

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

6/2021

S. 257 – 320

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

■ <i>Bernd Buchholz</i> Wettbewerb auf den Postmärkten stärken, Chancen der Marktöffnung nutzen	257
■ <i>Maximilian Emanuel Elspas/Corinna Lindau/ Stefanie Raissa Ramsauer</i> Die neuen Regelungen im EnWG zum Wasserstoff	258
■ <i>Carlos D. Cesarano</i> Das Gigabit-Fördermodell des Bundes	267
■ <i>Matthias Franken/Bernd Sörries/Marcus Stronzik</i> Entwicklung von 5G-Campusnetzen in Deutschland	275
■ <i>Jürgen Kühling/Kim-Ines Meier</i> Die Novelle des ERegG im Zeichen der Verkehrswende	281
■ <i>Ludwig Gramlich</i> Das Postrecht in den Jahren 2020/2021	286
■ <i>Jörg Meinzenbach/Rebecca Klein/Dirk Uwer</i> Anmerkung zum Urteil des EuGH: Zuständigkeiten und Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde im Energiesektor	304
■ <i>Olaf Schulz-Gardyan</i> Anmerkung zum Urteil des BGH: Wegekonzessionen für kommunale Eigenbetriebe – Gasnetz Berlin	314
N&R-Beilage 2/2021 <i>Markus Ludwigs</i> Energiereregulierung nach der Zeitenwende	1

- EnWG, nachdem die Klägerin zu 2 das Gasverteilernetz zuvor schon von der Klägerin zu 1 als bisherigem Nutzungsberechtigten gepachtet hatte. Damit fällt erheblich ins Gewicht, dass ein überwiegender Anteil der festen Konzessionslaufzeit bereits verstrichen ist, ohne dass es zu der gesetzlich vorgeschriebenen wettbewerblichen Neuvergabe gekommen ist. Würde dem Beklagten dann noch zugebilligt, das Verfahren neu zu beginnen, könnte er die Entscheidung über die Konzessionsvergabe voraussichtlich frühestens zwei Jahre später und damit zu einem Zeitpunkt treffen, zu dem bis zum Ablauf der festen Konzessionsdauer nur noch weniger als zwei Jahre verblieben. Dies liefe aber darauf hinaus, für mehr als vier Fünftel des vorgesehenen Konzessionierungszeitraums überhaupt keine Entscheidung zu treffen, obwohl die Klägerin zu 2 als einzig verbliebene Bewerberin, die das Gasverteilernetz bereits während der Ende 2013 abgelaufenen Konzession von der Klägerin zu 1 gepachtet und betrieben hatte, auch in der nachfolgenden Zeit faktisch als Netzbetreiberin tätig gewesen ist. Ein weiterer Schwebezustand ist hier nicht gerechtfertigt.
- 63 (c) Unter diesen Umständen könnte die mit einer Neuausschreibung verbundene weitere Verzögerung allerdings hingenommen werden, wenn damit gegenüber einem Vertragsschluss mit der Klägerin zu 2 deutliche Vorteile für den Wettbewerb um das Netz verbunden wären. Daran fehlt es jedoch.
- 64 Zwar könnte eine Neuausschreibung mit zusätzlichen Wettbewerbsimpulsen verbunden sein. So könnten weitere Bieter ihr Interesse bekunden, und eine neue Ausschreibung könnte auf die seit 2012 weiter fortgeschrittene Technik, etwa bei der Digitalisierung von Kontroll- und Steuersystemen, Rücksicht nehmen, während das Angebot der Klägerin zu 2 auf dem technischen Stand des Jahres 2013 ist. Diesen Vorteilen kommt im Streitfall aber nur geringes Gewicht zu, weil die mit ihnen potentiell verbundenen positiven Wirkungen auf das Marktergebnis bei einer im Fall der sofortigen Neuausschreibung realistischen Verfahrensdauer von mindestens zwei Jahren frühestens mit dem Neuabschluss eines Konzessionsvertrags ab April 2023 eintreten könnten. Dieser Zeitpunkt liegt damit bestenfalls 21 Monate vor dem – nach § 26 Abs. 1 des Konzessionsvertragsentwurfs [...] wegen der Verzögerungen bis zur Abgabe der verbindlichen Angebote um ein Jahr nach hinten verschobenem – Ende der festen Laufzeit am 31. Dezember 2024, also nur vergleichsweise geringfügig vor dem Zeitpunkt, zu dem das beklagte Land die Konzession nach dem mit dem Hauptantrag begehrten Vertragsschluss mit der Klägerin zu 2 ohnehin wieder neu vergeben darf.
- Hinzukommt, dass ein solcher vorzeitiger Wettbewerbsimpuls im Streitfall die Folge der Nichtdurchsetzbarkeit des Anspruchs der Klägerinnen als Teilnehmer an der ursprünglichen Ausschreibung auf die rechtzeitige Durchführung und den rechtzeitigen und rechtmäßigen Abschluss eines fairen wettbewerblichen Verfahrens wäre. Der Wettbewerb um die örtlichen Gas- und Stromnetze wird jedoch auch dadurch gestärkt, dass ein solcher Anspruch erforderlichenfalls auf dem Rechtsweg durchsetzbar ist und die Gemeinden damit zur Durchführung transparenter und diskriminierungsfreier Vergabeverfahren angehalten werden.
- III. Die Revision ist auch insoweit begründet, als die Klägerinnen auf Feststellung der Erledigung des auf das Kooperationsangebot gegründeten Klagebegehrens in der Hauptsache antragen.
1. Die alternative Fassung dieses Klageantrags, nach der der Beklagte verurteilt werden sollte, entweder die Konzession durch Annahme des Angebots der Klägerin zu 2 zu vergeben oder das Kooperationsangebot beider Klägerinnen anzunehmen, war zulässig. Im Hinblick auf den Vorbehalt des Beklagten im Zweiten Verfahrensbrief, frei zwischen den Angeboten desselben Bieters für eine reine Konzessionierung und für eine Kooperation auszuwählen, die mit gleicher Punktzahl auf dem ersten Platz liegen, stellen die im ursprünglichen Hauptantrag benannten Alternativen ebenso wie der zuletzt nur noch von der Klägerin zu 2 verfolgte Leistungsantrag lediglich eine zulässige Konkretisierung des Anspruchs auf eine Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags im laufenden Vergabeverfahren dar, den jeder daran noch beteiligte Bewerber geltend machen kann.
2. In der Sache hätte dieses Begehren aus den zum Antrag der Klägerin zu 2 ausgeführten Gründen ohne den Eintritt des erledigenden Ereignisses, das im Widerruf des Kooperationsangebots liegt, Erfolg gehabt.
- IV. Die Entscheidungen der Vorinstanzen über den (erstinstanzlichen) Hilfsantrag der Klägerinnen sind danach wirkungslos, so dass die gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts über diesen Hilfsantrag gerichtete Anschlussrevision gegenstandslos ist.
- [...]

