



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVZ 41/15

vom

26. Januar 2016

in der Kartellverwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Januar 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 2. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Juli 2015 und die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in diesem Beschluss werden auf Kosten der Betroffenen zurückgewiesen.

Der Wert für das Rechtsbeschwerde- und das Nichtzulassungsverfahren wird auf 1.900.000 EUR festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene ist Inhaberin der Wegerechte an den öffentlichen Verkehrswegen in ihrem Stadtgebiet.
- 2 Am 13. Oktober 2009 gab die Betroffene das Auslaufen der Stromkonzession im Stadtgebiet im Bundesanzeiger bekannt und forderte interessierte Unternehmen auf, Angebote einzureichen. Politisches Ziel der Betroffenen war es, den Netzbetrieb zu (re)kommunalisieren. Am 27. Oktober 2009 beschloss der Rat der Betroffenen, einen Kooperationspartner für den Netzbetrieb zu suchen. Um die Stromkonzession bewarben sich die bisherige Konzessionärin, die Beigeladene zu 1, und die b. .
- 3 Am 27. Juli 2010 beschloss der Rat der Betroffenen die Rekommunalisierung des Netzbetriebs. Am 29. März 2011 fasste er den Beschluss, mit der

N. eine strategische Partnerschaft zur Gründung der Energieversorgung Titisee-Neustadt GmbH (EvTN) einzugehen. An der EvTN beteiligten sich die Betroffene mit 60% und die N. mit 40%. Zugleich wurde beschlossen, dass sich die EvTN um die Stromkonzession bewerben und den Stromvertrieb im Stadtgebiet der Betroffenen übernehmen solle.

4 Am 31. Mai 2011 beschloss der Rat der Betroffenen nachträglich Auswahlkriterien und Gewichtungen für die Vergabe der Stromkonzession, die der Beigeladenen zu 1 und der b. KG am 7. Juni 2011 mitgeteilt wurden. Dabei wurde eine Frist zur Anpassung der Angebote bis zum 30. Juli 2011 gesetzt. Ebenfalls am 7. Juni 2011 wurde die EvTN gegründet und am 17. Juni 2011 ins Handelsregister eingetragen.

5 Während die b. ihre Bewerbung mit Schreiben vom 15. Juni 2011 zurücknahm, hielt die Beigeladene zu 1 ihre Bewerbung aufrecht. Am 5. Juli 2011 bewarb sich die EvTN ebenfalls um die Stromkonzession.

6 Mit Schreiben vom 17. August 2011 informierte die Betroffene die Beigeladene zu 1, sich für die EvTN als künftige Stromkonzessionärin entschieden zu haben. Diese Entscheidung machte sie am 7. November 2011 öffentlich bekannt. Am 16. Dezember 2011 schloss die Betroffene einen Stromkonzessionsvertrag mit der EvTN, die das Stromnetz am 4. Mai 2012 übernahm.

7 Im Hinblick auf eine erwartete Missbrauchsverfügung des Bundeskartellamts wegen der Vergabe der Konzession hat die Betroffene unter dem 11. Dezember 2014 eine Kommunalverfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht eingelegt, über die noch nicht entschieden ist.

8 Mit Verfügung vom 28. Januar 2015 stellte das Bundeskartellamt fest, dass die Betroffene bei der Auswahl der EvTN als Stromkonzessionär gegen

Kartellrecht verstoßen habe. Zugleich gab es der Betroffenen auf, das Auswahlverfahren zu wiederholen und dies öffentlich bekanntzumachen.

9 Dagegen hat die Betroffene Beschwerde eingelegt. Sie hat außerdem beantragt, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts anzuordnen.

10 Das Beschwerdegericht hat diesen Antrag zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Betroffene mit der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde sowie der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde.

