



Beglaubigte Abschrift



Oberlandesgericht Dresden

Kartellsenat

Aktenzeichen: **U 1/19 Kart**
Landgericht Leipzig, 05 O 2411/18

Verkündet am: 18.09.2019

Matthes, Justizobersekretärin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

vertreten durch die Geschäftsführer

- Verfügungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

vertr.d.d. Oberbürgermeister

- Verfügungsbeklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

vertreten durch den Geschäftsführer

- Nebenintervenientin -

Prozessbevollmächtigte:

wegen kartellrechtlicher Forderung

hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Dr. Klose,
Richterin am Oberlandesgericht Krüger und
Richter am Oberlandesgericht Kühn

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.08.2019

für Recht erkannt:

1. Die Berufung gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig vom 18. Januar 2019 (5 O 2411/18) wird zurückgewiesen.
2. Die Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die Nebenintervenientin hat ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e :

Die Berufung war zurückzuweisen, weil die angefochtene Entscheidung im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden ist.

I.

Die Parteien streiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes um die Berechtigung der Verfügungsbeklagten, mit der Nebenintervenientin einen Strom- sowie einen Gaskonzessionsvertrag zu schließen. Die Verfügungsklägerin bewarb sich form- und fristgerecht um die beiden von der Verfügungsbeklagten ausgeschriebenen Konzessionsverträge. Entsprechend eines Stadtratsbeschlusses vom 26. März 2018 sollen die Verträge mit der Nebenintervenientin geschlossen werden. Dies teilte die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin mit zwei Schreiben jeweils vom 22. Juni 2018 mit. Zur Begründung führte die Verfügungsbeklagte an, die Nebenintervenientin habe jeweils mehr Punkte erhalten als die Verfügungsklägerin. Zur weiteren Begründung überließ die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin in weiten Teilen

geschwärzte Auswahlvermerke. Nachdem die Verfügungsklägerin dies moniert hatte, übersandte die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin eine „etwas weniger“ geschwärzte Fassung des Auswahlvermerkes.

In I. Instanz hat die Verfügungsklägerin behauptet, die Verfügungsbeklagte habe sie nicht darauf hingewiesen, dass die Regelungen im Konzessionsvertrag die Zusage zu konzeptionellen Aussagen bezüglich eines Auswahlkriteriums im Netzwirtschaftskonzept darstellen würden. Auf die Notwendigkeit, die Zusagen im Konzessionsvertrag auch in das Netzbetreiberkonzept aufzunehmen, sei nicht hingewiesen worden. Außerdem habe die Verfügungsbeklagte nicht darauf hingewiesen, dass bei der Nichteinhaltung der vorstehenden Vorgabe zusätzliche Regelungen in dem Konzessionsvertrag keine Berücksichtigung finden würde. Im Anschluss an die Bietergespräche habe die Verfügungsbeklagte die Bieter dazu aufgefordert, freiwillig Nebenangebote abzugeben. Es sei lebensfremd anzunehmen, dass im Auswahlverfahren über diese Nebenangebote nicht gesprochen worden sei. Die Verfügungsklägerin hat die Auffassung vertreten, die Verfügungsbeklagte habe gegen das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot verstoßen und nicht hinreichend kenntlich gemacht, worauf die Auswahlentscheidung beruhen solle. Diese sei intransparent gewesen. Sowohl das Absageschreiben als auch die nachgebesserte Akteneinsicht sei nicht geeignet gewesen, die Transparenz herzustellen. Beim Netzbetriebskonzept seien eine Vielzahl von Bewertungsfehlern zu verzeichnen gewesen. Insbesondere hätte die Verfügungsklägerin davon ausgehen dürfen, dass die Regelungen im Konzessionsvertrag auch bewertungsrelevant berücksichtigt würden.

Wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Die Verfügungsbeklagte hat die Auffassung vertreten, der Verfügungsklägerin sei in dem Umfang Akteneinsicht gewährt worden, in dem sie ein legitimes Interesse haben geltend machen können. Die Verfügungsbeklagte habe auch die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Mitbewerber wahren müssen. Bei Spalten, in denen die Verfügungsklägerin mit der Höchstpunktzahl bewertet worden sei, habe sie kein legitimes Interesse an einer weitergehenden Offenlegung. Die Bewertung sei nicht intransparent. Zudem habe die Verfügungsklägerin eine Intransparenz auch nicht fristgerecht gerügt.