Dr. Olaf Schulz-Gardyan

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9. März 2021 – Az. KZR 55/19

I. Problem

Auch nach den Grundsatzurteilen des BGH vom 17. Dezember 2013 in den Sachen „Stromnetz Heiligenhafen“¹ und „Stromnetz Berkenthin“² und der Neuregelung der §§ 46 ff. EnWG erweisen sich immer wieder Verfahren nach § 46 EnWG zur Vergabe von Wegenutzungsrechten für die allgemeine Versorgung als fehlerhaft. Dabei handelt es sich in der Regel um Verfahren, an denen die betreffenden Gemeinden jedenfalls mittelbar auch auf der Bewerberseite stehen. In diesen Fällen müssen die Gemeinden nicht nur für eine ausreichende personelle und organisatorische Trennung ihrer Funktionen als Vergabestelle und Bewerber sorgen. Sie müssen auch der Versuchung widerstehen, ihre eigene Bewerbung durch die

Gestaltung und Gewichtung der Auswahlkriterien oder durch eine einseitige Bewertung der Angebote zu begünstigen. Diesen Anforderungen werden viele Gemeinden nicht gerecht. Es stellt sich dann die Frage, welche Anordnungen die Gerichte zur Sicherung oder Durchsetzung der Ansprüche der dadurch unbillig behinderten oder diskriminierten Bewerber zu treffen haben.

Das einstweilige Verfügungsverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG dient lediglich der Sicherung des Anspruchs der Bewerber auf Beteiligung an einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren. Die in diesen Verfahren ergehenden

1 BGH, N&R 2014, 157 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 65/12).

2 BGH, N&R 2014, 166 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12).

Verfügungen sind deshalb in der Regel darauf gerichtet, es zu unterlassen, das Verfahren unter den als rechtswidrig erkannten Bedingungen fortzusetzen oder den Konzessionsvertrag mit einem fehlerhaft ausgewählten Bewerber abzuschließen.³ In diesen Fällen setzen die Gemeinden das Auswahlverfahren regelmäßig auf den Zeitpunkt vor der Rechtsverletzung zurück, um das Verfahren ohne die Rechtsverletzung fortsetzen zu können. Teilweise beinhalten die einstweiligen Verfügungen mittelbar eine entsprechende Anordnung.⁴ Welchen Bewerber die Gemeinde in dem Verfahren letztlich auswählt, ist damit nicht vorgegeben. Eine Verpflichtung der Gemeinde, den Konzessionsvertrag mit ihm abzuschließen, kann ein unbillig behinderter oder diskriminierter Bewerber auf diesem Weg also regelmäßig nicht erreichen. Das ist für den unbillig behinderten Bewerber unbefriedigend, denn eine Zurücksetzung des Verfahrens kann sich auch zu seinen Lasten auswirken. Wird etwa durch eine erneute Bekanntmachung des Ablaufs des Altkonzessionsvertrages ein völlig neues Verfahren begonnen, besteht die Gefahr, dass sich an dem Verfahren neue Bewerber beteiligen. Wird das Verfahren in den Stand vor der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung zurückgesetzt, besteht die Gefahr, dass die Gemeinde auch die Kriterien ändert, die für den wegen der Gestaltung anderer Kriterien unbillig behinderten Bewerber günstig waren. Wenn das Verfahren in den Stand vor Abgabe der (verbindlichen) Angebote zurückgesetzt wird, besteht die Gefahr, dass die Wettbewerber ihre Angebote nachbessern. Wird das Verfahren in den Stand vor der Auswahlentscheidung zurückversetzt, besteht die Gefahr, dass die Gemeinde zwar die gerügten Bewertungsfehler beseitigt, zugleich aber die bisher für den unbillig behinderten Bewerber günstigen Bewertungen zu seinen Lasten ändert.

Die GASAG als Altkonzessionärin und die mit ihr verbundene Netzgesellschaft als Pächterin und Betreiberin des Gasnetzes in Berlin sind – vor der Einführung des Rügeregimes nach § 47 EnWG – in dem Gaskonzessionierungsverfahren des Landes Berlin einen anderen Weg gegangen. Sie haben, nachdem der Senator für Finanzen in einer Pressekonferenz mitgeteilt hatte, dass die Gaskonzession nach seinem Vorschlag an einen als rechtlich unselbständigen Teil der Berliner Verwaltung gegründeten „Landesbetrieb Berlin Energie“ vergeben werden sollte, eine Hauptsacheklage auf Annahme eines ihrer Angebote, hilfsweise auf Unterlassung des Abschlusses des Konzessionsvertrages mit dem Landesbetrieb erhoben, weil nur sie annahmefähige Angebote abgegeben hätten.

Das LG Berlin hat den Hauptantrag der Klägerinnen auf Annahme eines ihrer Angebote abgewiesen, dem Hilfsantrag, den Abschluss des Konzessionsvertrages mit dem Landesbetrieb zu unterlassen, aber stattgegeben.⁵ Die hiergegen von beiden Seiten eingelegten Berufungen hat das KG zurückgewiesen und dabei auch den erstmals im Berufungsverfahren gestellten Hilfsantrag der Klägerinnen auf Abschluss des Landesbetriebs abgewiesen.⁶ Nach den Feststellungen des KG hat das Land Berlin durch formale und materielle Fehler gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen und die Klägerinnen dadurch unbillig behindert. Konkret stellte das KG einen Verstoß gegen das Gebot der organisatorischen Trennung zwischen der verfahrensleitenden Stelle und dem Landesbetrieb, eine zu geringe Berücksichtigung des Ziels eines sicheren Netzbetriebs bei der Gewichtung der Auswahlkriterien sowie eine Verletzung des Transparenzgebots durch die Bildung nicht gewichteter Unterkriterien fest. Einen Anspruch der Klägerinnen auf Annahme eines ihrer Angebote verneinte das KG jedoch, weil das Verfahren von Anfang an erhebliche Mängel aufgewiesen habe, „die es ausschließen, mit Sicherheit festzustellen, dass nur die Klägerinnen als Konzessionsnehmer bzw. Kooperationspartner

