

Geschäftsnummer:
11 O 181/14



Verkündet am
02. Oktober 2014

Lauer, MS

Lenhardt, JAng.e
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Landgericht Stuttgart
11. Zivilkammer
Im Namen des Volkes
Urteil

Im Rechtsstreit

wegen einstweiliger Verfügung

hat die 11. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom
18. September 2014 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Landgericht Stefani
Richterin am Landgericht Rank
Richter am Landgericht Dr. Schmid
für **Recht** erkannt:

1. Der Verfügungsbeklagten wird bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten verboten, einen Gaskonzessionsvertrag für das Stadtgebiet der Verfügungsbeklagten für die Zeit ab dem 01.01.2013 abzuschließen, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren über die Vergabe der Gaskonzession entschieden ist.
2. Die Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten der Nebenintervention, die die Nebenintervenientin selbst trägt.

Streitwert: 250.000 €

Tatbestand

Die Verfügungsklägerin begehrt im Wege der einstweiligen Verfügung Unterlassung des Neuabschlusses eines Gaskonzessionsvertrages seitens der Verfügungsbeklagten mit der Nebenintervenientin.

Die Verfügungsklägerin ist eine Gasverteilernetzbetreiberin in Baden-Württemberg und betreibt derzeit u.a. das Gasverteilernetz im Stadtgebiet der Verfügungsbeklagten. Der Netzbetrieb erfolgte bis zum 31.12.2012 auf der Grundlage eines zwischen der Rechtsvorgängerin der Verfügungsklägerin und der Verfügungsbeklagten abgeschlossenen Wegenutzungsvertrages.

Am 16.12.2010 hat die Verfügungsbeklagte gem. § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG das Auslaufen des Gaskonzessionsvertrages mit der Verfügungsklägerin im Bundesanzeiger be-

kannt gemacht (Anlage ASt 2) und in der Folgezeit ein Konzessionsvergabeverfahren durchgeführt.

Unter dem Datum 20.12.2013 übersandte die Verfügungsbeklagte interessierten Bietern ein Schreiben (Anlage ASt 4), mit der Aufforderung bis 24.01.2014 indikative schriftliche Angebote vorzulegen. In Ziffer II. des Schreibens wurde unter der Überschrift „Modellbeschreibung und Zuschlagskriterien“ Folgendes ausgeführt:

*„Die [REDACTED] wird in diesem Verfahren einen Gaskonzessionsvertragspartner auswählen. Konzessionsvertragspartner wird dasjenige Unternehmen, welches die Kriterien für die Auswahl des Gaskonzessionsvertragspartners (**Anlage 02**) am besten erfüllt (siehe II. 1.).*

*Daneben strebt die [REDACTED] im Rahmen dieses Verfahrens die Gründung eines Kooperationsunternehmens der [REDACTED] mit einem qualifizierten strategischen Partnerunternehmen zur Durchführung des Gasnetzbetriebes an, sofern das auch unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG die beste Lösung darstellt. Für die Auswahl des Kooperationspartners gelten die in **Anlage 02** in Ziffer 4 mitgeteilten Auswahlkriterien (siehe II.2.).*

1. Auswahl des Konzessionsvertragspartners

*Die [REDACTED] wird die Auswahlentscheidung über den Konzessionsvertragspartner auf Basis der in der **Anlage 02** beigelegten Aufstellung der Pflicht- und Auswahlkriterien treffen. Die [REDACTED] hat sich dabei aus Gründen der Rechtssicherheit bewusst an den von der Energiekartellbehörde des Landes Baden-Württemberg veröffentlichten Musterkriterien orientiert. Vorstellbar ist, dass sich die [REDACTED] zunächst für die Auswahl von reinen Konzessionsvertragsangeboten mit Ausstiegsklausel zugunsten eines gemeinsamen Kooperationsmodells und gegen ein sofortiges Kooperationsmodell entscheidet.*

2. Auswahl des Kooperationspartners

(...)“

Als Anlage 02 war dem Schreiben vom 20.12.2013 der folgende Kriterienkatalog beigelegt:

Auswahlkriterien für Gaskonzessionsvertrag Filderstadt

Nr.	Hauptkriterium	Unterkriterium	Punkte Unter- kriteri- um	Punkte Haupt- kriteri- um
1.	Netzsicherheit			25
1.1		Finanz-, Sach- und Personalausstattung, auch allg. Verlässlichkeit, Auffälligkeiten bei bekannt gewordenen regulatorischen Missbrauchsverfahren, Haftung bei Störungen	6	
1.2		Erfahrungen als Netzbetreiber bzw. Betriebskonzept für zu erwerbendes Netz	6	
1.3		Versorgungssicherheit (Störungshäufigkeit, Ausfallzeiten und -dauer, angemessene technische Standards)	9	
1.4		Netzpflegekonzept und Netzstrukturkonzept Vorlage Jahresplanung Baustellenkoordination Bauzeitverkürzung	4	
2.	Effiziente, preisgünstige verbraucherfreundliche Versorgung			20
2.1		Effiziente Ressourcennutzung, Minimierung des Gasschwunds; Vorlage Konzept Netzeffizienz; Konzept für Breitbandkabelversorgung	3	
2.2		Bisherige Netznutzungsentgelte und insbes. zu erwartende NNE der Höhe und Struktur nach	7	
2.3		Netzservice vor Ort	3	
2.4		Konzept und Monitoring zur Entwicklung des örtlichen Netzes	4	
2.5		Qualität der Umsetzung von rechtlichen Pflichten, die Verbraucherschützend sind	3	
3.	Umweltverträgliche Versorgung der Allgemeinheit, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht			25
3.1		Beratungsleistungen zur Entwicklung der lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung; Bürgerinformation zur Akzeptanzstärkung	12	
3.2		Zeitnahe Einbindung von Biogas-Anlagen	6	

