

indes, soweit ersichtlich, noch kein Gericht entschieden, dass aufgrund eines Verstoßes gegen das Behinderungsverbot der Ausschluss eines Mitbewerbers von dem weiteren Verfahren verlangt werden könnte. Jedenfalls kann, ebenso wie ein Kontrahierungszwang (s. o. I. 2. a.), ein solcher Anspruch von vornherein überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten auf andere Weise nicht zu

vermeiden ist. Das ist hier aber nicht der Fall. Wie oben a. a. O. ausgeführt, steht dem Beklagten neben dem Vertragsschluss mit den Klägerinnen die Möglichkeit offen, das Konzessionsvergabeverfahren (teilweise) zu wiederholen oder die Gaskonzession neu auszuschreiben.

[...]

Dr. Olaf Schulz-Gardyan

## Anmerkung zum Urteil des KG vom 4. April 2019

### I. Problem

Nach den Grundsatzurteilen des BGH vom 13. Dezember 2013 in den Sachen „Stromnetz Heiligenhafen“<sup>1</sup> und „Stromnetz Berkenthin“<sup>2</sup> und der Neuregelung der §§ 46 ff. EnWG ist die erhoffte Rechtssicherheit im Umgang mit dem Wunsch vieler Gemeinden, die Strom- und Gasnetze im Zuge der Vergabe von Wegenutzungsrechten für die allgemeine Versorgung zu (re)kommunalisieren, nicht eingetreten. Zwar bekennen sich die Gemeinden mittlerweile zu ihrer wettbewerbs- und energierechtlichen Verpflichtung zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens bei der Suche nach einem neuen Netzbetreiber. Einen erkennbaren Einfluss auf die Auswahlentscheidung hat dieses Bekenntnis aber nicht. Vielmehr gehen nach wie vor regelmäßig die kommunalpolitisch favorisierten Bewerber als Sieger aus den Konzessionsverfahren hervor. Das gilt insbesondere dann, wenn es sich um die eigenen Stadtwerke oder um Bewerber handelt, an denen die Gemeinde beteiligt ist. Unter diesen Umständen kann das Vertrauen in die unabhängige Entscheidungsfindung der Gemeinden nicht wiederhergestellt werden. Die Gerichte sind deshalb aufgerufen, auch die verdeckten Manipulationen der Gemeinden zugunsten der kommunalpolitisch favorisierten Bewerber zu erkennen und zu sanktionieren. Hierzu haben sie bei neueren Verfahren schon wegen des aus dem Rügeregime des § 47 EnWG folgenden faktischen Zwangs zur gerichtlichen Geltendmachung der Rügen, denen die Gemeinde nicht abgeholfen hat, reichlich Gelegenheit. Da aber für diese Verfahren die Regelungen für einstweilige Verfügungen gelten, ist eine Rechtszersplitterung vorprogrammiert. Eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung ist deshalb nur über Hauptsacheverfahren zu erreichen, die ihren Weg zum BGH finden.<sup>3</sup>

### II. Entscheidung

Das Urteil des KG betrifft ein gegen die beabsichtigte Konzessionierung des für den Betrieb des Gasnetzes im Land Berlin errichteten Landesbetriebes eingeleitetes Hauptsacheverfahren. Das Verfahren hat sich über vier Jahre hingezogen. Berücksichtigt man, dass in dieser Zeit nicht nur zwei Instanzen durchlaufen wurden, sondern auch zwei Zwischenstreitigkeiten zur Frage des Rechtswegs sowie zur Zulässigkeit der Nebenintervention des Landesbetriebes erledigt wurden, ist das Verfahren erstaunlich zügig abgewickelt worden. Der unterschiedliche Fall illustriert die Gefahren für eine unabhängige Entscheidungsfindung bei politisch gewollter Kommunalisierung des Netzbetriebs. Das KG hat deshalb zu Recht festgestellt, dass die Klägerinnen durch die Gestaltung des Konzessionsverfahrens in ihrer Aussicht auf den Erhalt der Konzession behindert wurden, und dem hilfsweise gestellten

Unterlassungsantrag stattgegeben. Nicht überzeugend ist aber die Zurückhaltung des Gerichts gegenüber den vorrangigen Anträgen auf Abschluss des Konzessionsvertrages mit ihnen bzw. auf Ausschluss des Landesbetriebs.

#### 1. Neutralitätsgebot

Die Gefahren für ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren beginnen bereits mit der Benennung der verfahrensleitenden Stelle.

##### a) *Recht der Gemeinde zur Beteiligung am Auswahlverfahren*

Eine Gemeinde, die sich selbst um die Konzession bewirbt, setzt sich regelmäßig dem Vorwurf der Vorfestlegung aus. Da das Recht der Gemeinde, sich in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren selbst um die Konzession zu bewerben, aber von dem in Art. 28 Abs. 2 GG garantierten Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde umfasst ist und auch § 46 Abs. 6 EnWG von einem solchen Recht ausgeht, wird aus der Bewerbung der Gemeinde um die von ihr selbst vergebene Konzession regelmäßig nicht auf eine Vorfestlegung geschlossen. Das gilt auch für die vorbereitenden Maßnahmen wie die Gründung des entsprechenden Unternehmens und die Suche nach einem strategischen Partner, mit dem das kommunale Unternehmen sich an dem Wettbewerb beteiligen will. Auch in der Begründung zum Gesetzentwurf für die Neufassung des § 46 EnWG wird betont, dass die „zum Zwecke der Neuaufstellung als Netzbetreiber ergriffenen Organisationsmaßnahmen“ der Gemeinde nicht „per se als Vorfestlegung der Gemeinde ausgelegt werden [dürfen], sich für den kommunalen Netzbewerber entscheiden zu wollen“.<sup>4</sup> Dem folgt auch das KG.

1 BGH, N&R 2014, 157 (Urt. v. 13.12.2013 – Az. KZR 65/12).

2 BGH, N&R 2014, 166 (Urt. v. 13.12.2013 – Az. KZR 66/12).

3 Die teilweise vertretene Auffassung, dass Rechtsverletzungen nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn der Versuch, sie durch eine einstweilige Verfügung zu unterbinden, erfolglos geblieben ist, würde nicht nur der erforderlichen Vereinheitlichung der Rechtsprechung entgegenstehen, sondern auch mit dem Charakter des einstweiligen Verfügungsverfahrens nicht vereinbar sein, welches auf eine vorläufige Regelung ausgerichtet ist. Sie würde außerdem schon wegen der Beschränkung der Mittel zur Glaubhaftmachung auch mit dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar sein. Schließlich würde sie rügende Netzbetreiber gegenüber den Gemeinden benachteiligen, weil den Gemeinden, wenn sie im einstweiligen Verfügungsverfahren unterliegen, die Möglichkeit bliebe, ein Hauptsacheverfahren über § 926 ZPO zu erzwingen, während der rügende Netzbetreiber diese Möglichkeit nicht hätte.

4 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 13.

*b) Notwendigkeit einer personellen und organisatorischen Trennung*

Aus § 46 Abs. 6 EnWG ergibt sich allerdings auch, dass kommunalpolitische Präferenzen für einen bestimmten Bewerber in dem Auswahlverfahren keine Rolle spielen dürfen. Um zu verhindern, dass der kommunale Bewerber Einfluss auf die Gestaltung des Verfahrens nimmt oder Informationen, die für die Aussichten des kommunalen Bewerbers im Wettbewerb förderlich sein können, außerhalb der an alle Bewerber versandten Verfahrensbriefe von der Gemeinde an den kommunalen Bewerber fließen, herrscht seit der Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 19. Juli 2016<sup>5</sup> weitgehende Einigkeit, dass eine Gemeinde, die mittelbar oder unmittelbar auch auf der Seite eines Bewerbers steht, für eine ausreichende personelle und organisatorische Trennung zwischen ihrer Rolle als „Vergabestelle“ und ihrer Rolle als Bieter zu sorgen hat.<sup>6</sup>

Dem folgt zu Recht auch das KG. Es bestätigt die Auffassung der Vorinstanz, wonach das Land Berlin keine ausreichende personelle und organisatorische Trennung zwischen dem Land als Vergabestelle und dem Land als Mitbewerber durchgeführt hat und deshalb Zweifel an der unparteiischen Entscheidungsfindung bestehen. Der konkrete Nachweis, dass es zu einem unzulässigen Informationsfluss zwischen der Vergabestelle und dem kommunalen Bewerber gekommen ist, ist dann nicht mehr erforderlich.

Im konkreten Fall hat das KG darauf abgestellt, dass bis zu der Ende November 2012 erfolgten Zuordnung des Landesbetriebes zum Geschäftsbereich der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt sowohl der Landesbetrieb als auch die verfahrensleitende Stelle für die Konzessionsvergabe zu der Senatsverwaltung für Finanzen gehörten. Dem Umstand, dass sie unterschiedlichen Referaten zugeordnet waren, kam nach zutreffender Auffassung des KG keine Bedeutung zu. Ebenfalls zu Recht hat das KG festgestellt, dass auch in diesem Zeitraum insbesondere durch die Erstellung des zweiten Verfahrensbriefs wettbewerbsrelevante Handlungen vorgenommen wurden. Wie das KG zutreffend ausführt, wurden mit diesem zweiten Verfahrensbrief „die entscheidenden Weichen für die Vergabeentscheidung“ gestellt. Damit spricht das Gericht die naheliegende Sorge an, dass Interessen des Landesbetriebs als Bewerber in die Gestaltung der mit dem zweiten Verfahrensbrief mitgeteilten Auswahlkriterien eingeflossen sind.

Die konkreten Regelungen zur personellen und organisatorischen Trennung des Landes hat das KG zu Recht für unzureichend gehalten. Diese beschränkten sich allein auf die Anordnung, dass die Geschäftsleitung des Landesbetriebes nicht den Weisungen des für Finanzen zuständigen Senatsmitglieds unterliegt. Weisungsrechte des sowohl für den Landesbetrieb als auch für die verfahrensleitende Stelle zuständigen Abteilungsleiters waren aber nicht erfasst. Außerdem waren keine konkreten Regelungen zur Verhinderung eines Wissenstransfers zwischen dem Landesbetrieb und der verfahrensleitenden Stelle vorhanden. An dieser Stelle hebt sich das Urteil des KG wohlthuend von der Rechtsprechung des OLG Schleswig ab, welches in dem Urteil vom 16. April 2018 auf die Vorlage konkreter organisatorischer Anweisungen unter Hinweis auf die Unmöglichkeit verzichtet hat, einen Wissensaustausch vollkommen zu unterbinden.<sup>7</sup> Auf den von dem KG zusätzlich erwähnten Umstand, dass die Geschäftsanweisung tatsächlich nicht immer eingehalten wurde, kam es nicht mehr an.

Der BGH wird schon im Rahmen der Revision gegen das Urteil des OLG Naumburg vom 21. September 2018<sup>8</sup> Gelegenheit haben, die Anforderungen des Neutralitätsgebots zu konkretisieren. Das KG hat die Revision demgegenüber nicht zugelassen. Das ist sehr bedauerlich, da sowohl der Zeitpunkt, ab dem die personelle und organisatorische Trennung

erforderlich wird, als auch die Bestimmung des von der Mitwirkung an dem Konzessionsverfahren ausgeschlossenen Personenkreises und die konkreten Anforderungen an die organisatorische Trennung einer höchstrichterlichen Klärung bedürfen.

**2. Gewichtung der Auswahlkriterien zu den Zielen des § 1 EnWG**

*a) Mindestgewichtung der Sicherheit des Netzbetriebs*

Das KG hat eine weitere Behinderung der Klägerinnen darin gesehen, dass das Ziel des sicheren Netzbetriebs mit nur 15,87% willkürlich mindergewichtet wurde. Das ist nach der Entscheidung des BGH in Sachen „Stromnetz Berkenthin“, wonach das zentrale Ziel der Sicherheit des Netzbetriebs angemessen berücksichtigt werden müsse und hierfür der Musterkriterienkatalog der Landeskartellbehörde des Landes Baden-Württemberg, welcher eine Gewichtung von 25 bis 35% vorsieht, herangezogen werden könne,<sup>9</sup> keine Überraschung.

*b) Zuordnung der relevanten Teilziele*

Hervorzuheben ist allerdings, dass das KG das Argument des Landes, wonach auch die Kriterien „Reaktionszeiten bei der Störungsbeseitigung“, „Investitionen zur Anpassung des Netzes an den Ausbau erneuerbarer Energien“, „Erbringung von Baumaßnahmen“ und „Change of Control-Klausel“ dem Ziel der Sicherheit des Netzbetriebs zugeordnet werden könnten, abgelehnt hat. Allenfalls das Kriterium „Reaktionszeiten bei der Störungsbeseitigung“ könne einen Zusammenhang mit dem Ziel der Sicherheit des Netzbetriebs haben. Auch dies hat das Gericht aber letztlich verneint und das Kriterium dem Ziel des verbraucherfreundlichen Netzbetriebs zugeordnet. Diese Einschätzung hat erhebliche Auswirkungen auf die Praxis, da zahlreiche Kriterienkataloge die Reaktionszeit bei Störungen dem Ziel der Versorgungssicherheit zuordnen. Das Gleiche gilt für die Einschätzung des KG, dass bei den Kriterien „Investitionen zur Anpassung des Netzes an den Ausbau erneuerbarer Energien“, „Erbringung von Baumaßnahmen“ und „Change of Control-Klausel“ kein Zusammenhang mit der Netzsicherheit erkennbar sei.

Damit ist die Frage aufgeworfen, wie die einzelnen Ziele des § 1 EnWG bei der Festlegung der Auswahlkriterien zu konkretisieren sind. Die Begründung zum Gesetzentwurf für die Neuregelung des § 46 EnWG ist insoweit unergiebig. Sie verweist lediglich auf den der Gemeinde insoweit zustehenden „weiten Ermessenspielraum“ und gibt einige unverbindliche Beispiele von Aspekten, die zu den einzelnen Kriterien berücksichtigt werden dürfen.<sup>10</sup> Auch die Rechtsprechung hat sich mit den Anforderungen an die Konkretisierung der Ziele des § 1 EnWG bisher allenfalls ansatzweise auseinandergesetzt. Richtigerweise gilt Folgendes:

*aa) Unterscheidung zwischen den in der (funktionalen) Leistungsbeschreibung konkretisierten und gewichteten Leistungszielen und den Beurteilungs- oder Zuschlagskriterien*

Der Hauptgrund für die Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiet besteht in der mangelnden Unterscheidung zwischen der Konkretisierung und Gewichtung der Leistungsziele im Rahmen

5 OLG Brandenburg, Urt. v. 19.7.2016 – Az. Kart U 3/15.

6 OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.4.2017 – Az. 6 U 152/16 Kart, Rn. 98 (LRBW); OLG Schleswig, Urt. v. 16.4.2018 – Az. 16 U 110/17 Kart, Rn. 40 (juris); OLG Naumburg, Urt. v. 21.9.2018 – Az. 7 U 33/17 (Hs), Rn. 50 (juris).

7 OLG Schleswig, Urt. v. 16.4.2018 – Az. 16 U 110/17 Kart, Rn. 43 ff. (juris).

8 OLG Naumburg, Urt. v. 21.9.2018 – Az. 7 U 33/17 (Hs); die Revision wird unter dem Az. EnZR 99/18 geführt.

9 BGH, NeR 2014, 166, 169 f. Rn. 84 (Urt. v. 13.12.2013 – Az. KZR 66/12) – *Stromnetz Berkenthin*.

10 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 13 f.

der (funktionalen) Leistungsbeschreibung auf der einen Seite und der Kriterien, nach denen die Gemeinde beurteilen will, in welchem Maß die Angebote geeignet sind, die Leistungsziele zu erreichen, auf der anderen Seite.

Diese Unterscheidung ist bereits in der Rechtsprechung des BGH angelegt. Der BGH hat festgestellt, dass die Gemeinden bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten für die allgemeine Versorgung neben ihrer Rolle als Anbieter von Wegenutzungsrechten auch als Nachfrager von Netzdienstleistungen für die Gemeinde auftreten. Soweit die Gemeinden als Anbieter von Wegenutzungsrechten auftreten, richtet sich die Auswahlentscheidung nach der von den Bewerbern angebotenen, die Wirtschaftlichkeit des Angebots bestimmenden Gegenleistung. Diese besteht in der Zahlung der Konzessionsabgabe. Da die Gemeinden aber nach § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG ohnehin berechtigt sind, den Vertragsschluss von der Bereitschaft des Netzbetreibers zur Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe abhängig zu machen, und den Nebenleistungen des Netzbetreibers für die Einräumung des Wegenutzungsrechts durch § 3 KAV enge Grenzen gesetzt sind, ist die Auswahlentscheidung der Gemeinden nach der Rechtsprechung des BGH vorrangig von der Qualität des von der Gemeinde nachgefragten Netzbetriebs abhängig zu machen.<sup>11</sup> Die Qualität des Netzbetriebs wiederum ist anhand der Ziele des § 1 EnWG zu bestimmen. Diese Ziele beinhalten teilweise mehrere Unterziele. Sie sind außerdem teilweise widersprüchlich. Deshalb hat die Gemeinde diese Ziele zu konkretisieren und zu gewichten. Die derart konkretisierten und gewichteten Teilziele beschreiben die nachgefragte Leistung des Netzbetriebs im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung.

Von der (funktionalen) Leistungsbeschreibung zu unterscheiden sind die Kriterien, anhand derer die Gemeinde die Qualität der Leistung im Hinblick auf die einzelnen Elemente der Leistungsbeschreibung beurteilen will (Beurteilungs- oder Zuschlagskriterien). Hierbei haben die Gemeinden den Zweck des durch § 46 EnWG eröffneten Wettbewerbs um Netze zu berücksichtigen. Dieser besteht darin, denjenigen Netzbetreiber zu ermitteln, der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept die größte Gewähr für die Erreichung der von der Gemeinde konkretisierten Leistungsziele bietet.<sup>12</sup> Die Gemeinde hat daher im Hinblick auf jedes Element der Leistungsbeschreibung zu ermitteln, in welchem Maß die Bewerber nach ihrer personellen und sachlichen Ausstattung, ihrer Kompetenz und ihrem Betriebskonzept die Gewähr dafür bieten, dass das jeweilige Leistungsziel erreicht wird.

Die Unterscheidung zwischen den Elementen der (funktionalen) Leistungsbeschreibung auf der einen Seite und den Beurteilungs- oder Zuschlagskriterien auf der anderen Seite hat erhebliche Konsequenzen für die Gestaltung der Auswahlkriterien. Sie hindert die Gemeinde insbesondere daran, etwaige Vorteile der Wettbewerber des kommunalen Bewerbers im Hinblick auf die Ausstattung und Kompetenz dadurch zu marginalisieren, dass die Ausstattung und Kompetenz als ein (gering gewichtetes) Teilziel der Sicherheit des Netzbetriebs behandelt wird. Dies hat bisher allein das OLG Schleswig erkannt und einen Kriterienkatalog einer Gemeinde in diesem Punkt, wenn auch mit in der Terminologie abweichender Begründung, für unwirksam gehalten.<sup>13</sup> Nichts anderes gilt für die Investitions- und Instandhaltungsstrategie, die in vielen Kriterienkatalogen als Teilziel der Sicherheit des Netzbetriebs zugeordnet wird, um auf diese Weise die Mindestgewichtung von 25 % der Gesamtpunktzahl für die dem Ziel der Sicherheit des Netzbetriebs zugeordneten Kriterien zu erreichen. Auch die Investitions- und Instandhaltungsstrategien stellen nämlich keine Teilziele des Ziels eines sicheren Netzbetriebs, sondern Bestandteile des Betriebskonzepts dar,

welches neben der personellen und sachlichen Ausstattung und der fachlichen Kompetenz ein entscheidendes Kriterium für die Beurteilung der Qualität der Angebote im Hinblick auf die einzelnen Leistungsziele und damit ein Beurteilungs- oder Zuschlagskriterium darstellt. Auch wenn das KG nicht auf die Unterscheidung zwischen den Elementen der (funktionalen) Leistungsbeschreibung und den Beurteilungs- oder Zuschlagskriterien abstellt, hat es daher zu Recht entschieden, dass das Kriterium „Investitionen zur Anpassung des Netzes an den Ausbau erneuerbarer Energien“ kein Teilziel des Ziels der Sicherheit des Netzbetriebs darstellt.

#### bb) Konkretisierung der Ziele des § 1 EnWG

Bei der Konkretisierung der Ziele des § 1 EnWG ist die Gemeinde nicht frei. Die Konkretisierung muss vielmehr auf sachlichen Gründen beruhen. Die Gemeinde darf deshalb zentrale Teilziele innerhalb der Ziele des § 1 EnWG nicht unberücksichtigt lassen.

So umfasst etwa das Ziel der Sicherheit des Netzbetriebs die Zuverlässigkeit der Versorgung und die Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen.<sup>14</sup> Es wäre deshalb sachlich nicht begründet, das Ziel der Sicherheit des Netzbetriebs auf die Zuverlässigkeit der Versorgung (Versorgungssicherheit) zu beschränken und das Ziel der Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen völlig unberücksichtigt zu lassen. Auch bei der Konkretisierung des Teilziels der Versorgungssicherheit dürfen zentrale Elemente nicht übergangen werden. Dieses Teilziel umfasst sowohl die Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen als auch die möglichst schnelle Wiederherstellung der Versorgung bei Störungen. Dem werden beispielsweise Kriterienkataloge, die lediglich auf die Reaktionszeit bis zum Eintreffen eines Monteurs am Störungsort abstellen, nicht gerecht.

Eine vergleichbare Problematik stellt sich bei dem Ziel der Effizienz. Dieses umfasst neben der Kosteneffizienz auch die Energieeffizienz.<sup>15</sup> Auch diese beiden Teilziele müssen in dem Kriterienkatalog angemessen abgebildet werden.

Auch bei den Zielen der Verbraucherfreundlichkeit und Umweltverträglichkeit müssen die konkretisierten Teilziele sachlich begründet sein und zentrale Teilziele dürfen nicht unberücksichtigt bleiben. Entsprechendes gilt für das Ziel der zunehmend auf erneuerbaren Energien basierenden Energieversorgung. Dieses scheint zwar in erster Linie die Erzeugung zu betreffen. Es hat aber insoweit einen Netzbezug, als die Fähigkeit des Netzes zur Abnahme, Übertragung und Verteilung der erneuerbaren Energien betroffen ist.

Die Frage, ob und wie das Ziel der Preisgünstigkeit im Rahmen von Konzessionsverfahren zu konkretisieren ist, würde den Rahmen dieser Urteilsanmerkung sprengen. Hier sind jedoch trotz der Aussage in der Begründung zur Neuregelung des § 46 EnWG, wonach es auf der Hand liege, dass die zu erwartende Höhe der Netzentgelte ein sachliches Kriterium für die Auswahl des künftigen Netzbetreibers darstelle,<sup>16</sup> erhebliche Zweifel angebracht. Diese Zweifel ergeben sich insbesondere aus der Systematik des EnWG. Danach wird die Preisgünstigkeit des Netzbetriebs durch die Regulierung erreicht. Die Netzentgelte eines jeden Netzbetreibers entsprechen daher den

11 Erster amtlicher Leitsatz des BGH, N&R 2014, 166 (Urt. v. 13.12.2013 – Az. KZR 66/12) – *Stromnetz Berkenthin*.

12 BGH, N&R 2014, 166, 167 Rn. 38 (Urt. v. 13.12.2013 – Az. KZR 66/12) – *Stromnetz Berkenthin*.

13 OLG Schleswig, Urt. v. 25.6.2018 – Az. 16 U 3/18 Kart, S. 28.

14 BGH, N&R 2014, 166, 169 Rn. 84 (Urt. v. 13.12.2013 – Az. KZR 66/12) – *Stromnetz Berkenthin*.

15 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 14.

16 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 14.

Entgelten, die sich bei dem durch die Regulierung fingierten Wettbewerb um Netzkunden ergeben würden. Sie sind damit, anders als die Preise in anderen Wirtschaftsbereichen, nicht Ausdruck der Kosteneffizienz. Unterschiede in den Netzentgelten sind vielmehr allein durch Umstände bestimmt, auf die Netzbetreiber keinen Einfluss haben. Vor diesem Hintergrund müssten die regulierten Netzentgelte im Wettbewerb um Netze wettbewerbsneutral sein.

#### cc) Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG

Auch für die Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG und der jeweiligen Teilziele müssen sachliche Gründe vorliegen. Diese können nach § 46 Abs. 4 S. 3 EnWG auch in den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes liegen. Allerdings müssen die Gemeinden die Wertentscheidungen des Gesetzes beachten.

Hierzu zählt der Vorrang der Ziele des § 1 EnWG (§ 46 Abs. 4 S. 1 EnWG) gegenüber den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (§ 46 Abs. 4 S. 2 EnWG). Dem wird eine Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG von unter 90 % nicht gerecht,<sup>17</sup> da sie nicht hinreichend sicherstellt, dass der Wettbewerb seine Zweck erfüllt, der nach der Rechtsprechung des BGH<sup>18</sup> darin besteht, denjenigen Netzbetreiber zu ermitteln, der die größte Gewähr für einen Netzbetrieb im Sinne der von der Gemeinde konkretisierten Ziele des § 1 EnWG bietet. Deshalb ist auch der vom BKartA postulierte „sichere Hafen“ („safe harbour“) von 70 %<sup>19</sup> zu gering.

Zu beachten haben die Gemeinden auch den Umstand, dass § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG die Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz besonders hervorhebt. Damit ist nicht nur das Ziel der Sicherheit mit mindestens 25 % zu gewichten. Vielmehr sind die Versorgungssicherheit als das wichtigste Teilziel der Sicherheit und die Kosteneffizienz als das wichtigste Teilziel der Effizienz mit jeweils mindestens 20 % zu gewichten. Die teilweise vertretene Ansicht, die Erwähnung der Kosteneffizienz in § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG habe keine Auswirkung auf die Gewichtung dieses Leistungsziels bei der Bewertung, ist nicht nachvollziehbar und auch mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Dieser hat die Kosteneffizienz nicht nur neben der Versorgungssicherheit als „zentrales Ziel“<sup>20</sup> bezeichnet, sondern ausdrücklich klargestellt, dass er durch die Formulierung in § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG die besondere Bedeutung der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz für die Allgemeinheit herausgestellt habe.<sup>21</sup> Das kann nur so verstanden werden, dass die Ziele der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz gegenüber den übrigen Zielen des § 1 EnWG deutlich stärker und untereinander etwa gleich stark gewichtet werden müssen. Wenn noch jeweils 5 % auf die beiden weiteren Teilziele der Sicherheit und der Effizienz, nämlich die Ungefährlichkeit des Netzbetriebs und die Energieeffizienz, entfallen, bleiben insgesamt 40 % für die übrigen Ziele des § 1 EnWG.

Die Gemeinden haben aber nicht nur Untergewichtungen, sondern auch sachlich nicht begründete Übergewichtungen zu vermeiden. Ein besonders krasses Beispiel hierfür bietet die starke Gewichtung der auf das Kundenzentrum bezogenen Leistungsziele (örtliche Nähe, Erreichbarkeit, Öffnungszeiten, Ausstattung usw.) zur Verbraucherfreundlichkeit. Tatsächlich sucht nämlich kaum ein Netzkunde noch ein Kundenzentrum auf. Er klärt etwaige netzbezogene Anliegen vielmehr über Telefon, elektronische Post (E-Mail) oder die WWW-Seite des Netzbetreibers. Sollte ausnahmsweise ein Bedarf für ein persönliches Gespräch bestehen, bieten die Netzbetreiber regelmäßig Kundenbesuche vor Ort an. Eine Gemeinde, die besonderen Wert auf ein möglichst gut erreichbares Kundenzentrum mit langen Öffnungszeiten und einer hohen Personalausstattung legt, will damit deshalb im Zweifel lediglich die Aussichten ihres eigenen integrierten

Energieversorgungsunternehmens fördern, das ein Kundenzentrum für Vertriebszwecke unterhält.

### 3. Gewichtung von Unterkriterien

Das KG hat eine weitere Behinderung der Klägerinnen darin gesehen, dass Unterkriterien nicht gewichtet worden sind. Dabei hat das Gericht offengelassen, ob Unterkriterien gebildet werden müssen. Wenn dies aber geschehe, müssen sie nach der zutreffenden Auffassung des KG auch gewichtet werden, da anderenfalls die Gefahr besteht, dass Unterkriterien, bei denen das bevorzugte kommunale Unternehmen besonders gut abschneidet, im Rahmen der Bewertung nachträglich mit einem hohen Gewicht versehen werden.

### 4. Zur Frage des Anspruchs auf Abschluss eines Konzessionsvertrages

Den von den Klägerinnen geltend gemachten Anspruch auf Abschluss des Konzessionsvertrages hat das KG abgelehnt. Zur Begründung hat es darauf hingewiesen, dass die Behinderung auch dadurch beseitigt werden könne, dass das Verfahren zurückversetzt wird und bei der Wiederholung des Verfahrens die Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren eingehalten werden. Das ist insoweit problematisch, als eine solche Zurücksetzung des Verfahrens dem Land die Möglichkeit gibt, die gewollte Entscheidung zugunsten des eigenen Landesbetriebes ohne die festgestellten Rechtsverstöße erneut zu fassen, und die unterlegenen Bieter zwingt, hiergegen erneut vorzugehen. Wenn aber feststeht, dass das Angebot der Klägerinnen trotz der festgestellten Diskriminierung als bestes Angebot hätte bewertet werden müssen, steht einer Verurteilung zum Abschluss des Konzessionsvertrages nichts entgegen.

### 5. Zum Antrag auf Ausschluss des Landesbetriebs

Das KG hat auch den Antrag auf Ausschluss des Landesbetriebs abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass weder das durch die Teilnahme der Klägerinnen an dem Auswahlverfahren zustande gekommene vorvertragliche Schuldverhältnis noch das wettbewerbsrechtliche Behinderungsverbot einen Anspruch auf Ausschluss des Landesbetriebes begründen könnten. Dabei scheut sich das KG bereits im Ansatz, einen Anspruch eines Bieters auf Ausschluss eines anderen Bieters anzunehmen. Diese Zurückhaltung ist im Grundsatz zu begrüßen, da Gemeinden versucht sein könnten, den qualitativ besseren Wettbewerber des kommunalen Bewerbers aufgrund rein formaler Umstände auszuschließen, um so die Entscheidung für den präferierten kommunalen Bewerber zu ermöglichen. Zu begrüßen ist deshalb auch der Hinweis des Gerichts auf die Verhältnismäßigkeit. Nicht überzeugend ist aber die Annahme des KG, ein solcher Anspruch sei schon deshalb ausgeschlossen, weil sich das Land den Ausschluss eines Bewerbers bei bestimmten Verfahrensverstößen nur vorbehalten habe, eine entsprechende Selbstbindung aber nicht eingegangen sei. Diese Ausführungen könnten Gemeinden als Einladung verstehen, bei der Entscheidung über den Ausschluss

<sup>17</sup> Säcker, RdE 2015, 1, 10.

<sup>18</sup> BGH, N&R 2014, 166, 167 Rn. 38 (Urt. v. 13.12.2013 – Az. KZR 66/12) – *Stromnetz Berkenthin*, sowie a. a. O., Rn. 56 (nicht abgedruckt in N&R 2014, 166).

<sup>19</sup> BKartA/Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2015, Rn. 32.

<sup>20</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 15.

<sup>21</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 13.

eines Bewerbers mit zweierlei Maß zu messen. Das wäre ein fatales Signal.

### III. Praxisfolgen

Obwohl das Urteil noch ein vor den Grundsatzurteilen des BGH vom 13. Dezember 2013 begonnenes Auswahlverfahren betrifft, ist es durchaus auch für laufende Verfahren von erheblicher Bedeutung. Das gilt zunächst für die Ausführungen des KG zu den aus dem Neutralitätsgebot abgeleiteten Anforderungen an eine personelle und organisatorische Trennung. Von hoher Bedeutung ist aber auch die Frage der Gewichtung der Auswahlkriterien zu den Zielen des § 1 EnWG und ihren Unterkriterien sowie die Zuordnung der Auswahlkriterien zu den einzelnen (Teil-) Zielen. Das Gleiche gilt für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein durch das Auswahlverfahren behinderter Bewerber einen Anspruch auf Konzessionierung durchsetzen kann.

Daneben hat das KG auch zahlreiche prozessuale Fragen behandelt, auf die hier nicht weiter eingegangen wurde. Soweit sie die besondere Konstellation der beiden Klägerinnen betreffen, dürften sie ohnehin nur für den Einzelfall Bedeutung haben. Erfreulich ist insoweit, dass das Gericht eine zeitliche Begrenzung des Unterlassungstenors für überflüssig gehalten hat. Eine solche Begrenzung würde die Klägerinnen nämlich zwingen, ihren Unterlassungsanspruch bei unveränderter Sachlage nach Ablauf der zeitlichen Befristung erneut gerichtlich geltend zu machen.

Auch wenn dem Urteil des KG über weite Strecken zu folgen ist, ist es bedauerlich, dass das Gericht die Revision nicht zugelassen hat. Es hat damit eine Gelegenheit verpasst, einige der zahlreichen offenen Rechtsfragen im Zusammenhang mit energiewirtschaftsrechtlichen Konzessionsverfahren (re)kommunalisierungswilliger Gemeinden höchststrichterlich klären zu lassen.

## Begrenzungsbescheid zur EEG-Umlage bei gesellschaftsrechtlicher Anwachsung

VG Frankfurt a. M., Urt. v. 16.1.2019 – Az. 5 K 4780/17.F

§ 738 BGB, §§ 5, 64, 67, 103 EEG 2014

Ein Begrenzungsbescheid zur EEG-Umlage geht im Fall einer gesellschaftsrechtlichen Anwachsung nicht „ipso iure“ auf den Rechtsnachfolger über.

Die Klägerin stellt als selbständiger Teil einer Unternehmensgruppe Dragees und Schokoladenprodukte her. Unter dem Namen „[I]-GmbH“ war die Klägerin zu 100% Gesellschafterin der [AA] Verwaltungs GmbH, die wiederum Komplementär der [A] GmbH & Co. KG war, deren Kommanditist die Klägerin war. Am 26. Juni 2015 stellte die [A] GmbH & Co. KG, die eine bestandskräftige Begrenzungsentscheidung nach den §§ 40 ff. EEG 2014 inne hatte, beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (im Folgenden: „Bundesamt“) einen Antrag zur Besonderen Ausgleichsregelung nach den §§ 63 ff. EEG 2014. Zugleich teilte sie mit, dass zum 1. Juli 2015 ihre Anwachsung auf die Klägerin (vormals [I]-GmbH) geplant sei. Durch Bescheid vom 15. Februar 2016 lehnte das Bundesamt nach erfolgter Anwachsung eine Begrenzung der EEG-Umlage für die mit konkreter Anschrift beschriebene Abnahmestelle der „[A] GmbH & Co. KG“ ab. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies das Bundesamt mit Widerspruchsbescheid vom 25. April 2017 zurück. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin, die Beklagte unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides in der Gestalt des Widerspruchsbescheids zur Erteilung der beantragten Begrenzung der EEG-Umlage zu verpflichten.

## Aus den Gründen

### I.

Die zulässigerweise erhobene Verpflichtungsklage ist unbegründet, denn die Beklagte hat in der angegriffenen Bescheidung durch das Bundesamt eine Begrenzung der von der Klägerin für das Jahr 2016 geschuldeten EEG-Umlage zu Recht abgelehnt. Maßgeblich für die Beurteilung des klägerischen Anspruchs ist das Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 29. Juni 2015 (BGBl. I S. 1010), soweit diesem Rückwirkung zukommt – im Folgenden: „EEG 2014“ –, als der mit dem Ablauf der Ausschlussfrist für die Antragstellung am Dienstag, dem 30. Juni 2015, geltenden Fassung. Danach kann sich die Klägerin weder die Begrenzung zugunsten der [A] GmbH & Co. KG übertragen lassen (1.) noch ist diese auf sie übergegangen (2.):

1. Die Klägerin ist nicht aus einer Umwandlung der [A] GmbH & Co. KG hervorgegangen und kann sich so deren Begrenzungsbescheid vom 3. Dezember 2013 nicht nach § 67 Abs. 3 Satz 1 EEG 2014 vom Bundesamt übertragen lassen. Nach der Legaldefinition der „Umwandlung“ in § 5 Nr. 32 EEG 2014 fällt hierunter „jede Umwandlung von Unternehmen nach dem Umwandlungsgesetz [a.] oder jede Übertragung sämtlicher Wirtschaftsgüter eines Unternehmens oder Unternehmensteils im Wege der Singularsukzession“ [b.].

a. Bei der Klägerin fand rechtlich keine der in § 1 Abs. 1 UmwG genannten Arten der Umwandlung, insbesondere keine Verschmelzung (§§ 2 ff. UmwG), keine Vermögensübertragung (§§ 174 ff. UmwG) und kein Formwechsel (§§ 190 ff. UmwG), statt. Die Klägerin selbst bestreitet eine solche Umwandlung in ihrer Klagebegründung [...] und wird hierin in dem von ihr vorgelegten Gutachten von *Säcker* [...] sowie dessen Aufsatz ([N&R 2017, 266]) gestützt, ohne dass die Beklagte dem substantiiert entgegentritt. Weder aus dem vorangegangenen Antrags- noch dem Widerspruchsverfahren werden entsprechende rechtsgeschäftliche Handlungen ersichtlich. Insbesondere lässt das Schreiben der Klägerin an das Bundesamt vom 24. Juli 2015 [...] kein derartiges Vorgehen erkennen, auch wenn einmal von „verschmolzen“ die Rede ist. Die wirtschaftliche Identität einer Rechtsfolge genügt hierfür nicht.

b. Ebenso wenig ist eine Übertragung sämtlicher Wirtschaftsgüter im Wege der Singularsukzession festzustellen. Vielmehr fand deren Übergang auf die Klägerin im Wege der Anwachsung nach § 738 BGB in Verbindung mit den handelsrechtlichen Verweisungen auf die subsidiäre Geltung der Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB statt. Danach wächst dann, wenn ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Die Anwachsung führt also dazu, dass bei Ausscheiden eines Gesellschafters die gesamthänderische Mitberechtigung, d. h. dessen Gesellschaftsanteil, unmittelbar auf den oder die verbliebenen Gesellschafter übergeht (vgl. BeckOGK/*Koch*, 1.1. 2019, BGB § 738 Rn. 6). Damit mag die Anwachsung einer Verschmelzung nach dem Umwandlungsgesetz zwar wirtschaftlich entsprechen, doch geht bei ihr das Vermögen einschließlich aller Verbindlichkeiten im Wege der Gesamtnachfolge auf den verbleibenden Alleingesellschafter über (vgl. Semler/Stengel/*Moszka*, 4. Aufl. 2017, UmwG § 24 Rn. 88). Die Anwachsung ist daher keine Umwandlung im Sinne von § 5 Nr. 32 Alt. 2 EEG 2014, denn dort wird eine Singularsukzession verlangt (vgl. *Küper/Mussaevs*, in: *Säcker*, EEG 2014, § 67 Rn. 14). Gewollt war bei der Umgestaltung im Fall der Klägerin eine Universal-, nicht Singularsukzession. Unerheblich bleibt deshalb, dass das Gericht in seinem Urteil