in Betracht kommen“.⁷ Es bestehe auch nicht die Gefahr, dass das Land Berlin eine Wiederholung oder Neuausschreibung des Verfahrens missbrauche, um die Konzession an den Landesbetrieb vergeben zu können. Auch einen Anspruch auf Ausschluss des Landesbetriebs hat das KG verneint. Zwar könne sich aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis, das durch die Beteiligung an dem Auswahlverfahren begründet worden sei, eine Selbstbindung der Gemeinde ergeben. Ob hieraus ein Anspruch auf Ausschluss eines anderen Bieters resultieren könne, könne aber offenbleiben, weil hier eine solche Selbstbindung nicht vorliege. Zwar habe der Landesbetrieb den Nachweis der finanziellen Eignung nicht in der in den Verfahrensbriefen geforderten Form erbracht. Die in den Verfahrensbriefen enthaltenen Vorgaben, innerhalb bestimmter Fristen Handlungen vorzunehmen oder Unterlagen einzureichen, dienten aber in erster Linie der Strukturierung des Verfahrens und könnten schon deshalb bei Verstößen durch einzelne Bieter keine subjektiven Rechte anderer Bieter begründen. Außerdem sei es angesichts des Umstandes, dass das Land Berlin bei einem entsprechenden politischen Willen zweifelsfrei in der Lage sei, die Finanzierung zu bewerkstelligen, unverhältnismäßig, den Ausschluss des Landesbetriebes „auf die Versäumung allein solcher formaler Anforderungen zu stützen“.⁸ Unabhängig davon sei das Konzessionierungsverfahren ohnehin wegen der bereits festgestellten erheblichen Mängel zu wiederholen. Da damit auch die Möglichkeit bestehe, das die Klägerinnen unbillig behindernde Verhalten anders als durch den Ausschluss des Landesbetriebs zu vermeiden, könne ein Anspruch der Klägerinnen auf Ausschluss des Landesbetriebs auch nicht auf § 33 GWB gestützt werden.

Dieses Urteil ist Gegenstand der vom BGH zugelassenen Revision der Klägerinnen und der Anschlussrevision des Landes Berlin. Damit hat sich der BGH erstmals mit den Rechtsfolgen festgestellter Verfahrensmängel für das Konzessionierungsverfahren und der Frage zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen anstelle einer Zurücksetzung oder Wiederholung des Verfahrens eine Fortsetzung des mit Verfahrensfehlern behafteten Verfahrens oder sogar eine Verpflichtung zum Abschluss des Konzessionsvertrages mit einem bestimmten Bewerber in Betracht kommt.

II. Entscheidung

Der BGH hat das Land auf die Revision der Klägerinnen verurteilt, das auf Abschluss des Konzessionsvertrages gerichtete Angebot der Klägerin zu 2., der bisherigen Netzbetreiberin, anzunehmen. Nur dieses Angebot erfülle alle von dem Land Berlin aufgestellten Voraussetzungen für die Vergabe der Konzession. Allerdings stützt der BGH die Verurteilung nicht allein auf diesen Umstand. Er subsumiert den Fall vielmehr unter erstmalig entwickelte Grundsätze zu der Frage, ob und inwieweit ein Auswahlverfahren abgebrochen oder zurückgesetzt werden darf oder, ggf. mit einem bestimmten Ergebnis, weitergeführt werden muss. Dabei hat der BGH zwischen dem Fall eines ordnungsgemäßen Verfahrens und dem Fall eines

³ Zur Fassung der Anträge: Schulz-Gardyan, N&R 2021, 29, 30 ff.

⁴ So hatte das OLG Brandenburg, Urt. v. 20.3.2018 – Az. 6 U 4/17 Kart, der Gemeinde den Abschluss eines Konzessionsvertrages untersagt, „bis in einem aufgrund neuer öffentlicher Bekanntmachung durchzuführenden Auswahlverfahren über die Vergabe ... neu entschieden ist“.

⁵ LG Berlin, Urt. v. 9.12.2014 – Az. 16 O 224/14 Kart.

⁶ KG, N&R 2019, 222 (Urt. v. 4.4.2019 – Az. 2 U 5/15 Kart) m. Anm. Schulz-Gardyan.

⁷ KG, N&R 2019, 222, 228 (Urt. v. 4.4.2019 – Az. 2 U 5/15 Kart).

⁸ KG, N&R 2019, 222, 229 (Urt. v. 4.4.2019 – Az. 2 U 5/15 Kart).

fehlerhaften Verfahrens unterschieden. Diese Grundsätze sollen im Folgenden dargestellt und bewertet werden.

1. Pflicht zur Erteilung der Konzession bei ordnungsgemäßigem Verfahren

Der BGH stellt im Ausgangspunkt fest, dass sich aus § 46 EnWG ein subjektives Recht der Bewerber „auf transparente und diskriminierungsfreie Durchführung des Konzessionsverfahrens [ergibt], wie es inzwischen klarstellend in § 47 Abs. 1 EnWG ausdrücklich anerkannt wird“ (Rn. 18). Dieses subjektive Recht erstreckt sich darauf, „dass die Gemeinde nach ordnungsgemäßer und fehlerfreier Durchführung des Verfahrens auch tatsächlich eine Vergabeentscheidung trifft“ (Rn. 18, 38). Dem stünden die vergaberechtlichen Grundsätze, wonach es dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich freisteht, seinen Beschaffungsbedarf nicht weiterzuverfolgen und von einer Auftragsvergabe auch dann abzusehen, wenn kein anerkannter Grund für die Aufhebung des Verfahrens gemäß § 63 Abs. 1 VgV oder nach der einschlägigen Vorschrift einer Vergabeordnung besteht, nicht entgegen. Denn die in § 46 EnWG gesetzlich vorgeschriebene Neuvergabe von Wegenutzungsrechten sei anders als im Vergaberecht „keine Umsetzung eines autonomen Beschaffungsbeschlusses der jeweiligen Gemeinde“ (Rn. 37). Inhaltlich konkretisiere sich der Anspruch auf die Erteilung der Konzession an denjenigen Bewerber, der bei fehlerfreier Anwendung materiell und formell rechtmäßig bestimmter und ordnungsgemäß bekanntgegebener Auswahlkriterien „bei fehlerfreier Anwendung dieser Kriterien durch die Gemeinde das beste Angebot macht“ (Rn. 38).

