

Abschrift

Landgericht Berlin

Az.: 16 O 259/19 Kart



Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED], vertreten durch d. Geschäftsführer [REDACTED]
[REDACTED] Berlin
- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED], vertreten durch die [REDACTED]
[REDACTED]
- Antragsgegner -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

hat das Landgericht Berlin - Zivilkammer 16 - durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht van Dieken, den Richter am Landgericht Dr. Elfring und die Richterin am Landgericht Klinger aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2019 für Recht erkannt:

1. Dem Antragsgegner wird bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen am Senator für Finanzen, untersagt, das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 20. Dezember 2011 ausgeschriebene Wegennutzungsrecht für das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Land Berlin („Konzession für das Stromversorgungsnetz im Land Berlin“) in der Form einer innerstädtischen Festlegung zur

Stromkonzessionierung (in der Vorabinformation vom 11. März 2019 als „Konzessionsvertrag“ bezeichnet) an sich selbst in Gestalt seines § 26-LHO-Betriebs Berlin Energie zu vergeben.

2. Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsgegner zu tragen.

Tatbestand

Die Antragstellerin beteiligte sich am Wettbewerb, mit dem der Antragsgegner die Vergabe der Wegrechte zum Betrieb des Stromnetzes der allgemeinen Versorgung (im folgenden: Stromnetz oder Verteilnetz) im Land Berlin ausschrieb. Sie wendet sich gegen die Absicht des Antragsgegners, einen anderen Bieter mit dem Betrieb des Stromnetzes zu betrauen.

Das Stromnetz [REDACTED] stellt mit ca. 35.000 km Leitungslänge und ca. 2,35 Millionen Haushalts- und Gewerbekunden im Jahr 2018 das größte Verteilnetz in der Bundesrepublik Deutschland dar.

Der Antragsgegner ist Eigentümer der öffentlichen Verkehrswege. Er vergibt die für den Betrieb der Netze erforderlichen Wegenutzungsrechte.

Die Antragstellerin war Altkonzessionärin für das Stromnetz in Berlin. Der Vertrag endete am 31. Dezember 2014.

Durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 20. Dezember 2011 setzte der Antragsgegner das Verfahren für die bevorstehende Neuvergabe der Konzession in Gang.

Die Antragstellerin bekundete ihr Interesse fristgerecht.

Um sich selbst am Verfahren beteiligen zu können, schuf der Antragsgegner am 01. März 2012 nach Maßgabe des § 26 Landeshaushaltsordnung (LHO) den Landesbetrieb "[REDACTED]" als rechtlich unselbständigen, abgesonderten Teil der Berliner Verwaltung (im Folgenden: Bieterstelle oder LHO-Betrieb) mit einem nach § 26 Abs. 1 LHO zugewiesenen Sondervermögen. Der LHO-Betrieb "[REDACTED]" wurde zunächst der Senatsverwaltung für Finanzen (im Folgenden: SenFin) als Referat in der Abteilung I im Geschäftsbereich A angegliedert. Die Vergabestelle gehörte als gesondertes Referat ebenfalls der Abteilung I im Geschäftsbereich A an. Die damalige Leiterin dieses Geschäftsbereichs, [REDACTED], war gemäß der Geschäftsanweisung vom 30. März 2012 für die Bieterstelle

weisungsbefugt und unterlag einem Mitwirkungsverbot am Konzessionsverfahren für das Strom-, Gas- und Fernwärmenetz. Die weiteren Einzelheiten der Geschäftsanweisung sind der Anlage AS 46 zu entnehmen.

Am 18. September 2012 ließ die SenFin den Wirtschaftsplan für die Bieterstelle zu.

Am 10. Dezember 2012 wurde die Zuständigkeit für die Bieterstelle der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt (im Folgenden: SenStadtUm) übertragen.

Am 26. März 2013 versandte der Antragsgegner den ersten und am 21. März 2014 den zweiten Verfahrensbrief an die Interessenten. Die Einzelheiten sind den Anlagen AS 9 und 11 zu entnehmen.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2014 setzte der Antragsgegner das Verfahren auf den Stand vor der Kriterienfestlegung, i. e. auf den Stand vor dem zweiten Verfahrensbrief zurück.

Die Bieterstelle beteiligte sich auch am parallel laufenden Ausschreibungsverfahren für die Wegrechte zum Betrieb des Gasnetzes in Berlin. Die dortige Altkonzessionärin griff die beabsichtigte Konzessionserteilung an die Bieterstelle vor dem Landgericht Berlin an. Am 09. Dezember 2014 verkündete die Kammer ihr diesbezügliches Urteil zum Aktenzeichen 16 O 224/14 Kart. Darin sprach sie dem LHO-Betrieb "██████████" die Bieterfähigkeit wegen zu großer Nähe zur Vergabestelle und fehlender eigener, insbesondere finanzieller Ausstattung ab. Die Berufung der Bieterstelle blieb ohne Erfolg.

Am 12. März 2015 gab das Abgeordnetenhaus von Berlin auf Vorlage der SenFin im Nachtragshaushaltsgesetz 2015 zur Sicherstellung der Eigenkapitalausstattung einer landeseigenen Betreibergesellschaft für das Stromnetz einen Betrag in Höhe von 600 Mio € zur Absicherung eines möglichen Kredites der IBB an ein landeseigenes Unternehmen frei. Dies geschah im Rahmen einer bereits zuvor erteilten Garantie- und Bürgschaftsermächtigung über 6 Milliarden €.

Im Vorfeld der Senatsklausurtagung vom 05. Mai 2015 trat eine vom damaligen Finanzsenator ██████████ einberufene Expertengruppe zusammen, die über Strategien zur Rekommunalisierung der Berliner Energienetze diskutierte. Die Ergebnisse dieser Diskussion bildeten die Grundlage für die Klausurberatung des Senats am 05. Mai 2015. Im Anschluss daran beschloss der Senat, den LHO-Betrieb „bieterfähig“ auszustatten. Mitglied der Expertengruppe war der Geschäftsleiter der Bieterstelle, ██████████.

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2015 informierte die Vergabestelle die Bewerber erneut über die Zurücksetzung des Verfahrens auf den Stand vor Festlegung der Kriterien, i. e. auf den Stand vor

dem zweiten Verfahrensbrief.

Am 29. Januar 2016 erging der modifizierte zweite Verfahrensbrief mit den Anlagen 10 (Auswahlkriterien) und 12 (Erläuterung der Auswahlkriterien). Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlagen AS 13 - 15 verwiesen.

Am 29. Juni 2016 erging der dritte Verfahrensbrief mit der Aufforderung, bis zum 26. August 2016, 12.00 Uhr ein verbindliches Angebot einzureichen. Beide Parteien reichten ihre Angebote fristgerecht ein.

Das Ziel einer Rekommunalisierung des Stromnetzes Berlin fand nach den Wahlen sowohl Eingang in den Koalitionsvertrag vom 08. Dezember 2016, als auch in die „Richtlinien der Regierungspolitik 2016 – 2021“.

Am 21. April 2017 wurde die Bieterstelle bei der Senatsverwaltung für Wirtschaft (SenWi) angesiedelt.

Mit Inkrafttreten der Neufassung von §§ 46, 47 EnWG am 03. Februar 2017 forderte der Antragsgegner die Bieter mit Schreiben vom gleichen Tag auf, eventuelle Rügen gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 und 2 EnWG fristgerecht geltend zu machen. Die Antragstellerin antwortete mit Schreiben vom 16. Februar 2017, wegen dessen Inhalts auf die Anlage AS 150 verwiesen wird. Nachdem der Antragsgegner den erhobenen Rügen nicht abgeholfen hatte, beantragte die Antragstellerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung in Bezug auf die Kriterien des zweiten Verfahrensbriefes. Die Kammer wies den Antrag mit Urteil vom 14. November 2017 (16 O 160/17 Kart) zurück. Die dagegen gerichtete Berufung der Antragstellerin blieb ohne Erfolg (KG, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 2 U 18/18 - = EnWZ 2019, 76).

Im Anschluss an die gerichtliche Entscheidung setzte der Antragsgegner die Auswertung der im Stromvergabeverfahren abgegebenen finalen Angebote fort. Er bediente sich dabei der sachverständigen Hilfe seiner hiesigen Prozessbevollmächtigten, die entsprechende Aktenvermerke fertigten. Wegen deren Inhalts wird auf die Anlagen AS 27 – 31 Bezug genommen.

Der LHO-Betrieb Berlin Energie erzielte 14.590 Punkte, die Antragstellerin 13.530 Punkte. Das Angebot eines dritten Bieters ([REDACTED]) für eine Kooperation blieb mangels hinreichender Bestimmtheit unberücksichtigt. Am 05. März 2019 beschloss der Senat, dem

LHO-Betrieb die Konzession zu erteilen. Der Antragsgegner informierte die Antragstellerin hierüber mit Schreiben vom 11. März 2019.

Am gleichen Tag beantragte die Antragstellerin Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG, die ihr am 27. März 2019 wie folgt gewährt wurde:

Einsicht in den teilweise geschwärzten Auswertungsvermerk

Einsicht in die Aktenvermerke der verfahrensbegleitenden Kanzlei [REDACTED]

Einsicht in die Verfahrenskorrespondenz ab dem dritten Verfahrensbrief

Da die Antragstellerin diese Einsicht für ungenügend erachtete, stellte sie mit Schreiben vom 03. April 2019 einen Antrag auf weitergehende Akteneinsicht, den der Antragsgegner nicht beschied. Die Antragstellerin erhob gegen die Zuschlagsentscheidung mit Schreiben vom 10. und 26. April 2019 verschiedene Rügen. Wegen des Inhalts der Rügeschreiben wird auf die Anlagen AS 32 und 33 Bezug genommen. Der Antragsgegner half nicht ab (Schreiben vom 20. Juni 2019, Anlage AS 34).

Am 05. Juli 2019 beantragte die Antragstellerin den Erlass der einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin macht fünf grundsätzliche Verfahrensfehler geltend, sowie weitere Fehler bei der Eignungsprüfung, eine fehlende Plausibilität des Betriebs- und Bewerbungskonzepts, grundsätzliche Fehler der Angebotsauswertung und Auswertungsfehler im Einzelnen.

Die Antragstellerin meint, der Antragsgegner habe in den nachfolgenden Punkten **grundsätzliche Verfahrensfehler** begangen:

Verstoß gegen Neutralitätsgebot

Der Antragsgegner habe sie, die Antragstellerin, diskriminiert und unbillig behindert, indem er die gebotene Neutralität zur Bieterstelle nicht gewahrt habe. Die erforderliche personelle und organisatorische Trennung der Bieterstelle von der Vergabestelle sei auf mehreren Ebenen nicht umgesetzt worden.

So seien in der Anfangsphase unstreitig sowohl die Bieterstelle, als auch die Vergabestelle bei der [REDACTED] angesiedelt worden, die zugleich für die finanzielle Ausstattung der Bieterstelle gesorgt habe. Die Geschäftsanweisung vom 30. März 2012 sei von vornherein ungeeignet gewesen, die gebotene personelle und organisatorische Trennung zu gewährleisten. Tatsächlich sei sie auch nicht umgesetzt worden, weil [REDACTED] entgegen dem Mitwirkungsverbot am

gesamten Auswahlverfahren in leitender Funktion teilgenommen habe. Die Zuordnung der Bieterstelle zur [REDACTED] bewirke keine Heilung des Neutralitätsverstößes, weil die Staatssekretärin [REDACTED] und der Abteilungsleiter [REDACTED] dauerhaft keine Aufgaben der Vergabestelle hätten wahrnehmen dürfen. Die durch die Vorbefassung entstandene Parteilichkeit lasse sich nachträglich nicht mehr beseitigen mit der Folge, dass die genannten Personen dem Auswahlverfahren nun wieder neutral gegenüber stünden.

Tatsächlich habe die [REDACTED] ihr Bieterinteresse auch nicht aufgegeben, denn sie habe sich in der Folge weiterhin um die finanzielle Ausstattung der Bieterstelle und die Voraussetzungen für eine rechtssichere Eigenbewerbung des Landes Berlin gekümmert. Zudem habe sich der damalige Finanzsenator [REDACTED] vor der Klausurtagung des Senats am 05. Mai 2015 von einer Expertengruppe beraten lassen, der unstreitig auch der Leiter der Bieterstelle, [REDACTED] angehört habe.

Ein Neutralitätsverstoß liege auch deshalb vor, weil auf der Ebene des eigentlichen Entscheidungsgremiums, des Senats von Berlin, keine formale Trennung stattgefunden habe. Der Senat als Kollegialorgan habe in mindestens 20 Senatssitzungen unter aktiver Mitwirkung des für die Bieterstelle zuständigen Senators über das Vergabeverfahren, insbesondere die Verfahrensbriefe beraten, davon in mindestens sechs Fällen in derselben Sitzung, in der auch die Bewerbung der Bieterstelle Gegenstand der Beratung gewesen sei. In mindestens 12 Sitzungen habe der Senat von Berlin unter Beteiligung der für die Vergabestelle zuständigen [REDACTED] auch über die Bewerbung der Bieterstelle beraten und entschieden.

Schließlich begründe auch die Aufnahme des Ziels der Rekommunalisierung in die „Richtlinien der Regierungspolitik 20,16 – 2021“ eine Verletzung der Neutralitätspflicht, weil alle Senatoren landesrechtlich zur Umsetzung der in die Richtlinien aufgenommenen Ziele und mithin auch zur Rekommunalisierung verpflichtet seien.

