



Landgericht Berlin

Im Namen des Volkes

Urteil

Geschäftsnummer: 16 O 224/14 Kart

verkündet am : 09.12.2014

•••, Justizbeschäftigte

In der Kartellsache

1. der GASAG Berliner Gaswerke Aktiengesellschaft,
vertreten d.d. Vorstand,
d. vertreten d.d. Vorstandsmitgl.
•••
2. der NBB Netzgesellschaft Berlin-Brandenburg mbH &
Co. KG,
vertreten d.d. •••,

Kläger,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte •••,-

g e g e n

das Land Berlin,
vertreten d.d. Senatsverwaltung für Finanzen,
•••,

Beklagten,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte •••

hat die Zivilkammer 16 des Landgerichts Berlin in Berlin - Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin,
auf die mündliche Verhandlung vom 09.12.2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht
•••, die Richterin am Landgericht ••• und den Richter am Landgericht •••

f ü r R e c h t e r k a n n t :

1. Der Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen am Senator für Finanzen,

zu unterlassen,

das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 20. Dezember 2011 ausgeschriebene Wegenutzungsrecht für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gebiet des Landes Berlin in der Form innerstädtischer Festlegungen zur Gaskonzessionierung, aufgrund derer der Landesbetrieb Berlin Energie die Konzession für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gebiet des Landes Berlin erhält, zu vergeben oder mit der noch zu gründenden Berlin Energie GmbH oder der Berlin Energie GmbH & Co. KG oder einem anderen durch Umwandlung des Landesbetriebes Berlin Energie hervorgegangenen Unternehmen einen Gaskonzessionsvertrag über das ausgeschriebene Wegenutzungsrecht abzuschließen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Kläger jeweils 1/6 und der Beklagte 2/3 zu tragen.
4. Das Urteil ist wegen des Tenors zu 1. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 20 Mio. € und im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

T a t b e s t a n d

Die Klägerinnen nehmen den Beklagten in Bezug auf die Konzessionsvergabe zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes für das Land Berlin auf Annahme eines der von ihnen abgegebenen Angebote, hilfsweise auf Unterlassung der Konzessionsvergabe an das landeseigene Unternehmen "Berlin Energie" in Anspruch.

Die Klägerin zu 1.) ist auf Grundlage einer Konzession des Beklagten Eigentümerin des Berliner Gasverteilnetzes und weiterer Gasverteilnetze in Brandenburg, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Sie hat ... Mitarbeiter, davon ... in Berlin. Bei einer Bilanzsumme von ca. ... € im Geschäftsjahr 2013 betrug die Eigenkapitalquote ... % (entspricht: ... €). Die Klägerin zu 2.) wurde 2006 als selbständige Netzbetreiberin für die Region Berlin-Brandenburg aus der ... und der ... GmbH (...) ausgegründet und hat von der Klägerin zu 1.) das Berliner Gasversorgungsnetz gepachtet. Sie betreibt auch große Teile des Gasversorgungsnetzes in Brandenburg sowie weitere Netze in Sachsen und Sachsen-Anhalt. Gesellschafter der Klägerin zu 2.) sind die ... (mit ... %), die ... (mit ...%) und die ... mbH (mit ... %). Die Klägerin zu 2.) verfügt über Eigenkapital in Höhe von ... € und eine Bilanzsumme von ca. ... €. Im Jahre 2013 erwirtschaftete sie einen Jahresüberschuss in Höhe von ca. ... €. Der Konzessionsvertrag zwischen dem Beklagten und der Klägerin zu 1.) lief zum 31. Dezember 2013 aus. Die Klägerin zu 1.) erklärte sich allerdings in einer Interimserklärung gegenüber dem Beklagten bereit, die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen zum

Betrieb des Gasversorgungsnetzes im Land Berlin jedenfalls bis zum 31. Dezember 2014 weiter zu erfüllen.

Der Beklagte, vertreten durch die insoweit zuständige Senatsverwaltung für Finanzen (im Folgenden: "SenFin"), setzte mit Bekanntmachung vom 20. Dezember 2011 das Verfahren zur Neuvergabe der Gaskonzession im Land Berlin in Gang.

SenFin - vertreten durch das dortige Referat I E – schuf im März 2012 nach Maßgabe von § 26 der Landeshaushaltsordnung (LHO) den Landesbetrieb "Berlin Energie", um sich mit diesem selbst an den Konzessionsverfahren für das Gas- und Stromnetz des Landes Berlin zu beteiligen. "Berlin Energie" ist ein rechtlich unselbständiger, abgesonderter Teil der Verwaltung des Beklagten, dem nach § 26 Abs. 1 LHO ein Sondervermögen zugewiesen ist. Es handelt sich dabei aber nicht um einen Eigenbetrieb im Sinne des Art. 92 VvB, der nach Maßgabe des Gesetzes über die Eigenbetriebe des Landes Berlin (nachfolgend "EigG") zu errichten gewesen wäre. Ziffer 3.4 der auf "Berlin Energie" bezogenen Geschäftsweisung des Beklagten beschränkte insoweit aber das Weisungsrecht des Senators für Finanzen und übertrug dieses stattdessen auf den zuständigen Staatssekretär von SenFin. Ende 2012 wurde die Zuständigkeit für "Berlin Energie" von SenFin auf die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt (im Folgenden: "SenStadtUm") übertragen. Eine Ausgründung von "Berlin Energie" als rechtlich selbständige Gesellschaft erfolgte bisher nicht. Das Unternehmen verfügt mit Ausnahme ihres Geschäftsleiters •••, der im Mai 2013 eingestellt wurde, über kein eigenes Personal. Die zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes veranschlagten finanziellen Mittel in Höhe von 1 Mrd. € soll "Berlin Energie" nach dem Willen des Beklagten ausschließlich über Fremdmittel aufbringen. Dafür beabsichtigt der Beklagte, zunächst eine Finanzierungsgesellschaft "Gas-Rekom" zu gründen, die 68 % des Kapitals (48 % über die landeseigene Investitionsbank Berlin AöR – IBB – und 20 % über ein Bankenkonsortium) als "Eigenkapital" bereitstellen soll. Die verbleibenden 32 % soll "Berlin Energie" eigenständig über Kredite erlangen. Für sämtliche Kredite der "Gas-Rekom" und des Unternehmens "Berlin Energie" will der Beklagte Landesbürgschaften übernehmen. Das entsprechende Finanzierungskonzept ist bisher lediglich geplant, aber noch nicht durch konkrete Maßnahmen umgesetzt. Gemäß Zulassung des Wirtschaftsplanes von "Berlin Energie" vom 18. September 2012 waren allerdings für 2012 schon Zuschüsse des Beklagten in Höhe von 100.000 € und für 2013 in Höhe von 95.000 € veranschlagt. "Berlin Energie" verfügte im August 2013 über einen genehmigten Wirtschaftsplan, der Ausgaben von ca. 1 Mio. € vorsah.

Mit Datum vom 10. Dezember 2012 versandte der Beklagte (vertreten durch SenFin) im Vergabeverfahren den "Ersten Verfahrensbrief", der im Senat auch unter Beteiligung des Senators für Stadtentwicklung und Umwelt (SenStadtUm) beschlossen worden war. Dieser Verfahrensbrief sah vor, das Verfahren zur Vergabe der Konzession mit der Auswahl eines Kooperationspartners und der Prüfung, ob eine reine Rekommunalisierung erfolgen sollte, zu verbinden. Jeweils interessierte Bewerber forderte der Beklagte mit Fristsetzung bis zum 21. Januar 2013 auf, ihre

Kompetenz, ihre technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, ihre Zuverlässigkeit und damit ihre grundsätzliche Eignung für eine Konzessionierung nachzuweisen.

Der Beklagte (vertreten durch SenFin) erläuterte gegenüber den Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 17. Januar 2013 die Anforderungen an die Eignung der Bewerber dahingehend, dass der entsprechende Nachweis für den Fall, dass im Rahmen des Angebots Leistungen öffentlich auszuschreiben seien, grundsätzlich auch durch Darstellung eines umrissartigen Ausschreibungskonzeptes erfolgen könne. Mit Schreiben vom 18. Februar 2013 ergänzte er, dass es für bisher noch nicht am Markt tätige Wettbewerber ausreiche, wenn auf Grundlage einer Prognose nicht von vorn herein ausgeschlossen sei, dass das Unternehmen in der Lage sein werde, das Gasnetz zu übernehmen und zu betreiben .

Mit Schreiben vom 6. März 2013 stellte der Beklagte (vertreten durch SenFin) gegenüber den Verfahrensbeteiligten ferner klar, dass mit Ablauf der Interessenbekundungsfrist am 16. April 2013 der Kreis der Bewerber feststehe.

Mit Datum vom 18. April 2013 versandte der Beklagte (vertreten durch SenFin) dann den "Zweiten Verfahrensbrief", mit dem er die von ihm als geeignet eingestuften Bewerber (nämlich "Berlin Energie", die Klägerinnen und die ••• AG) mit Fristsetzung bis zum 7. Juli 2013 aufforderte, ein noch unverbindliches "indikatives Angebot" abzugeben. In diesem Schreiben benannte der Beklagte auch die Kriterien, auf deren Grundlage er seine Auswahlentscheidung treffen wollte. So sollte die Vergabe nach einem Punktesystem erfolgen, wonach Angebote der Bewerber maximal 315 Punkte erreichen konnten. Ferner forderte der Beklagte von den Bewerbern nunmehr auch die Vorlage von Unterlagen zum Nachweis der Finanzierung des Netzbetriebes.

Die Klägerinnen gaben am 7. Juli 2013 fristgemäß solche indikativen Angebote ab, die Klägerin zu 2.) für die reine Konzessionierung und beide Klägerinnen gemeinsam ein Kooperationsangebot, an dem sich die Klägerin zu 1.) aufgrund ihrer Eigentümerstellung am Gasverteilnetz beteiligte. Ein Angebot von "Berlin Energie" im rechtlichen Sinne war mangels eigener Rechtspersönlichkeit dieses Unternehmens im Vergabeverfahren nicht möglich, weshalb seine Bewerbung auf eine Konzession in Form einer "innerstädtischen Festlegung" des Beklagten gerichtet war.

Mit Datum vom 31. Januar 2014 versandte der Beklagte (vertreten durch SenFin) den "Dritten Verfahrensbrief", mit dem der Beklagte die verbleibenden Bieter im Verfahren aufforderte, bis zum 21. März 2014 – später verlängert bis zum 7. April 2014 - finale und rechtsverbindliche Angebot abzugeben, wobei sämtliche Ausführungen und Hinweise der vorangegangenen Verfahrensbriefe fortgelten sollten. Insbesondere sollten die Angebote danach keinen "Gremienvorbehalt" mehr enthalten dürfen, der ihre Rechtsverbindlichkeit hindern würde. Die ••• AG zog sich in diesem Stadium aus dem Verfahren zurück, so dass nur noch die Klägerinnen und "Berlin Energie" als Bewerber übrig blieben. Die Klägerinnen gaben fristgerecht die entsprechenden – rechtsverbindlichen - Angebote ab.

Der erste und zweite Verfahrensbrief hatte eine Aufforderung an die Bieter enthalten, Verfahrensrügen unverzüglich im laufenden Verfahren geltend zu machen. Die Klägerinnen hatten darauf mit mehreren Schreiben an den Beklagten reagiert. Es wird insoweit auf die Anlagen K 42 bis K 45 Bezug genommen.

Am 3. Juni 2014 teilte der Senator für Finanzen in einer Pressekonferenz zum Ergebnis des Vergabeverfahrens mit, dass nach seinem Vorschlag die Gaskonzession an "Berlin Energie" vergeben werden solle, da diese nach Auswertung der Angebote auf Grundlage der vorgegebenen Bewertungskriterien insgesamt 311 von maximal 315 Punkten erzielt habe, während die beiden Angebote der Klägerinnen jeweils lediglich 299 Punkte erreicht hätten. Hinsichtlich der konkreten Auswahlentscheidung wird auf den Auswertungsvermerk des Beklagten gemäß Anlage K 33 Bezug genommen.

Der Senat beschloss am 24. Juni 2014 – d.h. nach Erhebung der vorliegenden Klage - eine Senatsvorlage an das Abgeordnetenhaus bzw. nahm diese "zustimmend zur Kenntnis". Danach soll das Abgeordnetenhaus eine "Innerstädtische Festlegung zur Gaskonzessionierung" zugunsten des Unternehmens "Berlin Energie" beschließen, die nach der beabsichtigten Ausgründung des LHO – Betriebs "Berlin Energie" als Konzessionsvertrag fortgelten soll. Die Vorlage wurde am 3. Juli 2014 im Abgeordnetenhaus beraten und dann an die zuständigen Ausschüsse verwiesen. Ein Beschluss des Abgeordnetenhauses, der gemäß § 19 Abs. 3 des Berliner Energiespargesetzes (BEnSpG) für die Entscheidung der Konzessionsvergabe vorgesehen ist, steht bisher aus und ist auch nicht konkret angekündigt.

Die Klägerinnen meinen, sie hätten gegen den Beklagten einen Leistungsanspruch nach Wahl des Beklagten auf Erteilung des Zuschlags an die Klägerin zu 2.) oder an beide Klägerinnen gemeinsam im Rahmen der von ihnen alternativ angebotenen Kooperation. Denn andere Möglichkeiten einer rechtmäßigen Auswahlentscheidung zur Konzessionsvergabe gebe es nicht. § 19 Abs. 3 BEnSpG stehe nicht entgegen. Es gebe nichts, worüber abgestimmt werden könne, da nur die Klägerinnen rechtsverbindliche Angebote abgegeben hätten. Die Zustimmungspflicht in § 19 BEnSpG beziehe sich nur auf den Konzessionsvertragsinhalt, nicht auf den Vertragspartner. Ferner sei die Regelung nicht mit höherrangigem Bundesrecht – hier insbesondere § 46 EnWG – vereinbar. Schließlich sei auch das Abgeordnetenhaus als Organ des Beklagten nach Maßgabe von §§ 46 EnWG, 19, 20 GWB verpflichtet, der Konzessionsvergabe an die Klägerinnen zuzustimmen. Jedenfalls hätten die Klägerinnen einen Anspruch auf Unterlassung der Konzessionsvergabe an "Berlin Energie", da die entsprechende Auswahlentscheidung des Beklagten gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot verstoße. Es liege auch die für den Unterlassungsanspruch notwendige Erstbegehungsgefahr vor. Denn schon die öffentliche Behauptung des Beklagten in der Pressekonferenz am 3. Juni 2014, er habe in einem rechtmäßigen Verfahren eine Bewertung vorgenommen, aufgrund derer allein "Berlin Energie" der Zuschlag erteilt werden könne, begründe die drohende Gefahr eines Rechtsverlustes. Der Beklagte habe "Berlin Energie" bei der Vergabeentscheidung in rechtswidriger Weise

berücksichtigt. So habe das Unternehmen schon die in den Verfahrensbriefen aufgestellten Eignungskriterien nicht erfüllt, also seine Kompetenz, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zum Betrieb des Berliner Gasverteilnetzes nicht ausreichend nachgewiesen. Das hätte zum Ausschluss von "Berlin Energie" im Vergabeverfahren führen müssen. "Berlin Energie" habe ferner kein rechtsverbindliches "Angebot" abgeben können, da dieses innerhalb des Beklagten noch unter Gremienvorbehalten gestanden habe, der Beklagte aber ohnehin ein Angebot gegenüber sich selbst gar nicht habe abgeben können. Es fehle auch an der erforderlichen Bieteridentität zwischen dem Bewerber im Konzessionsverfahren und dem späteren Konzessionsnehmer, da die Konzession nicht an "Berlin Energie", sondern an eine noch zu gründende Gesellschaft bürgerlichen Rechts "Berlin Energie" vergeben werden sollte. Bei der Berücksichtigung von "Berlin Energie" habe der Beklagte ferner, unter anderem wegen der Verquickung von Interessen innerhalb seiner Verwaltung, das Neutralitätsgebot verletzt. Davon abgesehen habe der Beklagte das Verfahren in rechtswidriger Weise ausgestaltet. Die Bewertungskriterien "Umfang/Qualität der Netznutzung", "Sicherheit des Netzbetriebs/Personalausstattung" sowie "sonstige Ausgestaltung des Netzbetriebs" seien von vorne herein ungeeignet - bzw. bereits in anderen Kriterien mit enthalten - gewesen. Weiterhin habe der Beklagte im Rahmen der genannten Hauptkriterien wiederum Unterkriterien gebildet, ohne diese aber abschließend zu benennen oder zu gewichten. Ferner habe der Beklagte die (Haupt-) Auswahlkriterien nicht unter Beachtung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG gewichtet. Insbesondere habe der Beklagte das Kriterium "Sicherheit des Netzbetriebs" mit dem Ansatz von 50 von 315 Bewertungspunkten sowohl absolut als auch relativ fehlerhaft gewichtet. Auch die Auswertung der Angebote sei fehlerhaft erfolgt. Der Beklagte habe die Angaben von "Berlin Energie" ungeprüft übernommen. Er habe Bewertungsabschlüsse unausgewogen und willkürlich zu ihrem Nachteil vorgenommen. Er habe auch hier – wie schon bei der Eignungsprüfung - in unzulässiger Weise die beabsichtigten Kooperationen von "Berlin Energie" mit landeseigenen Unternehmen zum Vorteil dieses Bewerbers berücksichtigt. Wegen des Vortrags der Klägerinnen zur Auswertungsentscheidung im Einzelnen wird insbesondere auf S. 76ff. des Schriftsatzes der Klägervertreter vom 17. November 2014, (Bd. III Bl. 118ff. der Akte) Bezug genommen.

