

## **Unzulässige Auswahlentscheidung per Los bei Konzessionsvertrag über Energielieferung**

**- LG Düsseldorf, Urteil vom 26.02.2014 - 37 O 87/13 (EnW) U. -**

### **Tenor**

Der Verfügungsbeklagten wird untersagt, auf Grund des in der Ratssitzung am 00.00.0000 gefassten Beschlusses einen Konzessionsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes und über den Betrieb des Gasverteilnetzes in der Gemeinde O mit der T2 GmbH als ausgewähltem Bieter abzuschließen, bevor nicht eine erneute Beschlussfassung des Gemeinderates der Verfügungsbeklagten auf Grundlage eines ausgeübten Auswahlermessens erfolgt ist.

Der Beklagten werden für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses gerichtliche Verbot als Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, und Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht. Zu verhängende Ordnungshaft wird gegen den Bürgermeister der Beklagten vollstreckt.

Der weitergehende Antrag der Verfügungsklägerin wird zurück gewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Verfügungsklägerin zu 1/3 und die Verfügungsbeklagte zu 2/3.

### **Tatbestand**

Die Verfügungsklägerin (nachfolgend: Klägerin) begehrt einstweiligen Rechtsschutz gerichtet auf das Unterlassen des Neuabschlusses eines Stromkonzessionsvertrages und eines Gaskonzessionsvertrages zwischen der Verfügungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) und der T2 GmbH, eines Tochterunternehmens der T AG.

Die Klägerin ist ein regionales Versorgungsunternehmen im Westen der Bundesrepublik.

Die Beklagte ist eine Gemeinde im Westen von Nordrhein-Westfalen in der Nähe von N mit ca. 15.000 Einwohnern. Der gegenwärtig bestehende Stromkonzessionsvertrag für das Gemeindegebiet der Beklagten läuft am 31.12.2013 aus. Stromkonzessionsinhaberin ist gegenwärtig die Klägerin. Der gegenwärtig bestehende Gaskonzessionsvertrag für das Gemeindegebiet der Beklagten läuft am 31.12.2017 aus. Gaskonzessionsinhaberin ist derzeit ebenfalls die Klägerin.

Die Beklagte machte gemäß § 46 Abs. 3 EnWG das Auslaufen der beiden Konzessionsverträge in ihrem Gemeindegebiet im elektronischen Bundesanzeiger Anfang Dezember 2011 bekannt. Interessierte Versorgungsunternehmen wurden aufgefordert, ihr Interesse an dem Abschluss der Konzessionsverträge innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Veröffentlichung der Bekanntmachung schriftlich mitzuteilen.

Auf die Bekanntmachung hin bekundete die Klägerin ihr Interesse und erhielt mit Schreiben vom 00.00.0000 von der Beklagten das Informationsmemorandum zum Konzessionsvergabeverfahren zur Neustrukturierung der Strom- und Gasversorgung. In dem Informationsmemorandum waren

die Zuschlagskriterien aufgeführt. Die Beklagte forderte die Interessenten auf, Angebote für zwei Varianten einzureichen. Variante 1 betraf den Abschluss reiner Konzessionsverträge. Variante 2 betraf eine Kooperationslösung mit Beteiligung der Beklagten ("Beteiligungsmodell").

Die Klägerin, die T2 GmbH und die S AG gaben hierauf erste Angebote ab, die in drei Vertragsrunden erörtert wurden. Sodann wurden die interessierten Unternehmen zur Abgabe letztverbindlicher Angebote aufgefordert, über die nach Auswertung anhand der zuvor mitgeteilten Kriterien entschieden werden sollte. Letztverbindliche Angebote gaben sowohl die Klägerin als auch die T2 GmbH fristgerecht ab.

Als Ergebnis der von der Beklagten unter Beteiligung externer Berater durchgeführten Angebotsbewertung ergab sich ein Gleichstand bei der Bewertung der Angebote, die eine Beteiligungslösung zum Gegenstand hatten. Zwischen den Parteien besteht Streit, ob die Bewertung durch die Beklagte fehlerfrei erfolgte.

Im Vorfeld der für den 00.00.0000 anberaumten Ratssitzung, in der über die Erteilung des Zuschlags entschieden werden sollte, erhielten alle Ratsmitglieder die Möglichkeit, die Angebotsunterlagen beider Bieter einzusehen. Bereits in der Ratsvorlage - die keine Beschlussempfehlung der Verwaltung enthielt - wurden die Mitglieder des Gemeinderats auf das ihnen zustehende Auswahlermessen hingewiesen und aktuelle Literatur und Rechtsprechung zum Umgang mit Pattsituationen beigelegt.

