

RdE Recht der Energiewirtschaft

Herausgeber:

Prof. Dr. Jürgen F. Baur
Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß
Markus Moraing (Schriftleitung)

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Max Baumgart
Dr. Markus Böhme
Prof. Dr. Ulrich Büdenbender
Prof. Dr. Martin Burgi
Prof. Dr. Thomas v. Danwitz
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Prof. Dr. Jörg Gundel
Helmut Herdt
Dr. Walter Hohlefelder
Dr. Oliver Koch
Prof. Dr. Torsten Körber
Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof
Wiegand Laubenstein
Prof. Dr. Markus Ludwig
Dr. Jörg Meinzenbach
Dr. Andreas Metzenthin
Prof. Dr. Jochen Mohr
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Prof. Dr. Sven-Joachim Otto
Dr. Ulrike Picker
Prof. Dr. Johann-Christian Pielow
Dr. Kai Uwe Pritzsche
Prof. Dr. Dr. Dres.h.c. Franz J. Säcker
Prof. Dr. Dr. Peter Salje
Michaela Schmidt-Schlaeger
Dr. Boris Scholtka
Prof. Dr. Stefan Simon
Dr. Kirstin Spiekermann
Dr. Hans-Christoph Thomale
Prof. Dr. Hartmut Weyer

Antonio Jiménez-Blanco

Tatsächliches und Rechtliches zum Stromausfall in Spanien und Portugal
am 28.04.2025

Philipp Berg

Rechtssichere Kommunikation bei knapper Netzanschlusskapazität

Karsten Rauch

Zahlungsansprüche eines Versorgers aus einer Reallast

BGH

Urt. v. 13.01.2026 – EnZR 22/24 m. Anm. Schulz-Gardyan/Blatt-von Raczeck
Zur Neuvergabe der Wegerechte für den Betrieb des örtlichen
Gasversorgungsnetzes (Gasnetz Salem)

BGH

Urt. v. 17.04.2026 – V ZR 125/25
Zu Zahlungsansprüchen aus einer Reallast

BVerwG

Beschl. v. 28.01.2026 – 9 VR 1.26
Zum Recht des Ausbaus von Energieleitungen

BVerwG

Urt. v. 25.09.2025 – 11 A 22.24
Zur Planfeststellung von Energieleitungen (BBPlG-Vorhaben)

VGH München

Beschl. v. 17.07.2025 – 22 AS 25.40003
Zum Rücksichtnahmegebot bei optischer Beeinträchtigung durch
Windenergieanlagen



Rechtsprechung

Zur Neuvergabe der Wegerechte für den Betrieb des örtlichen Gasversorgungsnetzes (Gasnetz Salem)

EnWG § 47 Abs. 5; GWB § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1; BGB § 134

1. § 47 Abs. 5 EnWG ordnet ein Eilverfahren eigener Art an, nach dessen formell rechtskräftigem Abschluss sich der unterlegene Bewerber auf die dort ohne durchgreifenden Erfolg geltend gemachten Rechtsverletzungen zur Begründung einer Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gem. § 134 BGB, § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB in einem nachfolgenden Klageverfahren nicht mehr berufen kann.

2. Die Präklusionswirkung im Hinblick auf solche Rechtsverletzungen erstreckt sich nicht auf in einem späteren Hauptsacheverfahren gegen die Gemeinde geltend gemachte Ansprüche, mit denen der im Eilverfahren unterlegene Bewerber Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB verlangt.

BGH, Urt. v. 13.01.2026 – EnZR 22/24 – OLG Karlsruhe (Gasnetz Salem)

Aus dem Tatbestand:

[1] Die Klägerin betreibt nach Beendigung eines mit der beklagten Gemeinde geschlossenen Konzessionsvertrags weiterhin das Gasnetz im Gemeindegebiet.

[2] Im Verfahren zur Neuvergabe der Wegerechte für den Betrieb des örtlichen Gasversorgungsnetzes, an dem sich auch die Klägerin beteiligte, wählte die Beklagte im November 2020 die S (nachfolgend: S) als neue Konzessionärin aus. Nach Unterrichtung über diese Entscheidung und anschließender Gewährung von Akteneinsicht erhob die Klägerin mit Schreiben vom 23.03.2021 mehrere Rügen, denen die Beklagte nur in geringem Umfang mit der Folge abhalf, dass das Angebot der S mit 9.820 Punkten und das der Klägerin mit 9.115 Punkten bewertet wurde. Die Klägerin beantragte daraufhin beim Landgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt, der Beklagten den Abschluss eines Konzessionsvertrags mit der S bis zu einer neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlentscheidung über die Vergabe der Konzession zu untersagen. Das Landgericht wies diesen Antrag nach mündlicher Verhandlung durch Urteil vom 15.12.2021 zurück. Die dagegen gerichtete Berufung blieb ohne Erfolg.

[3] Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin erneut geltend, die Beklagte habe ihre Auswahlentscheidung unter Verstoß gegen die Grundsätze des transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens getroffen. Nach Zustellung der Klage, mit der die Klägerin ursprünglich beantragt hatte, der Beklagten den beabsichtigten Abschluss des Konzessionsvertrags mit der S zu untersagen, schloss die Beklagte am 11.01.2023 den in Aussicht genommenen Vertrag (nachfolgend: Konzessionsvertrag oder Wegenutzungsvertrag) mit der S ab. Die Klägerin hat ihren Klageantrag daraufhin geändert und die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrags beantragt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

[4] Die zulässige Revision hat in der Sache keinen Erfolg.

[5] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Die Klägerin habe ein Feststellungsinteresse, weil die Wegerechte für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes nur einmal vergeben werden könnten und ein berechtigtes Interesse bestehe, die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags alsbald klären zu lassen. Offenbleiben könne, ob die Feststellungsklage wegen der Bindungswirkung des einstweiligen Verfügungsverfahrens unzulässig sei. Jedenfalls sei die Klage unbegründet. Soweit die von der Klägerin geltend gemachten Verletzungen der Grundsätze des transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens gem. § 46 Abs. 1 bis 4 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB bereits Gegenstand des Verfahrens im Vorprozess nach § 47 Abs. 5 EnWG gewesen seien, entfalte das Urteil des Landgerichts nach rechtskräftiger Zurückweisung der dagegen gerichteten Berufung materiell-rechtliche Bindungswirkung für das zwischen denselben Verfahrensbeteiligten angestrebte Klageverfahren. Dies betreffe die Rügen 1 bis 29 sowie die Rügen der Intransparenz der Auswahlentscheidung und der fehlenden Neutralität.

[6] Die Klägerin könne auch nicht erfolgreich einwenden, der abgeschlossene Konzessionsvertrag weiche inhaltlich von dem Vertragsangebot ab, das die Beklagte der S unterbreite habe. Zwar komme diesbezüglich keine Bindungswirkung in Betracht, weil dieser Einwand weder das Auswahlverfahren noch die Auswahlentscheidung betreffe und die Klägerin diese Rüge auch zeitnah nach Abschluss des Vertrags erhoben hätte. Die Klägerin habe aber keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine solche Abweichung zwischen angebotenem und abgeschlossenem Vertrag dargelegt. Unterschiede im Seitenlayout genügten dafür nicht. Die Beklagte treffe daher keine sekundäre Darlegungslast, nach der sie gehalten gewesen wäre, den Konzessionsvertrag vollständig offenzulegen.

[7] II. Das hält rechtlicher Überprüfung stand. Die Feststellungsklage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

[8] 1. Die Feststellungsklage ist, was das Berufungsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus in nicht zu beanstandender Weise offengelassen hat, zulässig. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

[9] a) Streitgegenstand der vorliegenden Klage ist ein nach § 256 Abs. 1 ZPO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, weil ein (unterstellt) fehlerhaft abgeschlossener Konzessionsvertrag eine fortdauernde unbillige Behinderung und Diskriminierung der Klägerin darstellt, die nur durch die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrags beseitigt werden könnte (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 105, 108 – Stromnetz Berkenthin; v. 12.10.2021 – EnZR 43/20, WM 2023, 579 Rn. 18 – Stadt Bargteheide).

[10] b) Die Klägerin hat auch ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung der Unwirksamkeit des Konzessionsvertrags, weil ihrem Recht eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (vgl. BGH, Urt. v. 22.06.1977 – VIII ZR 5/76, BGHZ 69, 144, 147 [juris Rn. 11]; v. 09.06.1983 – III ZR 74/82, NJW 1984, 1118).

[juris Rn. 13]; v. 13.01.2010 – VIII ZR 351/08, NJW 2010, 1877 Rn. 12 m.w.N.). Die Beklagte steht auf dem Standpunkt, dass das Verfahren nach § 46 EnWG durch den Abschluss des Vertrags beendet worden sei. Demgegenüber macht die Klägerin geltend, dass der abgeschlossene Wegenutzungsvertrag unwirksam sei mit der Folge, dass das Auswahlverfahren erneut durchzuführen und die Konzession an die Klägerin zu vergeben sei (vgl. BGH, WM 2023, 579 Rn. 20 – Stadt Bargteheide).

[11] c) Das Feststellungsinteresse kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, die Klägerin könne die in Betracht kommenden Ansprüche (auf Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens oder Fortsetzung des Vergabeverfahrens, auf Erteilung der Konzession oder auf Schadensersatz) mit der Leistungsklage verfolgen (vgl. dazu BGH, NJW 1984, 1118, 1119 [juris Rn. 14]; Urt. v. 06.03.2001 – KZR 37/99, BGHZ 147, 81, 84 f. [juris Rn. 14 f.] – Kabel-Hausverteileranlagen; v. 12.06.2018 – KZR 56/16, WuW 2018, 405 Rn. 15 – Grauzementkartell II). Die Erhebung einer Leistungsklage wegen eines fehlerhaften Verfahrens zur Vergabe einer Wegekonzession ist regelmäßig mit Unsicherheiten verbunden. Zudem dient die Feststellungsklage in Fallgestaltungen wie der vorliegenden typischerweise der Prozesswirtschaftlichkeit (vgl. BGH, Urt. v. 09.03.2021 – KZR 55/19, NZKart 2021, 509 Rn. 39, 44 – Gasnetz Berlin; WM 2023, 579 Rn. 22 f. – Stadt Bargteheide).

[12] d) Die Klägerin ist – was der Senat bislang offengelassen hat (vgl. BGH, WM 2023, 579 Rn. 25, 27 – Stadt Bargteheide) – im Hinblick auf die bereits im Eilverfahren erfolglos geltend gemachten Rechtsverletzungen auch nicht durch die Regelung des § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG gehindert, die Feststellungsklage zu erheben. Eine formelle, der Zulässigkeit der Klageerhebung entgegenstehende Präklusionswirkung ist der Vorschrift nicht zu entnehmen. Das von der Klägerin durchgeführte Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG, §§ 935 ff. ZPO, mit dem sie der Beklagten den beabsichtigten Abschluss des Konzessionsvertrags mit der S untersagen lassen wollte, betrifft zudem einen anderen Streitgegenstand (vgl. dazu BGH, Urt. v. 18.01.1985 – V ZR 233/83, BGHZ 93, 287, 288 f. [juris Rn. 9 f.]; v. 19.11.2003 – VIII ZR 60/03, BGHZ 157, 47, 50 [juris Rn. 9]; v. 22.10.2013 – XI ZR 42/12, BGHZ 198, 294 Rn. 13; v. 22.02.2018 – VII ZR 253/16, NJW 2018, 2056 Rn. 14) als das vorliegende Klageverfahren, mit dem die Klägerin die Nichtigkeit des zwischenzeitlich abgeschlossenen Vertrags festgestellt wissen will.