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Parteivorbringens wird ergänzend auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Mit Urteil vom 18. Januar 2019 hat die 5. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig der Verfügungsbeklagten untersagt, die Wegenutzungsverträge für den Betrieb eines Stromnetzes und eines Gasverteilungsnetzes auf Grundlage des Stadtratsbeschlusses vom 26. März 2018 abzuschließen. Ein Verfügungsgrund ergebe sich bereits aus § 46 EnWG. Der Verfügungsanspruch folge aus einem Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot, §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 1 BGB und 33 GWB. Die Verfügungsbeklagte habe gegen das Transparenzgebot verstoßen, das wiederum ein notwendiger Ausfluss des Wettbewerbs sei. Wesentlich werde das Transparenzgebot durch die öffentliche Ausschreibung verwirklicht. Ein Verstoß dagegen sei schon deshalb gegeben, weil dem Akteneinsichtsrecht aus § 47 Abs. 1 EnWG nicht entsprochen worden sei und die Verfügungsklägerin dies fristgerecht gerügt habe. Die teilweise geschwärzten Auszüge seien nicht geeignet gewesen, dem Erfordernis der Gewährung von Akteneinsicht Genüge zu tun. Die Verfügungsbeklagte habe im Hinblick auf die Schwärzungen kein überragendes Geheimhaltungsinteresse dargelegt und unter Beweis gestellt. Zudem habe die Verfügungsbeklagte auch gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen. Dieses ziele darauf ab, zu verhindern, dass Gemeinden bei der Auswahlentscheidung bestimmte Bewerber ohne sachgemäße für sie sprechende Entscheidungskriterien bevorzugen würden. Alle Bewerber müssten nämlich im Auswahlverfahren die gleichen Chancen haben. Eine Diskriminierung könne sich - wie hier - bereits aus der Ausschreibung ergeben, wenn diese sachfremde Kriterien vorsehe. Dabei komme nicht darauf an, ob die sachfremden Teile in Nebenangebote verlagert seien. Die Verfügungsbeklagte habe zu Nebenangeboten über eine Kooperation für den Betrieb des Versorgungsnetzes aufgefordert. Das Kriterium der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung könne nur in den Fällen ausnahmsweise berechtigt sein, die ein legitimes Interesse daran erfordern würden. Diese seien nicht dargelegt.

Gegen das ihr am 22. Januar 2019 zugestellte Urteil hat die Verfügungsbeklagte mit am 11. Februar 2019 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tage Berufung eingelegt und diese innerhalb der bis zum 18. April 2019 verlängerten Berufungsbeurkundungsfrist form- und fristgerecht begründet.

Im Hinblick auf den von der 5. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig angenommenen Verstoß gegen das Transparenzgebot durch die Übergabe teilgeschwärzter Auswahlvermerke hätten sich bereits die Umstände geändert. Mit Schreiben vom 31. Januar 2019 habe die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin die Auswahlvermerke vollständig und ungeschwärzt zur Verfügung gestellt. Damit sei ein Transparenzmangel, wenn er denn vorgelegen haben sollte, jedenfalls geheilt. Einsicht in die Bewerbungsunterlagen des ausgewählten Bewerbers könne

die Verfügungsklägerin nicht verlangen. Durch das Einräumen der Möglichkeit zur Abgabe von Nebenangeboten für eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an einem Unternehmen eines Bewerbers im Rahmen der Durchführung eines Strom- und Gaskonzessionsvertrages werde keine Diskriminierung begründet. Diese habe auf das Auswahlverfahren keinen Einfluss gehabt. Das Ermöglichen der Abgabe von Nebenangeboten behindere die Bewerber nicht unbillig i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Das Angebot der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung wirke sich auf das Konzessionsvergabeverfahren nicht aus. Die Abgabe sei freiwillig. Zu ihr sei weder aufgefordert noch sei diese erbeten worden. Stattdessen sei lediglich die Möglichkeit gewährt worden, ein Angebot abzugeben. Die Freiwilligkeit der Abgabe ergebe sich auch aus den Verfahrensbriefen. Es sei zulässig, dass sich Kommunen an Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreibern beteiligen würden. Das unterliege gerade nicht dem Vergaberecht des GWB. Lediglich ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungs- und Dienstleistungsvertrag müsse ausgeschrieben werden. Diese Ausschreibungspflicht habe die Konzessionsverträge betroffen, nicht jedoch die Suche nach einem Kooperationspartner. Diese dürfe auch mit dem Konzessionsvergabeverfahren verbunden werden. Es unterliege der Entscheidung des Konzessionsgebers, ob er ein- oder zweistufig vorgehe. Bei beiden Verfahren müsse eine getrennte und unmittelbare Bewertung ausschließlich um die Wegekonzession möglich sein. Bei dem einstufigen Verfahren sei die Kommune in der Reihenfolge der Art und der Auswahl ihrer Vertragspartner frei. Zudem sei die Verfügungsklägerin mit der Rüge der Unzulässigkeit des Nebenangebotes gemäß § 57 Abs. 5 S. 1 EnWG präkludiert. Sie habe die Unzulässigkeit des Nebenangebotes mit Schreiben vom 18. August 2017 gegenüber der Verfügungsbeklagten gerügt. Dieser habe der Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 25. August 2017 mitgeteilt, dass sie nicht abhelfe und die Abgabe von Nebenangeboten weiterhin möglich sei. Mit Schreiben vom 31. Januar 2018 habe die Verfügungsklägerin erneut gerügt, dass die Gewährung der Möglichkeit des Nebenangebotes gegen das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot verstoße. Erneut habe die Verfügungsbeklagte mitgeteilt, dass sie nur insoweit abhelfe, als sie sämtliche Nebenangebote der Bewerber erst öffne, nachdem alle Bewerber über das Ergebnis der Auswahlentscheidung informiert worden seien. Einstweiligen Rechtsschutz habe die Verfügungsklägerin insoweit nicht in Anspruch genommen. Es sei gerade Sinn und Zweck der Präklusionsvorschrift, dass sich die betroffenen Unternehmer aktiv am Vergabeverfahren beteiligen und Streitige Fragen im Verlaufe des Verfahrens klären würden. Die von der 5. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig angeführten Bewertungsfehler würden nicht zutreffen. Auch die nach der Übersendung der ungeschwärzten Auswahlvermerke erhobenen Rügen würden nicht durchdringen.