3.3		Umweltverträglicher Netzbetrieb	7	
4.	Sonstige Belange der ██████████			15
4.1		Wirtschaftliche Teilhabe am Netzbetrieb (plausible Darstellung des Jahresertrages einer gemeinsamen Gesellschaft, Risikobegrenzung aus Netzübernahme)	9	
4.2		Nicht-wirtschaftliche Teilhabe (Einrichtung einer gemeinsamen Gesellschaft; Entscheidungsbefugnisse der ██████████ kommunale Mehrheit in der Gesellschaft, Aufsichtsratsvorsitz und Geschäftsführung)	2	
4.3		Sonstige allgemeine kommunale Belange im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung	4	
5.	Konzessionsvertrag			15
5.1		Höchstzulässige Konzessionsabgabe	1,5	
5.2		Laufzeit, Change of Control-Klausel	1,5	
5.3		Kommunalrabatt für Netzzugang	1,5	
5.4		Notwendige Kostenvergütung, Konkretisierungsgrad solcher Vereinbarungen	1,0	
5.5		Verwaltungskostenbeiträge	1,0	
5.6		Regelmäßige Berichtspflichten	0,5	
5.7		Folgekostenregelungen	1,5	
5.8		Qualität Oberflächenwiederherstellung	1,5	
5.9		Haftungsverteilung	0,5	
5.11		Endschaftsregelungen, Entflechtungsregelungen	1,5	
5.12		Verpflichtung zum Abbau endgültig stillgelegter Anlagen	1,0	
5.13		Führung digitaler Leitungspläne	0,5	
5.14		Sonstiges (vorteilhafte Regelungen für Stadt)	1,5	

Jedes (Unter-) Kriterium wird auf einer Skala von 0-10 bewertet (0 = gar nicht erfüllt; 5 = befriedigend erfüllt; 10 = sehr gut erfüllt).

Mit Schreiben vom 15.01.2014 beantwortete die Verfügungsbeklagte verschiedene Fragen von Interessenten zu den mit Schreiben vom 20.12.2013 mitgeteilten Auswahlkriterien (Anlage VB 2).

Mit Schreiben vom 12.03.2014 (Anlage ASt 5) forderte die Verfügungsbeklagte die Bieter zur Abgabe verbindlicher Angebote bis 10.04.2014 auf. Mit Schreiben vom 08.08.2014 (Anlage ASt 6) teilte die Verfügungsbeklagte sodann der Verfügungsklägerin mit, dass die [REDACTED] (Nebenintervenientin) das beste Angebot abgegeben habe und sie mit dieser den neuen Konzessionsvertrag abschließen werde. Das Angebot der [REDACTED] sei hinsichtlich der maßgebenden Ziele des § 1 EnWG mit insgesamt 59,1 Punkten, das Angebot der Verfügungsklägerin mit insgesamt 57,2 Punkten von maximal möglichen 70 Punkten bewertet worden. Insgesamt sei das Angebot der [REDACTED] mit insgesamt 84,9 Punkten und das Angebot der Verfügungsklägerin mit insgesamt 80,1 Punkten von maximal möglichen 100 Punkten bewertet worden. Die Unterzeichnung des neuen Konzessionsvertrages werde nicht vor dem 29.08.2014 erfolgen.

Gegen diese Vergabeentscheidung wendet sich die Verfügungsklägerin mit ihrem am 21.08.2014 bei Gericht eingegangenen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Die **Verfügungsklägerin** ist der Auffassung, ihr stehe gegen die Verfügungsbeklagte gem. §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 1 Abs. 2 Nr. 1 GWB, 46 EnWG ein Anspruch auf Unterlassung der Unterzeichnung eines Gaskonzessionsvertrages mit der Nebenintervenientin zu. Das Auswahlverfahren und die Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten sei intransparent, diskriminierend und nicht vorrangig an den Zielen von § 1 EnWG ausgerichtet gewesen.

- Die Verfügungsbeklagte habe sich auf ein Kooperationsmodell vorfestgelegt und die Auswahl des Kooperationspartners unzulässig mit der Konzessionsvergabe vermengt.
- Aufgrund der Vermengung der Konzessionsvergabe mit der Auswahl des Kooperationspartners habe die Verfügungsbeklagte ihre Auswahlkriterien nicht vorrangig an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG ausgerichtet, sondern vielmehr auf eine maximale Berücksichtigung ihrer eigenen (wirtschaftlichen) Interessen geachtet. Eine derartige Auswahlentscheidung stehe nicht im Einklang mit §§ 46, 1 EnWG und den vom BGH für eine diskriminierungsfreie Auswahlentscheidung aufgestellten Grundsätzen. Danach müssten die Auswahlkriterien vorrangig den Zielen des § 1 EnWG dienen.