[13] 2. Die Klage ist jedoch unbegründet. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Klägerin kein Anspruch darauf zusteht, die Nichtigkeit des geschlossenen Konzessionsvertrags gem. § 134 BGB i.V.m. § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB festzustellen. Sie kann sich im vorliegenden Klageverfahren zur Begründung der Nichtigkeit nicht mehr auf Rechtsverletzungen berufen, die sie bereits im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ohne Erfolg geltend gemacht hat (dazu nachfolgend: a). Soweit die Klägerin Rechtsverletzungen vorbringt, die von der Präklusionswirkung nicht umfasst sind, hat das Berufungsgericht die Klage ebenfalls zu Recht abgewiesen (dazu nachfolgend: b).

[14] a) Die Klägerin kann sich nicht mit Erfolg auf Rechtsverletzungen stützen, die bereits Gegenstand des

besonderen Eilverfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG waren und im dortigen Verfahren einen Unterlassungsanspruch aufgrund geltend gemachter Verstöße gegen § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht begründen konnten. Diese können die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags nach § 134 BGB wegen der Präklusionswirkung des § 47 Abs. 5 EnWG, die einer zügig eintretenden Rechtssicherheit dient, nicht mehr begründen.

[15] aa) Ein Wegenutzungsvertrag zwischen einer Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen ist nach § 134 BGB nichtig, wenn die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren nicht genügt und damit eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vorliegt, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 54 ff., 101 ff. – Stromnetz Berkenthin; BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12, WuW 2014, 401, 413 [juris Rn. 50 ff.] – Stromnetz Heiligenhafen; v. 18.11.2014 – EnZR 33/13, EnWZ 2015, 125 Rn. 19 – Stromnetz Schierke; WM 2023, 579 Rn. 32 – Stadt Bargteheide; Beschl. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13, N&R 2014, 294 Rn. 53 – Stromnetz Homberg). Nichtigkeit eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts tritt bei Verstoß gegen ein einseitiges – wie hier aus § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 EnWG folgendes – Verbot nach § 134 BGB allerdings nur dann ein, wenn diesem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert. Das ist der Fall, wenn der Verbotszweck nicht anders als durch die Annullierung zu erreichen ist und die getroffene Regelung nicht hingenommen werden kann (vgl. nur BGH, Urt. v. 25.07.2002 – III ZR 113/02, BGHZ 152, 10, 11 f. [juris Rn. 6 f.]; v. 13.10.2009 – KZR 34/06, K&R 2010, 349 Rn. 12 f. – Teilnehmerdaten I; jeweils m.w.N.; BGHZ 199, 289, Rn. 107 – Stromnetz Berkenthin). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss die fortdauernde Behinderung durch einen fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit dann hingenommen werden, wenn alle unbillig behinderten oder diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht nutzen (BGHZ 199, 289 Rn. 108 – Stromnetz Berkenthin; Urt. v. 28.01.2020 – EnZR 116/18, WM 2021, 542 Rn. 26, 30 – Stromnetz Steinbach; v. 07.09.2021 – EnZR 29/20, WM 2022, 1457 Rn. 18 – Gasnetz Rösrath). Diese Rügepräklusion beruht auf der Erwägung, dass es mit dem in § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfolgten Ziel eines effektiven Wettbewerbs um die Netze nicht zu vereinbaren wäre, wenn sich ein unterlegener Bieter, insbesondere auch ein Altkonzessionär, auch dann noch auf die Fehlerhaftigkeit der Neuvergabe und der daraus folgenden Nichtigkeit des neu abgeschlossenen Wegenutzungsvertrags nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 134 BGB berufen und gegebenenfalls Übereignung oder Überlassung der gemeindlichen Netze auch dann noch verweigern könnte, wenn er es unterlassen hat, ihm mögliche Schritte zur Verhinderung einer rechtswidrigen Konzessionsvergabe zu unternehmen (BGH, WM 2021, 542 Rn. 27, 30 – Stromnetz Steinbach).

[16] bb) Daran anknüpfend sieht § 47 Abs. 5 EnWG im Interesse der für den Netzbetrieb zwingend erforderlichen Rechtssicherheit eine Präklusion auch für den Fall vor, dass der unterlegene Bieter in dem nach dieser Vorschrift vorgesehenen besonderen Eilverfahren, mit dem er entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragsschluss verhindern wollte, mit seinem Begehren nicht durchgedrungen ist. Er kann dann auf Grundlage der bereits im Eilverfahren erfolglos erhobenen Rügen in einem anschließenden Klageverfahren weder die Unterlassung des mit dem obsiegenden Bieter in Aussicht genommenen Vertragsschlusses noch – nach erfolgtem Vertragsschluss – die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrags gegenüber der ausschreibenden Gemeinde verlangen.

[17] (1) Nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG können Unternehmen, die an einem Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 EnWG beteiligt sind, die im Verfahren nach § 47 Abs. 1, 2 EnWG gerügten Rechtsverletzungen nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information, dass die Gemeinde ihnen nicht abhilft, vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Insoweit finden nach § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung Anwendung, wobei ein Verfügungsgrund gemäß Satz 3 der Vorschrift nicht glaubhaft gemacht zu werden braucht.

[18] (2) Diese Regelung ist nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte sowie im Hinblick auf die mit ihr verfolgten Zwecke dahin auszulegen, dass sich ein unterlegener Bieter auf die Nichtigkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrags nach § 134 BGB, § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB dann nicht mehr berufen kann, wenn er die Rügen ohne Erfolg bereits im besonderen Eilverfahren geltend gemacht hat.

[19] (a) Bereits der Wortlaut der Vorschrift gibt Anhaltspunkte für ein solches Verständnis. § 47 Abs. 5 EnWG sieht vor, dass gerügte Rechtsverletzungen nach Satz 1 nur innerhalb von 15 Tagen vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können und insoweit nach Satz 2 die Vorschriften über das einstweilige Verfügungsverfahren gelten. Die Verwendung des Wortes »nur« kann dahingehend verstanden werden, dass der unterlegene Bieter die bereits gegenüber der Gemeinde gerügten Rechtsverletzungen bei Nichtabhilfe ausschließlich in dem nach dieser Vorschrift vorgesehenen gerichtlichen Verfahren geltend machen kann. Das von der Revision favorisierte Verständnis, wonach Satz 1 lediglich die maßgebliche Frist zur gerichtlichen Geltendmachung regelt, während Satz 2, der die anwendbaren Verfahrensvorschriften bestimmt, keinen Hinweis auf eine Ausschließlichkeit des einstweiligen Verfügungsverfahrens enthalte, beachtet nicht hinreichend, dass die Regelung des § 47 Abs. 5 EnWG in ihrem Gesamtzusammenhang auszulegen ist. Bei einer solchen Gesamtschau wird deutlich, dass die in Satz 1 vorgesehene gerichtliche Geltendmachung, die nur innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen kann, durch die Bestimmung der für diese Zwecke anwendbaren Verfahrensvorschriften gemäß Satz 2 näher konkretisiert wird. Gegen das von der Revision geltend gemachte Verständnis, wonach die Durchführung des einstweiligen Verfügungsverfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG lediglich notwendige

Voraussetzung für die (spätere) Erhebung der Klage sei, spricht zudem, dass der Gesetzgeber in § 47 Abs. 5 Satz 1 und 2 EnWG eine derartige Bedingung – etwa unter Verwendung des Begriffs »wenn« – gerade nicht verwendet hat. Der Wortlaut sieht vielmehr vor, dass die gerichtliche Geltendmachung »nur« innerhalb von 15 Tagen und dies nach den Vorschriften des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu erfolgen hat.

[20] (b) Lediglich dieses Verständnis stimmt auch – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – mit Sinn und Zweck der Regelung des § 47 Abs. 5 EnWG überein (vgl. KG, Urt. v. 25.10.2018 – 2 U 18/17. EnWG, EnWZ 2019, 76 Rn. 52; Hellermann/Thiessen in Bourwieg/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 4. Aufl., § 47 Rn. 26, 28; Theobald/Schneider in Theobald/Kühling, Energierecht, Stand November 2025, § 47 EnWG Rn. 53 f.; Albrecht/Pöhl in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl., § 10 Rn. 105 Fn. 182; Huber in Kment, EnWG, 3. Aufl., § 47 Rn. 30; zur Rechtslage vor Geltung des § 47 Abs. 5 EnWG: OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.05.2021 – VI-2 U 3/21 (Kart), EWRK 2023, 38, 39 [juris Rn. 30 ff.]; a.A. OLG Dresden, Urt. v. 11.05.2022 – U 30/21 Kart, juris Rn. 24 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.12.2022 – 2 U 14/21 (Kart), juris Rn. 28 bis 33; Höch, RdE 2017, 157, 164; Wegner in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 47 EnWG Rn. 47 ff.; Kupfer, NVwZ 2017, 428, 433). Die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Ziele erfordern eine materielle Präklusion von Rügen, die im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ohne Erfolg erhoben worden sind, weil das Gericht sie entweder als unbegründet erachtet hat oder sie sich nach seiner Auffassung weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit auf die Auswahlentscheidung auswirken konnten.

[21] (aa) Der Gesetzgeber hatte bei Einführung der Vorschrift vor Augen, dass Fehler im Verfahren nach § 46 EnWG die Gesamtnichtigkeit des neu abgeschlossenen Wegenutzungsvertrags zur Folge haben können, dies erhebliche Rechtsunsicherheit für die Gemeinden und den neuen Wegenutzungsberechtigten bedeutet und damit auch nachteilige Konsequenzen für die ungestörte Fortführung des Netzbetriebs nach sich zieht; insbesondere sollte der Gefahr entgegengewirkt werden, dass wichtige und zwingend erforderliche Netzausbau- und -verstärkungsmaßnahmen für einen beachtlichen Zeitraum zum Erliegen kommen könnten und dies fatale Folgen für den zügigen Zubau der dezentralen Erzeugungsanlagen hätte (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung v. 21.04.2016, BT-Drucks. 18/8184, S. 8 f., 16). Zweck der Rüge- und Präklusionsvorschriften des § 47 EnWG ist es daher, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im vergabeähnlichen Verfahren des § 46 EnWG zu stärken, um jedem Bewerber, der sich im Wettbewerb als geeignetster künftiger Netzbetreiber durchgesetzt hat, eine rechtssichere Übernahme der Netze zu ermöglichen und gleichzeitig Verzögerungen beim Netzausbau und Beeinträchtigungen im Hinblick auf die Investitionsbereitschaft zu verringern, die mit Streitigkeiten bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten oder mit einer Verfahrenswiederholung im Anschluss an ein gerichtliches Verfahren notwendi-

gerweise verbunden sind (BT-Drucks. 18/8184, S. 8 f., 16). Vor diesem Hintergrund wollte der Gesetzgeber mit der Einführung der Rügeobliegenheiten verhindern, dass Verfahrensfehler noch Jahre nach der Entscheidung (erstmalig) geltend gemacht werden und sowohl der neue Wegenutzungsrechtsinhaber als auch die Gemeinde sich in einem fortdauernden Schwebezustand der Rechtsunsicherheit befinden (BT-Drucks. 18/8484, S. 9). Sowohl die Gemeinden als auch die neuen Netzbetreiber sollten – im Hinblick auf mögliche streitige Punkte (vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8484, S. 25) – von einer zügig eintretenden Rechtssicherheit profitieren, indem Verfahrensfehler möglichst früh geltend gemacht werden (vgl. BT-Drucks. 18/8184, S. 16). Dabei sollten Rechtssicherheit und Qualität von Verfahren nach § 46 EnWG dadurch erhöht werden, dass die beteiligten Unternehmen verpflichtet werden, im laufenden Verfahren aktiv auf die Vermeidung und Ausräumung von Rechtsfehlern hinzuwirken. Ziel der Regelung war es zudem, die Gerichte dadurch zu entlasten, dass sie nicht erst am Ende eines Verfahrens nach § 46 EnWG das gesamte Verfahren aufarbeiten müssen, sondern sich auf die rechtzeitig gerügten Streitpunkte konzentrieren können (BT-Drucks. 18/8184, S. 16).

