bzw. Kundenfreundlichkeit

(bb) Ein Vergleich der im 1. Verfahrensbrief aufgeführten Auswahlkriterien nebst Unter- und Unterunterkriterien mit den bei der Wertung angewendeten Auswahlkriterien, Unterkriterien und Unterunterkriterien zeigt, dass die im Verfahrensbrief bekannt gemachten Kriterien nur teilweise mit den später tatsächlich angewendeten Kriterien übereinstimmen.

Obwohl das Kriterium der Versorgungssicherheit im 1. Verfahrensbrief mehrfach ausdrücklich als Bewertungskriterium erwähnt worden ist, nämlich zur Bewertung der Auswahlkriterien "Konzessionsvertrag", "Beschäftigung netzbetriebsnotwendigen Personals im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit" und "Betriebsstätte für den Netzbetrieb im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit", ist es nach der dokumentierten Angebotswertung an keiner Stelle ausdrücklich als Grundlage der Wertung herangezogen worden. Umgekehrt wurde im Verfahrensbrief nicht erwähnt, dass im Rahmen des Auswahlkriteriums "Endschaftsbestimmungen" besonderer Wert auf die Transparenz und Rechtssicherheit der Berechnungsmethode gelegt wird. Nicht bekannt gemacht worden sind auch die Unterkriterien "Rekrutierung von Personal mit der Vorgabe des Wohnsitzes innerhalb oder in unmittelbarer Nähe des Netzgebiets und der Betriebsstätte" und "Schaffung regionaler Standorte", die die Beteiligte zu 1) der Angebotswertung zugrunde gelegt und als ausschlaggebende Kriterien einer Besserbewertung des Angebots der Beteiligten zu 2) herangezogen hat.

(b) Gewichtungen von Unter- und Unterunterkriterien sind in unzulässiger Weise gänzlich unterblieben. Auch das eröffnete der Beteiligten zu 1) bei der späteren Angebotswertung unzulässige Manipulationsmöglichkeiten.

(c) Allerdings ergibt die Auslegung des 1. Verfahrensbriefs (§§ 133, 157 BGB), dass die Beteiligte zu 1) darin unter Ziffer 3.2. nicht lediglich eine in Teilen unvollständige Bewertungsmatrix hat erstellen wollen. Der aufgeführte Kriterienkatalog ist vielmehr zugleich als ein Leistungsverzeichnis zu verstehen, das auch teilfunktionale Elemente enthält.

(aa) Dass der Kriterienkatalog zugleich die Leistung beschreiben sollte und zu diesem Zweck auch funktionale Elemente verwendet worden sind, geht aus Formulierungen hervor, die zur Beschreibung der Auswahlkriterien gebraucht worden sind. So ist beim Auswahlkriterium "Konzessionsvertrag (30 Prozent)" ausgeführt, bewertet würden "Aussagen" zu "möglichst frühzeitigen Auskunftsansprüchen"; zum Auswahlkriterium "Endschaftsbestimmungen (10 Prozent)" ist bemerkt, bewertet werde die "Ausgestaltung relevanter Parameter"; zum Auswahlkriterium "Gemeindlicher Einfluss auf den Netzbetrieb (15 Prozent)" ist gesagt, Ziel sei eine "Harmonisierung der Unternehmensstrategie des sich bewerbenden Unternehmens mit der kommunalen Infrastrukturplanung", es werde u.a. bewertet, inwieweit das Angebot "Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf den kommunalen Netzbetrieb" vorsehe und welche "Aussagen" der jeweilige Bewerber "mit Blick auf eventuelle Umstrukturierungen des sich bewerbenden Unternehmens oder etwaiger Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen oder der Gesellschafterstruktur während der Vertragslaufzeit" mache. Ähnliche Formulierungen hat die Beteiligte zu 1) auch bei dem Auswahlkriterium "Energie- und Klimaschutzkonzepte und Bürger- bzw. Kundenfreundlichkeit (15 Prozent)" gewählt und bei den am Verfahren beteiligten Unternehmen Anregungen, Vorschläge und Konzepte abgefragt, ohne in der Leistungsbeschreibung konkrete Vorgaben gemacht zu haben. Darüber hinaus hat die Beteiligte zu 1) einen Konzessionsvertrag nicht selbst erstellt, sondern auf die Bieter verlagert und auch hierdurch eine Beteiligung bei der Ausgestaltung der Leistungen gefordert.

(bb) Derartige teilfunktionale Leistungsverzeichnisse sind zulässig, soweit sie zweckmäßig sind. Im Vergaberecht ist eine funktionale Ausschreibung im Gegensatz zu einer Ausschreibung mit konstruktiver Leistungsbeschreibung dadurch gekennzeichnet, dass der Auftraggeber bestimmte Einschätzungen, Planungen und Gestaltungen der Leistung, aber auch Risiken auf den Unternehmer verlagert. Typischerweise kombiniert die funktionale Leistungsbeschreibung einen Wettbewerb, der eine Konzeptionierung der Leistung zum Gegenstand hat, mit der Vergabe der Leistung als solcher und unterscheidet sich dadurch vom reinen Wettbewerb um einen klar umrissenen und beschriebenen Auftrag. Dass Unternehmen dabei Aufgaben übernehmen sollen, die an sich dem Auftraggeber obliegen - so z. B. die Vorlage eines Vertragsentwurfs -, lässt die funktionale Ausschreibung nicht per se unzulässig werden. Deren Wesen liegt nämlich gerade darin, dass der

Auftraggeber auf Unternehmenseite vorhandenes Knowhow abschöpfen will und dies grundsätzlich auch tun darf. Gleiches gilt für eine Ausschreibung, die nur teilweise funktionale Elemente enthält (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.12.2013, VII-Verg 22/13, BA 9 f.; Beschl. v. 19.06.2013, VII-Verg 7/13 - juris Tz. 42). Zweckmäßigkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung ist im vorliegenden Fall nicht zu verneinen.

(cc) Die Funktionalität der Ausschreibung entband die Beteiligte zu 1) aber nicht von der Pflicht, alle von ihr für die Aufgabenerfüllung wesentlichen Anforderungen sowie die Auswahlkriterien, deren Unterkriterien und Unterunterkriterien ebenso wie deren Gewichtungen mit dem 1. Verfahrensbrief durch eine entsprechende Mitteilung offen zu legen. Denn auch die teilfunktionale Ausschreibung unterliegt bestimmten allgemeinen Anforderungen und Beschränkungen. Sie obliegt zwar zum einen dem Ermessen des Auftraggebers, das er durch Zweckmäßigkeitsüberlegungen und deren Abwägung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit auszufüllen hat. Zum anderen muss aber auch die teilfunktionale Ausschreibung Anforderungen an die Bestimmtheit und Transparenz genügen. Der Auftraggeber muss bei einer funktionalen Ausschreibung vielmehr insoweit selbst die notwendigen Festlegungen treffen, als er die Auswahlkriterien, das Leistungsziel, die Rahmenbedingungen und die wesentlichen Einzelheiten der Leistung in der Aufgaben- oder Leistungsbeschreibung anzugeben hat. Denn auch die teilfunktionale Ausschreibung soll Missverständnisse bei den Bietern vermeiden und damit letztlich sicherstellen, dass miteinander vergleichbare Angebote abgegeben und bewertet werden (vgl. zum Ganzen OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.06.2013, VII-Verg 7/13, Rn. 44 m.w.N.).