Problematisch seien insoweit die Kriterien „Haftung bei Störungen (Nr. 1.1),

„Konzept für Breitbandkabelversorgung“ (Nr. 2.1), „Netzservice vor Ort“ (Nr. 2.3), „Beratungsleistungen zur Entwicklung der lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung; Bürgerinformation zur Akzeptanzstärkung“ (Nr. 3.1), „Wirtschaftliche Teilhabe am Netzbetrieb (plausible Darstellung des Jahresertrages einer gemeinsamen Gesellschaft, Risikobegrenzung aus Netzübernahme)“ (Nr. 4.1), „Nicht-wirtschaftliche Teilhabe (Einrichtung einer gemeinsamen Gesellschaft; Entscheidungsbefugnisse der [REDACTED] kommunale Mehrheit in der Gesellschaft, Aufsichtsratsvorsitz und Geschäftsführung)“ (Nr. 4.2), „Sonstige allgemeine kommunale Belange im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung“ (Nr. 4.3), „Laufzeit, Change of Control-Klausel“ (Nr. 5.2), „Kommunalrabatt für Netzzugang“ (Nr. 5.3), „Notwendige Kostenvergütung, Konkretisierungsgrad solcher Vereinbarungen“ (Nr. 5.4), „Verwaltungskostenbeiträge“ (Nr. 5.5), „Regelmäßige Berichtspflichten“ (Nr. 5.6), „Folgekostenregelung“ (Nr. 5.7), „Qualität Oberflächenwiederherstellung“ (Nr. 5.8), „Haftungsverteilung“ (Nr. 5.9), „Endschaftsregelung, Entflechtungsregelung“ (Nr. 5.11), „Führung digitaler Leitungspläne“ (Nr. 5.13) sowie „Sonstiges (vorteilhafte Regelungen für die Stadt)“ (Nr. 5.14).

- Mit den Kriterien „Beratungsleistungen zur Entwicklung der lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung; Bürgerinformationen zur Akzeptanzstärkung“ (Nr. 3.1), „Qualität Oberflächenwiederherstellung“ (Nr. 5.8), „Haftungsverteilung“ (Nr. 5.9), „Endschaftsregelungen, Entflechtungsregelungen“ (Nr. 5.11), „Führung digitaler Leitungspläne“ (Nr. 5.13) und „Sonstiges (vorteilhafte Regelungen für Stadt)“ (Nr. 5.14) verstoße die Verfügungsbeklagte gegen das Nebenleistungsverbot gem. § 3 KAV, was ebenfalls eine unbillige Behinderung im Sinne von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB darstelle.
- Die Auswahlkriterien der Verfügungsbeklagten seien intransparent. Insbesondere habe es die Verfügungsbeklagte versäumt, festzulegen, welche Punktzahl auf die verschiedenen Aspekte eines Unterkriteriums entfielen. Zudem habe die Verfügungsbeklagte, soweit sie eine Ausarbeitung von „Konzepten“ gewünscht habe, nicht näher dargelegt, wie diese Konzepte beschaffen sein müssen, um die Höchstpunktzahl zu erreichen. Schließlich sei der Auswahlkriterienkatalog deshalb intransparent, weil die Verfügungsbeklagte nicht näher darlege, wie sie die zum Teil widerstrebenden Ziele des § 1 EnWG - z.B. Kommunalrabatt einerseits und preisgünstige Versorgung andererseits - in Einklang bringen wolle.

- Die Auswahlkriterien seien teilweise ungeeignet. Beim Unterkriterium 1.3 „Versorgungssicherheit“ frage die Verfügungsbeklagte zu den Ausfallzeiten den sog. SAIDI-Wert („System Average Interruption Duration Index“) ab. Dieser stelle jedoch keinen geeigneten Maßstab dar, da er auch ungeplante Ausfallzeiten erfasse. Weiter sei das Kriterium „bisherige Netznutzungsentgelte und insb. NNE der Höhe und Struktur nach“ (Nr. 2.2) zur Bestimmung der Preisgünstigkeit der Versorgung ungeeignet, da die Höhe der Netzentgelte für die ersten zwei Jahre nach § 26 ARegV feststehe. Schließlich sei das Kriterium „Beratungsleistungen zur Entwicklung der lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung; Bürgerinformation zur Akzeptanzstärkung“ (Nr. 3.1) ungeeignet, die Zielsetzungen des § 1 EnWG zu fördern, da dieses Kriterium keinen Bezug zum Netzbetrieb aufweise, sondern den Energievertrieb betreffe.
- Die Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten sei intransparent, weil sie nicht im Einzelnen mitgeteilt habe, welcher Bewerber bei den einzelnen Auswahlkriterien welche Punktzahl erreicht habe.

