

/ LG Stuttgart: Eilrechtsschutz zur Rechtswahrung im Konzessionierungsverfahren nicht erforderlich

26.04.2016

Energie | Regulierung & Governmental Affairs

Hintergrund des Urteils

Der BGH hat im Urteil vom 17.12.2013, Az. KZR 66/12 deutlich gemacht, dass Konzessionsverträge, die eine diskriminierende Auswahlentscheidung umsetzen und damit auf einer unbilligen Behinderung der Mitbewerber beruhen, gemäß § 134 BGB stets nichtig sind. Es kann nach Auffassung des BGH nicht hingenommen werden, dass der durch § 46 Abs. 1 EnWG bezweckte und durch das Verbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 GWB a.F.) abgesicherte Wettbewerb um die Wegerechte langfristig durch den Bestand eines solchen Konzessionsvertrages ausgeschlossen werde.

Eine andere Beurteilung komme nur dann in Betracht, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht nutzen. In diesem Fall könne und müsse die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden. Der BGH lässt dabei offen, in welcher Form die Bewerber ihre Rechte wahren müssen.

Diese Aussagen des BGH haben in der Praxis zu dem Streit geführt, ob die unterlegenen Bewerber zur Wahrung ihrer Rechte den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Gemeinde, gerichtet auf Untersagung des Abschlusses des Konzessionsvertrages mit dem obsiegenden Bewerber, beantragen müssen. Dem hat das LG Stuttgart nun mit **Urteil vom 05.04.2016, Az. 41 O 43/14 KfH** eine Absage erteilt.

Die Entscheidung des LG Stuttgart

In dem vom LG Stuttgart zu entscheidenden Fall hatte die Klägerin nach der Information durch die beklagte Gemeinde, dass der Konzessionsvertrag mit einem anderen Bewerber geschlossen werden soll, u.a. um Übersendung einer detaillierten Auswertung der Angebote gebeten, um die Auswahlentscheidung überprüfen zu können. Dem ist die Gemeinde, trotz mehrfacher Aufforderung der Klägerin, nur teilweise nachgekommen.

Nachdem die Gemeinde den Konzessionsvertrag mit dem obsiegenden Bewerber abgeschlossen hatte, erhob die Klägerin Klage auf Feststellung der Nichtigkeit dieses Konzessionsvertrages. Die beklagte Gemeinde berief sich im Klageverfahren darauf, dass mögliche Fehler des Auswahlverfahrens geheilt worden seien, da die Klägerin ausreichend Zeit gehabt habe, einstweiligen Rechtsschutz gegen den angekündigten Vertragsschluss zu beantragen, diese Möglichkeit aber nicht genutzt habe.

Nach Auffassung des LG Stuttgart sind die Verfahrensmängel des Konzessionierungsverfahrens nicht dadurch geheilt worden, dass die Klägerin sofort Hauptsacheklage erhoben hat, ohne zuvor eine einstweilige Untersagungsverfügung zu beantragen. Die Klägerin habe ihre Rechte ausreichend gewahrt, indem sie nach der Information über die Auswahlentscheidung die Gemeinde immer wieder aufgefordert habe, ihr insbesondere die Auswertungsmatrix zu übersenden.

Nach Auffassung des LG Stuttgart genügt zur Rechtswahrung die außergerichtliche Erhebung von Einwendungen gegen das Konzessionierungsverfahren. Dies begründet das LG Stuttgart wie folgt:

- ▶ Der BGH habe in seiner Entscheidung vom 17.12.2013 offengelassen, in welcher Form die Bewerber ihre Rechte wahren müssen. Aus der Heranziehung des auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedankens ergebe sich nur eine Informations- und Wartepflicht der Gemeinde, nicht dagegen eine Verpflichtung unterlegenen Bewerber auf Beantragung einer einstweiligen Verfügung, um die Zuschlagserteilung zu verhindern.
- ▶ Es sollen solche Einwendungen gegen das Konzessionierungsverfahren ausgeschlossen werden, die erst Jahre nach der Auswahlentscheidung erhoben werden und die die Gemeinde, die mangels der Erhebung von Einwendungen von dem Bestand des Konzessionsvertrages ausgehen konnte, deshalb überraschen. Ein Vertrauen der Gemeinde auf den dauerhaften Bestand des Konzessionsvertrages werde aber von vorneherein gar nicht erst begründet, wenn – wie im vorliegenden Fall – ein unterlegener Bewerber unmittelbar im Anschluss an das Informationsschreiben der Gemeinde die

Richtigkeit der Auswahlentscheidung anzweifelt und Unterlagen zu deren Überprüfung verlangt.