Die Nebenintervenientin hält die Vergabe an sie für rechtmäßig. Die der Verfügungsbeklagten

gewährte Akteneinsicht sei rechtmäßig und ausreichend gewesen. Nach der Übersendung der ungeschwärzten Auswahlvermerke sei es der Verfügungsklägerin - wie geschehen - möglich gewesen, ergänzende Rügen anzubringen. Die Verfügungsklägerin verhalte sich widersprüchlich, weil sie selbst ihr Angebot als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis behandelt haben wolle. Die Abfrage von Nebenangeboten sei rechtmäßig gewesen. Sie sei keine Bedingung und auch kein Auswahlkriterium gewesen. Es entspreche der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass die Konzessionsvergabe und die Kooperationspartnersuche verbunden werde. Das konkrete Konzessionsverfahren sei nicht beeinflusst worden. Dies sei schon durch das spätere Öffnen der Umschläge sichergestellt. Im Übrigen sei die Verfügungsklägerin mit diesem Einwand präkludiert.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

das am 18. Januar 2019 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig (5 O 2411/18) abzuändern und den Antrag der Verfügungsklägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Nebenintervenientin schließt sich dem Antrag der Verfügungsbeklagten an.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Berufung sei schon deshalb unbegründet, weil die Verfügungsbeklagte nach § 47 Abs. 6 EnWG infolge der erweiterten Akteneinsicht und der von ihr vorgebrachten Rügen derzeit ohnehin daran gehindert sei, einen Vertrag mit der Nebenintervenientin abzuschließen. Bis zum Ablauf der Fristen aus § 47 Abs. 2 S. 3 und Abs. 5 S. 1 EnWG bestehe der Unterlassungsanspruch nach dem Gesetz. Auf die von der Verfügungsklägerin nach der Übersendung der ungeschwärzten Auswahlvermerke fristgerecht vorgebrachten Rügen müsse die Verfügungsbeklagte mit einer Abhilfe- oder mit einer Nichtabhilfeentscheidung reagieren. Hinsichtlich Letzterer würde der Verfügungsklägerin erneut die Möglichkeit zur Seite stehen, einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Es komme auch nicht darauf an, ob die Verfügungsbeklagte mit der nunmehr erfolgten Übersendung ungeschwärzter Unterlagen dem Transparenzgebot entsprochen habe. Die materiell-rechtliche Ausgestaltung des Konzessionierungsverfahrens verhindere die Möglichkeit der Verfügungsbeklagten, sich gemäß § 927 ZPO auf veränderte Umstände zu berufen. Im Berufungsverfahren könne sich die Verfügungsbeklagte dar-

auf gemäß § 531 ZPO jedoch ohnehin nicht berufen. Jedenfalls sei durch die Regelung der Präklusion in § 46 Abs. 2 EnWG auch das Nachschieben von Gründen ausgeschlossen. Der Gesetzgeber habe das Nachschieben von Gründen im Vergabeverfahren bewusst eingeschränkt. Das ergebe sich auch aus dem vorgesehenen Rechtsweg im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes. Bei der Streitentscheidung komme es allein auf die Unterlagen an, die die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin unter dem 7. August 2018 zur Verfügung gestellt habe. Selbst wenn es darauf nicht ankommen sollte, wäre ein Verstoß gegen das Transparenzgebot jedenfalls dadurch begründet, dass die Auswahltabellen, nicht aber die Angebote vorgelegt worden seien. Die Verfügungsklägerin könne so nicht überprüfen, ob die Angebotsbestandteile der Nebenintervenientin zutreffend wiedergegeben worden seien. Das habe die Verfügungsklägerin bestritten. Eine prozessuale Regelung, wonach ein Bieter und auch das Gericht der vergebenden Stelle die Richtigkeit der Übertragung schlicht glauben müsse, sei nicht existent. Die Aufforderung dazu, Nebenangebote für eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung abzugeben, sei rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen verwiesen.

II.

Die Berufung der Verfügungsbeklagten hat keinen Erfolg.

A.

Einen Verfügungsgrund musste die Verfügungsklägerin gemäß § 47 Abs. 5 S. 3 EnWG nicht glaubhaft machen. Zudem ist dieser auch gegeben, weil die Verfügungsbeklagte durch einen Vertragsschluss mit der Streithelferin auch dann an einem Vertragsschluss mit der Verfügungsklägerin gehindert wäre, wenn sich im Verlauf der rechtlichen Auseinandersetzungen ein Anspruch der Verfügungsklägerin auf Abschluss des Vertrages herausstellen sollte.

B.

I.

