



Landgericht Leipzig

Zivilkammer

Aktenzeichen: 05 O 2411/18

Verkündet am: 18.01.2019

Urkundsbeamt(er)in der Geschäftsstelle

### IM NAMEN DES VOLKES

### ENDURTEIL

In dem Rechtsstreit

vertreten durch

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte

gegen

vertreten durch

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte

wegen Unterlassung

hat die 5. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig durch

Aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2018

Präsident des Landgerichts  
Richterin am Landgericht

Richter am Landgericht

am 18.01.2019

für Recht erkannt:

1. Der Verfügungsbeklagten wird untersagt, aufgrund des Stadtratsbeschlusses vom 26.03.2018 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb eines Stromverteilernetzes der allgemeinen Versorgung für das Stadtgebiet der Verfügungsbeklagten ("Stromkonzessionsvertrag") mit der abzuschließen.
2. Der Verfügungsbeklagten wird untersagt, aufgrund des Stadtratsbeschlusses vom 26.03.2018 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb eines Gasverteilernetzes der allgemeinen Versorgung für das Stadtgebiet der Verfügungsbeklagten ("Gaskonzessionsvertrag") mit der abzuschließen.
3. Der Verfügungsbeklagten werden für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Untersagen gemäß Ziffern 1 und 2 als Vollstreckungsmaßnahmen Ordnungsgeld bis zu 250.000,-- Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, bis zu sechs Monaten angeordnet.

4. Die Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Streitwert: 200.000,-- Euro

zweiten, weniger geschwätzten Fassung (Anlagen ASt 13-16) übergeben wurden.

Unter dem 17.08.2018 hat die Klägerin mit zwei Schreiben (Anlagen ASt 17, 18) Verfahrens-  
mängel gerügt und sich unter anderem auf eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes so-  
wie auf unvollständige Akteneinsicht berufen. Mit Antwortschreiben vom 11.10.2018 hat die Be-  
klagte erklärt, den Rügen insgesamt nicht abzuwehren. Am 25.10.2018 hat die Klägerin den vor-  
liegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingereicht.

#### Tatbestand

Die Parteien streiten um die Frage der Unterlassung des Abschlusses sowohl eines Strom-  
als auch eines Gaskonzessionsvertrages.

Am 22.03.2017 zeigte die Verfügungsbeklagte (im Folgenden: Beklagte) im elektronischen  
Bundesanzeiger gemäß § 46 Abs. 3 EnWG (n.F.) das Auslaufen von Konzessionsverträgen  
zum 10.06.2018 (Strom) beziehungsweise zum 29.01.2018 (Gas) an. Altkonzessionärin in  
beiden Fällen ist die Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin). Die Frist, innerhalb der Un-  
ternehmen ihr Interesse bekunden konnten, lief bis zum 22.06.2017. Zuvor waren zwei Kon-  
zessionsverfahren aufgehoben worden. Die Klägerin bewarb sich fristgerecht und erhielt mit  
zwei Schreiben vom 03.08.2017 die Mitteilungen zu Eckpunkten des Verfahrens und der Krite-  
rien (Anlagen ASt 5,6). In der Bekanntmachung wurde auch zur Abgabe indikativer Angebote  
aufgefordert. Eine weitere Aufforderung zur Angebotsabgabe erging am 18.01.2018, unter  
ausdrücklichem Hinweis auf die Möglichkeit zur Abgabe eines Nebenangebots. Dieses solle in  
einem verschlossenen Umschlag übergeben und erst geöffnet werden, nachdem die Aus-  
wahlentscheidung bereits getroffen worden sei. Gegenstand der Nebenangebote könne auch  
die Überlegung zur Eingehung von Beteiligungen am Netzbetreiberunternehmen sein. In ei-  
nem relativen Bewertungsmodell in beiden Konzessionsvertragsverfahren waren jeweils ma-  
ximal 1000 Punkte zu erreichen, wovon 700 Punkte auf das Netzbewirtschaftungskonzept  
und 300 Punkte auf den jeweiligen Konzessionsvertrag entfallen sollten.

Mit Schreiben vom 22.06.2018 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass aufgrund Stadtratsbe-  
schlusses vom 26.03.2018 geplant sei, den Zuschlag beider Verfahren der  
zu erteilen. Diese habe in dem relativen Bewertungssystem jeweils die  
meisten Punkte erhalten (Strom: 957 Punkte; Gas: 965 Punkte) und läge somit vor der Kläge-  
rin (Strom: 917 Punkte; Gas: 912 Punkte) und dem einzigen weiteren Bieter, der „eins energie  
in sachsen GmbH & Co. KG“. Im Rahmen der am 28.06.2018 beantragten Akteneinsicht wur-  
den sodann zwei Auswertungsvermerke der bewertenden Stelle vorgelegt (Anlagen ASt 11,  
12) mit Schwätzungen, die nach Reklamation der Klägerin unter dem 07.08.2018 in einer

Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe mehrere Rechtsverstöße im Rahmen des  
Auswahlverfahrens begangen.