- ▶ Auch könne die Durchführung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens aufgrund des vorläufigen Charakters dieses Rechtsbehelfs keine Rechtssicherheit für die Gemeinde schaffen, unabhängig davon, ob die einstweilige Verfügung erlassen wird oder nicht, da die einstweilige Verfügung lediglich vorläufig sichernden Charakter habe, letztlich aber nur aufgrund einer summarischen Überprüfung der Sach- und Rechtslage ergehe und ein Hauptsacheverfahren daher nicht ersetze.
- ▶ Würde man in diesen Fällen vom unterlegenen Bewerber verlangen, vorab den Weg des einstweiligen Rechtsschutzes zu beschreiten, würde dies zu einer unnötigen Verdoppelung der Rechtstreitigkeiten führen.
- ▶ Selbst bei Abweisung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bestünde für die Gemeinde keine Rechtssicherheit dahingehend, dass ein im Anschluss an das einstweilige Verfügungsverfahren geschlossener Konzessionsvertrag dauerhaft Bestand hätte. Denn auch bei Abweisung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bestehe für den unterlegenen Bewerber immer noch die Möglichkeit, die Sach- und Rechtslage in einem Hauptsacheverfahren klären zu lassen.
- ▶ Angesichts der Komplexität der Sachverhalte dürfte es auch kaum möglich sein, innerhalb von 15 Tagen nach der Information über die Auswahlentscheidung einen erfolgversprechenden Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zwecks Verhinderung der Zuschlagserteilung einzureichen. Anders als im Kartellvergabeverfahren, aus dem die Vorschrift des § 101a GWB stammt, gelte im einstweiligen Rechtsschutz nach der ZPO nicht im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens der Amtsermittlungsgrundsatz, sondern der Beibringungsgrundsatz. Gerade bei Fehlern in der Auswahlentscheidung sei die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs für den Verfügungskläger aufgrund der im Vergleich zum Hauptsacheverfahren begrenzten Beweismöglichkeiten häufig schwierig bis unmöglich.
- ▶ Häufig sei es zudem auch nicht möglich, gerichtlichen Rechtsschutz innerhalb von 15 Tagen tatsächlich zu erlangen, weshalb die Kommune möglicherweise in Unkenntnis eines zwischenzeitlich eingereichten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung dennoch nicht gehindert wäre, den Zuschlag nach Ablauf der im Beschluss vom 17.12.2013 („Stromnetz Berkenthin“) als ausreichend erachteten Frist von 15 Kalendertagen nach Absendung der Information über die beabsichtigte Auswahlentscheidung zu erteilen, womit sich die einstweilige Verfügung regelmäßig erledigen würde. In diesen Fällen wäre die einstweilige Verfügung also überflüssig.
- ▶ Dass die 15 Tage-Frist des BGH für den Aufschub des Zuschlags zu kurz bemessen sei, um eine einstweilige Verfügung zu erwirken, zeige auch der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 2. Dezember 2015 zum Entwurf eines Gesetzes zu Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung. Nach § 47 Abs. 6 EnWG-Referentenentwurf könne der Konzessionsvertrag selbst dann, wenn keine Rügen erhoben werden, regelmäßig erst 45 Kalendertage nach Mitteilung über die Auswahlentscheidung abgeschlossen werden. Der unterlegene Bewerber habe nach dem Gesetzesentwurf nach Mitteilung der beabsichtigten Zuschlagserteilung 30 Tage Zeit, um Rügen gegenüber der Gemeinde vorzubringen. Helfe die Gemeinde der Rüge des Bewerbers nicht ab, habe dieser weitere 15 Tage Zeit, um dann eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Damit könne letztlich der Zuschlag erst nach Durchlaufen dieses Verfahrens und frühestens erst nach Ablauf eines Zeitraums von 45 Kalendertagen erteilt werden.

Weitere Konkretisierungen zum Diskriminierungsverbot

Das LG Stuttgart nimmt in dem Urteil vom 05.04.2016 darüber hinaus zur Zulässigkeit einiger Auswahlkriterien Stellung.

- ▶ So müsse es sich bei den Forderungen im Kriterienkatalog tatsächlich um Entscheidungskriterien handeln. Dies sei etwa bei der Haftungsübernahme oder den Pflichten zum Rückbau stillgelegter Leitungen nicht der Fall, da es sich um notwendig zu erfüllende Klauseln eines Konzessionsvertrags und nicht um Qualitätskriterien handle, bei denen sich die Angebote der Bewerber differenzieren können. Die Auswahlentscheidung dürfe sich aber nicht an der Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten orientieren, da die Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten von allen Bewerbern gleichermaßen erwartet wird.
- ▶ Das Kriterium der „bisherigen Netzentgelte“ der Bewerber hält das LG Stuttgart für diskriminierend, da es diejenigen Bewerber bevorzuge, deren Versorgungsgebiet keine ländlichen Regionen umfasse und die deswegen zurzeit geringe Netzentgelte haben. Das Kriterium erlaube zudem keine gesicherte Aussage darüber, wie hoch die Netzentgelte sein werden, mit denen der jeweilige Bewerber die Versorgung im Gemeindegebiet der Beklagten übernimmt. Denn das derzeitige Netzentgelt eines Bewerbers sei u.a. davon abhängig, wie das jeweilige Versorgungsgebiet strukturiert ist.
- ▶ Unzulässig ist nach Auffassung des LG Stuttgart auch die change of control-Klausel. Diese habe mit den in § 1 Abs. 1 EnWG aufgestellten Zielen der Energieversorgung nichts zu tun. An einem derartigen Sonderkündigungsrecht bestehe kein sachliches Interesse, da ein Wechsel im Gesellschafterbestand in analoger Anwendung von § 4 EnWG eine Genehmigung

erforderlich mache und deshalb ggf. von der zuständigen Behörde eine erteilte Genehmigung widerrufen werden könne. Auch dürfte bereits gesetzlich eine Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund bestehen.

- ▶ Die Kriterien zum Konzessionsvertrag dürfen nach Ansicht des LG Stuttgart mit maximal 15 % gewichtet werden. Eine Gewichtung mit 25 % sei demnach zu hoch. Der Konzessionsvertrag zeige regelmäßig nur geringe Unterschiede zwischen den Bewerbern auf und sei besonders anfällig für Missbräuche und Verstöße gegen die KAV, weshalb ihm kein zu großes Gewicht zukommen dürfe.
- ▶ Unter-Unterkriterien müssen in jedem Fall gewichtet und den Bewerbern transparent gemacht werden. Dies gelte auch für als Fragen ausgestaltete Unter-Unterkriterien zu einzelnen Auswahlkriterien des Kriterienkatalogs.
- ▶ Das LG Stuttgart stellt abermals klar, dass die relative Bewertungsmethode intransparent ist und keine Auswahl nach sachlichen Kriterien darstellt.

Fazit

Die Entscheidung des LG Stuttgart ist begrüßenswert, insbesondere da sich das Gericht mit der Frage, in welcher Form die Bewerber ihre Rechte wahren müssen, detailliert auseinandersetzt und diesbezüglich Klarheit schafft. Auch die Ausführungen zur Zulässigkeit einzelner Auswahlkriterien und zu deren Gewichtung geben weiteren Aufschluss darüber, welchen Anforderungen ein Konzessionsverfahren genügen muss.

Gerne senden wir Ihnen das Urteil auf Anfrage zu. Senden Sie hierzu einfach eine kurze E-Mail an [Dr. Cornelia Kermel](#).

Haben Sie Fragen? Kontaktieren Sie gerne [Dr. Cornelia Kermel](#)

Practice Group: [Energy](#)

Contact Person



Dr. Cornelia Kermel

Mitglied der Practice Group Energie

Mitglied der Practice Group Regulierung & Governmental Affairs

Rechtsanwältin

T +49 30 20942072