Nichteinhaltung der Mindestanforderung

Der modifizierte zweite Verfahrensbrief verlange von den Bietern unstreitig als Mindestanforderung, dass sie sich zur Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe für die in der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) geregelten Tatbestände während der gesamten Laufzeit des Konzessionsvertrages verpflichteten. Dazu sei der LHO-Betrieb [REDACTED] wegen seiner Unselbständigkeit nicht in der Lage. Die Gemeinde wiederum könne keinen Vertrag mit sich selbst schließen. Sie müsse sich daher entscheiden, ob sie das Wegerecht selbst nutzen wolle mit der Folge, dass sie dann auch keine Konzessionsabgaben auf die Nutzer abwälzen könne, weil solche nicht anfielen, oder ob sie die Wegerechte an ein selbständiges Unternehmen vergeben wolle. Die innerstädtische Festlegung gemäß Senatsbeschluss vom 05.

März 2019 sei mit einem Vertrag nicht gleichzusetzen.

Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes

Die Antragstellerin behauptet, dass die Bieterstelle mit dem weiteren Mitbewerber, der [REDACTED], ein Bieterkartell begründet habe. Aus der Presseerklärung der [REDACTED] ergebe sich, dass sie mit der Bieterstelle [REDACTED] seit längerem Gespräche über Modelle der Bürgerpartizipation in Bezug auf das Gasnetz geführt habe. Es bestehe der Verdacht, dass die [REDACTED] ein Scheinangebot abgegeben habe und sie bei Abgabe der finalen Angebote tatsächlich nicht mehr im Wettbewerb zur Bieterstelle gestanden habe.

Akteneinsicht

Die inhaltliche und zeitliche Beschränkung der Akteneinsicht auf Dokumente nach dem dritten Verfahrensbrief verstoße gegen den Grundsatz des transparenten Verfahrens. Ihr stehe ein Anspruch auf unbeschränkte Einsichtnahme in die gesamte Verfahrensakte vom Beginn des Auswahlverfahrens an einschließlich seiner Vorbereitung zu.

Unverbindlichkeit der geplanten Verwaltungsanweisung

Der Antragsgegner habe sich bei der Auswertung der Angebote nicht an die von ihm selbst aufgestellten Auswahlkriterien gehalten.

Er habe verkannt, dass das Angebot der Bieterstelle alle Kriterien, in denen es um einklagbare vertragliche Pflichten gehe, von vornherein nicht erfüllen könne, weil die Bieterstelle mangels eigener Rechtspersönlichkeit keine Verträge abschließen und sich mithin zu gar nichts verpflichten könne. Der Antragsgegner hätte das Angebot der Bieterstelle daher in diesen Kategorien zwingend mit 0 Punkten und das Angebot der Antragstellerin mit der Höchstpunktzahl bewerten müssen, was er in rechtswidriger Weise verkannt habe. Die Gleichstellung von vertraglichen Zusagen mit innerstädtischen Festlegungen widerspräche den Auswahlkriterien, die gerade eine vertragliche Bindung vorsähen.

Die Antragstellerin meint, der Antragsgegner habe ferner die nachfolgend beschriebenen **Fehler bei der Eignungsprüfung** begangen:

Nichterfüllung der formellen Eignungsvoraussetzungen

Der Antragsgegner habe die Bieterstelle schon im Jahr 2016 im Rahmen der Eignungsprüfung von der weiteren Teilnahme am Verfahren ausschließen müssen, weil sie die formellen Eignungsvoraussetzungen nicht erfüllt habe. Sie habe das bereits mit dem ersten Verfahrensbrief erforderte und mit dem modifizierten zweiten Verfahrensbrief in abgemilderter Form nochmals verlangte „autorisierte“ Finanzierungskonzept nicht vorgelegt.

fehlende materielle Eignung

Die Bieterstelle sei personell, technisch und wirtschaftlich nicht geeignet, das Stromnetz zu betreiben. Ihr fehle die materielle Eignung im Sinne des § 4 EnWG. Die Auswahl eines ungeeigneten Mitbewerbers diskriminiere sie, die Antragstellerin.

Die von der Bieterstelle erstrebte „ganzheitliche Netzübernahme“ sei als Bewerbungskonzept unzulässig, die Grundprämissen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht plausibel. Der Bieterstelle fehle die personelle Ausstattung, denn sie habe im Jahr 2016 über lediglich sieben Mitarbeiter verfügt und den Bestand seitdem nicht erhöht. Ihr fehle die technische Eignung. Sie könne sich diese durch den Netzübernahmeanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG nicht verschaffen, weil er nur die notwendigen Verteilungsanlagen, nicht aber sämtliche Betriebsmittel umfasse. Die fehlende wirtschaftliche Eignung folge aus der Unplausibilität des Businessplans und der fehlenden Vorlage eines autorisierten Finanzierungskonzepts einer Bank. Ferner liege eine unzulässige Eignungslleihe vor.

Die Voraussetzungen des § 4 EnWG müssten nicht erst prognostisch im Zeitpunkt der Aufnahme des Netzbetriebes vorliegen, sondern bereits im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung. Teile man diese Ansicht nicht, so müssten an die Prognose jedenfalls strenge Anforderungen gestellt werden.

Die Antragstellerin meint, das Betriebs- und Bewerbungskonzepts von [REDACTED] sei nicht plausibel.

Grundprämisse für das Angebot von [REDACTED]

Die Grundprämisse des Angebots der Bieterstelle bilde die Annahme, dass sie die vorhandenen Unternehmensstrukturen weitgehend übernehmen könne. Diese Annahme sei falsch. Die von den Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners dazu angefertigten Aktenvermerke enthielten keine Plausibilitätsprüfung, sondern unzulässige und unvertretbare Annahmen, sowie falsche oder nicht transparent dargelegte Sachverhaltsunterstellungen. Der Antragsgegner hätte daher bei Anwendung seiner eigenen Kriterien das Angebot mit 0 Punkten bewerten müssen.

„ganzheitliche Netzübernahme“ mit Betriebsmittelübergang nicht plausibel

Die Bieterstelle plane auf der Grundlage von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG bzw. § 16 des alten Konzessionsvertrages die Übernahme sämtlicher zum Stromnetz Berlin gehörender Haupt- und Nebenanlagen sowie alle zugehörigen Betriebsprozesse und Betriebs-, Vertrags- und Genehmigungsunterlagen der Antragstellerin und weiterer Teilgesellschaften des Vattenfall Konzerns. Dieses Konzept sei nicht unmittelbar umsetzbar und erfülle daher nicht die Vorgaben der Rechtsprechung an ein fundiertes Konzept. Der Herausgabeanspruch nach § 46 Abs. 2 S. EnWG beschränke sich auf die notwendigen Verteilungsanlagen. Er umfasse nicht sämtliche Betriebsmittel des Altkonzessionärs wie bspw. Netzleitstellen, Werkstätten, Lager, Grundstücke und Grundstücksrechte.

Soweit die Bieterstelle auf Ressourcen Dritter zurückgreifen möchte, fehle es an verbindlichen Verpflichtungserklärungen. Die Bieterstelle sei unfähig zum Betrieb einer Netzleitstelle. Technologieunternehmen könnten eine solche Netzleitstelle zwar ausstatten, aber nicht betreiben.

Personalkonzept nicht plausibel

Die Bieterstelle plane unstreitig, das Personal der Antragstellerin entweder im Wege des Betriebsübergangs nach § 613a BGB zu übernehmen oder ihm Arbeitsverträge zu den bisherigen Konditionen anzubieten, sog. „§ 613a BGB analog“. Dieses Konzept sei nicht plausibel.

Es fehle schon an dem in § 613a BGB vorausgesetzten Übergang eines Betriebsteils, weil die sachlichen und immateriellen Betriebsmittel gerade nicht in Gänze auf die Bieterstelle übergängen. Das Stromverteilnetz selbst stelle kein Betriebsmittel dar.

Soweit sie, die Antragstellerin, etwa 130 spezialisierte Mitarbeiter anderer Unternehmen des [REDACTED]-Konzerns in den Betrieb des Stromnetzes eingebunden habe, scheidet eine Übernahme dieses Personals im Wege des Betriebsübergangs nach § 613a BGB von vornherein aus. Zudem herrsche im Bereich Energietechnik ein Fachkräftemangel, der Mitarbeiter zu einem Widerspruch gegen ihre Übernahme vom Land Berlin (Bieterstelle) veranlassen könnte. Das gelte insbesondere für die Führungskräfte. Selbst die Bieterstelle gehe von 5-6% Widersprüchen aus. Diese Stellen würden nicht nachbesetzt, weil die Bieterstelle insoweit von einer Einsparung von 5,3 Mio € pro Jahr ausgehe. Einschließlich der etwa 130 bei anderen Gesellschaften des [REDACTED]-Konzerns beschäftigten Mitarbeiter ergebe sich daher eine Lücke von etwa 200 Vollzeitäquivalenten.

Bewerbungskonzept der Bieterstelle unzulässig

Das Bewerbungskonzept der Bieterstelle stehe im Widerspruch zum Ziel des Wettbewerbs, das beste Angebot zu ermitteln. Tatsächlich laufe es darauf hinaus, dass sich bei vollständiger Beibehaltung der Betriebsmittel und des Personals über § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG lediglich die Eigentumszuordnung der Betriebsmittel ändere, nicht aber die Art und Weise des Netzbetriebs. Ein solcher Eingriff in das Eigentum sei verfassungswidrig und auch nicht durch den Schutz für Newcomer gedeckt.

Plausibilität des Businessplans und des Erwerbs- und Finanzierungskonzeptes

Ausweislich des Auswertungsvermerks könne die Bieterstelle auf der Grundlage ihres Konzeptes den Kaufpreis und die Investitionen in die Erneuerung und Erweiterung des Netzes nicht finanzieren.

Der Businessplan sei nicht nachvollziehbar dokumentiert. Hierzu nimmt die Antragstellerin Bezug auf den Bericht der von ihr beauftragten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft [REDACTED] (im folgenden: [REDACTED]) vom 04. Juli 2019, Anlage AS 129. Danach ließen sich die Ziele einer Verjüngung des Netzes auf 120 % der maximalen Nutzungsdauer der Betriebsmittel gemäß StromNEV und die Senkung des Durchschnittsalters um 8 Jahre mit dem Investitionsbudget von 3,2 Mrd. EUR für das zutreffende Mengengerüst nicht erreichen. Erforderlich seien 5,4 Mrd. EUR, bei inflationsbedingter Indexierung 6,4 Mrd. EUR. Erst recht genüge das Investitionsbudget nicht zur Umsetzung der neben der Netzverjüngung zusätzlich versprochenen Leistungen (Verlegung von Leerrohren, Vollautomatisierung der Mittelspannungsebene, Ersetzung der oberirdischen Freileitungen durch Erdverkabelung und andere Maßnahmen). Die angebotenen initialen Kostensenkungen seien zu großen Teilen dem Grunde und der Höhe nach nicht plausibel und nicht für den angefragten Zeitraum 2016 - 2021 benannt. Die Bieterstelle vernachlässige die durch die angebotenen Maßnahmen ausgelöste Steigerung der Bewirtschaftungskosten. Die ohnehin nicht plausiblen Kostensenkungspotentiale würden durch die gegenläufigen Kostensteigerungen in Höhe von mindestens 69,2 Mio € „aufgefressen“. Die versprochene Erhöhung der Kosteneffizienz und Senkung der Netzentgelte seien auf diesem Wege unerreichbar. Die fehlende Plausibilität des Businessplans wirke sich unmittelbar auf die Auswertung aus. Die Bieterstelle sei wirtschaftlich nicht leistungsfähig.

Plausibilität der Erwerbs- und Betriebsstruktur

Es sei unstreitig beabsichtigt, die Bieterstelle nach Unterzeichnung der innerstädtischen Festlegung gemäß § 168 UmwG auszugliedern und umzuwandeln, wobei die neue Rechtsform noch nicht feststehe. Da die innerstädtische Festlegung keine Pflichten begründen könne, die

der Bieterstelle gegenüber dem Land Berlin obliegen, könnten solche Pflichten auch nicht auf das neue Rechtsgebilde übergehen. Nach der Ausgliederung müsse der neue Betrieb vielmehr erstmals einen Konzessionsvertrag abschließen, ohne dass ein Vergabeverfahren vorangegangen sei. Das gelte umso mehr, als die Sparten Strom und Gas innerhalb der Bieterstelle nicht ausreichend organisatorisch getrennt worden seien.

Verfahrensrechtliche Unzulässigkeit der Umwandlung

Da bereits von Anfang an feststehe, dass nicht die Bieterstelle, sondern ein aus ihr durch Umwandlung hervorgegangenes Unternehmen die ausgeschriebenen Leistungen erbringen solle, griffen die Grundsätze, die der EuGH für wesentliche Vertragsänderungen in der Entscheidung vom 19. Juni 2008 – C-454/06 – presstext – aufgestellt habe, nicht ein. Tatsächlich fungiere die Bieterstelle als Platzhalter, was diskriminierend sei.

Die Antragstellerin meint, der Antragsgegner habe die nachfolgenden **grundsätzlichen Fehler bei der Angebotsauswertung** begangen:

Intransparente Form des Auswertungsvermerks

Der Auswertungsvermerk sei intransparent, weil er unstreitig weder den Aussteller, noch ein Datum erkennen lasse.