Diesen Aussagen ist uneingeschränkt zuzustimmen. Das gilt sowohl für den dogmatischen Ausgangspunkt eines aus § 46 EnWG abgeleiteten subjektiven Rechts auf Durchführung und Abschluss eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens als auch für die sich daraus in Abgrenzung zu den Grundsätzen des Vergaberechts ergebenden Schranken für die Gemeinden im Hinblick auf eine Zurücksetzung des Verfahrens.

2. Pflicht zur Erteilung der Konzession bei fehlerhaftem Verfahren

Anders als das KG hält der BGH einen Anspruch auf Erteilung der Konzession auch dann für möglich, wenn sich das bisherige Verfahren als fehlerhaft erweist, weil die Gemeinde die Vergabekriterien materiell oder formell nicht rechtmäßig bestimmt, nicht ordnungsgemäß bekanntgegeben oder nicht fehlerfrei angewendet hat. Das sei jedenfalls dann der Fall, „wenn sich die Auswahlentscheidung der Gemeinde unter den besonderen Umständen des Einzelfalls dahin verdichtet haben, dass trotz des fehlerhaften Verfahrens eine Vergabeentscheidung und die Erteilung der Konzession nur zu Gunsten des einzig verbliebenen Bewerbers ermessensfehlerfrei ist, weil allein auf diese Weise das Ziel der regelmäßigen Neuvergabe der Konzession in einem wettbewerblichen Verfahren zwar nicht vollkommen, aber unter den gegebenen Umständen noch bestmöglich verwirklicht werden kann“ (Rn. 39). Das sei hier der Fall (Rn. 46 ff.).

a) Keine automatische Zurücksetzung des Verfahrens bei einem Mangel der Vergabekriterien

Dabei verkennt der BGH nicht, dass bei einem die Vergabekriterien betreffenden Mangel, wie ihn das KG hier erkannt hatte, regelmäßig nicht festgestellt werden kann, welchem Bieter bei materiell und formell rechtmäßig bestimmten Vergabekriterien die Konzession zu erteilen gewesen wäre (Rn. 40). Damit knüpft der BGH an seine Rechtsprechung an, wonach ein Fehler des Auswahlverfahrens ausnahmsweise dann nicht zu

einer unbilligen Behinderung der unterliegenden Bewerber führt, wenn der obsiegende Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne Verfahrensfehler erhalten hätte.⁹ Der BGH wendet sich aber gegen einen Automatismus, wonach ein nach diesen Grundsätzen zu einer unbilligen Behinderung führender Verfahrensfehler stets eine Zurücksetzung des Verfahrens nach sich zieht.

Dabei stellt der BGH zunächst darauf ab, dass ein solcher Automatismus wegen der damit verbundenen Verzögerung die vom Gesetz alle 20 Jahre geforderte Entscheidung über die Neuvergabe der Konzession gefährde und die Bewerber damit faktisch um ihre Chance der Konzessionierung bringe (Rn. 41 f.). Außerdem würde ein solcher Automatismus es der Gemeinde ermöglichen, „aus ihrem eigenen Verstoß gegen die bei der Konzessionsvergabe bestehenden kartellrechtlichen Bindungen, insbesondere einer Verletzung des Neutralitätsgebots, zu Lasten der hiervon betroffenen externen Bieter eine zweite Chance für einen gemeindeeigenen Bieter abzuleiten“, was „mit dem Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens für Konzessionen nicht zu vereinbaren wäre“ (Rn. 43). Daher komme eine Aufhebung oder teilweise Rückversetzung des Verfahrens nur in Betracht, wenn ein gewichtiger Grund vorliege, wobei die im Vergaberecht für einen „schwerwiegenden Aufhebungsgrund“ entwickelten Grundsätze, nach denen an das Vorliegen eines solchen Grundes strenge Maßstäbe anzulegen seien, Orientierung bieten können (Rn. 44).

Auch wenn ein solcher Aufhebungsgrund vorliege, müsse die Gemeinde anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen und unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB nach pflichtgemäßem Ermessen darüber entscheiden, ob sie das Vergabeverfahren aufhebe oder es mit dem Ziel der Konzessionsvergabe fortsetze. Dabei sei in erster Linie maßgeblich, „wie erreicht werden kann, dass das Ziel der regelmäßigen Neuvergabe der Konzession in einem wettbewerblichen Verfahren noch bestmöglich verwirklicht wird“. Dafür wiederum könne von Bedeutung sein, „inwieweit sich feststellen oder zumindest abschätzen lässt, dass sich Mängel des Verfahrens ausschließlich oder zumindest ganz überwiegend zugunsten oder zulasten eines bestimmten Bewerbers ausgewirkt haben oder ausgewirkt haben können“. Dies könne „im Einzelfall dazu führen, dass sich das Ermessen der Gemeinde bei einem klar erkennbaren Vorrang nur für eine bestimmte Handlungsmöglichkeit dahin verdichtet, dass sie diese zu ergreifen hat“ (Rn. 45).

b) Anspruch auf Vertragsschluss im konkreten Fall

Nach Auffassung des BGH ist das konkrete Konzessionsverfahren nach diesen Grundsätzen durch die Annahme des Vertragsangebots der Klägerin zu 2. als der bisherigen Netzbetreiberin abzuschließen (Rn. 46 ff.).

aa) Verstoß gegen das Trennungsgebot

Dabei bestätigt der BGH zunächst die Auffassung des KG, wonach das Verfahren schon deshalb in gravierender Weise fehlerhaft war, weil das Land Berlin sowohl die Vergabestelle als auch den Landesbetrieb derselben Senatsverwaltung zugeordnet und damit gegen das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber verstoßen hat (Rn. 47 ff.). In einem solchen Fall muss eine konkrete Doppelbefassung von Mitarbeitern des Landesbetriebs oder der Vergabestelle nicht nachgewiesen werden (Rn. 51). Auch hat der BGH angenommen, dass der Verstoß gegen das Trennungsgebot zu einer unbilligen Behinderung der Klägerinnen führt, da nicht zweifelsfrei feststeht, dass sich dieselbe Bieterangfolge auch ohne den Verstoß ergeben hätte

⁹ Zuletzt: BGH, Urt. v. 28.1.2020 – Az. EnZR 116/18, Rn. 20 – *Stromnetz Steinbach*.