(dd) Diesen Anforderungen genügte die Leistungsbeschreibung nicht, weil wesentliche Anforderungen, die die Beteiligte zu 1) in den Angeboten erfüllt wissen wollte, interessierten Unternehmen in den Vergabeunterlagen nicht mitgeteilt worden waren. Die Leistungsbeschreibung war deshalb intransparent.

(aaa) Das gilt z.B. für das Wertungskriterium "Rekrutierung von Personal mit der Vorgabe des Wohnsitzes innerhalb oder in unmittelbarer Nähe des Netzgebiets und der Betriebsstätte" und "Schaffung regionaler Standorte". Hiermit verfolgte die Beteiligte zu 1) nach der Beschlussvorlage an den Rat der Beteiligten zu 1) vom 01.03.2012 neben dem Ziel einer unterbrechungsfreien und verbraucherfreundlichen Versorgung vor allem auch arbeitsmarktpolitische Ziele. In der Beschlussvorlage ist ausgeführt, mit den Kriterien "Beschäftigung netzbetriebsnotwendigen Personals im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe..." sowie "Betriebsstätte für den Netzbetrieb im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe..." werde eine stabile, möglichst unterbrechungsfreie und damit verbraucherfreundliche Versorgung bezweckt, wobei mittelbar "... arbeitsmarktpolitische Ziele" verfolgt würden, "...auch wenn sie als eigenständiges Kriterium mangels Netzbezug .. unzulässig ..." seien. Obwohl die Beteiligte zu 1) die Verfolgung arbeitsmarktpolitischer Ziele für unzulässig hielt, hat sie diese der Wertungsentscheidung als wesentliches Kriterium zugrunde gelegt. Das ergibt sich aus der in der Verwaltungsvorlage vom 22.06.2012 dokumentierten Wertungsentscheidung, nach der das Angebot der Beteiligten zu 2) auch deshalb vorzugswürdig sei, weil es einen "näheren lokalen Bezug" und "die Fortentwicklung eines regionalen Standortkonzepts" ermögliche. Unabhängig davon, ob mit der Auswahl des Bewerbers verfolgte arbeitsmarktpolitische Ziele zulässig waren, erforderte sowohl die Bestimmtheit als auch die Transparenz der Leistungsbeschreibung eine Offenlegung aller entscheidungsrelevanten Parameter, sofern ihre spätere Verwendung in der Wertung beabsichtigt waren.

(bbb) Gleiches gilt für das Auswahlkriterium "Gemeindlicher Einfluss auf den Netzbetrieb (15 Prozent)". Auch dieses Kriteriums enthält im 1. Verfahrensbrief teilfunktionale Leistungselemente, die die Beteiligte zu 1) nicht hinreichend bestimmt vorgegeben und transparent bekannt gemacht hat.

Im Verfahrensbrief steht, Ziel dieses Kriteriums sei eine "Harmonisierung der Unternehmensstrategie des sich bewerbenden Unternehmens mit der kommunalen Infrastrukturplanung", es werde u.a. bewertet, inwieweit das Angebot "Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf den kommunalen Netzbetrieb bzw. ihre Einbindung bei Baumaßnahmen oder der Netzausbauplanung" vorsehe und welche "Aussagen" der jeweilige Bewerber "mit Blick auf eventuelle Umstrukturierungen des sich bewerbenden Unternehmens oder etwaiger Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen oder der Gesellschafterstruktur während der Vertragslaufzeit" mache. In der in der Verwaltungsvorlage vom 22.06.2012 (dort S. 11) dokumentierten Wertung der Angebote heißt es hingegen:

"Zwar sieht das Angebot der H2... (Bemerkung: Beteiligte zu 2) keine vergleichbare Regelung (wie das von R...) über die Einrichtung eines Energiebeirats oder ähnliches vor. Allerdings ergibt sich der Einfluss auf den Netzbetrieb mittelbar aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Struktur der H2... Denn die Gemeinde ist selbst an einem der Gesellschafter der H2... beteiligt (H2... GmbH) und hat insoweit die Möglichkeit zur Einflussnahme. Durch die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung sichert H2... die kommunale Einflussmöglichkeit, wohingegen die von der R... angebotene Einrichtung eines Energiebeirats lediglich dem Austausch von Informationen dient und insoweit weniger kommunale Einflussnahme auf den Netzbetrieb gewährleistet.

Die Gemeinde verbindet mit der Wahl des Konzessionärs u.a. auch die Frage ihrer unternehmerischen Ausrichtung (z.B. kommunales Bekenntnis) und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Sie hat ein Interesse an der langfristigen Zusammenarbeit mit genau diesem Konzessionär. Sofern der Konzessionär als Vertragspartner bestehen bleibt, aber wesentliche Änderungen des Gesellschafterkreises (und damit ggf. auch der Mitbestimmung) erfährt, könnte sich dadurch die unternehmerische Ausrichtung ändern..."

Die der Wertung der Angebote zugrunde gelegten Erwägungen stehen mit den im 1. Verfahrensbrief gestellten Anforderungen und mitgeteilten Kriterien nicht in Einklang. Aus der dokumentierten Wertungsentscheidung der Beteiligten zu 1) ergibt sich, dass sie für die Übertragung des Netzbetriebs ein kommunal geprägtes Beteiligungsunternehmen suchte, an dem sie selbst Gesellschaftsanteile - wenn auch nur in der Form einer Minderheitsbeteiligung - halten kann. Dies verband sie mit einem "kommunalen Bekenntnis", das ihrer, der Beteiligten zu 1), unternehmerischen Ausrichtung und Leistungsfähigkeit dienen sollte. Einen solchen Zweck der Ausschreibung konnten Bieter dem Verfahrensbrief nicht entnehmen. Gemeindliche Einflussmöglichkeiten auf den Netzbetrieb wurden darin vielmehr mit Infrastrukturplanungen, d.h. Baumaßnahmen und Ausbauplänen, in Zusammenhang gebracht, nicht aber mit einer kommunal geprägten Beteiligungsgesellschaft, auf die der Netzbetrieb übertragen werden und an der die Beteiligte zu 1) gesellschaftsrechtlich beteiligt sein sollte. Die Leistungsbeschreibung war insoweit intransparent. Die Übertragung des Netzbetriebs auf ein kommunal geprägtes Beteiligungsunternehmen, an dem die Beteiligte zu 1) Gesellschaftsanteile hält, wäre - transparente Bekanntmachung unterstellt - darüber hinaus als Ziel des Auswahlverfahrens unzulässig gewesen. Es hätte Bieter, die den Netzbetrieb im eigenen Unternehmen und ohne die Möglichkeit gesellschaftsrechtlicher Beteiligung einer Kommune betreiben wollen, von vornherein vom Wettbewerb ausgeschlossen und diskriminiert. Kapitalgesellschaften, wie die Beteiligte zu 3), können gemeindliche Einflussmöglichkeiten zum einen anders als Personengesellschaften nicht durch gesellschaftsrechtliche Beteiligungen sondern nur durch die Einrichtung eines Beirats ermöglichen. Ein Wettbewerb um Wegenutzungsrechte darf darüber hinaus nicht von vornherein auf kommunal geprägte Unternehmen beschränkt werden. Dass die Beteiligte zu 1) das zuvor nicht transparent bekannt gemachte Ziel, den Netzbetrieb auf ein kommunal geprägtes Beteiligungsunternehmen zu übertragen, an dem sie Gesellschaftsanteile hält, darüber hinaus bei der Wertung der Angebote berücksichtigt hat, war ebenfalls rechtswidrig und diskriminierend.