Die Klägerinnen beantragen,

a) den Beklagten zu verurteilen,

entweder

aa) das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 20. Dezember 2011 ausgeschriebene Wegenutzungsrecht für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gebiet des Landes Berlin mit der Klägerin zu 2.) durch Annahme des finalen Angebotes der Klägerin zu 2.) für den Abschluss eines Gaskonzessionsvertrages mit dem Land Berlin vom 3. April 2014 (Anlage K 3) zu vergeben,

oder

- bb) das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 20. Dezember 2011 ausgeschriebene Wegenutzungsrecht für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gebiet des Landes Berlin mit der Klägerin zu 2.) durch Annahme des finalen Angebotes der Klägerinnen zu 1) und zu 2) für eine Kooperation mit dem Land Berlin vom 3. April 2014 (Anlage K 41) zu vergeben,

Hilfsweise:

- b) der Beklagte wird bei Vermeidung eines vom Gericht für den Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer am Senator für Finanzen zu vollziehenden Ordnungshaft oder einer am Senator für Finanzen zu vollziehenden Ordnungshaft bis zu sechs Monaten verurteilt, es zu unterlassen, das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 20. Dezember 2011 ausgeschriebene Wegenutzungsrecht für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gebiet des Landes Berlin in der Form einer innerstädtischen Festlegung zur Gaskonzessionierung aufgrund derer der Landesbetrieb Berlin Energie die Konzession für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gebiet des Landes Berlin erhält, zu vergeben oder mit der noch zu gründenden Berlin Energie GmbH oder der Berlin Energie GmbH & Co. KG oder einem anderen durch Umwandlung des Landesbetriebs Berlin Energie hervorgegangenen Unternehmen einen Gaskonzessionsvertrag über das ausgeschriebene Wegenutzungsrecht abzuschließen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen

Der Beklagte meint, die Klage sei insgesamt verfrüht, weil das Konzessionierungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Es bestehe jedenfalls kein Anspruch der Klägerinnen auf Abschluss eines Gaskonzessionsvertrages, allenfalls auf Zurücksetzung und Wiederholung des Verfahrens. Die Androhung und Verhängung von Ordnungshaft bei Verstoß gegen eine Unterlassungsverpflichtung gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sei unzulässig. Er habe ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren durchgeführt. "Berlin Energie" sei nicht bevorzugt behandelt worden. Seine "unauflösbare Doppelstellung" als Rechtsträger für die verfahrensleitende Stelle einerseits und für "Berlin Energie" andererseits sei in der vorliegenden Konstellation unvermeidbar gewesen, da sich Eigengesellschaften und Eigenbetriebe genauso wie private Unternehmen am Wettbewerb um die Konzession beteiligen sollten und eine In-House-Vergabe nach der Rechtsprechung unzulässig sei. Es habe auch eine klare Trennung der Zuständigkeiten und Letztentscheidungsrechte zwischen der verfahrensleitenden Stelle (Referat I A von SenFin) und "Berlin Energie" bestanden. Für letztere sei während seiner Zugehörigkeit zu SenFin das dortige Referat I E und während seiner Zugehörigkeit zu SenStadtUm das dortige Referat GR A zuständig gewesen, bis ... im Mai 2013 die Geschäftsleitung übernommen habe. Die Eignungsprüfung gemäß dem "Ersten Verfahrensbrief" habe nur diejenigen Bieter ausschließen sollen, die "offensichtlich" nicht zur Durchführung des künftigen Gasnetzbetriebes

geeignet gewesen seien. Ihm habe insoweit im Rahmen der Festlegungskompetenz ein weiter Gestaltungsspielraum zugestanden. Bieter hätten nicht bereits zum Zeitpunkt der Bewerbung eine Personal-, Finanz- und Betriebsmittelausstattung vorhalten müssen, die für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes erforderlich waren. Der Eignungsprüfung sei im Übrigen ein anderer Bewertungsmaßstab zugrunde zu legen, als bei der im weiteren Verfahren vorzunehmenden Auswertung der finalen Angebote. Als Äquivalent zu rechtsverbindlichen Vertragsangeboten von Bietern mit eigener Rechtspersönlichkeit bedeute die Rechtsverbindlichkeit des Angebots eines landeseigenen Unternehmens die Bedingungsfeindlichkeit im verfahrensrechtlichen Sinne. Auch bei der Bewerbung von "Berlin Energie" habe nach Abgabe des finalen Angebots ausschließlich er – als verfahrensleitende Stelle – durch Handeln der zuständigen Organe (SenFin, Senat und Abgeordnetenhaus) über die "Annahme" des Angebots entscheiden dürfen. "Berlin Energie" sei ein autonomes Zurückziehen seines finalen Angebots nach Ablauf der Angebotsfrist am 7. April 2014 nicht mehr möglich gewesen. Ebenso wenig enthalte das Angebot einen Vorbehalt, nach dem noch ein Gremium von "Berlin Energie" der Angebotsabgabe zustimmen müsse.

Das Neutralitätsgebot sei vorliegend nicht verletzt worden. Es sei nicht erkennbar, gegen welche konkreten Mitwirkungsverbote die für ihn handelnden Amtsträger verstoßen haben sollten. Die Bewerbung eines öffentlichen Unternehmens um eine Konzessionierung sei faktisch unmöglich, wenn man in diesen Konstellationen stets eine institutionelle Befangenheit und Voreingenommenheit des Rechtsträgers annähme. Allein aufgrund der unvermeidbaren Doppelstellung könne kein "böser Schein" der Befangenheit oder Vorfestlegung angenommen werden. Die Klägerinnen hätten auch keinerlei konkrete Umstände oder Anhaltspunkte vorgetragen, aus denen sich eine Diskriminierung durch die handelnden Personen oder ein unzulässiger Wissenstransfer ergeben könnte. Das Erfordernis der Bieteridentität sei unbeschadet dessen gewahrt, dass ein Vertragsabschluss mit einer noch zu gründenden Berlin Energie GmbH oder GmbH & Co. KG erfolgen solle. Dies sei rechtlich unbedenklich, zumal der Beklagte als Alleingesellschafter die vollständige Kontrolle über diese Gesellschaft behalten werde. Der für die Auswahl aufgestellte Kriterienkatalog enthalte entgegen der Auffassung der Klägerinnen keine ungewichteten Unterkriterien. Es bestehe im Übrigen auch keine Verpflichtung zur Bildung von Unterkriterien. Das Bundeskartellamt habe in einem früheren Verfahren insoweit nahezu identische Vergabekriterien mit solchen "textlichen Erläuterungen" unbeanstandet gelassen. Er habe auch im Übrigen zulässige Auswahlkriterien gewählt. Auch sei die Bewertungsmethode transparent und nicht zu beanstanden.

"Berlin Energie" habe auf Grundlage der vorgenannten Auswahlkriterien das beste Angebot abgegeben. Die Bewertung der Angebote sei anhand einer in die Zukunft gerichteten Betrachtung ("Prognose") vorzunehmen gewesen. Der Auswertung hätten sämtliche eingereichten Angebotsinhalte zugrunde gelegen, also jeweils die Gesamtdarstellung, das Netzbewirtschaftungskonzept und das Konzessionsangebot. Die den Konzepten und Prognosen zugrunde liegenden Annahmen seien bei allen Angeboten sowohl in energiewirtschaftlicher als

auch betriebswirtschaftlicher Sicht nachvollziehbar gewesen. Zum Beweis dafür beruft er sich auf das Zeugnis des Referatsleiters des Referats I A SenFin, zum Beweis für die Nachvollziehbarkeit der Angebote in energiewirtschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht ergänzend auf das Zeugnis des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters ••• sowie des •••. Die Angebotsauswertung durch SenFin und die Angebotsunterlagen von "Berlin Energie" könnten zum Schutz des laufenden Verfahrens und des Geheimwettbewerbs nicht vorgelegt werden. Auch die Auswertung enthalte entscheidungsrelevante Angebotsinhalte von "Berlin Energie", die zum Schutz des Geheimwettbewerbs und der wettbewerblichen Interessen dieses Unternehmens nicht offenbart werden dürften. Nicht entscheidend bei der Auswertung sei gewesen, welcher der Bewerber im Zeitpunkt der Angebotsabgabe über die beste Betriebsmittel- und Personalausstattung verfügt habe. Anderenfalls würde der Wettbewerb um Konzessionen leerlaufen, weil stets der Altkonzessionär gewinnen würde. Wegen des Vortrags des Beklagten zu seiner Auswertungsentscheidung im Einzelnen wird insbesondere auf S. 51ff. des Schriftsatzes der Beklagtenvertreter vom 1. Dezember 2014, (Bd. IV Bl. 49ff. der Akte) Bezug genommen Die Vorwürfe der Klägerinnen gegen die Gestaltung des Vergabeverfahrens seien treuwidrig und damit unzulässig. Denn sie hätten diese vorgebracht, nachdem die Vergabeentscheidung zu ihren Ungunsten ausgefallen sei.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien im Einzelnen wird ergänzend auf die Schriftsätze ihrer Prozessbevollmächtigten nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage hat – nur - nach dem Hilfsantrag der Klägerinnen Erfolg und war deshalb im Übrigen abzuweisen.

A.

Für die vorliegende Klage ist zunächst insgesamt gemäß § 13 GVG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet. Die entsprechende Entscheidung der Kammer vom 4. August 2014 hat das Kammergericht mit Beschluss vom 6. Oktober 2014 (2 W 4/14 Kart) mit Rechtskraft bestätigt, so dass dies hier keiner weiteren Begründung mehr bedarf.

B.

Über den Hilfsantrag der Klägerinnen war zu entscheiden, weil der Hauptantrag unzulässig ist (unten I.), im Übrigen aber auch unbegründet wäre (II.).

I.

Der von den Klägerinnen als Hauptantrag zur Entscheidung gestellte Antrag zur Verurteilung “entweder” auf Vertragsschluss mit der Klägerin zu 2.) “oder” mit beiden Klägerinnen im Rahmen einer Kooperation stellt eine alternative Klagehäufung im Sinne des § 260 ZPO dar, die in dieser Ausgestaltung wegen fehlender Bestimmtheit prozessual unzulässig ist. Denn Voraussetzung für eine alternative Klagehäufung ist, dass hinsichtlich der wahlweise geltend gemachten Ansprüche eine “echte” Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB besteht (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 260, Rdn. 5). Dafür müssen mehrere Leistungen in der Weise geschuldet sein, dass nach späterer Wahl nur eine von ihnen zu erbringen ist. Es besteht dann nur ein einheitlicher Anspruch mit alternativem Inhalt. Der Anwendungsbereich der §§ 262ff. BGB ist aber eng (Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 262, Rdn. 1). So kann ein einheitlicher Anspruch überhaupt nur dann bestehen, wenn die dem Schuldner – hier dem Beklagten – zur Auswahl stehenden Verpflichtungen jedenfalls gegenüber demselben Gläubiger zu erfüllen wären. Denn gemäß § 262 BGB soll sich die Wahlmöglichkeit des Schuldners nur auf den Inhalt der Verpflichtung beziehen, nicht auch auf den Gläubiger des Anspruchs. Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Denn im vorliegenden Fall wäre eine der in Betracht kommenden Verpflichtungen – die einfache Konzessionsvergabe - nur gegenüber der Klägerin zu 2.) zu erfüllen, während Gläubiger eines Anspruchs auf Konzessionsvergabe nach dem Kooperationsmodell beide Klägerinnen gemeinsam wären. Würde sich der Beklagte für eine einfache Konzessionsvergabe an die Klägerin zu 2.) entscheiden, könnte auch nur die Klägerin zu 2.) daraus einen Anspruch auf Abschluss des entsprechenden Konzessionsvertrages gegen den Beklagten herleiten. Die Klägerin zu 1.) hätte diesbezüglich dagegen keine eigenen Ansprüche.

II.

Obwohl es darauf nach dem Vorstehenden nicht mehr ankommt, wäre der Hauptantrag darüber hinaus aber auch in der Sache unbegründet. Soweit die Klägerinnen damit bereits den Abschluss eines Kooperationsvertrags begehren, bestünde ein dahingehender Leistungsanspruch gegen den Beklagten selbst dann nicht, wenn – anders als hier – tatsächlich nur noch eine rechtmäßige Vergabeentscheidung in Betracht käme. Denn es besteht gemäß §§ 33 Abs. 1, 19 GWB keine unmittelbar durchsetzbare Verpflichtung des Beklagten, mit den Klägerinnen bzw. der Klägerin zu 2.) als wahren “Bestbieter” einen Konzessionsvertrag über das Gasversorgungsnetz zu schließen. Grundsätzlich erschöpft sich die Rechtsfolge einer kartellrechtlichen Diskriminierung gemäß § 33 GWB auf das Verbot der weiteren Diskriminierung und den Ersatz des aus der bisherigen Diskriminierung entstandenen Schadens. Nur in besonders gelagerten Einzelfällen kann aus dem Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 33 Abs. 3 GWB, 249ff. BGB unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution ein Anspruch auf Vertragsschluss im Sinne eines Kontrahierungszwanges hergeleitet werden. Ein solcher Leistungsanspruch ist aber an strenge Voraussetzungen geknüpft, die hier nicht gegeben sind.

Zwar ist auf Grundlage des formal abgeschlossenen Verfahrens zur Konzessionsvergabe und unter Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung zugunsten von “Berlin

Energie" (dazu im Einzelnen unten unter C.) an sich praktisch undenkbar, dass im Rahmen dieses Verfahrens noch einem anderen Unternehmen als den Klägerinnen – bzw. der Klägerin zu 2.) allein – die Konzession zum Betrieb des Gasverteilungsnetzes übertragen wird. Es steht aber nicht zwingend fest, dass die Konzessionsvergabe auf Grundlage des bereits durchgeführten Vergabeverfahrens erfolgt. Denn aufgrund zahlreicher Verfahrensmängel kommt grundsätzlich auch die Neuausschreibung und Wiederholung des Vergabeverfahrens in Betracht. Ob das erforderlich oder geboten ist, hat die Kammer hier nicht zu entscheiden. Durch eine Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung der Konzession würde diese von dem Beklagten noch zu treffende Entscheidung jedenfalls in unzulässiger Weise vorweggenommen.

Eine rechtsverbindliche Entscheidung des Beklagten über die Konzessionsvergabe kann die Kammer mit der vorliegenden Entscheidung darüber hinaus vor allem auch deshalb nicht ersetzen, weil der Abschluss eines solchen Konzessionsvertrages gemäß § 19 Abs. 3 des Berliner Energiespargesetzes (BEnSpG) der Zustimmung des Abgeordnetenhauses bedarf. Eine gerichtliche Verpflichtung des Beklagten in Ansehung dieses Parlamentsvorbehalts würde in die verfassungsrechtlich geschützte Entscheidungshoheit des (Landes-) Parlaments eingreifen und damit das Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG verletzen. Der Zustimmungsvorbehalt bezieht sich auf die Vergabeentscheidung als solche und beschränkt sich entgegen der Auffassung der Klägerinnen nicht auf den Inhalt der zu vergebenden Konzession. Eine solche Einschränkung sieht die Regelung nicht vor, sie wäre auch nicht nachvollziehbar. Vielmehr ist erkennbar, dass das Abgeordnetenhaus hinsichtlich der Konzessionsvergabe als solcher das "letzte Wort" haben soll. Es kann ferner dahingestellt bleiben, ob auch das Abgeordnetenhaus in der vorliegenden Konstellation nach geltendem Recht eine Verpflichtung hätte, der Konzessionsvergabe an die Klägerinnen zuzustimmen. Denn auch eine solche Verpflichtung würde die im Gesetz vorgesehene – förmliche - Zustimmung durch Beschluss nicht ersetzen. Aufgrund des Prinzips der Gewaltenteilung kann auch die Kammer diese nicht einfach durch gerichtliche Entscheidung ersetzen. Denn selbst wenn – wie die Klägerinnen meinen - § 19 Abs. 3 BEnSpG wegen Verstoßes gegen vorrangiges Bundesrecht gemäß Art. 31, 72 GG in Gestalt des EnWG unwirksam sein sollte, könnte ein Gericht die Regelung nicht einfach missachten, sondern müsste diese gegebenenfalls in einem Normenkontrollverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht überprüfen lassen. So könnte die Kammer ein Landesgesetz selbst dann nicht außer Acht lassen, wenn es von seiner Verfassungswidrigkeit überzeugt wäre.

C.

Der daneben von den Klägerinnen zur Entscheidung gestellte Hilfsantrag ist zulässig und auch begründet.

Die Klägerinnen haben gemäß §§ 33 Abs. 1 S. 2, 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB, §§ 46 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 1 EnWG gegen den Beklagten einen Anspruch darauf, dass dieser es unterlässt, das

Wegenutzungsrecht für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Land Berlin als "innerstädtische Festlegung" an "Berlin Energie" zu vergeben oder später mit einem aus "Berlin Energie" hervorgegangenen Unternehmen einen Konzessionsvertrag über dieses Wegenutzungsrecht abzuschließen.

I.

Dem entsprechenden Unterlassungsbegehren steht zunächst nicht entgegen, dass ein Konzessionsvertrag zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes, der auf Grundlage einer "unbilligen Behinderung" der Klägerinnen im Sinne des § 19 GWB von dem Beklagten geschlossen würde, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ohnehin gemäß § 134 BGB nichtig wäre und schon deshalb – also auch ohne die hier begehrte Unterlassung - keine Rechtswirkungen entfalten könnte (BGH – Stromnetz Berkenthin – NZBau 2014, 514ff., Rdn. 101ff.). Zum einen beabsichtigt der Beklagte gerade nicht, den Zuschlag zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes unmittelbar im Rahmen einer zivilrechtlichen Vereinbarung an ein selbständiges Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit zu vergeben. Vielmehr soll die Vergabe zunächst quasi "intern" in Form einer "innerstädtischen Festlegung" zugunsten des Unternehmens "Berlin Energie" erfolgen. Selbst wenn § 134 BGB auf eine solche Konstellation zumindest entsprechend anzuwenden sein dürfte (vgl. BGH – Stromnetz Heiligenhafen – NZBau 2014, 303ff., Rdn. 79ff.), besteht unbeschadet der rechtlichen Wirksamkeit einer solchen Vergabeentscheidung jedenfalls ein anerkanntes Interesse der Klägerinnen, mithilfe des hier geltend gemachten Unterlassungsanspruchs weitere Erklärungen und Maßnahmen des Beklagten zu verhindern, die faktisch auf Eingehung, Ausgestaltung oder Durchführung eines entsprechenden Konzessionsverhältnisses mit "Berlin Energie" oder einem daraus hervorgehenden Unternehmen gerichtet sind und damit jedenfalls den Rechtsschein einer wirksamen Konzessionsvergabe setzen.