Die Verfügungsklägerin trägt weiter vor, dass der Verfügungsgrund der Dringlichkeit bestehe, da die Verfügungsbeklagte eine Unterzeichnung des Konzessionsvertrages für die Zeit ab dem 29.08.2014 angekündigt habe und ohne den Erlass der einstweiligen Verfügung auch nicht daran gehindert sei, den Konzessionsvertrag vor Erlass eines Hauptsacheurteils zu unterzeichnen. Hinzu komme, dass der BGH in seinem Urteil v. 17.12.2013 (Az. KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin) ausgeführt habe, dass trotz eines fehlerhaft geschlossenen Konzessionsvertrages die darin liegende Behinderung im Interesse der Rechtssicherheit durch den unterlegenen Bewerber hinzunehmen sei, wenn er trotz ausreichender Gelegenheit zur Wahrung seiner Rechte, diese Möglichkeit nicht genutzt habe.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

der Verfügungsbeklagten bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verbieten, einen Gaskonzessionsvertrag für das Stadtgebiet der Verfügungsbeklagten für die Zeit ab dem 01.01.2013 abzuschließen, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffas-

sung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahrens über die Vergabe der Gaskonzession entschieden ist.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die **Verfügungsbeklagte** ist der Auffassung, sie habe ein rechtskonformes Gaskonzessionsverfahren durchgeführt und dabei die vom BGH aufgestellten Vorgaben berücksichtigt. Außerdem habe sie sich insbesondere bei der Ausgestaltung der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung am Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde des Landes Baden-Württemberg (Anlage VB 1) orientiert. Hierauf habe sie die Bewerber im Schreiben vom 20.12.2013 auch ausdrücklich hingewiesen, weshalb der Musterkriterienkatalog einschließlich seiner Anmerkungen bei der Beurteilung ihrer Auswahlkriterien ebenfalls zu berücksichtigen sei. Der Musterkriterienkatalog sei im Urteil des BGH v. 17.12.2013 (Az. KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin) ausdrücklich erwähnt und vom BGH gebilligt worden.

Zu den einzelnen Vorwürfen der Verfügungsklägerin trägt die Verfügungsbeklagte vor:

- Sie habe sich nicht auf ein Kooperationsmodell mit einer wirtschaftlichen Teilhabe vorfestgelegt. Ihre Auswahlentscheidung sei vielmehr an den Zielen des § 1 EnWG ausgerichtet gewesen. Wie sie in ihrem Schreiben vom 20.12.2013 dargelegt habe, habe ein Kooperationsangebot zur Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft nur dann den Zuschlag erhalten können, wenn dieses zu den Zielen des § 1 EnWG von allen Angeboten (einschließlich von reinen Konzessionsangeboten) am besten abgeschnitten habe. Ein Angebot für ein Kooperationsmodell habe daher im Vergleich aller abgegebenen Angebote zu den mit den Hauptkriterien 1. bis 3. abgebildeten Zielen des § 1 EnWG die höchste Punktzahl erhalten müssen, um sich gegen reine Konzessionsvertrags- oder andere Kooperationsangebote durchsetzen zu können.
- Die den Zielen des § 1 EnWG entsprechenden Kriterien würden gemäß ihrem Kriterienkatalog mit 70 % und damit vorrangig berücksichtigt. Außerdem trägt die Verfügungsbeklagte zu den einzelnen von der Verfügungsklägerin bemängelten Kriterien vor, dass es sich dabei unter Berücksichtigung des Musterkriterienkata-

logs der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg und der Rechtsprechung des BGH um zulässige, an § 1 EnWG ausgerichtete Kriterien handle.

- Sie habe keine unzulässigen Nebenleistungen im Sinne von § 3 KAV gefordert. Insbesondere aus den jeweiligen Erläuterungen im Musterkriterienkatalog, auf den sie in ihrem Schreiben vom 20.12.2013 ausdrücklich Bezug genommen habe, ergebe sich, dass sie nur die nach § 3 KAV zulässigen Inhalte habe berücksichtigen wollen.
- Sie habe den Vorgaben des Transparenzgebotes genügt. Insbesondere habe sie die Haupt- und Unterkriterien mit ihrer jeweiligen Gewichtung benannt. Eine zusätzliche Vorgabe weiterer Unterkriterien mit Gewichtung hätte dem Musterkriterienkatalog widersprochen und die Gefahr beinhaltet, dass die Energiekartellbehörde das Vorgehen nicht mehr als vom Musterkriterienkatalog gedeckt angesehen hätte. Ihre Auswahlkriterien seien inhaltlich nicht vage oder intransparent gewesen. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Verfügungsklägerin dies während des laufenden Verfahrens nie gerügt habe. Soweit sie um Vorlage von Konzepten gebeten habe, ergebe sich aus den Erläuterungen im Musterkriterienkatalog, was gefordert gewesen sei. Eine Intransparenz ergebe sich auch nicht aus den teilweise gegenläufigen Zielen des § 1 EnWG, da sich diese Gegenläufigkeit aus dem Gesetz selbst ergebe.
- Die von ihr aufgestellten Auswahlkriterien seien nicht ungeeignet. Beim Kriterium 1.3 könne neben technischen Standards auch der sog. SAIDI-Wert berücksichtigt werden, zumal sie entsprechend den Ausführungen im Musterkriterienkatalog den Bewerbern Gelegenheit zur Erläuterung von Sondersituationen eingeräumt habe. Die Geeignetheit des Unterkriteriums Nr. 2.2 ergebe sich aus der Rechtsprechung des BGH, wonach es dabei um nicht rabattierte Netzentgelte gehe, bei denen trotz Regulierung Unterschiede zwischen den Bewerbern bestehen könnten.
- Ihre Auswahlentscheidung sei nicht intransparent. Eine Vorlage der vollständigen Angebote der Bewerber komme nicht in Betracht, da hierdurch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bewerber aufgedeckt würden. Außerdem entspreche ihre Mitteilung den Voraussetzungen von § 101a GWB.