(e) Eine weitere Verletzung von Transparenz- und Bekanntmachungspflichten ist darin zu sehen, dass die Beteiligte zu 1) das beabsichtigte Vorgehen bei der Wertung der Angebote nicht mitgeteilt hat.

Nach Ziffer III. der Verwaltungsvorlage vom 22.06.2012 sollte der Wertungsvorgang durchgeführt werden, indem innerhalb eines Auswahlkriteriums das jeweils "vorzugswürdigere Angebot" die Höchstwertung entsprechend der Gewichtung erhalten sollte und die anderen Angebote mit Wertungsabzügen versehen werden sollten. Die Methode, nach der ein öffentlicher Auftraggeber festgelegte Auswahlkriterien bewertet, ist Bietern rechtzeitig vor Abgabe der Angebote bekannt zu machen.

dd) Des Weiteren hat die Beteiligte zu 1) bei der Festlegung der Auswahlkriterien die Ziele des § 1 EnWG nicht oder jedenfalls nicht vorrangig beachtet, gegen § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG verstoßen und hierdurch interessierte Unternehmen diskriminiert.

(1) Der Gesetzeszweck einer preisgünstigen Versorgung ist im Kriterienkatalog der Beteiligten zu 1) rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt worden.

Dem Unterkriterium "Kommunalrabatt" zum Auswahlkriterium "Qualität des Konzessionsvertrags" kann zwar ein gewisser Bezug zu diesem Ziel entnommen werden, weil ein solcher Rabatt die Leistungsfähigkeit der Gemeinden steigern und dies der Bevölkerung zu Gute kommen kann. Da der Preisnachlass für den Eigenverbrauch der Gemeinde aber nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV zu den Leistungen gehört, die neben oder anstelle von Konzessionsabgaben vereinbart werden dürfen, und damit Gegenleistungen für die Einräumung des Wegenutzungsrechts sind, kann seine Berücksichtigung die Bewertung eines Angebots im Hinblick auf den Gesetzeszweck einer preisgünstigen Versorgung nicht ersetzen. Mit einer preisgünstigen Versorgung beim Netzbetrieb werden vielmehr die nicht rabattierten Netzentgelte angesprochen, bei denen trotz Regulierung erhebliche Unterschiede zwischen Bewerbern bestehen können, insbesondere, weil in die Regulierung der Effizienzwert des Netzbetreibers einfließt (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 86 mit Hinweis auf Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 470).

(2) Das Ziel der Effizienz kommt im Kriterienkatalog der Beteiligten zu 1) nicht vor.

(3) Dem Ziel der Umweltverträglichkeit wird durch das Auswahlkriterium "Energie- und Klimaschutzkonzepte" sowie dem Unterkriterium "Erdverkabelung" zum Auswahlkriterium "Baumaßnahmen und Folgekostenregelung/Folgepflicht" hinreichend Rechnung getragen. Nach dem Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg (dort S. 4) findet das Ziel der Umweltverträglichkeit in Beratungsleistungen zur Entwicklung der lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung und Bürgerinformation zur Akzeptanzstärkung seinen Ausdruck. Hierzu gehören auch Energiekonzepte im Rahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 1, 2. Halbsatz KAV. Allerdings liegt sowohl in der fehlenden Gewichtung des Unterkriteriums "Erdverkabelung" als auch in der unterlassenen Bekanntmachung dieses Unterkriteriums ein Verstoß des Auswahlverfahrens gegen § 46 Abs. 1 EnWG.

(4) Dem Ziel der Versorgungssicherheit ist nicht Rechnung getragen worden. Es findet zwar in den im Verfahrensbrief aufgeführten Auswahlkriterien Eingang in das Vergabeverfahren durch Erwähnung bei den Kriterien "Konzessionsvertrag", "Beschäftigung netzbetriebsbezogenen Personals im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit" sowie "Betriebsstätte für den Netzbetrieb im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit". Die Beteiligte zu 1) hat dem Ziel der Versorgungssicherheit aber im Rahmen der Angebotswertung nicht entsprochen. Bei der Wertung des Auswahlkriteriums "Qualität des Konzessionsvertrags" hat sie der Versorgungssicherheit entgegen der Mitteilung im Verfahrensbrief keine Bedeutung beigemessen. Bei der Wertung des Auswahlkriteriums "Beschäftigung netzbetriebsbezogenen Personals im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit (15 Prozent)" hat sie Versorgungssicherheit zwar erwähnt, diese tatsächlich aber keiner Prüfung unterzogen. In der Wertungsbegründung heißt es: " Die H2...

(Beteiligte zu 2) ... hat in ihr Angebot eine ausdrückliche vertragliche Regelung in dieser Hinsicht aufgenommen und weiterhin geregelt, dass die Rekrutierung von Personal mit der Vorgabe des Wohnsitzes innerhalb oder in unmittelbarer Nähe des Netzgebiets und der Betriebsstelle verlangt wird. Das Angebot der H2... (Beteiligten zu 2) ist attraktiver, da es durch die Aufnahme in den Konzessionsvertrag verbindlicher ist und ein näherer lokaler Bezug mit Blick auf die Versorgungssicherheit vorliegt." Das ist in mehrfacher Hinsicht zu beanstanden.