II.

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Klage auch nicht verfrüht, weil die Klägerinnen sie vor dem förmlichen Abschluss des Vergabeverfahrens durch entsprechende Beschlussfassung des Abgeordnetenhauses erhoben haben. Denn nach den konkreten Umständen besteht bereits jetzt eine "Erstbegehungsfahr" für die "innerstädtische Festlegung" des Beklagten zugunsten "Berlin Energie" oder für die Erteilung einer Konzession an ein daraus hervorgehendes Unternehmen durch den Beklagten, was bereits den geltend gemachten – lediglich vorbeugenden - Unterlassungsanspruch nach Maßgabe von § 33 Abs. 1 S. 2 GWB begründet. Als Voraussetzung dafür muss nur die ernst zu nehmende, nicht bloß konstruierte Gefahr eines baldigen (erstmaligen) Kartellverstoßes bestehen. Diese Gefahr kann sich vor allem daraus ergeben, dass bereits mit den Vorbereitungshandlungen für einen Kartellverstoß begonnen wird, etwa in Gestalt der Aufnahme von Verhandlungen über einen verbotenen Kartellvertrag, oder daraus, dass sich der in Anspruch Genommene der Befugnis zur Vornahme bestimmter kartellrechtswidriger Handlungen berührt (vgl. Immenga/Mestmäcker-Emmerich GWB, 5. Aufl., § 33 Rdn. 41).

Ein solcher Sachverhalt liegt hier vor. Der Beklagte – insofern insbesondere vertreten durch den Senator für Finanzen – hat das Verfahren zur Vergabe des Berliner Gasverteilungsnetzes in mehreren öffentlichen Verlautbarungen für abgeschlossen erklärt. In der Senatsvorlage vom 24. Juni 2014 teilte er das Ergebnis des Verfahrens mit und erläuterte die weitere Verfahrensweise ausgehend davon, dass “Berlin Energie” das beste Angebot abgegeben habe. Ferner kann auch die Pressemitteilung des Beklagten vom 3. Juni 2014 nur so verstanden werden, dass er das Vergabeverfahren für beendet hält und “Berlin Energie” als Bestbieter ansieht. Nichts anderes ergibt sich aus den weiteren öffentlichen Verlautbarungen des Senators für Finanzen als Organ des Beklagten vom 3. Juli 2014 und vom 18. September 2014 jeweils vor dem Abgeordnetenhaus. Zu berücksichtigen ist hier auch der Inhalt der Vorinformation des Beklagten für die Vergabe von drei Rahmenverträgen zur Projektsteuerung und Beratung bei der Übernahme des Berliner Gasverteilungsnetzes vom 4. November 2014 im Amtsblatt der EU (Anlage K 52), die offensichtlich bereits im Vorgriff auf die beabsichtigte Vergabe der Konzession an “Berlin Energie” erfolgt ist. Nach alledem besteht für die Kammer kein Zweifel daran, dass aus Sicht der politisch Verantwortlichen des Beklagten nur noch die förmliche Befassung von Senat und Abgeordnetenhaus erforderlich sein sollte, um die Vergabeentscheidung zugunsten “Berlin Energie” zu vollziehen. Dass insbesondere die Zustimmung des Abgeordnetenhauses tatsächlich noch aussteht – und diese theoretisch auch noch versagt werden könnte –, schließt die Erstbegehungsgefahr nicht aus. Das gebietet in der vorliegenden Konstellation schon das Gebot effektiven Rechtsschutzes für die Klägerinnen. Denn mit der politischen Vorentscheidung des Beklagten droht durch die – grundsätzlich jederzeit mögliche – Beschlussfassung des Abgeordnetenhauses der Vollzug der Vergabeentscheidung und damit eine zumindest faktische Festlegung des Beklagten auf eine Netzvergabe an “Berlin Energie”. Es ist den Klägerinnen nicht zuzumuten, die dadurch eintretenden Veränderungen der Gesamtsituation mit entsprechenden Rechtsmitteln erst wieder rückgängig machen zu müssen. Vielmehr müssen sie diese Umsetzungsmaßnahmen bereits verhindern können, um nicht erst im Nachhinein deren Unwirksamkeit einwenden und dann um deren Rückgängigmachung kämpfen zu müssen. Es kann auch nicht maßgeblich sein, ob nach dem derzeitigen oder sich wandelnden politischen Meinungsstand im Senat und Abgeordnetenhaus die Entscheidung über die Netzvergabe tatsächlich - immer noch - entsprechend der Senatsvorlage vom 24. Juni 2014 getroffen werden würde. Für den geltend gemachten – vorbeugenden – Unterlassungsanspruch genügt es jedenfalls, dass eine solche Zustimmung ohne eine Verbotsentscheidung der Kammer weiterhin zumindest ernsthaft zu befürchten ist und damit dann die von den Klägerinnen angegriffene Vergabeentscheidung des Beklagten vollzogen würde.

III.

Die vom Beklagten beabsichtigte Konzessionsvergabe an "Berlin Energie" in Form einer innerstädtischen Festlegung erfüllt die Voraussetzungen der §§ 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB, 46 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 1 EnWG, stellt mithin in diesem Sinne eine Diskriminierung und unbilliger Behinderung der Klägerinnen dar.

1.

Der Beklagte unterliegt hier zunächst überhaupt dem kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbot. So sind nämlich Gemeinden beim Abschluss von energierechtlichen Konzessionsverträgen Normadressaten der Verbotsvorschriften des GWB (vgl. BGH NZBau 2014, 514 - Stromnetz Berkenthin – a.a.O. Rdn. 18). Der Beklagte ist als Stadtstaat und insoweit "Einheitsgemeinde" (BVerwG NVwZ 2013, 662, 663) in diesem Sinne passivlegitimiert.

a)

So hat der Bundesgerichtshof grundsätzlich festgestellt, dass Gemeinden beim Abschluss von Konzessionsverträgen im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts handeln (BGH – Stromnetz Berkenthin - a.a.O. Rdn. 19 m.w.N.). Soweit der Beklagte mit gleicher Argumentation wie bereits ursprünglich schon zur Frage des Rechtsweges wiederum die Auffassung vertritt, aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der straßenrechtlichen Sondernutzung im Land Berlin gemäß § 12 BerlStrG könne er im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Wegenutzungsrechten nicht als Unternehmer im Sinne des Zivilrechts angesehen werden, vermag das die Kammer auch an dieser Stelle nicht zu überzeugen. Durch die rechtskräftige Entscheidung des Kammergerichts zur Zulässigkeit des Zivilrechtsweges gemäß § 13 GVG erscheint bereits vorgegeben, dass gegen den Beklagten im vorliegenden Fall kartellrechtliche Ansprüche jedenfalls grundsätzlich in Betracht kommen müssen, er also jedenfalls als "Unternehmen" im Sinne des Kartellrechts anzusehen ist. Ergänzend kann insoweit auf die Gründe des Beschlusses des Kammergerichts vom 6. Oktober 2014 Bezug genommen werden. Soweit der Beklagte danach – wie hier – auf dem Markt als Nachfrager oder Anbieter auftritt, ist es gleichermaßen zum Schutz seiner Vertragspartner wie allgemein zum Schutz der Wettbewerbsordnung geboten, ihn als Unternehmen zu betrachten und ihn wie andere Unternehmen auch den Regelungen des GWB einschließlich seiner Zuständigkeitsregelungen im Hinblick auf Streitigkeiten zu unterwerfen (Immenga/Mestmäcker - Emmerich, GWB 4. Aufl., § 130 Rdn. 48). Der Beklagte argumentiert im vorliegenden Rechtsstreit im Übrigen auch offen im Widerspruch zu seinen eigenen Bekundungen und Selbstverpflichtungen im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens selbst. So erklärte er im "Ersten Verfahrensbrief" unter Ziffer V. "Rechtlicher Hinweis" (dort Seite 11) noch ausdrücklich, dass er "bei der Durchführung des Verfahrens die rechtlichen Bestimmungen, insbesondere des Energiewirtschafts-, Kartell-, Wettbewerbs- und Unionsrechts ..." beachten werde. Allein das stellt bereits eine Selbstbindung des Beklagten dar. Daran muss er sich festhalten lassen und kann insbesondere nicht mehr

einwenden, dass er mangels Unternehmereigenschaft den Vorgaben des Kartellrechts tatsächlich doch nicht unterliege.

b)

Der Beklagte hat unzweifelhaft auch eine marktbeherrschende Stellung in Bezug auf die hier in Rede stehende Konzession zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes im Land Berlin. Sachlich relevanter Markt ist dabei das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören (so genannte "qualifizierte Wegenutzungsrechte" im Sinn des § 46 Abs. 2 EnWG). Gegenstand des Konzessionsvertrags im kartellrechtlichen Sinne ist nämlich das Angebot solcher Leitungsrechte, nicht etwa die Nachfrage der entsprechenden Netzinfrastrukturmaßnahmen durch den Beklagten. Der relevante Markt ist ferner örtlich auf das Gemeindegebiet – hier das Stadtgebiet Berlins - beschränkt, die Einbeziehung anderer Gemeinden in den örtlich relevanten Markt kommt dagegen nicht in Betracht. Denn die Wegerechte der Gemeinde sind aus Sicht der am Netzbetrieb interessierten Unternehmen nicht funktional gegen diejenigen einer anderen Gemeinde austauschbar, die keinen Zugang zu den örtlichen Anschlussnehmern erlauben und im Übrigen in einem nicht deckungsgleichen zwanzigjährigen Turnus durch andere örtliche Wegerechtsmonopolisten vergeben werden. Räumliche Zugangsschranken auf dem nachgelagerten Markt für die Bereitstellung eines Gasverteilungsnetzes, auf dem sich der Nachfrager als Anbieter betätigen will, können den relevanten Markt begrenzen. Das ist hier der Fall, da sich als Betreiber des Netzes der allgemeinen Versorgung in einem bestimmten Gemeindegebiet nur ein Unternehmen betätigen kann, dem die Gemeinde die entsprechende Konzession übertragen hat (vgl. BGH - Stromnetz Berkenthin – a.a.O. Rdn. 20ff.).

c)

Die Stellung des Beklagten als Normadressat der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle gemäß §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB steht sowohl mit den Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes (aa) als auch mit dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung (bb) im Einklang.

aa)

Zunächst ergeben sich aus den spezialgesetzlichen Regelungen über die Konzessionsvergabe für Versorgungsnetze gemäß § 46 Abs. 2 EnWG keine Vorgaben, die von denen des allgemeinen Kartellrechts gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB abweichen würden. So findet § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG - wonach Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für den Betrieb von Versorgungsleitungen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen haben - auch auf die von § 46 Abs. 2 EnWG erfassten Wegenutzungsverträge Anwendung. Die Gemeinden sind also verpflichtet, auch über solche Konzessionen diskriminierungsfrei zu entscheiden, wobei die kartellrechtlichen und die energiewirtschaftlichen Anforderungen insoweit überein stimmen. Soweit diesbezüglich in der

Vergangenheit – zumindest auch noch bei Einleitung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens - Zweifel geherrscht haben sollten, erscheint diese Frage nunmehr durch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geklärt (BGH – Stromnetz Berkenthin a.a.O. Rdn. 26ff. m.w.N.) geklärt. Weder ist § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG mit dem dort normierten Diskriminierungsverbot auf Fälle “zusätzlichen Direktleitungsbaus” neben dem allgemeinen Energieversorgungsnetz gemäß § 46 Abs. 2 EnWG beschränkt, noch stellt diese Norm eine abschließende Regelung für die Bedingungen der Konzessionsvergabe von Versorgungsnetzen dar, die eine Anwendung des Diskriminierungsverbots gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG ausschließen würde. Das ergibt sich allein schon daraus, dass in § 46 Abs. 3 EnWG für die Verträge nach § 46 Abs. 2 EnWG weitere Bedingungen – nämlich insbesondere Bekanntmachungspflichten bei Laufzeitende – gesetzt werden.

Das allgemeine Diskriminierungsverbot findet auch in Ansehung des § 46 Abs. 4 EnWG unbeschadet dessen Anwendung, dass der Beklagte die Vergabe der Konzession hier an “Berlin Energie” als einem landeseigenen Betrieb beabsichtigt. Denn die Gemeinden haben auch dann, wenn sie die Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege zum Netzbetrieb einem Eigenbetrieb übertragen wollen, das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten. Sie können sich in diesem Zusammenhang weder auf ein “Konzernprivileg”, noch auf die Grundsätze des ansonsten im allgemeinen Vergaberecht anerkannten “In-House-Geschäfts” berufen (BGH – Stromnetz Heiligenhafen, a.a. O. Rdn. 31 m.w.N.). Zwar schließt allein der Wortlaut des § 46 Abs. 4 EnWG, der Pflichten der Gemeinde bei der Übertragung der Wegenutzung auf Eigenbetriebe regelt, die Möglichkeit noch nicht aus, einen solchen Eigenbetrieb bei der Übertragung der Netznutzungsrechte zu bevorzugen (BGH a.a.O. Rdn. 32). Insbesondere enthält § 46 Abs. 4 EnWG keine ausdrückliche Verweisung auf das Diskriminierungsverbot in § 46 Abs. 1 EnWG. Aus dem Zweck der Regelung des § 46 EnWG ergibt sich jedoch, dass die Gemeinden auch bei einer “Systementscheidung” für den Netzbetrieb durch einen Eigenbetrieb das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten haben (BGH a.a.O. Rdn. 35). § 46 Abs. 2 und 3 EnWG dienen gerade auch dem Zweck, kommunalen “Ewigkeitsrechten”, also dem dauerhaften und unangefochtenen Recht der Kommunen auf den Netzbetrieb entgegenzuwirken. § 46 Abs. 4 EnWG soll eine Umgehung dieses Ziels durch die Wahl gemeindlicher Eigenbetriebe als Netzbetreiber verhindern. Auch dann, wenn sich die Gemeinde eines Eigenbetriebs bedient, sollte wenigstens im 20-Jahres-Rhythmus ein Wettbewerb um das Netz ermöglicht werden. § 46 Abs. 4 EnWG dient damit dem Ziel, beim Wettbewerb um die Konzession für den Netzbetrieb Eigenbetriebe den in Abs. 2 und 3 genannten Energieversorgungsunternehmen gleichzustellen. Daraus folgt, dass die Gemeinden die Entscheidung zwischen einem Eigenbetrieb und anderen, insbesondere privaten Bewerbern gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 1 EnWG diskriminierungsfrei zu treffen haben (BGH a.a.O. Rdn. 36). Schließlich wäre die in § 46 Abs. 4 EnWG angeordnete entsprechende Anwendung der Bekanntmachungspflichten des § 46 Abs. 3 EnWG, die zu einer Auswahl nach rationalen Kriterien beitragen soll, auf Eigenbetriebe sinnlos, könnte die Gemeinde ohne Rücksicht auf fremde Gebote ein eigenes Unternehmen bevorzugen (BGH a.a.O. Rdn. 37). §

46 Abs. 4 EnWG lässt damit eine bindungslose "In-House-Vergabe" an Eigenbetriebe nicht zu (BGH a.a.O. Rdn. 38).

bb)

Eine Einschränkung des allgemeinen Diskriminierungsverbots bei der Auswahl des Netzbetreibers ergibt sich auch nicht aus dem verfassungsmäßigen Recht des Beklagten auf kommunale Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG. Denn die Pflicht der Gemeinde zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs steht mit diesem Recht auch insoweit in Einklang, als es um die Übertragung von Wegenutzungsrechten auf Eigenbetriebe geht (BGH – Stromnetz Heiligenhafen - a.a.O. Rdn. 39). Zwar ist die Versorgung der Eigentümer und ortsansässigen Unternehmen mit Energie eine Aufgabe der verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltung. Die im Zusammenhang mit dieser Versorgung stehende wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden unterliegt jedoch wiederum rechtlichen Schranken. So besteht das Recht zur kommunalen Selbstverwaltung nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze, zu denen auch das Energiewirtschaftsgesetz zählt (BGH a.a.O. Rdn. 40). Die Vorschrift des § 46 Abs. 1 EnWG greift - auch soweit sie auf die Überlassung des Netzbetriebs an Eigenbetriebe Anwendung findet – nicht in verfassungswidriger Weise in den Kernbestand des Selbstverwaltungsrechts ein. Denn als Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie ist grundsätzlich nur die Möglichkeit der Gemeinde zur wirtschaftlichen Betätigung als solche geschützt, nicht aber einzelne Ausprägungen wirtschaftlicher Tätigkeit (BGH a.a.O. Rdn. 41). Soweit in der aus § 46 Abs. 1 und 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. Die Regelung beschränkt die Gemeinden auch nicht übermäßig. Sie sind grundsätzlich 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 a.a.O. Rdn. 42).

d)

Die vorgenannten Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gelten uneingeschränkt auch für das streitgegenständliche Vergabeverfahren. Nach der Einlassung des Beklagten wird nicht ganz deutlich, ob er demgegenüber meint, nicht oder nur eingeschränkt dem kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zu unterliegen. Dafür spricht, dass er zumindest ursprünglich sowohl den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten als auch seine Stellung als "Unternehmer" im kartellrechtlichen Sinne in Abrede gestellt hat. Legte man diese

Auffassung des Beklagten zugrunde, wäre die Vergabeentscheidung im vorliegenden Fall tatsächlich nicht anhand des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes, sondern vielmehr nach verwaltungsrechtlichen Vorgaben zu überprüfen gewesen, die dem Beklagten mutmaßlich ein weiteres Auswahlermessen belassen hätten. Andererseits nimmt der Beklagte selbst ausdrücklich Bezug auf die zitierte neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und stellt diese erkennbar auch nicht in Frage. Insoweit beruft er sich jedenfalls aber darauf, dass seine Auswahlentscheidung auch nach den strengen Maßstäben des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes rechtmäßig zustande gekommen sei. Das ist nach Auffassung der Kammer allerdings nicht der Fall.