Die Verfügungsbeklagte rügt weiter die fehlende Kausalität eventueller Fehler für die Auswahlentscheidung. Die Verwendung unzulässiger Auswahlkriterien sei unbeachtlich, wenn sie für die Auswahlentscheidung nicht kausal gewesen sei. Da die [REDACTED]

■■■■ auch bezogen auf die Kriterien Ziffer 1 bis 3 das beste Ergebnis erzielt habe, komme es auf eine mögliche Unwirksamkeit der Kriterien Ziffer 4 nicht an.

Die Verfügungsbeklagte trägt weiter vor, dass der Verfügungsantrag unzulässig sei, da er nicht den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genüge. Insbesondere ergebe sich aus der Formulierung „unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts“ nicht ohne weiteres, wann ein Verstoß vorliege.

Mit Schriftsatz vom 08.09.2014 erklärte die erfolgreiche Bieterin ■■■■ den Beitritt zum Verfahren auf Seiten der Verfügungsbeklagten.

Die **Nebenintervenientin beantragt** ebenfalls,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die **Nebenintervenientin** trägt vor, dass sich die Verfügungsbeklagte nicht auf ein Kooperationsmodell vorfestgelegt habe. Dies ergebe sich eindeutig aus dem Schreiben vom 20.12.2013. Auch habe die Verfügungsbeklagte keine unzulässigen Leistungen gefordert oder ihre eigenen finanziellen Interessen vorrangig berücksichtigt. Die Auswahlkriterien seien transparent gewesen und die beteiligten Bieter hätten erkennen können, welche Aspekte für die Auswahlentscheidung maßgeblich sein sollten. Auch seien die Kriterien geeignet gewesen, die Ziele des § 1 EnWG zu konkretisieren.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.09.2014 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Der Antrag der Verfügungsklägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig und begründet.

I.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig.

Das Landgericht Stuttgart ist gem. §§ 87, 95 GWB sachlich und gem. § 32, 17 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 89 Abs. 1 GWB, 13 Abs. 1 Nr. 2 Zuständigkeitsverordnung Justiz des Landes Baden-Württemberg örtlich zuständig.

Der Antrag ist ausreichend bestimmt.

Ein Antrag ist gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO dann ausreichend bestimmt, wenn er den geltend gemachten Anspruch konkret bezeichnet. Bei einem Unterlassungsantrag muss die zu unterlassende Verletzungshandlung so genau wie möglich beschrieben werden, wobei zur Auslegung des Antrags auch auf die Klagebegründung zurückgegriffen werden kann (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 253, Rn. 13, 13 b m. w. N.). Dementsprechend ist auch anerkannt, dass zur Auslegung eines Unterlassungstitels die Entscheidungsgründe des Urteils herangezogen werden können (vgl. Münchener Kommentar zur ZPO-Gruber, 4. Aufl. 2012, § 890, Rn. 29 m. w. N.).

Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen ist der Antrag ausreichend bestimmt, zumal auch in vergleichbaren Fällen entsprechende Anträge bzw. Tenorierungen erfolgt sind (vgl. LG Düsseldorf, Urteil v. 26.02.2014, Az. 37 O 87/13; LG Köln, Urteil v. 07.11.2012, Az. 90 O 59/12). Der Kern des Unterlassungsgebotes - nämlich das Verbot einen Konzessionsvertrag aufgrund der streitigen Auswahlentscheidung zu unterzeichnen - ergibt sich vorliegend unzweifelhaft aus dem Wortlaut des Antrags. Aus welchen Gründen das Gericht die Auswahlentscheidung für unzulässig erachtet, was die Verfügungsbeklagte also bei einer erneuten Ausschreibung zu beachten haben wird, ergibt sich aus den Entscheidungsgründen des vorliegenden Urteils. Soweit darüber hinaus die Zulässigkeit einer weiteren Konzessionsvergabeentscheidung im Streit stehen wird, berührt dies nicht die vorliegende Entscheidung, sondern müsste ggf. in einem weiteren Verfahren überprüft werden.

II.

Das für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche besondere Rechtsschutzinteresse, der Verfügungsgrund, liegt vor.

Bei einer Leistungsverfügung, wie im vorliegenden Fall, besteht der Verfügungsgrund dann, wenn der Gläubiger auf die sofortige Erfüllung dringend angewiesen ist, also insbesondere die geschuldete Handlung so kurzfristig zu erbringen ist, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht möglich ist (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 940, Rn. 6).

Ohne den Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung wäre die Verfügungsbeklagte nicht gehindert, mit der Nebenintervenientin auf Grundlage ihrer Auswahlentscheidung einen Gaskonzessionsvertrag abzuschließen, wodurch die Durchsetzung des Anspruchs der Verfügungsklägerin auf Durchführung eines diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens zumindest erschwert würde (vgl. LG Düsseldorf, Urteil v. 26.02.2014, Az. 37 O 87/13 (EnW) U, Rz. 29). Zudem ist die Sache dringlich. Die Verfügungsbeklagte hat mit Schreiben vom 08.08.2014 (Anlage ASt 6) mitgeteilt, dass eine Unterzeichnung des Gaskonzessionsvertrages mit der Nebenintervenienten nicht vor dem 29.08.2014 erfolge. Hieraus ergibt sich, dass jedenfalls nach dem 29.08.2014 jederzeit mit einer Vertragsunterzeichnung zu rechnen war.