Zum einen ist von Bietern im 1. Verfahrensbrief nicht verlangt worden, konkrete Verpflichtungen im Konzessionsvertrag vorzuschlagen, mit welchen Maßnahmen die Versorgungssicherheit sichergestellt werden soll. In den Unterkriterien zum Auswahlkriterium "Konzessionsvertrag" ist eine entsprechende vertragliche Regelung im Verfahrensbrief auch nicht erwähnt worden. Zum anderen hat sich die Beteiligte zu 1) mit den Ausführungen der Beteiligten zu 3) im Begleitschreiben zu den vorgelegten Angeboten vom 03.05.2012 inhaltlich nicht auseinander gesetzt. Darin führte die Beteiligte zu 3) aus, sie unterhalte ein dichtes Infrastrukturnetz sowohl im Hinblick auf die personelle Ausstattung als auch bezogen auf unterhaltene Betriebsstätten. Sie übernahm des Weiteren ausdrücklich die Gewähr für eine 24-stündige Verfügbarkeit qualifizierter und ortsansässiger Mitarbeiter und wies darauf hin, dass die Bundesnetzagentur ihr beim Betrieb von Verteilnetzen einen Effizienzgrad von 100 % bescheinigt habe. Mit diesen Ausführungen, die im Zusammenhang mit dem Angebot abgegeben worden und deshalb verbindlich sind, hat sich die Beteiligte zu 1) bei der Wertung der Angebote inhaltlich nicht befasst. In der Wertungsentscheidung hat sie sich im Rahmen der Wertung des Kriteriums "Beschäftigung netzbetriebsbezogenen Personals im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit (15 Prozent)" auf die Feststellung beschränkt, das Angebot der Beteiligten zu 2) sei "attraktiver", weil es durch die Aufnahme vertraglicher Regelungen im Hinblick auf die personelle Verfügbarkeit in der örtlichen Bereitschaft des Netzbetriebs in den Konzessionsvertrag "verbindlicher" sei. Im Rahmen der Wertung des Kriteriums "Betriebsstätte für den Netzbetrieb im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit" hat sie ausgeführt, das Angebot der Beteiligten zu 2) sei verbindlicher weil es Regelungen mit Blick auf eine Betriebsstätte im Netzgebiete oder in unmittelbarer Nähe dazu zum Zweck der Sicherstellung der Versorgungssicherheit beinhalte..." Das Abstellen auf eine "Verbindlichkeit" im Sinn einer ausdrücklichen Regelung im Konzessionsvertrag war mit Blick darauf, dass die Beteiligte zu 3) bisherige Konzessionsnehmerin ist und ein durch die Bundesnetzagentur zertifiziertes Netz betreibt, sachfremd und unangemessen. Es wurde dem Ziel der Versorgungssicherheit nach § 1 EnWG auch inhaltlich nicht gerecht. Das stellt einen Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG dar, nach dem das Auswahlverfahren an den Zielen des § 1 EnWG auszurichten ist.

(5) Im Ergebnis ist auch das Auswahlkriterium "Gemeindlicher Einfluss auf den Netzbetrieb (15 Prozent)" als nicht vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG ausgerichtet zu beanstanden. Auch insoweit verstößt das Auswahlverfahren gegen § 46 Abs. 1 EnWG.

(a) Es ist allerdings nicht zu beanstanden, wenn die Gemeinde ein Angebot besser bewertet, das es ihr erlaubt, auch nach der Konzessionsvergabe das Interesse an der weiteren Ausgestaltung des Netzbetriebs zu verfolgen. Dazu zählen etwa Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf Effizienz, Sicherheit und Preisgünstigkeit des Netzbetriebs oder zur Absicherung ihrer Planungshoheit bei Netz- oder Kapazitätserweiterungen oder Maßnahmen zur Modernisierung des Netzes. Unbedenklich ist daher, als Wertungskriterium beim Angebotsvergleich derartige Einflussmöglichkeiten (insbesondere Informations- und Nachverhandlungspflichten, Mitwirkungs- und Konsultationsrechte) zu berücksichtigen, wie sie auf vertragsrechtlicher Grundlage geschaffen werden können, um insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Entwicklung der Gemeinde über die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrags und die sich hieraus ergebenden veränderten Anforderungen an den Netzbetrieb nicht zuverlässig vorhersehbar sind (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 52).

(b) Auch scheidet die Zulässigkeit dieses Auswahlkriteriums in der Ausschreibung der Beteiligten zu 1) nicht daran, dass legitime Einflussmöglichkeiten auf den Netzbetrieb, welche die Gemeinde für unverzichtbar hält, nach der Ansicht des BGH bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung für den Konzessionsvertrag für alle Angebote verbindlich vorgeben werden müssen (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 53). Wie oben ausgeführt worden ist, stellt der von der Beteiligten zu 1) der Ausschreibung zugrunde gelegte Kriterienkatalog zugleich ein Leistungsverzeichnis mit teilfunktionalen Elementen dar. Auf verbindliche Vorgaben im Leistungsverzeichnis konnte wegen der Funktionalität der Ausschreibung in diesem Punkt verzichtet werden, mit der Folge, dass eine Wertung des Auswahlkriteriums des gemeindlichen Einflusses auf den Netzbetrieb möglich war.

(c) Die Beteiligte zu 1) hat aber bei der Wertung des Kriteriums gemeindlicher Einflussmöglichkeiten die Grenze legitimen Einflusses der Gemeinde auf den Netzbetrieb überschritten. Mit diesem Kriterium verfolgte sie, wie bereits ausgeführt worden ist, nach der dokumentierten Wertungsentscheidung in der Verwaltungsvorlage vom 22.06.2012 Ziele der eigenen wirtschaftlichen Ausrichtung (kommunales Bekenntnis) und der eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Beide Ziele berücksichtigen den von § 1 EnWG geschützten Netzbetrieb wenn überhaupt, nur zweitrangig. Das verstößt gegen das gesetzliche Gebot des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, die Ziele des § 1 EnWG bei der Auswahl des Bewerbers vorrangig zu berücksichtigen.

Wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde als marktbeherrschender Anbieterin setzt das Gesetz ebenso klare wie enge Grenzen. Ihnen trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass sie nach § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 den Abschluss von Verträgen ablehnen kann, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 EnWG verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist. Indem der Gemeinde das Recht zugebilligt wird, den Vertragsschluss abzulehnen, kann sie mithin ihrem Interesse an der Erzielung eines möglichst hohen Preises für die Überlassung der Wegenutzung bis zur gesetzlichen Höchstgrenze uneingeschränkter Vorrang einräumen. Das Gesetz regelt ferner in § 3 KAV abschließend, welche weiteren Leistungen Versorgungsunternehmen und Gemeinden für Wegerechte neben oder anstelle von Konzessionsabgaben vereinbaren oder gewähren dürfen. Daraus ergibt sich, dass weitere, nicht auf den zulässigen Inhalt des Konzessionsvertrags bezogene Auswahlkriterien an den energiewirtschaftsrechtlichen Zielen orientiert sein müssen, die mit dem Wettbewerb um das Netz und der Auswahl des bestgeeigneten Unternehmens erreicht werden sollen. Sie werden zugleich darauf beschränkt (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 45, 46).

(6) Das Auswahlkriterium "Energie- und Klimaschutzkonzepte und Bürger- bzw. Kundenfreundlichkeit (15 Prozent)" ist nicht zu beanstanden, auch soweit Energie- und Klimaschutzkonzepte einbezogen sind. Wie bereits unter Bezugnahme auf den Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg (dort S. 4) ausgeführt worden ist, dienen Energie- und Klimaschutzkonzepte im Rahmen des des § 3 Abs. 2 Nr. 1, 2. HlBs. KAV dem Ziel der Umweltverträglichkeit im Sinn des § 1 EnWG.

ee) Die Beteiligte zu 1) hat darüber hinaus auch deshalb ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, weil sie sich von der Beteiligten zu 2) in dem später geschlossenen Konzessionsvertrag Nebenleistungen unter Verstoß gegen § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr.1, 2. HlBs. KAV hat versprechen lassen.