2.

Der Beklagte hat mit seiner Auswahlentscheidung zugunsten "Berlin Energie" nach Maßgabe von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB das kartellrechtliche Missbrauchs-, Behinderungs- und Diskriminierungsverbot missachtet bzw. die Klägerin durch die Einbeziehung und späterer Berücksichtigung von "Berlin Energie" als konkurrierenden Mitbewerber "unbillig behindert".

Aus der Bindung der Gemeinde an das Diskriminierungsverbot – ergänzt durch das allgemeinere Missbrauchs- und Behinderungsverbot - ergeben sich grundsätzlich sowohl verfahrensbezogene, als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung (BGH – Stromnetz Heiligenhafen - a.a.O. Rdn. 43; OLG Düsseldorf zitiert nach BeckRS 2014, 09911, dort S. 10 Ziff. 2.)). Insbesondere muss das der Vergabeentscheidung vorangehende Auswahlverfahren 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 insbesondere auch eine Verpflichtung der Vergabestelle 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 sind (BGH – Stromnetz Heiligenhafen - a.a.O. Rdn. 44; BGH – Stromnetz Berkenthin - a.a.O. - Rdn. 35; OLG Düsseldorf a.a.O. dort S. 11 aa).

a)

Nach Auffassung der Kammer liegt eine kartellrechtswidrige Behinderung der Klägerinnen im vorliegenden Fall bereits darin begründet, dass der später als solcher ausgewählte Bestbieter "Berlin Energie" überhaupt in seiner konkreten Ausgestaltung am Verfahren zur Vergabe der Gasnetzkonzession teilnehmen durfte, der Beklagte dieses Unternehmen also als Bewerber zugelassen hat. Dies stellt bereits für sich genommenen einen strukturellen Mangel des

Verfahrens dar, ohne dass es weiter darauf ankäme, ob "Berlin Energie" dann auch formal die von dem Beklagten in seinen Verfahrensbriefen aufgestellten Eignungsanforderungen erfüllen oder ein berücksichtigungsfähiges Angebot abgeben konnte. Denn dem Unternehmen "Berlin Energie" fehlte die grundsätzlich erforderliche Rechtspersönlichkeit – jedenfalls aber funktionale Eigenständigkeit –, um als unabhängiger Bewerber im Vergabeverfahren berücksichtigt werden zu können. Es dürfte nach den Vorgaben des Beklagten in seinen Verfahrensbriefen schon unzulässig gewesen sein, dass mit "Berlin Energie" ein Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit am Verfahren teilgenommen hat (unten aa). Vor allem verstößt es aber gegen das Transparenz- und Neutralitätsgebot, dass sich der Beklagte selbst mit diesem unselbständigen – landeseigenen – "Unternehmen" am Vergabeverfahren beteiligt hat (unten bb). In der vorliegenden Konstellation lässt sich aufgrund der unzureichenden Trennung des Bewerbers "Berlin Energie" von der Verwaltungsstruktur des Beklagten im Übrigen nicht einmal klar unterscheiden, ob der Beklagte – wie er meint - "Berlin Energie" im Vergabeverfahren als Bewerber zugelassen (und somit dessen Eignung geprüft und bejaht) hat oder sich nicht doch eher selbst unmittelbar durch das landeseigene Unternehmen "Berlin Energie" beteiligt und damit die Eignung zur Teilnahme am Verfahren und Erfüllung der Bewerbungsanforderungen quasi selbst zugesprochen hat. Der damit zum Ausdruck kommende Interessenkonflikt des Beklagten ist nicht zu lösen. Die Zulassung von "Berlin Energie" im Vergabeverfahren verstößt gegen übergeordnete Rechtsgrundsätze und führt zwangsläufig jedenfalls dann zur Diskriminierung der Mitbewerber, wenn der unselbständige Bieter als Teil der Vergabestelle – wie hier – später tatsächlich zum Zuge kommt.

aa)

In seinem "Ersten Verfahrensbrief" räumt der Beklagte selbst ein, dass "Berlin Energie" gar kein eigenständiges Unternehmen sein soll, sondern lediglich eine Art "Platzhalterstellung" für eine später erst noch zu gründende Gesellschaft bürgerlichen Rechts wahrnimmt, an die er die Konzession eigentlich vergeben will. Voraussetzung für die Stellung als Bewerber im vorliegenden Konzessionsvergabeverfahren ist aber jedenfalls im Grundsatz dessen Eigenständigkeit als Rechtspersönlichkeit und Träger von Rechten und Pflichten. Denn Bewerber um eine Konzession kann grundsätzlich nur ein Unternehmen sein, das unmittelbar selbst sowohl Rechte begründen, als auch Pflichten eingehen will und gegebenenfalls insoweit Ansprüche stellt oder auch für Zusagen oder Versprechen haftet. Nur so ist der Bewerber nämlich überhaupt in der Lage, ein eigenes – ihn unmittelbar bindendes - "Angebot" zum Betreiben des Versorgungsnetzes abzugeben, wie es der zweite und dritte Verfahrensbrief des Beklagten ausdrücklich vorschreibt. Nur so kann er an seinen Zusagen und Versprechungen in Bezug auf den Betrieb des Gasversorgungsnetzes festgehalten und gegebenenfalls zur Verantwortung gezogen werden. Diesen Anforderungen wird "Berlin Energie" aber schon im Ansatz nicht gerecht. Denn unstreitig handelt es sich dabei um ein landeseigenes "Unternehmen" nach § 26 LHO, das vor Beginn des

Vergabeverfahrens als unselbständiger Teil des Beklagten geschaffen wurde und dies – lediglich mit der Maßgabe seiner Eingliederung in eine andere Senatsverwaltung - bis heute geblieben ist. Das Unternehmen "Berlin Energie" ist dabei nach Einschätzung der Kammer formal und auch strukturell in die bestehenden Verwaltungsstrukturen des Beklagten integriert geblieben, wobei es keinen wesentlichen Unterschied macht, ob es in der für die Vergabeentscheidung unmittelbar zuständigen Senatsverwaltung für Finanzen angesiedelt war oder bei der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt. Denn der Beklagte ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts insgesamt rechtlich als Einheit zu sehen. Die vom Beklagten angeführten Maßnahmen zur organisatorischen und funktionalen Trennung von Zuständigkeiten vermögen daran nichts Entscheidendes zu ändern. Abgesehen von der völligen rechtlichen Unselbständigkeit zeigt sich die Abhängigkeit von "Berlin Energie" deutlich auch in rein praktischer Hinsicht. So verfügt "Berlin Energie" schon über keine eigenen Räumlichkeiten, sondern ist unmittelbar im Gebäude der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt angesiedelt. Damit ist es schon für die anfallende Büroarbeit von der sonstigen Verwaltung des Beklagten abhängig. Es hat bisher auch keine nennenswerten Finanzmittel, über die es unabhängig und selbständig entscheiden darf. Ferner ist auch rein arbeitstechnisch nicht nachvollziehbar, wie "Berlin Energie" als Unternehmen im Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens zu einer sachlich und förmlich von dem Beklagten (SenStadtUm) unabhängigen, also völlig eigenständigen Willensbildung in der Lage gewesen sein soll, die dann zur Erstellung eines selbständigen tragfähigen Angebots im Rahmen des Vergabeverfahrens geführt hat. Denn nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerinnen verfügte "Berlin Energie" bis Mai 2013 über kein eigenes Personal. Überhaupt erst im Mai 2013 wurde Herr ••• als Geschäftsleiter eingesetzt und war seitdem offiziell einziger Mitarbeiter von "Berlin Energie". Insbesondere hatte er für seine Arbeit kein weiteres Personal, also auch keine Bürokräfte, zur Verfügung. Da nach dem "Zweiten Verfahrensbrief" indikative aussagekräftige Angebote aber bereits bis zum 7. Juli 2013 einzureichen waren – und "Berlin Energie" ein solches nach den unbestrittenen Angaben des Beklagten auch tatsächlich eingereicht hat - muss der Geschäftsleiter ••• das Angebot innerhalb von nur zwei Monaten völlig allein erarbeitet haben. Es bestehen zumindest ernsthafte Zweifel, dass dies angesichts eines so komplexen Vergabegegenstandes wie die Konzession zum Betrieb des Berliner Gasversorgungsnetzes durch den Geschäftsleiter von "Berlin Energie" in einem so kurzen Zeitraum ohne fremde Hilfe oder Unterstützung möglich war, zumal Herr ••• ebenfalls unstreitig über keine einschlägige Erfahrung in Bezug auf den Betrieb eines Gasverteilungsnetzes verfügte. Wenn das von "Berlin Energie" eingereichte Angebot seiner formalen und inhaltlichen Ausgestaltung nach den Anforderungen des "Zweiten Verfahrensbriefes" entsprochen hat – wie der Beklagte behauptet - und mit dem Angebot der Klägerin zu 2.) – wie von den Klägerinnen zur Akte gereicht - inhaltlich und formal verglichen werden konnte, muss Herr ••• bei der Erstellung zwangsläufig Unterstützung gehabt haben, die nach den Gesamtumständen nur aus der Senatsverwaltung gekommen sein kann. Es hätte dem Beklagten allerdings freigestanden, einen abweichenden Sachverhalt vorzutragen, insbesondere

mitzuteilen, wie "Berlin Energie" in anderer Weise ein so komplexes Angebot eigenständig hätte erstellen können.

bb)

Ist es nach dem Vorstehenden schon an sich zu beanstanden, dass "Berlin Energie" nicht als eigenständiger Bewerber im Vergabeverfahren aufgetreten ist, kommt vorliegend erschwerend hinzu und widerspricht es insbesondere einem rechtsstaatlichen Verfahren, dass sich der Beklagte selbst in Gestalt dieses von ihm eigens dafür geschaffenen landeseigenen "Unternehmens" am Vergabeverfahren beteiligt hat. "Berlin Energie" ist damit nicht nur unselbständig, sondern in seiner unselbständigen Ausgestaltung zudem auch Teil des Beklagten. Dieser hatte damit – als Vergabestelle – im Vergabeverfahren eine diskriminierungsfreie Auswahlentscheidung zwischen sich – als Unternehmen "Berlin Energie" - und den Klägerinnen als weiteren Bewerbern treffen müssen. Das ist nach Auffassung der Kammer in der vorliegenden Konstellation schon im Ansatz unmöglich, weshalb "Berlin Energie" in seiner konkreten Ausgestaltung von vornherein nicht an einem durch den Beklagten selbst durchgeführten Vergabeverfahren hätte beteiligt werden dürfen.

(1)

Die oben dargestellte "Doppelstellung" des Beklagten im Vergabeverfahren widerspricht nämlich bereits dem übergeordneten Rechtsgrundsatz, dass niemand als "Richter in eigener Sache" urteilen bzw. – allgemeiner gefasst - jedenfalls nicht unbefangen gegen sich selbst sein kann. Dieser Grundsatz findet seinen Ausdruck und Niederschlag in zahlreichen spezialgesetzlichen Regelungen (vgl. z.B. § 41 Nr. 1 ZPO, § 21 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 5 HS 1 VwVfG, aber auch § 181 BGB). Er gilt zunächst grundsätzlich für alle formellen – justizförmigen - Verfahren, die mit dem Anspruch auf Neutralität durchgeführt werden (BGH NJW 1985, 1903). Zwar hat die Vergabestelle nicht eigentlich die Stellung eines Richters. Denn sie trifft die Entscheidung über die Vergabe der Konzession im eigenen Interesse. Allerdings macht die aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot hergeleitete "Neutralitätspflicht" ihre Stellung in diesem Punkt der eines Richters vergleichbar. Das gilt jedenfalls hinsichtlich der fehlenden Unbefangenheit gegen sich selbst. Zwar sind diese Grundsätze in erster Linie auf die Stellung natürlicher Personen zugeschnitten, die in einem förmlichen (Auswahl-) Verfahren nicht gleichzeitig - unbefangen - verschiedene Rollen übernehmen können, sondern dabei zwangsläufig einer einheitlichen Willensbildung unterliegen. Grundsätzlich kann aber auch für eine juristische Person oder – wie hier – eine Körperschaft des öffentlichen Rechts nichts anderes gelten, und zwar selbst dann nicht, wenn sie in den jeweiligen Funktionen als Vergabestelle und Bewerber von verschiedenen natürlichen Personen vertreten wird und diese Personen nach internen Geschäftsanweisungen unabhängig voneinander handeln sollen und im laufenden Verfahren auch tatsächlich nicht miteinander in Kontakt getreten sind. Denn trotzdem erfolgt das jeweilige Handeln der natürlichen Personen immer auch für den Beklagten als Dienststelle, die zumindest abstrakt einer einheitlichen - politischen - Willensbildung unterliegt. Eine solche übergeordnete Entscheidungsbildung und

Zielvorgabe kommt im vorliegenden Fall insbesondere auch konkret dadurch zum Ausdruck, dass der Beklagte vorab durch entsprechende politische Verlautbarungen in der Öffentlichkeit jedenfalls eine deutliche Tendenz zur Rekommunalisierung des Gasversorgungsnetzes zu erkennen gegeben hat. Eine politische Vorfestlegung dieser Art kann aber selbst dann relevante Auswirkungen auf die spätere Vergabeentscheidung haben, wenn eine unmittelbare Einflussnahme zugunsten des eigenen landeseigenen Bewerbers später nicht feststellbar gewesen sein sollte. Denn keine der für den Beklagten innerhalb der Verwaltungshierarchie als "Vergabestelle" handelnden natürlichen Personen konnte vor diesem Hintergrund die Bewerbung eines landeseigenen Betriebs gänzlich unbeeinflusst behandeln. Konkrete oder direkte Weisungen zur Bevorzugung des landeseigenen Bieters waren dafür nicht erforderlich. Hinsichtlich der Stellung des Beklagten gleichzeitig als Vergabestelle und Bieter kommt es auch nicht darauf an, durch welche natürlichen Personen – hier etwa durch verschiedene Referatsleiter der Senatsverwaltungen - er in der jeweiligen Position vertreten wird und ob es insoweit konkrete Überschneidungen und konkrete Weisungsbefugnisse gibt. Denn die Berücksichtigung allein dieses Gesichtspunkts würde verkennen, dass jedenfalls die politische Willensbildung des Beklagten übergeordnet im Senat erfolgt und davon auszugehen ist, dass sich alle Vertreter des Beklagten dessen erklärten politischen Zielen verpflichtet fühlen bzw. faktisch den Zwängen entsprechender Zielvorgaben unterliegen.

Die Parteien haben das Problem der Doppelstellung des Beklagten als Vergabestelle und Mitbewerber und des dadurch bedingten "unauflösbaren Interessenkonflikts" unter dem Stichwort des "Neutralitätsgebotes" im Vergabeverfahren behandelt, was allerdings im Ergebnis keinen Unterschied macht. Das Neutralitätsgebot findet im vorliegenden Verfahren unzweifelhaft Anwendung. Unerheblich dafür ist, ob es als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt oder die Regelungen aus dem förmlichen Vergaberecht gemäß §§ 97ff. GWB und darauf bezogener Ausführungsregeln hier entsprechend anzuwenden sind. Zu Unrecht geht der Beklagte aber davon aus, dass das Neutralitätsgebot im konkreten Fall nur dann als verletzt angesehen werden könne, wenn die Klägerinnen eine konkrete Einflussnahme oder einen unzulässigen Wissenstransfer von der Vergabestelle zu "Berlin Energie" – oder umgekehrt – darlegen könnten. Der Beklagte lässt dabei außer Acht, dass dieses Gebot regelmäßig in der Konstellation diskutiert wird, dass dieselben natürlichen Personen gleichzeitig oder nacheinander für verschiedene (juristische) Personen tätig waren, die ihrerseits unterschiedliche Funktionen in einem förmlichen Vergabeverfahren inne hatten. In einer solchen Konstellation mag tatsächlich zu bezweifeln sein, ob immer bereits der "böse Schein" einer Doppelstellung einer natürlichen Person als Vertreter mehrerer Parteien zwangsläufig einen Verstoß gegen das "Neutralitätsgebot" in Bezug auf konkrete Vergabeverfahren begründet oder ob zusätzlich noch tatsächliche Anhaltspunkte für eine Diskriminierung oder einen unzulässigen Wissenstransfer bestehen müssen (vgl. Neßler, Der Neutralitätsgrundsatz im Vergaberecht, NVwZ, 1999, 1081; OLG Brandenburg 6 Verg 1/99 Rdn. 144f.). Der vorliegende Sachverhalt liegt aber anders. Denn im Gegensatz dazu ist es hier immer der Beklagte als Körperschaft des öffentlichen Rechts, der – als Vergabestelle – über die

Konzessionsvergabe entscheidet und der – als “Berlin Energie” – letztlich mit der Vergabeentscheidung zum Zuge kommen soll. Schon rein begrifflich ist “Neutralität” sich selbst gegenüber denklogisch ausgeschlossen.

(2)

Zusätzlich – bzw. ergänzend – begründet die Teilnahme des landeseigenen Unternehmens “Berlin Energie” in seiner vorliegenden Gestaltungsform und unter Berücksichtigung des Umgangs dieser Eigenbewerbung im Vergabeverfahren auch einen Verstoß gegen das Transparenzgebot. Wie bereits dargelegt, leitet sich das Transparenzgebot aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot ab und dient dabei vor allem dem Zweck, das Verfahren überhaupt im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot überprüfbar zu machen. Ohne die entsprechende Transparenz muss die Rechtmäßigkeitsprüfung im vorliegenden Fall allein auf Grundlage von Angaben des Beklagten selbst als Vergabestelle erfolgen, dessen Entscheidung aber gerade überprüft werden soll. Das kann nicht richtig sein, ist hier aber der Fall. Denn aufgrund der unzureichenden Trennung des Unternehmens “Berlin Energie” von der sonstigen Verwaltungsstruktur des Beklagten besteht keine hinreichende Möglichkeit, die entsprechenden Entscheidungsabläufe innerhalb des Beklagten nach objektiven Maßstäben nachzuvollziehen und damit letztlich auch zu kontrollieren. Selbst wenn – wie behauptet - innerhalb des Beklagten die “Vergabestelle” streng von dem Unternehmen “Berlin Energie” getrennt gewesen sein sollte und alle Vertreter und Bediensteten des Beklagten angewiesen waren, diese Trennung unbedingt zu beachten, wäre dies aufgrund des rein internen Charakters entsprechender Geschäftsweisungen oder Anordnungen für außerhalb der Verwaltung stehende Personen schon nicht überprüfbar. So stellt sich bereits die “Einreichung” der Vergabeunterlagen von “Berlin Energie” bei der Vergabestelle als rein verwaltungsinterner Vorgang innerhalb des Beklagten dar. Strenggenommen können die Mitbewerber damit weder feststellen, ob ein solches Angebot überhaupt – gegenständlich - abgegeben wurde, noch, welchen genauen Inhalt dieses zum Zeitpunkt der Abgabe hatte.