Intransparente Form der Punktevergabe

Die Punktevergabe sei nicht hinreichend dokumentiert, weil jede Begründung für die Höhe des Punkteabzugs bei den relativ schlechteren Angeboten fehle.

Generelle Bevorzugung von Berlin Energie

Die statistische Auswertung der 141 Bewertungsfälle im Auswertungsvermerk zeige, dass der Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin systematisch stärker abgewertet habe als das Angebot der Bieterstelle, ohne dafür eine nachvollziehbare Begründung zu geben.

Keine Abwertung bei Unplausibilität

Der Antragsgegner habe die Angebote der Bieterstelle rechtsfehlerhaft auch dann nicht mit 0 Punkten sanktioniert, wenn sie unplausibel gewesen seien. Es sei auch nicht nachvollziehbar, dass er der Bieterstelle mehr Punkte selbst bei den Kriterien zugebilligt habe, die zwingend eine Fachkunde voraussetzten, die der Bieterstelle fehle.

Informationsrechte

Die Bewertung von Informationsrechten sei ungeachtet des Umstandes, dass sich die Bieterstelle ohnehin nicht vertraglich binden könne, fehlerhaft.

Der Antragsgegner habe nicht berücksichtigt, dass wegen der Unselbständigkeit der Bieterstelle jede dort vorliegende Information zwingend zugleich auch dem Land Berlin vorliege, so dass den diesbezüglichen Informationsverpflichtungen der Bieterstelle kein Wert zukomme. Der Antragsgegner habe auch nicht geprüft, inwieweit von schnelleren und häufigeren Informationen überhaupt ein Mehrwert ausgehe.

Die positive Bewertung der Bereitstellung von Informationen über ein Intranet sei fehlerhaft, weil es sich nicht um Informationsrechte, sondern lediglich um eine Übermittlungsform handele. Es liege auf der Hand, dass sie, die Antragstellerin, die Informationen ebenfalls elektronisch übermittle, ohne dass dies einer expliziten Klarstellung im Angebot bedurft hätte.

Die Punktabzüge seien nicht nachvollziehbar.

Die Antragstellerin beanstandet schließlich eine Reihe von **Auswertungsfehlern im Einzelnen**. Insoweit wird auf die Rügen 20 a – 53, Seite 192 – 289 der Antragschrift Bezug genommen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 20. Dezember 2011 ausgeschriebene Wegenutzungsrecht für das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Land Berlin („Konzession für das Stromversorgungsnetz im Land Berlin“) in Form einer innerstädtischen Festlegung zur Stromkonzessionierung (in der Vorabinformation vom 11. März 2019 als „Konzessionsvertrag“ bezeichnet) an sich selbst in Gestalt seines § 26-LHO-Betriebs [REDACTED] zu vergeben,
2. dem Antragsgegner für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Untersagung nach Ziffer 1 ein festzusetzendes Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dies nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, letztere zu vollziehen am

██████████, anzudrohen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Zu den **grundsätzlichen Verfahrensfehlern** macht der Antragsgegner geltend:

Verstoß gegen Neutralitätsgebot

Er, der Antragsgegner, habe das Konzessionierungsverfahren transparent und diskriminierungsfrei gestaltet. Der BGH habe in seiner Entscheidung vom 18. Oktober 2016 – KZB 46/15 – Landesbetrieb Berlin –, in der er sich zur Parteifähigkeit von ██████████ geäußert habe, den Vollzug der gebotenen personellen und organisatorischen Trennung bestätigt. An der Abstimmung über die zustimmende Kenntnisnahme des Senats von der Konzessionsvergabe vom 05. März 2019 habe sich die Senatorin für Wirtschaft als die für die Bieterstelle inzwischen zuständige Senatorin nicht beteiligt und den Beschluss nicht gezeichnet.

Ebensowenig habe der zuständige Staatssekretär an der Staatssekretärskonferenz vom 04. März 2019 teilgenommen.

Nach Einführung des neuen Rügeregimes in §§ 46, 47 EnWG müssten etwaige Bedenken in dem Verfahrensstadium erhoben werden, in dem sie passiert sein sollen. Dies hätte es geboten, etwaige Bedenken gegen die Rückversetzung des Verfahrens einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen, wovon der Antragsgegner Abstand genommen habe. Zudem stelle die Antragstellerin keinen konkreten Bezug zwischen der vermeintlichen Parteilichkeit der handelnden Senatoren und Staatssekretäre und der getroffenen Auswahlentscheidung her. Politische Verlautbarungen und Bestrebungen zur Rekommunalisierung wirkten sich nicht auf die Neutralität der Verfahrensführung aus. Die Richtlinien zur Regierungspolitik brächten lediglich den Willen des Landes Berlin zur eigenen Beteiligung am Konzessionswettbewerb zum Ausdruck.

Nichteinhaltung der Mindestanforderung

Die Rüge sei unzulässig, weil die Antragstellerin in der Antragsschrift unerlaubt neue Gründe für den Ausschluss der Bieterstelle nachgeschoben habe.

Die Rüge sei auch unbegründet.

Gemäß § 46 Abs. 6 EnWG fänden § 46 Abs. 2 - 5 EnWG auf Eigenbetriebe entsprechende Anwendung. Daraus folge zwingend, dass sich auch der LHO-Betrieb zur Zahlung der höchsten

Konzessionsabgabe verbindlich verpflichten könne. Die gesetzliche Gleichstellung gebiete eine Gleichstellung der angebotenen Konzessionsverträge unabhängig davon, ob sie in der Form privatschriftlicher Verträge oder durch Beschluss zustande kämen. So habe auch der BGH in seiner Entscheidung zum Stromnetz Heiligenhafen - KZR 65/12 – = NVwZ 2014, 817, dort Rdnr. 79 geurteilt, dass die Betrauung eines Eigenbetriebes einen Konzessionsvertrag funktional in vollem Umfang ersetze.

Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes

Der Vorwurf wettbewerbsbeschränkender Absprachen sei zu pauschal und werde im Übrigen durch die zitierten Passagen aus der Presseerklärung und der Presseberichterstattung nicht gestützt. Die Annahme eines Scheinangebotes von [REDACTED] sei falsch und abwegig.

Akteneinsicht

Der Antragsgegner meint, er habe der Antragstellerin entsprechend § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG in dem Umfang Akteneinsicht gewährt, wie es für die Erhebung von Rügen in Bezug auf die Auswahlentscheidung erforderlich sei. Die geringfügigen Schwärzungen im Auswertungsvermerk seien der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen geschuldet. Ein Anspruch auf Einsicht in das Angebot der Bieterstelle bestehe aus Gründen der Wahrung des Geheimwettbewerbs nicht. Die Offenlegung zeitlich weiter zurückliegender Aktenteile sei vom oben beschriebenen Zweck der Einsichtnahme, nämlich der Vorbereitung von Rügen gegen die Auswahlentscheidung, nicht mehr gedeckt.

Unverbindlichkeit der geplanten Verwaltungsanweisung

Die Antragstellerin habe eine vergleichbare Rüge schon im vorangegangenen Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit der Kriterien vorgetragen. Sie habe dort geltend gemacht, dass Kündigungen und Sanktionen bei der Bieterstelle wegen der Trägerschaft durch das Land Berlin ins Leere liefen und der Bieterstelle die Einhaltung der übrigen vertraglichen Verpflichtungen aus diesem Grund ebenfalls leichter falle als ihr, der Antragstellerin. Das Kammergericht habe diese Rechtsauffassung rechtskräftig als unzutreffend erachtet.

Zu den behaupteten **Fehlern bei der Eignungsprüfung** macht der Antragsgegner geltend:

Nichterfüllung der formellen Eignungsvoraussetzungen

Auf der Grundlage der zum 14. März 2016 abgeforderten Unterlagen sei kein Bieter als offensichtlich ungeeignet zum Betrieb des Stromnetzes gewesen. Selbst ein verspäteter Nachweis zöge nach dem Urteil des Kammergerichts zur Rechtmäßigkeit der Kriterien keinen Ausschluss dieses Bieters aus dem Verfahren nach sich (KG, Urteil vom 04. April 2017, 2 U15/15 Rdnr. 117). Schließlich sei die Antragstellerin durch die bloße Teilnahme eines vermeintlich ungeeigneten Bewerbers am Verfahren nicht beschwert.

fehlende materielle Eignung

Die behaupteten Rechtsverletzungen seien präkludiert.

Auf die Ausstattung des Bieters während der Bewerbungsphase komme es nicht an, weil der Bieter andernfalls mit nicht unerheblichen Kosten in Vorleistung treten müsse. Im Übrigen habe das Kammergericht diese Frage bereits im vorangegangenen Verfahren 2 U 18/18 entschieden. Eine unzulässige Eignungsleihe rüge die Antragstellerin erstmals mit der Antragsschrift. Er, der Antragsgegner, strebe keine Eignungsleihe, sondern eine Betriebsübernahme an.

Zum Vorwurf der **fehlenden Plausibilität des Betriebs- und Bewerbungskonzepts von**

erwidert der Antragsgegner:

Grundprämisse des Angebotes von

Die Antragstellerin habe die nachfolgenden Rügen nicht wirksam erhoben, weil der Bezug zu den Auswahlkriterien fehle, bei denen sich die vermeintliche Unplausibilität des Bewerbungskonzeptes ausgewirkt habe. Die Rüge sei unbegründet, weil es bei der hier gewählten relativen Bewertungsmethode nur darauf ankomme, welches Angebot in Relation zu den übrigen das beste sei. Eine absolute objektive Spitzenstellung sei nicht erforderlich. Im Übrigen stelle diese Rüge nur eine Zusammenfassung der nachfolgend zu erörternden Rechtsverletzungen dar.

„ganzheitliche Netzübernahme“ mit Betriebsmittelübergang nicht plausibel

Die Rüge sei unzulässig. Die Antragstellerin habe im Rügeschreiben vom 26. April 2019 nur allgemein die Plausibilität des Netzübernahmekonzeptes beanstandet. Erst mit der Antragsschrift habe sie geltend gemacht, dass die Bewertung des Angebotes der Bieterstelle falsch sei, weil es aus dem genannten Grund zwingend mit 0 Punkten hätte bewertet werden müssen. Dadurch gewinne die Beanstandung eine andere Stoßrichtung, was zu ihrer

Unzulässigkeit führe.

Die Rüge sei unbegründet, weil weder die Mindestanforderungen, noch die Auswahlkriterien die Vorlage eines Netzübergangskonzeptes verlangten.

§ 46 Abs. 2 S. 2 EnWG gewähre einen weitgehenden Herausgabeanspruch auch für solche Betriebsmittel, die für einen sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb erforderlich seien. Jedenfalls folge der Übertragungsanspruch im dargelegten Umfang aus § 16 des Altkonzessionsvertrages. Soweit sie auf die Ressourcen Dritter zurückgreife, lägen Letters of Intent bzw. Kooperationsvereinbarungen vor.

Die Netzführung in Form einer Netzleitstelle könne als Dienstleistung von Dritten übernommen werden, was nicht unüblich sei. Weitergehende Angaben dazu, wer die Dienstleistung erbringen solle, habe die Bieterstelle im Rahmen der Alternativszenarien nicht zusagen müssen.

Personalkonzept nicht plausibel

Die Rüge sei wegen ihrer gegenüber dem Rügeschreiben vom 26. April 2019 abweichenden Stoßrichtung unzulässig.

Sie ist zudem unbegründet, weil, wie ausgeführt, der Antragsgegner keine Darlegung eines Netzübernahmekonzeptes verlangt habe.

Die Bieterstelle verfüge über ein abgestuftes Personalkonzept, das vom Betriebsübergang, hilfsweise einzelvertraglich übergeleiteten Arbeitsverhältnissen über die Substitution unbesetzt bleibender Positionen durch Externe einschließlich externer Dienstleister bis zur temporären Maßnahme einer sog. gleitenden Doppelspitze reiche. Die Annahme, dass die Arbeitnehmer einem Wechsel zum Antragsgegner zustimmten bzw. einem solchen Wechsel nicht widersprächen sei plausibel, weil sie nur auf diesem Weg ihren bisherigen Arbeitsplatz in vertrauter Umgebung zu unveränderten Konditionen erhalten könnten.

Die nicht näher substantiierte Behauptung eines massiven Fachkräftemangels bestreite sie.

Bewerbskonzept der Bieterstelle unzulässig

Die Rüge sei unzulässig, weil sie sich nicht gegen einen konkreten Auswertungsfehler wende, sondern allgemein gegen die Teilnahme der Bieterstelle am Wettbewerb. Sie sei unbegründet, weil sich weder dem Gesetz, noch der Rechtsprechung entnehmen lasse, dass der Bieter ein Mindestmaß an eigenem technischem und personellem Substrat mitbringen müsse. Das Verlangen einer Mindestausstattung diskriminiere Newcomer.

Plausibilität des Businessplans und des Erwerbs- und Finanzierungskonzeptes

Die Rüge sei wegen der gegenüber dem Rügeschreiben vom 26. April 2019 veränderten

Stoßrichtung unzulässig. Die Antragstellerin habe erstmals in der Antragsschrift einen Bezug zur Auswertung hergestellt.

Sie sei auch unbegründet, weil der Antragsgegner in den Wettbewerbsbedingungen zwar zur Plausibilisierung des voraussichtlichen Kapitalbedarfs und der Mittelherkunft ein Finanzierungskonzept, nicht aber ein Erwerbskonzept oder einen Businessplan erwartet habe. Im Übrigen sei die Prüfung des Erwerbs- und Finanzierungskonzeptes rechtsfehlerfrei. Auf die Ausführungen auf Seite 57 - 68 der Antragserwiderung wird verwiesen.