(1) Wie die Landeskartellbehörde zutreffend in der angefochtenen Verfügung ausgeführt hat, handelt es sich bei den von der Beteiligten zu 2) in § 3 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 des am 18.07.2012 geschlossenen Konzessionsvertrags übernommenen Verpflichtungen um entgeltliche Leistungen sowohl der Beteiligten zu 2) als auch der mit ihr verbundenen Unternehmen, d.h. der H... GmbH und Stadtwerke L... GmbH. In der Aufnahme dieser unentgeltlichen Leistungen in den Konzessionsvertrag liegt ein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot.

§ 3 des Konzessionsvertrags lautet:

"Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen Gemeinde und H2...

1. Das Verhältnis zwischen Gemeinde und H2... wird geprägt durch eine kooperative, transparente und partnerschaftliche Zusammenarbeit mit dem gemeinsamen Ziel einer durchgängig gesicherten, dem Umweltschutz und der rationellen Energieverwendung verpflichteten, qualitativ hochwertigen und durch den verstärkten Einsatz von erneuerbaren Energien maßgeblich begleiteten Energieversorgung.

2. Der Gemeinde werde diesbezüglich auch das insbesondere auf kommunale Partner ausgerichtete Dienstleistungsangebot und das Know-How der mit der H2... verbundenen Unternehmen zur Verfügung stehen; die H2... wird bei Bedarf der Gemeinde entsprechende Angebote vermitteln.

3. Die H2... wird auf Wunsch der Gemeinde gemeinsam mit dieser und ggf. anderen Energieversorgern ein kommunales Energieversorgungs- und Klimaschutzkonzept erstellen bzw. bei der Erarbeitung solcher Konzepte mitwirken und alle ihr zugänglichen und für solche Konzepte benötigten Strukturdaten zur Verfügung stellen.

4. Die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde, insbesondere durch den Einsatz erneuerbarer Energien und der Kraft-Wärme-Kopplung, wird dort, wo sie ökonomisch und ökologisch sinnvoll ist, durch die H2... unterstützt oder selbst betrieben. Insbesondere wird die H2... die Gemeinde bei der Umsetzung und Projektierung vorstehender Eigenerzeugungen, auf Wunsch der Gemeinde auch unter Einbezug von Bürgerbeteiligungsmodellen, unterstützen."

(a) Ernsthafte Zweifel daran, dass sowohl das Zurverfügungstellen von Dienstleistungsangeboten und Know-How sowie die Vermittlung von Angeboten, die Mitwirkung bei der Erstellung kommunaler Energie- und Klimaschutzkonzepte, die Zurverfügungstellung von Strukturdaten, die Unterstützung oder sogar der Betrieb von Stromerzeugung durch erneuerbare Energien oder Energie nach dem KWKG sowie darauf gerichteter Unterstützungshandlungen einen eigenen Marktwert besitzen und deshalb üblicherweise entgeltlich einzukaufen sind, bestehen nicht.

(b) Dass sich die Beteiligte zu 2) die vorgenannten Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Konzessionsvertrags im Sinn des § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr.1, 2. Hlfs. KAV hat versprochen lassen, ergibt sich aus der Aufnahme dieser Verpflichtungen in den Vertrag vom 18.07.2012.

(c) Dass es sich hierbei nicht lediglich um unbedeutende Nebenleistungen handelt, sondern diese synallagmatisch Bestandteil des Konzessionsvertrags sind, geht daraus hervor, dass die Beteiligte zu 1) Aussagen zu Energie- und Klimaschutzkonzepten und der damit eng verbundenen Entwicklung von Eigenerzeugungen umweltfreundlichen Stroms zu einem Auswahlkriterium mit einer Gewichtung von 15 Prozent gemacht hat.

Ungeachtet dessen, dass sich in § 3 Konzessionsvertrag Elemente einer strategischen Partnerschaft in der Weise finden, dass neben Dienstleistungsangeboten auch das Know-How des Konzessionsnehmers abgeschöpft und die Übertragung von Betriebsführungsaufgaben vorbehalten wird, und unabhängig davon, ob es sich dabei um Dienstleistungen im Sinn des Vergaberechts oder insbesondere wegen der in § 3 Nr. 4 Konzessionsvertrag übernommenen Betriebsführungspflicht sogar um solche im Sinn von § 1 VOL/A-EG i.V.m. § 2 Nr. 2 VgV handelt, die möglicherweise nach dem vierten Teil des GWB auszuschreiben gewesen wären, stellen sie eine spezifische und wegen ihrer Unentgeltlichkeit unzulässige Gegenleistung für die Vergabe der Konzessionen dar, mit der der Vertragsschluss auf der Grundlage eines Wertungsgewichts von 15 Prozent stand und fiel (vgl. BGH, Urt. v. 29.09.2009, EnZR 15/08, Rn. 30, 31; vgl. auch OLG München, Urt. v. 29.09.2013, U 3587/Kart,

BA 33 ff.). Ob eine Differenzierung in der Ausschreibung zwischen Dienstleistungen mit Blick auf eine strategische Partnerschaft einerseits und die Vergabe von energierechtlichen Wegenutzungsrechten andererseits einen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV verhindert hätte, weil die von der Beteiligten zu 2) zugesagten Nebenleistungen einer Vergabe von Dienstleistungen und nicht einer Vergabe der Konzession zuzuordnen gewesen und statt Gegenstand des Konzessionsvertrags Aufnahme in den hiervon zu trennenden Dienstleistungsvertrag geworden wären, ist nicht abschließend zu prüfen, weil die Ausschreibung eine solche Differenzierung nicht vorgesehen hat. In seinem Beschluss vom 09.01.2013, VII-Verg 26/12 hat der Senat ausgeführt, dass eine gemeinsame Ausschreibung von ÖPP und Konzessionsvergabe grundsätzlich nichts entgegen steht. Die Entscheidung für eine Getrennt- oder Zusammenvergabe unterliegt vielmehr der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, hier der beteiligten Kommune (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12, Rn. 68 m.w.N.).