Der Beklagte hat insbesondere auf die entsprechenden Vorlageanträge der Klägerinnen im vorliegenden Rechtsstreit gemäß §§ 142, 421, 422 ZPO Einsicht in seine Vergabeunterlagen verweigert und dies damit begründet, dass die Konzessionsvergabe im Rahmen eines Geheimverfahrens erfolge und er die wirtschaftlichen Interessen und Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens “Berlin Energie” wahren müsse. Der Verweis auf mögliche Geheimhaltungsinteressen der Mitbewerber mag zwar im Ansatz berechtigt sein. So sieht auch das allgemeine Vergabeverfahren in § 111 Abs. 1 GWB ein Akteneinsichtsrecht der Beteiligten in die Vergabeakten gemäß § 111 Abs. 2 GWB nur nach Maßgabe des Geheimschutzes und der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Mitbewerber vor. Allerdings hat auch die Vergabekammer im förmlichen Vergabeverfahren nach §§ 97ff. GWB diese Ausschlussgründe im Rahmen eine Akteneinsichtsrechts zumindest zunächst zu prüfen und die Akteneinsicht gegebenenfalls mit Rücksicht darauf zu beschränken. Demgegenüber will der Beklagte die Vergabeunterlagen mit dieser Begründung offenbar vollständig unter Verschluss halten und die

Einsicht in die Vergabeunterlagen auch nicht teilweise zulassen. Das ist nicht nachvollziehbar, zumal es dem Beklagten angesichts des bestehenden Interessenkonflikts ein Anliegen sein sollte, durch entsprechende Transparenz die Entscheidung zugunsten des landeseigenen Unternehmens auch gegenüber den Mitbewerbern zu rechtfertigen. Ferner erschließt sich der Kammer auch nicht, warum hinsichtlich des Angebots von "Berlin Energie" ein so umfassendes Geheimhaltungsinteresse bestehen soll. Der Beklagte hat auch nicht konkret dargelegt, welche Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse betroffen sein sollen, die nicht ohnehin als Teil des eigentlichen Angebots zumindest später auch Dritten bekannt gemacht werden müssten. Stattdessen verstärkt die Geheimhaltung wesentlicher Vergabeunterlagen noch den Eindruck, dass eine unvoreingenommene Befassung des Beklagten als Vergabestelle mit der Bewerbung des landeseigenen Betriebs "Berlin Energie" praktisch ausgeschlossen ist.

cc)

§ 46 Abs. 4 EnWG und das danach grundsätzlich anerkannte Recht der Gemeinde, sich auch selbst in diskriminierungsfreier Weise an einem Verfahren zur Vergabe eigener Versorgungsnetze zu beteiligen, steht der Verletzung des Diskriminierungsverbotes durch die Beteiligung von "Berlin Energie" in der oben dargestellten Weise nicht entgegen. Denn die Voraussetzungen dieser Norm liegen jedenfalls nicht vor, weil der Beklagte "Berlin Energie" tatsächlich nicht – wie in § 46 Abs. 4 EnWG aber vorgesehen - als "Eigenbetrieb" ausgestaltet hat (1). Die Kammer muss deshalb auch nicht entscheiden, wie die dargestellte Problematik der Doppelstellung und des Interessenkonflikts des Beklagten als Vergabestelle und Bewerber im Konzessionsvergabeverfahren sonst nach Maßgabe des § 46 Abs. 4 EnWG zu lösen wäre (2).

(1)

§ 46 Abs. 4 EnWG muss nach Auffassung der Kammer seinem Wortlaut nach – eng - ausgelegt werden und kann jedenfalls dann nicht Grundlage für die Beteiligung eines landeseigenen Betriebs am Konzessionierungsverfahren sein, wenn dieses "Unternehmen" – wie hier "Berlin Energie" – organisatorisch und strukturell nicht einmal als "Eigenbetrieb" nach den Vorgaben des Gesetzes über die Eigenbetriebe des Landes Berlin ("EigG") ausgestaltet war. Unklar ist schon, auf welcher rechtlichen Grundlage der Beklagte "Berlin Energie" überhaupt geschaffen hat. § 26 LHO, auf den sich der Beklagte dafür beruft, ist keine Rechtsgrundlage für die Errichtung eines landeseigenen Betriebs und stellt auch keine Anforderungen dafür auf. Vielmehr unterstellt die Regelung bereits das Bestehen eines "Betriebes" innerhalb der Verwaltung des Beklagten und knüpft daran dann bestimmte haushaltsbezogene Regelungen an. Der Beklagte trägt auch weiter nichts dazu vor, nach welchem Verfahren und auf welcher Grundlage "Berlin Energie" geschaffen wurde. Schon die fehlende rechtliche Grundlage unterscheidet "Berlin Energie" wesentlich von einem Eigenbetrieb des Beklagten. Denn obwohl auch ein Eigenbetrieb nicht rechtsfähig wäre (§ 1 Abs. 1 EigG), sondern ein abhängiger Teil des Beklagten bleibt, rechtfertigen doch formale Anforderungen an seine Gründung und die zumindest organisatorische Trennung von der Gemeinde eine gewisse

Eigenständigkeit, die "Berlin Energie" als landeseigenem Betrieb gemäß § 26 LHO offensichtlich fehlt. Durch die Verfahrensregeln des Eigenbetriebsgesetz wird außerdem Transparenz gewährleistet, die dazu führt, dass das landeseigene Unternehmen zumindest kein reines Verwaltungsinternum bleibt und der Beklagte dafür rechenschaftspflichtig ist. So ist ein Eigenbetrieb gemäß § 2 Abs. 1 EigG erst errichtet, wenn bei Aufgaben der Hauptverwaltung (um die es sich bei dem Betrieb eines Versorgungsnetzes unzweifelhaft handelt) der Senat eine Betriebssatzung erlässt und das Abgeordnetenhaus ihr auf Vorlage des Senats zustimmt. Diese hat als Mindestanforderungen den Betriebszweck (§ 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 EigG), eine örtliche und sachliche Abgrenzung der Aufgaben (§ 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EigG) und die Höhe des Stammkapitals (§ 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EigG) zu enthalten. Eine solche Satzung existiert für "Berlin Energie" nicht, zumal diese Betriebssatzung auch im Amtsblatt für Berlin bekannt zu machen wäre (§ 1 Abs. 3 S. 2 EigG). Weiterhin regelt § 2 Abs. 4 EigG die Aufsicht des zuständigen Mitglieds des Trägerorgans – hier des Senats - und stellt damit trotz organisatorischer Trennung die Abhängigkeit vom Beklagten klar. Diese ergibt sich insbesondere auch aus § 8 Abs. 1 EigG, wonach "der Aufsichtsführende" Beschlüsse des Verwaltungsrates mit aufschiebender Wirkung beanstanden kann. Schließlich regeln §§ 3ff. EigG Bestellung und Aufgaben der Geschäftsleitung. Nach § 5 EigG vertritt dieser – zusammen mit einer beauftragten Dienstkraft - den Beklagten in Angelegenheiten des Eigenbetriebs. Auch diesen Regelungen hat der Beklagte bei Gründung von "Berlin Energie" offenbar nicht entsprochen. So ist schon nicht ersichtlich, dass "Berlin Energie" überhaupt eine weitere Dienstkraft außer ihrem Geschäftsleiter hat. Weiterhin hat der Beklagte für "Berlin Energie" auch keinen Verwaltungsrat geschaffen, der für einen Eigenbetrieb gemäß § 6ff. EigG aber vorgesehen ist. Schließlich hat er auch die Vorgaben des Eigenbetriebsgesetzes zum Betriebsvermögen (§ 10 EigG) und die Voraussetzungen der Aufnahme von Darlehen (§ 13 Abs. 3 EigG) erkennbar nicht beachtet.

(2)

Aufgrund der mangelnden Errichtung von "Berlin Energie" als Eigenbetrieb des Beklagten musste die Kammer nicht entscheiden, wie die Beteiligung eines solchen ebenfalls unselbständigen Eigenbetriebs der Gemeinde in diskriminierungsfreier Art und Weise hätte erfolgen können. Auch das erscheint auf Grundlage der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes allerdings problematisch. Wie oben bereits ausgeführt, erklärt § 46 Abs. 4 EnWG die Regelungen der § 46 Abs. 2 und 3 EnWG über die Neuvergabe von Konzessionen für Versorgungsnetze für "entsprechend" anwendbar. Dies soll zu einer Auswahl nach rationalen Kriterien beitragen. Einerseits soll damit eine bedingungslose "In-House-Vergabe" an Eigenbetriebe ausgeschlossen werden (BGH – Stromnetz Heiligenhafen – a.a.O. Rdn. 37f.). Andererseits hat der Gesetzgeber damit aber auch ausdrücklich anerkannt, dass sich Gemeinden jedenfalls in Gestalt von Eigenbetrieben – d.h. mit einem unselbständigen Betrieb ohne eigene Rechtspersönlichkeit – an Verfahren zur Konzessionierung von Versorgungsnetzen beteiligen können. Das erscheint einerseits nachvollziehbar, weil den Gemeinden grundsätzlich auch eine "Rekommunalisierung"

ihrer Versorgungsnetze möglich sein muss, wenn sie tatsächlich in der Lage sind, den Netzbetrieb gegenüber privaten Mitbewerbern zu objektiv besseren Konditionen zu gewährleisten. Andererseits kann die Gemeinde jedenfalls auch dergestalt selbst am Vergabeverfahren teilnehmen, dass sie zu diesem Zweck zuvor eine (Projekt-) Gesellschaft bürgerlichen oder öffentlichen Rechts gründet, die damit auch rechtlich von der Vergabestelle unabhängig ist. Durch diese Ausgründung legt sich die Gemeinde auch nicht schon vorab in unzulässiger Weise auf eine Rekommunalisierung fest, jedenfalls aber nicht weitergehend, als dies bei der Gründung eines Eigenbetriebs für die Teilnahme am Vergabeverfahren der Fall ist (vgl. Weiß, Stand und Perspektiven des Rechts der Strom- und Gaskonzessionsvergabe, NVwZ 2014, 1415, 1417). Unbeschadet dieser Möglichkeit bleibt jedenfalls nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 4 EnWG eine Beteiligung der Gemeinde auch durch einen "Eigenbetrieb" ohne eigene Rechtspersönlichkeit möglich, wobei unerheblich sein dürfte, ob sich dabei um einen bereits bestehenden Eigenbetrieb oder einen zu diesem Zweck erst neu gegründeten Eigenbetrieb handelt.

Das damit unmittelbar in § 46 Abs. 4 EnWG angelegte Problem des "unauflösbaren Interessenkonflikts aufgrund der Doppelstellung" von Vergabestelle und mitbietender Gemeinde mag erst durch die bereits zitierten jüngeren Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (BGH – Stromnetz Berkenthin a.a.O.; BGH – Stromnetz Heiligenhafen – a.a.O.) deutlich zutage getreten sein. Denn erst dadurch erfolgte die Klarstellung, dass die Neuvergabe von Konzessionen für Versorgungsnetze gemäß § 46 Abs. 2 EnWG ohne Einschränkung dem allgemeinen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot unterliegt. Zuvor ging die Praxis davon aus, dass die Gemeinden bei der Gestaltung von Konzessionsvergabeverfahren über weitere Spielräume verfügen (Weiß a.a.O. S. 1416), die im vorliegenden Fall die Vergabe des Gasverteilungsnetzes an "Berlin Energie" möglicherweise abgedeckt hätten. Selbst wenn auch der Beklagte bei Einleitung des Konzessionsvergabeverfahrens von einem weiteren Gestaltungsspielraum für die Vergabeentscheidung ausgegangen sein sollte, ist er trotzdem an die vom Bundesgerichtshof aufgestellten Maßstäbe für eine rechtmäßige Auswahlentscheidung gebunden. Er hätte dem deshalb gegebenenfalls auch noch im laufenden Verfahren Rechnung tragen müssen.

dd)

Der Beklagte kann die nur im Ansatz erfolgte Schaffung eines geeigneten landeseigenen Bewerbers im Vergabeverfahren auch nicht damit rechtfertigen, dass die Ausgründung von "Berlin Energie" als eigenständige juristische Person des Privatrechts (erst) nach einem erfolgreichen Abschluss des Vergabeverfahrens erfolgen sollte, "Berlin Energie" also tatsächlich zu keinem Zeitpunkt als Eigenbetrieb vorgesehen war. Der Beklagte wollte sich hier ersichtlich alle Optionen offen halten, ohne gleichzeitig verbindliche Maßnahmen mit Außenwirkung – d.h. entweder die Gründung eines Eigenbetriebs oder einer Projektgesellschaft – zu ergreifen. Die Vorfestlegung auf eine Bieterpersönlichkeit und die Erfüllung von Eignungsvoraussetzungen in Bezug auf diesen eigenständigen Bieter ist überhaupt erst Grundlage für die Gleichbehandlung mit den anderen

Bietern. Es ist deshalb auch unerheblich, dass der Beklagte die von ihm beabsichtigte Vorgehensweise in seinem "Ersten Verfahrensbrief" ausdrücklich offengelegt hatte.

b)

Wie vorstehend ausgeführt, begründete die unzureichende Bieterpersönlichkeit von "Berlin Energie" für sich genommen bereits einen umfassenden Ausschlussgrund dieses Bewerbers im Vergabeverfahren, was zwangsläufig auch zur Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung des Beklagten zugunsten von "Berlin Energie" führt. Selbst wenn man dies anders sähe – also die funktionale und organisatorische Trennung zwischen der Vergabestelle und "Berlin Energie" innerhalb des Beklagten grundsätzlich in der gewählten Form für ausreichend hielte -, stellt jedenfalls auch die formelle Behandlung des Bewerbers "Berlin Energie" und seines "Angebots" eine unzulässige Diskriminierung der Klägerinnen dar. So hat der Beklagte zum einen dem Unternehmen "Berlin Energie" zu Unrecht die "Eignung" zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes in wirtschaftlicher und technischer (insoweit vor allem personeller) Hinsicht zugesprochen, obwohl es dafür keine ausreichende tatsächliche Grundlage gab (aa). Zum anderen hat er entgegen der von ihm selbst in seinem "Dritten Verfahrensbrief" aufgestellten Anforderungen das "Angebot" von "Berlin Energie" für formal ausreichend erachtet, obwohl es im Sinne der oben genannten Anforderungen unstreitig noch nicht "verbindlich" – und damit im Vergabeverfahren unzulässig - war, insbesondere noch zumindest einem internen Gremiovorbehalt unterlag (bb). Schließlich fehlte es auch an der grundsätzlich erforderlichen "Bieteridentität" zwischen "Berlin Energie" als am Vergabeverfahren unmittelbar beteiligtem Unternehmen und einer noch zu gründenden juristischen Person des Privatrechts, die nach dem erklärten Willen des Beklagten tatsächlich Vertragspartner des Konzessionsvertrags werden sollte (cc).

aa)

Nach Auffassung der Kammer hat "Berlin Energie" seine objektive "Eignung" zum Betrieb des Gasnetzes, insbesondere durch den Nachweis seiner Kompetenz, technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sowie Zuverlässigkeit, wie sie der Beklagte selbst in seinem "Ersten Verfahrensbrief" vom 10. Dezember 2012 verlangt hatte, nicht ausreichend nachgewiesen, so dass ihm – wie im "Zweiten Verfahrensbrief" vorgesehen - spätestens nach Durchführung der entsprechenden Eignungsprüfung aus rein formalen Gründen die weitere Teilnahme am Vergabeverfahren hätte versagt werden müssen.

Die Gemeinde als Vergabestelle – also hier der Beklagte - ist verpflichtet, bei der Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte auch die Eignung interessierter Unternehmen zu prüfen. So darf sie 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 (OLG Düsseldorf a.a.O. S. 13). Mit der Pflicht zur Eignungsprüfung korrespondiert allerdings das Recht der Gemeinde, die Vorlage von

Eignungsnachweisen eigenverantwortlich festzulegen, insbesondere auch ganz auf die Vorlage solcher Nachweise verzichten zu dürfen. Bei der materiellen Eignungsprüfung steht der Gemeinde als Auftraggeber darüber hinaus eine Einschätzungsprärogative zu, weil die Entscheidung, ob das Unternehmen für die Vertragsausführung geeignet ist oder nicht, prognostische Elemente aufweist. Der damit eröffnete Beurteilungsspielraum der Gemeinde kann allerdings daraufhin überprüft werden, ob sie jedenfalls die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet, das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, den zugrunde liegenden Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen hat (OLG Düsseldorf a.a.O. S. 13).