Die Verfügungsklägerin hat gemäß §§ 935, 940 ZPO einen Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht. Der von ihr geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung des beabsichtigten Vertragsschlusses ergibt sich aus § 33 Abs. 1, 2 GWB. Nach § 33 Abs. 2 GWB besteht bereits

bei drohender Zuwiderhandlung ein Unterlassungsanspruch eines Marktbeteiligten gegen denjenigen, der möglicherweise gegen eine Vorschrift des GWB verstößt.

II.

Die Verfügungsbeklagte hat durch ihre Entscheidung gegen das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot verstoßen. Deshalb ist sie daran gehindert, den von ihrem Stadtrat beschlossenen Vertrag mit der Nebenintervenientin abzuschließen.

1)

Die Unterlassungsverfügung richtet sich mit der Verfügungsbeklagten gegen den richtigen Adressaten. Die Verfügungsbeklagte ist zum Unterlassen des Vertragsschlusses verpflichtet. Als Gemeinde handelt sie beim Vertragsschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Ihr kommt dabei eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 18 GWB zu. Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Strom und Gas gehören. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Verbrauchern im Gemeindegebiet eignen. Dieser Markt ist gleichartigen Unternehmen auch üblicherweise zugänglich. Denn der Zugang zum Wegenutzungsrecht ist dadurch eröffnet, dass die Verfügungsbeklagte aufgrund der Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG fremde Unternehmen dazu aufzufordern hat, sich im Wettbewerb um die Konzessionen zu bewerben. Damit ist die Verfügungsbeklagte gemäß § 19 Abs. 2 GWB dazu verpflichtet, im Auswahlverfahren keinen Bewerber um die Konzession unbillig zu behindern oder zu diskriminieren. Diese Verpflichtung stimmt mit den Regelungen des Energiewirtschaftsrechts und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) überein (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12, NVwZ 2014, 817, 822). Aus der Bindung der Verfügungsbeklagten an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene, als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung, denen die Verfügungsbeklagte nicht hinreichend genügt hat.

(a)

Das Auswahlverfahren muss zunächst so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen konnten, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankam. Nur dann ist es nämlich gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung in unverfälschtem Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das aus

dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am jeweiligen Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - Stromnetz Heiligenhafen, NVwZ 2014, 817, 821 m.w.N.). Das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende allgemeine Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen, wird für den Bereich der Konzessionsvergabe durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Danach ist die Auswahlentscheidung vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 EnWG konkretisieren (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, NVwZ 2014, 807, 810). Es soll damit derjenige neue Netzbetreiber ermittelt werden, der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept am besten geeignet ist, beim Netzbetrieb eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene örtliche Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität bzw. Gas zu gewährleisten.

(b)

Bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens und dessen Entscheidung unterliegt die Gemeinde zudem dem Gebot der Neutralität, das, abgeleitet als allgemeiner Rechtsgedanke aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot der Verfügungsbeklagten ein Richten in eigener Sache verbietet. Daraus folgt das Gebot einer ausreichenden personellen organisatorischen Trennung zwischen verfahrensleitender Stelle und Bieter, wie auch das Verbot der Vorfestlegung der Kommune zugunsten eines bestimmten Bieters. Genügt eine Konzessionsvergabe - wie hier - diesen Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzessionierung dadurch beeinträchtigt sind.

2)

Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass die mit Beschluss des Stadtrats der Verfügungsbeklagten vom 26. März 2018 getroffene Entscheidung, die Stromkonzession und die Gaskonzession an die Nebenintervenientin zu vergeben, eine unbillige und damit eine gegen das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. § 19 GWB verstoßende Vorgehensweise darstellt. Nach § 19 Abs. 2 S. 1 GWB liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrage einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert. Die Verfügungsbeklagte erfüllt die Voraussetzungen eines marktbeherrschenden Unternehmens i.S.d.

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Marktbeherrschend im Sinne dieser Vorschrift ist gemäß § 18 Abs. 1 Ziff. 1 GWB ein Unternehmen, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder von gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Als Kommune handelt die Verfügungsbeklagte bei Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts. Auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ist sie ohne Wettbewerber. Der für die Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung sachlich relevante Markt ist der des Angebots von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Versorgungsnetz gehören. Auf diesem Markt stehen sich die Verfügungsbeklagte als Kommune als ausschließlicher Anbieter des Wegerechts für die Gas- und Stromversorgung und die Bewerber als Nachfrager gegenüber. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gebiet der Verfügungsbeklagten beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Wasserrohrleitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeinde- und Stadtgebiet eignen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12, NVwZ 2014, 817, 819).

3)

Schließlich hat die Verfügungsklägerin auch die Voraussetzungen einer unbilligen Behinderung gemäß § 19 Abs. 2 Ziff. 1 GWB glaubhaft gemacht. Ob ein Auswahlverfahren Bewerber um eine Konzession i.S.v. § 19 Abs. 2 Ziff. 1 GWB unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbes und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist. Bei der Vergabe von Gaskonzessionen gilt nichts anderes als bei der Vergabe von Stromkonzessionen. Eine unbillige Behinderung von Bewerbern um eine Konzession liegt vor, wenn die Chancen von Bewerbern auf den Abschluss eines Konzessionsvertrags dadurch beeinträchtigt werden, dass die Auswahlentscheidung die an sie zu stellenden verfahrensbezogenen materiellen Anforderungen nicht erfüllt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12, NVwZ 2014, 817, 820). Grundlegend verfahrensbezogene materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung ergeben sich aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot, dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG in Gestalt des Willkürverbotes und den primärrechtlichen Grundsätzen des AEUV, sowie die sich daraus ergebenden allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit.