III.

Es besteht ein Verfügungsanspruch. Die Verfügungsklägerin hat gegen die Verfügungsbeklagte gem. §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, 46 EnWG einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Unterlassung des sich zu ihrem Nachteil auswirkenden Abschlusses eines Gaskonzessionsvertrages mit der Nebenintervenientin.

1.

Die Verfügungsbeklagte als Gemeinde ist im Rahmen der Vergabe von Wegenutzungsrechten im Sinne von § 46 EnWG als Normadressat des kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbots (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB) anzusehen.

Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen nach ständiger Rechtsprechung des BGH als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts.

Sie haben dabei auch eine marktbeherrschende Stellung. Der sachlich relevante Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitun-

gen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören (sog. „qualifizierte Wegenutzungsrechte“ im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG). Der örtlich relevante Markt ist das jeweilige Gemeindegebiet, wobei die Gemeinden insoweit hinsichtlich der Vergabe der Wegerechte ein Monopol haben (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, Rz. 18-24).

2.

Die Verfügungsbeklagte hat mit der Gestaltung ihres Auswahlverfahrens gegen §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, 46 Abs. 1, 1 EnWG verstoßen.

Die Gemeinden sind gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, im Einklang mit den Regelungen des EnWG und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung, verpflichtet, im Auswahlverfahren keinen Bewerber um die Konzession unbillig zu behindern oder zu diskriminieren. Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung. In verfahrensrechtlicher Hinsicht muss das Auswahlverfahren so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden. In materieller Hinsicht folgt aus dem Diskriminierungsverbot das allgemeine Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen. Diese werden für den Bereich der Konzessionsvergabe durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzungen des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren (BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, Rz. 25ff.).

Im vorliegenden Fall erfüllt die Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten diese Voraussetzungen weder in materieller, noch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Beim Hauptkriterium Ziffer 4 („Sonstige Belange der ██████████“) handelt sich nicht um

ein sachliches Auswahlkriterium. Zudem war das Auswahlverfahren hinsichtlich der Berücksichtigung dieses Kriteriums intransparent (a.). Darüber hinaus war die Auswahlentscheidung im Hinblick auf die fehlende Bepunktung von Unter-Unterkriterien intransparent (b.).

a.

Beim Hauptkriterium 4 („Sonstige Belange der [REDACTED]“) handelt es sich nicht um ein zulässiges, an den Zielen des § 1 EnWG („möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht“) ausgerichtetes Auswahlkriterium.

Der BGH führt in seinem Urteil v. 17.12.2013 (Az. KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, Rz. 53) aus, dass die Forderung nach einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung zwischen der Gemeinde und dem Anbieter, der den Netzbetrieb übernehmen möchte, in besonderem Maße mit der Gefahr eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde verbunden ist. Zum einen laufe eine Beteiligung Gefahr, die in der Konzessionsabgabenverordnung aufgestellten Grenzen für die Vereinbarung von Gegenleistungen (§ 3 Abs. 2 KAV) zu überschreiten oder zu umgehen. Zum anderen könne die Berücksichtigung einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung zu einer Verfälschung des Wettbewerbs auf Anbieterseite führen. Die Gemeinde könne sich mit einem eigenen Unternehmen oder einem Eigenbetrieb am Wettbewerb beteiligen und dabei verschaffe ihr ein Wertungskriterium „gesellschaftsrechtlicher Einfluss“ stets einen Vorteil gegenüber denjenigen Bewerbern, die die Aufgabe des Netzbetriebes eigenverantwortlich übernehmen wollen. Vor diesem Hintergrund ist nach der Rechtsprechung des BGH ein Auswahlkriterium „gesellschaftsrechtlicher Einfluss“ nur dann zulässig, wenn dem legitimen Interesse der Gemeinde, die Konkretisierung der energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des Netzbetriebs über die Laufzeit des Konzessionsvertrages nachzuhalten, nicht in anderer Weise, etwa durch die Regelungen des Vertragsrechts, angemessen Rechnung getragen werden kann.

Das Hauptkriterium 4 („Sonstige Belange der [REDACTED]“) betrifft im vorliegenden Fall die Frage eines „gesellschaftsrechtlichen Einflusses“ der Verfügungsbeklagten auf den Netzbetreiber. Dies ergibt sich zum einen aus den Unterkriterien und zum anderen aus dem Schreiben der Verfügungsbeklagten vom 20.12.2013 (Anlage ASt 4). In diesem Schreiben erläutert die Verfügungsbeklagte, dass die in Ziffer 4 mitgeteilten Auswahlkri-

terien der Auswahl eines Kooperationspartners dienen. Dass die Aufstellung der unter Ziffer 4 genannten Auswahlkriterien für die Verfügungsbeklagte zwingend erforderlich war, um die energiewirtschaftlichen Ziele des Netzbetriebes über die Laufzeit des Konzessionsvertrages zu erfüllen, ist von der Verfügungsbeklagten weder vorgetragen, noch ersichtlich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Verfügungsbeklagte einen den energiewirtschaftlichen Zielen entsprechenden Netzbetrieb auch ohne gesellschaftsrechtlichen Einfluss mit einem reinen Konzessionsvertragspartner erfüllen könnte. Die Aufstellung der unter Ziffer 4 genannten Auswahlkriterien war daher nicht zulässig.