[22] (bb) Den Gesetzesmaterialien sind zwar keine ausdrücklichen Hinweise darauf zu entnehmen, dass Rügen, die im besonderen Eilverfahren ohne Erfolg erhoben worden sind, in einem nachfolgenden Klageverfahren wegen der Präklusionsvorschrift des § 47 Abs. 5 EnWG nicht mehr zu berücksichtigen sind. Dem Kernanliegen der gesetzlichen Neuregelung, mit dem ein zügiger Eintritt von Rechtssicherheit im Interesse eines effizienten Netzbetriebs erreicht werden soll, kann aber nur auf diese Weise Geltung verschafft werden. Wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt ist, kann die für eine Netzübernahme im Leistungswettbewerb erforderliche Planungs- und Rechtssicherheit nicht mehr erreicht werden, wenn der Altkonzessionär berechtigt wäre, während der gesamten zwanzigjährigen Laufzeit und auch noch nach einer erfolgten Übereignung des Netzes die Unwirksamkeit des neuen Konzessionsvertrags geltend zu machen, um sodann gegebenenfalls die Rückübertragung des Netzes zu verlangen (BGH, WM 2021, 542 Rn. 30 – Stromnetz Steinbach). Können Rechtsverletzungen, die bereits im Eilverfahren erfolglos geltend gemacht worden sind, in einem nachfolgenden, sich möglicherweise über drei Instanzen erstreckenden Klageverfahren die Nichtigkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrags begründen, so muss die Gemeinde entweder mit dem Vertragsschluss bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens abwarten oder aber das rechtliche Risiko in Kauf nehmen, dass sich der eigene Rechtsstandpunkt, mit dem sie bereits im Eilverfahren durchgedrungen ist, später doch noch als unzutreffend erweist (vgl. BGH, WM 2022 1457 Rn. 27 – Gasnetz Rösrath). Wartet die Gemeinde mit dem Vertragsschluss bis zum rechtskräftigen Abschluss des gerichtlichen Verfahrens ab, hat der die Netzinfrastruktur vorläufig weiterbetreibende, im Bieterverfahren unterlegene Altkonzessionär nur noch ein geringes Interesse, erforderliche Investitionen in das Netz zu erbringen, weil er nicht weiß, ob er auch in Zukunft das Netz betreiben dürfen und ob sich die

getätigten Investitionen amortisieren. Auch im Falle der Netzübergabe an einen im Ergebnis obsiegenden Neukonzessionär läuft der Altkonzessionär Gefahr, dass die nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu entrichtende Vergütung diese Aufwendungen möglicherweise nicht abdeckt. Hat die Gemeinde den Konzessionsvertrag hingegen geschlossen und wird das Netz bereits vom Neukonzessionär betrieben, so wird sich auch dieser mit Investitionen in die Netzinfrastruktur solange zurückhalten, bis die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrags rechtskräftig feststeht. Die daraus resultierenden Verzögerungen und damit zugleich verbundene – meist jahrelange – Rechtsunsicherheit stünde in einem unauflösbaren Widerspruch zu den mit der gesetzlichen Neuregelung verfolgten Zielen. Ein Verständnis des § 47 Abs. 5 EnWG, wonach sich der Zivilrechtsstreit nach Durchlaufen des Eilverfahrens auf die bereits dort geltend gemachten Rügen konzentriert und damit lediglich nicht rechtzeitig gerügte Rechtsverletzungen der Prüfung im Klageverfahren über die Wirksamkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrags entzogen sind, verfehlte die gesetzgeberische Intention vollständig. Die angestrebte zügig eintretende Rechtssicherheit für die Beteiligten wäre auf diese Weise nicht zu erreichen.

[23] (cc) Gesetzessystematische Gesichtspunkte stehen einem Verständnis des § 47 Abs. 5 EnWG als materiell-rechtlich wirkende Präklusionsregelung im Ergebnis nicht entgegen. Zwar wollte der Gesetzgeber den Verweis auf die Vorschriften über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ersichtlich nur als Klarstellung verstanden wissen (vgl. BT-Drucks. 18/8484, S. 17; Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8484, S. 28). Zudem hat er in § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG nur geringfügige Modifikationen an den nach § 47 Abs. 5 EnWG anzuwendenden Vorschriften über das einstweilige Verfügungsverfahren vorgenommen, indem er die jeweiligen Antragsteller von der Darlegung eines Verfügungsgrunds befreit hat. Dies könnte für sich genommen darauf schließen lassen, dass mit der Durchführung des einstweiligen Verfügungsverfahrens nach allgemeinen Regeln eine zügige vorläufige Prüfung der geltend gemachten Rechtsverletzungen erfolgen soll, die lediglich der prozessualen Sicherung des materiell-rechtlichen Anspruchs dient (vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.2003 – I ZB 45/02, BGHZ 156, 335, 342; Drescher in MünchKommZPO, 7. Aufl., § 916 Rn. 8), daher auch nicht die Entscheidung über den materiellrechtlichen Anspruch selbst zum Gegenstand hat (vgl. BGH, WM 2023, 579 Rn. 26 – Stadt Bargteheide, zur Rechtslage vor Geltung des § 47 EnWG) und insofern keine präjudizielle Wirkung für ein sich anschließendes, allen Beteiligten offenstehendes Hauptsacheverfahren entfalten kann (vgl. Thümmel in Wiczorek/Schütze, ZPO, 5. Aufl., Vor § 916 Rn. 16; Drescher in MünchKommZPO, a.a.O., § 916 Rn. 15, 28). Eine solche Auslegung, die sich an diesem nach allgemeinen zivilprozessualen Regeln geltenden Verhältnis zwischen einstweiligem Rechtsschutz und Erkenntnisverfahren orientiert, trägt jedoch den für die Vergabe von Wegerechtskonzessionen bestehenden Besonderheiten, insbesondere der für einen effizienten Weiterbetrieb der Netzinfrastruktur erforderlichen Planungssicherheit, nicht hinreichend Rechnung. Die mit der Einführung der Vorschrift angestrebte Rechtssicherheit zur Wahrung von gewichtigen Allgemeininteressen ist so

nicht zu erreichen (s.o. Rn. 21). Deshalb kann die Vorschrift nur dahingehend verstanden werden, dass sie – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – ein Eilverfahren eigener Art anordnet, nach dessen formell rechtskräftigem Abschluss die dort ohne durchgreifenden Erfolg geltend gemachten Rechtsverletzungen eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gem. § 134 BGB, § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB in einem nachfolgenden Klageverfahren zum Zwecke der vorrangig zu gewährleistenden Rechtssicherheit nicht mehr begründen können.

[24] (3) Die danach der Vorschrift des § 47 Abs. 5 EnWG zu entnehmende Präklusionswirkung erstreckt sich allerdings nur auf die Geltendmachung von Primäransprüchen, mithin solchen, die etwa auf die Fortführung des Auswahlverfahrens, die Verhinderung eines beabsichtigten Vertragsschlusses mit dem obsiegenden Bieter, auf den Abschluss eines Konzessionsvertrags oder auf die Einräumung der Verfügungsbefugnis über die Netzinfrastruktur gerichtet sind. Sie dient lediglich dazu, den Abschluss eines Konzessionsvertrags zu ermöglichen und die Zuweisung der Netzinfrastruktur an denjenigen Bieter sicherzustellen, der im vergabeähnlichen Verfahren des § 46 EnWG obsiegt und dessen Berechtigung nach Durchlaufen des besonderen Eilverfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG insoweit endgültig geklärt ist, als unterlegene Bieter die innerhalb der fünfzehntägigen Frist gerichtlich geltend zu machenden Rechtsverletzungen ohne Erfolg gerügt haben. Diese Präklusion betrifft aufgrund des mit ihr verfolgten Zwecks nicht nur einen gegen die Gemeinde gerichteten Primäranspruch des unterlegenen Bieters, sondern erstreckt sich auch auf vergleichbare Einwände im Zuge einer Netzherausgabeklage zwischen dem obsiegenden und dem unterlegenen Bieter (Reimann, EWERK 2019, 121, 123; a.A. Hellermann/Thiesen in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG, 4. Aufl., § 47 Rn. 28). Nur auf diese Weise kann im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG, §§ 935 ff. ZPO gerichtlich abschließend über die Berechtigung der geltend gemachten Rechtsverletzungen entschieden, die vom Gesetzgeber mit Hilfe des Präklusionsregimes nach § 47 EnWG bezweckte zügig eintretende Rechtssicherheit für alle Beteiligten eintreten und der effiziente Betrieb der Netzinfrastruktur gewährleistet werden.

[25] (4) Die Präklusionswirkung des § 47 Abs. 5 EnWG erstreckt sich jedoch nicht auf die in einem späteren Hauptsacheverfahren gegen die Gemeinde gerichteten Sekundäransprüche, mit denen ein unterlegener Bieter Schadensersatz wegen eines geltend gemachten Verstoßes gegen die aus § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB folgenden Anforderungen verlangt. Das gilt jedenfalls für solche Rechtsverletzungen, die – wie hier – ohne durchgreifenden Erfolg im Eilverfahren geltend gemacht worden sind. Zum einen erfordert das gesetzgeberische Ziel einer Rechts- und Planungssicherheit für den weiteren Netzbetrieb insoweit weder eine Einschränkung von Schadensersatzansprüchen (nach § 33a GWB) noch eine abschließende Entscheidung im Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG. Zum anderen kann auf diese Weise ein Ausgleich zwischen den subjektiven Rechten der unterlegenen Bieter und den Interessen der Allgemeinheit an einem rechtssicheren Netzbetrieb erfolgen. Schließlich ist

sichergestellt, dass für die Durchsetzung von Sekundäransprüchen – und insoweit ausreichender – Zugang zum Revisionsgericht besteht.

[26] (5) Die von § 47 Abs. 5 EnWG angeordnete Präklusion begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

[27] (a) Weder der Justizgewährungsanspruch noch die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG gebieten angesichts des überwiegenden allgemeinen Interesses an einer zügig eintretenden Rechtssicherheit, die für den weiteren Betrieb der Netzinfrastruktur von wesentlicher Bedeutung ist, in den hier maßgeblichen Fallgestaltungen eine erneute Überprüfung der bereits im Eilverfahren erfolglos erhobenen Rügen mit dem Ziel der Erlangung von Primärrechtsschutz (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 Rn. 49 ff., zum Rechtsschutz bei Unterschwellenvergabe). Insoweit gelten vergleichbare Erwägungen wie beim vergaberechtlichen Eilrechtsschutz (§ 168 Abs. 2, § 176 Abs. 1, § 179 GWB), der ebenfalls auf eine endgültige Regelung des Rechtszustands gerichtet ist (vgl. Gröning in MünchKommGWB, 4. Aufl., Vor §§ 171 ff. Rn. 11).