(a)

Die Verfügungsbeklagte hat gegen das Transparenzgebot verstoßen und die Verfügungskläge-

rin dadurch unangemessen benachteiligt, indem sie dieser keine hinreichende Akteneinsicht gewährt hat. Das aus dem Diskriminierungsverbot abgeleitete Transparenzgebot stellt an die Gemeinde die Anforderung, den an dem jeweiligen Netzbetrieb interessierten Unternehmen ihre Entscheidungskriterien so rechtzeitig mitzuteilen, dass die Unternehmen erkennen können, worauf es der Kommune ankommt (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 3. November 2017 - 11 U 51/17, NWZ-RR 2018, 485). Das betrifft nicht nur das Bieterverfahren, sondern setzt sich auch in dem Überprüfungsverfahren nach § 47 EnWG fort. Das folgt schon daraus, dass dem Unternehmen gemäß § 47 Abs. 3 EnWG zur Begründung einer Rüge Akteneinsicht zu gewähren ist. Diese Regelung dient wesentlich der Verwirklichung des Anspruchs auf vollständige Information auch im Rechtsmittelverfahren. Die somit erforderliche Akteneinsicht hat die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin jedoch durch die Übergabe eines zumindest teilweise geschwärzten Auswahlvermerkes im Auswahlverfahren nicht gewährt. Auch die Übersendung des ungeschwärzten Auswahlvermerkes im Berufungsverfahren reichte zur Herstellung einer hinreichenden Transparenz nicht aus. Dieser Auswahlvermerk enthält nämlich auch nach der Behauptung der Verfügungsbeklagten alleine eine Zusammenfassung der in die Bewerbung eingeflossenen aus den Bewerbungsunterlagen hervorgehenden Daten. Die Verfügungsklägerin hat die Vollständig- und Richtigkeit dieser Übertragung gemäß § 138 Abs. 4 ZPO zulässig mit Nichtwissen bestritten, weil diese Tatsachen nicht Gegenstand ihrer Wahrnehmung waren. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Richtigkeit der Übertragung anwaltlich versichert worden ist und die Verfügungsklägerin keine konkreten Zweifel an der Richtigkeit der Übertragung glaubhaft gemacht hat. Das Erfordernis der Einsichtnahme in die vollständigen Bewerbungsunterlagen folgt schon daraus, dass für die Bewerbung sich nicht nur harte Kriterien, die sich etwa in der Anzahl von Personen, in Kilogramm oder in Metern messen lassen, Übertragungsfehler nicht ausgeschlossen werden können, die nur durch eine Akteneinsicht aufgedeckt werden können. Erst recht gilt das für weiche Kriterien, die bei ihrer Zusammenfassung der Gefahr einer gekürzten Wiedergabe oder eines (wenn auch ungewollten) Bedeutungswandels unterliegen können. Für den unterlegenen Bewerber ist damit die Einsichtnahme in die Bewerbung zur Überprüfung der Richtigkeit der Übertragung zwingend erforderlich. Das gilt auch dann, wenn der Bewerber in dieser Rubrik 10 Punkte erhalten hat, weil auch in diesen Fällen die Begründung der Bewertung durch die Verfügungsbeklagte erforderlich ist. Ob das Recht auf Akteneinsicht insoweit nicht besteht, wenn der Bewerber in einer Rubrik die volle Punktzahl und der ausgewählte Bewerber keinen Punkt erhalten hat, war nicht zu entscheiden, weil dieser Sachverhalt hier so nicht ausdrücklich vorgetragen worden ist. Ihrer aus dem zulässigen Bestreiten der Richtigkeit der Übertragung folgenden Darlegungspflicht für die Richtigkeit der Übertragung auf den Auswahlvermerk kann die Verfügungsbeklagte letztlich alleine durch die Gewährung von Einsicht in die dafür