(2) Keinen Verstoß gegen § 3 KAV stellt die in § 5 Abs. 9 Konzessionsvertrag vereinbarte Sicherung gemeindlicher Infrastrukturmaßnahmen dar. In § 5 Abs. 9 Konzessionsvertrag verpflichtete sich die Beteiligte zu 2), gemeindliche Infrastrukturanlagen (Entwässerungs-, Straßenbeleuchtungs- und/oder sonstige Anlagen) im Rahmen ihrer Baumaßnahmen nach Weisungen der Gemeinde zu sichern und wiederherzustellen. Die gleiche Verpflichtung soll die Gemeinde hinsichtlich der Verteilungsanlagen der Beteiligten zu 2), die durch gemeindliche Baumaßnahmen beeinträchtigt werden, treffen. Die Verpflichtung der Beteiligten zu 2) stellt entgegen der Auffassung der Landeskartellbehörde keine unentgeltliche Nebenleistung dar. Sie gründet sich auf den Rechtsgedanken der Folgenbeseitigung und sollte zudem wechselseitig gelten. Unentgeltlichkeit setzt voraus, dass einer Leistung keine Gegenleistung gegenübersteht (Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl. 2010, § 311 BGB, Rn. 8).

b) Allein die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Beteiligten zu 3) durch das Auswahlverfahren der Beteiligten zu 1) stellt noch keinen Missbrauch im Sinn des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB dar. Erforderlich ist darüber hinaus vielmehr, dass die Beeinträchtigung ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt ist.

aa) Ob ein fehlerhaftes Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession sachlich gerechtfertigt ist, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 55 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.03.2002, Kart 7/02 (V), Rn. 24; Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 81).

Im Fall der Konzessionsvergabe wird die Gesamtwürdigung durch das energiewirtschaftsrechtliche Gebot geprägt, die für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes erforderliche Konzession diskriminierungsfrei im Wettbewerb zu vergeben und die Auswahl zwischen den Anbietern daran auszurichten, welches Angebot nach den von der Gemeinde aufgestellten, die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisierenden Kriterien das günstigste ist. Das stimmt mit der Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen überein, im Bereich der Energieversorgung einen Leistungswettbewerb um Netze und die Öffnung eines Zugangs für interessierte und qualifizierte Betreiberunternehmen zu Konzessionen zu gewährleisten (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 56).

Das berechtigte Interesse der aktuellen und potentiellen Bewerber um die Konzession ist darauf gerichtet, ihre Chancen auf Erteilung der Konzession durch ein gesetzmäßiges Auswahlverfahren gewahrt zu sehen. Die Gemeinden als bei der Vergabe der Konzessionen marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihre eigenen Interessen bei der Auswahlentscheidung nur im gesetzlich zulässigen Rahmen verfolgen. Schutzwürdige Interessen fehlerhaft ausgewählter Unternehmen an

der tatsächlichen Erfüllung eines unter Verstoß gegen zwingende Bestimmungen abgeschlossenen Vertrags bestehen - jedenfalls vor tatsächlicher Übernahme des Netzes oder Aufnahme des Netzbetriebs - von vornherein nicht (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 57). Ebenso wenig ist eine mit der Zielsetzung des § 1 EnWG unvereinbare Interessenverfolgung der Gemeinde berücksichtigungsfähig.

Bei der im Rahmen der Prüfung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots gebotenen Gesamtwürdigung stellt ein gegen § 46 EnWG verstoßendes Auswahlverfahren somit eine zu missbilligende Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten derjenigen Bewerber dar, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt wurden (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 58; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.03.2002, Kart 7/02 (V), Rn. 24; Bechtold, a.a.O., § 19, Rn. 81).

2. In einem unter Verstoß gegen § 46 Abs. 1, Abs. 3 Satz 5 EnWG sowie § 3 KAV begangenen Behinderungsmisbrauch nach § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB a.F. liegt zugleich eine unbillige Behinderung im Sinn des § 20 Abs. 1 GWB.

3. Des weiteren hat die Beteiligte zu 1) durch den Abschluss der Konsortialvereinbarungen vom 06.05.2009 und 13.04.2010 gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB a.F. verstoßen. Nach § 1 GWB a.F. sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Diese Voraussetzungen liegen vor. Dies führt nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der getroffenen Absprachen.

a) Als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn und Normadressat kartellrechtlicher Verbotsvorschriften ist die Beteiligte zu 1) dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen unterworfen.

b) Die zwischen der Beteiligten zu 1) und den Kommunen Meschede und Olsberg sowie der H... GmbH und Stadtwerke L... GmbH geschlossenen Konsortialvereinbarungen bezweckten die Verhinderung und Einschränkung des Wettbewerbs über die neu zu vergebenden Gas- und Stromkonzessionen in den jeweiligen Stadt- und Gemeindegebieten.

aa) Entgegen der von den Beteiligten zu 1) und zu 2) vertretenen Rechtsauffassung handelte es sich bei den Konsortialvereinbarungen nicht lediglich um deklaratorische Willensbekundungen über das gemeinsame politische Ziel der Kommunalisierung der Versorgungsnetze, die lediglich aus rechtlicher Unkenntnis als "Konsortialvereinbarungen" bezeichnet wurden.

(1) Bei der "1. Konsortialvereinbarung" vom 06.05.2009 handelte es sich vielmehr um den Gesellschaftsvertrag zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als einer Innengesellschaft (§§ 705 ff. BGB), der durch die "2. Konsortialvereinbarung" vom 13.04.2010 wegen der inzwischen erfolgten Umsetzung vereinbarter Maßnahmen zur Erreichung des vereinbarten Gesellschaftszwecks, nämlich der Gründung der Beteiligten zu 2) und vorübergehenden weiteren Konzessionierung der Beteiligten zu 3) bei gleichzeitiger Vereinbarung von Sonderkündigungsrechten, angepasst und aktualisiert wurde.

(2) Die in der "1. Konsortialvereinbarung" gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts wurde keineswegs durch die "2. Konsortialvereinbarung" beendet, sondern weiterhin auf der Grundlage des in der "1. Konsortialvereinbarung" verabredeten Gesellschaftszwecks unter Feststellung bisher erreichter Zwischenziele fortgesetzt. Dies ergibt sich sowohl aus Ziffer 6 der Präambel der "2. Konsortialvereinbarung" als auch aus den Ziffern I.1. und I.5. Zutreffend weist die Beschwerdeerwiderung darauf hin, dass die sprachliche Fassung jener Bestimmungen sowie

derjenigen unter Ziffer IV.2 erkennen lässt, dass die Vertragsparteien den mit der "1. Konsortialvereinbarung" eingeschlagenen Weg zur (Re-) Kommunalisierung fortsetzen wollten.

Die genannten Ziffern in der "2. Konsortialvereinbarung" lauten wie folgt:

Präambel Nr. 6:

"Die Partner wollen die Grundlagen ihrer Zusammenarbeit an die Entwicklung anpassen und schließen daher die nachfolgende 2. Konsortialvereinbarung, die an die Stelle der 1. Konsortialvereinbarung tritt."

Ziffer I.1.:

" Das gemeinschaftliche Ziel ist die Rekommunalisierung der Strom- und Gasversorgung in Bestwig, Meschede und Olsberg sowie die auf kommunale Interessen ausgerichtete und eigenverantwortliche Wahrnehmung der entsprechenden Versorgungsaufgaben. Die Rekommunalisierung der Strom- und Gasversorgung soll weiterhin durch die H2... GmbH unter Einbezug personeller, räumlicher und finanzieller Ressourcen der bestehenden Kommunalunternehmen H... GmbH und Stadtwerke L... GmbH erfolgen."