Diesen Anforderungen wird die Eignungsprüfung des Beklagten in Bezug auf "Berlin Energie" – soweit für die Kammer erkennbar und von dem Beklagten vorgetragen - nicht gerecht. Nach Ziffer E (S. 12ff.) des "Ersten Verfahrensbriefes" vom 10. Dezember 2012 hatten die Bewerber ihre grundsätzliche Eignung nachzuweisen. Dieser "Nachweis" sollte die "plausible Darlegung" umfassen, dass der Bewerber über die grundsätzliche Befähigung verfügt, das Gasversorgungsnetz zu betreiben, was allerdings – insbesondere mit Rücksicht auf etwaige "Newcomer" als Bewerber - auch durch eine "schlüssige Darlegung" darüber erbracht werden konnte, wie die Kompetenz, personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sichergestellt wird. Zwar hat der Beklagte durch die Vorgabe einer lediglich "plausiblen" bzw. "schlüssigen" Darlegung der Leistungsfähigkeit von seiner Festlegungskompetenz in grundsätzlich zulässiger Weise Gebrauch gemacht. Allerdings kann er die so formulierten Anforderungen trotzdem nicht nach Belieben auslegen. Auch Bewerber, die wie "Berlin Energie" noch keine Erfahrungen im Betreiben eines Gasverteilungsnetzes haben, müssen jedenfalls ein "fundiertes Konzept" dafür vorweisen können. Nicht ausreichend ist dagegen eine nur konzeptartige Beschreibung des Netzbetriebes, die sich auf Eckpunkte oder Ansätze beschränkt. "Fundiert" muss in diesem Zusammenhang nämlich so verstanden werden, dass das Konzept anhand seiner konkreten Beschreibung unmittelbar realisierbar ist und diesbezüglich keine offenen Fragen oder noch zu klärende Bedingungen mehr enthalten darf. Damit ist einerseits dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein "Newcomer" – anders als etwa der Altkonzessionär – nicht auf bestehende Strukturen zurückgreifen kann, trotzdem aber eine reelle Chance haben muss, im Vergabeverfahren zum Zuge zu kommen. Insbesondere kann nicht verlangt werden, dass der Bewerber zum Zwecke des Eignungsnachweises in jedem Fall bereits Personal und Ausstattung vorhält und damit eine nicht unerhebliche Vorleistung erbringt. Denn durch die damit verbundenen wirtschaftlichen Hürden könnte sich ein "Newcomer" kaum jemals gegenüber dem Altkonzessionär durchsetzen. Andererseits muss das Konzept des "Newcomer" aber eine realistische Alternative zum bisher praktizierten Netzbetrieb erkennen lassen und darf sich insoweit nicht auf Absichtserklärungen und Zielvorgaben beschränken. Damit es neben praktischer Betriebserfahrung als gleichwertig angesehen werden kann, muss es jedenfalls uneingeschränkt belastbar, plausibel und in sich stimmig sein. Denn der "Newcomer" darf umgekehrt durch die Beschränkung auf eine lediglich grob gestrickte konzeptionelle Darstellung des beabsichtigten

Netzbetriebs im Ergebnis auch nicht besser gestellt werden als der Altkonzessionär, der sich für sein Angebot auf die wirtschaftlichen Realitäten des laufenden Netzbetriebs stützen muss. Eine substanzlose oder erkennbar ungesicherte Darstellung der Eignungsvoraussetzungen kann schließlich schon deshalb nicht ausreichen, weil die spätere Bewertung der Angebote maßgeblich auf der Annahme beruht, dass der Bewerber aufgrund seiner "Eignung" und Befähigung seine Leistungsversprechen auch tatsächlich einhalten kann. Entgegen der Auffassung des Beklagten erweitert auch der Hinweis im "Ersten Verfahrensbrief", wonach im Rahmen der Eignungsprüfung lediglich "offensichtlich ungeeignete" Bewerber von dem weiteren Verfahren ausgeschlossen werden sollen, den Entscheidungsspielraum insoweit nicht.

Unklar ist bereits, welche konkreten Angaben dem Beklagten zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung von "Berlin Energie" überhaupt (schon) zur Verfügung standen. Der Beklagte nimmt diesbezüglich nämlich nicht etwa Bezug auf konkrete schriftliche Unterlagen des Bewerbers "Berlin Energie", sondern trägt die Tatsachen, die aus seiner Sicht Grundlage für die Eignung des Bewerbers waren, im vorliegenden Klageverfahren als eigenen Sachvortrag ohne erkennbare Bezugnahme auf Dokumente von "Berlin Energie" eigenständig vor. Damit bleibt offen – und ist auch nicht überprüfbar – wann und in welcher Form "Berlin Energie" als Bewerber überhaupt Eignungsvoraussetzungen gegenüber der Vergabestelle selbständig dargelegt hat bzw. zu welchem Zeitpunkt entsprechende Angaben dort jeweils vorgelegen haben. Dies verstößt für sich genommen gegen den Grundsatz des Transparenzgebots und ist insbesondere wegen der unzureichenden Trennung zwischen dem Beklagten und "Berlin Energie" als Unternehmen zusätzlich problematisch. Nicht ausreichend ist insofern der umfassende Beweisantritt durch Zeugnis des für die Vergabestelle zuständigen Referatsleiters Herrn Ansgar Ostermann. Dabei bleibt ohnehin unklar, ob der benannte Zeuge die Eignungsvoraussetzungen als solche bekunden soll oder lediglich deren rechtzeitigen Nachweis durch Vorlage von Unterlagen des Unternehmens "Berlin Energie" im Vergabeverfahren. Der Beklagte trennt dies in seinem Sachvertrag nicht, so dass eine Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen Ostermann der Ausforschung dienen würde.

Unabhängig von diesen zunächst rein formalen Erwägungen ist jedenfalls auch in der Sache die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von "Berlin Energie" in Gestalt des zu diesem Zwecke vom Beklagten dargelegten Finanzierungskonzepts nicht "plausibel" dargelegt. Denn es waren unstreitig noch Finanzmittel haushaltsrechtlich zu bewilligen und weitere Entscheidungen zu treffen, um die Finanzierung endgültig sicher zu stellen. Auch die von dem Beklagten angeführte – und von ihm selbst gestellte - "Bürgschaftsermächtigung" in Höhe von 6 Mrd. € für "öffentliche Infrastrukturmaßnahmen im Haushalt 2014/2015" trägt dem nicht ausreichend Rechnung. Die in Aussicht genommene Bewilligung der erforderlichen Haushaltsmittel durch das Abgeordnetenhaus kann für die schlüssige Darlegung eines gesicherten Finanzierungskonzepts nicht einfach unterstellt werden, da eine solche Haushaltsentscheidung der öffentlichen Hand regelmäßig mit Unwägbarkeiten behaftet ist und immer auch von der jeweils aktuellen Haushaltslage abhängig

sein dürfte. Durch diese Anforderungen an die Darlegung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wird "Berlin Energie" als landeseigenes Unternehmen auch nicht gegenüber privaten Bewerbern diskriminiert. Denn auch landeseigene Unternehmen müssen den Nachweis führen, dass ihnen die erforderlichen Gelder tatsächlich später zur Verfügung stehen. Es kann deshalb letztlich offen bleiben, ob die beabsichtigte Finanzierung des später zu gründenden Konzessionsnehmers mithilfe von Landesbürgschaften überhaupt EU-rechtlich zulässig wäre oder in seiner konkreten Ausgestaltung gegen das EU-Beihilferecht verstoßen würde.

Außerdem hat "Berlin Energie" nach dem Vortrag des Beklagten auch die eigene technische – insbesondere personelle - Leistungsfähigkeit zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes nicht schlüssig darlegen können. Es ist nämlich völlig unklar geblieben, wie sich das Unternehmen in dem ursprünglich vorgesehenen zeitlichen Rahmen zwischen Vergabeentscheidung und beabsichtigter Übernahme des Versorgungsnetzes verlässlich hätte in die Lage versetzen wollen, den Betrieb auch praktisch – d.h. technisch und personell - zu übernehmen. Das dafür vorgelegte Konzept bleibt – soweit der Beklagte dies wiederum selbst mit eigenem Vortrag im vorliegenden Rechtsstreit dargelegt hat – in diesem Punkt viel zu vage und unbestimmt, als dass darin die Sicherstellung einer ausreichenden Personalausstattung hätte gesehen werden können. Insbesondere die Darstellung von drei Alternativszenarien zur Personalbeschaffung für "Berlin Energie" (Betriebsübergang von der Klägerin zu 2.) gemäß § 613a BGB, Dienstleistungsverträge mit Partnern der Klägerinnen oder Kooperationen mit den Landesbetrieben BVG, BWB und BSR) zeigt zwar denkbare Wege, wie Personal beschafft oder Personalressourcen genutzt werden könnten. Allerdings ist jede dieser Optionen für sich genommen wiederum zumindest mit Unwägbarkeiten verbunden, so dass sie auch in ihrer Gesamtheit nicht geeignet sind, den ordnungsgemäßen Betrieb des Gasnetzes mit der erforderlichen Gewähr sicherzustellen. So sind etwa die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB schon rechtlich zweifelhaft, wie die Klägerinnen zu Recht ausgeführt haben. Ferner ist die konkrete Bereitschaft der Kooperationspartner der Klägerinnen, auch mit "Berlin Energie" als zukünftigem Gasnetzbetreiber zu kooperieren, bisher jedenfalls nicht weiter belegt. Schließlich lässt die Kooperationsmöglichkeit mit bestehenden landeseigenen Betrieben des Beklagten offen, inwiefern hierdurch das erforderliche eigene Personal als Gasnetzbetreiber ganz oder teilweise entbehrlich sein soll. Es erscheint jedenfalls nicht ohne weiteres plausibel, dass allein eine Zusammenarbeit - selbst bei Annahme von Synergieeffekten - den Aufbau einer eigenen Verwaltungsstruktur entbehrlich macht. Hinzu kommt noch, dass die "Letters of Intent" der benannten landeseigenen Unternehmen noch gar keine Aussage über den genauen Inhalt der Zusammenarbeit enthalten und zudem als bloße Absichtserklärungen noch völlig unverbindlich sind. Problematisch ist zusätzlich, dass die landeseigenen Unternehmen sich damit außerhalb der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben bewegen würden. Unwahrscheinlich ist schließlich, dass "Berlin Energie" benötigtes Personal kurzfristig auf dem freien Arbeitsmarkt rekrutieren könnte. Letztlich hat der Beklagte aber durch die Vorbereitung einer EU-weiten Ausschreibung der Projektsteuerung für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes mit der Vorankündigung vom 4. November 2014 selbst zum

Ausdruck gebracht, dass er "Berlin Energie" allein zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes nicht in der Lage sieht und deshalb die Absicht hat, das Projekt extern steuern zu lassen.

bb)

Unzulässig ist die Vergabeentscheidung zugunsten "Berlin Energie" ferner deshalb, weil das "finale" Angebot dieses Unternehmens jedenfalls zum Zeitpunkt seiner Abgabe am 7. April 2014 aufgrund der zu diesem Zeitpunkt noch bestehenden "Gremiovorbehalte" noch nicht "rechtsverbindlich" war, obwohl der Beklagte dies für Angebote aller Bewerber in seinem "Dritten Verfahrensbrief" ausdrücklich gefordert hatte.

Der Berücksichtigung des Angebots von "Berlin Energie" stand allerdings nicht schon entgegen, dass es sich um das Angebot eines unselbständigen, nicht rechtsfähigen Teils des Beklagten selbst handelte und damit eine rechtsgeschäftliche Annahme des Angebots von vornherein ausgeschlossen ist. Denn § 46 Abs. 4 EnWG bestimmt, dass (jedenfalls) Eigenbetrieben der Gemeinde den "Energieversorgungsunternehmen" bei der Vergabe von Konzessionen für den Netzbetrieb gleichzustellen sind und hier deshalb die Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG durch Vergabe im Wege innerstädtischer Festlegung ersetzt werden können (BGH – Stromnetz Heiligenhaften – Rdn. 79 und 83). Zwar ist "Berlin Energie" kein Eigenbetrieb im Sinne des § 46 Abs. 4 EnWG. Das Problem fehlender Rechtspersönlichkeit stellt sich hier aber in gleicher Weise, so dass dies jedenfalls in diesem Zusammenhang kein Ausschlusskriterium sein kann.

Die fehlende Verbindlichkeit des Angebots von "Berlin Energie" zum Zeitpunkt seiner formalen "Abgabe" aufgrund landesinterner Vorbehalte stellt allerdings auch der Beklagte nicht in Abrede. Soweit er trotzdem meint, dass "Berlin Energie" ein autonomes Zurückziehen seines finalen Angebotes nach Ablauf der Angebotsfrist am 7. April 2014 tatsächlich nicht mehr möglich gewesen sei, fehlt für diese Behauptung angesichts der tatsächlichen Umstände eine rechtlich tragfähige Begründung und plausible Erklärung. Ein Gremien- bzw. Zustimmungsvorbehalt ergibt sich nämlich bereits daraus, dass "Berlin Energie" – vertreten durch dessen Geschäftsleiter – als unselbständiger Teil des Beklagten aufgrund seiner fehlenden Rechtspersönlichkeit im Vergabeverfahren schon ursprünglich überhaupt keine rechtsverbindlichen Erklärungen mit Außenwirkung abgeben konnte. Der Beklagte hat auch auf den dahingehenden Einwand der Klägerinnen nicht vorgetragen, dass der Geschäftsleiter ••• vorab – also bereits bei Abgabe des streitgegenständlichen Angebots für "Berlin Energie" - mit entsprechenden Vollmachten des Senats und/oder des Abgeordnetenhauses zur wirksamen Vertretung des Beklagten ausgestattet gewesen wäre, was die etwa erforderliche Befassung der zuständigen Gremien zu einem späteren Zeitpunkt zumindest insoweit entbehrlich gemacht hätte. Für eine fehlende Bevollmächtigung des Geschäftsleiters ••• spricht auch der Wortlaut der Pressemitteilung des Senators für Finanzen vom 3. Juni 2014, wonach Senat und Abgeordnete (noch) darüber zu befinden hätten, ob "Berlin Energie" die Entscheidung annehmen oder sich aus dem Verfahren zurückziehen solle. Angesichts

dieses klaren Vorbehalts einer abschließenden Entscheidung der genannten Gremien des Beklagten kam es nicht mehr entscheidend darauf an, dass sich gemäß § 8 Abs. 5 der Geschäftsordnung des Senats auch der Senator für Finanzen noch mit dem Angebot hätte befassen müssen.

Eine Diskriminierung der Klägerinnen durch diesen, "Berlin Energie" einseitig zugestandenen Gremienvorbehalt ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Beklagte in seinem "Ersten Verfahrensbrief" vom 10. Dezember 2012 ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass auch ein "landeseigenes Unternehmen" Interesse an einer reinen Konzessionierung habe und der Beklagte sich vorbehalte, dieses Unternehmen "während oder nach Abschluss des Konzessionierungsverfahrens" in ein Unternehmen in privater oder öffentlich rechtlicher Rechtsform umzuwandeln. Denn damit ist jedenfalls nichts über die genaue rechtliche Ausgestaltung von "Berlin Energie" und deren Vollmachten zur Abgabe eines verbindlichen Angebots gesagt. Insbesondere hätte es sich jedenfalls um einen "Eigenbetrieb" des Beklagten handeln können, für den – wie oben bereits dargelegt – dann möglicherweise andere rechtliche Anforderungen zu stellen gewesen wären. Auch hat der Beklagte mit diesem Hinweis nicht klargestellt, dass er sich aufgrund mangelnder Vollmachten des Geschäftsleiters tatsächlich noch offen halten wollte, ob "Berlin Energie" bei Abgabe des besten Angebots tatsächlich auch zum Zuge kommen solle.

Entgegen der Auffassung des Beklagten lässt sich die fehlende Verbindlichkeit des Angebots von "Berlin Energie" aber auch inhaltlich nicht unter Berufung auf § 46 Abs. 4 EnWG rechtfertigen, wonach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG für "Eigenbetriebe" entsprechend gelten sollen, diese den Energieversorgungsunternehmen also grundsätzlich gleichzustellen sind. Es ist schon zweifelhaft, ob die in einem Verfahrensbrief einheitlich und vorbehaltlos für alle Bewerber gesetzten Bedingungen – hier das Fehlen eines Gremienvorbehalts des jeweiligen "finalen" Angebots – durch § 46 Abs. 4 EnWG für landeseigene Bewerber ohne weiteres außer Kraft gesetzt werden können. Dadurch würden landeseigene Bewerber nämlich nicht lediglich gleichgestellt, sondern bevorzugt.

cc)

Nach den vorstehenden Ausführungen kommt der Frage, ob der beabsichtigte Abschluss eines Konzessionsvertrages mit einem erst noch auszugründenden Unternehmen in privater Rechtsform gegen den Grundsatz der "Bieteridentität" verstoßen würde, keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Denn auch diese Problematik hat ihre Ursache wiederum darin, dass der Beklagte mit "Berlin Energie" doch nur sich selbst als Bewerber im Vergabeverfahren aufgestellt hat. Damit hat er aber nur einen "Platzhalter" für die spätere Ausgründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts schaffen wollen, die zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Verfahrens schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens hätte erfolgen müssen. Jedenfalls erscheint die Stellung von "Berlin Energie" als unselbständiger Teil des Beklagten und die zu gründende – rechtliche dann

von dem Beklagten unabhängige – Gesellschaft bürgerlichen Rechts als ihrem Wesen nach so unterschiedlich, dass die Identität zwischen dem ursprünglichen Bieter und dem späteren Konzessionsnehmer nicht mehr gewährleistet erscheint.

c)

Selbst wenn man – anders als die Kammer gemäß vorstehender Ausführungen - unterstellen würde, dass "Berlin Energie" als Mitbewerber der Klägerinnen überhaupt zuzulassen war und auch in zulässiger Weise am Vergabeverfahren beteiligt wurde, begründete jedenfalls die abstrakte Ausgestaltung des Vergabeverfahrens, insbesondere die Aufstellung und Gewichtung der in den Verfahrensbriefen dargestellten Auswahlkriterien, die Annahme einer sachlich nicht gerechtfertigten Behinderung der Klägerinnen. Der Beklagte ist insbesondere den verfahrensbezogenen Anforderungen an die Auswahlentscheidung (vgl. (BGH – Stromnetz Berkenthin a.a.O. Rdn. 35) durch die im "Zweiten Verfahrensbrief" von ihm aufgestellten Bewertungskriterien nur unzureichend nachgekommen.

aa)

Es muss nicht abschließend entschieden werden, ob der Beklagte insbesondere mit den Kategorien "Umfang der Wegenutzung", "Sicherheit des Netzbetriebs" und "sonstige Ausgestaltung des Konzessionsvertrages" bereits Auswahlkriterien aufgestellt hat, die wegen fehlender Bestimmtheit oder Transparenz unzulässig waren. Zwar gilt grundsätzlich das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach "sachlichen" Kriterien zu treffen (BGH – Stromnetz Berkenthin a.a.O. Rdn. 36). "Sachlich" ist ein Kriterium aber nur dann, wenn es eine taugliche Beurteilungsgrundlage ist und gegenüber anderen Kriterien einen eigenständigen Inhalt hat. Das mag hier zweifelhaft sein. Jedenfalls wäre eine unbillige Behinderung der Klägerinnen im vorliegenden Fall aber zumindest deshalb nicht maßgeblich auf diesen Gesichtspunkt zu stützen, weil der Beklagte die Klägerinnen und "Berlin Energie" in Bezug auf diese Kriterien nicht unterschiedlich bewertet hat. Ein entsprechender Mangel wäre deshalb für die Vergabeentscheidung nicht entscheidungserheblich geworden.

bb)

Die Kammer ist allerdings der Auffassung, dass der Beklagte die Unterkriterien für die insgesamt elf, im "Zweiten Verfahrensbrief" aufgeführten Hauptkriterien für seine Auswahlentscheidung nur unvollständig benannt und diese entsprechend - ausgehend von der Gesamtpunktzahl ihres jeweiligen Hauptkriteriums – auch nicht umfassend gewichtet hat, obwohl beides im vorliegenden Fall erforderlich gewesen wäre.