Die Verfügungsbeklagte verweist hinsichtlich der Zulässigkeit dieser Auswahlkriterien auf ihre Ausführungen im Schreiben vom 20.12.2013 (Anlage ASt 4), wonach ein Kooperationsmodell nur dann zum Zuge komme, wenn dies auch unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG die beste Lösung darstelle. Die Verfügungsbeklagte hat damit ersichtlich versucht, den Vorgaben des BGH, wonach die Auswahlentscheidung vorrangig an Kriterien auszurichten sei, die die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren, zu entsprechen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sie unter Ziffer 4 unzulässige Auswahlkriterien aufgestellt hat.

Hinzu kommt, dass die Verfügungsbeklagte durch die eben genannte Formulierung im Schreiben vom 20.12.2013 Unklarheiten geschaffen hat, worauf es ihr bei der Auswahlentscheidung ankommt. Dies begründet einen Verstoß gegen das Transparenzgebot. Mit ihrem Hinweis, dass ein Kooperationsmodell nur dann zum Zuge komme, wenn dies auch unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG die beste Lösung darstelle, gab die Verfügungsbeklagte zu erkennen, dass für ihre Auswahlentscheidung die Hauptkriterien 1 bis 3 maßgeblich sind, also derjenige Bieter gewinnt, der bzgl. der Hauptkriterien 1 bis 3 das beste Angebot abgibt. Welche Berücksichtigung dann die Hauptkriterien 4 und 5 finden, führte die Verfügungsbeklagte jedoch nicht aus. Auch bleibt unklar, warum die Verfügungsbeklagte insbesondere unter Ziffer 4 Auswahlkriterien aufstellt, auf die insgesamt 15 Punkte entfallen, wenn diese bei der Auswahlentscheidung gar keine Rolle spielen sollen. Für einen Bieter könnte daher auch der Eindruck entstehen, dass es der Verfügungsbeklagten entgegen ihres Hinweises im Schreiben vom 20.12.2013 doch auf die Auswahlkriterien unter Ziffer 4 ankam, da sie diese ansonsten gar nicht aufgestellt hätte. Wenn ein Bieter diesen Eindruck gewonnen hat, war für ihn jedoch unklar, wie und in welchem Umfang die Kriterien Ziffer 4 berücksichtigt würden. Soweit die Ver-

fügungsbeklagte in der mündlichen Verhandlung hierzu auf Nachfrage ausgeführt hat, dass sie die Kriterien Ziffer 4 deshalb nicht gestrichen habe, weil diese z.B. im Falle eines Gleichstandes von Bewerbern eine Rolle hätten spielen können, unterstreicht dies die Intransparenz, weil eine solche Bedeutung der Kriterien den Bietern gerade nicht mitgeteilt wurde.

b.

Die Auswahlentscheidung war auch im Hinblick auf die fehlende Bepunktung der Unter-Unterkriterien intransparent.

Wie bereits ausgeführt wurde, muss das Auswahlverfahren so gestaltet sein, dass interessierte Bieter erkennen können, worauf es der Gemeinde bei ihrer Entscheidung ankommt. Hierzu gehört auch die Mitteilung sämtlicher Unterkriterien sowie eventueller Unter-Unterkriterien und deren Gewichtung, um Manipulationsmöglichkeiten auszuschließen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 3/13 (V), Rz. 128; LG Köln, Urteil v. 06.06.2014, Az. 90 O 169/13, Rz. 51).

Diesen Anforderungen ist die Verfügungsbeklagte vorliegend nicht gerecht geworden. Die Verfügungsbeklagte hat zwar ihre jeweiligen Unterkriterien mit Punkten versehen, nicht jedoch, soweit sie solche aufgestellt hat, die Unter-Unterkriterien. Dies betrifft die Kriterien Nr. 1.1, Nr. 1.3, Nr. 1.4, Nr. 2.1, Nr. 2.2, Nr. 3.1, Nr. 4.1, Nr. 4.2, Nr. 5.2 und Nr. 5.11. Durch diese fehlende Bepunktung der Unter-Unterkriterien wurden Manipulationsmöglichkeiten eröffnet. So enthält z.B. das Kriterium Nr. 3.1, auf das insgesamt 12 Punkte entfallen, zwei Unterkriterien, zum einen „Beratungsleistungen zur Entwicklung der lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung“ und zum anderen „Bürgerinformation zur Akzeptanzstärkung“. Da die Verfügungsbeklagte nicht angegeben hat, welche Punktzahlen auf die jeweiligen Unter-Unterkriterien entfallen, ist für potentielle Bieter unklar, welches Gewicht die Verfügungsbeklagte welchem Unter-Unterkriterium beimisst. Dies eröffnet Manipulationsmöglichkeiten, insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass auf beide Kriterien insgesamt 12 Punkte entfallen sollten.

c.

Da die Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten bereits aus den unter lit. a und lit. b dargestellten Gründen nicht diskriminierungsfrei erfolgt ist und mithin ein Verstoß

gegen §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, 46 Abs. 1, 1 EnWG vorliegt, kann dahinstehen, ob die Auswahlentscheidung auch an den weiteren, von der Verfügungsklägerin gerügten Mängeln leidet.

3.

Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten waren die eben dargestellten Fehler für die Auswahlentscheidung „kausal“.