[28] (b) Das Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG wahrt auch die besonderen Anforderungen, die sich aus der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG an die Ausgestaltung von Eilverfahren ergeben, wenn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können. In diesen Fällen müssen die Gerichte die Sach- und Rechtslage regelmäßig nicht nur summarisch, sondern abschließend prüfen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.06.2018 – 1 BvR 733/18, NVwZ 2018, 1467 Rn. 3 f. m.w.N.). Das ist durch die Anwendung der zivilprozessualen Regelungen der §§ 935 ff. ZPO hinreichend sichergestellt. In rechtlicher Hinsicht ist das Zivilgericht im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen ohnehin verpflichtet, den festgestellten Sachverhalt vollständig und uneingeschränkt auf dessen Rechtsfolgen zu überprüfen (vgl. nur OLG Hamburg, WRP 1992, 493; Thümmel in Wiczorek/Schütze, a.a.O., § 920 Rn. 13; Becker in Anders/Gehle, ZPO, 84. Aufl., § 920 Rn. 12; Drescher in MünchKomm-ZPO, § 920 Rn. 10; a.A. Vollkommer in Zöller, ZPO, 36. Aufl., § 920 Rn. 7). Soweit gem. §§ 935, 936, 920 Abs. 2 ZPO Tatsachen lediglich glaubhaft zu machen sind, mit der Folge, dass nach § 294 Abs. 1 ZPO für die Überzeugungsbildung des Gerichts eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt (BGH, Beschl. v. 05.05.1976 – IV ZB 49/75, VersR 1976, 928, 928 [juris Rn. 9]; v. 15.06.1994 – IV ZB 6/94, NJW 1994, 2898 [juris Rn. 9]; v. 11.09.2003 – IX ZB 37/03, BGHZ 156, 139, 142 [juris Rn. 8]; v. 26.01.2022 – XII ZB 227/21, MDR 2022, 517 Rn. 11), benachteiligt das den unterlegenen Bieter, der Eilrechtsschutz nach § 47 Abs. 5 EnWG sucht, ebenfalls nicht. Da er im Verfahren gem. § 47 Abs. 5 EnWG nach allgemeinen Regeln die Beweislast für einen Verstoß der Gemeinde gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens nach § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB trägt, kommt es ihm vielmehr zugute, dass er die tatsächlichen Umstände, die den Verstoß und eine sich daraus ergebende Unwirksamkeit des in Aussicht genommenen Vertragsschlusses begründen sollen, nur glaubhaft zu machen braucht und sich da-

für nach § 294 Abs. 1 ZPO aller Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung bedienen kann. Das Gericht hat zudem zur vollumfänglichen Wahrung der prozessualen Waffengleichheit und des Anspruchs der Beteiligten auf rechtliches Gehör (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 Rn. 15), im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung der in Rede stehenden Sachverhalte sowie angesichts der aus § 47 Abs. 5 EnWG folgenden Präklusionswirkung nach § 937 Abs. 2, § 128 Abs. 1, § 216 ZPO – und wie im Streitfall auch geschehen – in aller Regel eine mündliche Verhandlung anzuberaumen (BGH, Beschl. v. 07.05.2020 – V ZB 110/19, NJW 2020, 2474 Rn. 12 m.w.N.). Es wird, auch wenn nach § 294 Abs. 2 ZPO im Grundsatz nur präsente Beweismittel zugelassen sind, von den Parteien benannte Zeugen oder Sachverständige zum Termin laden und vor dem Hintergrund des abschließenden Charakters des Eilverfahrens mit der gebotenen Beschleunigung alle prozessualen Mittel ausschöpfen müssen, um eine umfassende Tatsachenfeststellung zu gewährleisten.

[29] (c) Die Frage, ob und unter welchen Umständen die Gemeinde bei einem von einem Bieter erfolgreich durchgeführten Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG einen Antrag nach § 926 ZPO auf Erhebung der Hauptsacheklage stellen kann, stellt sich im Streitfall nicht. Zur Gewährleistung zügig eintretender Rechtssicherheit und im Interesse eines ausgewogenen Rechtsschutzes wird die Entscheidung über die geltend gemachte Rechtsverletzung im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG jedenfalls im Verhältnis zur Gemeinde auch dann abschließenden Charakter haben müssen, wenn sie zu Gunsten des unterlegenen Bieters ergeht, weil die Gemeinde im Verfahren gegen die aus § 46 EnWG, § 19 GWB folgenden Anforderungen verstoßen hat.

[30] cc) Nach diesen Maßgaben hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt, dass die Klägerin hier mit den Rügen 1 bis 29 und den Rügen zur Intransparenz der Auswahlentscheidung sowie zum Verstoß gegen das Neutralitätsgebot nach § 47 Abs. 5 EnWG bereits deshalb nicht durchdringen kann, weil die geltend gemachten Rechtsverletzungen nach den getroffenen Feststellungen bereits Gegenstand des besonderen Eilverfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG waren und nach der formell rechtskräftigen Zurückweisung der Berufung der von der Klägerin erhobene Verfügungsanspruch auf Unterlassung des Abschlusses eines Wegerechtsnutzungsvertrags zwischen der Beklagten und der S sich als unbegründet erwiesen hat. Auf diese Rügen kann der Einwand nach § 134 BGB, § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB im vorliegenden, auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertragsschlusses gerichteten Rechtsstreit daher nicht mehr gestützt werden. Die Revision hat – auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat – nicht aufgezeigt, an welchen konkreten verfahrensrechtlichen Mängeln das durchgeführte Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG gelitten haben soll und inwieweit derartige Mängel sich in einer Weise ausgewirkt haben könnten, dass sie der materiell-rechtlichen Präklusion im vorliegenden Rechtsstreit entgegenstehen könnten.

[31] b) Der Revision ist auch insoweit kein Erfolg beschieden, als sie sich gegen die Zurückweisung der materiell-rechtlich nicht nach § 47 Abs. 5 EnWG präkludierten Rüge wegen der geltend gemachten Abweichung zwischen dem von S angebotenen und dem später tatsächlich abge-

schlossenen Konzessionsvertrag wendet. Die Verfahrensrüge, mit der die Klägerin die Annahme des Berufungsgerichts angreift, die Klägerin habe keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine inhaltliche Abweichung dargelegt, greift nicht durch. Insoweit wird von einer Begründung abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO).

Anmerkung:

Das Urteil betrifft die Klage eines im Wettbewerb um eine Gaskonzession nach § 46 Abs. 2 EnWG unterlegenen Altkonzessionärs auf Feststellung der Nichtigkeit des mit dem obsiegenden Bewerber abgeschlossenen Konzessionsvertrages. Die Klägerin hatte zuvor erfolglos versucht, den Abschluss des Konzessionsvertrages nach § 47 Abs. 5 EnWG zu verhindern. Der BGH hat entschieden, dass der Klägerin eine Berufung auf die dabei erfolglos geltend gemachten Rechtsverletzungen im Hauptsacheverfahren verwehrt ist (Rn. 14). § 47 Abs. 5 EnWG ordnet ein »Eilverfahren eigener Art« an, »nach dessen formell rechtskräftigem Abschluss die dort ohne durchgreifenden Erfolg geltend gemachten Rechtsverletzungen eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gemäß § 134 BGB, § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB in einem nachfolgenden Klageverfahren zum Zwecke der vorrangig zu gewährleistenden Rechtssicherheit nicht mehr begründen können« (Rn. 23). Die Vorschrift begründe eine »materielle Präklusion von Rügen, die im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ohne Erfolg erhoben worden sind« (Rn. 20). Diese materielle Präklusion soll auch gegenüber dem obsiegenden Bewerber gelten (Rn. 24), Schadensersatzansprüche gegen die Gemeinde wegen der erfolglos gerügten Rechtsverletzungen aber nicht ausschließen (Rn. 25). Das ist nicht überzeugend. Die vom BGH angenommene materielle Präklusion findet weder in dem Wortlaut und der Systematik noch in der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck des § 47 Abs. 5 EnWG eine Stütze. Sie verletzt auch den Anspruch des unterlegenen Bewerbers auf effektiven Rechtsschutz.

I. Hintergrund

Der BGH hat mit den beiden Grundsatzurteilen »Stromnetz Heiligenhafen«¹ und »Stromnetz Berkenthin«² vom 17.12.2013 die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Wettbewerb um energiewirtschaftliche Konzessionsverträge nach § 46 EnWG festgelegt. Danach haben Gemeinden als marktbeherrschende Anbieter von Wegerechtsnutzungsrechten den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren auszuwählen und sich dabei vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Ziele des § 1 EnWG konkretisieren. Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt eine Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind.³ Die Kausalität eines Verstoßes gegen die Anforderungen an

1 KZR 65/12, RdE 2014, 191.

2 KZR 66/12, RdE 2014, 177.

3 BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12, RdE 2014, 177 Rn. 16 – »Stromnetz Berkenthin«.

ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren ist dabei nur dann zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der obsiegende Bieter die Konzession auch ohne Verstoß gegen diese Anforderungen erhalten hätte.⁴ Konzessionsverträge, mit deren Abschluss ein Bewerber unbillig behindert wird, sind grundsätzlich nichtig.⁵ Etwas anderes kommt nur in Betracht, »wenn alle diskriminierten Bewerber ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren, hiervon aber keinen Gebrauch machen«.⁶ In diesem Fall, so der BGH, »kann und muss die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaften Abschluss des Konzessionsvertrages im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden«. Letzteres kommt nach Auffassung des BGH insbesondere in Betracht, wenn die Gemeinde »alle Bewerber um die Konzession in Textform über die beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage ab Absenden der Information abschließt«.⁷

Der Gesetzgeber hat auf dieser Grundlage durch das »Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung« vom 27.01.2017⁸ nicht nur in § 46 EnWG das Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten und die von der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigenden materielle Vorgaben für die Auswahlkriterien festgeschrieben, sondern mit § 47 EnWG auch ein an dem Verfahren nach § 46 EnWG ausgerichtetes gestuftes Rügeregime eingeführt. Danach kann jedes beteiligte Unternehmen »Rechtsverletzungen durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens nach § 46 Absatz 1 bis 4« nur geltend machen, »soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat« (§ 47 Abs. 1 Satz 1 EnWG). Dabei unterscheidet § 47 Abs. 2 EnWG zwischen Rechtsverletzungen, die sich aus der Bekanntmachung des Ablaufs des Altkonzessionsvertrages ergeben, Rechtsverletzungen, die sich aus der Mitteilung der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung ergeben, und Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die sich aus der Mitteilung an die unterlegenen Bewerber über die beabsichtigte Nichtannahme ihres Angebots ergeben. Hilft die Gemeinde einer danach erhobenen Rüge nicht ab, hat sie das rügende Unternehmen hierüber nach § 47 Abs. 4 EnWG zu unterrichten und ihre Entscheidung zu begründen. In diesem Fall können die gerügten Rechtsverletzungen nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG »nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information nach Absatz 4 vor den ordentlichen Gerichten« geltend gemacht werden. Dabei gelten »die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung« (§ 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG) mit der Besonderheit, dass der Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht zu werden braucht (§ 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG).