Sowohl die Begründungen der Bewertung wie auch die Akteneinsicht seien unzureichend ge-  
geben worden. Dies verstoße zugleich gegen das Transparenzgebot. Dem unterliegenden  
Bieter sei bestmöglicher Einblick in die Erwägungen der Gemeinde zu geben. Unterbleibe  
dies, läge nicht nur ein materiell-rechtlicher Fehler vor, sondern auch prozessual nicht ausrei-  
chender Vortrag im Rahmen der sekundären Darlegungslast. Die Akteneinsicht hätte nur nach  
darzulegenden Gründen von Betriebsgeheimnissen und einer zusätzlichen Abwägung mit den  
Interessen der Klägerin verweigert werden dürfen. Die Aufforderung, im Nebenangebot gesell-  
schaftsrechtliche Beteiligungen an der Bieterin anzubieten, sei ein Verstoß gegen das Diskri-  
minierungsverbot. Darüber hinaus sei anhand der mitgeteilten Auswahlerwägungen trotz de-  
ren Unvollständigkeit erkennbar, dass Auswahlfehler gemacht worden seien.

Die Klägerin hat daher beantragt:

1. Der Verfügungsbeklagten wird untersagt, aufgrund des Stadtratsbeschlusses vom  
26.03.2018 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb eines Stromverteilernetzes der allge-  
meinen Versorgung für das Stadtgebiet der Verfügungsbeklagten ("Stromkonzessionsvertrag")  
mit der  
i abzuschließen, bis in einem neuen, unter Beachtung  
der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren diskriminierungsfrei  
über die Vergabe der Stromkonzession entschieden ist.
2. Der Verfügungsbeklagten wird untersagt, aufgrund des Stadtratsbeschlusses vom  
26.03.2018 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb eines Gasverteilernetzes der allge-  
meinen Versorgung für das Stadtgebiet der Verfügungsbeklagten ("Gaskonzessionsvertrag")

mit der Stadwerke abzuschließen, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren diskriminierungsfrei über die Vergabe der Gaskonzession entschieden ist.

3. Der Verfügungsbeklagten werden für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Untersagungen gemäß Ziffern 1 und 2 als Vollstreckungsmaßnahmen Ordnungsgeld bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, bis zu sechs Monaten angedroht.

Die Beklagte beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Beklagte behauptet, die Wiedergabe der Angebotsinhalte der Bieterin in den von ihr vorgelegten Auswertungstabellen sei richtig und korrekt. Die beiden anderen Mitbieter hätten ihr gegenüber angezeigt, dass bestimmte Teile des Angebots Geschäftsgeheimnisse beinhalten; beide seien deswegen einer Offenlegung gegenüber den Mitbietern entgegengetreten. Eine weitergehende Akteneinsicht sei daher nicht möglich. Die Bewertung sei nicht tendenziös erfolgt. Der Inhalt der Nebenangebote habe keine Auswirkung auf die Auswahlentscheidung gehabt, da die betreffenden Umschlüsse erst nach der Entscheidungsfindung geöffnet worden seien. Eine Prälusion nach § 47 EnWG n. F. müsse beachtet werden.

Sie bestreitet das Vorliegen einzelner Bewertungsfehler. An die Begründung der Auswahlentscheidung dürften keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

#### Entscheidungsgründe

##### I.

Der Rechtsweg zu den Zivilgerichten ist gem. § 13 GVG i.V.m. § 102 EnWG eröffnet. Stromkonzessionsverträge unterfallen ihrem gesamten Inhalt nach dem Zivilrecht, sodass auch Unterlassungsansprüche auf Nichtabschluss eines Konzessionsvertrages vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind (OVG Münster, Urteil vom 10.02.2012, Az.: 11 B 1187/11, zit. n. juris; Thomale/Kießling, Anforderungen an den (Neu-)Abschluss von Konzessionsverträgen, N&R 2008, 166, 168; Landgericht Leipzig, Urteil vom 16.11.2012, Az.: 05 O 2822/12, zit. n. juris).

Die Kammer hat gemäß §§ 133, 157 BGB den Verfahrensantrag dahingehend präzisiert und ausgelegt, dass im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes die Untersagung, die Verträge aufgrund des Stadtratsbeschlusses vom 26.03.2018 abzuschließen, dem vorläufigen Rechtsschutzziel genügt und ein Präjudiz für ein neues Auswahlverfahren, das von einem einstweiligen Rechtsschutz nicht umfasst ist, unterbleibt (§ 938 Abs. 1 ZPO). Ein Teilunterlegen ist damit daher nicht verbunden.

##### II.

Der Klägerin steht ein Verfügungsgrund zur Seite (§§ 935, 936, 940 ZPO).

Ein Verfügungsgrund liegt immer dann vor, wenn objektiv die Besorgnis begründet ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts des Gläubigers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sogenannte Eilbedürftigkeit, Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 937, Rz. 10).

