

/ LG Berlin: Urteilsbegründung zur Gaskonzessionierung im Stadtgebiet Berlin

25.03.2015

Energie | Regulierung & Governmental Affairs

Hintergrund

Die **GASAG** ist bisherige Gas-Konzessionsvertragspartnerin des Landes Berlin und Eigentümerin des Gasverteilnetzes der allgemeinen Versorgung. Die **NBB** Netzgesellschaft Berlin-Brandenburg mbH & Co. KG ist Pächterin des Netzes.

Das Land Berlin, vertreten d.d. Senatsverwaltung für Finanzen – „SenFin“, setzte mit Bekanntmachung vom 20. Dezember 2011 das Verfahren zur Neuvergabe der Gaskonzession im Land Berlin in Gang.

Am 3. Juni 2014 teilte die SenFin in einer Pressekonferenz zum Ergebnis des Vergabeverfahrens mit, dass nach ihrem Vorschlag die **Gaskonzession an „Berlin Energie“** (im März 2012 geschaffener Landesvertrieb gem. § 26 der Landeshaushaltsordnung (LHO)) vergeben werden solle, da deren Angebot die meisten Punkte erreicht habe. Der Senat beschloss am 24. Juni 2014 eine Senatsvorlage an das Abgeordnetenhaus bzw. nahm diese „zustimmend zur Kenntnis“. Danach soll das Abgeordnetenhaus eine „Innerstädtische Festlegung zur Gaskonzessionierung“ zugunsten des Unternehmens „Berlin Energie“ beschließen, die nach der beabsichtigten Ausgründung des LHO – Betriebs „Berlin Energie“ als Konzessionsvertrag fortgelten soll. Die Vorlage wurde am 03. Juli 2014 im Abgeordnetenhaus beraten und dann an die zuständigen Ausschüsse verwiesen. Ein Beschluss des Abgeordnetenhauses gemäß § 19 Abs. 3 des Berliner Energiespargesetzes (BEnSpG) für die Entscheidung der Konzessionsvergabe stand bis zur Urteilsverkündung aus und war auch nicht konkret angekündigt.

Das Urteil

GASAG und NBB beantragten u.a. hilfsweise die **Unterlassung der Vergabe des ausgeschriebenen Wegenutzungsrechts** für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gebiet der Stadt Berlin in Form von innerstädtischen Festlegungen zur Gaskonzessionierung an „Berlin Energie“.

Das LG Berlin hat mit Urteil vom 9. Dezember 2014 (Az. 16 O 224/14 Kart) diesem **Hilfsantrag** des bisherigen Gaskonzessionsvertragspartners und des derzeitigen Netzbetreibers **stattgegeben**. Den **Hauptantrag** mit den Alternativen der Annahme des Angebots auf Konzessionierung oder der Kooperation **wies das Gericht dagegen zurück**.

Seit dem 12. März 2015 liegen die mit Spannung erwarteten Urteilsgründe (43 Seiten) vor.

Die wesentlichen Entscheidungsgründe

Das Urteil des Landgerichts Berlin basiert u.a. auf den folgenden wesentlichen Entscheidungsgründen:

Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten bestätigt:

Die Kammer hatte bereits mit Beschluss vom 4. August 2014, bestätigt durch Beschluss des Kammergerichts vom 6. Oktober 2014 (2 W 4/14 Kart), den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nach § 13 GVG bestätigt.

Unzulässigkeit und Unbegründetheit des Hauptantrags:

Unzulässig sei der Antrag wegen fehlender Bestimmtheit. Unbegründet sei der Antrag, da nur in Ausnahmefällen und unter engen Voraussetzungen Anspruch auf Schadensersatz in Form der Naturalrestitution, d.h. Zuschlag an GASAG/NBB, bestehe. Diese lägen hier nicht vor. Auch wenn im Falle der Rechtswidrigkeit einer Vergabeentscheidung an „Berlin Energie“ nur ein Bieter verbleibe, stehe aufgrund der zahlreichen Verfahrensmängel nicht fest, ob nicht doch eine Neuausschreibung zu erfolgen habe. Unabhängig davon könne die Kammer eine rechtsverbindliche Entscheidung des Beklagten über die Konzessionsvergabe deshalb nicht ersetzen, weil der Abschluss eines solchen der Zustimmung des Abgeordnetenhauses bedürfe. Eine gerichtliche Verpflichtung des Beklagten würde in die verfassungsrechtlich geschützte Entscheidungshoheit des Parlaments eingreifen und

damit das Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG verletzen.

Zulässigkeit und Begründetheit des Hilfsantrags auf Unterlassung der Vergabe des Wegerechts an „Berlin Energie“:

Nach Auffassung des Gerichts haben GASAG und NBB allerdings einen Anspruch auf Unterlassung der Vergabe des Wegenutzungsrechts für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Land Berlin als „innerstädtische Festlegung“ an „Berlin Energie“. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH in Sachen Stromnetz Berkenthin legt das Gericht zunächst dar, dass der Beklagte dem kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbot unterfällt und dieses von dem Beklagten in mehrfacher Hinsicht verletzt worden ist:

- ▶ „Berlin Energie“ hätte in seiner konkreten Ausgestaltung am Konzessionierungsverfahren überhaupt nicht teilnehmen dürfen. Deren Berücksichtigung stelle sich als struktureller Mangel des Konzessionierungsverfahrens dar.
- ▶ Jedenfalls hätte das „Angebot“ der „Berlin Energie“ wegen Nichterfüllung der von dem Beklagten vorgegebenen Voraussetzungen nicht berücksichtigt werden dürfen.
- ▶ Die Auswahlkriterien und deren Gewichtung wurden nur unzureichend benannt.
- ▶ Die Bewertung der Angebote und damit die Auswahlentscheidung des Beklagten ist ebenfalls mit erheblichen Fehlern behaftet.

Fazit

Die Entscheidungsgründe des LG Berlin überzeugen in weiten Teilen des Urteils. Es muss ernsthaft bezweifelt werden, dass eine Berufung gegen dieses sorgfältig und umfangreich begründete Urteil angesichts der Vielzahl der Verstöße erfolgsversprechend sein wird.

Auch wenn es sich hinsichtlich der Bewerbung von „Berlin Energie“ und dessen besonderer Stellung eher um einen Sonderfall handelt, steht zu befürchten, dass das Urteil des LG Berlin auch **Auswirkungen auf zahlreiche andere Konzessionierungsverfahren** haben wird. Denn vielen Verfahren wurden die gleichen Auswahlkriterien und die gleiche Bewertungsmethodik zugrunde gelegt, die von dem Gericht als intransparent und diskriminierend beurteilt worden ist.

Gerne senden wir Ihnen eine Zusammenfassung der wesentlichen Entscheidungspunkte zu. Senden Sie einfach eine kurze E-Mail an: Dr. Cornelia Kermel: cornelia.kermel@noerr.com

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

Practice Group: [Energie](#)

Contact Person



Dr. Cornelia Kermel

Mitglied der Practice Group Energie

Mitglied der Practice Group Regulierung & Governmental Affairs

Rechtsanwältin

T +49 30 20942072