In der Folge ist es zu einer Vielzahl einstweiliger Verfügungsverfahren gekommen. Dabei haben sich erhebliche Unterschiede in der Rechtsprechung der einzelnen Oberlandesgerichte ergeben. In einzelnen Punkten hat der BGH zwar in (nachfolgenden) Hauptsacheverfahren für Klarheit gesorgt. Das betrifft etwa den Ort der Bekanntmachung des Ablaufs des Altkonzessionsvertrages⁹ (Stromnetz Schierke), den Umfang der vom Altkon-

sionär zur Durchführung des Verfahrens zur Verfügung zu stellenden Daten¹⁰ (Gasnetz Springe), den Umfang der nach einem Konzessionswechsel herauszugebenden Daten¹¹ (Stadt Homberg, Strom- und Gasnetz Stuttgart), die Zulässigkeit von auf das Konzessionsverfahren bezogenen Anordnungen des Bundeskartellamtes¹² (Titisee-Neustadt) und der Bundesnetzagentur¹³ (Stadt Homberg), die Darlegungs- und Beweislast für Verstöße gegen die Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren¹⁴ (Stromnetz Steinbach), die Anforderungen an die Neutralität¹⁵ (Landesbetrieb Berlin Energie, Gasnetz Leipzig, Gasnetz Berlin, Stadt Bargteheide) sowie das Ob und den Umfang der Zurücksetzung der Verfahren bei festgestellten Rechtsverletzungen¹⁶ (Gasnetz Berlin).

Diese Entscheidungen betrafen bisher ausschließlich Sachverhalte, auf die das Rügeregime des § 47 EnWG noch nicht anwendbar war. In diesen Fällen hat der BGH die Berufung auch auf solche Rechtsverstöße zugelassen, die das beteiligte Unternehmen zuvor erfolglos in einem einstweiligen Verfügungsverfahren geltend gemacht hatte. Die in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und der Literatur streitige Frage¹⁷, ob dies auch nach der Einführung des Rügeregimes gilt, hat der BGH bisher offengelassen¹⁸ und nun zu Gunsten einer materiellen Präklusion durch ein erfolgloses Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG entschieden.

II. Zu den Urteilsgründen

Der BGH hat die Revision gegen das das klageabweisende Urteil des LG Mannheim¹⁹ bestätigende Urteil des OLG Karlsruhe²⁰ zurückgewiesen. Dabei stellt der BGH noch zutreffend fest, dass die Zulässigkeit der Feststellungskla-

4 BGH, RdE 2014, 177 Rn. 99 – »Stromnetz Berkenthin«.

5 BGH, RdE 2014, 177 Rn. 103 – »Stromnetz Berkenthin«.

6 BGH, RdE 2014, 177 Rn. 108 – »Stromnetz Berkenthin«.

7 BGH, RdE 2014, 177 Rn. 109 – »Stromnetz Berkenthin«.

8 BGBl. 2017 Teil I Nr. 5.

9 BGH, Ur. v. 18.11.2014 – EnZR 33, RdE 2015, 130 – »Stromnetz Schierke«.

10 BGH, Ur. v. 14.04.2015 – EnZR 11/14 – »Gasnetz Springe«.

11 BGH, Beschl. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13 – »Stadt Homberg«; BGH, Ur. v. 07.04.2020 – EnZR 75/18, RdE 2020, 467 – »Strom- und Gasnetz Stuttgart«.

12 BGH, Beschl. v. 26.01.2016 – KVZ 41/15, RdE 2016, 470 – »Titisee-Neustadt«.

13 BGH, Beschl. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13 – »Stadt Homberg«.

14 BGH, Ur. v. 28.01.2020 – EnZR 116/18 – »Stromnetz Steinbach«.

15 BGH, Beschl. v. 18.10.2016 – KZB 46/15 – »Landesbetrieb Berlin Energie«; BGH, Ur. v. 28.01.2020 – EnZR 99/18 – »Gasnetz Leipzig«; BGH, Ur. v. 09.03.2021 – KZR 55/19, RdE 2021, 477 – »Gasnetz Berlin«; BGH, Ur. v. 12.10.2021 – EnZR 43/20 – »Stadt Bargteheide«.

16 BGH, Ur. v. 09.03.2021 – KZR 55/19 – »Gasnetz Berlin«.

17 Siehe hierzu die Verweise in Rn. 20 des hier besprochenen Urteils »Gasnetz Salem«.

18 BGH, Ur. v. 07.09.2021, EnZR 29/20, juris Rn. 27 – »Gasnetz Rösrath«; BGH, Ur. v. 12.10.2021, EnZR 43/20, juris Rn. 27 – »Stadt Bargteheide«.

19 LG Mannheim, Ur. v. 06.03.2024 – 14 O 173/22.

20 OLG Karlsruhe, Ur. v. 13.11.2024 – 6 U 29/24, BeckRS 2024, 53683.

ge nicht an der Entscheidung im vorangegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG scheitert (hierzu Ziffer 1.). Nicht gefolgt werden kann dem BGH aber in der Annahme, dass sich die Klägerin »im vorliegenden Klageverfahren zur Begründung der Nichtigkeit nicht mehr auf Rechtsverletzungen berufen [kann], die sie bereits im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ohne Erfolg geltend gemacht hat« (hierzu Ziffer 2). Zumindest unklar ist auch der Umfang der von der Präklusionswirkung erfassten Rechtsverletzungen (hierzu Ziffer 3).

1. Zur formellen Präklusionswirkung

Der BGH hat die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu Recht bejaht. Danach liegt nicht nur ein »feststellungsfähiges Rechtsverhältnis« (Rn. 9), sondern auch ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Unwirksamkeit des mit dem obsiegenden Bewerber abgeschlossenen Konzessionsvertrages vor (Rn. 10). Der BGH hat auch zutreffend festgestellt, dass die Klägerin nicht auf eine mit Unsicherheiten verbundene Leistungsklage verwiesen werden kann (Rn. 11). Richtigerweise hat der BGH auch die in der Entscheidung »Stadt Bargteheide« noch offengelassene Frage verneint, ob die Klägerin »im Hinblick auf die bereits im Eilverfahren erfolglos geltend gemachten Rechtsverletzungen [...] durch die Regelung des § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG gehindert [ist], die Feststellungsklage zu erheben« (Rn. 12). Dabei stellt der BGH zu Recht darauf ab, dass § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG wegen des von dem vorliegenden Klageverfahren unterschiedlichen Streitgegenstands des Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG keine »formelle, der Zulässigkeit der Klageerhebung entgegenstehende Präklusionswirkung« zu entnehmen ist.

2. Zur materiellen Präklusionswirkung

Der BGH meint, Rechtsverletzungen, »die bereits Gegenstand des besonderen Eilverfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG waren und im dortigen Verfahren einen Unterlassungsanspruch aufgrund geltend gemachter Verstöße gegen § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht begründen konnten«, könnten »die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags nach § 134 BGB wegen der Präklusionswirkung des § 47 Abs. 5 EnWG, die einer zügig eintretenden Rechtssicherheit dient, nicht mehr begründen« (Rn. 14). § 47 Abs. 5 EnWG sehe, anknüpfend an die Rechtsprechung des BGH zur »Rügepräklusion« in Fällen, in denen der unterlegene Bewerber eine ihm von der Gemeinde eingeräumte Möglichkeit, seine Rechte zu wahren, nicht nutzt (Rn. 15), »eine Präklusion auch für den Fall vor, dass der unterlegene Bieter in dem nach dieser Vorschrift vorgesehenen besonderen Eilverfahren, mit dem er entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragsschluss verhindern wollte, mit seinem Begehren nicht durchgedrungen ist« (Rn. 16). Er könne »dann auf Grundlage der bereits im Eilverfahren erfolglos erhobenen Rügen in einem anschließenden Klageverfahren weder die Unterlassung des mit dem obsiegenden Bieter in Aussicht genommenen Vertragsschlusses noch - nach erfolgtem Vertragsschluss - die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrags gegenüber der

ausschreibenden Gemeinde verlangen« (Rn. 16). Das ist nicht überzeugend. Die Annahme einer materiellen Präklusionswirkung findet keine Grundlage in der bisherigen Rechtsprechung des BGH (a). Sie wird auch nicht durch eine an Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Sinn und Zweck ausgerichtete Auslegung gestützt (b). Die Annahme, der Gesetzgeber habe eine an den Ausgang eines einstweiligen Verfügungsverfahrens geknüpfte materielle Präklusionswirkung begründen wollen, ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht haltbar (c). Jedenfalls kann eine materielle Präklusion entgegen der Annahme des BGH nicht auf das Rechtsverhältnis zwischen dem obsiegenden und dem rügenden Bewerber erstreckt werden (d). Sie schließt, wie der BGH insoweit zutreffend festgestellt hat, auch Sekundäransprüche nicht aus (e).

a) Keine Grundlage in der bisherigen Rechtsprechung des BGH

Die Annahme des BGH, die angeblich durch § 47 Abs. 5 EnWG begründete materielle Präklusionswirkung knüpfe an seine Rechtsprechung zur »Rügepräklusion« in Fällen an, in denen der unterlegene Bewerber eine ihm von der Gemeinde eingeräumte Möglichkeit, seine Rechte zu wahren, nicht nutzt (Rn. 15), übersieht bereits, dass seine bisherige Rechtsprechung gerade keine »Rügepräklusion« durch einen erfolglosen Antrag auf Unterlassung des Abschlusses des Konzessionsvertrages mit dem obsiegenden Bieter vorsah, sondern lediglich auf eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolge in Fällen gerichtet war, in denen der unterlegene Bewerber eine ihm von der Gemeinde eingeräumte Möglichkeit, seine Rechte zu wahren, nicht nutzt.²¹ Eine den Regelungen des Vergaberechts entsprechende Rügepräklusion hat der BGH für die Rechtslage vor Inkrafttreten des Rügeregimes nach § 47 Abs. 5 EnWG sogar ausdrücklich abgelehnt²² und auch den gegen die Berufung auf die Nichtigkeit erhobenen Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zurückgewiesen, wenn der im Eilverfahren unterlegene Bewerber seine Einwendungen gegen die Auswahlentscheidung aufrechterhält.²³ Die Annahme, § 47 Abs. 5 EnWG knüpfe an die Rechtsprechung des BGH zu der bis dahin geltenden Rechtslage an, spricht daher nicht für, sondern gegen die Annahme einer Rügepräklusion bei einem erfolglosen Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG.

b) Zur Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Zweck der Norm

Auch die Annahme des BGH, die Regelung des § 47 Abs. 5 EnWG sei »nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte sowie im Hinblick auf die mit ihr verfolgten Zwecke dahin auszulegen, dass sich ein unterlegener Bieter

21 BGH, RdE 2014, 177 Rn. 108 – »Stromnetz Berkenthin«; BGH, Urt. v. 07.09.2021 – EnZR 29/20, juris Rn. 23 – »Gasnetz Rösrath«.

22 BGH, Urt. v. 07.09.2021 – EnZR 29/20, juris Rn. 18 – »Gasnetz Rösrath«.

23 BGH, Urt. v. 07.09.2021 – EnZR 29/20, juris Rn. 24 ff. – »Gasnetz Rösrath«.

auf die Nichtigkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrags nach § 134 BGB, § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB dann nicht mehr berufen kann, wenn er die Rügen ohne Erfolg bereits im besonderen Eilverfahren geltend gemacht hat« (Rn. 18), kann nicht überzeugen.

aa) Wortlaut

Das gilt bereits für die Annahme, der Wortlaut der Vorschrift gebe »Anhaltspunkte für ein solches Verständnis« (Rn. 19).