maßgeblichen Ausschreibungsunterlagen genügen. Soweit sie sich aus Gründen des Geheimnisschutzes daran gehindert sieht, hätte sie dies im Einzelfall substantiiert darlegen müssen (vgl. OLG Dresden (Kartellsenat), Urteil vom 10. Januar 2018 - U 4/17 Kart, zit. nach juris). An dieser Rechtsauffassung hält der Senat auch bei der Anwendung des nunmehr geltenden Rechts fest. Ergänzend ist anzuführen, dass sich die Verfügungsbeklagte entgegen ihrer Auffassung auch nicht auf das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der anderen Bewerber berufen kann. Diese haben nämlich (wie auch die Verfügungsklägerin) ihre jeweilige Bewerbung in dem Bewusstsein abgegeben, dass diese im Falle ihres Erfolges der Überprüfung durch Mitbewerber unterliegen kann. Dadurch ist es vorhersehbar notwendig, dass die Mitbewerber auch Kenntnis von dem Inhalt der obsiegenden Bewerbung erhalten müssen, um diese zu überprüfen und bei Erfordernis auch rechtliche Schritte unternehmen zu können. Der Inhalt der jeweils eigenen Bewerbung ist damit in dem Umfang der Notwendigkeit seiner Überprüfung durch abgelehnte Bewerber ein lediglich relatives Geschäftsgeheimnis, auf das sich der obsiegende Bewerber und erst recht die Verfügungsbeklagte nicht pauschal berufen kann. Vielmehr kann das Geheimhaltungsinteresse des ausgewählten Bewerbers einem Akteneinsichtsrecht der abgelehnten Bewerber nur dann vorgehen, wenn und soweit konkrete Gefahren durch die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses für den ausgewählten Bewerber glaubhaft gemacht werden. Insoweit kann dann eine so begründete Teilschwärzung der dem Auswahlvermerk zugrunde liegenden Bewertungsunterlagen erfolgen. Daran fehlt es jedoch insgesamt. Der lediglich pauschale Verweis auf das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Bewerber kann auch deshalb nicht durchgreifen, weil die Akteneinsicht dem unterlegenen Bewerber unter Hinweis auf das zwingend zu wahrende Betriebs- und Geschäftsgeheimnis übergeben werden kann. Nutzt dieser die aus der Akteneinsicht erlangten Erkenntnisse über das Verfahren hinausgehend, droht ihm eine Strafbarkeit, etwa gemäß § 203 Abs. 1 Ziff. 7 StGB, wonach das unbefugte Offenbaren eines Geschäftsgeheimnisses, das Angehörigen eines Unternehmens anvertraut wurde, unter Strafe gestellt ist. Erweitert wurde dieser Schutz zudem durch das am 26. April 2019 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) vom 18. April 2019, das in § 10 eine zivilrechtliche Haftung und in § 23 strafrechtliche Verantwortung bei Verstößen gegen die Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses vorsieht.

(b)

Unabhängig davon hat die Verfügungsbeklagte auch gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, indem sie zusammen mit der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes auch zur Abgabe eines Nebengebotes zur Eingehung einer Kooperation gegen das Diskriminierungsverbot aufgefordert hat. Die Verfügungsbeklagte hatte das Diskriminierungsverbot zu

beachten (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, NVwZ 2014, 807, 809). Das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende allgemeine Gebot einer Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, NVwZ 2014, 807, 810), wird für den Bereich der Konzessionsvergabe durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren. Auswahlkriterien, die weder Konzessionsabgaben rechtlich zulässige Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung noch die Ausrichtung des Netzbetriebes auf die Ziele des § 1 EnWG betreffen, sind unzulässig (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, NVwZ 2014, 807, 811). Das energiewirtschaftliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leistungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auch auf erneuerbaren Energien beruht, vereint mehrere Einzelziele, die einer unterschiedlichen Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Kommune zugänglich sind. Damit wird der Planungsfreiheit der Gemeinde und der durch die Gemeindeorgane vermittelten wirksamen Teilnahme der Gemeindebürger an den Angelegenheiten des örtlichen Gemeinwesens Rechnung getragen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, NVwZ 2014, 807, 811). Das führt jedoch nicht dazu, dass mit der Konzessionsabgabe nicht unmittelbar zusammenhängende Kriterien Beachtung finden dürfen. Die Zulässigkeit der besseren Bewertung eines Angebotes, in dem der Gemeinde zur Sicherung ihrer Einflussmöglichkeiten eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung angeboten worden ist, bürgt jedoch in einem besonderen Maß die Gefahr des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde an sich. Da sich die Kommunen auch mit Eigengesellschaften an dem Wettbewerb beteiligen dürfen und können, haben sie bei der Anwendung des Kriteriums des gesellschaftsrechtlichen Einflusses stets einen Vorteil gegenüber den anderen Bewerbern. Das kann nur dann hingenommen werden, wenn „dem legitimen Interesse, die Konkretisierung der energiewirtschaftlichen Ziele des Netzbetriebes über die Laufzeit des Konzessionsvertrages nachzuhalten, nicht in anderer Weise - etwa durch Regelungen des Vertragsrechts - angemessen Rechnung getragen werden kann“ (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, NVwZ 2014, 807, 812). Hierfür ist dem Vorbringen der Verfügungsbeklagten aber nichts zu entnehmen. Der Senat verkennt nicht, dass die Vergabe der Konzession an Eigenbetriebe selbst noch keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsgebot in der Form eines Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot begründet (KG, Urteil vom 04. April 2019 - 2 U 5/15 Kart). Jedoch müssen auch in diesem Fall der Geheimwettbewerb, der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Neutralitätsgebot gleichermaßen gewahrt werden (OLG Karlsruhe, Urteil vom 03. April 2017 - 6 U 152/16). Diese Anforderungen sind unabhängig davon einzuhalten, ob - wie hier - die Aufforderung zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung zumindest formal ge-