Es geht im vorliegenden Fall nicht um eine Kausalität im eigentlichen Sinne, sondern um die Frage, ob ein fehlerhaftes Auswahlverfahren eine unbillige Behinderung im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellt. Dies ist dann zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte (vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Stromnetz Berkenthin, Rz. 99).

Hiervon kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die auf die unzulässigen Kriterien Ziffer 4 entfallenden 15 Punkte auf die anderen Kriterien verteilt oder neuen Kriterien zugeordnet worden wären. Insoweit ist nicht auszuschließen, dass die Bieter bei einer anderen Bewertungsmatrix entsprechend andere Angebote abgegeben hätten und das Bewertungsergebnis anders ausgefallen wäre. Gleiches gilt für die fehlende Bepunktung der Unter-Unterkriterien. Auch hier ist nicht auszuschließen, dass die Bieter ihre Angebote einer entsprechenden Gewichtung der Verfügungsbeklagten angepasst hätten und ein anderes Endergebnis erzielt worden wäre.

Hinzu kommt, dass die Verfügungsklägerin und die Nebenintervenientin bei den Hauptkriterien Ziffer 1 bis 3 lediglich 1,9 Punkte auseinanderlagen und bzgl. des Gesamtergebnisses lediglich 4,8 Punkte. Auf die unzulässigen Kriterien Ziffer 4 entfielen insgesamt 15 Punkte und auf die Unterkriterien, bei denen die Unter-Unterkriterien nicht bepunktet waren, insgesamt 59 Punkte. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer anderweitige Verteilung der auf das Kriterium Ziffer 4 entfallenden Punkte und einer Bepunktung der Unter-Unterkriterien ein gänzlich anderes Ergebnis erzielt worden wäre.

3.

Die Verfügungsklägerin ist mit ihren Einwendungen gegen das Auswahlverfahren nicht analog § 107 Abs. 3 GWB ausgeschlossen, auch wenn von der Verfügungsbeklagten bemängelt wird, dass die Verfügungsklägerin die nunmehr geltend gemachten Transparenzmängel während des laufenden Verfahrens nie gerügt habe.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 17.12.2013 (Az. KZR 66/12 - Stromnetz Ber-kenthin, Rz. 112 ff.) ausgeführt, dass im Verfahren zur Durchsetzung des Anspruchs auf Netzüberlassung nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG der im Auswahlverfahren unterlegene Altkonzessionär mit Einwendungen gegen das Auswahlverfahren grundsätzlich weder entsprechend § 107 Abs. 3 GWB, noch wegen unzulässiger Rechtsausübung ausgeschlossen ist. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung wäre es widersprüchlich und nicht im Sinne des hinter § 107 Abs. 3 GWB stehenden Beschleunigungsgedankens, den unterlegenen Altkonzessionär, vorliegend die Verfügungsklägerin, im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens mit Einwendungen auszuschließen und ihn darauf zu verweisen, diese zu einem viel späteren Zeitpunkt im Rahmen eines Verfahrens über den Anspruch auf Netzüberlassung geltend zu machen (vgl. auch LG Köln, Urteil v. 06.06.2014, Az. 90 O 169/13, Rz. 60).

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 101 ZPO.

Der Streitwert wurde gem. §§ 63 Abs. 2 GKG, 3 ZPO festgesetzt. Bei einem Unterlassungsanspruch ist die Beeinträchtigung zu schätzen, die von dem beanstandeten Verhalten verständigerweise zu besorgen ist und die mit der begehrten Maßnahme beseitigt werden soll (vgl. Zöller-Herget, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 3, Rn. 16 „Unterlassung“). Mit dem vorliegenden Verfahren soll die Unterzeichnung des Gaskonzessionsvertrages verhindert und der Anspruch der Verfügungsklägerin auf ein diskriminierungsfreies Auswahlverfahren gesichert werden. Das Interesse der Verfügungsklägerin hieran liegt als unterlegener Bieterin zum einen in einer frustrierten Gewinnerwartung und zum anderen in der Verhinderung der Rechtsfolge des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG (Netzübertragungsanspruch des Neukonzessionärs). Vor diesem Hintergrund schätzt die Kammer das Interesse der Verfügungsklägerin auf 250.000 € (vgl. auch die Streitwertfestsetzung in dem gleich gelagerten Verfahren LG Köln, Urteil v. 06.06.2014, Az. 90 O 169/13).

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 Euro übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat. Die Beschwerde ist binnen sechs Monaten bei dem

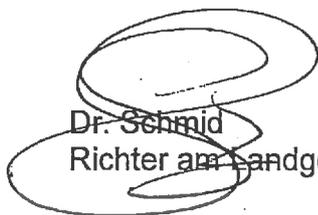
Landgericht Stuttgart
Urbanstr. 20
70182 Stuttgart

einzulegen. Die Frist beginnt mit Eintreten der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf der sechsmonatigen Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Die Beschwerde ist schriftlich einzulegen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des genannten Gerichts. Sie kann auch vor der Geschäftsstelle jedes Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden; die Frist ist jedoch nur gewahrt, wenn das Protokoll rechtzeitig bei dem oben genannten Gericht eingeht. Eine anwaltliche Mitwirkung ist nicht vorgeschrieben.



Stefani
Vors. Richter am
Landgericht



Dr. Schmid
Richter am Landgericht



Rank
Richterin am Landgericht