Plausibilität der Erwerbs- und Betriebsstruktur

Die Rüge sei wegen der erstmaligen Herstellung eines Bezugs zur Auswertung und der damit verbundenen neuen Stoßrichtung unzulässig.

Die Rüge sei unbegründet. Ein Widerspruch zwischen den Aktenvermerken zur Erwerbs- und Betriebsstruktur und zur Umwandlung (Anlagen AS 30 und 31) liege nicht vor. Die Rechte und Pflichten der innerstädtischen Festlegung gingen auf die durch Umwandlung entstandene Kapitalgesellschaft über.

Verfahrensrechtliche Unzulässigkeit der Umwandlung

Die Rüge sei aus den genannten Gründen unzulässig.

Sie sei zudem unbegründet. Da die Umwandlung erst nach Erteilung des Zuschlags vorgenommen werden solle, würden die Regeln des EuGH für Vertragsänderungen nach Zuschlag gelten. Das Bieterangebot sehe bereits eine Übertragung vor.

Zu den **grundsätzlichen Fehlern bei der Angebotsauswertung** macht der Antragsgegner geltend.

Intransparente Form des Auswertungsvermerks

Diese und die nachfolgenden vier Rügen seien unzulässig, weil die Antragstellerin mit ihnen keine neuen Rechtsverletzungen geltend mache, sondern nur vorher Gesagtes zusammenfasse.

Die Rüge sei unbegründet. Es gebe im Konzessionierungsrecht keine Vorschrift, die die Angabe eines Namens und des Datums gebiete. Die von der Antragstellerin herangezogene Rechtsprechung betreffe das Vergaberecht. Im Übrigen habe die Antragstellerin die vermissten Angaben aus der Akteneinsicht ersehen können.

Intransparente Form der Punktevergabe

Die Punkteabzüge ergäben sich aus dem Vergleich der jeweiligen Vor- und Nachteile der Angebotsinhalte und deren Relevanz für das jeweilige Kriterium.

Generelle Bevorzugung von Berlin Energie

Die Behauptung einer systematisch stärkeren Abwertung des Angebots der Antragstellerin treffe nicht zu. Er habe die Abwertungen im Auswertungsvermerk begründet.

Keine Abwertung bei Unplausibilität

Die Bewertung eines unplausiblen Angebotsinhalts sei im Auswertungsvermerk im Einzelnen dokumentiert.

Informationsrechte

Er habe eine zugesagte schnellere oder häufigere Information besser bewertet, wenn sie bei dem konkreten Informationsrecht einen relevanten Vorteil dargestellt habe.

Da die Antragstellerin keine elektronische Übermittlung von Informationen angeboten habe, sei eine Abwägung der Vor- und Nachteile eines Intranets entbehrlich gewesen.

Zu den gerügten Auswertungsfehlern im Einzelnen wird auf die Ausführungen des Antragsgegners auf Seite 81 – 162 der Antragserwiderung verwiesen.

Wegen des übrigen Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig.

Es fehlt ihm insbesondere nicht an der nach § 253 Abs. 2 S. 2 ZPO erforderlichen Bestimmtheit. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist ein Klageantrag hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers

nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (NZM 2018, 444, beck-online m. w. N.; BGH NJW 2019, 781 – Presserechtliches Informationsschreiben – Rdnr. 11). Daran gemessen bestehen an der Bestimmtheit des Verfügungsantrags keine Zweifel. Die Antragstellerin erstrebt ein an den Antragsgegner adressiertes Verbot, das Wegerecht für das im Antrag näher bezeichnete Stromnetz in Form einer innerstädtischen Festlegung zur Stromkonzessionierung an den Betrieb [REDACTED], Betrieb gemäß § 26 LHO zu vergeben. Diese Formulierung lässt weder in Bezug auf die zu unterlassende Handlung (Vergabe in der näher beschriebenen Form), noch in Bezug auf den Gegenstand (Wegerecht für das Stromnetz Berlin) Unklarheiten aufkommen. Der Antragsgegner kann genau erkennen, was er unterlassen soll.

Ob die Antragstellerin ihr Antragsziel im Lichte des Rügeregimes nach §§ 46, 47 EnWG erreichen kann oder, wie der Antragsgegner meint, nur die Bescheidung ihrer Rügen mit anschließender Fortsetzung des Verfahrens verlangen kann, stellt eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Antrags dar.

Dazu ist zu klären, mit welcher Stoßrichtung und mit welchem Ziel das Verfahren geführt werden kann (dazu unten). Die Entscheidung kann im Übrigen nur auf der Sachlage zum gegenwärtigen Zeitpunkt erfolgen. Sie trifft naturgemäß keine Aussagen zu einer Sachlage, die sich in Folge des Urteils oder anderer Umstände entwickelt, dies wäre ggf. nach § 767 ZPO zu berücksichtigen. Insoweit ist nur darüber zu entscheiden, ob die Auswahlentscheidung nach dem jetzigen Stand Grundlage einer Vergabe an den Betrieb [REDACTED] sein kann.

II.

Der Antrag ist aus § 33 Abs. 1 und 2 GWB, § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Satz 1 EnWG begründet.

Die Voraussetzungen eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs liegen vor, denn der Senat beschloss in seiner Sitzung vom 05. März 2019, die Wegerechte an den LHO-Betrieb [REDACTED] zu vergeben und dazu eine innerstädtische Festlegung abzuschließen. Der Abschluss des Verfahrens durch Unterzeichnung eines Dokumentes, das an die Stelle des sonst üblichen Konzessionsvertrages tritt, steht damit unmittelbar bevor.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung unterliegen Gemeinden beim Abschluss von Konzessionsverträgen dem Kartellrecht. Sie handeln als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts und halten dabei eine marktbeherrschende Stellung inne. Der sachlich relevante

Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören (sog. „qualifizierte Wegenutzungsrechte“ im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG). Örtlich ist der Markt auf das Gemeindegebiet der jeweiligen Gemeinde beschränkt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 -, NVwZ 2014, 807 Rdnr. 19-22 – Stromnetz Berkenthin; KG Ur. v. 4.4.2019 – 2 U 5/15 - Rdnr. 46 - Eigenbewerbung der Kommune bei der Vergabe einer Gaskonzession = BeckRS 2019, 9742, beck-online).

Der betroffene Markt ist gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich. Das folgt schon daraus, dass die Gemeinde interessierten Unternehmen durch die Bekanntmachung die Möglichkeit eröffnet, am Wettbewerb um die Konzession teilzunehmen.

Die Gemeinden sind als Normadressat gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichtet, im Auswahlverfahren keinen Bewerber um die Konzession unbillig zu behindern oder zu diskriminieren (BGH, a.a.O., Rn. 25). Aus dieser Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung (BGH, a.a.O., Rn. 34; KG aaO Rdnr. 48).

Die verfahrensbezogenen Anforderungen betreffen vornehmlich die Fassung und Bekanntgabe der Auswahlkriterien. Sie bildeten den Gegenstand des zwischen den Parteien zuvor geführten Rechtsstreits, der mit dem Urteil des Kammergerichts vom 25.10.2018 – 2 U 18/18 EnWG - endete.

Die materiellen Anforderungen betreffen das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende allgemeine Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen. Sie umfassen die Eignung des Bewerbers in technischer, personeller und wirtschaftlicher Hinsicht, sowie die Ausfüllung der zuvor festgelegten Auswahlkriterien.

Der Antragsgegner unterliefen sowohl im Verfahren, als auch in der Eignungsprüfung Fehler.

1. Neutralitätsgebot

a)

Die Rüge ist formal zulässig, denn die Antragstellerin beanstandete die ihrer Ansicht nach fehlende Neutralität bereits vorgerichtlich im Schreiben vom 10. April 2019 (Anlage AS 32). Darin liegt auch nach den Maßstäben des Kammergerichts (Urteil vom 25.10.2018 – 2 U 18/18 EnWG – Rdnr. 53 = EnWZ 2019, 76) eine konkrete Rüge, denn die Antragstellerin legt genau dar, was fehlerhaft sein soll. Insbesondere nimmt sie nicht nur auf vorangegangene Schreiben Bezug.

b)

Die Rüge erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als unzulässig.

Entgegen der Ansicht des Antragsgegners beschränkt sich der Streitgegenstand dieses Verfahrens nicht nur auf Rechtsverletzungen, die sich aus der Punktevergabe nebst Begründung ablesen lassen, sondern er umfasst die Auswahlentscheidung als Ganzes.

Der Gesetzgeber führte mit der Novelle der §§ 46, 47 EnWG erstmals ein abgestuftes Rüge- und Präklusionsregime ein, das sich an den Verfahrensstufen orientiert, die jedes Konzessionierungsverfahren zwangsläufig durchläuft. Die erste Phase bildet die Bekanntmachung. Fehler, die der Gemeinde dabei unterlaufen, muss der interessierte Bieter innerhalb der Interessenbekundungsfrist rügen. Die nächste Zäsur bildet die Bekanntgabe der Auswahlkriterien. Dagegen gerichtete Rügen sind innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen ab Zugang zu erheben. Die letzte Stufe bilden Rügen gegen die Auswahlentscheidung, die aus der Mitteilung nach § 46 Abs. 5 EnWG erkennbar sind. Sie sind – vorbehaltlich einer möglichen Akteneinsicht – binnen 30 Kalendertagen ab Zugang der Mitteilung zu erheben. Hilft die Gemeinde den Rügen nicht ab, muss der Bieter sie zur Wahrung seiner Rechte binnen 15 Kalendertagen ab Zugang der Information gerichtlich geltend machen, § 47 Abs. 5 EnWG. Ein Fristversäumnis führt auf allen Stufen zur Präklusion.

Dem Antragsgegner ist zuzugeben, dass die Formulierung „gerügte Rechtsverletzungen“ in § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG in Verbindung mit § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG und der darin enthaltene Verweis auf § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG die Annahme nahe legen könnten, dass nicht die gesamte Auswahlentscheidung, sondern nur die erhobenen Rügen den Gegenstand des gerichtlichen Eilverfahrens bilden, und zwar nur solche Rügen, die sich dem Informationsschreiben der Gemeinde an die unterlegenen Bieter entnehmen lassen. Der Vorwurf der fehlenden Neutralität der Vergabestelle wäre bei diesem Verständnis von der Überprüfung im hiesigen Eilverfahren ausgenommen, weil er sich auf Vorgänge jenseits des Informationsschreibens vom 11. März 2019 stützt.

Die geschilderte Beschränkung des Verfahrensgegenstandes im Eilverfahren entspricht dem Standpunkt, den das Kammergericht im vorangegangenen Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Auswahlkriterien (KG, EnWZ 2019, 76) einnahm, wenn es dort unter Rdnr. 31 (zitiert nach juris) heißt:

Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung im Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG sind nicht sämtliche potenziellen Rechtsverletzungen der Kommune im Rahmen eines

laufenden Konzessionierungsverfahrens, sondern allein solche - vom jeweiligen Verfügungskläger innerhalb der gesetzlichen Frist gerügte - Rechtsverletzungen, die in den im Rahmen dieses Verfahrens erfolgten Verlautbarungen der Kommune manifestiert sind. Denn das Gesetz sieht das spezielle Rügeregime, welches in der Klagemöglichkeit nach § 47 Abs. 5 EnWG mündet, ausdrücklich (nur) für die "Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3" EnWG, die "Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4" EnWG und die die Auswahlentscheidung betreffende "Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1" EnWG vor. Zudem nennt es (nur) Rechtsverletzungen, die "aufgrund" der jeweiligen Verlautbarung "erkennbar" sind.

Gestützt wird dieser Standpunkt durch die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8184 vom 21. April 2016, Seite 17). Dort heißt es zu § 47 Abs. 5, dass der unterlegene Bieter innerhalb der Frist eine einstweilige Verfügung beantragen kann, „um entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragsschluss nach § 46 Abs. 2 EnWG zu verhindern, bevor nicht die konkret gerügte rechtswidrige Verfahrenshandlung aufgehoben und durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung ersetzt wurde“.

Die praktische Umsetzung dieser Sichtweise konterkariert allerdings die Intention des Gesetzgebers, den Gemeinden und dem Neukonzessionär zügig Rechtssicherheit zu verschaffen und die Gerichte zu entlasten. Die Formulierung dieses gesetzgeberischen Ziels findet sich in der Gesetzesbegründung aaO auf Seite 16 wie folgt:

„Durch eine Pflicht der beteiligten Unternehmen, auch im laufenden Verfahren aktiv auf die Vermeidung und Ausräumung von Rechtsfehlern hinzuwirken, erhöhen sich die Qualität und die Rechtssicherheit von Verfahren nach § 46 EnWG zum Vorteil aller Beteiligten. Sowohl die Gemeinde als auch ein neuer Netzbetreiber profitieren von einer zügig eintretenden Rechtssicherheit. Auch die Gerichte werden entlastet, da sie nicht erst am Ende eines Verfahrens nach § 46 EnWG das gesamte Verfahren aufarbeiten müssen, sondern sich auf die rechtzeitig gerügten Streitpunkte konzentrieren können.“

Tatsächlich würde die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle auf die reine Punktevergabe nicht „zügig“ Rechtssicherheit schaffen, sondern das Verfahren gegenüber der früheren Rechtslage erheblich verzögern.