trennt von der Entscheidung über die Ausschreibung der Konzessionserteilung erfolgt, aber ein Einfluss des Nebenangebotes auf die Konzessionsentscheidung besteht. Auch hier muss der Einfluss des Nebenangebots auf die Konzessionsentscheidung für den Bieter unzweifelhaft erkennbar ausgeschlossen werden können. Es muss also das Verfahren über die Konzessionserteilung von dem Verfahren über die Entscheidung über das Nebenangebot vollständig getrennt sein. Eine solche hinreichende Trennung hat der 2. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf in einem Fall angenommen, in dem parallel zur Interessensbekundungsfrist auch Gespräche über einen Konsortialvertrag geführt wurden und die dortige Antragsgegnerin nicht selbst oder mit einer Untergliederung als Bieterin beteiligt war (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Juni 2018 - VI 2 U 7/16). Diese klare Trennung hat die Verfügungsbeklagte jedoch nicht durchgeführt. Sie hat zunächst durch die einheitliche Ausschreibung der Konzessionen und der Interessenerklärung den Eindruck einer möglichen wirtschaftlichen Verbindung der beiden Angebote, die zudem jeweils verbindlich sein mussten, erweckt. Diesen Eindruck hat sie auch nicht dadurch, dass sie in den Verfahrensbriefen später mitgeteilt hat, die Briefe würden nicht vor der Entscheidung über die Konzessionsvergabe geöffnet, nicht hinreichend klar außer Kraft gesetzt. Der jeweilige Entscheidungsträger war identisch. Art, Umfang und Dauer der jeweiligen Verträge stehen der Einnahme eines gemäß § 53 Abs. 2 SächsGemO vom Bürgermeister in eigener Zuständigkeit zu erledigenden Geschäfte der laufenden Verwaltung entgegen, so dass jeweils die Zustimmung des Stadtrates, also eines einheitlichen Entscheidungsträgers, für beide Verträge herbeigeführt werden musste. Die Verfügungsbeklagte hat durch ihr Vorgehen und das Schreiben vom 18. Januar 2017 mit der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes den Anschein erweckt, dass die Abgabe eines entsprechenden Angebotes entscheidungsrelevant sein kann. Die Verbindung des Konzessionsvertrages und der geplanten gesellschaftsrechtlichen Verbindung war gerade Anlass dafür, dass der Stadtrat der Verfügungsbeklagten später beschlossen hat, die ursprünglich ohne eine Ausschreibung der Kooperation erfolgte Ausschreibung zurückzunehmen und wie geschehen erneut auszuschreiben. Genau das wurde den Bietern auch mit Schreiben vom 13. Dezember 2016 mitgeteilt. Die Verfügungsbeklagte habe ein großes Interesse daran, Kooperations- bzw. Beteiligungsmodelle mit dem Versorger einzugehen, weshalb die ursprüngliche Ausschreibung aufgehoben worden sei. In dem jetzt anhängigen Konzessionierungsverfahren teilte die Verfügungsbeklagte den Konzessionsbewerbern mit Schreiben vom 3. August 2017 ergänzend mit: „Den Bewerbern wird im Zusammenhang mit der Abgabe eines Angebotes zum Abschluss des (...) Konzessionsvertrages hiermit die Möglichkeit gegeben, der ein (nicht zu bewertendes) Nebenangebot auf die Eingehung einer Kooperation zu unterbreiten, die sich auf den Betrieb des (...) Versorgungsnetzes bezieht. Die ... ist insoweit an einer (nicht nur unerheblichen) Beteiligung an dem Netzbetriebsunternehmen des