11 B. Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass weder ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Missbrauchsverfügung des Bundeskartellamts bestünden noch deren Vollziehung für die Betroffene eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

12 Bei der Vergabe der Stromkonzession habe die Betroffene gegen Kartellrecht verstoßen. Ihr Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art 28 Abs. 2 GG) werde durch die Pflicht zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs nicht verletzt. Die Betroffene habe bei der Festlegung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung sowie bei der Bewertung der eingereichten Angebote in vielfältiger Weise formelle und materielle Anforderungen an das Auswahlverfahren missachtet und dadurch das Transparenzgebot verletzt. Insbesondere habe sie bei der Festlegung der Bewertungskriterien die Ziele des § 1 EnWG weitestgehend unberücksichtigt gelassen. So seien weder die preisgünstige Versorgung noch deren Effizienz oder die Versorgungssicherheit im Kriterienkatalog der Betroffenen berücksichtigt worden. Das Auswahlkriterium "Einflussnahme der Gemeinde auf die Netzgesellschaft" sei unzulässig. Dasselbe gelte für das Kriterium "Möglichkeit des Einstiegs in den Stromvertrieb", das in keinem sachlichen Zusammenhang mit den Zielen des § 1 EnWG stehe. Unzulässig seien

auch die Kriterien "Erzielung von Synergien für den Gemeindehaushalt" und "möglichst geringe Belastung des Gemeindehaushalts", die auf rein fiskalische Interessen der Betroffenen abzielten, die von den in § 1 EnWG festgelegten Zielsetzungen nicht erfasst würden und über die nach § 3 Abs. 1 KAV erlaubten Nebenleistungen hinausgingen. Bei der im Rahmen der Prüfung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots gebotenen Gesamtwürdigung stelle ein gegen § 46 EnWG verstoßendes Auswahlverfahren eine unbillige Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten derjenigen Bewerber dar, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt würden. Das führe zur Nichtigkeit des mit der Beigeladenen zu 2 geschlossenen Konzessionsvertrags.

13 Die Vollziehung der angefochtenen Verfügung habe auch keine unbillige, nicht durch überwiegende Interessen gebotene Härte zur Folge. Insbesondere könne sich die Betroffene nicht darauf berufen, der Beigeladenen zu 2 drohe für den Fall der Vollziehung die Insolvenz. Die Beigeladene zu 2 sei zum Zweck der Rekommunalisierung des Stromnetzbetriebs gegründet worden, so dass ihr wirtschaftlicher Bestand mit einer rechtmäßigen Übertragung des Netzbetriebs stehe und falle. Das Risiko der Unwirksamkeit der Konzessionierung sei die Betroffene bewusst eingegangen.

14 C. Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen ist unzulässig, die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

15 I. Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen ist unzulässig, weil die geltend gemachte Verletzung rechtlichen Gehörs nicht schlüssig dargelegt worden ist (§ 74 Abs. 4 Nr. 3 GWB, vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2009 - KVR 57/08, WuW/E DE-R 2732 Rn. 6).

16 1. Die Betroffene rügt, das Beschwerdegericht habe ihre verfassungsrechtliche Argumentation übergangen. Darin habe sie dargelegt, dass die nach

der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 - Stromnetz Berkenthin; Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 - Stromnetz Heiligenhafen) für alle Gemeinden geltenden Verbote,

1. den Betrieb der örtlichen Energieverteilernetze selbst zu übernehmen, es sei denn, die Gemeinde habe ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntgabe gewichteter Entscheidungskriterien durchgeführt und innerhalb dieses Verfahrens selbst das beste Angebot abgegeben (Verbot direkter Aufgabenerledigung),
2. bei der Ausschreibung des Betriebs der örtlichen Energieverteilernetze den Betrieb durch eine kommunale Beteiligungsgesellschaft vorzugeben und nur die private Beteiligung an dieser Gesellschaft zum Gegenstand der Ausschreibung zu machen (Systementscheidungsverbot) und
3. bei der Bestimmung des Betreibers eines örtlichen Energieverteilernetzes Auswahlkriterien wie Synergien bei der Bewirtschaftung und Koordinierung örtlicher Infrastrukturnetze der Daseinsvorsorge, regionale Wertschöpfung, Schaffung von Arbeitsplätzen, Bürgerbeteiligung, Bürgernähe, Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt und vergleichbare kommunale Interessen zu berücksichtigen (Verbot der Berücksichtigung kommunaler Interessen),

gegen das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG verstießen und daher nichtig seien.

17 2. Damit ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Betroffenen nicht schlüssig dargelegt.

18 a) Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist das Gericht nicht gehalten, sich in den Entscheidungsgründen mit sämtlichem Vorbringen eines Verfahrensbenefizienten auseinanderzusetzen und dazu im Einzelnen Stel-

lung zu nehmen. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann nur dann angenommen werden, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass das Gericht Vorbringen des Beschwerdeführers nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung ersichtlich nicht in Erwägung gezogen hat. Dabei kann sich die hinreichende Berücksichtigung eines Vorbringens auch aus dem Gesamtzusammenhang der Entscheidung ergeben (BGH, Beschluss vom 12. Juli 2013 - KVR 11/12, WuW/E DE-R 3967 Rn. 4, 11, 14 - Rabattstaffel).