So müsste der Antragsgegner, wenn sich die gegen seine Punktevergabe erhobenen Rügen als

erfolgreich erwiesen, zunächst erneut auf der Grundlage der vorliegenden finalen Angebote über die Vergabe entscheiden mit der Folge ggfls. neuer Rügen anderen Inhalts. Schon insoweit würde sich dann die Frage stellen, ob die Rügen sich nur auf die Punkte beschränken müssten, die im vorherigen Verfahren erfolgreich angegriffen wurden oder wieder auf alle Punkte der Auswahlentscheidung. Immerhin ist ja nicht ausgeschlossen, dass die Neuentscheidung in bestimmten Punkten mittelbare Auswirkungen auf Punktevergaben hat, die vorher nicht thematisiert werden konnten.

Darüber hinaus hätte der unterlegene Bieter alle Beanstandungen, die nicht dem Inhalt des Informationsschreibens gemäß § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG zu entnehmen sind, in einem zweiten gesonderten Verfahren geltend zu machen, das dann, weil § 47 Abs. 5 EnWG nicht zum Zuge käme, als Hauptsacheverfahren durchzuführen wäre; denn dass der Gesetzgeber den bis dahin anerkannten Rechtsschutz des unterlegenen Bieters auf eine Überprüfung (nur) der Punktevergabe verkürzen wollte, ist weder durch die Gesetzesbegründung, noch aufgrund sonstiger Umstände indiziert. Der zentrale Vorwurf der fehlenden Verfahrensneutralität stünde damit erst an letzter Stelle nach der abstrakten Überprüfung der Matrix und ihrer konkreten Anwendung zur Entscheidung an, obwohl er, erwiese er sich als gerechtfertigt, die Überprüfung eben dieser Matrix entbehrlich machte. Von der erstrebten Entlastung der Gerichte könnte dann ebenso wenig die Rede sein wie von der Schaffung von Rechtssicherheit für die Gemeinden vor Abschluss des Konzessionsvertrages. Blicke nämlich die Gemeinde in den Rechtsstreitigkeiten über die Matrix und ihrer Anwendung auf die konkreten Bieterangebote erfolgreich, so träte damit keineswegs Rechtssicherheit zu ihren Gunsten ein; denn Beanstandungen, die einer gerichtlichen Überprüfung bis dato noch gar nicht zugänglich waren, wie bspw. hier der Vorwurf fehlender Neutralität, könnte der unterlegene Bieter weiterhin, insbesondere auch noch nach Abschluss des Konzessionsvertrages mit dem Neukonzessionär erheben. Es bleibt die Erkenntnis, dass das Gericht über sämtliche Beanstandungen an „irgendeiner Stelle im Verfahren“ entscheiden muss.

Erst recht fehlt es an der erstrebten zügigen Herstellung von Rechtssicherheit, wenn man mit Wegner in Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. I Rdnr. 48 zu § 47 EnWG den nur vorläufigen Charakter des Verfügungsverfahrens betont und annimmt, dass sich hier wie sonst auch an das Verfügungsverfahren noch ein Hauptsacheverfahren über die gegen die Auswahlentscheidung erhobenen Rügen anschließt. Dann kann selbst wegen der aus dem Informationsschreiben erkennbaren Rügen eine rechtskräftige „endgültige“ Entscheidung erst in der letzten Instanz des Hauptsacheverfahrens zustande kommen.

Die Gegenansicht geht daher, wenngleich ohne nähere Begründung, davon aus, dass angesichts des erstrebten Gesetzesziels bereits im Verfügungsverfahren ungeachtet der damit verbundenen prozessualen Beschränkungen abschließend über die Rügen entschieden wird (Czernek, EnWZ 2018, 99, 101; Huber in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Aufl. 2019, Rdnr. 30 zu § 47, abrufbar über beck-online). Dieser Ansicht scheint auch das Kammergericht in der vorangegangenen Entscheidung vom 25.10.2018 – 2 U 18/18 – EnWZ 2019, 76, zuzuneigen, wenn es ausführt (Unterstreichungen hier):

Rdnr. 52

Einer nur summarischen Prüfung steht entgegen, dass wegen der in § 47 I 1 EnWG vorgesehenen materiellen Präklusionswirkung eine (vertiefte) Rechtmäßigkeitsprüfung in einem späteren Hauptsacheverfahren nicht mehr erfolgen kann und daher den Antragstellern unter Umständen ein endgültiger Rechtsverlust drohen würde, wenn aufgrund einer nur eingeschränkten Rechtsprüfung im Verfahren nach § 47 V EnWG bestimmte Kriterien im Rahmen der nachfolgenden Auswahlentscheidung angewandt werden dürften, die sich bei vertiefter Prüfung als rechtswidrig herausstellen. Daher hat hier eine umfassende und detaillierte Kontrolle jedes einzelnen (wirksam) gerügten Rechtsverstoßes des Bekl. zu erfolgen, der aus den von ihm bekanntgegebenen Auswahlvorgaben erkennbar ist.

Der Widerspruch zwischen dem dargelegten Gesetzeszweck einer stufenweisen Abschichtung des (möglichen) Streitstoffes entlang der zeitlich aufeinander folgenden Phasen des Konzessionierungsverfahrens und den aufgezeigten praktischen Folgen, die sich aus der Zuweisung dieser Streitigkeiten in das Verfügungsverfahren ergeben, lassen sich nur durch eine weite Auslegung der in § 47 Abs. 2 S. 3 genannten Begriffe „Auswahlentscheidung“ und „aus der Information nach § 46 Abs. 5 S. 1 erkennbar sind“ einigermmaßen in Einklang bringen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist aus dem Informationsschreiben indirekt auch der Neutralitätsverstoß der Vergabestelle erkennbar; denn der Vorwurf der Parteilichkeit verkörpert sich aus der Sicht des unterlegenen Wettbewerbers gerade in der im Informationsschreiben vom 11. März 2019 enthaltenen Ankündigung, die Konzession dem durch die vermeintliche Bevorzugung Begünstigten erteilen zu wollen. Das genügt als Bezug. Der Wortlaut des Gesetzes gebietet es weder, dass die Rechtsverletzung für jedermann erkennbar ist, noch dass sie sich dem Informationsschreiben unter Ausschluss anderer Quellen ausschließlich oder vollständig entnehmen lässt. Es genügt, wenn sie aus der Sicht des unterlegenen Bieters darin im Kern angelegt ist, mag sie auch durch andere, jenseits des Schreibens liegende Umstände

„vervollständigt“ werden.

Der Begriff der „Auswahlentscheidung“ ist aus den genannten Gründen ebenfalls weit auszulegen und dahin zu verstehen, dass er die gesamte Auswahlentscheidung umfasst. Das schließt alle Aspekte ein, die in die Vergabeentscheidung einfließen. Die „Auswahlentscheidung“ bleibt nicht auf die reine Punktevergabe beschränkt, sondern umfasst bspw. auch jene Punkte, die im förmlichen Vergabeverfahren als Eignungskriterien bezeichnet werden (dazu unten Ziff. 2). Der Vorwurf der fehlenden Neutralität ist daher im hiesigen Verfahren zu prüfen.

c)

Die Antragstellerin verzichtete nicht auf die Geltendmachung dieser Rüge. Soweit sie in ihrem Schreiben vom 16. Februar 2017 (Anlage AS 150) von einem Verzicht auf die Rüge nach § 47 Abs. 2 S. 1 EnWG spricht, betrifft er ausschließlich Einwendungen gegen die Bekanntmachung der Ingangsetzung eines Konzessionsvergabeverfahrens.

d)

Der Antragsgegner missachtete in seiner Verfahrensgestaltung das Neutralitätsgebot.

Ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot liegt allerdings nicht bereits deshalb vor, weil der Antragsgegner seinem Wunsch nach einer Rekommunalisierung Ausdruck verlieh oder sich selbst mit dem LHO-Betrieb an dem Verfahren beteiligte. Dass die Gemeinden mit eigenen Betrieben am Verfahren teilnehmen dürfen, folgt bereits aus der in § 46 Abs. 6 EnWG enthaltenen Gleichstellung von Eigenbetrieben mit anderen Energieversorgungsunternehmen. Die grundsätzliche Entscheidung, Gemeinden den Zugang zum Wettbewerb zu eröffnen, darf allerdings nicht den Blick dafür verstellen, dass die Manipulationsgefahr in dieser Konstellation besonders hoch einzuschätzen ist. Sie liegt bei dem Wunsch nach einem „Selbsteintritt“ auf der Hand (OLG Schleswig, Urteil vom 16.4.2018 – 16 U 110/17- Rdnr. 40 = EnWZ 2018, 277). Nach Ansicht der Kammer bedingt dies als Kehrseite der Medaille, dass an die Wahrung der Neutralität ein strenger Maßstab anzulegen ist. Das materielle Kartellrecht gebietet zur Wahrung des Geheimwettbewerbs, des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Neutralitätsgebots in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 16 VgV eine strikte organisatorische und personelle Trennung zwischen der verfahrensleitenden Stelle und der Bieterstelle (KG, Urteil vom 04.04.2019 – 2 U 5/15 Kart Rdnr. 59 m. w. N. = BeckRS 2019, 9742). Es gilt, jeden „bösen Schein“ im Rahmen des Zumutbaren zu vermeiden. Daher genügen für einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot bereits hinreichende, auf glaubhafte Anknüpfungstatsachen gestützte

Zweifel (OLG Schleswig, aaO).

Solche Anknüpfungstatsachen liegen hier sowohl auf der unteren, als auch auf der Führungsebene vor.

Unstreitig war die Bieterstelle bis zum 10. Dezember 2012 derselben Abteilung im selben Geschäftsbereich der ██████ zugeordnet wie die Vergabestelle. Die Staatssekretärin ██████ trug für beide Stellen gleichermaßen Verantwortung. Dieser Konflikt wurde durch die Zuordnung der Bieterstelle zur ██████ nicht beendet. Wie die Antragstellerin zu Recht ausführt, blieb ██████ danach weiter für die Vergabestelle tätig, die ihrerseits die Auswahlkriterien und sonstigen Anforderungen insbesondere in den ersten beiden Verfahrensbriefen festlegte. Aus der Sicht des unterlegenen Bieters verfügte ██████ daher über die theoretische Möglichkeit, durch Einflussnahme auf die Auswahlkriterien und sonstigen Anforderungen das Verfahren insgesamt zugunsten der Bieterstelle „zu steuern“. Ob sie diese Möglichkeit wahrnahm oder nicht – was letztlich nicht feststellbar ist – ist unerheblich. Es genügen die Zweifel, die sich aus dieser Konstellation ergeben.

Die Problematik in Bezug auf das Neutralitätsgebot setzt sich auf der obersten Ebene fort. Die Antragstellerin trägt unstreitig vor, dass der Senator für Finanzen, in dessen Ressort die Vergabestelle angesiedelt war, sich mehrfach auch an den Abstimmungen über die finanzielle Ausstattung der Bieterstelle beteiligte, während umgekehrt der ██████ ██████, in dessen Geschäftsbereich die Bieterstelle angesiedelt war, über die Verfahrensbriefe mit abstimmte. Entscheidend tritt hinzu, dass während des gesamten Auswahlverfahrens, insbesondere auch im Zeitraum nach der Zurücksetzung des Verfahrens auf den Stand vor dem zweiten Verfahrensbrief, der ██████ für die finanzielle Ausstattung der Bieterstelle federführend blieb. Es liegt auf der Hand, dass ihm dadurch die Möglichkeit eröffnet wurde, die Eignungskriterien auf die Leistungsfähigkeit der Bieterstelle abzustimmen, bzw. umgekehrt die finanzielle Ausstattung der Bieterstelle im Vorgriff auf beabsichtigte Auswahl- und Eignungskriterien anzupassen. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob eine Manipulation tatsächlich stattfand.. Es genügt der „böse Schein“.

Die aufgezeigten, mindestens denkbaren Manipulationsmöglichkeiten sind geeignet, die Auswahlentscheidung zugunsten der Bieterstelle zu beeinflussen. Es liegen damit hinreichende Anknüpfungstatsachen vor, die objektiv Zweifel an der Neutralität des Verfahrens wecken.

Die dagegen gerichteten Einwendungen des Antragsgegners überzeugen nicht.

Zunächst ist klarzustellen, dass das Kammergericht im vorausgegangenen Verfahren über die

Rechtmäßigkeit der Auswahlkriterien den schon damals erhobenen Vorwurf der fehlenden Neutralität der Vergabestelle entgegen der Ansicht des Antragsgegners inhaltlich nicht prüfte (KG, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 2 U 18/18 - = EnWZ 2019, 76, dort Rdnr. 30):

Soweit die Klägerin in ihrem Rügeschreiben vom 16.2.2017 allgemein die fehlende Neutralität der Vergabestelle ... im streitgegenständlichen Konzessionierungsverfahren beanstandet, sind diese – potenziellen – Rechtsverstöße im gegenwärtigen Stadium der Konzessionsvergabe und damit auch im vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren (noch) nicht zu berücksichtigen ..