Bewerbers interessiert. (...) Die ... weist an dieser Stelle ausdrücklich darauf hin, dass die Abgabe eines solchen Nebenangebotes auf freiwilliger Basis erfolgt und in (...) Konzessionsverfahren nicht zwingend ist. Ein Bewerber kann sich auch nur allein auf die (...) Konzession bewerben, ohne ein Nebenangebot abzugeben. Das Nebenangebot wird von der Vergabe des Stromkonzessionsvertrages streng getrennt, d. h. es fließt nicht in die Bewertung des Angebotes zum Abschluss eines Stromkonzessionsvertrages ein. Gibt ein Bewerber kein Nebenangebot ab, ergeben sich daraus für ihn im Konzessionsverfahren keine Nachteile. Umgekehrt ergeben sich für Bewerber, die ein Nebenangebot abgeben, keine Vorteile im Konzessionsverfahren.“ Dieser verbale Ausschluss der Bedeutung der Nebenangebote für die Auswahl im Konzessionsverfahren reicht jedoch für die Herstellung der Gewissheit einer vollständigen Trennung der beiden Verfahren und vor allem der umfassenden Bedeutungslosigkeit des jeweiligen Nebenangebotes für die Konzessionsentscheidung nicht aus. Eine zumindest mittelbare Verbindung ergibt sich bereits aus der verbundenen Ausschreibung und dem erbetenen zeitlichen Gleichlauf der abzugebenden (verbindlichen) Angebote, die ursprünglich in einem Umschlag abgegeben werden sollten. Für jeden Bieter musste sich aus der Historie des Vergabeverfahrens und aus dieser Tatsache ergeben, dass das Nebenangebot nicht gänzlich unerheblich war, zumal nur eine wesentliche Bedeutung des Nebenangebotes für die Verfügungsbeklagte die organisatorischen und zeitlichen Mehraufwendungen erklären ließ, die durch den Abbruch des vorhergehenden Verfahrens ausgelöst worden sind. Dies musste bei den Bewerbern selbst dann, wenn die Verfügungsbeklagte, was ihrem Vorbringen nicht hinreichend klar zu entnehmen ist, innerhalb ihrer Organisation eine umfassende Trennung der Entscheidung über die Konzession von der Kenntnis über Tatsache, Art und Inhalt des Nebenangebotes gewährleistet hätte, im Zuge des Bieterverfahrens dazu geführt haben, dass sie ihr Angebotsverhalten auf die Möglichkeit des Nebenangebots abgestellt haben, was schon betriebswirtschaftlich auf beide so zu verbindenden Angebote Einfluss haben musste. Die Verfügungsbeklagte hat auch nicht hinreichend sichergestellt, dass sie bei der Entscheidung über die Konzessionsverträge keine Kenntnis davon hatte, welcher Konzessionsbewerber ein verbindliches Nebenangebot abgegeben hat. Dies wusste sie bereits deshalb, weil sie die jeweiligen mit den Angeboten versehenen Briefumschläge zusammen mit den Konzessionsangeboten entgegengenommen hatte. Damit war für die Verfügungsklägerin wie für alle anderen Mitbewerber nicht mit der gebotenen Sicherheit ausgeschlossen, dass die Verfügungsbeklagte bei der Entscheidung im Konzessionsverfahren bei der Bewertung der weichen Faktoren bereits die Tatsache der Nichtabgabe eines Nebenangebotes negativ berücksichtigte. Dies hätten die zur Abgabe eines Nebenangebotes nicht bereiten Konzessionsbewerber allein dadurch umgehen können, dass sie einen leeren Briefumschlag abgegeben hätten, was ihnen jedoch nicht zugemutet werden konnte. Unabhängig davon genügt die Zusicherung, die Brief-

umschläge bis zum Abschluss des Konzessionierungsverfahrens auch im Übrigen nicht, um jeglichen Einfluss auf die Konzessionsentscheidung zu verhindern. Das folgt schon daraus, dass - wie auch in diesem Verfahren - auch nach der Entscheidung über das Konzessionsverfahren im Zuge des Überprüfungsverfahrens weitere Entscheidungen getroffen werden können, bei denen jegliche Kenntnis der Verfügungsbeklagten von dem Inhalt der Nebenangebote zwingend erforderlich gewesen wäre. Das ist jedoch durch die von der Verfügungsbeklagten gewählte Vorgehensweise nicht gewährleistet. Mit der Verbindung des Konzessionsangebotes und des Nebenangebotes durch die Verfügungsbeklagte hat diese damit gegen das Missbrauchsverbot aus § 19 Abs. 1 GWB verstoßen.

4)

Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten ist die Verfügungsklägerin mit dem Einwand der Unzulässigkeit des Nebenangebotes auch nicht gemäß § 47 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 S. 4 EnWG präkludiert. Diese Rüge betrifft nämlich keine Rüge gegen vorgegebene Auswahlkriterien oder deren Gewichtung, sondern die Ausschreibung selbst. Die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung selbst wegen einer unzulässigen Aufforderung zur Abgabe eines Nebenangebotes ist von den in § 47 EnWG innumerativ aufgeführten, der Präklusion fähigen Gegenstände (vgl. Kupfer, Die Neufassung des Rechts zur Vergabe von Energiekonzessionen, NVwZ 2017, 433) nicht erfasst. Unabhängig davon würde auch eine bestehende Präklusion den Senat nicht daran hindern können, sich sachlich mit dieser Rüge zu befassen. Entgegen der Auffassung des Kartellsenates des Brandenburgischen OLG (Urteil vom 20. März 2018 - 6 U 4/17; so wohl auch Cernek, Das neue Rügeregime des § 47 EnWG - mehr Rechtssicherheit für die Gemeinden?, EnWZ 2018, 99) wird durch den fruchtlosen Fristablauf keine materielle, sondern alleine eine formelle Präklusion begründet (vgl. Kupfer a.a.O., NVwZ 2017, 433). Dafür spricht bereits der Wortlaut der Regelung. Danach dürfen Rechtsverletzungen nur binnen 15 Kalendertage ab Zugang der jeweiligen Information geltend gemacht werden. Erfolgt keine Rüge oder wird allen Rügen abgeholfen, ist damit ein gerichtliches Überprüfungsverfahren ausgeschlossen. Eine ausgeschlossene Befugnis des Gerichtes, sich auch im Zuge eines auf anderen Rügen beruhenden zulässigen Gerichtsverfahren mit Rügen zu befassen, die noch nicht Gegenstand des Rügeverfahrens waren, ist daraus nicht abzuleiten.

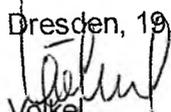
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 101 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in § 708 Ziff. 10, § 713 ZPO. Im einstweiligen Verfügungsverfahren ist die Revision nicht statthaft.

Dr. Dr. Klose

Krüger

Kühn

Für die Richtigkeit der Abschrift:
Dresden, 19.09.2019


Volker

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