19 Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Verfahren nach § 65 Abs. 3 GWB ein Eilverfahren ist, in dem anders als im Beschwerdeverfahren nach § 63 GWB keine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle der angefochtenen Verfügung der Kartellbehörde erfolgt (BGH, Beschluss vom 8. Mai 2007 - KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035 Rn. 17 - Lotto im Internet). Das wirkt sich auch auf den erforderlichen Umfang der Begründung für Entscheidungen aus, die in einem solchen Eilverfahren ergehen.

20 b) Nach diesen Grundsätzen genügt der Vortrag der Rechtsbeschwerde zu einem Übergehen der kommunalverfassungsrechtlichen Argumentation der Betroffenen nicht den Anforderungen an eine schlüssige Darlegung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Beschwerdegericht.

21 Das Beschwerdegericht hat sich ausdrücklich mit der Frage befasst, ob die Pflicht der Gemeinde zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs in der Konkretisierung, die sie durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gefunden hat (BGHZ 199, 289 - Stromnetz Berkenthin; BGH, WuW/E DE-R 4139 - Stromnetz Heiligenhafen), mit dem Recht der Betroffenen auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar ist. Es hat sich in diesem Zusammenhang den Erwägungen des Bundesgerichtshofs in diesen Urteilen angeschlossen und deren Inhalt im Wesentlichen wiedergegeben. Diese Ausführungen umfassen die von der Betroffenen als Verbot direkter Aufga-

benerledigung und Systementscheidungsverbot bezeichnete Verpflichtung der Gemeinden, auch Eigenbetriebe, Eigengesellschaften und kommunale Beteiligungsgesellschaften bei der Konzessionsvergabe nicht ohne sachlichen Grund zu bevorzugen. Aus ihnen ergibt sich zudem, dass von einem "Verbot der Berücksichtigung kommunaler Interessen", wie es die Betroffene behauptet, keine Rede sein kann.

22 Insbesondere begründet es keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, dass sich das Beschwerdegericht nicht ausdrücklich mit dem Einwand der Betroffenen befasst hat, die Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde setze "denknotwendig Konzepthoheit voraus"; die Gemeinde müsse über Prognose- und Gestaltungsspielräume verfügen und deswegen zu einer freien "Systementscheidung" befugt sein. Denn der Bundesgerichtshof hat sich in der vom Beschwerdegericht in Bezug genommenen Entscheidung hiermit bereits auseinandergesetzt. Er hat im Einzelnen begründet, warum die Pflicht zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs einschließlich der Pflicht, auch Eigenbetriebe, Eigengesellschaften und kommunale Beteiligungsgesellschaften nicht zu bevorzugen, mit der verfassungsrechtlich geschützten Aufgabe der Gemeinden in Einklang steht, die Versorgung der Einwohner und Unternehmen im Gemeindegebiet zu gewährleisten (BGHZ 199, 289 Rn. 30 bis 33 - Stromnetz Berkenthin). Der Bundesgerichtshof hat auch einen Spielraum der Gemeinden bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien ausdrücklich anerkannt (BGHZ 199, 289 Rn. 48 - Stromnetz Berkenthin). Dabei hat er aufgezeigt, dass das energiewirtschaftsrechtliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas - dessen Erreichung der vom Gesetz angeordnete Wettbewerb um das Netz primär dient - mehrere Einzelziele vereint, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Gemeinde zu-

gänglich sind; damit wird auch der Planungshoheit der Gemeinde als wesentlicher Ausprägung der durch die Gemeindeorgane vermittelten wirksamen Teilnahme der Gemeindebürger an den Angelegenheiten des örtlichen Gemeinwesens Rechnung getragen (BGHZ 199, 289 Rn. 49 - Stromnetz Berkenthin). Der Bundesgerichtshof hat sich dabei auch mit den von der Rechtsbeschwerde geltend gemachten "Überwachungs-, Einwirkungs- und gegebenenfalls Erledigungsinstrumenten" der Gemeinde befasst (BGHZ 199, 289 Rn. 51 bis 53 - Stromnetz Berkenthin).