(1) Der BGH stellt dabei darauf ab, »dass gerügte Rechtsverletzungen nach Satz 1 nur innerhalb von 15 Tagen vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können und insoweit nach Satz 2 die Vorschriften über das einstweilige Verfügungsverfahren gelten«. Dabei könne die Verwendung des Wortes »nur« dahingehend verstanden werden, dass der unterlegene Bieter die bereits gegenüber der Gemeinde gerügten Rechtsverletzungen bei Nichtabhilfe ausschließlich in dem nach dieser Vorschrift vorgesehenen gerichtlichen Verfahren geltend machen kann. Für ein solches Verständnis spreche der »Gesamtzusammenhang« der Regelungen in § 47 Abs. 5 EnWG. Die »Gesamtschau« dieser Regelungen zeige, »dass die in Satz 1 vorgesehene gerichtliche Geltendmachung, die nur innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen kann, durch die Bestimmung der für diese Zwecke anwendbaren Verfahrensvorschriften gemäß Satz 2 näher konkretisiert wird«. Wenn die gerichtliche Geltendmachung in einem Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG lediglich die Voraussetzung für die spätere Geltendmachung in einem Hauptsacheverfahren sei, hätte der Gesetzgeber dies etwa durch den Begriff »wenn« deutlich gemacht.

(2) Das ist nicht überzeugend. Die Verwendung des Begriffs »nur« in § 47 Abs. 5 EnWG zeigt lediglich, dass die gerügten Rechtsverstöße, denen die Gemeinde nicht abgeholfen hat, nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn der rügende Bewerber diese Rechtsverstöße nicht innerhalb der Frist des § 47 Abs. 5 Satz 5 EnWG durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung weiterverfolgt. Daraus folgt zugleich, dass eine Präklusion nicht eintritt, wenn der rügende Bewerber die Rügen durch einen fristgerechten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung weiterverfolgt. Wenn der Gesetzgeber eine weitergehende Präklusion für den Fall der Erfolglosigkeit eines solchen Antrags hätte begründen wollen, hätte er dies durch eine entsprechende Ergänzung deutlich machen müssen²⁴. Das hat er aber nicht getan.

bb) Sinn und Zweck

Nicht überzeugend ist auch die Annahme des BGH, dass nur dieses Verständnis, also die Annahme einer Rügepräklusion bei einem erfolglosen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 47 Abs. 5 EnWG, »mit dem Sinn und Zweck der Regelung des § 47 Abs. 5 EnWG überein[stimmt]« (Rn. 20). Die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Ziele erfordern entgegen der Auffassung des BGH keine »materielle Präklusion von Rügen, die im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ohne Erfolg erhoben worden sind«. Dabei stellt der BGH unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung

zwar noch im Ausgangspunkt zutreffend fest, dass der Gesetzgeber »mit der Einführung der Rügeobliegenheiten verhindern [wollte], dass Verfahrensfehler noch Jahre nach der Entscheidung (erstmalig) geltend gemacht werden und sowohl der neue Wegenutzungsrechtsinhaber als auch die Gemeinde sich in einem fortdauernden Schwebezustand der Rechtsunsicherheit befinden« (Rn. 21). Dieser Zweck macht aber eine »materielle Präklusion von Rügen, die im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ohne Erfolg erhoben worden sind«, nicht erforderlich. Er soll nach der Konzeption des Rügeregimes vielmehr durch die Präklusion der nicht rechtzeitig erhobenen oder nicht rechtzeitig weiterverfolgten Rügen erreicht werden. Die Annahme des BGH, eine solches Verständnis des Rügeregimes verfehle »die gesetzgeberische Intention vollständig« und sei nicht geeignet, die »angestrebte zügig eintretende Rechtssicherheit für die Beteiligten [...] zu erreichen« (Rn. 22), ist nicht überzeugend.

(1) Der BGH zitiert die Gesetzesbegründung bereits teilweise unvollständig und missverständlich.

So betont der BGH, der Gesetzgeber habe bei Einführung der Vorschrift vor Augen gehabt, »dass Fehler im Verfahren nach § 46 EnWG die Gesamtnichtigkeit des neu abgeschlossenen Wegenutzungsvertrags zur Folge haben können, dies erhebliche Rechtsunsicherheit für die Gemeinden und den neuen Wegenutzungsberechtigten bedeutet und damit auch nachteilige Konsequenzen für die ungestörte Fortführung des Netzbetriebs nach sich zieht«. Insbesondere habe der Gefahr entgegengewirkt werden sollen »dass wichtige und zwingend erforderliche Netzausbau- und -verstärkungsmaßnahmen für einen beachtlichen Zeitraum zum Erliegen kommen könnten«, was »fatale Folgen für den zügigen Zubau der dezentralen Erzeugungsanlagen hätte«. Die zitierten Aussagen beziehen sich allerdings nicht speziell § 47 EnWG oder gar § 47 Abs. 5 EnWG, sondern auf die Gesamtheit der neuen Regelungen in §§ 46 ff. EnWG.²⁵ Sie lassen daher entgegen der Auffassung des BGH keinen unmittelbaren Schluss auf den »Zweck der Rüge- und Präklusionsvorschriften des § 47 EnWG« zu.

Zur Bedeutung der den Beteiligten auferlegten Rügeobliegenheiten heißt es in der Gesetzesbegründung vielmehr²⁶:

»So wird vermieden, dass Verfahrensfehler noch Jahre nach der Entscheidung *erstmalig* geltend gemacht werden und sich der neue Wegenutzungsinhaber sowie die Gemeinde in einem fortdauernden Schwebezustand der Rechtsunsicherheit befinden.«

Der Zweck des Rügeregimes besteht daher allein in der Vermeidung einer noch Jahre nach der Entscheidung erfolgenden erstmaligen Geltendmachung von Rechtsverletzungen.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der einleitenden Gesetzesbegründung zu § 47 EnWG. Zwar wird auch dort darauf hingewiesen, dass die bei Fehlern im Verfahren

²⁴ In diesem Sinne auch Wegener/Heller in: BeckOGK, § 47 EnWG, Stand: 01.03.2024, Rn. 55; OLG Dresden, Urt. v. 11.05.2022 – U 30/21 Kart, juris Rn. 28.

²⁵ BT-Drucks. 18/8184, S. 8 f.

²⁶ BT-Drucks. 18, 8184, S. 9.

nach § 46 EnWG mögliche Gesamtnichtigkeit des neu abgeschlossenen Wegenutzungsvertrages sowie das mögliche Erfordernis einer Verfahrenswiederholung »zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Gemeinde und den neuen Wegenutzungsberechtigten« führt und »die Fortführung des Netzbetriebs und möglicherweise die Durchführung zwingend erforderlicher Netzausbaumaßnahmen« hindert.²⁷ Im Anschluss daran heißt es aber, dies gelte »insbesondere dann, wenn Verfahrensfehler auch noch Jahre nach dem Neuabschluss eines Wegenutzungsvertrages geltend gemacht werden können«. Daher werde mit dem neuen § 47 EnWG »zur Stärkung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz eine Präklusionsvorschrift im Gesetz verankert«.²⁸ Diese Präklusionsvorschrift sieht in Abs. 2 verschiedene Fristen für die Rüge erkennbarer Rechtsverletzungen und in Abs. 5 eine Frist zur Weiterverfolgung zurückgewiesener Rügen vor. Auch dies zeigt, dass der Gesetzgeber die Stärkung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz durch die Präklusion nicht rechtzeitig erhobener und nicht rechtzeitig weiterverfolgter Rügen bewirken wollte. Diese ist das Mittel, mit dem der Gesetzgeber das von ihm verfolgte Ziel erreichen will. Eine materielle Präklusion in einem Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG erfolglos geltend gemachter Rügen lässt sich aus der Gesetzesbegründung demgegenüber nicht ableiten.

(2) Das wird durch die weiteren Feststellungen des BGH zum Zweck der Rügeobligationen bestätigt. Hierzu führt der BGH aus (Rn. 21):

»Sowohl die Gemeinden als auch die neuen Netzbetreiber sollten – im Hinblick auf mögliche streitige Punkte (vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8484, S. 25) – von einer zügig eintretenden Rechtssicherheit profitieren, indem Verfahrensfehler möglichst früh geltend gemacht werden (vgl. BT-Drucks. 18/8184, S. 16). Dabei sollten Rechtssicherheit und Qualität von Verfahren nach § 46 EnWG dadurch erhöht werden, dass die beteiligten Unternehmen verpflichtet werden, im laufenden Verfahren aktiv auf die Vermeidung und Ausräumung von Rechtsfehlern hinzuwirken. Ziel der Regelung war es zudem, die Gerichte dadurch zu entlasten, dass sie nicht erst am Ende eines Verfahrens nach § 46 EnWG das gesamte Verfahren aufarbeiten müssen, sondern sich auf die rechtzeitig gerügten Streitpunkte konzentrieren können (BT-Drucks. 18/8184, S. 16).«

Die (nur hier) durch Fettdruck hervorgehobenen Passagen zeigen, dass die Rechtssicherheit durch die frühzeitige Geltendmachung und die Präklusion der Berufung auf nicht rechtzeitig geltend gemachten Rechtsverletzungen erreicht werden soll. Dies gilt auch für die Präklusion der Berufung auf die nicht rechtzeitig nach § 47 Abs. 5 EnWG weiterverfolgten Rügen.

(3) Es ist daher auch nicht zutreffend, dass dem »Kernanliegen der gesetzlichen Neuregelung, mit dem ein zügiger Eintritt von Rechtssicherheit im Interesse eines effizienten Netzbetriebs erreicht werden soll«, nur durch eine materielle Präklusion der in einem Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG erfolglos geltend gemachten Rügen »Geltung verschafft werden« kann (Rn. 22).

(a) Der BGH beruft sich insoweit zu Unrecht auf seine bisherige Rechtsprechung.

Das gilt zunächst für seinen Verweis auf das Urteil »Stromnetz Steinbach«²⁹. Dort hat der BGH zwar zur bisherigen Rechtslage anerkannt, dass »die für eine Netzübernahme im Leistungswettbewerb erforderliche Planungs- und Rechtssicherheit nicht mehr erreicht werden [können]«, wenn der Altkonzessionär berechtigt wäre, »während der gesamten zwanzigjährigen Vertragslaufzeit und auch noch nach erfolgter Übereignung des Netzes die Unwirksamkeit des neuen Konzessionsvertrags geltend zu machen, um sodann gegebenenfalls die Rückübertragung des Netzes zu verlangen«. Das betreffende Zitat dient aber lediglich der Begründung dafür, dass die nach der Rechtsprechung des BGH eintretende Begrenzung der Nichtigkeitsfolge in Fällen, in denen der unterlegene Bewerber ausreichend Gelegenheit hatte, seine Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht genutzt hat, auch für den Altkonzessionär gilt.³⁰ Eine materielle Präklusion erfolglos gerügter Rechtsverletzungen hat der BGH in dem betreffenden Urteil aber auch unter dem Gesichtspunkt der »für eine Netzübernahme im Leistungswettbewerb erforderliche[n] Planungs- und Rechtssicherheit« nicht für erforderlich gehalten.