Ziffer I.5.:

" Die H2... GmbH wird Verhandlungen als neues Energieversorgungsunternehmen im Sinn des § 46 Abs. 2 EnWG im eigenen Namen mit der R... AG führen. Nach erfolgreichem Erwerb der Netze soll die H2... GmbH auch den Netzbetrieb durchführen. Hierbei ist zu prüfen, ob die Umwandlung der H2... GmbH in die Gesellschaftsform der GmbH & Co. KG - vor dem Hintergrund der verursachungsgerechten Verteilung der Vorteile aus einem steuerlichen Querverbund je Stadt/Gemeinde - zielführend ist."

Ziffer IV.2.:

"Sollten aufgrund kommunalpolitischer Entscheidungen in Bestwig, Meschede oder Olsberg die in dieser Konsortialvereinbarung verabredeten weiteren Ziele und Prozesse wider Erwarten scheitern, oder sollte die weitere Umsetzung der Rekommunalisierung und der verabredeten Zielsetzungen aus anderen Gründen unmöglich werden, sind die bis dahin bei der H2...GmbH angefallenen, durch die Partner veranlassten Aufwendungen, durch diese zu erstatten."

(3) Die Bezeichnung "Konsortialvereinbarung" für die Verträge wurde nicht aus der von der Beteiligten zu 1) nunmehr behaupteten Unkenntnis über den Begriffsinhalt gewählt, sondern bezeichnete zutreffend das, was die Vertragsparteien wollten, nämlich die verbindliche Festlegung auf ein gemeinsames Ziel, das durch den Zusammenschluss und die Abschöpfung von Synergieeffekten erreicht werden sollte. Das ist Gegenstand eines Konsortiums (vgl. dazu Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl. 2006, § 16 Rnr. 19). Durch die Gründung einer gemeinsamen Partnergesellschaft, die zeitgleiche Kündigung laufender Konzessionsverträge mit der Beteiligten zu 3) und durch die aus damaliger Sicht beabsichtigte zeitgleiche Neuvergabe an die gemeinsame Partnergesellschaft, die Beteiligte zu 2), deren Firma bereits in der "1. Konsortialvereinbarung" festgelegt worden war, wird nicht nur das Ziel der Kommunalisierung der Versorgungsnetze in der jeweiligen Kommune angestrebt. Nach Ziffer II.2. der "2. Konsortialvereinbarung" sollte die H2... GmbH darüber hinaus weiteren kommunalen Gesellschaftern offen stehen mit dem Ziel eines erweiterten gemeinsamen Versorgungsgebiets, um weitere wirtschaftliche Synergien zu ermöglichen.

(4) Zwar haben die beteiligten Kommunen die mit der Beteiligten zu 3) geschlossenen Altverträge nach Abschluss der "1. Konsortialvereinbarung" vom 06.05.2009 mit Vertrag vom 27.01.2010 entgegen der ausdrücklichen Absprache nach Ziffer I.2. der "1. Konsortialvereinbarung" verlängert. Das gleichzeitige Ausbedingen von Sonderkündigungsrechten gegenüber der Beteiligten zu 3) bestärkte aber das im "2. Konsortialvertrag" aufrecht erhaltene Vorhaben. Dementsprechend machten alle Kommunen von ihrem Sonderkündigungsrecht zeitgleich und zeitnah Gebrauch. Der gemeinsame Zweck der "1. Konsortialvereinbarung", die Versorgungsnetze durch eine Übertragung auf die Beteiligte zu 2) langfristig zu kommunalisieren war somit keineswegs aufgegeben, sondern terminlich lediglich auf den 01.12.2014 verschoben worden.

bb) Zweck der Konsortialvereinbarungen war eine Beschränkung des Wettbewerbs um die Vergabe der energierechtlichen Wegenutzungsrechte.

(1) Wie die Landeskartellbehörde zutreffend festgestellt hat, haben sich die beteiligten Kommunen vor Durchführung eines Auswahlverfahrens auf eine Vergabe der Konzessionen an die Beteiligte zu 2) festgelegt. Dies ergibt die Gesamtschau der in der "2. Konsortialvereinbarung" getroffenen Absprachen. Nach Ziffer I.2. sollte das gemeinschaftliche und in der Präambel erneut ausdrücklich erklärte Ziel einer Rekommunalisierung aufrecht erhalten bleiben und durch die Beteiligte zu 2) mit Unterstützung ihrer Mehrheitsgesellschafter H... GmbH und Stadtwerke L... GmbH erfolgen. Nach Ziffern II.1 bis 3 sollte eine Erweiterung des geplanten gemeinsamen Versorgungsgebiets durch Aufnahme weiterer kommunaler Gesellschafter in die Beteiligte zu 2) angestrebt und nach beiden Vereinbarungen Aufwendungsersatz zu Gunsten der Beteiligten zu 2) für den Fall gezahlt werden, dass die vereinbarten Ziele wider Erwarten scheitern sollten.

(2) Die in der "1. Konsortialvereinbarung" ausdrücklich getroffene und in der "2. Konsortialvereinbarung" aufrechterhaltene Vorfestlegung auf die Beteiligte zu 2) wurde nicht durch die in Ziffern I.3. und 4. der "2. Konsortialvereinbarung" angekündigte und später tatsächlich durchgeführte Ausschreibung der Vergabe der Konzessionen hinfällig. Nach den in Ziffern I.3. und 4. getroffenen Absprachen kamen die Vertragsschließenden überein, die mit der Beteiligten zu 3) geschlossenen neuen Konzessionsverträge in Ausübung des eingeräumten Sonderkündigungsrechts zu kündigen, um jeweils Auswahlverfahren für den Abschluss neuer Konzessionsverträge durchzuführen; die Beteiligte zu 2) werde sich um den Abschluss dieser vier neuen Konzessionsverträge bewerben.

Die spätere Durchführung des Auswahlverfahrens hat jedoch erwiesen, dass die Beteiligte zu 1) an ihrem Vorhaben, die Energieversorgung in ihrem Versorgungsgebiet durch eine Vergabe der Konzessionen an die Beteiligte zu 2) zu kommunalisieren, festgehalten hat. Sie hat nicht nur die Stromkonzession an die Beteiligte zu 2) vergeben, was bei Durchführung eines fairen Auswahlverfahrens nicht zu beanstanden wäre. Sie hat dies darüber hinaus auf der Grundlage eines Auswahlverfahrens getan, das andere Bieter in vielfältiger Weise diskriminiert, in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigt und unbillig behindert hat. Die Auswahlverfahren aller drei an den Konsortialverträgen beteiligten Kommunen fanden zudem gleichzeitig unter Verwendung wortgleicher Unterlagen und vor allem identischer Wertungsergebnisse statt. Die Wertungen der Vergabe der Stromkonzessionen schlossen mit gleicher Punktzahl ab und wurden wortidentisch begründet. Die dokumentierten Wertungsentscheidungen beruhen zudem überwiegend auf wertungsbesetzten Äußerungen wie zum Beispiel:

"Das Angebot der H2... ist allerdings verbindlicher und inhaltlich konkreter" zum Unterkriterium "Baumaßnahmen und Folgekosten/Folgepflicht (Qualität Konzessionsvertrag),

"Das Angebot der H2... versetzt die Gemeinde in die Lage, ein zukünftiges Auswahlverfahren zur Findung eines neuen Konzessionärs wettbewerblicher auszugestalten und so das Potential an

kommunalfreundlichen Regelungen zu erhöhen. Das Angebot der H2... ist in diesem Punkt daher deutlich besser zu bewerten" zum Unterkriterium "Frühzeitige Auskunftsrechte" (Qualität Konzessionsvertrag),

"Das Angebot der H2... ist attraktiver, da es durch die Aufnahme in den Konzessionsvertrag verbindlicher ist und ein näherer lokaler Bezug mit Blick auf die Versorgungssicherheit vorliegt" zum Auswahlkriterium "Beschäftigung netzbetriebsnotwendigen Personals im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit",

"Das Angebot der H2... ist aufgrund der räumlichen Konkretisierung attraktiver und durch Vertragsaufnahme verbindlicher" zum Auswahlkriterium "Betriebsstätte für den Netzbetrieb im Netzgebiet bzw. in unmittelbarer Nähe zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit".

Im abschließenden Wertungsurteil heißt es sodann:

"Die H2... erfüllt die Auswahlkriterien am besten. Bei Konzessionierung der H2... kann die Gemeinde auf die Erfüllung der Ziele nach § 1 EnWG und auf die Umsetzung der Konzessionsvertragsinhalte am meisten Einfluss nehmen. Unabhängig davon hat die H2... den kommunalfreundlichsten Konzessionsvertrag unterbreitet. Ihr Angebot ist in der Gesamtbewertung vorzugswürdig."

Eine solche Wertung übergeht die gesetzlich vorgegebenen Maßstäbe für die Durchführung eines Auswahlverfahrens in §§ 46 Abs. 1, Abs. 3 Satz 5, 1 EnWG, weil sie die Ziele des § 1 EnWG nicht zur Grundlage gemacht hat.

c) Rechtfertigungsgründe liegen auch hier aus den zum Behinderungsmissbrauch dargelegten Gründen, auf die verwiesen wird, nicht vor.

d) Vereinbarungen, die gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen des § 1 GWB verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig.

4. Fehler der Landeskartellbehörde bei der Ermessensausübung sind nicht festzustellen, §§ 32 Abs. 1, 71 Abs. 5 GWB.

a) Die Landeskartellbehörde hat die Verfügung unter Berücksichtigung aller wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte getroffen. Mit richtiger Begründung hat sie dem mehrfachen Verstoß der Beteiligten zu 1) gegen kartellrechtliche Verbotsnormen ein besonderes Gewicht beigemessen und sich mit der Frage der Verhältnismäßigkeit der Anordnungen insbesondere mit Blick auf ein milderes Mittel zutreffend auseinandergesetzt. Die enge Verknüpfung der in den Jahren 2009 und 2010 geschlossenen Konsortialverträge mit der Konzessionsvergabe an die Beteiligte zu 2) und die konsequente Umsetzung einer zuvor zwischen den Kommunen festgelegten Vorgehensweise verleiht der energiewirtschaftsrechtlichen und kartellrechtlichen Rechtswidrigkeit des Auswahlverfahrens ein besonderes Gewicht. Unter Berücksichtigung dessen ist insbesondere die Untersagung einer Durchführung der mit der Beteiligten zu 2) geschlossenen Verträge sowie die Verpflichtung zur Durchführung eines erneuten Auswahlverfahrens auch mit Blick auf die praktische Wirksamkeit des Kartellrechts nicht zu beanstanden. Die Beteiligte zu 1) wird dabei neben der von der Landeskartellbehörde vertretenen Rechtsauffassung auch die des Senats zu beachten haben. Auch wenn die Beteiligte zu 2) nicht Normadressat energierechtlicher Vorgaben für die Durchführung eines Auswahlverfahrens sowie kartellrechtlicher Verbotsnormen ist, ist eine Berührung ihres Rechtskreises durch die Untersagung einer Vertragsausführung hinzunehmen.

b) Auf die Frage, ob die Beteiligte zu 3) vor Einleitung des Verwaltungsverfahrens ausreichend Gelegenheit hatte, ihre Rechte im Auswahlverfahren zu wahren, kommt es nicht

entscheidungserheblich an. Anders als in den vom BGH mit Urteilen vom 17.12.2013 entschiedenen Fällen (KZR 65/12 und KZR 66/12) ist Gegenstand des hiesigen Verfahrens kein zivilrechtlicher Anspruch auf Netzübertragung, der möglicherweise trotz Nichtigkeit des zugrunde liegenden Konzessionsvertrags infolge treuwidrig unterlassener oder in Anlehnung an Vergaberecht obliegender Rügen des bisherigen Netzeigentümers fortbesteht. Gegenstand dieses Verfahrens ist der Vorwurf von Kartellrechtsverstößen, die im Verwaltungsverfahren amtswegig zu prüfen sind. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen kartellrechtliche Verbotsnormen dienen nicht dem Individualschutz, der durch treuwidriges Handeln verloren gehen kann, sondern der Sicherung des Wettbewerbs, der einer Disposition der Beteiligten entzogen ist. Zudem waren die Verstöße gegen kartellrechtliche Verbotsnormen im Zeitpunkt der Benachrichtigung der Beteiligten zu 3) über den Ausgang des Auswahlverfahrens am 06.07.2012 überwiegend bereits begangen worden. Lediglich Verstöße gegen § 3 KAV erfolgten erst mit den späteren Vertragsschlüssen zwischen der Beteiligten zu 1) und der Beteiligten zu 2). Diese konnte die Beteiligte zu 3) indes nicht verhindern, weil sie vom Inhalt der neu abzuschließenden Konzessionsverträge keine Kenntnis hatte. Vor allem spricht nichts dafür, dass die Beteiligte zu 3) mit Bekanntwerden der Vergabeentscheidung der Beteiligten zu 1) Kenntnis über all derjenigen Tatsachen hatte, welche die vielfältigen Rechtsverstöße der Beteiligten zu 1) belegen. Im Rahmen hier anzustellender Ermessens- und Verhältnismäßigkeitsüberlegungen fallen etwaige unterlassene Hinweise und Rügen der Beteiligten zu 3) nicht ins Gewicht.

Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, wie sie die Beteiligte zu 1) im Schriftsatz vom 24.03.2014 beantragt hat, kommt nicht in Betracht, weil der Senat im Termin am 20. November 2013 umfassend zur Sache verhandelt hat.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen, weil keiner der Gründe des § 74 Abs.2 GWB gegeben ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 77 Satz 1 GWB, 100 ZPO.