Dieser braucht nach der Neufassung von § 47 EnWG, die im vorliegenden Fall Anwendung

findet, nicht mehr näher glaubhaft gemacht zu werden, soweit es um behauptete Rechtsverletzungen im Konzessionsverfahren nach § 46 EnWG n. F. geht (vgl. § 47 Abs. 5 S. 3 EnWG n. F.). Diese Neufassung ist hier anzuwenden, da sie am 03.02.2017 und damit vor dem vorliegenden Konzessionerteilungsverfahren in Kraft getreten ist (BGBI. I 2017, 130).

### III.

Es besteht auch ein Verfügungsanspruch, also ein Recht, dessen Verwirklichung durch die einstweilige Verfügung gesichert werden soll (Zöller, a.a.O., § 935 Rz. 6).

1. Den geltend gemachten Unterlassungsanspruch kann die Klägerin hier auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot als Anspruchsgrundlage stützen. Der auf Unterlassung der Zuschlagserteilung gerichtete Anspruch hängt, da quasi-denkfisch – bei dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot handelt es sich um Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB – auch nicht von einem Verschulden des öffentlichen Auftraggebers ab (zum fehlenden Verschuldensfordernis: Palandt, BGB, 78. Auflage, vor § 823 Rz. 19, da es um einen negatorischen und nicht um einen Schadensersatzanspruch geht).

a) Die vergaberechtlichen Vorschriften der § 97 ff. GWB sind dagegen nicht unmittelbar zu beachten. Mithin kann für die Vergabe von Stromkonzessionsverträgen nach § 46 EnWG n. F. die Geltung des Transparenzgebotes nicht aus § 97 Abs. 1 GWB und des Gleichbehandlungsgebotes nicht aus § 97 Abs. 2 GWB hergeleitet werden. Die in § 46 EnWG n. F. vorgesehenen Wegenutzungsverträge sind nicht als öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB einzuordnen, da ihnen keine entgeltliche Beschaffung durch die öffentliche Hand zugrunde liegt (Hofmann, Kommunale Konzessionsverträge im Lichte des Energie-, Wirtschafts-, und Wettbewerbsrechts, NZBau 2012, 11).

Jedoch ist anerkannt, dass, soweit sich die Gemeinde bei der Vergabe freiwillig den Bestimmungen der § 97 ff. GWB i. V. m. der VOL/A unterwirft, dies zu einem um-

fänglichen Vergaberechtsschutz bei Verletzung von vergabeverfahrensrechtlichen Vorschriften führen kann. Eines Rückgriffs auf diese Vorschriften bereits für die Frage der Geltung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots bedarf es indes nicht. Auch wenn § 46 EnWG n. F. keine detaillierten und zwingenden materiell-rechtlichen Vorgaben für die Auswahl des Bewerbers festlegt, lässt sich doch aus Absatz 1 ein Diskriminierungsverbot entnehmen, denn danach haben die Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Netzverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen (näher OVG Münster, a.a.O., Tz.31).

Dass die Gemeinden bei dem Abschluss von Konzessionsverträgen darüber hinaus aus dem Transparenzgebot zu beachten haben, ergibt sich bereits aus Sinn und Zweck des § 46 EnWG n. F., denn mit dieser Bestimmung soll neben dem "Wettbewerb im Netz" der "Wettbewerb um das Netz" eröffnet werden. Zielrichtung des § 46 EnWG n. F. ist es mithin nicht, die Gemeinde in ihrer Entscheidungsfreiheit zu schützen, sondern Wettbewerb durch Dritte zu ermöglichen (Hofmann, a.a.O., Seite 13; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008, Aktenzeichen VI - 2 U (Kart 8/07)). Diese Geltung des Transparenzgebotes und Diskriminierungsverbotes ist in der Rechtsprechung mittlerweile anerkannt und hat sich zur herrschenden Meinung entwickelt (BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12, Tz. 35, 36 Beikenthin, zit. n. juris; Geßner/Jansen: Kommunen und Stromkonzessionsverträge: Drum prüfe, wer sich ewig bindet? LKV 2011, 450; hiervon geht auch der gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 aus; ferner VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Aktenzeichen B 3694/12 Tz. 88, zit. n. juris; Landgericht Kiel, Urteile vom 03.02.2012, Aktenzeichen 14 U 12/13 (Kart) und 14 U 82/10 (Kart; Thomale/Kießling a.a.O., S. 169 f.).

§ 47 Abs. 1 S.1 EnWG n. F. setzt die Geltung dieser Prinzipien nunmehr ausdrücklich voraus.

b) Vorliegend kann die Klägerin für das Unterlassungsbegehren darüber hinaus die Vorschriften der §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 1 BGB heranziehen. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (NZBau 2010, 328), der sich die Kammer anschließt, kommt durch eine Ausschreibung, in der der Auftraggeber die Einhaltung

nommen.

bestimmter Regeln bei der Auftragsvergabe ankündigt, ein schuldrechtliches (vertragliches) Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem interessierten Unternehmen mit eben diesen Regeln zustande. Aus diesem Verhältnis folgt grundsätzlich auch ein Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Handlungen als Abschluss eines Schadensersatzanspruches gemäß § 280 BGB (vgl. näher zur Herleitung: OLG Düsseldorf, a.a.O., Tz. 33-36).