(Rn. 52 f.). Damit grenzt der BGH den Fall von dem der Entscheidung „Gasnetz Leipzig“ zugrundeliegenden Fall ab, in dem sich nur die Frage stellte, unter welchen Umständen die – nicht als Verstoß gegen das Trennungsgebot einzuordnende – Teilnahme eines von einem Mitwirkungsverbot betroffenen Gemeinderats vor oder bei der abschließenden Beschlussfassung zu einer unbilligen Behinderung eines Bewerbers führen kann.¹⁰

bb) Keine Zurückversetzung des Verfahrens

Das KG hatte angenommen, dass das Verfahren „mindestens ab der Erstellung und Versendung des 2. Verfahrensbriefs zu wiederholen sein wird“.¹¹ Eine solche Teilzurückversetzung in den Stand vor Versendung des 2. Verfahrensbriefs könnte aber, wie der BGH zutreffend feststellt (Rn. 55), die Folgen des festgestellten Verstoßes gegen das Trennungsgebot nicht beseitigen. Nach Auffassung des BGH kommt im vorliegenden Einzelfall aber auch eine vollständige Aufhebung des laufenden Konzessionsvergabeverfahrens mit unverzüglicher Neuausschreibung nicht in Betracht, so dass das Verfahren fortzusetzen und durch die Erteilung der Konzession an die Klägerin zu 2., die als einzige ein den Vorgaben der Verfahrensbriefe entsprechendes Angebot abgegeben habe, abzuschließen sei (Rn. 56 ff.). Hierfür hat der BGH eine umfassende Gesamtabwägung aller Umstände und Interessen vorgenommen.

aaa) Die Interessen des Landesbetriebs und anderer Bewerber an einer Zurücksetzung des Verfahrens hat der BGH zu Recht nicht für ausschlaggebend erachtet.

Das gilt zunächst für die Interessen des Landesbetriebs. Dieser sei der einzig denkbar Begünstigte des Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot. Außerdem dürfe sein Angebot, wie der BGH in einem vorgezogenen Teil des Urteils festgestellt hat (Rn. 22 ff.), nach den Vergabebedingungen ohnehin nicht gewertet werden (Rn. 57). Er hatte nämlich den in den Vergabebedingungen geforderten Nachweis der finanziellen Eignung nicht erbracht. Dem Hinweis des KG, wonach es unverhältnismäßig sei, den Landesbetrieb wegen dieses formalen Verstoßes auszuschließen, weil in der Sache kein Zweifel bestehe, dass das Land Berlin, „einen entsprechenden politischen Willen vorausgesetzt, die Finanzierung bewerkstelligen könnte“, hält der BGH zu Recht entgegen, dass der politische Wille des Senats zur Finanzierung einer Übernahme des Gasnetzes den geforderten Finanzierungsnachweis schon deshalb nicht ersetzen könne, weil er nach den eigenen Aussagen des Landes in zweifacher Weise bedingt war (Rn. 26). Auch den Einwand des Landes, es könne sich nicht gegenüber sich selbst zur Finanzierung der Übernahme des Netzes verpflichten, hat der BGH unter Hinweis auf seine Rechtsprechung zur Gleichbehandlung von Eigenbetrieben nach § 46 Abs. 6 EnWG (§ 46 Abs. 4 EnWG a.F.)¹² zurückgewiesen (Rn. 27 ff.).

Nach der zutreffenden Auffassung des BGH muss dem Landesbetrieb vor dem Hintergrund des Verstoßes gegen die Anforderungen des Verfahrensbriefes auch keine Gelegenheit gegeben werden, ein zu wertendes und ggf. besseres Angebot als das der Klägerin zu 2. abzugeben. Der BGH weist hierzu darauf hin, dass die Nichterfüllung der Anforderungen des Verfahrensbriefes in keinem Zusammenhang mit den Mängeln des Verfahrens stehe, die eine Zurücksetzung des Verfahrens erforderlich machen könnten (Rn. 58).

Auch die Interessen anderer Bewerber sind nach der zutreffenden Auffassung des BGH nicht zu berücksichtigen. Dabei betrachtet der BGH nur solche Bewerber, die ihr Angebot nach dem 2. Verfahrensbrief zurückgezogen hatten. Der Umstand, dass diese ihre Angebote möglicherweise nicht zurückgezogen hätten, wenn das Verfahren fehlerfrei durchgeführt worden

wäre, ist aber nach Ansicht des BGH nicht zu berücksichtigen, weil von einem Bewerber, der wegen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens hieran nicht mehr teilnehmen will, erwartet werden kann, dass er Einwände gegen die Mängel erhebt (Rn. 50). Dem ist zuzustimmen. Ein Bewerber, der sein Angebot „kampflos“ zurückzieht, ist in seinem Interesse, durch die Zurücksetzung des Verfahrens nach einem von einem anderen Bewerber geltend gemachten Mangel eine zweite Beteiligungschance zu erhalten, nicht schutzwürdig. Das gilt erst recht für Unternehmen, die es von vornherein versäumt haben, ihr Interesse innerhalb der von der Gemeinde gesetzten Frist zu bekunden.

bbb) Wie der BGH weiter zu Recht feststellt, ist das Interesse der Klägerin zu 2. an der Fortsetzung des Verfahrens demgegenüber „erheblich und schützenswert“ (Rn. 60). Sie hat nach der Rücknahme des gemeinsamen Kooperationsangebots der Klägerinnen das einzige den Anforderungen der Verfahrensbriefe entsprechende Angebot abgegeben, so dass ihr bei einer Fortsetzung des Verfahrens die Konzession erteilt werden muss.

ccc) Schließlich hat der BGH auch den Umstand berücksichtigt, dass eine auf der Grundlage eines fehlerhaften Konzessionsverfahrens erfolgende Konzessionsentscheidung zugunsten der Klägerin zu 2. im konkreten Fall nur zu einer begrenzten zeitlichen Bindung führt. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht war nämlich der überwiegende Teil der festen Konzessionsdauer bereits verstrichen und es war absehbar, dass die Klägerin zu 2. das Netz faktisch auch bei einer Wiederholung des Verfahrens noch mehrere Jahre betreiben würde (Rn. 60 ff.). Vor diesem Hintergrund seien von einer Zurücksetzung auch keine zusätzlichen Wettbewerbsimpulse zu erwarten (Rn. 64). Außerdem werde der Wettbewerb auch durch die gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs auf die „rechtzeitige Durchführung und den rechtzeitigen und rechtmäßigen Abschluss eines fairen wettbewerblichen Verfahrens“ gestärkt (Rn. 65).