Dafür muss nicht entschieden werden, ob die Vergabestelle überhaupt grundsätzlich verpflichtet ist, zu den von ihr aufgestellten (Haupt-) Vergabekriterien zusätzlich Unterkriterien zu bilden. Das ist nicht zwingend und kann vom jeweiligen Einzelfall abhängen. Insbesondere mag von

Bedeutung sein, wie nah die Bewerber mit ihren Angeboten qualitativ beieinander sind. So dürfte die Erwartung einer "engen" Vergabeentscheidung einen differenzierteren Kriterienkatalog erfordern als ein deutlicher Abstand der Bewerber. Das spricht im vorliegenden Fall für das Erfordernis von Unterkriterien, da der Auswahlentscheidung nur geringfügige Bewertungsunterschiede zugrunde lagen. Unabhängig davon muss die Vergabestelle allerdings, wenn sie - wie hier der Beklagte -, die Hauptbewertungskriterien tatsächlich von sich aus weiter untergliedert und damit bei der Auswahlentscheidung ausdrücklich die Berücksichtigung benannter Unter Aspekte ermöglicht, diese Vorgehensweise jedenfalls auch konsequent zu Ende führen, indem sie die in Betracht kommenden Unterkriterien vollständig bzw. abschließend benennt und gleichzeitig angibt, welches Gewicht jedem Unterkriterium relativ innerhalb des Hauptkriteriums zukommt. Schon die hier den Unterkriterien jeweils vorangestellte Formulierung: "Das Land Berlin wird dabei jedenfalls folgende Punkte bei der Bewertung berücksichtigen: ..." lässt nach Auffassung der Kammer keinen Zweifel daran aufkommen, dass der Beklagte diese Ausführungen selbst nicht für abschließend hält. Es kann aber ebenso wenig zweifelhaft sein, dass dies tatsächlich auch Unterkriterien waren, nicht - wie der Beklagte meint -, lediglich "textliche Erläuterungen" des Hauptkriteriums ohne inhaltliche Bedeutung. Denn es werden erkennbar unterschiedliche Aspekte des Hauptkriteriums in Form von "Bullet-Points" aufgelistet, die teilweise nochmals untergliedert sind. Dadurch kann diese Aufstellung nur als weiterer (Unter-) Kriterienkatalog innerhalb des Hauptkriterienkatalogs verstanden werden. Das ermöglicht es dem Beklagten aber gerade in dieser ausdrücklich offen erweiterungsfähigen, nicht gewichteten Form, noch weitere Gesichtspunkte als zusätzliche Unterkriterien hinzuzufügen sowie ganz unterschiedliche Schwerpunkte zu setzen. Das lässt die Bewerber über die Grundlagen der späteren Auswahlentscheidung im Unklaren. Es kommt nicht darauf an, ob ein gleicher Kriterienkatalog mit entsprechenden Unterkriterien - wie zwischen den Parteien offenbar streitig - in einem früheren Verfahren vom Bundeskartellamt für rechtmäßig angesehen wurde. Denn daran wäre die Kammer ohnehin nicht gebunden

cc)

Der Beklagte hat zumindest teilweise - nämlich jedenfalls hinsichtlich des Kriteriums "Sicherheit des Netzbetriebs und Qualität des Netzes" - bei der Gewichtung der insgesamt elf Hauptauswahlkriterien in seinem "Zweiten Verfahrensbrief" die Ziele des § 1 EnWG nicht, oder jedenfalls nicht vorrangig, berücksichtigt, was einen weiteren erheblichen Mangel des Vergabeverfahrens darstellte und ebenfalls - für sich genommen - die Unwirksamkeit der auf dieser Grundlage getroffenen Auswahlentscheidung zur Folge gehabt hätte. Auf die Rechtmäßigkeit der Gewichtung der Kriterien im Einzelnen - insbesondere untereinander -, kam es für die Entscheidung nicht an, weshalb die Kammer diese komplexe Frage hier weitgehend offen lassen konnte.

Auch wenn die Gemeinden bei den Auswahlkriterien für die Netzvergabe vorrangig die Ziele des § 1 EnWG zu beachten haben und der Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes, einen Wettbewerb

um das Netz zu erreichen, weitere Auswahlkriterien nicht zulässt, die weder konzessionsabgaberechtlich zulässige Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung, noch die Ausrichtung des Netzbetriebs auf die Ziele des § 1 EnWG betreffen, bleibt den Gemeinden bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien doch wiederum ein Beurteilungsspielraum (BGH – Stromnetz Berkenthin - a.a.O. Rdn. 47f.) Der Vorrang des § 1 EnWG steht deshalb – unter diesem Vorbehalt - auch nicht im Widerspruch zu den Anforderungen, die sich aus der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung ergeben.

Das energiewirtschaftliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas vereint mehrere Einzelziele, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Gemeinde zugänglich sind. Damit wird auch der Planungshoheit der Gemeinde als einer wesentlichen Ausprägung der durch die Gemeindeorgane vermittelten wirksamen Teilnahme der Gemeindebürger an den Angelegenheiten des örtlichen Gemeinwesens Rechnung getragen. So lässt sich etwa den Kriterien der Preisgünstigkeit einerseits und der Umweltverträglichkeit andererseits unterschiedliches Gewicht einräumen. Zulässig sind auch Auswahlkriterien, die qualitative Eigenschaften und Unterschiede der Angebote bei Netzbetrieb und Netzverlegung bewerten, etwa den Umfang der Bereitschaft zur Erdverkabelung oder zur Verlegung von Leerrohren. Die Gemeinde kann daher durch die konkreten Kriterien, die sie der Auswahlentscheidung zu Grunde legt, und deren Gewichtung ihren Auftrag zur Daseinsvorsorge erfüllen und in der ihr sachgerecht erscheinenden Weise konkretisieren. Sie kann diesen Auftrag damit zum Maßstab machen, an dem sich die Angebote der am Netzbetrieb interessierten Unternehmen messen lassen müssen (BGH – Stromnetz Berkenthin - a.a.O. Rdn. 49).

Auf dieser rechtlichen Grundlage hat der Beklagte seinen Entscheidungsspielraum im vorliegenden Fall jedenfalls dadurch überschritten, dass er die Netzsicherheit in der relativen Bewertung innerhalb der elf Hauptkriterien mit lediglich ca. 15 % (50 von 315 Punkten) der Gesamtbemessungsgrundlage angesetzt hat. Das ist objektiv zu wenig. Denn der sichere Netzbetrieb mit den Teilaspekten Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen ist von fundamentaler Bedeutung für die Versorgungssicherheit. Dies muss bei der Bewertung angemessen berücksichtigt werden. Eine Orientierungshilfe dafür ist der Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg. Danach soll die Netzsicherheit mit mindestens 25 % der möglichen Gesamtpunktzahl gewichtet werden. Andererseits sieht der Bundesgerichtshof den genannten Kriterienkatalog auch nicht als verbindliche Vorgabe an (BGH – Stromnetz Berkenthin - a.a.O. Rdn. 84).

Zwar erfährt das Kriterium "Sicherheit des Netzbetriebs" mit einer Punktzahl von 50 Punkten im Kriterienkatalog des Beklagten zumindest relativ die größte Gewichtung. Allerdings ist zum einen der Abstand zu den weiteren Kriterien "Verbraucherfreundlicher Netzbetrieb" (40 Punkte), "Umweltverträglicher Netzbetrieb" (40 Punkte) und "Wegenutzungsentgelte und sonstige zulässige

Leistungen nach § 3 KAV" (40 Punkte) nach Auffassung der Kammer nicht ausreichend, um die überragende Bedeutung der Netzsicherheit angemessen zum Ausdruck zu bringen. Auch absolut erscheint der Anteil von 15 % an der Gesamtbewertung zu niedrig.

Die Kammer geht allerdings nicht davon, dass der Beklagte schon deshalb gegen die Vorgaben des § 1 EnWG verstoßen hat, weil lediglich 57 % (180/315) der von ihm benannten Kriterien eindeutig den dortigen Zielen zugeordnet werden können. Zwar sieht der genannte "Musterkatalog BW" eine Gewichtung dieser Ziele von "mindestens 65 %" vor. Da der Bundesgerichtshof selbst diesen aber nur als unverbindliche "Orientierungshilfe" betrachtet und ein Anteil von 57 % an der Gesamtbewertung die Einschätzung als "vorrangig" im Sinne der Vorschrift wohl gerade noch rechtfertigt, dürfte diese Abweichung von den Angaben im "Musterkatalog BW" noch im Rahmen des Beurteilungsspielraums der Gemeinde liegen und deshalb für sich genommen keine diskriminierende unzulässige Gewichtung darstellen.

d)

Die Kammer kann sich schließlich angesichts der vorstehenden Ausführungen darauf beschränken, lediglich einige Mängel der konkret getroffenen Auswahlentscheidung selbst zu benennen. Denn auch hier gilt, dass diese Mängel ihre eigentliche Ursache wiederum in der fehlenden Transparenz der Vergabeentscheidung, der mangelnden Bieterpersönlichkeit des Unternehmens "Berlin Energie" und dessen unzureichende Trennung von dem Beklagten selbst haben dürfte. Deshalb setzt sich auch hier letztlich nur der strukturelle Mangel fort, den der Beklagte bereits übergeordnet durch die Teilnahme von "Berlin Energie" am Verfahren gesetzt hat.

aa)

Die Klägerinnen rügen aus Sicht der Kammer zu Recht, dass der Beklagte das Angebot von "Berlin Energie" im wesentlichen auf Grundlage von Angaben und vermeintliche Zusagen bewertet hat, deren Verlässlichkeit und Verbindlichkeit jedenfalls für Außenstehende in keiner Weise überprüfbar waren und sind. Wie oben bereits dargelegt, erschließt sich schon nicht, woraus der Beklagte jeweils die Plausibilität und Belastbarkeit der Zusagen von "Berlin Energie" in Bezug auf die im "Zweiten Verfahrensbrief" aufgestellten Kriterien hergeleitet hat. Dieser Mangel setzt sich in der konkreten Auswahlentscheidung fort, weil der Beklagte hier zumindest teilweise wieder dieselben Angaben und Zusagen für die Bewertung des Leistungsangebots von "Berlin Energie" zugrunde gelegt hat.

Soweit der Beklagte dem entgegen hält, dass alle finalen Angebote anhand desselben Prüfungs- und Bewertungsmaßstabes auf ihre "Plausibilität" beurteilt worden seien, stellt dies eine bloße Behauptung dar, die er nicht weiter substantiiert und schon gar nicht belegt hat. Es ist zwar im Grundsatz nicht zu beanstanden, dass der Beklagte das Konzept von "Berlin Energie" als Prognose gewertet haben will, da nur der Altkonzessionär – hier die Klägerin zu 2.) – seinem Konzept überhaupt einen tatsächlich "Ist-Zustand" zugrunde legen konnte. Andererseits erscheint

es gerade im Fall eines solchen rein prognostischen Leistungsversprechens, wie es hier "Berlin Energie" abgegeben hat, aus Gründen der Transparenz von besonderer Bedeutung, die bisher lediglich als Konzept erarbeitete Betriebsführung auf ihre konkrete Durchführbarkeit und Verlässlichkeit zu den in Aussicht gestellten Konditionen überprüfen zu können. Dafür kann insbesondere auch der Beweisantritt des Beklagten nicht ausreichen, wonach "unplausible Prognosen oder unrealistische Annahmen zu bewertungsrelevanten Aspekten nicht festgestellt worden seien". Das sollen die als Zeugen benannten Wirtschaftsprüfer bestätigen. Deren Vernehmung würde zum einen aber auch wieder nur auf eine rein subjektive Bewertung der Zeugen hinauslaufen, insbesondere wäre Gegenstand einer solchen Beweisaufnahme schon keine dem Zeugenbeweis überhaupt zugängliche Tatsachenbehauptung des Beklagten. Auch dadurch würde zum anderen die Tatsachengrundlage – also das konkrete, gegenständliche "Angebot" von "Berlin Energie" – nicht offen gelegt, auf dem die hier vorgenommene Prognose letztlich aber allein beruhen soll. Wie bereits oben ausgeführt, hat der Beklagte sich auch nur durch Zeugenbeweis – nämlich Zeugnis des Leiters der Vergabestelle •••- auf den behaupteten Inhalt des Angebots von "Berlin Energie" bezogen.

Unzweifelhaft hat der Beklagte einen Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung, ob prognostische Angaben eines Bewerbers zu dessen Leistungen bei Übernahme des Versorgungsnetzes realistisch sind und zur Bewertung seines Angebots tatsächlich zugrunde gelegt werden könnten. Das gilt hier grundsätzlich auch für "Berlin Energie" als landeseigenem Mitbewerber. Allerdings erscheint es vor diesem Hintergrund zur Gewährleistung eines fairen diskriminierungsfreien Verfahrens in besondere Weise geboten, die angebotenen Konditionen des landeseigenen Mitbewerbers und deren tatsächliche Realisierbarkeit durch fundierte Belege so weit wie möglich den Mitbewerbern und der Öffentlichkeit transparent zu machen. Nur so ist der Beklagte in der Lage, den aufgrund seiner Doppelstellung als Vergabestelle und Mitbewerber zwangsläufig bestehenden Verdacht der Voreingenommenheit auszuräumen.

Aufgrund fehlender Transparenz der rein verwaltungsinternen Vorgänge innerhalb des Beklagten wäre hier tatsächlich nicht einmal mit Gewissheit auszuschließen, dass ein formales Angebot von "Berlin Energie" gar nicht – oder nicht fristgerecht – eingereicht wurde. Zumindest theoretisch denkbar wäre auch, dass "Berlin Energie" seine Leistungszusagen nicht – oder jedenfalls unzureichend – fundiert begründet hat. Entsprechende Spekulationen werden allerdings letztlich auch nur dadurch ermöglicht, dass der Beklagte das konkrete gegenständliche "Angebot" von "Berlin Energie" nicht vorgelegt und sogar die entsprechenden Auswertungsunterlagen unter Berufung auf den Charakter der Konzessionsvergabe als "Geheimverfahren" abgelehnt hat. Nach Auffassung der Kammer, kann dies in der konkreten Konstellation als pauschale Begründung für die mangelnde Transparenz in Bezug auf das Angebot von "Berlin Energie" nicht ausreichen. Ein so umfassendes Geheimhaltungsinteresse des Beklagten besteht nicht, ist jedenfalls von ihm bisher auch nicht konkret begründet worden.

bb)

Bezüglich der Bewertung selbst beanstanden die Klägerinnen zu Recht allgemein die Art und Weise, in der der Beklagte Bewertungsabschläge von der Gesamtpunktzahl für vermeintliche Minderleistungen in den Angeboten der Parteien vorgenommen hat. Der Beklagte hat insbesondere den Umfang und die Gewichtung der Abschläge nicht plausibel begründet. So ist nicht nachvollziehbar, wie der jeweilige Punkteabzug in Abhängigkeit vom Gewicht des in Rede stehenden Bewertungskriteriums und von der Bedeutung des jeweiligen Defizits zustande gekommen ist. Die von dem Beklagten dargelegte Vorgehensweise, "relative" Abschläge "nach dem Erfüllungsgrad, bezogen auf das Angebot des besten Bieters" vorzunehmen, erscheint intransparent und allein schon deshalb ohne eine weitergehende Begründung diskriminierend. Denn es bleibt unklar, wie der Erfüllungsgrad im Verhältnis zum Angebot des besten Bieters bestimmt wird, also in welchem Umfang hier Punktabzüge gerechtfertigt sein könnten. Zwar hat die Gemeinde und Vergabestelle grundsätzlich auch in Bezug auf die Höhe und Bemessung der Bewertungsabschläge einen relativ weiten Beurteilungsspielraum. So lässt sich im Regelfall in einem Bewertungsverfahren ein Abschlag kaum jemals mathematisch genau herleiten und begründen. Allerdings setzt sich auch in dem hier gerügten Mangel wiederum nur der strukturelle Mangel des Verfahrens fort, wonach die von "Berlin Energie" angebotenen Leistungen anhand der bloßen Beschreibung des Beklagten im vorliegenden Prozess im Verhältnis zu denen der Klägerinnen letztlich gar nicht vergleichbar sind, da der Beklagte die genauen Details dieses Angebots nicht bekannt gemacht hat. Angesichts dessen kommt diesem Punkt deshalb nach Auffassung der Kammer neben den bereits genannten Gesichtspunkten jedenfalls keine eigenständige Bedeutung zu.

cc)

Ausgehend von den benannten strukturellen Mängeln des Auswahlverfahrens, die zwangsläufig auch in der konkreten Bewertung und Gegenüberstellung der Angebote für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes ihren Niederschlag finden mussten, sieht die Kammer lediglich noch Anlass, auf einzelne Punkte der Angebotsauswertung des Beklagten – wie durch den Auswertungsvermerk gemäß Anlage K 33 dokumentiert – einzugehen. Die nachfolgend dargestellten Mängel machen aber deutlich, dass die Vergabe an "Berlin Energie" auch rein materiell unbeschadet der unzureichenden Bieterpersönlichkeit dieses Unternehmens einer kartellrechtlichen Prüfung nicht Stand hält.