23 3. Die Rechtsbeschwerde meint weiter, das Beschwerdegericht habe in gehörsverletzender Weise das Argument der Betroffenen unberücksichtigt gelassen, einem öffentlichen Interesse an der Vollziehung der angefochtenen Verfügung stehe entgegen, dass bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die von der Betroffenen eingelegte Kommunalverfassungsbeschwerde behördliche und fachgerichtliche Entscheidungen zu vermeiden seien, die einem Votum des Bundesverfassungsgerichts zuwiderlaufen könnten.

24 Auch damit legt die Rechtsbeschwerde eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Betroffenen durch das Beschwerdegericht nicht schlüssig dar.

25 Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, die Transparenzverstöße und die Missachtung des Diskriminierungsverbots durch die Betroffene könnten auch bei nur summarischer Prüfung bereits festgestellt werden und beruhten im Hinblick auf die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 17. Dezember 2013 keineswegs auf einer unklaren Rechtslage. Daran ändere auch die Kommunalverfassungsbeschwerde der Betroffenen nichts, deren Zulässigkeit wegen des darin enthaltenen Normenkontrollbegehrens zweifelhaft sei.

26 Daraus ergibt sich, dass das Beschwerdegericht die Kommunalverfassungsbeschwerde der Betroffenen wahrgenommen und gewürdigt hat. Es hat

sie indes für nicht hinreichend aussichtsreich gehalten, um ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der Verfügung in Frage zu stellen. Daraus folgt, dass das Beschwerdegericht die von der Betroffenen behauptete Gefahr einer gegenüber einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Kommunalverfassungsbeschwerde divergierenden Entscheidung als nicht erheblich angesehen hat. Nähere Ausführungen zu der von der Betroffenen geltend gemachten Gefahr einer Divergenz waren daher nicht angezeigt.

27 II. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Betroffenen ist zulässig, jedoch unbegründet. Die Sache wirft weder Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 74 Abs. 2 GWB).

28 1. Die Betroffene meint, der Streitfall werfe die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des § 74 Abs. 2 Nr. 1 GWB auf,

ob bei der gerichtlichen Entscheidung über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen eine Verfügung der Kartellbehörde nach § 65 Abs. 3 Satz 3, Satz 1 Nr. 3 GWB als ein für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung streitendes öffentliches Interesse das Interesse an der Vermeidung divergierender Entscheidungen zu berücksichtigen ist, das deshalb besteht, weil die Entscheidung über die Beschwerde ganz oder zum Teil von einer Rechtsnorm abhängt, über die eine weder evident unzulässige noch evident unbegründete verfassungsgerichtliche Normenkontrolle anhängig ist.

29 Die Rechtsbeschwerde sei zudem zur Fortbildung des Rechts zuzulassen (§ 74 Abs. 2 Nr. 2 Altern. 1 GWB), um zu der vorstehend wiedergegebenen, noch ungeklärten Rechtsfrage Leitsätze aufzustellen.

30 2. Die von der Betroffenen formulierte Rechtsfrage rechtfertigt die Zulassung der Rechtsbeschwerde weder wegen grundsätzlicher Bedeutung noch zur Fortbildung des Rechts.

31 Abgesehen davon, dass erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der von der Betroffenen erhobenen Kommunalverfassungsbeschwerde bestehen, ist die Frage nicht klärungsbedürftig. Hat das Beschwerdegericht erhebliche Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit einer Norm, die einer angefochtenen Verfügung zugrunde liegt, werden regelmäßig ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung im Sinne von § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB vorliegen. Hält das Beschwerdegericht die Verfassungswidrigkeit einer Norm lediglich für denkbar, mag dies bei der Abwägung, ob die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (§ 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB), zu berücksichtigen sein. Anhaltspunkte hierfür hat das Beschwerdegericht jedoch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht gesehen. Dass der bloße Umstand der Anhängigkeit einer Verfassungsbeschwerde oder eines Normenkontrollverfahrens kein für die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung streitendes öffentliches Interesse begründet, liegt auf der Hand und bedarf keiner Klärung in einem Rechtsbeschwerdeverfahren. Andernfalls würde die Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG), solange es nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist, zugunsten einer "Ungültigkeitsvermutung" aufgehoben.

32

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB.

Meier-Beck

Strohn

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.07.2015 - VI-2 Kart 1/15 (V) -