Die Kammer teilt den Ausgangspunkt der Argumentation des Antragsgegners, dass nach der Rechtsprechung des BGH zur Vermeidung einer umgekehrten Diskriminierung zu Lasten der sich am Wettbewerb beteiligenden Gemeinde zu verlangen ist, dass die Betrauung eines kommunalen Eigenbetriebs mit dem Netzbetrieb gegenüber der Konzessionierung eines sonstigen Energieversorgungsunternehmens im Sinne § 46 EnWG weder erschwert noch erleichtert werden darf. Die Anforderungen an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit des Verfahrens dürfen mit anderen Worten nicht deswegen höher ausfallen, weil sich ein kommunales Unternehmen ebenfalls um die Konzession bewirbt. Eine solche Verschärfung der Anforderungen steht aber auch nicht zur Diskussion. Es geht allein um die strikte Wahrung der Unparteilichkeit der Vergabestelle, wie sie bei korrektem Verhalten im Verhältnis zu anderen Energieversorgungsunternehmen auch verlangt wird.

Die Entscheidung des BGH zur Parteifähigkeit des Landesbetriebs Berlin Energie – Beschluss vom 18.10.2016 – KZB 46/15 -, dort Rdnr. 40 – steht dem nicht entgegen. Der BGH bescheinigt dem Antragsgegner dort zwar, durch die Verlagerung der Bieterstelle auf [REDACTED] die personelle und organisatorische Trennung grundsätzlich (!) vollständig vollzogen zu haben. Das schließt aber Verstöße im Einzelnen nicht aus.

Die fehlende Neutralität in der Verfahrensgestaltung verletzt den Grundsatz eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens, auf dessen Einhaltung der Antragsgegner Anspruch hat.

2. Akteneinsicht

Der Antragsgegner verstieß gegen das Transparenzgebot, indem er der Antragstellerin eine vollständige Akteneinsicht verwehrte. Dadurch benachteiligte er sie unangemessen.

Die Antragstellerin beantragte die Akteneinsicht innerhalb der Frist des § 47 Abs. 3 S. 2 EnWG

und damit rechtzeitig, so dass die formalen Voraussetzungen erfüllt sind.

Unstreitig gewährte der Antragsgegner der Antragstellerin nur Einsicht in Unterlagen ab dem dritten Verfahrensbrief. Er rechtfertigt diese Beschränkung mit der Erwägung, dass die Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG (nur) der Vorbereitung einer Rüge nach § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG, also einer die Auswahlentscheidung betreffenden Rüge diene. Vorgegangene Verfahrensabschnitte unterlägen keiner Kontrolle mehr, so dass der unterlegene Bieter diesbezüglich auch keine Informationen mehr benötige.

Demgegenüber meint die Antragstellerin, dass die Akteneinsicht der Überprüfung des gesamten Verfahrens diene und sich damit auch auf verfahrensübergreifende Fehler erstrecke, die zeitlich vor dem dritten Verfahrensbrief lägen, bisher aber noch nicht geltend gemacht werden konnten. Dies gelte insbesondere für Verstöße gegen das Neutralitätsgebot und die Prüfung der Eignung des obsiegenden Bewerbers.

Die Kammer neigt der Ansicht der Antragstellerin zu. Hintergrund ist die oben dargelegte Auffassung, dass auf der dritten Verfahrensstufe die Auswahlentscheidung insgesamt zur Disposition steht und sich die Akteneinsicht folgerichtig auf sämtliche gegen die Zuschlagsentscheidung vorgebrachte Rügen erstrecken muss. Die Frage bedarf an dieser Stelle indes keiner abschließenden Entscheidung, weil der Antragsgegner der Antragstellerin bereits die begehrte Einsichtnahme in das Angebot der Bieterstelle verweigerte. Das finale Angebot des obsiegenden Konkurrenten fällt unzweifelhaft in den Zeitraum nach dem dritten Verfahrensbrief, ist Bestandteil der Akte und für die Auswahlentscheidung von Bedeutung. Der Antragsgegner kann nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass er den Inhalt dieses Angebots im Auswertungsvermerk referiert und dem unterlegenen Bieter auf diese Art zur Kenntnis gegeben habe. Gerade die zusammenfassende Darstellung in eigenen Worten birgt Fehlerquellen in sich, die die Antragstellerin ohne Kenntnis des Originals nicht aufdecken und zum Gegenstand einer Überprüfung der Auswahlentscheidung machen kann (OLG Dresden, Urteil vom 18.09.2019 – U 1/19 -, dort S. 11 = Anlage AS 168). Geheimhaltungsinteressen macht der Antragsgegner nicht substantiiert geltend. Sie müssten auch von der Bieterstelle, also dem Verfasser des fremden Angebotes eingewandt werden, was wiederum eine vorherige Anfrage der Vergabestelle bei dem betroffenen Bieter voraussetzt. Die Kammer verkennt nicht, dass die Kenntnis des konkurrierenden Bieterangebotes dem Einsichtsberechtigten Vorteile verschaffen kann, und zwar sowohl in Bezug auf zukünftige, als auch auf das aktuelle Verfahren. Das gilt in besonderem Maß für den Fall, dass dem aktuellen Verfahren noch Fortgang gegeben werden muss. Da der Gesetzgeber dem unterlegenen Bieter nunmehr aber mit § 47 Abs. 3 EnWG ein – bis auf die Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – unbeschränktes Akteneinsicht

zubilligt, bleibt für eine Interessenabwägung im Einzelfall kein Raum mehr. Das Gericht sieht sich an diese Wertung des Gesetzgebers gebunden.

Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass eine Einsichtnahme der Antragstellerin in das Angebot der [REDACTED] nicht angezeigt ist, weil der Antragsgegner ihr Angebot vom Auswahlverfahren für eine reine Konzessionierung ohnehin ausschloss.

3. Eignung (personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 4 Abs. 2 EnWG)

Der Antragsgegner darf die Konzession nur an einen Bieter vergeben, der hinreichend substantiiert belegt hat, dass er spätestens bei Aufnahme des Netzbetriebs sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung nach § 4 EnWG erfüllen wird, also kumulativ die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit für die dauerhafte Gewährleistung des Netzbetriebs entsprechend den Vorschriften des EnWG besitzt (KG, Urteil vom 25.10.2018 – 2 U 18/18 EnWG = EnWZ 2019, S. 76, 80 Rdnr. 47). Diesen Grundsatz hat der Antragsgegner bei seiner Auswahlentscheidung nicht im gebotenen Maß beachtet.

a)

Die Rügen der Antragstellerin zu der ihrer Ansicht nach fehlenden Eignung des Antragsgegners, das Stromnetz Berlin zu betreiben, sind teilweise präkludiert.

Dies betrifft den Einwand der Antragstellerin, dass die Genehmigung nach § 4 EnWG bereits im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung hätte vorliegen müsse. Das Kammergericht hat in dem vorangegangenen Rechtsstreit auf der Grundlage eines weiten Verständnisses des Begriffs „Auswahlkriterien“ die Eignungskriterien hierunter subsumiert und ihre Rechtmäßigkeit geprüft (KG, Urteil vom 25.10.2018 – 2 U 18/18 EnWG – Rdnr. 40,46 = EnWZ 2019, 77,80). Es hat dazu geurteilt, dass es aus Gründen des Newcomer-Schutzes keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstelle, wenn der Antragsgegner im ersten Verfahrensbrief von den bietenden Unternehmen weder die Vorlage einer Genehmigung nach § 4 EnWG, noch den Beleg des aktuellen Vorliegens der Voraussetzungen für die Erteilung einer solchen Genehmigung verlangte. Der Antragsgegner kann daher im hiesigen Verfahren nicht erneut mit dem Einwand gehört werden, dass die Bieterstelle spätestens mit der Abgabe ihres finalen Angebotes auch die Genehmigung nach § 4 EnWG hätte vorlegen müssen. Vielmehr steht nach der genannten Entscheidung des Kammergerichts bindend fest, dass die Eignungsvoraussetzungen erst im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vorliegen müssen, und dann auch nur in Form einer (substantiierten) Prognose bezogen auf den Zeitpunkt der Netzübernahme (KG, Urteil vom

25.10.2018 – 2 U 18/18 EnWG Rdnr. 47).

Im Übrigen sind die Einwendungen der Antragstellerin zu den Eignungsvoraussetzungen nicht ausgeschlossen.

Die Antragstellerin beanstandete in ihrem vorprozessualen Schreiben vom 26. April 2019, dort Rdnr. 9 und 10 ausdrücklich die fehlende personelle und technische Ausstattung der Bieterstelle. Darin liegt auch nach den Maßstäben des Kammergerichts (Urteil vom 25.10.2018 – 2 U 18/18 EnWG – Rdnr. 53 = EnWZ 2019, 76) eine konkrete Rüge, in der die Antragstellerin genau darlegt, was fehlerhaft sein soll. Eine gegenüber dem hiesigen Verfahren abweichende „Stoßrichtung“ ist nicht zu erkennen.

Die Einwendungen der Antragstellerin gegen die angenommene Eignung der Bieterstelle zum Betrieb des Netzes sind auch nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen. Die Prüfungskompetenz des Kammergerichts beschränkte sich im vorgeschalteten Rechtsstreit nach § 47 Abs. 2 S. 2 EnWG auf die abstrakte Frage, ob der Kriterienkatalog einschließlich der Eignungsvorgaben insgesamt transparent und nicht diskriminierend ist. Jetzt geht es um die Anwendung dieser Vorgaben im Einzelfall, also die Frage, ob die Bieterstelle die Voraussetzungen für den Betrieb eines Verteilernetzes erfüllt.

b)

Die Bieterstelle war nicht deswegen von der Teilnahme am Auswahlverfahren auszuschließen, weil sie mit dem indikativen Angebot nicht zugleich ein Finanzkonzept vorlegte, das mit einem Finanzinstitut abgestimmt war. Zwar trifft es zu, dass der Antragsgegner mit dem modifizierten zweiten Verfahrensbrief vom 29. Januar 2016 (Anlage AS 13), dort S. 4 Abschnitt B aktualisierte Eignungsunterlagen abfragte, darunter eine schlüssige Darlegung des Finanzierungskonzeptes. In Abschnitt D des modifizierten zweiten Verfahrensbriefes knüpfte der Antragsgegner die Sanktion des Bieterausschlusses jedoch nur an ein nicht form- oder fristgerecht eingereichtes indikatives Angebot. Von nicht form- und fristgerecht eingereichten Eignungsnachweisen ist dort nicht die Rede, obwohl der Antragsgegner in diesem Abschnitt explizit zwischen Eignungsvoraussetzungen und indikativem Angebot unterschied. Darüber hinaus kann eine tatsächliche Berücksichtigung des Bewerbers im weiteren Verfahren schon aus Gründen des Vertrauensschutzes nachträglich nicht mehr rückgängig gemacht werden, nachdem der Antragsgegner die Bieterstelle mit dem dritten Verfahrensbrief zur Abgabe eines finalen Angebotes aufforderte. Ein rückwirkender Ausschluss ist nicht möglich. Nach der Entscheidung des Kammergerichts vom 04.04.2019 – 2 U 5/15 Kart – Rdnr. 112, zitiert nach BeckRS 2019, 9742, die zum Rechtsstreit über das parallele Konzessionierungsverfahren für das Gasnetz Berlin erging, dienen die in den Verfahrensbriefen gesetzten Fristen lediglich der Strukturierung

des Verfahrens. Sie begründen bei ihrer Nichteinhaltung durch einzelne Bieter keine subjektiven Rechte anderer Bieter. Es bleibt daher bei der Prüfung der Eignungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung.

c)

Die Bieterstelle hat nicht hinreichend dargelegt, dass sie nach ihrer personellen und technischen Ausstattung das Stromnetz Berlin sicher und zuverlässig betreiben kann.

Wie eingangs dargestellt, folgt aus § 4 EnWG die Pflicht der Gemeinde, die Bieter auf ihre Eignung zum Betrieb des Stromnetzes zu überprüfen, also darauf zu achten, dass sie personell, technisch und wirtschaftlich in der Lage sind, das Netz dauerhaft zuverlässig zu betreiben. Dabei steht ihr 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 nur daraufhin überprüft werden, ob sie 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, Beschluss vom 17.04.2014 – VI-2 Kart 2/13, abrufbar bei juris Rdnr. 60 = BeckRS 2014, 09911 S. 13).

In Bezug auf die Eignungsprüfung verwies der Antragsgegner im modifizierten zweiten Verfahrensbrief auf die im ersten Verfahrensbrief aufgestellten Vorgaben. Dort verlangte er nach Abschnitt E 1.b. eine „schlüssige“ Darstellung, wie die Kompetenz, personelle, technische und wirtschaftliche Leistung sichergestellt werden sollen, sowie in Abschnitt E 1.d die „Darstellung der personellen Leistungsfähigkeit“. Die Anforderungen an den Eignungsnachweis sind damit zwar denkbar gering bemessen. Gleichwohl darf die Anforderung eines „schlüssigen“ Konzeptes nicht zur Beliebigkeit verkommen. Verfügt der Bewerber, wie hier die Bieterstelle, als „Newcomer“ über keine Erfahrungen als Betreiber eines Stromverteilungsnetzes, muss er jedenfalls ein „fundiertes Konzept“ vorweisen können. Eine nur konzeptartige Beschreibung des Netzbetriebes, die sich auf Eckpunkte oder Ansätze beschränkt, genügt nicht. „Fundiert“, d.h. schlüssig und plausibel ist ein Konzept nur dann, wenn es anhand seiner konkreten Beschreibung unmittelbar realisierbar ist und diesbezüglich keine offenen Fragen oder noch zu klärenden Bedingungen enthält (LG Berlin, Urteil vom 09.12.2014 – 16 O 224/14 -; Wegner aaO Rdnr. 133 zu § 46).