Auch der Hinweis des BGH auf sein Urteil »Gasnetz Rösrath« ist nicht zutreffend. Die vom BGH nunmehr offenbar als unzumutbar angesehene Wahl der Gemeinde, »entweder mit dem Vertragsschluss bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens abzuwarten oder aber das rechtliche Risiko in Kauf zu nehmen, dass sich der eigene Rechtsstandpunkt, mit dem sie bereits im Eilverfahren durchgedrungen ist, später doch als unzutreffend erweist« (Rn. 22), hat der BGH in der Entscheidung »Gasnetz Rösrath« vielmehr für zumutbar gehalten, wenn der auch in dem Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG erfolglos unterlegene Bewerber der Gemeinde mitteilt, dass er den Vertragsschluss für rechtswidrig hält.³¹

(b) Nicht berechtigt ist auch die Sorge des BGH, ein sich an ein Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG anschließendes Hauptsacheverfahren gefährde die notwendigen Investitionen in das Netz sowohl in dem Fall, dass der Altkonzessionär das Netz vorläufig weiterbetreibt, als auch in dem Fall, dass das Netz bereits von dem Neukonzessionär betrieben wird (Rn. 22).

(aa) Das gilt zunächst für den Fall, dass der Altkonzessionär das Netz vorläufig weiterbetreibt. Der BGH nimmt an, dass der Altkonzessionär in diesem Fall »nur noch ein geringes Interesse [daran habe], erforderliche Investitionen in das Netz zu tätigen, weil er nicht wisse, ob er das Netz auch künftig werde betreiben dürfen und ob sich die getätigten Investitionen amortisierten«. Auch »im Falle der Netzübergabe an einen im Ergebnis obsiegenden Neukonzessionär«, so der BGH, »laufe der Altkonzessionär Gefahr, dass die nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu entrichtende Vergütung die getätigten

27 BT-Drucks. 18/8184, S. 16.

28 BT-Drucks. 18/8184, S. 16.

29 BGH, Urt. v. 28.01.2020 – EnZR 116/18 – »Stromnetz Steinbach«.

30 BGH, Urt. v. 28.01.2020 – EnZR 116/18, juris Rn. 30 – »Stromnetz Steinbach«.

31 BGH, Urt. v. 07.09.2021 – EnZR 29/20, juris Rn. 27 – »Gasnetz Rösrath«.

Aufwendungen möglicherweise nicht decke«. Das ist mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht vereinbar.

Der BGH übersieht bereits, dass auch der das Netz vorläufig weiterbetreibende Altkonzessionär nach § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG verpflichtet ist, »ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist«. Anhaltspunkte für die Annahme, ein das Netz vorläufig weiterbetreibender Altkonzessionär werde diese Pflicht nicht erfüllen, sind nicht ersichtlich. Das Gleiche gilt für die Verpflichtungen nach dem EEG – einschließlich der Verpflichtung der Netzbetreiber nach § 12 Abs. 1 Satz 1 EEG, »ihre Netze entsprechend dem Stand der Technik [zu] optimieren, [zu] verstärken und auszubauen, um die Abnahme, Übertragung und Verteilung des Stroms aus erneuerbaren Energien oder Grubengas sicherzustellen«.

Anders als der BGH offenbar meint, hat ein das Netz vorläufig weiterbetreibender Altkonzessionär auch keinen wirtschaftlichen Anreiz, seine gesetzlichen Pflichten zu verletzen. Bis zu einer Netzübertragung stellt die Entgeltregulierung sicher, dass auch die neu getätigten Investitionen entsprechend ihres Werteverlustes und ihrer Kapitalzinslast amortisiert werden. Muss das Netz infolge eines Konzessionswechsels abgegeben werden, werden noch nicht amortisierte Investitionen im Rahmen der Ermittlung der von dem Neukonzessionär zu zahlenden wirtschaftlich angemessenen Vergütung gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG vollständig berücksichtigt. Dies stellt das zusammen mit dem Rügeregime eingeführte Recht auf einen nach der objektivierten Ertragswertmethode nach § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG ermittelten Kaufpreis sicher. Eine etwaige Sorge des Altkonzessionärs vor einer nur anteiligen Amortisation neuer Investitionen wäre daher unbegründet.

Dies wird durch folgende Kontrollüberlegung gestützt: Wenn die Annahme des BGH zutreffend wäre, wonach ein Netzbetreiber Investitionen scheut, wenn er nicht sicher sein kann, das Netz in dem Amortisationszeitraum betreiben zu können, würde sich daran auch durch einen wirksamen Konzessionsvertrag nichts ändern. Angesichts vorgeschriebener kalkulatorischer Abschreibungszeiträume für Fortleitungs- und Verteilungsanlagen von bis zu 50 Jahren³² und von Gebäuden bis zu 70 Jahren³³ müssten Netzbetreiber nämlich selbst dann, wenn keinerlei Zweifel an der Wirksamkeit des auf 20 Jahre abgeschlossenen Konzessionsvertrages bestünden, mit einer nur anteiligen Amortisation ihrer Investitionen rechnen.

(bb) Ebenso wenig überzeugend ist die Annahme, dass sich auch ein Neukonzessionär, der das Netz bereits betreibt, »mit Investitionen in die Netzinfrastruktur so lange zurückhalten [wird], bis die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages rechtskräftig feststeht«. Ist der Neukonzessionär zugleich der Altkonzessionär gilt das zum Weiterbetrieb des Netzes durch den Altkonzessionär Gesagte entsprechend. Der Fall, dass der die Vergabe an den Neukonzessionär anfechtende Altkonzessionär das Netz vor der rechtskräftigen Klärung der Wirksamkeit des neuen Vertrages an den Neukonzessionär überträgt, wird in der Praxis kaum vorkommen. Aber auch wenn dies, etwa aufgrund einer entsprechenden Anordnung der BNetzA³⁴,

der Fall wäre, müsste sich der neue Netzbetreiber um die Amortisation seiner Investitionen nicht sorgen, da auch er bei der Übertragung des Netzes an den »richtigen« Netzbetreiber einen Anspruch auf eine wirtschaftlich angemessene Vergütung nach § 46 Abs. 2 EnWG hätte, die eine Amortisation seiner Investitionen sichert.

(cc) Vor diesem Hintergrund ist die Annahme des BGH, »die daraus resultierenden Verzögerungen und damit zugleich verbundene – meist jahrelange – Rechtsunsicherheit« stünden »in einem unauflöslichen Widerspruch zu den mit der gesetzlichen Neuregelung verbundenen Zielen« (Rn. 22), nicht haltbar. Das gilt umso mehr, als das durch eine materielle Präklusion der in dem Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG erfolglos geltend gemachten Rügen erreichte »Mehr« an Rechtssicherheit nicht in dem vom BGH offenbar erhofften Umfang besteht. Die in Verfahren zur Vergabe von Konzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG eintretenden Verzögerungen und die dadurch bewirkten Rechtsunsicherheiten haben viele Ursachen. Die Möglichkeit eines Hauptsacheverfahrens nach Abschluss eines Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG ist dabei eher von untergeordneter Bedeutung.

So entscheiden Gemeinden, denen das Gesetz keinerlei Fristen zur Entscheidung über die Rügen setzt, oft erst nach vielen Monaten oder gar Jahren über die Rügen und tragen damit bereits im Vorfeld der Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG zur Verlängerung der Rechtsunsicherheit bei. Das Gleiche gilt, wenn Gemeinden sich dazu entscheiden, die in den verschiedenen Verfahrensstufen erhobenen Rügen nicht abzuschichten, sondern von der Möglichkeit³⁵ Gebrauch machen, über alle Rügen unabhängig von der Verfahrenshandlung gegen die sie sich richten, erst im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Rügen gegen die Auswahlentscheidung zu entscheiden, da sich damit das Risiko erhöht, dass das Verfahren wegen eines frühen Fehlers (fast) vollständig zurückgesetzt wird und mehrere Verfahrensschritte wiederholt werden müssen.

Auch wenn schließlich Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG eingeleitet werden, ziehen sich diese oft über mehrere Jahre hin, wobei ein wesentlicher Verzögerungsfaktor in der oft nur scheinbar erfolgreiche Offenlegung der Verfahrensakte nach § 47 Abs. 3 EnWG liegt, die nach § 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG immer wieder die Möglichkeit zu neuen Rügen eröffnet. Hinzu kommt, dass sich die Verfahren durch die vom BGH zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes an das Eilverfahren gestellten Anforderungen wie etwa die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Ladung benannter Zeugen und Sachverständigen (Rn. 28) weiter verlängern werden. Auch die anschließenden Netzübernahmeverhandlungen können sich sehr lange hinziehen. Auch wenn dabei die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags nicht mehr angegriffen werden könnte, kann dennoch die erneute Einschaltung der Gerichte erforderlich werden.

32 Ziffer III der Anlage 1 zur StromNEV.

33 Ziffer I der Anlage 1 zur StromNEV.

34 Zu dieser Möglichkeit: BGH, Beschl. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13 – »Stadt Homberg«.

35 BT-Drucks. 18/8184, S. 28 zu Ziffer 11.

Der BGH berücksichtigt auch nicht, dass sich ein im Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG gescheiterter Bewerber sehr genau überlegen wird, ob er das Risiko eingeht, dieselben Rügen in einem Hauptsacheverfahren erneut zu erheben. Der BGH unterschätzt die befriedende Wirkung eines gut begründeten Urteils eines Oberlandesgerichts. Nimmt der unterlegene Bewerber seine Niederlage ausdrücklich hin, wäre ein späterer Versuch, seine Primäransprüche durch eine Hauptsacheklage geltend zu machen, in der Regel wegen Verwirkung treuwidrig. Umgekehrt würde ein im Eilverfahren unterlegener Bewerber, dem die Durchsetzung seines Primäranspruchs versagt wird, bei einem nicht überzeugenden Urteil im Eilverfahren nicht zögern, seine Sekundäransprüche gegen die Gemeinde geltend zu machen und sich dabei auf die bereits erhobenen Rügen stützen. Eine solche Klage wäre auch nach Auffassung des BGH möglich (Rn. 25). Die Rechtsunsicherheit für die Gemeinde wäre also auch durch eine materielle Präklusion des Primäranspruchs nicht beseitigt.

cc) Entstehungsgeschichte

Der BGH erkennt an, dass den Gesetzesmaterialien »keine ausdrücklichen Hinweise darauf zu entnehmen [sind], dass Rügen, die im besonderen Eilverfahren ohne Erfolg erhoben worden sind, in einem nachfolgenden Klageverfahren wegen der Präklusionsvorschrift des § 47 Abs. 5 EnWG nicht mehr zu berücksichtigen sind«. Seine Annahme, dass dem »Kernanliegen der gesetzlichen Neuregelung, mit dem ein zügiger Eintritt von Rechtssicherheit im Interesse eines effizienten Netzbetriebs erreicht werden soll«, nur durch eine materielle Präklusion der in einem Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG erfolglos geltend gemachten Rügen »Geltung verschafft werden« kann (Rn. 22), ist demgegenüber aus den bereits zum »Sinn und Zweck« dargestellten Gründen unzutreffend. Dort wurde auch gezeigt, dass sich aus der Gesetzesbegründung vielmehr ergibt, dass das von dem Gesetzgeber gewählte Mittel zur Schaffung von Rechtssicherheit über ein Präklusionsregime in der Präklusion der nicht rechtzeitig erhobenen oder nicht rechtzeitig weiterverfolgten Rügen und nicht in der materiellen Präklusion der nach § 47 Abs. 5 EnWG erfolglos weiterverfolgter Rügen besteht.

dd) Systematik

§ 47 Abs. 5 EnWG verweist in Satz 2 EnWG umfassend auf die »Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung« und regelt in Satz 3 lediglich die Besonderheit, dass der Verfügungsgrund nicht glaubhaft zu werden braucht. Damit sind die Vorschriften der ZPO über das Verfahren zum Erlass einer einstweiligen Verfügung im Übrigen in vollem Umfang einzuhalten. Daraus folgt, dass auch die betreffende Entscheidung nur den Charakter einer einstweiligen Verfügung hat. Für eine den Antrag abweisende Entscheidung bedeutet dies, dass sich ihre Wirkung in dem nicht erfolgten Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung erschöpft. Die gegenteilige Auffassung des BGH (Rn. 23) ist nicht überzeugend.