(1)

Nicht nachvollziehbar – weil jedenfalls von dem Beklagten auch nicht ausreichend begründet – ist zunächst die Bewertung der Angebote der Parteien hinsichtlich des Kriteriums "Sicherheit des Netzbetriebs/Qualität des Netzes", bei dem es sich – wie bereits dargelegt – um ein herausragend wichtiges Kriterium für die Netzvergabe handelt und das Angebot von "Berlin Energie" gegenüber

dem der Klägerinnen als Altkonzessionären lediglich mit einem ein Abschlag von 2 Punkten belegt wurde (48/50). Das erscheint unter Berücksichtigung der im Kriterienkatalog aufgeführten Unterkriterien aus folgenden Gründen offensichtlich zu niedrig:

Die Bewertung des Unterkriteriums "Erfahrungen im Netzbetrieb/technisches Know-how" hätte bereits für sich genommen zu einem erheblichen Abschlag zu Lasten von "Berlin Energie" führen müssen, weil die angebotene Leistung des Unternehmens als "Newcomer" zwingend geringer hätte bewertet werden müssen. Womit "Berlin Energie" die unstreitig bisher völlig fehlende Erfahrung in Anbetracht des genau auf diesen Gesichtspunkt bezogenen Bewertungspunktes überhaupt hätte kompensieren können, erschließt sich nicht. Der Beklagte hat dies auch in keiner Weise begründet. Der bloße Verweis auf die Gleichbehandlung des Newcomers vermag nicht zu überzeugen, da es für die Gleichbehandlung jedenfalls eine tatsächliche Grundlage geben muss.

Hinsichtlich des weiteren Unterkriteriums: "Ausstattung/Ausstattungskonzept des Netzbetreibers/Technische Leistungsfähigkeit des Netzbetreibers" kann auf die oben bereits unter dem Punkt "Eignung des Bewerbers" angesprochene Problematik der Beschaffung von Personal und Betriebsmittel für das Unternehmen "Berlin Energie" verwiesen werden. So hat "Berlin Energie" insbesondere die Fähigkeit zur ausreichenden Personalbeschaffung für den Betrieb des Gasnetzes mit Hilfe von drei Alternativszenarien darzulegen versucht. Allerdings ist jedes der drei in dem Angebot dargestellten Szenarien (Betriebsübergang gemäß § 613a BGB, Kooperation mit Dienstleistern der Klägerin zu 2.), Kooperation mit landeseigenen Betrieben) ohne nähere Erläuterungen offensichtlich nicht belastbar genug, den erforderlichen Personalbestand mit der zwingend erforderlichen Gewissheit zum Stichtag der Übergabe des Gasverteilungsnetzes bereit zu stellen. Entsprechend können zwangsläufig auch die drei ungesicherten Konzepte zusammen genommen keine ausreichend gesicherte Personalversorgung gewährleisten. Trotzdem hat der Beklagte das Unternehmen "Berlin Energie" in seiner Auswertung hier nur "geringfügig schwächer" bewertet, was sogar offen lässt, ob dies überhaupt zu einem Punkteabzug geführt hat.

Hinsichtlich des Unterkriteriums "Reduzierung von Ausfallzeiten, Prüfungs- und Wartungsintervallen, Standards" fällt auf, dass der Beklagte in seiner Auswertung offenbar Leistungsversprechen von "Berlin Energie" unkritisch berücksichtigt und zugrunde gelegt hat, die in ihrer pauschalen Darlegung ohne weitere Erläuterungen so jedenfalls nicht einfach als ausreichend belastbar hätten akzeptiert werden dürfen. Sofern dem Beklagten insoweit durch das konkrete Angebot von "Berlin Energie" tatsächlich eine weitergehende Tatsachengrundlage zur Verfügung gestanden haben sollte, die eine Berücksichtigung der Zusagen rechtfertigte, hat er dies jedenfalls im vorliegenden Verfahren nicht offen gelegt. So stellt "Berlin Energie" offenbar in Aussicht, bei Übernahme des Versorgungsnetzbetriebs den Bundesdurchschnitt von Ausfallzeiten "um mindestens 10 %" zu unterschreiten. Ferner legt der Beklagte seiner Bewertung zugrunde, dass "Berlin Energie" die Leckstellenrate bis 2024 halbieren könne. Diesen letzten Punkt hatte "Berlin Energie" dabei – wie sich allerdings auch nur aus der entsprechenden Formulierung im Auswertungsvermerk folgern lässt – offenbar selbst noch nicht einmal als bindende Zusage

formuliert. Darauf deutet die Wiedergabe des entsprechenden Leistungsangebots "...geht davon aus, dass ..." hin, was eine echte Selbstverpflichtung zumindest zweifelhaft erscheinen lässt. Hinsichtlich beider Versprechen ist überhaupt nicht erkennbar, wie die Verbesserung ohne anderweitige Nachteile (etwa entsprechend höher zu veranschlagende Kosten des Netzbetriebs, die dann möglicherweise wieder auf die Kunden umgelegt werden müssten) bewerkstelligt werden sollte.

(2)

Hinsichtlich des Kriteriums "Verbraucherfreundlicher Netzbetrieb" soll die bessere Bewertung von "Berlin Energie" (40 Punkte) gegenüber den Klägerinnen (36 Punkte) darauf beruhen, dass "Berlin Energie" kürzere Reaktionszeiten bei Störungen, besseren Kundenservice, schnelleres Beschwerdemanagement sowie zügigeres Netzanschlussmanagement "zugesichert" habe. Abgesehen davon, dass diese angeblichen Vorteile im Angebot von "Berlin Energie" (z.B.: eine um 5 Minuten kürzere Reaktionszeit bei Störungen gegenüber dem Angebot der Klägerinnen) später kaum verifizierbar oder durchsetzbar sein dürften und die entsprechenden Versprechen deshalb – und weil sie im vorliegenden Verfahren wiederum nicht durch Fakten belegt sind – fast schon "ins Blaue hinein" aufgestellt erscheinen, können diese Vorzüge des Angebots, selbst ihre Richtigkeit unterstellt, sicher keinen Bewertungsabschlag bei dem Angebot der Klägerinnen rechtfertigen, der in absoluten Zahlen doppelt so hoch ausfällt, wie der Bewertungsabschlag bei dem Kriterium "Sicherheit des Netzbetriebs" im Angebot von "Berlin Energie", wo der Abschlag lediglich zwei Punkte betrug. Dies kann schon deshalb nicht rechtmäßig sein, weil dort das Angebot von "Berlin Energie" offensichtliche Defizite aufwies, die bei dem Kriterium "Sicherheit des Netzbetriebs" und auch in der Gesamtbetrachtung deutlich zum Ausdruck kommen mussten.

(3)

Hinsichtlich des Kriteriums "Entschaffungsregelungen", bei dem der Beklagte einen – nach dem Wortlaut des Auswertungsvermerks "deutlichen" - Bewertungsabschlag zu Lasten der Klägerinnen von 3 Punkten vorgenommen hat, stellt sich wiederum zunächst die Frage der Verhältnismäßigkeit dieses Abzugs (in absoluten Zahlen) gegenüber dem Bewertungsabschlag bei dem Angebot von "Berlin Energie" hinsichtlich des herausragenden Kriteriums "Sicherheit des Netzbetriebs". So dürften die Einwände des Beklagten gegen eine etwaige Abänderung der im Konzessionsvertragsentwurf enthaltenen Entschaffungsregelungen jedenfalls kein so großes Gewicht haben, dass diese im Vergleich einen so deutlichen Abschlag rechtfertigen könnten.

Soweit der Beklagte die Umformulierung der Regelung zur Berechnung des Übernahmeentgeltes gemäß § 23 des Konzessionsvertragsentwurfs (im Folgenden: "KV") durch die Klägerinnen beanstandet, ist zum einen zweifelhaft, ob und in welchem Umfang die Parteien des Konzessionsvertrages in zulässiger Weise dazu überhaupt rechtsverbindlich schon Regelungen treffen konnten, die letztlich im Falle einer späteren Netzübertragung zugunsten oder zulasten

eines noch unbekanntes Dritten gelten sollten. Im Übrigen haben die Klägerinnen hier aber nur eine Anpassung an den Gesetzeswortlaut des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG vornehmen wollen, der eine "wirtschaftlich angemessene Vergütung" vorschreibt und letztlich im Streitfall ohnehin allein maßgeblich sein dürfte. Die von dem Beklagten vorgegebene Formulierung, wonach die Vergütung nach einem "objektivierten Wert, der intersubjektiv nachprüfbar sein soll" zu bemessen wäre, dürfte deshalb – selbst wenn sie der Klarstellung dienen sollte - im Ergebnis keine wesentlichen Auswirkungen auf die Art der Berechnung haben, die gegebenenfalls im Wege der Auslegung aus dem Gesetzeswortlaut abgeleitet werden muss. Unklar bleibt, warum der Beklagte den Klägerinnen einen Bewertungsabschlag deshalb geben will, weil diese angeblich Auskunftspflichten unter die Entgeltlichkeitsklausel des § 31 KV gestellt haben wollen. Die Klägerinnen haben dies in Abrede gestellt und ihre Formulierungsalternative damit begründet, dass sie dadurch einer etwaigen Gesamtnichtigkeit des Vertrags vorbeugen wollten. Dem ist der Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten. Unabhängig davon erscheint dieser Punkt insgesamt jedenfalls nicht so erheblich, dass die beanstandeten Umformulierungen der Klägerinnen einen "erheblichen" Bewertungsabschlag hätten rechtfertigen können.

(4)

Hinsichtlich des Kriteriums Preisgünstigkeit der Leistungserbringung gründet sich der Bewertungsabschlag zulasten der Klägerinnen wiederum auf bloße Versprechungen von "Berlin Energie", die Netzentgelte und Hausanschlusskosten zu senken. Abgesehen davon, dass der Beklagte bei dem Vergleich der Angebote offenbar die gegenüber dem Angebot von "Berlin Energie" deutlich vorteilhaftere "Verdichtung des Gasnetzes" als Leistungsversprechen der Klägerinnen außer Betracht gelassen hat, erschließt sich aus dem Vortrag des Beklagten wiederum nicht, wie genau "Berlin Energie" das behauptete Kostenabsenkungspotential inhaltlich begründet hat. Der pauschale Verweis auf eine Kooperation mit anderen Berliner Netzbetreibern kann insoweit kein schlüssiges Konzept ersetzen. Der Beklagte hätte ein so pauschales Leistungsversprechen der Bewertung nicht zugrunde legen dürfen.

(5)

Gleiches gilt für die Besserbewertung von "Berlin Energie" hinsichtlich des Kriteriums effizienter Netzbetrieb. Die Klägerinnen haben unwidersprochen vorgetragen, dass ihnen die Bundesnetzagentur eine Effizienz von 100 % bescheinigt. Damit mag nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, dass "Berlin Energie" auch ohne Verweis auf entsprechende Erfahrungen mit dem Gasnetzbetrieb auf Grundlage eines fundierten Konzepts zumindest eine vergleichbare Effizienz versprechen kann. Die Steigerung der nachgewiesenen Effizienz des Altkonzessionärs allein durch pauschalen Verweis auf Kooperationen mit anderen Landesunternehmen erscheint allerdings ausgeschlossen, zumal nicht einmal konkret dargelegt wird, wo und in welcher Form genau hier Synergiepotentiale gesehen werden und wie sich diese in belastbaren Zahlen belegen lassen. Abgesehen davon ist durch die bloße Vorlage entsprechender "Letters of Intent" nicht

einmal sicher gewährleistet, dass die beabsichtigte Kooperation später tatsächlich zustande kommt. Denn verpflichtende Zusagen der Landesunternehmen sind darin nicht zu sehen. Es handelt sich bisher lediglich um unverbindliche Absichtserklärungen.

(6)

Schließlich erscheinen die Abzüge im Angebot der Klägerinnen hinsichtlich der Laufzeitregelungen und Kündigungsrechte der Beklagten unberechtigt. Denn die Kammer sieht insoweit tatsächlich ein berechtigtes Interesse der Klägerinnen für die von ihnen in §§ 27 und 30 KV vorgenommenen Änderungen. Zu Recht haben sie nämlich darauf hingewiesen, dass § 27 KV in seiner vorgegebenen Fassung jedenfalls nicht vollumfänglich durch ein berechtigtes Interesse des Beklagten gedeckt sei, die Identität des im Konzessionsverfahren ausgewählten Bewerbers abzusichern. Vielmehr sind die dort vorgesehenen Kündigungsrechte des Beklagten auch unter diesem Gesichtspunkt zu weitgehend. Entsprechend durfte diese Abänderung auch nicht zu einem "deutlichen" Bewertungsabschlag führen, wie ihn der Beklagte aber tatsächlich vorgenommen hat.

IV.

Ohne Erfolg wendet der Beklagte gegen die vorstehend behandelten Verfahrensrügen der Klägerinnen zur Begründung ihrer Diskriminierung ein, dass im vorliegenden Fall die Geltendmachung von Verfahrensmängeln erst im Klageverfahren nach Abschluss des Vergabeverfahrens treuwidrig und damit als unzulässige Rechtsausübung anzusehen sei, da solche Rügen grundsätzlich bereits im laufenden Konzessionsverfahren hätten geltend gemacht werden müssen. Darauf habe er – was unstrittig ist - in seinen Verfahrensbriefen auch deutlich hingewiesen.

Es ist zunächst unzutreffend, dass die Klägerinnen Verfahrensrügen erstmals mit der Klagebegründung erhoben haben. So tragen sie unwidersprochen vor, dass sie im laufenden Verfahren den Beklagten wiederholt auf zumindest einige der nunmehr streitgegenständlichen Gesichtspunkte hingewiesen hatten. Dazu haben sie auch Schreiben vorgelegt, aus denen sich die schriftliche Formulierung entsprechender Rügen ergibt. Der Beklagte hatte hierzu teilweise auch selbst bereits im laufenden Verfahren Stellung genommen. Es kann nicht entscheidend darauf ankommen, dass die Klägerinnen diese Rügen als "Anmerkungen" oder "Hinweise" gegenüber dem Beklagten eher vorsichtig formuliert hatten. Denn es war den Klägerinnen im laufenden Vergabeverfahren grundsätzlich nicht zumutbar, deutlich und kategorisch etwaige Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu äußern. Denn das hätte aus ihrer Sicht die Chancen auf den Zuschlag schmälern können, was sie nicht riskieren mussten.

Unabhängig davon ist die Frage der Rüge aller hier in Rede stehenden Verfahrensmängel aber ohnehin im vorliegenden Klageverfahren unerheblich. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes treffen den Konzessionsbewerber grundsätzlich keine solchen vorvertraglichen Rügepflichten. Das gilt selbst dann, wenn die Gemeinde – wie vorliegend der

Beklagte - in den einschlägigen Verfahrensbriefen unter Fristsetzung darum gebeten hatte, die Verfahrensstelle auf etwaige Unklarheiten, Fehler oder Unzulänglichkeiten hinzuweisen (BGH - Berkenthin - a.a.O., Rz. 112ff.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt eine unzulässige Rechtsausübung jedenfalls dann nicht vor, wenn im konkreten Fall nichts dafür ersichtlich ist, dass der Konzessionsgeber die Konzession fehlerfrei neu ausgeschrieben hätte, wenn frühzeitig entsprechende Rügen erhoben worden wären (BGH - Berkenthin – a.a.O. Rdn. 116). Davon ist hier aber nach den Gesamtumständen nicht auszugehen. So stellt sich bereits die Zulassung des landeseigenen Bewerbers "Berlin Energie" zum Verfahren als grundlegender struktureller Verfahrensmangel dar. Nach den Gesamtumständen kann ausgeschlossen werden, dass der Beklagte diesen Bewerber auf entsprechende Rüge der Klägerinnen aus dem Verfahren zurückgezogen hätte.

V.

Die Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung erfolgt gemäß § 890 ZPO auf den entsprechenden Antrag der Klägerinnen hin auch unter Androhung der dafür vorgesehenen Ordnungsmittel (d.h. Ordnungsgeld und Ordnungshaft), die im Fall einer Zuwiderhandlung grundsätzlich gegen den Beklagten bzw. – im Falle der Verhängung von Ordnungshaft - gegen den jeweiligen Senator für Finanzen als dessen zuständigem Organ zu vollstrecken wären. Es besteht kein Anlass, mit Rücksicht auf die Rechtsform des Beklagten als Körperschaft des öffentlichen Rechts von den in § 890 ZPO geregelten Vorgaben für die Vollstreckung einer zivilrechtlichen Unterlassungsverpflichtung abzuweichen. Diese Regelungen sind gegenüber dem Beklagten uneingeschränkt anwendbar, da der vorliegende kartellrechtliche Sachverhalt vollstreckungsrechtlich nach dem allgemeinen Zivilrecht zu beurteilen ist. Es existiert insoweit keine Ausnahmvorschrift für die Vollstreckung von Unterlassungsverpflichtungen gegenüber einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Das gilt insbesondere für die Androhung und Verhängung von Ordnungshaft. So ist § 172 VwGO, der Ordnungsmittel gegen die öffentliche Hand in verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf die Verhängung von Ordnungsgeld beschränkt, im Zivilprozess im Rahmen der Vollstreckung gemäß § 890 ZPO nicht - auch nicht analog – anwendbar. Die Sonderregelung des § 882a ZPO für die Vollstreckung gegen den Bund oder ein Land betrifft nur Geldforderungen und ist deshalb ebenfalls nicht einschlägig.

D.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 709 S. 1 ZPO.