Die Vorstellung von der „ganzheitlichen Betriebsübernahme“ stellt weder in Bezug auf das Personal, noch in Bezug auf die Betriebsmittel ein schlüssiges und plausibles Betriebskonzept

dar. Klarstellend ist zu betonen, dass es hier nicht um ein Konzept zur Übernahme des Netzes geht, sondern um ein Konzept für den Betrieb des (übernommenen) Stromnetzes. Die Darlegung eines „Netzübernahmekonzeptes“ hatte der Antragsgegner, wie das Kammergericht bereits im vorangegangenen Verfahren betonte, nicht als Auswahlkriterium bestimmt (KG, Urteil vom 25.10.2018 – 2 U 18/18 EnWG Rdnr. 50).

aa)

Die Bieterstelle ist in technischer Hinsicht ungeeignet, das Stromverteilnetz zu betreiben. Die technische Leistungsfähigkeit umfasst die Fähigkeit, das Energieversorgungsnetz entsprechend den Vorschriften des EnWG zu betreiben. Der störungsfreie Betrieb und die Instandhaltung der Versorgungsanlagen und technischen Betriebsmittel unter Einhaltung der einschlägigen Sicherheits- und Umweltvorschriften muss gewährleistet sein (Säcker / Steffens in Säcker, Energierecht, 4. Aufl. Rdnr. 45 zu § 4). Es kommt bei der Eignungsprüfung an dieser Stelle mithin nicht darauf an, ob die Bieterstelle sich überhaupt als Unternehmen ausstatten und aufbauen kann, sondern maßgebend sind nur Betriebsmittel, die den erforderlichlich Bezug zu den genannten technischen Aufgaben aufweisen.

Es steht außer Streit, dass die Bieterstelle über keinerlei technische Ausstattung für den Betrieb eines Stromverteilnetzes verfügt. Ihr Betriebskonzept erschöpft sich in der Bezugnahme auf den in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG normierten Übernahmeanspruch, den sie bzw. der Antragsgegner plakativ als „Netzübernahmeanspruch“ bezeichnet. Die Bieterstelle erwartet, auf dieser Grundlage „sämtliche der zum Stromnetz gehörenden Haupt-, Hilfs- und Nebenanlagen sowie alle dazugehörigen Betriebsprozesse und Betriebs-, Vertrags- und Genehmigungsunterlagen von der Antragstellerin bzw. weiteren Vattenfall-Teilgesellschaften“ übernehmen zu können (Antragserwiderung S. 40). Diese Annahme erweist sich nicht als hinreichend fundiert und tragfähig.

Der Übernahmeanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG beschränkt sich auf die „Verteilungsanlagen“. Seine Reichweite ist daher deutlich geringer als die von der Bieterstelle angenommene Erstreckung auf sämtliche Betriebsmittel des Altkonzessionärs. Allerdings ist der Begriff der „Verteilungsanlagen“ weder gesetzlich, noch sonst definiert. Aus dem Begriff „Verteilung“ in § 3 Nr. 37 EnWG folgt, dass dazu jedenfalls diejenigen Anlagen zählen, die für den Transport von Elektrizität über Elektrizitätsverteilernetze benötigt werden (Huber in Kment, Rdnr. 33 zu § 46). Einen weiteren Anhaltspunkt kann die Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 StromNEV (StromnetzentgeltVO) Abschnitt III („Fortleitungs- und Verteilungsanlagen“)

liefern, auch wenn sie der Sache nach nur die betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern der Anlagegüter festlegt. Gleichwohl deutet nichts darauf hin, dass der Begriff der „Verteilung“ bzw. „Verteilungsanlage“ in § 3 Nr. 37 EnWG anders zu verstehen sein sollte als derselbe Begriff in der StromNEV. Nicht zu den Verteilungsanlagen zählen danach bspw. Fahrzeuge, EDV-Anlagen, soweit sie der technischen Überwachung dienen, Werkzeuge und Lagereinrichtungen. Sie sind zwar für die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters im eingangs beschriebenen Sinn unabdingbar, weisen also den erforderlichen Bezug zur Pflege und Instandhaltung des Netzes auf, fallen aber gleichwohl nicht unter den Begriff der „Verteilungsanlagen“, sondern nur unter die „Allgemeinen Anlagen“ (Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 StromNEV). Auch die Kommentarliteratur subsumiert unter die „Verteilungsanlagen“ nur Nieder-, Mittel- und Hochspannungsleitungen, aber keine weiteren betriebsnotwendigen Einrichtungen (Säcker, aaO Rdnr. 69 zu § 46; Huber in Kment, aaO, Rdnr. 33 zu § 46). Ein rein technisches Verständnis des Begriffs „Verteilungsanlagen“ und die daraus folgende Beschränkung auf die Leitungen (einschließlich der für ihre Nutzung notwendigen technischen Einrichtungen wie Schalter, Transformatoren, Einrichtungen zum Überspannungsschutz, Verteilerstationen, Umspannwerke etc.) erscheint auch folgerichtig. Wie die Antragstellerin zu Recht ausführt, dient der Übereignungsanspruch der Vermeidung des - in Berlin ohnehin nicht möglichen - Aufbaus von Parallelstrukturen. Er dient nicht der Übernahme sämtlicher Unternehmenseinrichtungen. Daraus folgt aber zugleich, dass Investitionsgüter, die entweder auch anderen Geschäftszwecken als dem Betrieb eines Stromnetzes dienen können oder die am Markt ohne weiteres (erneut) beschafft werden können, vom Übereignungsanspruch ausgenommen sind. Danach besteht kein Übernahmeanspruch für Werkstätten, Lager, Fuhrpark, sowie das sekundäre Kommunikationsnetz, soweit es über einfache Telefonleitungen hinausgeht. Auch die Netzleitstelle zählt danach nicht zur Verteilungsanlage, weshalb die Antragsgegnervertreter sie in ihrem Aktenvermerk BBH Übergang Betriebsmittel, dort S. 14 (Anlage AS 28) auch gesondert aufführen. Ähnliches gilt für Daten. Die für den Netzbetrieb notwendigen technischen und kaufmännischen Daten bspw. aus der Bestandsdokumentation und der Kundenkartei mögen zwar an den Neukonzessionär zu übertragen sein. Der Altkonzessionär ist aber nicht verpflichtet, seinem Nachfolger auch die korrespondierenden Softwareprogramme dauerhaft zum Zwecke der weiteren Nutzung zu überlassen, wozu er möglicherweise rechtlich auch gar nicht in der Lage ist. Die IT-Infrastruktur muss der Neukonzessionär selbst aufbauen. Der Vollständigkeit halber sei hinzugefügt, dass der Übernahmeanspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erst recht keinen Anspruch auf Übernahme von Büroräumen und -ausstattung gibt.

Dass ungeachtet der Beschränkung des gesetzlichen Übertragungsanspruchs Alt- und

Neukonzessionär miteinander vertraglich weitergehende Regelungen, bspw. auch auf Übereignung sonstiger Investitionsgüter vereinbaren können, steht außer Frage. Es fehlt jedoch an plausiblen Anhaltspunkten für die Annahme, dass und in welchem Umfang sich die Antragstellerin dazu bereit finden wird. Das gilt umso mehr, als sie in Berlin jedenfalls auch das Fernwärmenetz betreibt.

Die Hinweise des Antragsgegners auf die Entscheidung des BGH EnVR 10/13 - Homberg – Rdnr. 311 und weitere, auf Seite 42 der Antragsrüge genannte Judikate sind nicht zielführend. Sie befassen sich mit dem Begriff der „notwendigen“ Verteilungsanlagen, also der Frage, wann eine Leitung für den Betrieb des allgemeinen Versorgungsnetzes erforderlich ist. Sie stellt sich insbesondere bei gemischt genutzten Leitungen und an der Schnittstelle zu benachbarten Verteilnetzen. Darum geht es hier aber nicht. Zunächst ist zu prüfen, ob eine Einrichtung überhaupt unter den Begriff der „Verteilungsanlage“ subsumiert werden kann. Erst danach stellt sich die Frage der Notwendigkeit.

Ein Recht auf „ganzheitliche Netzübernahme“ ergibt sich auch nicht aus der Endschafftsklausel des alten Konzessionsvertrages, dessen Rechte der Antragsgegner an den neuen Betreiber abtreten könnte. Darin ist zwar nach dem Aktenvermerk [REDACTED] Anlage AS 28 eine Berechtigung zur Übernahme „der im Versorgungsgebiet vorhandenen Energieversorgungsanlagen“ enthalten. Es ist aber nicht ersichtlich, dass damit weitergehende als die in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG benannten „Verteilungsanlagen“ gemeint sind. Zumindest trägt der Antragsgegner keine Anhaltspunkte vor, die eine weitergehende Auslegung nahe legen. Ist der Übertragungsanspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG daher auf „Verteilungsanlagen“ beschränkt und die Übernahme weiterer Infrastruktur von der Veräußerungsbereitschaft der Antragstellerin abhängig, liegen die Voraussetzungen einer „unmittelbaren Realisierbarkeit“ des Betriebskonzepts im Sinne der o. g. Kammerrechtsprechung nicht vor.

Die Alternativszenarien beinhalten ebenfalls kein belastbares Betriebskonzept. Der Rückgriff auf Netzwerkpartner erfordert nicht nur deren Benennung, sondern auch ihre Erklärung, sich gegenüber dem Antragsgegner dazu zu verpflichten, ihm ihre Infrastruktur zur Nutzung zur Verfügung zu stellen und die Darlegung, in welchem Umfang dies geschehen soll. Es ist davon auszugehen, dass die Mitglieder des Unterstützernetzwerkes, gleich, ob es sich um andere landeseigene Betriebe oder dritte Unternehmen handelt, in erster Linie ihren eigenen Kunden und Aufgaben verpflichtet sind. Sie werden daher bei Kapazitätskonflikten vorrangig die eigenen Interessen bedienen. Selbst wenn daher bspw. die [REDACTED] der Bieterstelle

die Mitbenutzung ihres Rechenzentrums und ihrer Funkleitzentrale gestatten, besagt dies nichts darüber, welche Kapazitäten im Bedarfsfall tatsächlich für die Mitbenutzung zur Verfügung stehen. Hinsichtlich der Netzleitstelle hat es die Antragstellerin im Übrigen bereits abgelehnt, sie als Dienstleisterin des Antragsgegners zu betreiben. Die Heranziehung eines Technologieunternehmens ist völlig unbestimmt und dürfte auch nur die Ausstattung und nicht den laufenden (Schicht-)Betrieb betreffen.

Da die Bieterstelle über keine eigenen Betriebsmittel außerhalb der nicht duplizierbaren und damit zu übereignenden Verteilungsanlagen verfügt, ist sie technisch zum Betrieb des Stromnetzes ungeeignet.

bb)

Die Bieterstelle ist auch personell zum Betrieb des Stromnetzes Berlin ungeeignet.

Es steht außer Streit, dass sie derzeit nur über eine geringe Anzahl von Mitarbeitern verfügt, die zudem auch noch durch die Beteiligung der Bieterstelle am parallelen Konzessionierungsverfahren für das Gasnetz Berlin gebunden sind. Zudem verfügt keiner dieser Mitarbeiter über Erfahrungen beim Betrieb eines Stromverteilnetzes. Lediglich der Leiter der Bieterstelle war zuvor beim Betreiber eines Flächennetzes beschäftigt.

Zwar macht der Antragsgegner zu Recht geltend, dass es auf die derzeitige Personalausstattung nicht ankommt. Maßgebend ist die prognostizierte Personalausstattung im Zeitpunkt der Aufnahme des Netzbetriebes. Hierzu fehlt es aber an einem belastbaren Konzept. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die Bieterstelle meint, nach § 613a BGB einen gesetzlichen Anspruch auf Übernahme des Personals zu haben oder für die geplanten Angebote an die Belegschaft, sie zu gleichbleibenden Konditionen zu übernehmen (vom Antragsgegner als „§ 613a BGB analog“ bezeichnet).

Es ist bereits zweifelhaft, ob ein Anspruch nach § 613a BGB besteht.

Nach der Vorstellung der Bieterstelle eröffnet ihr die „ganzheitliche Betriebsübernahme“ den Weg zu einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB, der ihr vorbehaltlich möglicher Widersprüche von Arbeitnehmern einen Anspruch auf Übernahme des gesamten Personals verschafft. Dieses Konzept trägt eine Reihe von Unwägbarkeiten in sich.

An erster Stelle ist darauf zu verweisen, dass die Antragstellerin, wie vorstehend unter lit. aa) ausgeführt, aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG nicht verpflichtet ist, der Bieterstelle ihr gesamtes Unternehmen zu überlassen. Der Übergang des gesamten Betriebes bedarf daher einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Bieterstelle. Ob die

Antragstellerin ihren Betrieb in Gänze an die Bieterstelle veräußern würde, bleibt ungeklärt.

Allerdings genügt auch der Übergang eines Betriebsteils, um die Folgen des § 613a BGB auszulösen. Ein Betriebsteil ist ein Anteil von Betriebsmitteln eines Betriebes. Dabei muss es sich um eine wirtschaftliche und organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird (Weidenkaff in Palandt, 78. Aufl. Rdnr. 10 zu § 613a m. w. N.). Ob ein Verteilnetz für sich genommen ein Betriebsmittel darstellt oder lediglich das Substrat, an dem das Energieversorgungsunternehmen seine Leistungen erbringt, war bisher noch nicht Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung. Die Frage bedarf auch hier keiner Entscheidung; denn unter der o. g. Prämisse, dass die Bieterstelle ein plausibles und tragfähiges Konzept zum Betrieb des Netzes vorlegen muss, genügt es, wenn die angestrebte Betriebsübernahme als das zentrale Mittel der personellen Ausstattung der Bieterstelle mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist. Ein solches Konzept ist nicht fundiert.