III. Praxisfolgen

Die dargestellten Grundsätze haben erhebliche Auswirkungen für die Praxis. Sie werden dort aber weiter konkretisiert werden müssen.

1. Auswirkungen auf fehlerfreie Verfahren

Für fehlerfreie Verfahren ist die Rechtslage durch die Entscheidung des BGH weitgehend geklärt. Nach der Anerkennung eines subjektiven Rechts der Bewerber auf Durchführung und Abschluss eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens steht fest, dass eine Gemeinde ein ordnungsgemäßes Verfahren auch durchführen und mit einer Entscheidung zugunsten des nach ihrer fehlerfreien Bewertung der Angebote besten Bewerbers beenden muss. Eine Zurücksetzung des Verfahrens mit dem Ziel, den Bewerberkreis zu vergrößern oder bessere Angebote zu erhalten, ist daher unzulässig.

2. Auswirkungen auf fehlerhafte Verfahren

Demgegenüber sind die Pflichten der Gemeinden im Hinblick auf das weitere Verfahren nach Feststellung eines Verfahrensfehlers auch nach den hierzu vom BGH aufgestellten

10 BGH, Urt. v. 28.1.2020 – Az. EnZR 99/18, Rn. 45 ff.

11 KG, N&R 2019, 222, 229 (Urt. v. 4.4.2019 – Az. 2 U 5/15 Kart).

12 BGH, N&R 2014, 157 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 65/12) – *Stromnetz Heiligenhafen*; Beschl. v. 18.10.2016 – Az. KZB 46/15 – *Landesbetrieb Berlin Energie*.

Grundsätzen wegen der Vielzahl der denkbaren Fallgestaltungen nur schwer zu bestimmen. Es sollte wie folgt differenziert werden:

a) Vorliegen eines gewichtigen Grundes

Da jeder Bewerber einen Anspruch auf Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens hat, liegt ein gewichtiger Grund für die Zurücksetzung immer dann vor, wenn diese im Hinblick auf den konkreten Verfahrensfehler zur Wahrung des Anspruchs erforderlich ist. Daran fehlt es beispielsweise, wenn die Geltendmachung des Verfahrensfehlers nach § 47 EnWG präkludiert ist oder der Verfahrensfehler ausnahmsweise nicht zu einer unbilligen Behinderung führt, weil „zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte“.¹³

So hatte beispielsweise das OLG Celle einen gewichtigen Grund in einem Fall abgelehnt, in dem die Verfahrensunterlagen zwar eine Unklarheit aufwiesen, die Bewerber dadurch aber nicht an der Abgabe eines Angebots in ihrem Sinne gehindert waren und auch die Möglichkeit, diese Unklarheit nach § 47 EnWG zu rügen, nicht genutzt hatten. Es bestand daher „kein billigerweise zu berücksichtigendes Interesse der Verfügungsbeklagten, das Verfahren nicht auf der Grundlage der eingegangenen Angebote zum Abschluss zu bringen, sondern es in den Stand vor Ablauf der Frist zur Abgabe der Angebote zurückzusetzen“.¹⁴ Noch deutlicher lag ein jüngst vom LG Kiel in einem einstweiligen Verfügungsverfahren entschiedener Fall, in dem die Gemeinde das Verfahren auf Veranlassung eines Unternehmens, das die Interessenbekundungsfrist verpasst hatte, zurücksetzen und wiederholen wollte. Als sachlichen Grund hatte die Gemeinde den Umstand vorgebracht, dass sie die Zweijahresfrist für die Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG nicht eingehalten hatte und zur Heilung dieses Verfahrensfehlers eine erneute Bekanntmachung mit der Mitteilung erforderlich sei, dass der neue Konzessionsvertrag frühestens zwei Jahre nach der erneuten Bekanntmachung abgeschlossen werde. Das hatte das Landgericht zu Recht nicht anerkannt und die Gemeinde nicht nur zur Unterlassung, das Verfahren auf der Basis der neuen Bekanntmachung fortzusetzen, sondern auch dazu verurteilt, die neue Bekanntmachung zurückzunehmen und das Verfahren auf der Basis der ursprünglichen Bekanntmachung mit den Interessenten fortzusetzen, die ihr Interesse an der Konzession fristgerecht bekundet hatten.¹⁵ Die hiergegen eingelegte Berufung hat das OLG Schleswig noch vor der Veröffentlichung der Entscheidung „Gasnetz Berlin“ des BGH durch Beschluss nach § 522 ZPO zurückgewiesen und dabei zutreffend darauf hingewiesen, dass die beabsichtigte erneute Bekanntmachung den Verfahrensfehler nicht heilt, sondern im Gegenteil eine „Verschlimmbesserung“ darstellt.¹⁶

Diese Beispiele zeigen, dass sich die Frage des gewichtigen Grundes meist dann stellt, wenn die Gemeinde einen vermeintlichen oder rein formalen Verfahrensfehler zum Anlass für eine Zurücksetzung des Verfahrens nimmt. Wird aber ein Bewerber durch einen Verfahrensfehler tatsächlich unbillig behindert und ist er mit diesem Einwand nicht präkludiert, liegt regelmäßig ein gewichtiger Grund für eine Zurücksetzung des Verfahrens vor.

b) Gesamtabwägung

Im Hinblick auf die Gesamtabwägung, die nach der Entscheidung des BGH auch bei Vorliegen eines gewichtigen Grundes für die Zurücksetzung des Verfahrens durchzuführen ist, sind Anwendungsprobleme in der Praxis absehbar. Hier werden sich Fallgruppen herausbilden müssen. Dabei bietet es sich an, danach zu differenzieren, auf welcher Stufe des Verfahrens der