In der Ratssitzung entschied sich die Gemeindevertretung zunächst dafür, die Konzession im Rahmen eines Beteiligungsmodells neu zu vergeben. Die von der Beklagten zugezogenen Berater informierten die Ratsmitglieder über das durchgeführte Vergabeverfahren, die Details der Angebote sowie über rechtliche Aspekte und beantworteten Fragen Mitglieder des Rats.

Im Anschluss daran stimmte der Rat in zwei geheimen Wahlgängen über die Angebote der Klägerin und der T2 GmbH ab. Beide Wahlgänge endeten mit Stimmgleichheit.

Nach Konsultation der externen Berater beschloss der Rat mit Stimmenmehrheit, das Los entscheiden zu lassen, welches auf das Angebot der T2 GmbH fiel.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Beklagte habe bei der nach der Bewertung der Angebote eingetretenen Pattsituation die zugunsten der Klägerin als Altkonzessionärin sprechende Eigentumsгарantie des Art. 14 Abs. 1 GG nicht hinreichend beachtet. Durch die Entscheidung über die Konzessionsvergabe im Wege des Losentscheides habe die Beklagte zudem gegen das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot verstoßen, weil sie ihr Auswahlermessen nicht ausgeübt und keine sachlich begründete Entscheidung getroffen habe.

Ein Losentscheid habe im Entscheidungsfall schon deshalb nicht durchgeführt werden dürfen, weil dies nur für Wahlen im Sinne § 50 Abs. 2 GO NRW, nicht aber für durch Beschlüsse gem. § 50 Abs. 1 GO NRW zu treffende Sachentscheidungen in der Gemeindeordnung vorgesehen sei.

Aus dem Vorbringen der Beklagten ergebe sich zudem, dass die Angebotsbewertung fehlerhaft gewesen sei. Ihr - der Klägerin - Angebot habe besser bewertet werden müssen, mit der Folge, dass auch der Beschluss über die Konzessionserteilung zu ihren Gunsten hätte ausfallen müssen.

Die Klägerin beantragt,

der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen

1. aufgrund des in der Ratssitzung am 00.00.0000 gefassten Beschlusses einen Konzessionsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes und über den Betrieb des Gasverteilnetzes in der Gemeinde O mit der T2 GmbH als ausgewähltem Bieter abzuschließen, bevor nicht eine erneute Bewertung der Angebote der T2 GmbH und der Verfügungsklägerin durch die Verfügungsbeklagte durchgeführt worden ist und auf dieser Grundlage eine erneute Beschlussfassung des Gemeinderates der Verfügungsbeklagten erfolgt;

hilfsweise:

2. auf Grund des in der Ratssitzung am 00.00.0000 gefassten Beschlusses einen Konzessionsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes und über den Betrieb des Gasverteilnetzes in der Gemeinde O mit der T2 GmbH als ausgewähltem Bieter abzuschließen, bevor nicht eine erneute Beschlussfassung des Gemeinderates der Verfügungsbeklagten auf Grundlage eines ausgeübten Auswahlermessens erfolgt ist.

Die Beklagte beantragt,

den Antrag der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurück zu weisen.

Sie hält das von ihr durchgeführte Verfahren für beanstandungsfrei. Insbesondere habe sie die Klägerin bei der Auswertung der Angebote nicht benachteiligt. Die Ratsmitglieder seien vor den Abstimmungen am 00.00.0000 über alle in Betracht kommenden Aspekte informiert worden.

### **Entscheidungsgründe**

Der zulässige Antrag der Klägerin auf Erlass der beantragten Untersagungsverfügung ist nach dem gestellten Hilfsantrag gerechtfertigt.

I. 1. Gegenstand des Verfahrens ist ein bürgerlicher Rechtsstreit im Sinne des § 13 GVG, so dass der Rechtsweg zu den Zivilgerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit eröffnet ist. Für die Abgrenzung zur Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist grundsätzlich auf die Natur des Rechtsverhältnisses abzustellen, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird. Da die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe privatrechtlich handelt (vgl. BGHZ 37, 353, 354 f.; 138, 266, 274; Danner/Theobald, EnWG, § 46 Rdnr. 19) und die Klägerin den von ihr geltend gemachten Verfügungsanspruch auf bürgerlichrechtliche Anspruchsgrundlagen stützt, handelt es sich bei streitgegenständlichen Rechtsverhältnis um ein solches des bürgerlichen Rechts.

2. Die sachliche Zuständigkeit des Landgericht Düsseldorf ergibt sich aus §§ 937 Abs. 1, 943 Abs. 1 ZPO, § 102, 103 EnWG i. V. m. § 1 Nr. 1 der Verordnung über die Bildung gemeinsamer Kartellgerichte und über die gerichtliche Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten nach dem Energiewirtschaftsgesetz.

Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 17 Abs. 1 ZPO, da die Beklagte ihren Sitz im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf hat.

3. Zugunsten der Klägerin ist auch das für den Erlass einstweiliger Verfügungen vorauszusetzende besondere Rechtsschutzinteresse, der so genannte "Verfügungsgrund" zu bejahen.

Das einstweilige Verfügungsverfahren ist darauf ausgerichtet, eine vorläufige Sicherung von Ansprüchen bzw. Rechtsverhältnissen durch eine - im Vergleich zum ordentlichen Klageverfahren - schnell ergehende Entscheidung zu erreichen. Um eine schnelle Entscheidung treffen zu können, ist das Verfahren als summarisches Verfahren ausgestaltet, d. h. an die Feststellung der der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen werden geringere Anforderungen gestellt als in einem ordentlichen Klageverfahren und auch die Verteidigungsmöglichkeiten der Antragsgegner sind im einstweiligen Verfügungsverfahren beschränkt. Um die Entscheidung in einem derart summarisch durchgeführten Verfahren, das eine geringere Gewähr für die Richtigkeit der getroffenen Entscheidung bietet, zu rechtfertigen, bedarf es eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses, das grundsätzlich dann anzunehmen ist, wenn nach den Umständen des Einzelfalls unter Anlegung eines objektiven Maßstabs die besondere Eilbedürftigkeit der beantragten Entscheidung zu bejahen ist (vgl. zum Vorstehenden: Berneke, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 2. Aufl., Rn. 48 f.).

Ohne Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung wäre die Beklagte nicht gehindert, mit der T2 GmbH auf der Grundlage der in der Ratssitzung vom 00.00.0000 getroffenen (Los-)Entscheidung einen Konzessionsvertrag abzuschließen, wodurch die Durchsetzung des Anspruchs der Klägerin auf Durchführung eines diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens zumindest erschwert würde.

II. Der zugunsten der Klägerin bestehende Verfügungsanspruch rechtfertigt den Erlass der einstweiligen Verfügung nach dem von der Klägerin gestellten Hilfsantrag. Der Hauptantrag ist unbegründet, weil die Klägerin ihn mit einer - unnötigen - Einschränkung versehen hat, die auf eine positive Verhaltensweise der Beklagten zielt, auf die die Klägerin keinen Anspruch hat (vgl. dazu Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2011, 51. Kapitel, Rdnr. 21 ff.).

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zugunsten der Klägerin nach dem von ihr gestellten Hauptantrag kommt nicht in Betracht, weil die Klägerin zwar (vgl. dazu unter II. 2.) einen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte hat, aber nicht beanspruchen kann, dass diese eine erneute Bewertung der Angebote durchführt.

a) Grundsätzlich ist es nicht Sache des Gerichts oder der Klägerin Maßnahmen zu bestimmen, die die Beklagte vornehmen muss, um das von ihr durchgeführte Vergabeverfahren im Ergebnis als diskriminierungsfrei ansehen zu können (vgl. Jestaedt in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 7. Aufl., Kapitel 22, Rdnr. 21 m.w.Nw.). Etwas anderes käme nur dann in Betracht, wenn der Beklagten nur eine Maßnahme zu Gebote stünde, um ein rechtswidriges Ergebnis der Konzessionsvergabe zu vermeiden. Das ist indes ersichtlich nicht der Fall. Welche Schritte die Beklagte unternimmt, um zu einem rechtlich unbedenklichen Ergebnis des Verfahrens über den Abschluss der in Rede stehenden Konzessionsverträge zu kommen, bleibt ihr überlassen.

b) Einen Verfügungsanspruch, der dahin geht, eine erneute Bewertung der Angebote der T2 GmbH und der Klägerin durchzuführen, hat die Klägerin schon deshalb nicht, weil sie nicht

hinreichend nicht glaubhaft gemacht hat, dass die von der Klägerin vor der Entscheidung vom 00.00.0000 vorgenommene Angebotsbewertung fehlerhaft war, weil insbesondere vertriebliche Aspekte und die bestehende gesellschaftsrechtliche Beteiligung einer anderen Tochtergesellschaft der T AG an dem bestehenden Gemeindewerk der Beklagten in unzulässiger Weise zu Lasten der Klägerin berücksichtigt worden seien. Dieser Behauptung der Klägerin ist die Beklagte nachdrücklich entgegen getreten. Es mag zwar sein, dass ihr Vortrag Angriffspunkte in dieser Richtung bietet, diese reichen jedoch ersichtlich nicht aus, um mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen zu können, dass die behauptete Benachteiligung der Klägerin tatsächlich stattgefunden hat.