In ein derartiges vertragliches Verhältnis, das Unterlassungspflichten über den Umweg von Schadensersatzverpflichtungen kreiert, ist die Beklagte zur Klägerin als Bewerberin im Interessenbegründungsverfahren getreten. Die Beklagte hat Auswahlkriterien vorgegeben und diese mit Gewichtungen versehen. Indem die Beklagte der Klägerin diese zugeleitet hat, hat sie sich gegenüber der Klägerin verpflichtet, das Angebot an den Auswahlkriterien mit den vorgegebenen Gewichtungen zu bewerten. Für die Bewertung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses ist dies ausreichend. Die Klägerin kann fordern, dass sich die Beklagte an diese Auswahlkriterien binden lässt und hiervon nicht abweicht; ferner kann sie Unterlassen von abweichendem Verhalten einfordern. Mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf wird ein Verschuldenserfordernis in dieser Konstruktion nicht angenommen.

c) Schlussendlich kann die Klägerin zur Stützung ihres Unterlassungsbegehrens § 33 Abs. 1 GWB heranziehen, der eine Unterlassungsverpflichtung bei einem Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften statuiert. Die Beklagte unterfällt nämlich den kartellrechtlichen Vorschriften gem. § 130 GWB; die Anwendbarkeit der §§ 19, 20 GWB, die hier maßgeblich sind, ist nicht ausgenommen (§ 130 Abs. 3 GWB). Die Gemeinde ist im Sinne der §§ 19 und 20 GWB marktbeherrschend, da sie allein über die Neuvergabe der Konzessionen nach § 46 EnWG n. F. entscheidet. Entsprechend ist sie demnach durch die §§ 19, 20 Abs. 1, 21 Abs. 2 GWB, Artikel 101 und 102 AEUV an eine diskriminierungsfreie und wettbewerbliche Vergabe der Konzessionen gebunden.

2. Die Beklagte hat hier zum einen gegen das Transparenzgebot verstoßen. Der Inhalt der Anforderungen wird, obwohl die Übergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG n. F. nicht explizit den vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 97 ff. GWB unterworfen ist, dennoch den vergaberechtlichen Vorschriften wegen der Vergleichbarkeit und der bestehenden Interessenlage ent-

a) Das Gebot zur Durchführung transparenter Vergabeverfahren ist notwendiger Ausfluss des Wettbewerbs. Das Transparenzgebot wird in erster Linie durch die öffentliche Ausschreibung verwirklicht. Potenzielle Bewerber erlangen auf diese Weise Kenntnis von zu vergebenden Aufträgen. Dem entspricht ferner die Verpflichtung zur Bekanntmachung und Aufforderung zur Interessenbekundung in § 46 Abs. 3 und 4 EnWG n. F. Allerdings begründet das Transparenzgebot weder einen Anspruch des einzelnen Bieters auf fortlaufende lückenlose Unterrichtung über den Verfahrensforgang, noch ein uneingeschränktes Einsichtsrecht in Angebote anderer Anbieter, da es sich um einen geheimen Wettbewerb zwischen den Bietern handelt. Dennoch begründet dieser Wettbewerb die Pflicht, dass sich die Gemeinde an die von ihr selbst aufgestellten Verfahrensregeln hält und dies dokumentiert. Die Bieter müssen in die Lage versetzt werden, die Entscheidungen des möglichen Auftraggebers vorherzusehen und nachzuvollziehen (zum vergaberechtlichen Transparenzgebot: Bechtold, GWB, 6. Auflage, § 97 Rz. 8; Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. A., § 9 Rz. 87 ff.).

Wesentlicher Inhalt dieses Gebotes ist, dass die zu Beginn des Verfahrens festgelegten Kriterien eingehalten werden und für alle Angebote die gleichen Wertungskriterien gelten. Diese, schon vor der Novelle von 2017 geltenden Regeln werden von § 47 Abs. 1 S. 1 EnWG n. F. nunmehr vorausgesetzt

b) Das Gebot der Gleichbehandlung soll die Chancengleichheit der Bieter sichern. Kein Teilnehmer darf benachteiligt oder bevorzugt werden, also ohne hinreichenden Grund anders als andere Bewerber behandelt werden. Das Gleichbehandlungsgebot erfordert ein gerechtes und faires Vergabeverfahren nach objektiven Maßstäben; insoweit überschneidet es sich mit dem Transparenzgebot. Aus dem Gleichbehandlungsgebot wird die Verpflichtung abgeleitet, die Vergabekriterien und deren Gewichtung im Vorhinein anzugeben. Die Vergabestelle muss allen Bietern dieselben Informationen zukommen lassen und dieselben Fristen setzen (Bechtold, a.a.O., Rz. 15). Verlangt wird auch, dass der Auftraggeber jedem Beteiligten am Verfahren wesentliche Änderungen unverzüglich bekannt zu geben hat. Ferner ist der öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Gleichbehandlung strikt an die selbst gesetzten Vor-

gaben gebunden (Leinemann, Das neue Vergaberecht, 2010, Rz. 13, 14, m. w. N.).