Verfahrensfehler eingetreten ist. Insoweit ist es denkbar, dass ein Bewerber in mehrfacher Hinsicht unbillig behindert wird und sich daraus unterschiedliche Handlungsverpflichtungen der Gemeinde ergeben können. Die Gemeinde ist dann in der Regel verpflichtet, diejenige Maßnahme zu ergreifen, die den schutzwürdigen Interessen des unbillig behinderten Bewerbers am meisten gerecht wird. Das gilt bei einer Zurücksetzung auch für deren zeitlichen und inhaltlichen Umfang.

aa) Fehler bei der Bekanntmachung

Auf der Ebene der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG sind vielfältige Verfahrensfehler denkbar. Unterbleibt die Bekanntmachung vollständig oder wird sie nicht an der vorgeschriebenen Stelle veröffentlicht, kann dies den Kreis der Bewerber beschränken. In einem solchen Fall muss daher regelmäßig eine erneute Bekanntmachung erfolgen, um eine wirksame Vergabe sicherzustellen. Eine Zurücksetzung ist regelmäßig auch dann erforderlich, wenn die Bekanntmachung inhaltlich nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Erfolgt die Bekanntmachung aber lediglich verspätet, fehlt es, wie soeben (unter a)) gezeigt, schon an einem gewichtigen Grund für eine Zurücksetzung des Verfahrens, weil diese den Verfahrensverstoß nicht heilt, sondern vertieft.

bb) Fehler bei der Gestaltung des Kriterienkatalogs

Bezieht sich der Verfahrensfehler auf die Gestaltung des Kriterienkatalogs, ist das Verfahren auf eine entsprechende Rüge regelmäßig auf den Stand vor der Beschlussfassung über den Kriterienkatalog zurückzusetzen, weil nur so das subjektive Recht des rügenden Bewerbers auf Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens gewahrt werden kann. Das gilt auch bei nur geringfügigen Fehlgewichtungen oder Lücken, weil in diesem Stadium noch nicht sicher festgestellt werden kann, dass sie keine Auswirkung auf das Ergebnis des Verfahrens haben werden. Die Zurücksetzung des Verfahrens dient dabei allein dazu, die ursprünglichen Verfahrensfehler zu beseitigen. Im Übrigen hat die Gemeinde den Kriterienkatalog unverändert zu lassen. Anderenfalls könnte sie die Zurücksetzung zum Nachteil des unbillig behinderten Bewerbers nutzen. Die Interessen der übrigen Bewerber werden dadurch nicht beeinträchtigt, da sie mit etwaigen Rügen gegen die unveränderten Elemente des Kriterienkatalogs präkludiert sind.

cc) Verstöße gegen das Neutralitätsgebot

Verstößt die Gemeinde gegen das Neutralitätsgebot (z. B. durch Missachtung des Gebots der personellen und organisatorischen Trennung), ist das Verfahren regelmäßig auf den Stand vor der ersten Verfahrenshandlung zurückzusetzen, bei der sich der Verstoß ausgewirkt haben kann. Hier ist aber zu beachten, dass ein solcher Verstoß in der Regel nicht durch eine der in § 47 EnWG genannten Bekanntmachungen/Mitteilungen erkennbar wird, sondern sich erst entweder aus externen Quellen wie Zeitungsmeldungen, Sitzungsprotokollen usw. oder aus der Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG ergibt. Ist zu diesem Zeitpunkt die Bewertung schon bekannt, stellt sich die Frage, ob sich der Verstoß auf das Auswahlergebnis ausgewirkt haben kann. Das ist in der Regel dann der Fall, wenn der kommunale Bewerber als der allein in Betracht kommende Begünstigte des Neutralitätsverstosses zugleich der obsiegende Bewerber ist. In diesem Fall ist allerdings vor einer Zurücksetzung des Verfahrens zu prüfen, ob sich das Auswahlergebnis schon aus anderen Gründen als fehlerhaft erweist und bei zutreffender Bewertung nur der durch den

13 BGH, N&R 2014, 166, 171 Rn. 99 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12).

14 OLG Celle, Urt. v. 12.9.2019 – Az. 13 U 41/19 (Kart), Rn. 24 ff. (juris).

15 LG Kiel, Urt. v. 16.4.2021 – Az. 14 HKO 14/21.

16 OLG Schleswig, Beschl. v. 9.7.2021 – Az. 16 U 79/21 Kart (Hinweis); Beschl. v. 5.8.2021 – Az. 16 U 79/21 Kart (Zurückweisung).

Verstoß gegen das Neutralitätsgebot benachteiligte Bewerber als neuer Konzessionsnehmer in Betracht kommt. So war es in dem vom BGH entschiedenen Fall, weil der Landesbetrieb die Anforderungen an die Vergabe der Konzession nicht erfüllt hatte und sein Angebot deshalb nicht bewertet werden durfte. In einem solchen Fall würde die Zurücksetzung nicht dem durch den Verstoß gegen das Neutralitätsgebot benachteiligten Bewerber, sondern dem durch diesen Verstoß (mutmaßlich) begünstigten kommunalen Bewerber nützen, der dadurch eine neue Chance auf die Konzession erhielte. Deshalb kommt hier nur eine Fortsetzung des Verfahrens durch Vergabe der Konzession an den „richtigen“ Bewerber in Betracht.

dd) Unzureichende Akteneinsicht

Hat die Gemeinde gegen die Verpflichtung zur Gewährung von Akteneinsicht verstoßen, ist eine Zurücksetzung des Verfahrens in der Regel nicht erforderlich. Die Interessen des unbillig behinderten Bewerbers werden durch das Verbot nach § 47 Abs. 6 EnWG gesichert, wonach der Konzessionsvertrag erst nach Ablauf der Rügefristen und, wie das OLG Schleswig zu Recht entschieden hat,¹⁷ nach rechtskräftigem Abschluss eines anschließenden Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG abgeschlossen werden darf. Solange nämlich die Akteneinsicht nicht vollständig gewährt ist, kann auch die Rügefrist nach § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG, die durch die Bereitstellung der Verfahrensakten nach § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG neu zu laufen beginnt, nicht ablaufen. Steht allerdings schon aufgrund der vorgelegten Unterlagen fest, dass der Zuschlag dem unbillig behinderten Bewerber erteilt werden muss (z. B. weil die übrigen Angebote nicht gewertet werden dürfen), muss die Gemeinde diesem Bewerber die Konzession erteilen.