2. Der Hilfsantrag der Klägerin ist begründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus § 33 Abs. 1 GWB einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Unterlassung des sich zu ihrem Nachteil auswirkenden Abschlusses von Konzessionsverträgen mit der T2 GmbH.

a) Der Abschluss der Konzessionsverträge mit der T2 GmbH würde gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB verstoßen. Ein solcher Verstoß liegt regelmäßig und auch hier vor, wenn die Auswahlentscheidung der Gemeinde gegen das in § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG verankerte Diskriminierungsverbot verstößt (vgl. OLG Schleswig, Urteile vom 22. November 2012, 16 U (Kart) 21/12, S. 31 f. und 16 U (Kart) 22/12, S. 33 f sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2012, VI-3 Kart 137/12 (V)).

Zwar führt ein Verstoß gegen die kartellrechtliche Bestimmung des § 20 GWB im Allgemeinen nicht zur Unwirksamkeit der aufgrund der sachwidrigen Auswahl zustande gekommenen Folgeverträge, sondern nur zu einem Anspruch auf Gleichbehandlung der negativ betroffenen Dritten. Denn das Verbot richtet sich allein an den marktbeherrschenden Akteur, nicht aber an seine Vertragspartner. Daher soll § 134 BGB dann nicht anwendbar sein, wenn die Gleichbehandlung unter Aufrechterhaltung dieser Verträge durch Abschluss entsprechender Verträge mit benachteiligten Unternehmen möglich ist und für die Durchsetzung der Interessen der Beeinträchtigten Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche ausreichen (vgl. auch Immenga/Mestmäcker/Markert, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, § 20 GWB Rn. 229). Dies gilt jedoch im Streitfall im Hinblick auf die primär zu beachtenden Vorschriften des EnWG und deren Zielsetzung nicht. Mit einer wettbewerbsrechtswidrigen Auswahlentscheidung benachteiligen die Gemeinden nicht nur die Mitbewerber des neu konzessionierten Unternehmens, sondern verstoßen auch gegen den Zweck der Vorschriften des EnWG. Sinn und Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG liegen gerade darin, einen Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen, der letztlich der Förderung der Ziele des § 1 EnWG dienen soll (vgl. OLG Schleswig und OLG Düsseldorf a.a.O.).

b) Die sachwidrige Benachteiligung der Klägerin ergibt sich im Entscheidungsfall konkret daraus, dass bei der von der Beklagten getroffenen Auswahlentscheidung, die zwischen gleichwertigen Angeboten der Klägerin und der T2 GmbH zu treffen war, die zugunsten der Klägerin - als "Altkonzessionärin" und Netzeigentümerin - sprechende Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nicht als ausschlaggebendes Kriterium beachtet wurde.

§ 46 GWB ist im Lichte der Eigentumsgarantie einschränkend auszulegen, denn nach dem hier anwendbaren § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG n.F. wäre die Klägerin bei (wirksamen) Vertragsschluss mit der T2 GmbH verpflichtet, die in ihrem Eigentum stehenden Verteilnetze für Strom und Gas an die

T2 GmbH zu übereignen. Bei einem solchen Eingriff in eine grundrechtsrelevante Position ist die Frage, ob die Interessen des bisherigen Eigentümers oder die des Neukonzessionärs Vorrang haben, zugunsten des Eigentümers zu beantworten (vgl. dazu: OLG Düsseldorf a.a.O.; LG Leipzig, BeckRs 2013, 14894 - jeweils m.w.Nw.). Dies ist auch im Rahmen der Vergabeentscheidung selbst zu berücksichtigen.

Eine Diskriminierung der T2 GmbH kann hierin nicht gesehen werden, weil die Eigentumsgarantie einen die Bevorzugung der Klägerin rechtfertigenden Grund darstellt. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Klägerin sich im Rahmen des angebotenen Beteiligungsmodells verpflichtete, die Konzessionen in ein drittes - noch gemeinsam mit der Beklagten zu gründendes - Unternehmen einzubringen.

Die von der Klägerin in ihrem Antrag formulierte Einschränkung, der Vertragsschluss mit der T2 GmbH sei zu unterlassen, "bevor nicht eine erneute Beschlussfassung des Gemeinderates der Verfügungsbeklagten auf Grundlage eines ausgeübten Auswahlermessens" erfolgt sei, führt nicht zu einer unzulässigen Beschränkung der Beklagten bei der ihr obliegenden Entscheidung, auf welche Weise sie zu einer gesetzeskonformen Vergabeentscheidung kommen will, so dass dem Hilfsantrag der Klägerin trotz des einschränkenden Zusatzes entsprochen werden kann.

III. Die Kostenentscheidung folgt auf § 92 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Klägerin ihr Rechtsschutzziel im Wesentlichen erreicht hat.

Ein Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit der Entscheidung ist nicht veranlasst.