aa) Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt dann vor, wenn dem Akteneinsichtsrecht des Klägers nach § 47 Abs. S. 1 EnWG n.F. nicht genügt wird. Nach dieser Vorschrift hat die Gemeinde zur Vorbereitung einer Rüge des Bieters je dem beteiligten Unternehmen auf Antrag Einsicht in die Akten zu gewähren und Abschriften zu erteilen. Satz 2 formuliert formale Anforderungen des Antrags. Satz 3 relativiert diese Pflicht der Gemeinde, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geboten ist. Eine Einschränkung ist dabei nicht mit dem Argument zu begründen, dass die Klägerin schon bei einem einzelnen Angebotsthema selbst die Höchstpunktzahl erreicht hat, da bei einem relativen Bewertungssystem auch die Bemessung des Punkteabstandes zu anderen Bewerbern fehlerhaft (zu gering) erfolgt sein kann. Dies zeigt ein besonderes Akteneinsichtsinteresse des unterliegenden Bieters gerade bei einer relativen Angebotsbewertungsmethode.

(1) Die Klägerin hat eine Rüge nach § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG n. F. erhoben. Gegenstand der Norm sind behauptete Rechtsverletzungen bei der Auswahlentscheidung. Solche Rügen hat die Klägerin nach Erhalt des Auswahlvermerks vom 16.03.2018 mit Schreiben vom 17.08.2018 (Anlagen ASt 17, 18) erhoben und dabei neben der fehlenden Transparenz auch einzelne Begründungen der Kommune in Zweifel gezogen.

(2) Die Rügefrist von 30 Tagen ist damit eingehalten.

(3) Die Akteneinsicht ist weiter form- und fristgerecht in Textform und innerhalb einer Woche ab Zugang des Auswahlvermerks mit diesem Schreiben geltend gemacht worden.

(4) Die Beklagte konnte die Akteneinsicht aber nicht durch die Schwärzungen im Umfang der Anlagen ASt 13-16 verweigern. Dabei sind Schwärzungen in den Unterlagen einer (teilweisen) Verweigerung der Akteneinsicht gleichzustellen.

(a) Zwar hat die Gemeinde die Akteneinsicht zu versagen, soweit dies geboten ist, um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse der andern anbietenden und konkurrierenden Unternehmen zu wahren.

(b) Unter Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen wird in Anlehnung an die Begriffsverwendung in anderen Normen (§§ 71 EnWG; 72, 165 GWB) die Gesamtheit aller Tatsachen und Umstände verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Betriebsgeheimnisse beziehen sich auf technisches, Geschäftsgeheimnisse auf kaufmännisches Wissen (Czernek, Das neue Rüge regime des § 47 EnWG - Mehr Rechtssicherheit für die Gemeinden?, EnWZ 2018, 99, 103 m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 14.03.2006, Az.: 1 BVR-2087/03, Tz. 87, - juris). Dabei zählen zu den Geschäftsgeheimnissen konkrete Unternehmenszahlen und Informationen zu Absatz- und Bezugsquellen sowie auch Marktstrategien (BVerfG, a.a.O.).

(c) Die Prüfung, ob die von ihr geschwätzten Tatsachen und Umstände in diesem Sinne als geheim einzustufen sind, obliegt aber der Gemeinde. Sie ist nicht an eine Einschätzung der beteiligten Unternehmen gebunden (Czernek, a.a.O.).

Dies ergibt sich bereits aus dem Regel-/Ausnahmeverhältnis in § 47 Abs. 3 EnWG n. F. Die Gemeinde ist danach verpflichtet, die widerstrebenden Interessen der Bieter abzuwägen und muss das Ergebnis dieser Abwägung aus Gründen der Transparenz und des effektiven Rechtsschutzes auch begründen (Czernek, a.a.O.).

(d) Hieran fehlt es vorliegend. Die Beklagte kann sich insbesondere, wie eben dargelegt, nicht darauf zurückziehen, dass die konkurrierenden Bieter einer Offenlegung widersprochen hätten, sondern muss in jedem Einzelfall eine Abwägung vornehmen und diese auch erläutern. Nach der Rechtsprechung des OLG Dresden (Urt. v. 10.01.2018, Az.: U 4/17 Kart, zwar noch zum alten Recht, allerdings ohne Auswirkung der Novelle insoweit) obliegt ihr überdies eine sekundäre Darlegungslast. „Dass und welche konkreten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sich im gegenständlichen Auswertungsvermerk finden, hat die Beklagte aber nicht vorzutragen. Dabei trifft sie insoweit die Darlegungs- und Beweislast. (...) Was ein zu schützendes Geheimnis ist, bleibt damit unklar.“

bb) Neben der mangelnden Transparenz führt diese Konstellation auch dazu, dass das Absageschreiben der Beklagten den qualifizierten Anforderungen des § 46

Abs. 5 EnWG n. F. nicht genügt hat. Denn die Beklagte hat infolge der unberechtigten Schwärzungen über die Gründe der Ablehnung des Angebots der Klägerin nicht hinreichend informiert, sodass tragende Gründe der Erwägungen nicht erkennbar geworden sind.

3. Die Beklagte hat hier ferner gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen. Der Inhalt der Anforderungen des Diskriminierungsverbotes wird, obwohl die Übergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG n. F. nicht explizit den vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 97 ff. GWB unterworfen ist, dennoch den vergaberechtlichen Vorschriften wegen der Vergleichbarkeit und der bestehenden Interessenslage entnommen. § 46 EnWG n. F. enthält zwar auch in der hier maßgeblichen Neufassung keine detaillierten und zwingenden materiel-rechtlichen Vorgaben für die Auswahl des Bewerbers, setzt aber in seinem Absatz 1 doch ein Diskriminierungsverbot voraus. Denn danach haben die Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Netzverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen (näher OVG Münster, a.a.O., Tz. 31).

a) Das Diskriminierungsverbot bezweckt, zu verhindern, dass die Gemeinde bei der Auswahlentscheidung bestimmte Bewerber bevorzugt oder auf nicht sachgemäße Entscheidungskriterien abhebt. Ob ein fehlerhaftes Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 24. Oktober 2011 KZR 710, WuW/E DE-R 3446, Rn. 37 - Grossistenkündigung).

Im Fall der Konzessionsvergabe wird diese Gesamtwürdigung durch das energiewirtschaftsrechtliche Gebot bestimmt, die für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes erforderliche Konzession diskriminierungsfrei im Wettbewerb zu vergeben und die Auswahl zwischen den Anbietern daran auszurichten, welches Angebot nach den von der Gemeinde aufgestellten, die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisierenden Kriterien das günstigste ist. Das stimmt mit der Zielsetzung des

Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen überein, im Bereich der Energieversorgung einen Leistungswettbewerb um Netze und die Öffnung eines Zugangs für interessierte und qualifizierte Betreiberunternehmen zu Konzessionen zu gewährleisten (vgl. nur BT-Drucks. 13/7274, S. 21; BGHZ 143, 128, 146 f. - Endschäftsbestimmung I).

Das berechnete Interesse der aktuellen und potentiellen Bewerber um die Konzession ist darauf gerichtet, dass ihre Chancen auf Erteilung der Konzession durch ein gesetzmäßiges Auswahlverfahren gewahrt werden. Die Gemeinden als bei der Vergabe der Konzessionen marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihre eigenen Interessen bei der Auswahlentscheidung nur im gesetzlich zulässigen Rahmen verfolgen (BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12, - Berkenhoff, zit. n. juris).

Läßt sich aus den Ausschreibungsunterlagen ablesen, dass die Gemeinde sachfremde Kriterien für die Angebotsabgabe vorsehen möchte, liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vor, weil der Rückgriff auf solche Umstände bestimmte potentielle Bewerber veranlassen könnte, entweder kein Angebot abzugeben oder aber bei der Angebotsabgabe solche Kriterien in einer Weise zu berücksichtigen, die mittelbare Nachteile in Kauf nimmt. Hierbei ist es auch nicht entscheidend, wenn derartige Angebotsvorschläge entweder in Nebenangebote verlagert werden oder als unverbindlich bezeichnet werden oder erst nach Angebotsauswertung und Auswahlentscheidung Beachtung finden sollen, weil in diesem Falle aus den dargestellten Gründen der erforderliche diskriminierungsfreie Ablauf des Auswahlverfahrens nachhaltig beschädigt ist.

b) Ein derartiger Umstand ist vorliegend darin zu sehen, dass die Beklagte in den Verfahrensbriefen (jeweils S. 8 der Anlagen ASt 5,6) dazu aufgefordert hat, „

ein (unverbindliches) Nebenangebot auf die Eingehung einer Kooperation zu unterbreiten, die sich auf den Betrieb des Gas (Strom-) - Versorgungsnetzes bezieht. Die ..... ist insoweit an einer (nicht nur unerheblichen) Beteiligung an dem Netzbetreiberunternehmen des Bewerbers interessiert.“

c) Das Kriterium der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung ist nämlich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12, Tz. 53, - Berkenhoff, zit. n. juris) nicht geeignet, außer in Sonderfällen Eingang in die Auswahlentscheidung zu finden. Dort weist der Bundesgerichtshof zutreffend darauf hin, 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 und der Verletzung der gesetzlichen Vorgaben für die Bewertungskriterien bei der Konzessionsvergabe verbunden ist. Zum einen läuft eine Beteiligung Gefahr, die Grenzen zu überschreiten oder zu umgehen, die die Konzessionsabgabenverordnung der Vereinbarung von Gegenleistungen für die Einräumung der Wegenutzungsrechte setzt und zu denen insbesondere auch das Verbot gehört, Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt zu vereinbaren (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV). Zum anderen besteht die Gefahr, dass eine gesellschaftsrechtliche Verbindung der beiden Marktseiten als Wertungskriterium in einem Kontext, in dem die eine marktbeherrschende Seite eine Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern auf der anderen Marktseite zu treffen hat, zu einer Verletzung des Leistungswettbewerbs auf der Anbieterseite führen. Schließlich ist zu beachten, dass die Gemeinde sich auch mit einem eigenen Unternehmen oder einem Eigenbetrieb am Wettbewerb um das Netz beteiligen kann und sie sich durch ein Wertungskriterium "gesellschaftsrechtlicher Einfluss" stets einen Vorteil gegenüber denjenigen Bewerbern, die die Aufgabe des Netzbetriebs eigenverantwortlich übernehmen wollen, verschaffen könnte.

Als Ausnahme sieht der BGH lediglich das legitime Interesse an, die Konkretisierung der energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des Netzbetriebs über die Laufzeit des Konzessionsvertrages zu sichern, wenn diesem nicht in anderer Weise, etwa durch Regelungen des Vertragsrechts, angemessen Rechnung getragen werden kann.

Diese Gründe für das Bestehen des Diskriminierungsverbotes greifen, wie einleitend dargestellt, aber auch dann, wenn das Beteiligungsmodell nicht als selbständiges Auswahlkriterium, sondern in abgeschwächter Form als Nebenangebot, das ausdrücklich erbeten wird, in das Verfahren aufgenommen wird.

d) Ob darüber hinaus aus dem Rechtsgedanken des § 139 BGB heraus, wonach die Teilnichtigkeit einer Vereinbarung zu deren Gesamtnichtigkeit führen kann, ein Rückschluss von der diskriminierenden Wirkung des Nebenangebotes auf den Bestand des Gesamtvertrages zu ziehen ist, kann daher offenbleiben.

4. Ob darüber hinaus auch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung und damit ein Verstoß ge-

gen § 46 Abs. 1 EnWG n. F. vorliegt, weil die Gemeinde bei der konkreten Auswahlentscheidung ihren Beurteilungsspielraum überschritten hat, kann hier letztlich dahinstehen.

a) Einer Kommune steht bei der Prüfung der Angebote ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Gerichtlich überprüft werden kann jedoch, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von keinem unzutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist, ob keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und ob sich die Wertungsentscheidungen im Rahmen der Gesetze und der allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe halten (ganz h.M., vgl. OLG Celle, Urt. v. 17.03.2016, Az.: 13 U 141/15 (Kart), Tz. 137 - juris). Es ist daher nicht Aufgabe des Gerichts (und damit auch nicht eines Klägers), seine Bewertung an die Stelle derjenigen der Vergabestelle zu setzen, weshalb es auf die Frage, ob einzelne Details besser oder schlechter hätten bewertet werden können, regelmäßig nicht ankommt.

b) Die Klägerin trägt eine Vielzahl von Erwägungen der Beklagten vor, die aus ihrer Sicht die dargestellten Grenzen des Beurteilungsspielraums überschreiten. Allerdings ist grundsätzlich erforderlich, dass die einzelnen erfolversprechenden Ansatzpunkte für die Rüge rechtswidriger Erwägungen eine Wertungsverschiebung von dem bisherigen Bestbietenden hin zur Klägerin zur Folge haben, um eine Kausalität der fraglichen Auswahlpflichtverletzungen zu ergeben; lediglich geringfügige Wertungsverschiebungen, die das Endergebnis zu ändern nicht geeignet sind, tragen einen Unterlassungsanspruch dagegen nicht.

aa) Im vorliegenden Fall, der durch eine relative Bewertungsmethode (zu deren Zulässigkeit: Schreiber, Das Energiewirtschaftsrecht im Jahre 2017, N & R 2018, 85, 95) und Transparenzdefizite bei der Begründung der Auswahlentscheidung gekennzeichnet ist, ist eine abschließende Berechnung nicht möglich. Zu beachten ist dabei allerdings, dass der Vortrag der Klägerin, insbesondere im Hinblick auf die Bewertung der beiden Konzessionsvertragsangebote, häufig die eigene Bewertung an die Stelle derjenigen der Kommune setzt und das eigene Angebot zwingend für das beste hält; dies allein genügt jedoch für die Annahme eines Bewertungsfehlers trotz des Vorliegens eines Beurteilungsspielraums nach den soeben aufgezeigten Kriterien noch nicht.

bb) Läßt man diese subjektiven Wertungskonfliktsfälle bei der Betrachtung aus und berücksichtigt man nach dem bisherigen Sachstand nur die relevanten Fälle, in denen



es gerade nicht nur um eine nicht durch die Klägerin zu ersetzende Bewertung geht, reichen die Wertungsverschiebungen doch für sich allein genommen noch nicht, um die Kausalität bejahen zu können.