Letztlich kommt es darauf aber gar nicht an, weil unabhängig von der Art des erstrebten Personalübergangs völlig offen ist, welches Personal den Wechsel mitmacht und deshalb völlig offen ist, welches Personal mit welcher Qualifikation ersetzt werden muss.

Zunächst gilt es zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin beim Netzbetrieb unstreitig auf etwa 130 Vollzeitbeschäftigte zurückgriff, die bei anderen Konzerngesellschaften des Vattenfall-Konzerns beschäftigt waren und dort auch im Falle des Verlustes der Konzession ggf. weiter beschäftigt bleiben. Dabei handelt es sich nach ihrem unwidersprochen gebliebenen Vortrag um hochqualifizierte Mitarbeiter aus den Bereichen IT, Finanzen, Personaldienste, Rechnungswesen, Recht, Steuern, Einkauf und Controlling. Diese Mitarbeiter kann die Bieterstelle selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 613 a BGB nicht auf diesem Weg übernehmen.

Das Konzept der Bieterstelle sieht an dieser Stelle vor, diesen Mitarbeitern Arbeitsverträge zu den bisherigen Konditionen anzubieten. Sie geht davon aus, dass der größte Teil das Angebot annehmen wird. Diese Erwartungshaltung verstellt den Blick dafür, dass ein Wechsel zur Bieterstelle mit einem Systemwechsel weg von der freien Wirtschaft hin zu einer Anstellung beim Land Berlin verbunden ist. Diesen Wechsel möchte nicht jeder Beschäftigte vornehmen. Für die in anderen Gesellschaften des Vattenfall-Konzerns tätigen ca. 130 Mitarbeiter besteht für einen Wechsel schon deshalb keine Veranlassung, weil sie ihren Arbeitsplatz in der Schwestergesellschaft beibehalten. Ähnliches gilt für jüngere, ungebundene Mitarbeiter. Ihnen

mag es attraktiver erscheinen, bei einem anderen, möglicherweise innovativen Unternehmen in der Industrie zu arbeiten, das mit besseren Aufstiegschancen und höher dotierten Löhnen lockt, als sie das Land Berlin bieten kann. Ferner übersieht die Bieterstelle, dass sie sich insbesondere auf den Märkten für Führungskräfte und sonstiges gut ausgebildetes und hochqualifiziertes Personal in Konkurrenz zu anderen Unternehmen stellt, die ebenfalls spezialisierte Mitarbeiter suchen. Vielfach werben diese Unternehmen mit großzügiger Vergütung und angepassten Arbeitszeitmodellen um Fachkräfte. Dabei besteht eine Konkurrenz vielfach auch zu branchenfremden Unternehmen. So können bspw. IT-Fachleute oder Angehörige kaufmännischer Berufe ihre Tätigkeit in jeder beliebigen Branche erbringen. Sie sind nicht auf Unternehmen der Energieversorgung angewiesen. Die Bieterstelle bzw. das Land Berlin konkurrieren hier mit international aufgestellten Konzernen und erfolgreichen mittelständischen Unternehmen. Der Wechsel zur Bieterstelle bzw. zum Land Berlin unter Beibehaltung des Arbeitsplatzes dürfte daher in erster Linie für ältere Arbeitnehmer von Interesse sein, die schon zuvor bei der BEWAG beschäftigt waren, oder für familiär an Berlin gebundene Arbeitnehmer. Zudem kommt es auch nicht nur auf die Gesamtzahl der verbleibenden oder abwandernden Arbeitnehmer an, sondern auch auf die Position, die sie besetzten. So dürfte das Angebot von Berufsangehörigen aus der Energiewirtschaft, wie bspw. von Strommeistern und Energietechnikern im Zweifel kleiner sein als das Angebot in branchenungebundenen Berufen. Mit welchen Arbeitsmarktverhältnissen die Bieterstelle bei Abgabe ihres finalen Angebots rechnete und inwieweit sie Eingang in ihr Konzept fanden, ist nicht ersichtlich.

Darüber hinaus ist ohnehin unklar, welches Unternehmen das Stromnetz letztlich betreiben wird, nachdem die Bieterstelle gemäß § 168 UmwG in eine GmbH, möglicherweise auch in eine andere juristische Person des Zivilrechts oder in eine Anstalt öffentlichen Recht umgewandelt werden soll. Auch diese Unsicherheit belastet potentielle Arbeitnehmer.

Soweit das Konzept der Bieterstelle für die Spitze des LHO-Betriebes auf eine „temporäre gleitende Doppelspitze“ bei Führungskräften“, also ein Nebeneinander von Führungskräften des Alt- und Neukonzessionärs setzt, ergibt sich selbst aus dem Aktenvermerk der Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners zum Personal(überleitungs)konzept Anlage AS 27, dort S. 13, dass unklar ist, wo diese Führungskräfte herkommen sollen, auf der Basis welchen „Konstrukts“ (Drittpersonaleinsatz) sie beschäftigt werden sollen und worin ihr originärer Aufgabenbereich besteht. Zudem lässt sich dieses Konzept nicht ohne zustimmenden Beschluss der Antragstellerin und / oder „der [REDACTED]-Gruppe“ umsetzen. Es fehlt mithin an der erforderlichen Plausibilität.

Schließlich setzt die Bieterstelle auf Personaldienstleistungen ihres Unterstützer-Netzwerks. Ob sie entsprechende Dienstleistungen aus dem [REDACTED] Konzern beziehen kann, ist offen. Den Betrieb der Netzleitstelle als Dienstleistung für die Bieterstelle hat die Antragstellerin bereits abgelehnt.

Die landeseigenen Betriebe [REDACTED] kommen von vornherein nur als Erbringer von Dienstleistungen in Betracht, die keine spezifischen Kenntnisse in der Stromverteilung voraussetzen. Ob sie darüber hinaus überhaupt über Kapazitäten verfügen, um der Bieterstelle über einen ggfls. auch mehrmonatigen Zeitraum zur Seite springen zu können, ist ungeklärt. Der Rückgriff auf die Expertise anderer Stadtwerke (Halle, Leipzig, Mainz) begegnet als längerfristige Lösung ebenfalls durchgreifenden Bedenken. Sie beziehen sich sowohl auf die notwendigen freien Kapazitäten bei den betroffenen Unternehmen, als auch auf die Frage, inwieweit sich überhaupt dortige Mitarbeiter zu einem längeren Aufenthalt in Berlin bereit finden werden. Die dem Aktenvermerk zu entnehmende Stellungnahme der Stadtwerke [REDACTED] ist so vage, dass ein belastbares Personalkonzept darauf nicht aufbauen kann.

Insgesamt fehlt es der Bieterstelle daher an einem tragfähigen Konzept zur Beschaffung des erforderlichen Personals. Es zeigt nur Eckpunkte und Möglichkeiten auf, die auch bei einem Newcomer nicht für eine substantiierte Darlegung der personellen Leistungsfähigkeit genügen.

4. Umwandlung

Der Antragsgegner plant, die Bieterstelle nach Erhalt der Konzession gemäß § 168 UmwG in eine juristische Person des Privatrechts, vorrangig eine GmbH oder eine Anstalt öffentlichen Rechts umzuwandeln.

Die diesbezügliche Rüge ist nicht präkludiert, weil die Antragstellerin von diesem Sachverhalt erst durch die Akteneinsicht Kenntnis erlangte und ihn danach fristgerecht mit Schreiben vom 26. April 2019 (Anlage AS 33) als nicht zulässig rügte. Eine gegenüber dem vorprozessualen Schreiben „abweichende Stoßrichtung“ der Beanstandung in der Antragschrift kann die Kammer nicht erkennen.

Es diskriminiert die Mitbewerber, wenn ein Konkurrent im Wettbewerb nur als Platzhalter für ein anderes Unternehmen auftritt, das im Falle einer Konzession das Netz sodann betreiben soll. Die Mitbewerber wissen in einem solchen Fall nicht, mit welchem Unternehmen sie tatsächlich um den Erwerb des Wegerechts konkurrieren. Außerdem kann eine sinnvolle Eignungsprüfung

nur erfolgen, wenn dasjenige Unternehmen, das sich mit einem Angebot am Wettbewerb beteiligt, mit dem Betrieb identisch ist, der die angebotenen Konzepte im Erfolgsfall umsetzen und das Netz betreiben will (Wegner in Säcker, Energierecht, 4. Aufl., Rdnr. 134 zu § 46). Die Bieterstelle dient hier nur als Platzhalter für ein durch Umwandlung noch zu gründendes Unternehmen des privaten oder öffentlichen Rechts. Aus der Entscheidung des EuGH vom 10.06.2008 - 2008 – C-454/06 – presstext - = NJW 2008, 3341 folgt nichts anderes. Zu Unrecht leitet der Antragsgegner daraus das Recht ab, die Bieterstelle nach Erteilung der Konzession und nach dem Abschluss der innerstädtischen Festlegung in eine juristische Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts umwandeln zu dürfen. Der EuGH befasst sich in der genannten Entscheidung mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen nach der Dienstleistungsrichtlinie (RL 92/50/EWG) bei Modifikationen bestehender Verträge von einer neuen Auftragsvergabe auszugehen ist. Nach den Ausführungen in Rdnr. 40 der Entscheidung ist die Ersetzung des Vertragspartners als Änderung einer wesentlichen Vertragsbestimmung anzusehen, wenn sie nicht in den Bedingungen des ursprünglichen Auftrags, bspw. im Rahmen einer Unterbeauftragung vorgesehen war. Abgesehen davon, dass es hier nicht um die Vergabe einer Dienstleistung, sondern um die Konzessionierung eines Wegerechts geht, kann aus dieser Zitatstelle im Umkehrschluss schon nicht geschlossen werden, dass jeder Austausch des Vertragspartners gleich aus welchem Grund zulässig ist, sofern sie nur im ursprünglichen Auftrag vorbehalten war. So ist der EuGH dort lediglich von einer „internen Neuorganisation“ ausgegangen und hat dabei dem Umstand der „solidarischen Haftung“ des alten und des neuen Vertragspartners entscheidende Bedeutung beigemessen (Rdnr. 44. 45). Zudem hat er die Bewertung als „interne Neuorganisation“ unter diesen Umständen lediglich als Ausnahme von der Regel angesehen, dass die Ersetzung des Vertragspartners unter der Ägide der genannten Richtlinie in der Regel als Änderung einer wesentlichen Vertragsbestimmung anzusehen ist, die, so darf ergänzt werden, eine Neuausschreibung erfordert (Rdnr. 40). Mithin stellt der Austausch des Vertragspartners keineswegs eine ohne weiteres erlaubte Vertragsänderung dar. Will man daher die vorgenannte Rechtsprechung überhaupt eins zu eins auf die Konzession von Wegerechten anwenden, so erfüllt die hier zur Diskussion stehende Fallgestaltung die Voraussetzungen einer lediglich internen Neuorganisation selbst nach den Maßstäben des EuGH nicht. Bei einer juristischen Person des Privatrechts bestehen andere Haftungs- und Insolvenzrisiken als beim Land Berlin. Außerdem steht den Gläubigern eine andere Haftungsmasse, nämlich nur die Einlage zur Verfügung. Das gilt auch dann, wenn das Land Berlin Alleingesellschafter der GmbH sein sollte. Es kommt daher nicht entscheidend darauf an, dass sich der Antragsgegner eine Umwandlung bereits im ersten Verfahrensbrief vorbehalten hat.

Weiter kommt hinzu, dass dem vom EuGH zu beurteilenden Sachverhalt ein über Jahrzehnte hinweg praktizierter Vertrag zugrunde lag, der infolge einer unternehmerischen Entscheidung angepasst wurde. Hier geht es hingegen um eine Konstellation, bei der sich ein Bieter von vornherein nur unter der Prämisse am Wettbewerb beteiligt, beim Obsiegen das Wegerecht doch nicht selbst ausüben zu wollen, sondern ein anderes Unternehmen an seine Stelle zu setzen. Darin liegt eine klassische Platzhalterfunktion, die mit dem vom EuGH entschiedenen Fall nichts zu tun hat und die die Antragstellerin im Wettbewerb diskriminiert.

5.

Die übrigen Rügen der Antragstellerin und die Punktevergabe im einzelnen bedürfen keiner Erörterung mehr, nachdem die Bieterstelle von vornherein ungeeignet zum Betrieb des Stromnetzes Berlin ist und das Verfahren nicht neutral durchgeführt wurde. Beides steht dem Abschluss der innerstädtischen Festlegung entgegen.

IV.

Ein Verfügungsgrund braucht nach § 47 Abs. 5 S. 3 EnWG nicht glaubhaft gemacht zu werden. Er ergäbe sich im Übrigen zwanglos aus der bevorstehenden Unterzeichnung der innerstädtischen Festlegung mit dem Sieger des Konzessionswettbewerbs.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es im Verfügungsverfahren nicht.


Vorsitzender Richter
am Landgericht


Richter
am Landgericht


Richterin
am Landgericht

Verkündet am 07.11.2019


als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle