

# N&R

## Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,  
Verkehr und andere Netzwirtschaften

1/2021

S. 1–64

18. Jahrgang

Herausgegeben von  
Achim Berg  
Wilhelm Eschweiler  
Peter Franke  
Andrees Gentzsch  
Martin Henke  
Jochen Homann  
Alexander Kirschall  
Wolfgang Kopf  
Stephan Korehnke  
Matthias Kurth  
Jochen Mohr  
Andreas Mundt  
Birgit Ortlieb  
Stefan Richter  
Franz Jürgen Säcker  
Christian Seyfert  
Geschäftsführender  
Herausgeber  
Christian Koenig  
Schriftleitung  
Institut für das Recht  
der Netzwirtschaften,  
Informations- und  
Kommunikations-  
technologie (IRNIK)  
www.nundr.net

- *Christian Koenig*  
Nun kommt sie doch ... die Preis-Kosten-Schere  
im Postrechtsmodernisierungsgesetz 1
- *Kornelius Kleinlein/Daniel Schubert/  
Martin Mengden*  
Nach dem Post-Urteil:  
Reparaturmöglichkeiten des Gesetzgebers 2
- *Robert Klotz/Michael Hofmann*  
Entwicklungen des Unionsrechts  
in den Netzwirtschaften im Jahr 2020 7
- *Jochen Mohr*  
Die Besondere Ausgleichsregelung  
zugunsten selbständiger Unternehmensteile  
gemäß § 64 Abs. 5 S. 2 EEG 2017 18
- *Olaf Schulz-Gardyan*  
Die Vergabe von Wegenutzungsrechten  
nach der Entscheidung  
im Berliner Stromkonzessionsstreit 29
- *Kornelius Kleinlein*  
Richtlinienkonforme Entgeltregulierung bei  
der geplanten Novellierung des TKG 41
- *Frederic Ufer*  
Anmerkung zum Urteil des VG Köln:  
Regulierungsverfügung für die Bitstrom-  
zugangsmärkte 53

eine restriktive Interpretation der Besonderen Ausgleichsregelung. Mit einer jüngeren Entscheidung des VG Frankfurt am Main reicht es deshalb für die „Wesentlichkeit“ der am Markt erzielten Erlöse des Teilbetriebs aus, dass diese bedeutend und nicht zu vernachlässigen sind.<sup>139</sup> Insoweit folgerichtig geht das VG Frankfurt am Main unter Bezugnahme auf § 74 Abs. 2 S. 1 AO davon aus, dass ein wesentlicher Teil marktgängiger Produkte nicht unter einem Fünftel angenommen werden könne, positiv ausgedrückt also mindestens 20% betragen müsse. Diese Sichtweise ist überzeugend, da sie die gebotene Abgrenzbarkeit des selbständigen Unternehmensteils sicherstellt, ohne teleologisch nicht begründbare, da überhöhte Anforderungen an die Selbständigkeit aufzustellen. Es erschließt sich nicht, weshalb ein Unternehmensteil, der ein marktgängiges Produkt herstellt, dieses aber bis zur Grenze von 20% nicht am Markt absetzt, sondern einem anderen Teil des Unternehmens gegen eine marktgerechte Bezahlung zur Bearbeitung in der Wertschöpfungskette zur Verfügung stellt, weniger selbständig sein soll als ein Unternehmensteil, der das Produkt direkt am Markt absetzt.<sup>140</sup>

## 2. Zwischenergebnis

Ein selbständiger Unternehmensteil setzt seine Produkte schon dann zu einem wesentlichen Teil am Markt ab, wenn er eine 20%-Grenze erreicht. Eine restriktivere Sichtweise steht mit dem Ziel des § 64 Abs. 5 S. 2 EEG 2017, eine hinreichende Abgrenzbarkeit des selbständigen Unternehmensteils sicherzustellen und einen Rechtsmissbrauch auszuschließen, nicht in Einklang.

## VI. Wesentliche Ergebnisse

1. Die Besondere Ausgleichsregelung und die Antragsbefugnis selbständiger Unternehmensteile sind keine Ausnahmen von einer – nicht gegebenen – Regel, dass alle Unternehmen und Verbraucher gleichmäßig mit der EEG-Umlage zu belasten sind. Die Voraussetzungen der Besonderen Ausgleichsregelung sind vielmehr in der zentralen Vorschrift des § 64 EEG 2017 normiert. Der Gesetzgeber hat mit dieser Norm einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den Interessen der Endverbraucher und der stromkostenintensiven Unternehmen vorgenommen, der einen wesentlichen Ausdruck in der nur teilweisen Befreiung Letzterer von der EEG-Umlage findet. Für eine restriktive Interpretation der Tatbestandsmerkmale der Besonderen Ausgleichsregelung unter Berufung auf § 63 Hs. 2 Alt. 2 EEG 2017 verbleibt insoweit kein Raum.

2. Nach der Rechtsprechung muss ein selbständiger Unternehmensteil im Interesse seiner Abgrenzung vom Gesamtunternehmen über eine eigenständige Leitung verfügen. Dieses Erfordernis findet im Wortlaut von § 64 Abs. 5 S. 2 EEG 2017 keine Stütze. Unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten kann eine eigenständige Leitung des Unternehmensteils nur für dessen Tagesgeschäft zuständig sein. Demgegenüber obliegt die grundlegende Planungs-, Organisations- und Leitungshoheit auch bezüglich des Unternehmensteils der obersten Unternehmensleitung (Vorstand/Geschäftsführung). Der Gesetzgeber will mit § 64 Abs. 5 S. 2 EEG 2017 das geltende Gesellschaftsrecht nicht modifizieren, sondern baut auf dessen Grundsätzen auf. Folgerichtig reicht es für die Selbständigkeit des Unternehmensteils aus, dass dieser durch einen leitenden Mitarbeiter mit Prokura geleitet wird. Soweit der Prokurist im Unternehmen noch weitere Funktionen innehat, ist dies solange unschädlich, wie eine hinreichende Abgrenzbarkeit zu seiner Tätigkeit für den selbständigen Unternehmensteil gewährleistet ist.

3. Im Interesse einer hinreichenden Abgrenzbarkeit zum Gesamtunternehmen muss ein selbständiger Unternehmensteil gemäß § 64 Abs. 5 S. 2 EEG 2017 die wesentlichen Funktionsbereiche eines Unternehmens vorhalten. Dem Unternehmensteil muss damit eine (gesellschafts-) rechtlich begrenzte Teilautonomie im Hinblick auf das Tagesgeschäft zukommen. Ein selbständiger Unternehmensteil muss freilich nicht alle wesentlichen Funktionen eines Unternehmens kumulativ vorhalten, da dies der Unternehmensrealität widerspräche, wonach sich auch rechtlich selbständige Unternehmen Dienstleistungen im Konzernverbund besorgen oder an Dritte auslagern können. Demgemäß kann sich der selbständige Unternehmensteil der gemeinsamen Dienstleistungsfunktionen („shared services“) des Gesamtunternehmens bedienen, soweit dies zu marktüblichen Bedingungen erfolgt.

4. § 46 Abs. 5 S. 2 EEG 2017 fordert, dass der selbständige Unternehmensteil seine Erlöse wesentlich mit externen Dritten erzielen muss. Die Schwelle der Wesentlichkeit ist bereits dann erreicht, wenn die am Markt erzielten Erlöse bedeutend und nicht zu vernachlässigen sind. Vor diesem Hintergrund liegt ein wesentlicher Teil marktgängiger Produkte bereits bei einem Anteil von 20% der Produktion des selbständigen Unternehmensteils vor.

<sup>139</sup> Hierzu und zum Folgenden VG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.3.2020 – Az. 5 K 9248/17.F, Rn. 48 (juris).

<sup>140</sup> So dezidiert *Baumann/Todorovic* (Fn. 2), § 64 Rn. 130.

Dr. Olaf Schulz-Gardyan

# Die Vergabe von Wegenutzungsrechten nach der Entscheidung im Berliner Stromkonzessionsstreit

Zugleich Anmerkung zum Urteil des KG vom 24. September 2020 – Az. 2 U 93/19 EnWG

*Nach dem Willen des Landes Berlin sollte das Stromnetz in Berlin künftig nicht mehr von der zum Vattenfall-Konzern gehörenden Stromnetz Berlin GmbH, sondern durch einen mit einem Sondervermögen nach der Landeshaushaltsordnung ausgestatteten rechtlich unselbständigen Landesbetrieb betrieben werden. Hierzu sollte das Wegenutzungsrecht nach § 46*

*Abs. 2 EnWG im Wege einer innerstädtischen Festlegung an den Landesbetrieb vergeben werden. Die hiergegen gerichtete einstweilige Verfügung des LG Berlin vom 7. November 2019 (Az. 16 O 259/19 Kart) hat das KG nun mit seinem Urteil vom 24. September 2020 (Az. 2 U 93/19 EnWG) bestätigt. Trotz dieses Zwischenerfolgs hat sich Vattenfall, wie schon in*

*Hamburg, dem Kommunalisierungswillen gebeugt und dem Land Berlin den Kauf seiner Anteile an der Stromnetz Berlin GmbH angeboten (Vattenfall, Pressemitteilung vom 23. Oktober 2020). Auch wenn dem Urteil des KG zum Stromnetz im Hinblick auf die angestrebte kaufmännische Einigung möglicherweise keine praktische Bedeutung mehr zukommt, beinhaltet es doch zahlreiche Aussagen, die für weitere Konzessionsverfahren in Deutschland von Bedeutung sind. Diese sollen im Folgenden dargestellt und erörtert werden.*

## I. Zum Tenor der Entscheidung

Das Landgericht hatte das Land Berlin antragsgemäß verurteilt, es zu unterlassen, das Wegenutzungsrecht „in Form einer innerstädtischen Festlegung ... an sich selbst in Gestalt seines § 26 LHO-Betriebs Berlin Energie zu vergeben“. Diesen Tenor hat das KG bestätigt und dabei die vom Land Berlin vorgebrachten prozessualen Bedenken gegen die Formulierung des Antrags zurückgewiesen. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings gehen die Erwägungen des KG an den Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens vorbei.

### 1. Aussagen des KG

Ausgangspunkt der Erwägungen des KG ist ein aus § 47 EnWG abgeleitetes Drei-Phasen-Modell, wonach die Überprüfung des Auswahlverfahrens abgeschichtet in drei Phasen erfolgt. Diese Phasen unterscheiden sich danach, ob die gerügte Rechtsverletzung aus der Bekanntmachung des Vertragsendes nach § 46 Abs. 3 EnWG, aus der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung nach § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG oder aus der Information der unterlegenen Bewerber über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG erkennbar geworden ist. Nach Auffassung des KG folgt daraus, dass Gegenstand des Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG in der dritten Phase nur Rügen wegen Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung sind, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG erkennbar sind und denen die Gemeinde nicht abgeholfen hat (Rn. 29<sup>1</sup>).

Aus dem Zweck des Rügeregimes, rechtswidrige Verfahrenshandlungen aufzuheben und durch rechtmäßige Verfahrenshandlungen zu ersetzen,<sup>2</sup> folgt nach Auffassung des KG weiter, dass nicht nur die Gemeinden, sondern auch die Gerichte in Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG verpflichtet sind, sich mit allen gerügten Rechtsverstößen zu befassen und diese „zu bescheiden“ (Rn. 32). Nur so sei die Gemeinde in der Lage, das Auswahlverfahren „durch Eingehen auf die als durchgreifend erachteten Beanstandungen wieder auf eine belastbare Grundlage zu stellen“ (Rn. 33). Dies wird nach Ansicht des KG durch die Reichweite der Präklusion in § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG bestätigt, wonach die gerichtliche Geltendmachung von Rügen, denen die Gemeinde nicht abgeholfen hat, „auf das fristgebunden anhängig zu machende Verfügungsverfahren beschränkt“ werde, welches dann auch zu einer Bescheidung der Rüge führen müsse (Rn. 34).

Aus alledem folgt nach Auffassung des KG aber nicht, dass der Antrag und die gerichtliche Entscheidungsformel darauf gerichtet sein müssten, „der Gemeinde die Konzessionierung so lange zu untersagen, bis den in der Urteilsformel im Einzelnen aufgeführten Rügen in der Sache abgeholfen sei“ (Rn. 35). Die Gemeinde sei auch ohne Erwähnung der einzelnen Rügen in der Urteilsformel in der Lage, die beanstandeten Verfahrenshandlungen zu erkennen und durch rechtmäßige Verfahrenshandlungen zu ersetzen (Rn. 36). Außerdem erwachse das Verbot ohnehin nur in seinem Bezug auf die festgestellten

Verletzungshandlungen in Rechtskraft und entfalle, wenn sich der zugrundeliegende Lebenssachverhalt z. B. durch eine Wiederholung von Verfahrensschritten ändere (Rn. 37).

### 2. Stellungnahme

Das KG hat es sich unnötig schwer gemacht, indem es zunächst eine Verpflichtung der Gerichte zur „Bescheidung“ aller Rügen annimmt, dann aber unter Hinweis auf die begrenzte Rechtskraft von Unterlassungstiteln eine Aufnahme der „Bescheidung“ in den Entscheidungssatz für überflüssig hält. Das wird den Besonderheiten einstweiliger Verfügungsverfahren nicht gerecht.

In einstweiligen Verfügungsverfahren bestimmt das Gericht nach eigenem Ermessen, welche Anordnung zur Erreichung des Zwecks erforderlich ist (§ 938 Abs. 1 ZPO). Hat eine Gemeinde in energiewirtschaftsrechtlichen Verfahren zur Auswahl eines neuen Netzbetreibers für die allgemeine Versorgung gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens verstoßen, besteht der Zweck einer einstweiligen Verfügung in der Sicherung des Anspruchs des die einstweilige Verfügung beantragenden Bewerbers auf Teilhabe an einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren. Diese Sicherung kann durch entsprechende Unterlassungsverfügungen erreicht werden. Diese sollen nach der Begründung zum Gesetzentwurf „entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragsschluss nach § 46 Abs. 2 EnWG ... verhindern“.<sup>3</sup> Die sich daraus ergebenden Grundsätze für die Antragstellung und den Entscheidungssatz in Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG sollen im Folgenden dargestellt werden.

#### a) Der zu sichernde Anspruch

Der zu sichernde Anspruch auf Teilhabe an einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren ergibt sich aus dem Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG. Er wird in § 47 Abs. 1 EnWG vorausgesetzt, der die Geltendmachung einer „Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Absatz 1 bis 4“ EnWG regelt. Er ergibt sich auch aus dem wettbewerbsrechtlichen Behinderungsverbot nach § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB, denn ein gegen § 46 EnWG verstoßendes Auswahlverfahren stellt nach der Rechtsprechung des BGH eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber dar, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt werden.<sup>4</sup>

Liegt die Rechtsverletzung in der Auswahlentscheidung, kommt eine unbillige Behinderung von vornherein nur in der Person des unterlegenen Bewerbers in Betracht. Auch dieser wird aber nach der Rechtsprechung des BGH ausnahmsweise dann nicht unbillig behindert, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Verfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte.<sup>5</sup>

Liegt die Rechtsverletzung in der Bekanntmachung des Vertragsendes oder in der Gestaltung oder Gewichtung des Kriterienkatalogs, ist der Kreis der Bewerber, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt werden, demgegenüber

1 Alle ohne weitere Angaben zitierten Rn. sind nach juris wiedergegeben.

2 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 12, 17.

3 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 12, 17.

4 BGH, N&R 2014, 166, 169 Rn. 54 ff. (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) – *Stromnetz Berkenthin* m. Anm. Schulz-Gardyan.

5 BGH, N&R 2014, 166, 171 Rn. 99 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) – *Stromnetz Berkenthin* m. Anm. Schulz-Gardyan.

nicht auf einzelne Bewerber zu beschränken, weil vor der Abgabe und der Bewertung der Angebote noch unklar ist, zu wessen Lasten sich die Rechtsverletzungen auf das Auswahlresultat auswirken. Es entspricht vielmehr der nun auch in § 47 EnWG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertung, dass Rechtsverletzungen aus der Bekanntmachung des Vertragsendes und der Mitteilung des Kriterienkatalogs zu einer Beeinträchtigung der Chancen aller Bewerber auf die Konzession führen und deshalb von jedem Bewerber geltend gemacht werden können. Hauptanwendungsfall ist dabei eine Gestaltung oder Gewichtung der Auswahlkriterien, die nicht geeignet ist, eine den Anforderungen des § 46 Abs. 4 EnWG entsprechende Auswahlentscheidung sicherzustellen.<sup>6</sup>

*b) Anordnung bei Rechtsverletzungen durch die Bekanntmachung oder die mitgeteilten Auswahlkriterien und ihre Gewichtung*

Soweit die Rechtsverletzung die Bekanntmachung des Vertragsendes oder die Gestaltung und Gewichtung der Auswahlkriterien betrifft, wird der Zweck der Sicherung des Anspruchs auf Teilhabe an einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren durch das Verbot erreicht, das mit den Rechtsverstößen behaftete Auswahlverfahren fortzusetzen.

aa) Der Antrag ist dabei auf die Unterlassung der Fortsetzung des Verfahrens zu den gerügten Bedingungen zu richten. Das Gericht hat dann über jede Rüge zu entscheiden, um der Gemeinde dem auf die Vermeidung und Ausräumung von Rechtsverstößen gerichteten Zweck des Rügeregimes entsprechend die Gelegenheit zu geben, die rechtswidrige Verfahrenshandlung durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung zu ersetzen. Stellt es Rechtsverletzungen fest, ist der Tenor der einstweiligen Verfügung darauf zu richten, es zu unterlassen, das Verfahren zu den als rechtswidrig erkannten Bedingungen fortzusetzen. Zwar kann die Gemeinde die gerichtlich beanstandeten Rechtsverletzungen auch ohne deren Nennung im Tenor aus den Entscheidungsgründen entnehmen. Die Aufnahme der fehlerhaften Bedingungen in den Tenor ermöglicht es aber einem Verfügungskläger, der mit seinen Rügen in der ersten Instanz nur teilweise durchgedrungen ist, wegen seines teilweisen Unterliegens Berufung einzulegen. Dadurch wird eine Entscheidung des Berufungsgerichts auch hierzu ermöglicht und die Gemeinde in die Lage versetzt, Rechtsfehler auszuräumen, die das erstinstanzliche Gericht nicht erkannt hat.

bb) Obwohl für die Dauer des Bestandes der Unterlassungsverfügung die Befriedigung des materiellen Unterlassungsanspruchs nach § 33 GWB eintritt, bedeutet dies allerdings nicht, dass die einstweilige Verfügung entweder für eine bestimmte Zeitdauer oder bis zur vollständigen Abhilfe der festgestellten Rechtsverstöße zu befristen ist. Die Einstweiligkeit der einstweiligen Verfügung wird bereits dadurch sichergestellt, dass sie inhaltlich gegenüber einem Urteil in einem Hauptsacheverfahren zurückbleibt, weil sie kein gerichtliches Erkenntnis über den geltend gemachten Anspruch enthält, den sachlichen Anspruch nicht in materielle Rechtskraft erwachsen lässt und deshalb nicht zur abschließenden Durchsetzung des Anspruchs führt.<sup>7</sup>

Eine zusätzliche zeitliche Befristung der einstweiligen Verfügung für eine bestimmte Zeitdauer, wie sie bei Befriedigungsverfügungen teilweise in Betracht kommt,<sup>8</sup> würde es der Gemeinde erlauben, das mit Rechtsfehlern behaftete Verfahren nach Ablauf der Frist weiter zu verfolgen. Das soll durch die einstweilige Verfügung nach § 47 Abs. 5 EnWG jedoch gerade verhindert werden. Aber auch eine zeitliche Befristung bis zur Abhilfe der festgestellten Rechtsverletzungen liefe dem Rügeregime des § 47 EnWG zuwider. Dieses ist zwar darauf gerichtet, dass die Gemeinde die festgestellten Rechtsfehler

ausräumt. Es sieht aber einen speziellen Mechanismus für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der neuen Verfahrenshandlung vor, mit welcher der Rechtsfehler ausgeräumt werden soll. Liegt der Rechtsfehler in der Gestaltung oder Gewichtung der Auswahlkriterien, hat die einer Unterlassungsverfügung ausgesetzte Gemeinde die Auswahlkriterien und/oder deren Gewichtung zu ändern und dies den Bietern gemäß § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG mitzuteilen. Diese Mitteilung setzt eine erneute Rügefrist nach § 47 Abs. 2 S. 2 EnWG in Gang. Ebenso setzt die Zurückweisung von daraufhin erhobenen Rügen eine neue Frist nach § 47 Abs. 5 EnWG für die Beantragung einer einstweiligen Verfügung in Gang. Die Rechtmäßigkeit der neuen Verfahrenshandlung ist also nach der Systematik des Rügeregimes im Rahmen eines neuen einstweiligen Verfügungsverfahrens zu klären, das jeder Bieter anstrengen kann, der sich in seinem Anspruch auf Teilnahme an einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren verletzt sieht. Das kann derselbe Bewerber sein, der sich schon gegen den bisherigen Kriterienkatalog gewandt hat. Es kann aber auch ein anderer Bewerber sein.

cc) Allerdings stellt sich die Frage, ob und inwieweit die neue Gestaltung und/oder Gewichtung der Auswahlkriterien auch außerhalb eines neuen Verfahrens als eine nach § 890 ZPO zu ahndende Zuwiderhandlung gegen die bestehende einstweilige Verfügung betrachtet werden kann. Dem steht regelmäßig entgegen, dass die bestehende einstweilige Verfügung vor dem Hintergrund des Rügeregimes gegen konkrete Regelungen der bisherigen Auswahlkriterien gerichtet ist. Allerdings ist im Hinblick auf § 890 ZPO anerkannt, dass sich der Schuldner dem Unterlassungsgebot nicht durch jede Änderung der Verletzungsform entziehen kann. Vielmehr kann nach der „Kerntheorie“ jeder Verstoß, der den „Kern des Verbots“ betrifft, geahndet werden.<sup>9</sup> Leiden also Teile des neuen Kriterienkatalogs im Kern an denselben Mängeln, die bereits Gegenstand der bestehenden einstweiligen Verfügung sind, kann darin auch eine im Rahmen der Zwangsvollstreckung aus der bestehenden einstweiligen Verfügung zu ahndende Zuwiderhandlung gesehen werden. Die nach der „Kerntheorie“ ausnahmsweise in Betracht kommende Möglichkeit, eine durch einen neuen Kriterienkatalog erfolgende Zuwiderhandlung als solche im Rahmen von § 890 ZPO zu ahnden, hindert den Bewerber nicht daran, die Rechtsverletzungen des neuen Kriterienkatalogs neu zu rügen und bei deren Zurückweisung ein neues einstweiliges Verfügungsverfahren anzustrengen.<sup>10</sup> Ein solches Vorgehen ist auch in der Regel vorzugswürdig. Das folgt bereits daraus, dass die Frage, ob die neue Verletzungshandlung gegen den „Kern des Verbots“ verstößt, oft nicht sicher beantwortet werden kann und dem Bewerber nicht zuzumuten ist, das Risiko einer Präklusion hinzunehmen, wenn er den neuen Verstoß nicht erneut rügt. Außerdem ist es in der Regel sinnvoller, alle Rügen gegen den neuen Kriterienkatalog im Zusammenhang zu rügen und der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.

dd) Eine ähnliche Problematik stellt sich, wenn die Gemeinde den Kriterienkatalog nach einer Rüge oder im laufenden Verfahren ändert. Auch hier kann der rügende oder klagende Bewerber seine gegen die bisherige Fassung gerichteten Rügen oder Anträge für erledigt erklären und die Rechtsfehler des neuen Kriterienkatalogs im Zusammenhang rügen. Soweit der neue Kriterienkatalog im Kern dieselben Rechtsfehler enthält wie der bisherige Kriterienkatalog, kann der Bewerber dies

<sup>6</sup> OLG München, Urt. v. 1.10.2020 – Az. 29 U 1705/20 Kart, Ziff. III.2 der Entscheidungsgründe.

<sup>7</sup> Drescher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 2, 6. A., 2020, § 938 Rn. 12.

<sup>8</sup> Drescher (Fn. 7), § 938 Rn. 13.

<sup>9</sup> Gruber, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 7), § 890 Rn. 10.

<sup>10</sup> Gruber (Fn. 9), § 890 Rn. 12.

aber auch als Zurückweisung der Rügen gegen den bisherigen Kriterienkatalog betrachten und sogleich eine einstweilige Verfügung gegen den neu gefassten Kriterienkatalog beantragen oder seinen Antrag im laufenden Verfahren umstellen. Letzteres stellt auch im Berufungsverfahren keine Klageänderung dar und ist deshalb ohne weiteres zulässig.<sup>11</sup>

*c) Anordnung bei Rechtsverletzungen durch die Auswahlentscheidung*

Soweit sich die Rechtsverstöße aus der Auswahlentscheidung ergeben, ist regelmäßig das Verbot, den Konzessionsvertrag mit dem obsiegenden Bewerber auf der Basis des maßgeblichen Beschlusses des zuständigen Organs der Gemeinde abzuschließen, erforderlich. Auch hier gilt aber, dass weder der Antrag noch der Entscheidungssatz zeitlich zu befristen sind, bis den in dem Antrag genannten oder pauschal in Bezug genommenen Rügen durch eine neue Bewertung der Angebote abgeholfen wird. Anders als bei Rügen gegen den Kriterienkatalog muss sich das Gericht bei Rügen gegen die Auswahlentscheidung auch nicht inhaltlich mit allen geltend gemachten Bewertungsfehlern auseinandersetzen, wenn die Unterlassungsverfügung bereits auf der Grundlage einzelner Rechtsverletzungen zu erlassen ist. In diesem Fall ist der Bewerber auch dann nicht beschwert, wenn das Gericht nicht jeden behaupteten Bewertungsfehler anerkennt.

aa) Eine Unterlassungsverfügung, die gegen den Abschluss des Konzessionsvertrages mit dem bisher obsiegenden Bewerber gerichtet ist, zeitlich bis zur Abhilfe der Rügen durch eine neue Bewertung der Angebote zu beschränken, kommt schon deshalb nicht Betracht, weil dies unterstellen würde, dass der bisher obsiegende Bewerber auch bei einer fehlerfreien Neubewertung obsiegen wird. Davon kann aber nicht ausgegangen werden. Vielmehr dient ein gegen die Auswahlentscheidung gerichtetes einstweiliges Verfügungsverfahren gerade dazu, eine neue Auswahlentscheidung zugunsten des bisher unterlegenen Bewerbers zu ermöglichen. Im Übrigen folgt aus dem Rügeregime des § 47 EnWG, dass die Mitteilung der neuen Bewertung gegenüber den unterlegenen Bewerbern erneut eine Rügefrist und bei Zurückweisung der Rügen eine erneute Frist zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung auslöst. Auch hier gilt, dass Rechtsverstöße gegen die neue Verfahrenshandlung (hier: Auswahlentscheidung) im Rahmen eines neuen Verfahrens zu klären sind. Dafür spricht bereits der Hintergrund des Rügeregimes bei einer rechtswidrigen Auswahlentscheidung:

Nach der Rechtsprechung des BGH führt eine unbillige Behinderung der Mitbewerber nämlich ausnahmsweise nicht zur Nichtigkeit des gleichwohl abgeschlossenen Konzessionsvertrages, „wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren, diese aber nicht nutzen“, weil dann „die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden muss“. Dies ist nach Ansicht des BGH in Anlehnung an den auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedanken insbesondere dann in Betracht zu ziehen, wenn die Gemeinde „alle Bewerber um die Konzession in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt“.<sup>12</sup>

Daraus war überwiegend abgeleitet worden, dass der unterlegene Bewerber zur Wahrung seiner Rechte versuchen muss, den angekündigten Abschluss des Konzessionsvertrages im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verhindern. Das wollte der Gesetzgeber durch die Regelung des § 47 Abs. 5 EnWG erkennbar der Sache nach aufgreifen. Auch dies zeigt, dass die einstweilige Verfügung lediglich den angekündigten Abschluss des Konzessionsvertrages mit dem obsiegenden Bewerber verhindern soll.

bb) Anders als bei Rügen gegen den Kriterienkatalog muss sich das Gericht bei Rügen gegen die Auswahlentscheidung nicht inhaltlich mit allen behaupteten Bewertungsfehlern auseinandersetzen, wenn die Unterlassungsverfügung bereits auf der Grundlage einzelner Rechtsverletzungen zu erlassen ist.

Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung ist die konkrete Auswahlentscheidung, auf deren Grundlage der Konzessionsvertrag mit dem obsiegenden Bewerber abgeschlossen werden soll. Diese basiert zwar auf zahlreichen Einzelbewertungen. Sie stellt aber im Ergebnis eine einheitliche Maßnahme dar, die den unterlegenen Bewerber nur dann behindert, wenn die festgestellten Bewertungsfehler es in ihrer Gesamtheit möglich erscheinen lassen, dass sich das Auswahlresultat bei einer Neubewertung verändert. Die Rügen gegen die einzelnen Bewertungsfehler sind daher nur Argumente gegen die Auswahlentscheidung und nicht separate Streitgegenstände. Dadurch unterscheidet sich die gerichtliche Geltendmachung der Rügen gegen die Auswahlentscheidung von der gerichtlichen Geltendmachung der Rügen gegen konkrete Aspekte des Kriterienkatalogs.

Vor diesem Hintergrund besteht auch keine Verpflichtung des Gerichts, sich mit jedem gerügten Bewertungsfehler zu befassen. Zwar müssen sich Gerichte stets mit dem Vortrag der Parteien und den rechtlichen Argumenten auseinandersetzen. Wenn das angerufene Gericht aber ausreichend Bewertungsfehler feststellt, um eine andere Auswahlentscheidung möglich erscheinen zu lassen, kann es offenlassen, ob noch weitere Bewertungsfehler bestehen. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, Rechtsgutachten zu schreiben, auf deren Grundlage eine neue Auswahlentscheidung rechtssicher erfolgen kann. Eine solche Aufgabe folgt auch nicht aus dem Ziel des Rügeregimes nach § 47 EnWG, die Gemeinde zu veranlassen, Rechtsverstöße auszuräumen, indem rechtswidrige Verfahrenshandlungen durch rechtmäßige Verfahrenshandlungen ersetzt werden. Wenn der Gesetzgeber eine „Bescheidungspflicht“ für alle gerügten Bewertungsfehler hätte anordnen wollen, hätte er für das Verfahren nicht auf die Regelungen für einstweilige Verfügungen verweisen dürfen. Außerdem kann auch ein gerichtliches Gutachten zu den gerügten Bewertungsfehlern keine vollständige Rechtssicherheit bieten, weil das Rügerecht nur dem unterlegenen Bewerber zusteht. Etwaige Bewertungsfehler zulasten des obsiegenden Bewerbers sind daher in Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG unbeachtlich. Sie können, wenn sie auch in der neuen Bewertung enthalten sind, nur gegen die neue Bewertung geltend gemacht werden, wenn danach der bisher obsiegende Bieter unterliegen sollte. In einem solchen Fall kann sich auch eine Neubewertung, die der Rüge des bisher unterlegenen Bewerbers abhilft, als Behinderung des bisher obsiegenden und nunmehr unterlegenen Bewerbers erweisen. Rechtssicherheit ist also auch durch ein gerichtliches Gutachten zu allen gerügten Bewertungsfehlern nicht zu erwarten.

Auch für die Wahrung der Interessen des unterlegenen Bewerbers ist es ausreichend, wenn das Gericht feststellt, dass er durch die Auswahlentscheidung unbillig behindert wird, und es der Gemeinde verbietet, den Konzessionsvertrag mit dem obsiegenden Bewerber abzuschließen. Dafür ist es nicht erforderlich, dass das Gericht jedem Argument des unterlegenen Bewerbers gegen die Auswahlentscheidung folgt. Mit einer solchen Entscheidung ist dem auf die Sicherung seines Anspruchs auf Teilhabe an einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren gerichteten Rechtsschutzziel Genüge getan. Er muss auch nicht befürchten, dass das Urteil insoweit in Rechtskraft

<sup>11</sup> OLG München, Urt. v. 1.10.2020 – Az. 29 U 1705/20 Kart, Ziff. II.1 der Entscheidungsgründe.

<sup>12</sup> BGH, N&R 2014, 166, 171 Rn. 108 f. (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) – *Stromnetz Berkenthin* m. Anm. Schulz-Gardyan.

erwächst, da einstweilige Verfügungen ohnehin keine materielle Rechtskraft entfalten und im Übrigen auf den Lebenssachverhalt beschränkt sind, der ihrem Erlass zugrunde liegt. Der unterlegene Bewerber ist daher weder in einem ggf. nachfolgenden einstweiligen Verfügungsverfahren noch in einem möglichen späteren Hauptsacheverfahren gegen die Gemeinde und/oder den obsiegenden Bieter an der Geltendmachung der betreffenden Bewertungsfehler gehindert.

cc) Daraus folgt, dass ein unterlegener Bewerber, der eine einstweilige Verfügung gegen den Abschluss des Konzessionsvertrages mit dem obsiegenden Bewerber erwirkt, mangels Beschwer auch dann keine Berufung gegen ein solches Urteil einlegen kann, wenn das Gericht nicht allen gegen die Bewertung erhobenen Rügen folgt. Das ist, anders als bei einem nur teilweisen Obsiegen in einem gegen den Kriterienkatalog gerichteten Verfahren ohne weiteres hinnehmbar, weil die Gemeinde die Angebote ohnehin neu bewerten muss. Sollte der bisher unterlegene Bewerber dabei obsiegen, ist es Sache des dann unterlegenen Bewerbers, hiergegen vorzugehen. Unterliegt demgegenüber der bisher unterlegene Bewerber erneut, kann und muss er gegen die Neubewertung auch dann vorgehen, wenn sich dabei einzelne bereits gegenüber der vorangegangenen Bewertung gerügte Bewertungsmängel wiederholen. Nur so kann festgestellt werden, ob die neue Auswahlentscheidung derart mit Rechtsfehlern behaftet ist, dass sie eine Neubewertung zugunsten des bisher unterlegenen Bewerbers zumindest möglich erscheinen lässt.

## II. Zum Neutralitätsgebot

Nach Auffassung des KG steht der behauptete Verstoß gegen das Neutralitätsgebot der Konzessionierung des Landesbetriebs nicht entgegen. Die betreffende Rüge sei zwar zulässig, in der Sache aber unbegründet. Diese Ausführungen machen einige dogmatische Klarstellungen erforderlich.

### 1. Zulässigkeit der Rüge

#### a) Aussagen des KG

Das KG hat zunächst klargestellt, dass die Rüge eines Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot nicht bereits deshalb unzulässig ist, weil ein entsprechender Verstoß bereits im Rahmen der zweiten Phase des Rügeverfahrens (Rügen gegen Rechtsverletzungen, die aus einer Mitteilung nach § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG erkennbar sind) gerügt worden war (Rn. 44). Dabei stützt sich das KG aber nicht auf systematische Erwägungen, sondern auf den Umstand, dass es in dem vorangegangenen Verfahren zu den Rügen in der zweiten Phase eine sachliche Entscheidung zu der auf einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot gestützten Rüge verweigert hat, weil eine derartige Rüge nicht Gegenstand des gerichtlichen Prüfungsauftrags gemäß § 47 Abs. 5 EnWG gewesen sei.<sup>13</sup> Ob das KG die damalige Verweigerung einer gerichtlichen Überprüfung noch immer für zutreffend hält, bleibt ebenso offen wie die Frage, welche Bedeutung einer sachlichen Entscheidung über eine Rüge in einer früheren Phase für Rügen in späteren Phasen zukommt. Jedenfalls hat das KG die Rüge in der dritten Phase zugelassen, obwohl sie nur mit Mühe als Rüge gegen eine aus der Mitteilung nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG erkennbare Rechtsverletzung angesehen werden kann (Rn. 45 bis 47).

#### b) Stellungnahme

Die auf den konkreten Einzelfall bezogenen Erwägungen des KG verdecken die Problematik der Einordnung von Rügen gegen Rechtsverletzungen, die weder durch die Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG noch durch die Mitteilung nach § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG oder die Information nach § 46 Abs. 5

EnWG erkennbar werden, in das dogmatische Gerüst des Rügeverfahrens.

aa) Die Frage nach der „Zulässigkeit“ einer Rüge ist bereits im Ansatz verfehlt. Sie findet weder im EnWG noch in der ZPO eine Grundlage. § 47 Abs. 1 EnWG beschränkt die Geltendmachung von Verstößen gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Abs. 1 bis 4 EnWG („Rechtsverletzungen“), indem sie von einer Rüge nach Maßgabe von § 47 Abs. 2 EnWG abhängig gemacht wird. Danach kann ein Bieter mit der Geltendmachung einer Rechtsverletzung präkludiert sein, wenn die Rechtsverletzung nicht innerhalb der in Abs. 2 genannten Fristen gerügt wurde oder die Ausführungen des Bieters nicht die Qualität einer Rüge erreichen. Das hat aber mit der vom KG problematisierten „Zulässigkeit“ der Rüge nichts zu tun. Das Gleiche gilt für § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG. Auch diese Regelung betrifft nicht die „Zulässigkeit“ einer Rüge, sondern die Frage, ob ein Bieter mit der Geltendmachung einer Rechtsverletzung präkludiert ist. Das ist nach § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG der Fall, wenn eine rechtzeitig und ordnungsgemäß gerügte Rechtsverletzung nach der Zurückweisung der Rüge nicht rechtzeitig gerichtlich geltend gemacht wird.

bb) § 47 Abs. 1 EnWG scheint davon auszugehen, dass jede Rechtsverletzung nach § 47 Abs. 2 EnWG gerügt werden kann. Das ist aber nicht der Fall, denn die Rügen nach § 47 Abs. 2 EnWG betreffen nur Rechtsverletzungen, die entweder aus der Bekanntmachung des Vertragsendes gemäß § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG oder aus der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung nach § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG oder aus der Information des unterlegenen Bieters nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG erkennbar sind. Das gilt wegen des in § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG angeordneten Neubeginns der Frist nach § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG auch für Rechtsverletzungen, die aus der Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG erkennbar werden. Daraus ergibt sich eine doppelte Einschränkung: Erstens müssen die Rechtsverletzungen „erkennbar“ sein und zweitens muss sich diese Erkennbarkeit aus einem der in § 47 Abs. 2 EnWG genannten Anlässe ergeben. Letzteres ist schon dann nicht der Fall, wenn die Rechtsverletzung nur durch Hinzutreten von Umständen erkennbar wird, von denen der Bieter aus anderen Quellen erfährt. Es kann daher durchaus Rechtsverletzungen geben, die nicht oder nicht aus einer der in § 47 Abs. 2 EnWG genannten Bekanntmachungen, Mitteilungen oder Informationen erkennbar sind. Solche Rechtsverletzungen können nicht nach § 47 Abs. 1 EnWG präkludiert sein. Hierzu gehören typischerweise Verstöße gegen das Neutralitätsgebot sowie Verstöße gegen die Verpflichtung zur (vollständigen) Gewährung von Akteneinsicht. In diesen Fällen kommt auch eine Präklusion nach § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG nicht in Betracht, weil diese tatbestandlich eine Rüge nach § 47 Abs. 2 EnWG voraussetzt. Eine darüber hinausgehende Anwendung der Präklusionsvorschriften widerspräche nicht nur dem Wortlaut und der Systematik des § 47 EnWG. Sie wäre ohne eine klare gesetzliche Grundlage wegen des erheblichen Eingriffs in die Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Bieters auch verfassungsrechtlich bedenklich.

cc) Rügen gegen Rechtsverletzungen, die nicht der Präklusion unterliegen, können ohne weiteres zusammen mit Rügen nach § 47 Abs. 2 EnWG erhoben und bei deren Zurückweisung im Rahmen eines Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG geltend gemacht werden. Hierfür sprechen, wie auch das KG betont (Rn. 47), die Prozessökonomie und das Gebot effektiven Rechtsschutzes. Die gerichtliche Geltendmachung derartiger Rechtsverstöße im Wege der einstweiligen Verfügung setzt allerdings einen Verfügungsgrund voraus, weil die mit der drohenden Präklusion begründete Sonderregelung des § 47

<sup>13</sup> KG, ZNER 2018, 534, 536 Rn. 33 (Urt. v. 25.10.2018 – Az. 2 U 18/18 EnWG).

Abs. 5 S. 3 EnWG<sup>14</sup> hier nicht greift. In der Regel ergibt sich der Verfügungsgrund allerdings aus der drohenden Fortsetzung des mit dem Neutralitätsverstoß belasteten Verfahrens bzw. dem drohenden Abschluss des Konzessionsvertrages mit dem obsiegenden Bieter. Es liegt daher nahe, § 47 Abs. 5 S. 3 EnWG analog anzuwenden.

dd) Die dargestellten Grundsätze gelten abhängig von der Phase des Verfahrens. Das KG hätte sich daher bereits in dem vorangegangenen, gegen die Auswahlkriterien und ihre Gewichtung gerichteten einstweiligen Verfügungsverfahren mit dem geltend gemachten Verstoß gegen das Neutralitätsgebot befassen müssen.<sup>15</sup> Allerdings hätte der Antrag dafür konkret bezeichnen müssen, welche Bedingung des Verfahrens der Fortsetzung des Verfahrens entgegensteht, da Verstöße gegen das Neutralitätsgebot auch eine weitergehende Zurücksetzung des Verfahrens erforderlich machen können. Es empfiehlt sich daher, Verstöße gegen das Neutralitätsgebot zusammen mit Rügen gegen die Bewertung der Angebote geltend zu machen. Dann steht auch fest, ob sich der Verstoß überhaupt auf das Auswahlergebnis ausgewirkt hat. In diesem Fall wird der Anspruch des unterlegenen Bewerbers auf Beachtung des Neutralitätsgebots durch die Untersagung des Vertragsschlusses mit dem obsiegenden Bewerber sichergestellt.

## 2. Begründetheit der Rüge

In der Sache hat das KG einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot verneint, obwohl die politische Vorfestlegung des Landes Berlin zugunsten seines Landesbetriebs auf der Hand liegt. Formale Verstöße gegen das Gebot zur personellen und organisatorischen Trennung hat das KG anders als im Hauptsacheverfahren zum parallelen Gaskonzessionsverfahren nicht gesehen. Damit erweist sich das Neutralitätsgebot als ein stumpfes Schwert.

### a) Vorfestlegung

Das KG meint, der Umstand, dass sich das Land Berlin über seinen Landesbetrieb selbst an dem Konzessionierungsverfahren beteiligt, stelle noch keinen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot dar. Der in der Beteiligung an dem Verfahren zum Ausdruck kommende politische Wille zur sog. Rekommunalisierung sei kein Zeichen für eine unzulässige Vorfestlegung (Rn. 56). Daran ändere auch der Umstand nichts, dass dieser politische Wille im Koalitionsvertrag niedergelegt und nach den Richtlinien der Regierungspolitik für die Senatsmitglieder bindend sei (Rn. 57). Die Bindung der Regierung an diese Vorgaben beziehe sich „ersichtlich nicht auf das im hiesigen Konzessionierungsverfahren zu erzielende Ergebnis“ (Rn. 58). Deshalb stelle auch die Gründung eines kommunalen Unternehmens zur Umsetzung politischer Rekommunalisierungsbestrebungen keinen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot dar. Das gelte auch dann, wenn es sich um einen Eigenbetrieb bzw. um eine einem Eigenbetrieb gleichgestellte andere rechtlich unselbständige Betriebsform<sup>16</sup> handele, da Eigenbetriebe nach der gesetzlichen Regelung Eigengesellschaften im Konzessionierungsverfahren gleichgestellt werden sollen (Rn. 59). Die Annahme, das Land Berlin sei in seiner Eigenschaft als Vergabestelle durch den sich in der Gründung und Beteiligung des Landesbetriebs an dem Auswahlverfahren dokumentierten Willen zur Kommunalisierung des Stromnetzes nicht vorfestgelegt, widerspricht zwar allen Erfahrungen mit kommunalisierungswilligen Gemeinden, ist aber auf der Grundlage der Gesetzeslage rechtlich hinzunehmen.

### b) Organisatorische und personelle Trennung

Auch einen Verstoß gegen das Gebot zur organisatorischen und personellen Trennung<sup>17</sup> hat das KG verneint.

aa) Es grenzt den Fall insoweit von dem parallelen Gaskonzessionsverfahren ab, in dem das KG die organisatorische und

personelle Trennung für nicht ausreichend erachtet hatte.<sup>18</sup> Zwar sei die notwendige organisatorische und personelle Trennung wie in dem Gaskonzessionsverfahren in der Zeit bis zum 20. November 2012 nicht gewährleistet gewesen, weil in dieser Zeit sowohl die Vergabestelle als auch der Landesbetrieb bei der Senatsverwaltung für Finanzen angesiedelt waren. Anders als im Gaskonzessionsverfahren habe das Land Berlin das hier relevante Stromkonzessionsverfahren aber auf die Zeit vor dem zweiten Verfahrensbrief zurückgesetzt und die in der Zeit der fehlenden organisatorischen und personellen Trennung vorgenommenen Maßnahmen wiederholt. Dadurch seien die vor dem 20. November 2012 erfolgten Neutralitätsverstöße eliminiert (Rn. 60 bis 65). Für die Zeit ab dem 20. November 2012 hat das Land Berlin die erforderliche organisatorische und personelle Trennung nach Auffassung des KG sichergestellt, weil der Landesbetrieb in dieser Zeit nicht mehr der Senatsverwaltung für Finanzen zugeordnet gewesen sei (Rn. 66 bis 91).

bb) Demgegenüber hatte das LG Berlin in erster Instanz noch beanstandet, dass die von März 2012 bis November 2012 gegenüber dem Landesbetrieb weisungsberechtigte Staatssekretärin bei der Senatsverwaltung für Finanzen nach dieser Zeit für die Vergabestelle tätig war. Eine derartige „Kontamination“ aus der Zeit bis November 2012, in welcher der Landesbetrieb bei der Senatsverwaltung für Finanzen angesiedelt war, lehnt das KG jedoch ab und stellt allein auf die sich nach November 2012 ergebenden Zuständigkeiten ab (Rn. 72 bis 74). Der Umstand, dass die Staatssekretärin vor November 2012 für den Landesbetrieb zuständig war, begründet nach der (insoweit etwas lebensfremden) Auffassung des KG keine berechtigten Zweifel an der Unparteilichkeit der Staatssekretärin in ihrer Tätigkeit für die Vergabestelle. Im Übrigen habe die Staatssekretärin nicht zu den „Entscheidungspersonen“ in der Vergabestelle gezählt. Auf ihre Mitwirkung an den auch nach der Zurücksetzung des Verfahrens maßgeblichen Auswahlkriterien nach dem zweiten Verfahrensbrief komme es nicht an, weil diese Auswahlkriterien durch das Urteil des KG vom 25. Oktober 2018 (zum Az. 2 U 18/18 EnWG) rechtskräftig gebilligt worden seien (Rn. 74). Damit vermengt das KG die von ihm im Urteil vom 25. Oktober 2018 bejahte Frage, ob die Auswahlkriterien sachlich begründet sind, mit der in diesem Urteil gerade nicht geprüften Frage, ob sie unter Verstoß gegen das Neutralitätsgebot zustande gekommen sind.

cc) Auch auf Senatsebene hat das KG keinen Verstoß gegen das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung festgestellt (Rn. 76 bis 79). Die Mitwirkung der Mitglieder des Senats des Landes Berlin bei der Vergabe eines Wegenutzungsrechts sei nicht zu vermeiden. Die notwendige vorherige Zustimmung des Abgeordnetenhauses betreffe lediglich den Vollzug der Auswahlentscheidung durch Abschluss des Konzessionsvertrages, nicht aber die Auswahlentscheidung an sich (Rn. 77). Ebenso sei es unvermeidlich, dass der Senator für Finanzen des Landes Berlin mit dem Landesbetrieb „in Berührung kommt“. Anderenfalls wäre die Beteiligung mit einem Eigenbetrieb entgegen der Wertung des Gesetzes faktisch unmöglich (Rn. 78). Schließlich sei die Mitwirkung des

14 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 12, 17.

15 Das KG hatte seinerzeit angenommen, dass die gerügte Verletzung des Neutralitätsgebots nicht Gegenstand des gerichtlichen Prüfungsumfanges nach § 47 Abs. 5 EnWG sei, KG, ZNER 2018, 534, 536 Rn. 33 (Urt. v. 25.10.2018 – Az. 2 U 18/18 EnWG).

16 Hierzu zählt auch der hiesige Landesbetrieb: BGH, Beschl. v. 18.10.2016 – Az. KZB 46/15, Rn. 35 – *Landesbetrieb Berlin Energie*.

17 BGH, Beschl. v. 18.10.2016 – Az. KZB 46/15, Rn. 40 – *Landesbetrieb Berlin Energie*; Urt. v. 28.1.2020 – Az. EnZR 99/18, Rn. 33 – *Gasnetz Leipzig*.

18 KG, N&R 2019, 222, 225 f. (Urt. v. 4.4.2019 – Az. 2 U 5/15) m. Anm. Schulz-Gardyan.



Senators für Stadtentwicklung und Umwelt, dem der Landesbetrieb ab November 2012 zugeordnet war, bei der Abstimmung über die Verfahrensbriefe unschädlich, weil Weisungen des Senators an die Geschäftsleitung des Landesbetriebs durch eine wirksame Geschäftsanweisung ausgeschlossen waren (Rn. 79).

dd) Etwas anderes ergibt sich nach Auffassung des KG auch nicht aus der Entscheidung des BGH zum Gasnetz Leipzig<sup>19</sup> (Rn. 80 bis 91). Diese Entscheidung betraf die Konstellation, in der Aufsichtsräte der als Bieter am Verfahren beteiligten Eigengesellschaft der Stadt Leipzig (Stadtwerke Leipzig) zugleich als Mitglieder des Gemeinderates der Stadt Leipzig amtierten, in dem über die Konzessionsvergabe abgestimmt wurde. Hier hatte der BGH ein Mitwirkungsverbot für solche Personen angenommen, die bei der Eigengesellschaft gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihr Mitglied eines Organs sind. Das KG zweifelt, ob diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall eines Eigenbetriebs des Landes Berlin übertragen werden kann, weil der Senat des Landes Berlin als Exekutive auf Landesebene nicht mit dem Gemeinderat verglichen werden könne (Rn. 82). Das mag strukturell zutreffend sein, dürfte aber für die Frage einer organisatorischen und personellen Trennung zwischen dem Land Berlin als Vergabestelle und als Bewerber ohne Bedeutung sein. Maßgeblich ist daher die hilfsweise Feststellung des KG, dass die sich aus der Entscheidung des BGH zum Gasnetz Leipzig ergebenden Grundsätze hier sowohl bei der Vergabeentscheidung selbst (Rn. 87 bis 91) als auch bei dem der Vergabeentscheidung vorgelagerten Konzessionierungsverfahren (Rn. 84 bis 86) beachtet worden seien. Dabei stellt das KG für das der Vergabeentscheidung vorgelagerte Konzessionierungsverfahren darauf ab, dass die Verfügungsklägerin nicht dargelegt habe, dass der einem „Organ“ des Landesbetriebs am nächsten kommende Geschäftsleiter und der ihm gegenüber weisungsbefugte Staatssekretär Einfluss auf die Gestaltung der Verfahrensbriefe gehabt haben, während die ebenfalls als „Organ“ des Landesbetriebs in Betracht kommende Senatorin durch eine Geschäftsanweisung an einer Einflussnahme auf den Landesbetrieb gehindert war. Aus dem zuletzt genannten Grund sieht das KG auch in der Mitwirkung der Senatorin an der Vergabeentscheidung keinen Verstoß gegen das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung. Im Übrigen habe die Verfügungsklägerin nicht glaubhaft gemacht, dass die für den Landesbetrieb zuständige Senatorin an dem Beschluss über die Vergabeentscheidung teilgenommen hat. Auch sei es ohnehin nicht überwiegend wahrscheinlich, dass es für die Vergabeentscheidung zugunsten des Landesbetriebs auf die Stimme der für den Landesbetrieb zuständigen Senatorin angekommen sei. Dabei ist es bemerkenswert, dass das KG hierzu auf die „von der Klägerin bemühten politischen Hintergründe und [die] Bedeutung der Angelegenheit für die Parteien des Koalitionsvertrages“ verweist (Rn. 91). Damit aber unterstellt das KG dem Senat des Landes Berlin genau die Vorfestlegung auf der Basis des Koalitionsvertrages und des darin zum Ausdruck kommenden politischen Willens zur Rekommunalisierung, die es zuvor (Rn. 57 f.) verneint hat.

### III. Zur Akteneinsicht

Das KG sieht eine unbillige Behinderung der Verfügungsklägerin darin, dass das beklagte Land Berlin ihr keine Einsicht in das Angebot des Landesbetriebs und damit keine dem Transparenzgebot genügende Akteneinsicht gewährt habe (Rn. 92 bis 136). Die hierauf gerichtete Rüge sei in der erhobenen Form zulässig (Rn. 93 bis 99). Sie sei auch begründet, weil das Land Berlin das Recht der Klägerin auf Akteneinsicht aus § 47 Abs. 3 S.1 EnWG in einer gegen den Transparenzgrundsatz

verstoßenden Weise unbotmäßig beschränkt habe (Rn. 100 bis 136). Dies führe ohne eine gesonderte Kausalitätsprüfung zu einer Behinderung der Verfügungsklägerin und damit zur Untersagung des Abschlusses des Konzessionsvertrages mit dem Landesbetrieb (Rn. 480).

#### 1. Zulässigkeit der Rüge

Das KG schließt sich ausdrücklich der Rechtsprechung des OLG Dresden<sup>20</sup> an, wonach eine nach dem Maßstab des § 47 Abs. 3 S.1 EnWG unzureichende Akteneinsicht zum Gegenstand einer (isolierten) Rüge im Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG gemacht werden kann (Rn. 94). Dem ist zuzustimmen. Es handelt sich bei einer solchen Rüge zwar nicht um die Rüge einer Rechtsverletzung, die sich aus der Bekanntmachung des Vertragsendes, der Mitteilung der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung oder der Information nach § 46 Abs. 5 S.1 EnWG ergibt. Das schließt aber, nicht anders als bei der Rüge einer Verletzung des Neutralitätsgebots,<sup>21</sup> nicht aus, dass die Rüge im Zusammenhang mit einer Rüge nach § 47 Abs. 2 EnWG vorgebracht und im Falle der Zurückweisung der Rüge im Rahmen eines Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG gerichtlich geltend gemacht wird.

##### a) Aussagen des KG

Das KG begründet seine Auffassung zunächst mit dem Hinweis auf den Wortlaut des § 47 Abs. 1 EnWG, wonach eine „Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens“ gerügt werden kann; zu diesen Grundsätzen gehöre auch das Recht auf Akteneinsicht, welches der Gesetzgeber durch § 47 Abs. 3 EnWG besonders hervorgehoben habe (Rn. 95 f.).

Ausdrücklich wendet sich das KG gegen die u. a. vom OLG Koblenz vertretene Auffassung, dass der Umfang der Akteneinsicht stets nur bezogen auf die inhaltliche Rüge betreffend die Vergabeentscheidung beurteilt werden könne.<sup>22</sup> Vielmehr könne „der unterlegene Bieter Akteneinsicht auch zu dem Zweck nehmen, von Verstößen gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens erstmals zu erfahren“. Es könne von dem unterlegenen Bieter „nicht verlangt werden, bereits zur Begründung seiner Akteneinsicht auf Kenntnisse zurückzugreifen, die er erst gewinnt, wenn die Akteneinsicht genommen wird“ (Rn. 97).

Das KG setzt sich anschließend mit dem Umstand auseinander, dass eine Rechtsverletzung durch eine unzureichende Akteneinsicht erst nach der das Akteneinsichtsgesuch auslösenden Information des unterlegenen Bieters nach § 47 Abs. 5 EnWG eintreten kann. Aus diesem Umstand folgt nach Auffassung des KG jedoch lediglich, dass die Geltendmachung einer solchen Rechtsverletzung nicht präkludiert sein kann. Das bedeute aber nicht, dass die Rechtsverletzung nicht Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung nach § 47 Abs. 5 EnWG sein könne. Das gelte jedenfalls für Verfahren in der dritten Phase nach der Information über die Auswahlentscheidung nach § 46 Abs. 5 S.1 EnWG. Ob das KG an seiner Entscheidung in dem vorangegangenen Verfahren gegen die Auswahlkriterien und ihre Gewichtung, wonach Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung im Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG nur solche Rechtsverletzungen sind, die „aufgrund“ der jeweiligen in § 47 Abs. 2 EnWG genannten Verlautbarung der Gemeinde „erkennbar“ sind, „in dieser Allgemeinheit“ festhält, lässt das KG ausdrücklich offen (Rn. 98).

Schließlich weist das KG darauf hin, dass auch eine gegen eine unzureichende Akteneinsicht erhobene Rüge dem

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 28.1.2020 – Az. EnZR 99/18.

<sup>20</sup> OLG Dresden, Urt. v. 18.9.2019 – Az. 1 U 1/19 Kart.

<sup>21</sup> Hierzu oben, unter II. 1. b) cc).

<sup>22</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 12.9.2019 – Az. U 678/19 Kart, Rn. 26 (juris).



gesetzgeberischen Zweck entsprechend darauf gerichtet ist, die gerügte rechtswidrige Verfahrenshandlung aufzuheben und durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung zu ersetzen (Rn. 99).

#### b) Stellungnahme

Den Ausführungen des KG ist in vollem Umfang zuzustimmen.

aa) Besonders erfreulich ist es, dass das KG ausdrücklich klarstellt, dass es für den Umfang der Akteneinsicht nicht darauf ankommt, ob dem unterlegenen Bieter schon vorher genügend Anhaltspunkte für die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung vorlagen. Die Akteneinsicht dient der Vorbereitung einer Rüge und setzt daher die Erhebung der Rüge nicht voraus. Es ist kein schutzwürdiges Interesse der Gemeinden ersichtlich, Rechtsverletzungen durch eine Beschränkung der Akteneinsicht verborgen zu halten. Vielmehr erfordert ein effektiver Rechtsschutz, dass der unterlegene Bieter durch Akteneinsicht, wie das KG ausdrücklich feststellt (Rn. 97), „Ausforschung“ betreiben darf.

bb) Im Hinblick auf die dogmatische Einordnung der Rüge im Kontext des Rügeeregimes nach § 47 EnWG könnte man über die Annahme des KG hinaus auf den Gedanken kommen, die Rüge der unzureichenden Akteneinsicht unmittelbar dem Rügeeregime zu unterwerfen. Hierfür spricht, dass das Rügeeregime, wie der Neubeginn der Rügefrist nach § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG zeigt, auch für solche Rechtsverletzungen gilt, die erst aufgrund der Akteneinsicht erkennbar geworden sind. Damit sind aber nur solche Rechtsverletzungen gemeint, die aus den im Rahmen der Akteneinsicht vorgelegten Unterlagen sichtbar werden. Hierzu gehört die Verletzung des Akteneinsichtsrechts nicht. Das ändert aber nichts daran, dass es sich bei einer unzureichenden Akteneinsicht um einen Verstoß gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens handelt, der ebenso wie ein Neutralitätsverstoß auch dann gerügt und im Rahmen von § 47 Abs. 5 EnWG gerichtlich geltend gemacht werden kann, wenn er nicht der Präklusion unterliegt. Der in diesem Fall abweichend von § 47 Abs. 5 S. 3 EnWG erforderliche Verfügungsgrund folgt aus dem drohenden Abschluss des Konzessionsvertrages mit dem obsiegenden Bieter. Deshalb kann auch hier § 47 Abs. 5 S. 3 EnWG analog angewendet werden.

## 2. Begründetheit der Rüge

Das KG nimmt hin, dass die Akteneinsicht nur für einen Teilzeitraum des Verfahrens erfolgt ist (Rn. 103 bis 109). Auch verneint das KG einen Anspruch auf Einsicht in „außerhalb der Akten geführte interne Begründungen und Vorbereitungen sämtlicher Entscheidungen im Auswahlverfahren, die Dokumentation interner Beratungen, die interne und externe Korrespondenz mit allen Beratern“ (Rn. 134 bis 136) sowie in das ausgeschlossene Angebot eines Mitbieters (Rn. 132). Auch vereinzelte Schwärzungen in der Angebotsauswertung beanstandet das KG nicht (Rn. 133). Es bejaht aber einen Anspruch der Verfügungsklägerin auf Einsicht in das obsiegende Angebot des Landesbetriebs (Rn. 110 bis 131). Insofern hatte das beklagte Land Berlin den Anspruch auf Akteneinsicht verletzt. Dem ist im Hinblick auf die Einsicht in das obsiegende Angebot und die Verweigerung der Einsicht in das ausgeschlossene Angebot zuzustimmen. Soweit das KG dem Akteneinsichtsrecht des unterlegenen Bieters allerdings zeitliche und inhaltliche Schranken setzt, verkennt es den von ihm selbst betonten Zweck des Akteneinsichtsrechts, dem unterlegenen Bieter eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der gegen ihn gerichteten Auswahlentscheidung zu ermöglichen.

#### a) Anspruch auf Einsicht in das Angebot des Landesbetriebs

Das KG erkennt einen Anspruch auf Einsicht in das obsiegende Angebot des Landesbetriebs an. Es stellt hierzu zutreffend fest,

„dass das konkurrierende Angebot Bestandteil der Akten des Konzessionierungsverfahrens ist“, stützt sich dann aber in Abgrenzung zu dem von dem beklagten Land für sich herangezogenen Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 3. November 2017 (zum Az. 11 U 51/17 Kart) überraschend auf „die hiesige tatsächliche Gestaltung“ (Rn. 111) eines Konzeptwettbewerbs mit relativ-vergleichender Bewertungsmethode (Rn. 112 bis 116), wobei der Auswertungsvermerk die Inhalte des Angebots des Landesbetriebs nicht hinreichend erkennen lasse (Rn. 117 bis 122) und auch der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Einsichtnahme in das Angebot nicht grundsätzlich entgegenstehe (Rn. 123 bis 131).

aa) Das KG leitet das Interesse des unterlegenen Bieters auf Einsicht in das obsiegende Angebot aus dem Umstand ab, dass die Bewertung seines Angebots bei einem Konzeptwettbewerb mit relativ-vergleichender Bewertungsmethode in entscheidendem Umfang davon abhängt, „welches Konzept der obsiegende Bewerber seinerseits angeboten hat“. Ergänzend weist das KG auf die besonderen Schwierigkeiten eines Vergleichs unterschiedlicher Konzepte sowie auf die besondere Anfälligkeit funktionaler Leistungsbeschreibungen für ergebnisorientierte Entscheidungen hin (Rn. 116).

Diese Erwägungen sind zwar zutreffend, für die Annahme eines Akteneinsichtsrechts in das obsiegende Angebot aber nicht erforderlich. Das Recht zur Akteneinsicht in das obsiegende Angebot (und alle anderen bewerteten Angebote) ist unabhängig von der Gestaltung des Auswahlverfahrens. Es ergibt sich unmittelbar aus § 47 Abs. 3 EnWG. Es erstreckt sich nach seinem klaren Wortlaut auf „die Akten“ und damit auf alle Unterlagen zum Auswahlverfahren und ist nur insoweit begrenzt, als dies zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geboten ist. Damit trägt der Gesetzgeber dem Interesse des unterlegenen Bieters Rechnung, die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung anhand sämtlicher Unterlagen zum Verfahren überprüfen zu können. Damit ist jedem Versuch, das Akteneinsichtsrecht durch teleologische Reduktion einzuschränken, der Boden entzogen.

Im Übrigen liegt das Interesse des unterlegenen Bewerbers auf Einsicht in das obsiegende Angebot auch dann auf der Hand, wenn kein Konzeptwettbewerb mit relativ-vergleichender Bewertungsmethode durchgeführt wird. Das Interesse des unterlegenen Bewerbers ist nicht nur auf die Überprüfung der Bewertung seines eigenen Angebots gerichtet. Vielmehr hat er ein Interesse an der Überprüfung seiner Platzierung im Vergleich zu den anderen Bewerbern. Haben beispielsweise in einem Verfahren mit absoluter Bewertungsmethode alle Bewerber bei einem bestimmten Kriterium die volle Punktzahl erreicht, hat der unterlegene Bewerber ein berechtigtes Interesse an der Überprüfung der Punktvergabe an die übrigen Bewerber. Nur wenn er deren Angebote kennt, kann er beurteilen, ob sie zu Recht die volle Punktzahl erhalten haben.

bb) Zu Recht stellt das KG fest, dass die Kenntnis von dem Angebot des Landesbetriebs nicht bereits durch die Angebotsauswertung vermittelt wird (Rn. 117).

Es verweist insofern darauf, dass in der Angebotsauswertung nur ein Bruchteil des Angebots dargestellt wird (Rn. 118). Außerdem berge die „selektive Darstellung in ganz besonderem Maße das Risiko einer verfälschten Darstellung des Angebotsinhalts“, so dass „Inkohärenzen und Widersprüche eines Angebots nicht aufscheinen“. Schließlich bestehe das „Risiko schlichter (handwerklicher) Übertragungsfehler“ (Rn. 119). All dies ist aber keine Besonderheit des konkreten Auswertungsvermerks, denn ob sich die dargestellten Gefahren in dem konkreten Auswertungsvermerk realisiert haben, kann erst nach der hier in Rede stehenden Akteneinsicht beurteilt werden. Dem steht, wie das KG zutreffend feststellt (Rn. 121 f.),

nicht entgegen, dass für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung nur die im Auswertungsvermerk niedergelegten Erwägungen relevant sind.<sup>23</sup> Auch diese Erwägungen stützen sich nämlich auf Angaben zu Angebotsinhalten, die ohne Einsicht in das Angebot nicht auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft werden können.

Schließlich hat das KG auch den Versuch des beklagten Landes zurückgewiesen, das Urteil des BGH zum „Stromnetz Steinbach“ vom 28. Januar 2020 (zum Az. EnZR 116/18) für sich nutzbar zu machen. Die darin mit Blick auf das – in einem im Jahr 2014 durchgeführten Verfahren – obsiegende Angebot angesprochene Vorlageanordnung nach § 142 ZPO könne nicht für die Begrenzung der Reichweite des Akteneinsichtsrechts nach der ab Februar 2017 in Kraft befindlichen Neuordnung des § 47 Abs. 3 S. 1 EnWG herangezogen werden (Rn. 122). Dem ist nicht nur in zeitlicher Hinsicht zuzustimmen. Vielmehr betrifft die Vorlageanordnung nach § 142 ZPO mit der gerichtlichen Überprüfung gerügter Rechtsverletzungen eine völlig andere Verfahrensstufe als das zur Ermöglichung einer Rüge eingeführte Akteneinsichtsrecht.

cc) Schließlich hat das KG zu Recht festgestellt, dass der Einsicht in das Angebot des Landesbetriebs keine vorrangigen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse entgegenstehen (Rn. 123). Es meint zwar unter Hinweis auf das OLG Schleswig<sup>24</sup> und das OLG Celle<sup>25</sup>, das Recht der Beteiligten auf Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen möge „häufig zur Folge haben, dass das konkrete Angebot des Konkurrenten nicht in den Zivilprozess eingeführt werden kann, eben weil es schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthält“ (Rn. 125). Tatsächlich grenzt es sich aber von dieser Rechtsprechung deutlich ab, wenn es klarstellt, dass insoweit „ein strenger Maßstab anzulegen“ ist, und auf die auch im Vergaberecht erforderliche Abwägung zwischen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und dem effektiven Rechtsschutz verweist (Rn. 125), die ihren Ausdruck in dem Tatbestandsmerkmal „geboten“ in § 47 Abs. 3 S. 3 EnWG gefunden hat. Diesem strengen Maßstab wurde das beklagte Land hier nach der Feststellung des KG schon deshalb nicht gerecht, weil es sich nicht einmal bemüht hatte, „eine belastbare Begründung dafür zu erheben, in welchem Umfang und ggf. weshalb eine Einsichtnahme in die Angebotsunterlagen nicht in Betracht käme“ (Rn. 130).

#### b) Beschränkung des Akteneinsichtsrechts

Soweit das KG dem Akteneinsichtsrecht des unterlegenen Bieters zeitliche und inhaltliche Schranken setzt, ist dem nicht zuzustimmen. Eine Ausnahme gilt nur für die Einsicht in das ausgeschlossene Angebot eines Mitbewerbers, welches für die Auswahlentscheidung ersichtlich ohne Bedeutung war.

aa) Das gilt zunächst für die zeitliche Beschränkung. Das KG meint, der Verfügungsklägerin sei eine Einsicht in die Akten des Konzessionierungsverfahrens aus der Zeit vor dem Erlass des dritten Verfahrensbriefs nicht zu gewähren (Rn. 103). Zur Begründung verweist es darauf, dass das Akteneinsichtsrecht nach § 47 Abs. 3 S. 1 EnWG der Vorbereitung einer Rüge nach § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG diene, die nur gegen Rechtsverletzungen „im Rahmen der Auswahlentscheidung“ gerichtet seien. Dieser Zweck begrenze den Umfang des Akteneinsichtsrechts in der Weise, dass nur Einsicht in die Akteninhalte zu gewähren sei, welche die Auswahlentscheidung betreffen. Ein auch die vorhergehenden Phasen des Verfahrens betreffendes Akteneinsichtsrecht habe der Gesetzgeber nicht schaffen wollen (Rn. 104 f.). Das kann nicht überzeugen.

Gegen die zeitliche Beschränkung des Akteneinsichtsrechts spricht bereits, dass sie in dem Wortlaut von § 47 Abs. 3 EnWG keinen hinreichenden Niederschlag gefunden hat. Zwar verweist § 47 Abs. 3 S. 1 EnWG auf Rügen nach § 47 Abs. 2 S. 3

EnWG und damit auf Rügen gegen „Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung“. Derartige Rechtsverletzungen sind aber nicht nur in einer bestimmten Phase denkbar. Das gesteht auch das KG zu, wenn es ausführt, dass Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung „regelmäßig“ während der Auswahlentscheidung und nicht in deren Vorfeld anfallen (Rn. 104). Das gilt etwa für Verstöße gegen das Neutralitätsgebot, die das KG, wie oben (unter II. 1. a)) gezeigt, ausdrücklich auch in der dritten Phase für rügefähig hält und die nicht selten schon im Vorfeld der eigentlichen Auswahlentscheidung erfolgen. Beispiele hierfür sind politische Vorfestlegungen oder Vorfestlegungen auf einen zuvor ausgewählten „strategischen Partner“. Deshalb erstreckt sich der Anspruch auf Akteneinsicht auch trotz der scheinbaren Beschränkung des Zwecks auf die Vorbereitung von Rügen gegen Rechtsverstöße im Rahmen der Auswahlentscheidung auf „die Akten“ und damit auf alle Unterlagen zum Konzessionierungsverfahren.

Auch das „Rüge- und Präklusionssystem des § 47 EnWG“ spricht entgegen der Auffassung des KG (Rn. 107) nicht für, sondern gegen eine Begrenzung des Akteneinsichtsrechts auf die Zeit der Auswahlentscheidung. Das KG wird insoweit Opfer des in § 47 EnWG hineingelesenen Drei-Phasen-Modells. Es ist zwar richtig, dass die Rügen gemäß § 47 Abs. 2 EnWG in drei Phasen zu erheben sind, um Konflikte abzuschichten. Das KG übersieht aber, dass nur die aus den jeweiligen Verlautbarungen der Gemeinde „erkennbaren“ Rechtsverstöße zur Vermeidung einer Präklusion geltend zu machen sind. Würde man das Akteneinsichtsrecht mit dem KG auf Rechtsverstöße in der Phase der eigentlichen Auswahlentscheidung beschränken, würden bislang unerkannte Rechtsverletzungen aus den vorangegangenen Phasen dauerhaft unerkannt bleiben. Dies widerspricht erkennbar dem Ziel eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens.

bb) Auch die inhaltliche Beschränkung des Akteneinsichtsrechts durch die Privilegierung der angeblich außerhalb der Akten geführten „internen Begründungen und Vorbereitungen sämtlicher Entscheidungen im Auswahlverfahren“, der „Dokumentation interner Beratungen“ sowie der „internen und externen Korrespondenz mit allen Beratern“ (Rn. 134 bis 136) ist nicht überzeugend. Das KG geht bereits zu Unrecht davon aus, dass diese Unterlagen nicht zu den „Akten“ des Konzessionsverfahrens gehören (Rn. 135). Die Akten des Konzessionierungsverfahrens umfassen vielmehr sämtliche Unterlagen, die das Konzessionierungsverfahren betreffen. Auch die Behauptung, die Einsicht in diese Unterlagen sei zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht geboten (Rn. 136), ist unzutreffend. Es liegt vielmehr gerade in Fällen einer politisch gewollten Kommunalisierung auf der Hand, dass sich eine den unterlegenen Bewerber diskriminierende Vorfestlegung insbesondere aus den vom KG vom Akteneinsichtsrecht ausgenommenen internen Unterlagen ergeben kann. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem vom KG zitierten Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 5. September 2007.<sup>26</sup> Dieser betraf die Frage, ob ein Verstoß gegen die Gewähr effektiven Rechtsschutzes vorliegt, wenn der Dienstherr einem unterlegenen Bewerber um die Besetzung einer Stelle einen internen Vermerk vorenthält. Diese Frage hatte das BVerfG zu Recht verneint, da im konkreten Fall nichts dafür ersichtlich war, „dass in dem internen Vermerk tragende Auswahlerwägungen niedergelegt wurden“. Das lässt sich aber

23 Der BGH hat in der Entscheidung „Landesbetrieb Berlin Energie“ klargestellt, dass die Auswahlentscheidung nur mit den Gründen verteidigt werden kann, die bei der Entscheidung über die Vergabe der Konzession Berücksichtigung gefunden haben, siehe BGH, Beschl. v. 18.10.2016 – Az. KZB 46/15, Rn. 43.

24 OLG Schleswig, Urt. v. 16.4.2018 – Az. 16 U 110/17 (Kart).

25 OLG Celle, Urt. v. 19.10.2017 – Az. 13 U 38/17 (Kart).

26 BVerfG, NVwZ-RR 2008, 433 (Beschl. v. 5.9.2007 – Az. 2 BvR 1855/07).

auf den hier vorliegenden Fall einer Interessenkollision auf Seiten des Landes Berlin nicht übertragen.

### 3. Rechtsfolge

Der festgestellte Verstoß führt nach der zutreffenden Auffassung des KG ohne eine gesonderte Kausalitätsprüfung zu einer Behinderung der Verfügungsklägerin und damit zur Untersagung des Abschlusses des Konzessionsvertrages mit dem Landesbetrieb (Rn. 480).

## IV. Zur Frage des Ausschlusses des Landesbetriebs

Die Verfügungsklägerin hatte geltend gemacht, dass das beklagte Land das Angebot des eigenen Landesbetriebs aus verschiedenen Gründen hätte ausschließen müssen. Dem ist das KG zu Unrecht nicht gefolgt.

### 1. Ausschluss wegen formaler Gründe

Das KG stellt zunächst fest, dass das Angebot des Landesbetriebs nicht bereits wegen formaler Kriterien von der Bewertung hätte ausgeschlossen werden müssen (Rn. 137 bis 155).

#### a) Zur Mindestanforderung „Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe“

Die Verfügungsklägerin hatte geltend gemacht, dass der Landesbetrieb die Mindestvoraussetzung der Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe nicht habe erfüllen können. Dem folgt das KG nicht (Rn. 138 bis 144). Es möge zwar sein, dass eine „Vereinbarung“ i. S. d. §§ 145 ff. BGB zwischen dem Landesbetrieb und dem beklagten Land von Rechts wegen nicht möglich sei, weil der Landesbetrieb als haushaltsrechtlicher Betrieb keine eigene Rechtspersönlichkeit habe. Das schließt aber nicht aus, dass sich der Landesbetrieb i. S. d. Ausschreibung durch eine „innerstädtische Festlegung“, bei der es sich um eine besonders gestaltete Verwaltungsanweisung handele, verpflichten könne. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>27</sup> dürfe die Betrauung eines Eigenbetriebs gegenüber der Konzessionierung eines Energieversorgungsunternehmens i. S. v. § 46 EnWG weder erschwert noch erleichtert werden. Sie stehe daher einer solchen Konzessionierung in vollem Umfang gleich. Auch handele es sich bei den von dem Landesbetrieb gezahlten Konzessionsabgaben nicht um „fiktive Kosten“. Vielmehr stelle die Begründung zur KAV klar, dass die Konzessionsabgaben auch dann eine Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der öffentlichen Wege seien, soweit die Gemeinde die Energieversorgung selbst durch Eigenbetriebe vornehme (Rn. 143<sup>28</sup>). Auf die beabsichtigte Ausgliederung des Eigenbetriebs in eine rechtlich selbständige Rechtsperson nach Erteilung der Konzession komme es daher nicht an (Rn. 144).

Das ist nicht überzeugend. Es ist zwar richtig, dass es in der Begründung zur KAV heißt, Konzessionsabgaben stellten auch dann eine Gegenleistung der Energieversorgungsunternehmen für die Zurverfügungstellung der öffentlichen Wege dar, wenn „die Gemeinde die Energieversorgung durch Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften wahrnimmt“.<sup>29</sup> Eine Begründung, warum dies auch bei Eigenbetrieben, die keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, gelten soll, findet sich darin aber nicht. Sie ist auch nicht ersichtlich. Wenn eine Gemeinde ihre öffentlichen Wege über einen Eigenbetrieb selbst für den Betrieb von Energieversorgungsnetzen nutzt, vermarktet sie ihr Eigentum nicht und kann daher von sich selbst auch keine Gegenleistung verlangen. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Feststellung des BGH, dass die Konzessionierung eines Eigenbetriebs „weder erschwert noch erleichtert werden darf“. Diese Feststellung basiert nämlich auf § 46 Abs. 6 EnWG (damals noch Abs. 4), der aber für Eigenbetriebe nur die Abs. 2

bis 5 für anwendbar erklärt. § 46 Abs. 1 EnWG, wonach die Gemeinde den Abschluss von Konzessionsverträgen verweigern kann, wenn das Energieversorgungsunternehmen nicht die höchstzulässige Konzessionsabgabe zahlt, wird gerade nicht in Bezug genommen. Außerdem kommt es zu der vom KG befürchteten Benachteiligung des Landesbetriebs nur deshalb, weil das Land Berlin die Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe zur Mindestvoraussetzung erklärt und sich zugleich mit einem Eigenbetrieb an dem Verfahren beteiligt hat, der diese Voraussetzung nicht erfüllen kann. Es hätte die Benachteiligung also durch eine andere Gestaltung leicht vermeiden können. Ob dieser Mangel durch die Zusage einer Umwandlung des Landesbetriebs in eine selbständige Rechtspersönlichkeit hätte geheilt werden können, hängt von der Verbindlichkeit einer solchen Zusage ab, die allein auf der Grundlage des Urteils des KG nicht beurteilt werden kann.

#### b) Zum „Bieterkartell“ mit einem Mitbewerber

Die Verfügungsklägerin hatte unter Hinweis auf verschiedene öffentliche Äußerungen angenommen, dass zwischen dem Landesbetrieb und einem früheren Mitbewerber ein Bieterkartell bestanden habe, welches zum Ausschluss auch des Landesbetriebs hätte führen müssen. Hierfür sah das KG jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte (Rn. 145 f.).

#### c) Zum Nachweis des notwendigen Fremdkapitals

Die Verfügungsklägerin hatte beanstandet, dass der Landesbetrieb entgegen der ausdrücklichen Forderung aus den Verfahrensbriefen kein autorisiertes Finanzkonzept einer Bank für den Nachweis des notwendigen Fremdkapitals vorgelegt habe. Die entsprechende Rüge ist nach Auffassung des KG bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet (Rn. 147 bis 155).

Das KG meint, dass die in Verfahrensbriefen enthaltenen Vorgaben, innerhalb bestimmter Fristen bestimmte Handlungen vorzunehmen oder bestimmte Unterlagen einzureichen, lediglich der Strukturierung des Verfahrens dienten und schon deshalb bei ihrer Nichteinhaltung durch einzelne Bewerber keine subjektiven Rechte anderer Bieter begründen könnten. Das Vertrauen eines Bewerbers auf die Einhaltung der Regeln durch die Vergabestelle könne, wie im Vergaberecht, lediglich Ersatzansprüche auf der Sekundärebene auslösen. Einen solchen Sekundäranspruch habe die Verfügungsklägerin aber nicht geltend gemacht. Ihre Rüge sei deshalb bereits unzulässig (Rn. 151).

Das ist nicht überzeugend. Das aus Sicht der Verfügungsklägerin verletzte subjektive Recht ist das Recht auf Teilnahme an einem transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb. Deshalb stellt jeder Verstoß gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens eine nach § 47 Abs. 1 EnWG zu rügende Rechtsverletzung dar. Ein solcher Verstoß gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens liegt vor, wenn eine Gemeinde einem Bewerber gegenüber auf die Vorlage geforderter Unterlagen verzichtet. Das gilt umso mehr, wenn es sich bei dem Bewerber um die Gemeinde selbst handelt. Das KG weist demgegenüber zu Unrecht darauf hin, dass sich das beklagte Land lediglich „vorbehalten“ habe, einen Bewerber aus dem Auswahlverfahren auszuschließen, wenn er die Unterlagen nicht fristgerecht einreichen sollte. Offenbar meint das KG, dass das beklagte Land, indem es den Landesbetrieb nicht vom Verfahren ausgeschlossen hat, von einer im Verfahrensbrief eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat. Jedenfalls sei ein Ausschluss in der Sache unverhältnismäßig, weil kein Zweifel daran bestünde, dass das beklagte

27 BGH, N&R 2014, 157, 162 Rn. 79 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 65/12) – *Stromnetz Heiligenhafen*.

28 Unter Hinweis auf BR-Drs. 686/19, 14 f., richtig: Verordnungsbegründung, BR-Drs. 686/91, 8, 14 f.

29 Verordnungsbegründung, BR-Drs. 686/91, 8, 14 f.

Land die Finanzierung bewerkstelligen könne. Das ist sehr zweifelhaft. Der bloße Umstand, dass das beklagte Land sich vorbehalten hat, einen Bewerber, der die angeforderten Unterlagen nicht vorlegt, auszuschließen oder nicht auszuschließen, bedeutet nicht, dass es insoweit frei ist. Vielmehr hat es sachliche Gründe für die Entscheidung über den Ausschluss anzuführen. Ein solcher Grund kann aber nicht darin bestehen, dass das beklagte Land auf seine eigene Bereitschaft verweist, die nachzuweisende Finanzierung zu bewerkstelligen. Das gilt erst recht, wenn der Erwerb des Netzes fremdfinanziert werden soll.

## 2. Ausschluss wegen fehlender Eignung

Das KG meint, der Landesbetrieb habe nicht wegen fehlender Eignung ausgeschlossen werden müssen (Rn. 156 bis 203). Dabei arbeitet das KG zahlreiche Rügen ab, die im Kern um die Frage kreisen, ob eine Gemeinde sich die erforderliche Eignung zusprechen darf, obwohl sie über keinerlei sachliche und personelle Ausstattung und fachliche Kompetenz zum Betrieb eines Energieversorgungsnetzes (hier: des größten städtischen Netzes in Deutschland) verfügt und ihr Konzept im Wesentlichen darin besteht, mit dem Netz die gesamte Personal- und Sachausstattung des Altkonzessionärs zu übernehmen. Diese Frage hat das KG hier bejaht. Es hat sich dabei aber erkennbar davon leiten lassen, dass die Verfügungsklägerin nach der Abgabe des Netzes in Hamburg die einzige Netzbetreiberin im Vattenfall-Konzern ist und es deshalb naheliegt, dass sie im Falle ihres Unterliegens bereit sein wird, mit dem nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG herauszugebenden Netz auch ihre gesamte Personal- und Sachausstattung zu übergeben. Die gegenteiligen Aussagen der Verfügungsklägerin hielt das KG offenbar für unglaubhaft und als rein taktisch motiviert auch für rechtsmissbräuchlich (z. B. Rn. 183). Das geht aber nicht nur deutlich zu weit, weil die Herauslösung des Netzes aus dem Vattenfall-Konzern erkennbar dazu führen wird, dass Dienstleistungen aus dem Konzern wegfallen und durch neu aufzubauende Bereiche kompensiert werden müssen. Die Argumentation des KG kann jedenfalls nicht auf andere Verfahren übertragen werden, die diese Besonderheit nicht aufweisen. Es würde deshalb den Rahmen dieser Anmerkung sprengen, sie im Einzelnen darzustellen und zu würdigen.

## 3. Kein Ausschluss aus sonstigen Gründen

Das KG meint schließlich, das Angebot des Landesbetriebs habe auch nicht „wegen mangelnder Zuverlässigkeit des Bewerbungskonzepts, Unplausibilität der Erwerbs- und Betriebsstruktur oder verfahrensrechtlicher Unzulässigkeit der Umwandlung“ ausgeschlossen werden müssen (Rn. 204 bis 235).

### a) Bewerbungskonzept

Soweit die Verfügungsklägerin beanstandet hatte, dass die Bewerbung eines Bieters ohne technische Ausstattung dem Sinn und Zweck des Konzessionswettbewerbs widerspreche und deshalb hätte ausgeschlossen werden müssen, hat das KG diese Rüge für unzulässig gehalten, weil die behauptete Rechtsverletzung bereits aus der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung erkennbar gewesen wäre, die schon vom KG gebilligt worden seien (Rn. 206). Jedenfalls sei die Rüge unbegründet, weil der Sinn und Zweck des Wettbewerbs der Teilnahme von Neueinsteigern nicht von vornherein entgegenstehe (Rn. 207). Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Gerade weil, wie das KG unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH<sup>30</sup> hervorhebt, durch den Wettbewerb derjenige (neue) Netzbetreiber ermittelt werden soll, „der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept am besten geeignet ist, beim Netzbetrieb eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente

und umweltverträgliche leistungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität zu gewährleisten“, muss es der Neueinsteiger in dem Qualitätswettbewerb aber hinnehmen, dass Zweifel an dem rechtzeitigen und ausreichenden Aufbau der erforderlichen personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung und der erforderlichen fachlichen Kompetenz zu seine Lasten gehen.

### b) Umwandlung

Nach dem Betriebskonzept des Landesbetriebs soll dieser auf eine neu zu gründende landeseigene GmbH ausgegliedert werden. Hierin sah die Verfügungsklägerin einen Verstoß gegen die Bieteridentität. Dem folgt das KG nicht, weil der Landesbetrieb durchgehend am Verfahren beteiligt war (Rn. 217). Auch sei er nicht lediglich ein „Platzhalter“ für den eigentlichen Netzbetreiber, der den Netzbetrieb nicht ohne eine neue Ausschreibung übernehmen könne. Es sei bereits fraglich, ob die vergaberechtlichen Regelungen zur Neuausschreibungspflicht bei einem Wechsel des Vertragspartners<sup>31</sup> hier anwendbar seien. Jedenfalls sei ein Wechsel des Vertragspartners hier zulässig, weil er im Verfahren transparent kommuniziert sei und kein unerwartetes Ereignis darstelle (Rn. 218 bis 222). Dem ist nur zuzustimmen, wenn der Landesbetrieb sich nicht die Möglichkeit offengelassen hat, einen Dritten mit dem Netzbetrieb zu betrauen.

### c) Erwerbs- und Betriebsstruktur

Auch die weiteren im Zusammenhang mit der geplanten Umwandlung erhobenen Rügen hat das KG zurückgewiesen (Rn. 224 bis 235). Das gilt zunächst für die Behauptung, der Landesbetrieb habe widersprüchliche Angaben zur geplanten Rechtsform gemacht (Rn. 228). Die Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Umwandlung des Landesbetriebs teilt das KG ebenfalls nicht (Rn. 229 bis 232). Auch lebe die bei der Konzessionierung des Landesbetriebs an die Stelle eines Konzessionsvertrages tretende „innerstädtische Festlegung“ im Falle der Umwandlung des Landesbetriebs entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin als Konzessionsvertrag fort (Rn. 233 bis 235). Dem ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen.

## V. Zur Angebotsauswertung im Allgemeinen

Die Verfügungsklägerin hatte die Angebotsauswertung unabhängig von den einzelnen Kriterien aus mehreren Gründen in ihrer Gesamtheit angegriffen. Dem ist das KG zu Unrecht nicht gefolgt.

### 1. Förmliche Anforderungen

Das KG hat es hingenommen, dass die der Auswahlentscheidung zugrundeliegende Angebotsauswertung weder datiert noch unterzeichnet war. Die insoweit im Vergaberecht geltenden förmlichen Anforderungen seien auf das Verfahren der Konzessionsvergabe nicht übertragbar. Ausreichend sei insoweit eine „sorgfältige Dokumentation des Gangs und der wesentlichen Entscheidungen des Ausschreibungsverfahrens“. Eine solche sei auch ohne Datum und Unterschrift möglich (Rn. 241 bis 243). Daran ändere auch der offenbar aus dem Schriftbild der Angebotsauswertung abgeleitete Verdacht, dass diese von den Prozessbevollmächtigten des beklagten Landes erstellt worden sei, nichts, da die Erstellung einer Angebotsauswertung durch Berater ohne weiteres zulässig sei (Rn. 244). Anhaltspunkte dafür, dass das beklagte Land die Entscheidung im Konzessionierungsverfahren nicht selbst getroffen hätte, bestünden nicht (Rn. 245).

30 BGH, N&R 2014, 166, 167 Rn. 36 (Urteil vom 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) – *Stromnetz Berkenthin* m. Anm. Schulz-Gardyan.

31 EuGH, Slg 2008, I-4401, 4463 = ECLI:EU:C:2008:35, Rn. 40 (Urt. v. 19.6.2008 – Rs. C-454/06) – *Pressetext*.

## 2. Dokumentation der Punktevergabe

Die Verfügungsklägerin hatte gerügt, dass es an einer transparenten Dokumentation der Punktevergabe fehle. Diese Rüge hat das KG bereits für unzulässig gehalten, weil es nicht ausreiche, „allgemeine Bedenken gegen eine Verfahrenshandlung zu formulieren“ (Rn. 249). Soweit die Verfügungsklägerin gerügt hatte, dass in der Angebotsauswertung nicht begründet werde, warum auf einer Punkteskala von null bis zehn Punkten in Abwertungsfällen neun, acht, sieben, sechs oder fünf Punkte vergeben worden seien, sei die Rüge zwar zulässig, in der Sache aber unbegründet (Rn. 250 bis 256). Das ist nicht nachvollziehbar.

Das KG zweifelt bereits daran, dass die vergaberechtlichen Anforderungen an die Dokumentation der Auswahlentscheidung übertragen werden können (Rn. 251 f.). Zur Begründung verweist das KG auf die Rechtsprechung des BGH, wonach die Grundsätze des förmlichen Vergabeverfahrens nicht isoliert auf das gesetzlich nicht geregelte Konzessionierungsverfahren übertragen werden können. Dabei verkennt das KG, dass eine transparente Dokumentation der Gründe für die konkrete Bewertung der Angebote zwingende Voraussetzung für deren Überprüfbarkeit ist. Sie gehört daher zu den zentralen Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren.

Danach muss nachvollziehbar sein, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind, so dass überprüfbar ist, ob das Beurteilungsermessen beanstandungsfrei ausgeübt worden ist und die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden.<sup>32</sup> Es ist völlig unerfindlich, warum das KG es nach diesen Maßstäben für ausreichend hält, dass sich in der Angebotsauswertung in jedem Fall der Abwertung eine Begründung dafür findet, warum diese erfolgt ist, es aber nicht für erforderlich erachtet, „dass sich diese auch im Einzelnen dazu verhält, warum der Abzug genau um die angeführte Punktzahl erfolgt“ (Rn. 255). Der von dem KG insoweit angeführte Umstand, dass das beklagte Land auf sprachliche Umschreibungen der Punktebereiche verzichtet hat, eröffnet ihm bei der Bewertung entgegen der Annahme des KG keine „flexiblere Handhabung“. Vielmehr muss die konkrete Bewertung der Angebote dem unterschiedlichen Erfüllungsgrad im Hinblick auf das mit dem konkreten Kriterium verfolgte Ziel entsprechen. Aus der Angebotsauswertung muss sich daher beispielsweise bei einer Abwertung von zehn zu sieben Punkten ergeben, warum das abgewertete Angebot das Leistungsziel nur zu 70 % erfüllt.

## 3. Generelle Bevorzugung des Landesbetriebs

Soweit die Verfügungsklägerin eine generelle Bevorzugung des Landesbetriebs gerügt hat, hat das KG sie zu Recht auf die Rügen zu den einzelnen Bewertungen verwiesen (Rn. 257). Das Gleiche gilt für die Rüge, dass trotz fehlender Plausibilität keine Abwertung des Angebots auf null Punkte erfolgt sei (Rn. 258).

## 4. Unverbindlichkeit der Verwaltungsanweisung

Die Verfügungsklägerin hatte gerügt, dass vertragliche Zusagen und Sanktionszusagen des Landesbetriebs zu dessen Gunsten berücksichtigt worden seien, obwohl dieser wegen der rechtlichen Identität mit dem beklagten Land keine bindenden vertraglichen Zusagen machen konnte. Dem ist das KG in der Sache wegen der Gleichstellung eines Eigenbetriebs mit einer Eigengesellschaft und der ohnehin geplanten Umwandlung nicht gefolgt, nach der die innerstädtische Festlegung als Konzessionsvertrag weitergelte (Rn. 259 bis 265). Entsprechendes gilt für die Rüge, die Einräumung von Informationsrechten habe wegen der fehlenden rechtlichen Selbständigkeit

des Landesbetriebs nicht zu deren Gunsten berücksichtigt werden dürfen (Rn. 266 bis 270). Das ist nicht zutreffend. Die vom KG befürchtete Benachteiligung ergibt sich nicht aus der Eigenschaft des Landesbetriebs als Eigengesellschaft i. S. v. § 46 Abs. 6 EnWG, sondern aus dem Umstand, dass das beklagte Land sich für einen Kriterienkatalog entschieden hat, der vertragliche Gewährleistungsrechte fordert, die der Landesbetrieb nicht erfüllen kann.

## VI. Zur Angebotsauswertung im Besonderen

Den größten Umfang in dem Urteil des KG nimmt die Auseinandersetzung mit konkreten Rügen gegen die Bewertung der Angebote zu einzelnen Kriterien ein (Rn. 271 bis 478). Dabei nimmt das KG zu einigen Kriterien Bewertungsfehler an, die es in ihrer Gesamtheit möglich erscheinen lassen, dass die Verfügungsklägerin bei einer neuen Bewertung den Zuschlag erhält. Hierauf kann im Rahmen dieser Anmerkung nicht im Einzelnen eingegangen werden. Bemerkenswert sind aber die Ausführungen des KG zur Kausalität der Bewertungsfehler für das Auswahlresultat. Das KG geht dabei zu Recht davon aus, dass Bewertungsfehler nur dann zu einer unbilligen Behinderung des unterlegenen Bewerbers führen, wenn sich die (kumulierten) Rechtsverletzungen auf das Ergebnis des Auswahlverfahrens ausgewirkt haben könnten. Für die insoweit maßgebliche Kausalitätsprüfung ist nach Auffassung des KG „ein zu positiv bewertetes Angebot für die Frage der Kontrollprüfung fiktiv mit 0 Punkten“ zu bewerten, „während die Auswirkungen ungerechtfertigter Abwertungen durch fiktive Gleichstellung der Angebote im jeweiligen Kriterium erfasst werden können“ (Rn. 280). Es ist überraschend, dass sich das KG dabei auf die Entscheidung des OLG Schleswig vom 16. April 2018 (zum Az. 16 U 110/17 Kart) bezieht, welches bei der Kausalitätsbetrachtung eine Art „geltungserhaltende Reduktion“ auf den zugunsten des obsiegenden Bieters gerade noch vertretbaren Punktabstand durchgeführt hatte. Hiervon ist das OLG Schleswig im Übrigen mittlerweile abgerückt. Es folgt nun der Rechtsprechung des OLG Koblenz,<sup>33</sup> welches bei der Kausalitätsbetrachtung eine Korrektur auf den Punktabstand durchführt, welcher zugunsten des unterliegenden Bieters noch vertretbar wäre (Bestbewertung).<sup>34</sup> Auch hierüber geht das KG aber mit seiner Kausalitätsbetrachtung hinaus. Dem ist im Ausgangspunkt zuzustimmen. Allerdings erweist sich der Kausalitätsmaßstab des KG noch immer als zu eng. Er ist praktisch kaum handhabbar, weil bei einer relativen Bewertung die zu schlechte Bewertung eines Angebots zugleich eine zu gute Bewertung des anderen Angebots bedeutet. Wenn also eine Bewertung von zehn/sechs Punkten fehlerhaft ist, würde das KG bei der Betrachtung der ungerechtfertigten Abwertung eine fiktive Bepunktung von zehn/zehn annehmen, bei Betrachtung der zu positiven Bewertung aber eine fiktive Bewertung von null/zehn annehmen. Die fiktive Bepunktung kann jedoch nicht davon abhängen, aus welchem Blickwinkel sie erfolgt. Deshalb sind sämtliche Punkte eines Kriteriums für die Kausalitätsbetrachtung als offen zu betrachten und eine fiktive Bewertung zugunsten des unterlegenen Bewerbers von zehn/null Punkten zu unterstellen.

## VII. Abschließende Bewertung

Das Urteil des KG berührt zahlreiche Streitpunkte. Seine Bedeutung besteht nicht in erster Linie in den Ausführungen zu der besonderen Berliner Situation und den konkreten Angeboten der Bewerber, sondern in der Feststellung, dass Rügen

32 BGH, Urt. v. 4.4.2017 – Az. X ZB 3/17, Rn. 53 – *Postdienstleistungen*.

33 OLG Koblenz, Urt. v. 22.8.2019 – Az. U 687/19, Rn. 31 ff.

34 OLG Schleswig, Urt. v. 18.5.2020 – Az. 16 U 66/19 Kart, S. 48 ff.

wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot und die unzureichende Akteneinsicht im Rahmen eines Antrags nach § 47 Abs. 5 EnWG geltend gemacht werden können. Es stellt auch zutreffend klar, dass weder der Antrag noch der Entscheidungssatz einer Unterlassungsverfügung darauf gerichtet sein müssen, der Gemeinde die Konzessionierung so lange zu untersagen, bis den in der Urteilsformel im Einzelnen

aufgeführten Rügen in der Sache abgeholfen ist. Dabei geht die Begründung aber an den Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens vorbei. Sie geht vielmehr von der unzutreffenden Vorstellung aus, das Gericht habe in dem Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG alle Bewertungsrügen (abschließend) zu „bescheiden“. Leider wird das KG wohl keine Gelegenheit mehr haben, diese Vorstellung zu korrigieren.

Dr. Kornelius Kleinlein

## Richtlinienkonforme Entgeltregulierung bei der geplanten Novellierung des TKG

*Zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex) wird das TKG grundlegend novelliert. Der nunmehr vorliegende Regierungsentwurf beabsichtigt, die bloß nachträgliche Kontrolle von Entgelten für den Zugang zum Netz des marktmächtigen Betreibers auszuweiten. Weiterhin soll es im Ermessen der Bundesnetzagentur stehen, Entgelte auch bei Auferlegung einer Genehmigungspflicht lediglich der Missbrauchskontrolle zu unterziehen. Bei einer Missbrauchskontrolle billigt die Bundesnetzagentur dem regulierten Unternehmen einen Erheblichkeitszuschlag auf die Kosten zu. Dies ist mit Art. 74 des Kommunikationskodex nicht vereinbar und führt dazu, dass die Mitteilung der Kommission über die Berechnung der Kapitalkosten bei Altinfrastrukturen praktisch obsolet wird. Die Kommission wird – wie schon bisher – Maßnahmenentwürfe beanstanden, die eine bloße Missbrauchskontrolle der Entgelte vorsehen. Der Gesetzgeber sollte deshalb davon Abstand nehmen, eine Regulierung von Entgelten anhand einer bloßen Missbrauchskontrolle vorzusehen.*

### I. Hintergrund

Trotz des fortschreitenden Glasfaserausbaus werden die weit überwiegenden Festnetzanschlüsse in Deutschland über das kupferbasierte Teilnehmeranschlussnetz der Telekom Deutschland GmbH (TDG) realisiert. Dieses vor Jahrzehnten verlegte und größtenteils bereits abgeschriebene Netz bildet weiterhin ein natürliches Monopol.

Daher ist die TDG verpflichtet, den konkurrierenden Wettbewerbern Netzzugang zu gewähren. Die Regulierung der Zugangsentgelte soll einen chancengleichen Wettbewerb in der Telekommunikation sicherstellen.

#### 1. Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur

Die Entgelte für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss unterliegen der Ex-ante-Regulierung, d. h. sie bedürfen der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur.<sup>1</sup> Regellaufmaßstab der Kostenprüfung im Entgeltgenehmigungsverfahren waren bisher die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 Abs. 1 S. 1 TKG. Für die Prüfung der Entgelte enthält die Nichtdiskriminierungs- und Kostenrechnungsempfehlung 2013/466/EU der Kommission vom 11. September 2013 detaillierte Vorgaben. Durch den „Vectoring“-Ausbau der TDG kann der entbündelte Zugang indes nur noch vereinzelt nachgefragt werden.

Daher kommt dem Bitstromzugang zunehmende Bedeutung zu. Dabei transportiert die TDG die Signale der Endnutzer über die

Anschlussleitung hinaus bis zu überregionalen Netzknoten. „Layer 3“- und „Layer 2“- bzw. Ebene-2- und Ebene-3-Bitstrom unterscheiden sich insbesondere nach der hierarchischen Netzebene, auf der die Wettbewerber den Zugang erhalten.<sup>2</sup>

Die Regulierungspraxis beim Bitstrom weicht vom entbündelten Teilnehmeranschluss ab. Die Entgelte für den „Layer 3“-Bitstromzugang unterliegen bisher einer Ex-post-Regulierung und werden nachträglich anhand des Missbrauchsmaßstabs überprüft.<sup>3</sup> Die Entgelte für den „Layer 2“-Bitstromzugang hat die Bundesnetzagentur zwar der Genehmigungspflicht unterworfen, für die Entgeltprüfung allerdings den Maßstab der Missbrauchskontrolle festgelegt.<sup>4</sup> In der darauf folgenden Entgeltgenehmigung schlug sie auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung einen Erheblichkeitszuschlag von 15% auf.<sup>5</sup>

#### 2. Beabsichtigte Novellierung

Die TKG-Novelle soll die Praxis der Bundesnetzagentur bei den Entgelten für den „Layer 2“-Bitstromzugang in der Weise legitimieren, dass eine Ex-ante-Entgeltregulierung am Maßstab der Missbrauchskontrolle als gleichwertige Alternative zum Kostenmaßstab der effizienten Leistungsbereitstellung eingeführt wird. Das VG Köln hatte die Festlegung der Ex-ante-Entgeltregulierung für den „Layer 2“-Bitstromzugang durch ein Urteil vom 12. August 2020 beanstandet, weil die Bundesnetzagentur diese Entscheidung auf § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG („andere Vorgehensweise“) gestützt, aber diese nur als ebenso geeignet wie den Kostenmaßstab der effizienten Leistungsbereitstellung angesehen hat.<sup>6</sup> Damit hatte die Bundesnetzagentur es nach Ansicht des VG Köln versäumt, den in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG vorgesehenen „Superioritätstest“ durchzuführen.

Der am 16. Dezember 2020 verabschiedete Regierungsentwurf<sup>7</sup> sieht wie bisher vor, dass die Bundesnetzagentur die Entgelte für Zugangsleistungen einer Genehmigungspflicht unterwerfen kann (§ 38 Abs. 1 S. 1 TKG-RegE). Bei den Maßstäben der Genehmigung soll die Bundesnetzagentur gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG-RegE zwischen einer Missbrauchskontrolle (Nr. 1), den

1 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004, Ziff. 1.8 des Tenors.

2 *Offenbacher*, Die Regulierung des Vectoring, 2019, S. 126 ff., insbesondere S. 135 ff.

3 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 28.10.2015 – Az. BK 3h-14/114, Ziff. 2.2 des Tenors.

4 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 28.10.2015 – Az. BK 3h-14/114, Ziff. 2.1 des Tenors.

5 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 8.3.2018 – Az. BK 3c-17/039, S. 120 ff. VG Köln, N&R 2021, 44, 48 = Rn. 149 f. (juris) (Urt. v. 12.8.2020 – Az. 21 K 6862/15) (in diesem Heft).

7 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21.