Als plausible Bewertungsfehler wären derzeit zu beachten:

(1) Strom: 15, 5 Punkte, maximal bei umgekehrter Relation: 31 Punkte. Diese reichen nicht für Differenz von 40 Punkten

(Bewirtschaftungskonzept: Versorgungssicherheit/Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen: 10 P (Statistikzusage ergibt sich aus einheitlichem Vertrag), Verbraucherefreundliche Versorgung/Beratung zum Netzanschluss: 3 P (eigene Formulare ergeben sich aus Konzessionsvertrag), Umweltverträgliche Versorgung/Kurze Anfahrtswege: 2 P (Standort der Mitarbeiter dürfte kein zu berücksichtigendes Kriterium sein); Konzessionsvertragsangebot: Benennung eines Ansprechpartners: 0,5 P (von Klägerin auch angeboten)

(2) Gas: 17, 5 Punkte, maximal bei umgekehrter Relation: 35 Punkte. Diese reichen nicht für Differenz von 53 Punkten

(Bewirtschaftungskonzept: Versorgungssicherheit/Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen: 10 P (Statistikzusage ergibt sich aus einheitlichem Vertrag), Umweltverträgliche Versorgung/kurze Anfahrtswege: 2 P (Standort der Mitarbeiter dürfte kein zu berücksichtigendes Kriterium sein) und Vorhalten eines umweltfreundlichen Fuhrparks: 5 P (Größe der Flotte wurde offenbar nicht für das Konzessionsgebiet festgelegt); Konzessionsvertragsangebot: Benennung eines Ansprechpartners: 0,5 P (von Klägerin auch angeboten).

5. Die dargestellten Verfahrensverstöße können von der Klägerin auch gerügt werden, da eine Präklusion jeweils nicht gegeben ist.

Mit § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG ist ein neues Rüge regime normiert worden, wonach die Bieter gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abgeholfen hat, nur innerhalb von 15 Kalendarientagen ab Zugang dieser Information vor den ordentlichen Gerichten geltend machen können. Mangels einer Legaldefinition ist unter einer Rüge der Vortrag der tatsächlichen Um-

stände und deren Relevanz für eine Rechtsverletzung zu verstehen (Keiler-Herder, Konzessionsverfahren nach der Neuregelung des Konzessionsvertragsrechts, ER 2017, 91, 96). Im Hinblick auf die Beteiligungsproblematik ergibt sich ein durch die Klägerin rügefähiger Vortrag der Gemeinde aus den Nichtabhilfeschriften vom 11.10.2018 (Anlagen AS1 19, 20, dort S. 19). Die Klägerin hat die dargestellten Punkte, soweit sie erkennbar waren, gerügt und im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens als Sachverhalt vorgetragen und schließlich daraus behauptete Rechtsverletzungen abgeleitet (Antragschrift v. 25.10.2018, S. 16 ff., 62 f.).

6. Der Anspruch stellt einen Unterlassungsanspruch dar, der nach den allgemeinen Grundsätzen des § 1004 BGB analog entweder Wiederholungs- oder Erstbegehungsfahr voraussetzt. Eine Erstbegehungsfahr ist dann anzunehmen, wenn erstmals eine ernsthafte Beeinträchtigung von Rechtsgütern droht (Palandt, a.a.O., § 1004 Rz. 33; BGH in NJW 2004, 3701, 3702 spricht von einem vorbeugenden Abwehranspruch). Das ist unbestritten im Hinblick auf den Stadtratsbeschluss vom 26.03.2018 zum Abschluss des Vertrages mit der

#### IV.

1. Die Nebenentscheidungen folgen aus § 91 ZPO. Der eigenständige Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist hier entbehrlich.

2. Grundlage für die Festsetzung des Streitwertes sind §§ 48, 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG n. F. i.V.m. § 3 ZPO. Die Neufassung des § 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG ist dabei als Deckelung des Streitwertes zu verstehen, die verhindern soll, dass Unternehmen durch zu hohe Gerichtskosten von einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgehalten werden (BT-Drs. 18/10503, S. 7). Da bislang in der Rechtsprechung der Kammer beim Streitwert des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens eines Konzessionsrechtsstreits von einem prozentualen Anteil des geschätzten Auftragswertes ausgegangen worden ist, wird regelmäßig, so auch hier, die

Streitwertgrenze erreicht werden.

Da diese für jedes Konzessionsverfahren gesondert zu betrachten ist, beträgt der Streitwert  
200.000,- Euro.

Präsident des Landgerichts Richterin am Landgericht Richter am Landgericht