ee) Bewertungsfehler

Liegt der Verfahrensfehler in der Bewertung der Angebote, gilt Folgendes:

aaa) Das Verfahren ist in der Regel auf den Stand vor der Bewertung der Angebote zurückzusetzen. Etwas anderes gilt auch hier nur dann, wenn die Verfahrensverstöße es nicht nur möglich erscheinen lassen, dass sie sich auf das Auswahlresultat ausgewirkt haben, sondern feststeht, dass die Konzession bei fehlerfreier Bewertung oder aus anderen Gründen dem unbillig behinderten Bewerber hätte erteilt werden müssen. In diesem Fall ist das Verfahren fortzusetzen und mit der Konzessionierung des unbillig behinderten Bewerbers abzuschließen. Das gilt auch dann, wenn eine Zurücksetzung sich in zeitlicher Hinsicht noch „lohnen“ würde. Umgekehrt kann die Gemeinde auf eine zur Wahrung der Rechte des unbillig behinderten Bewerbers erforderliche Zurücksetzung nicht etwa deshalb verzichten, weil sich das Verfahren durch die Zurücksetzung verzögern würde. Der vom BGH in der Gesamt abwägung zugunsten des Landesbetriebs berücksichtigte zeitliche Aspekt kann sich also nicht zuungunsten des unbillig behinderten Bewerbers auswirken.

bbb) Kommt es zur Zurücksetzung des Verfahrens, hat die Gemeinde dies zur Beseitigung der ursprünglichen Verfahrensfehler zu nutzen. Im Übrigen hat die Gemeinde die Bewertung unverändert zu lassen. Anderenfalls könnte sie die Zurücksetzung zum Nachteil des unbillig behinderten Bewerbers nutzen. Die Interessen der übrigen Bewerber werden dadurch nicht beeinträchtigt. Sollte der unbillig behinderte Bewerber aus der Neubewertung als Sieger hervorgehen, steht es den dann unterliegenden Bewerbern frei, etwaige Verfahrensverstöße im Zusammenhang mit der Bewertung zu rügen und ggf. gerichtlich weiterzuverfolgen.

Priorisierung konfligierender eisenbahnrechtlicher Rahmenvertragsangebote

BVerwG, Beschl. v. 21.7.2021 – Az. 6 C 5.19

(OVG Münster, Urt. v. 12.3.2019 – Az. 13 A 2785/17; VG Köln, Urt. v. 22.9.2017 – Az. 18 K 3070/15; VG Köln, Urt. v. 22.9.2017 – Az. 18 K 3083/15)

Art. 14, 20, 21 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG, §§ 9, 13 EIBV 2005

Über konfligierende Rahmenvertragsangebote, die nach der Zweckbestimmung des Rahmenvertrages jeweils einem vertakteten oder ins Netz eingebundenen Verkehr im Sinne des § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EIBV dienen, hatte der Betreiber der Schienenwege – vorbehaltlich der Rechte der Zugangsberechtigten, die sich aus § 13 EIBV ergaben und vorbehaltlich der Bestimmungen des § 19 EIBV – ohne weitere Prüfung der Vorrangskriterien des § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 oder 3 EIBV im Regelentgeltverfahren nach § 9 Abs. 5 EIBV zu entscheiden.

Die Klägerin betreibt als Eisenbahninfrastrukturunternehmen das mit Abstand größte Schienennetz in der Bundesrepublik Deutschland. Mit Bescheid vom 20. Februar 2015 (Az. 10.030-F-15-304) widersprach die Bundesnetzagentur dem beabsichtigten Abschluss eines Rahmenvertrages zwischen der Klägerin und der DB Fernverkehr AG für eine näher bezeichnete innerdeutsche Trassennutzung (Ziff. 1) und der beabsichtigten Ablehnung eines konfligierenden rahmenvertraglichen Nutzungsbegehrens der Beigeladenen (Ziff. 2), verpflichtete die Klägerin zur erneuten Entscheidung (Ziff. 3) und drohte ein Zwangsgeld an (Ziff. 4). Die hiergegen gerichteten Widersprüche beider Beteiligten wies die Bundesnetzagentur mit Widerspruchsbescheid vom 27. April 2015 (Az. 10.030-F-15-356) zurück. Mit Urteilen vom 22. September 2017 hat das VG Köln die hiergegen gerichteten Klagen abgewiesen. Das OVG Münster hat die hiergegen gerichteten Berufungen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und mit Urteil vom 12. März 2019 Ziff. 3 und 4 des Bescheids aufgehoben, im Übrigen die Berufungen aber zurückgewiesen. Hiergegen hat nur die Klägerin Berufung eingelegt. In der mündlichen Verhandlung vor dem BVerwG haben Klägerin und Beklagte den Rechtsstreit für erledigt erklärt.

Aus den Gründen

Das Verfahren ist entsprechend § 141 Satz 1, § 125 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen und über die Kosten des Verfahrens ist unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden, § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO.

Billigem Ermessen entspricht es vorliegend, die im Berufungsurteil getroffene Kostenentscheidung aufrechtzuerhalten, soweit dieses Urteil gegenüber der früheren Klägerin zu 2, der DB Fernverkehr AG, in Rechtskraft erwachsen ist. Demgegenüber ist die Klägerin von den Kosten des Rechtsstreits freizustellen, weil ihre ursprüngliche Anfechtungsklage voraussichtlich Erfolg gehabt hätte. Die im Regelentgeltverfahren nach § 13 Abs. 10 i. V. m. § 9 Abs. 4 und 5 der [...] Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung – EIBV [...] getroffene Entscheidung der Klägerin zugunsten des Rahmenvertragsangebots der DB Fernverkehr AG stand im Einklang mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Sicherung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur. Über konfligierende Rahmenvertragsangebote, die nach der Zweckbestimmung des Rahmenvertrages jeweils einem vertakteten oder ins Netz eingebundenen Verkehr im Sinne des § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EIBV dienen, hatte der Betreiber der Schienenwege – vorbehaltlich der Rechte der Zugangsberechtigten, die sich aus § 13 EIBV ergaben und vorbehaltlich der Bestimmungen des § 19 EIBV – ohne weitere Prüfung der Vorrangskriterien des § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 oder 3 EIBV im Regelentgeltverfahren nach § 9 Abs. 5 EIBV zu entscheiden.

17 OLG Schleswig, Urt. v. 27.1.2020 – Az. 16 U 115/19 Kart., S. 19 ff.