(1) Der BGH erkennt insoweit an, »dass der Gesetzgeber den Verweis auf die Vorschriften über das Verfahren

auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ersichtlich nur als Klarstellung verstanden wissen« wollte. Er erkennt auch, dass der Gesetzgeber »in § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG nur geringfügige Modifikationen an den nach § 47 Abs. 5 EnWG anzuwendenden Vorschriften über das einstweilige Verfügungsverfahren vorgenommen [hat], indem er die jeweiligen Antragsteller von der Darlegung eines Verfügungsgrunds befreit hat«. Dies kann, wie der BGH einräumt, »für sich genommen darauf schließen lassen, dass mit der Durchführung des einstweiligen Verfügungsverfahrens nach allgemeinen Regeln eine zügige vorläufige Prüfung der geltend gemachten Rechtsverletzungen erfolgen soll, die lediglich der prozessualen Sicherung des materiell-rechtlichen Anspruchs dient [...], daher auch nicht die Entscheidung über den materiell-rechtlichen Anspruch selbst zum Gegenstand hat [...] und insofern keine präjudizielle Wirkung für ein sich anschließendes, allen Beteiligten offenes Hauptsacheverfahren entfalten kann«.

(2) Dennoch will der BGH einer solchen »Auslegung, die sich an diesem nach allgemeinen zivilprozessualen Regeln geltenden Verhältnis zwischen einstweiligem Rechtsschutz und Erkenntnisverfahren orientiert« nicht folgen, weil sie angeblich »den für die Vergabe von Wegerechtskonzessionen bestehenden Besonderheiten, insbesondere der für einen effizienten Weiterbetrieb der Netzinfrastruktur erforderlichen Planungssicherheit, nicht hinreichend Rechnung« trage. Zur Begründung bezieht sich der BGH dabei auf seine Ausführungen zum Sinn und Zweck der Vorschrift und behauptet, »die mit der Einführung der Vorschrift angestrebte Rechtssicherheit zur Wahrung von gewichtigen Allgemeininteressen« sei »so nicht zu erreichen«. Die Vorschrift könne deshalb »nur dahingehend verstanden werden, dass sie – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – ein Eilverfahren eigener Art anordnet, nach dessen formell rechtskräftigem Abschluss die dort ohne durchgreifenden Erfolg geltend gemachten Rechtsverletzungen eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gemäß § 134 BGB, § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB in einem nachfolgenden Klageverfahren zum Zwecke der vorrangig zu gewährleistenden Rechtssicherheit nicht mehr begründen können« (Rn. 23). Hierfür schafft der BGH vor dem Hintergrund des Gebots effektiven Rechtsschutzes ein prozessuales Sonderrecht für das Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG, welches an verschiedenen Stellen von den nach § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG anwendbaren Vorschriften für Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abweicht. Das ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend.

(a) Wie bereits gezeigt, ist schon die Annahme des BGH, der Zweck des § 47 Abs. 5 EnWG könne nur erreicht werden, wenn man die Norm als »materiell-rechtlich wirkende Präklusionsregelung« versteht, nicht zutreffend. Damit entfällt auch die vom BGH aus dem Zweck abgeleitete angenommene Notwendigkeit für die Begründung eines »Eilverfahrens eigener Art«.

(b) Ein »Eilverfahren eigener Art« könnte außerdem nur dann angenommen werden, wenn sich dafür ein Ansatzpunkt im Gesetzestext findet. Das ist aber, wie der BGH selbst einräumt, nicht der Fall. Der Gedanke, der Gesetzgeber habe die verfahrensrechtlichen Einschränkungen des einstweiligen Verfügungsverfahrens im Ver-

gleich zum Hauptsacheverfahren bei der Ausgestaltung des § 47 Abs. 5 EnWG schlicht übersehen oder als unproblematisch für eine nachfolgende Entscheidung betrachten wollen, ist fernliegend. Die Zivilprozessordnung differenziert klar zwischen einstweiligem Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren. Im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940, 916 ff. ZPO genügt die Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund (§ 920 Abs. 2, § 294 ZPO); das Gericht entscheidet typischerweise auf der Grundlage nur glaubhaft gemachter Tatsachen und nicht zwingend nach mündlicher Verhandlung (§ 937 Abs. 2 ZPO). Die tatsächliche Entscheidungsgrundlage ist damit bewusst eingeschränkt und auf eine vorläufige Sicherung oder Regelung angelegt (§ 938 ZPO). Demgegenüber verlangt das Hauptsacheverfahren nach § 253 ZPO und den Beweisvorschriften der §§ 355 ff. ZPO die volle Ausschöpfung der prozessualen Aufklärungsmöglichkeiten und einen Vollbeweis nach § 286 ZPO. Die richterliche Überzeugungsbildung hat sich auf eine abschließende, umfassend ermittelte Tatsachengrundlage zu stützen, die regelmäßig im Rahmen einer mündlichen Verhandlung (§ 128 ZPO) und gegebenenfalls mehrstufiger Beweisaufnahme gewonnen wird. Vor diesem systematischen Hintergrund kann nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe die erheblichen Unterschiede beider Verfahrensarten in Kauf genommen, ohne dies in den Gesetzesmaterialien zu reflektieren, wenn das Eilverfahren materiell-präjudizielle Wirkung für ein späteres Hauptsacheverfahren haben sollte.

(c) Das gilt umso mehr als der BGH vor dem Hintergrund des Gebots effektiven Rechtsschutzes ein prozessuales Sonderrecht für das Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG begründet, welches an verschiedenen Stellen von den nach § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG anwendbaren Vorschriften für Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abweicht. So soll das Gericht ungeachtet der Regelung in § 937 Abs. 2 ZPO »in aller Regel eine mündliche Verhandlung an[...]beraumen« (Rn. 28). Außerdem sollen ungeachtet der Regelung in § 294 Abs. 2 ZPO »von den Parteien benannte Zeugen oder Sachverständige zum Termin [ge]laden« und »alle prozessualen Mittel aus[ge]schöpft« werden, »um eine umfassende Tatsachfeststellung zu gewähren« (Rn. 28). Auch soll eine Entscheidung nach § 47 Abs. 5 ZPO ungeachtet von § 926 ZPO »jedenfalls gegenüber der Gemeinde auch dann abschließenden Charakter [haben], wenn sie zu Gunsten des unterlegenen Bieters ergeht« (Rn. 29). Durch diese Einschränkung des § 926 ZPO soll offenbar dem Wertungswiderspruch begegnet werden, der sich ergibt, wenn die Gemeinden ein Hauptsacheverfahren, in dem die im Eilverfahren festgestellten Rechtsverstöße noch einmal geprüft werden, über § 926 ZPO erzwingen könnten, dem unterlegenen Bewerber aber die Möglichkeit genommen wäre, seine im Eilverfahren erfolglos geltend gemachten Rügen erneut in einem Hauptsacheverfahren geltend zu machen. Einen Ansatzpunkt im Gesetz findet all das aber nicht.

c) Verfassungsrechtliche Bedenken

Der BGH meint, die »von § 47 Abs. 5 EnWG angeordnete Präklusion [begegne] keinen verfassungsrechtlichen Bedenken« (Rn. 26). Das ist nicht überzeugend. Eine derart

weitgehende Einschränkung des grundgesetzlich verankerten Justizgewährleistungsanspruchs verlangt vielmehr eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, zumindest aber eine deutliche gesetzgeberische Entscheidungsbegründung. Es ist nicht anzunehmen, dass eine Einschränkung des Justizgewährleistungsanspruchs zwar vom Gesetzgeber gewollt, in den Gesetzesmaterialien aber mit keinem Wort erwähnt worden ist. Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber die mit der Einführung des Rechts auf eine Bemessung der angemessenen Vergütung nach der Ertragswertmethode verbundene Einschränkung des Art. 14 GG in derselben Gesetzesbegründung ausdrücklich adressiert und gerechtfertigt hat.³⁶ Zudem zeigt sich, dass die vom BGH erkannte Notwendigkeit, ein Verfahren mit umfassender Tatsachenfeststellung und mündlicher Verhandlung vorzugeben (Rn. 28), vom Gesetzgeber erkennbar nicht gesehen wurde. Wäre ein derart weitreichender Eingriff in die Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegener Bieter beabsichtigt gewesen, hätte es nicht nur nahegelegen, dass die Möglichkeit, ein Hauptsacheverfahren zur Durchsetzung der Primäransprüche zu beschreiten, im Gesetzestext ausdrücklich ausgeschlossen worden wäre, sondern auch, dass die notwendigen Abweichungen vom allgemeinen System des einstweiligen Rechtsschutzes geregelt worden wären. Das ist aber nicht geschehen. Auch in der Sache ist die Argumentation des BGH im Übrigen nicht überzeugend.

aa) Notwendigkeit der Gewährleistung von Primärrechtsschutz im Hauptsacheverfahren

Wie der BGH in der Entscheidung »Gasnetz Berlin« zutreffend festgestellt hat, begründet § 46 Abs. 1 EnWG ein subjektives Recht der Bewerber auf Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens.³⁷ Der im Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG verbürgte allgemeine Justizgewährleistungsanspruch gilt daher auch für sie. Dieser verpflichtet den Gesetzgeber, »das Rechtsschutzsystem auszuformen und sicherzustellen, dass effektiver Rechtsschutz für den einzelnen Rechtsuchenden besteht«.³⁸ Dabei verlangt er »in Lagen, in denen unterschiedliche Interessen Mehrerer betroffen sind, keine schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Rechtsuchenden. Er zielt vielmehr auf eine sachgerechte Gewichtung und Zuordnung der betroffenen rechtlich geschützten Belange«.³⁹ Vor diesem Hintergrund hält der BGH einen Primärrechtsschutz in einem dem Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG nachgelagerten Hauptsacheverfahren wegen des »überwiegenden allgemeinen Interesses an einer zügig eintretenden Rechtssicherheit, die für den weiteren Betrieb der Netzinfrastruktur von wesentlicher Bedeutung ist«, für nicht geboten. Dabei beruft sich der BGH auf den Beschluss des BVerfG vom 13.06.2006 (1 BvR 1160/03 zum Rechtsschutz bei Unterschwellenvergaben und die »ebenefalls auf eine endgültige Regelung des Rechtszustands«

36 BT-Drucks. 18/8184, S. 12.

37 BGH, Urt. v. 09.03.2021 – KZR 55/19, RdE 2021, 477 Rn. 18, 38 – »Gasnetz Berlin«.

38 BVerfG v. 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, juris Rn. 67.

39 BVerfG v. 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, juris Rn. 68.

gerichteten Regelungen des vergaberechtlichen Eilrechtsschutzes. Beides ist nicht überzeugend.

(1) Zur Versagung von Primärrechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen im Unterschwellenbereich

Der Verweis des BGH auf die Verfassungsmäßigkeit der Versagung von Primärrechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen im Unterschwellenbereich greift zu kurz. Dabei kann offen bleiben, ob ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG auch hier ausscheidet, weil die Gemeinden bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2 EnWG nicht als Träger öffentlicher Gewalt handeln.⁴⁰ Jedenfalls kann die Argumentation, mit der das BVerfG einen Verstoß gegen den allgemeinen Justizgewährungsanspruch durch die Versagung von Primärrechtsschutz gegen Vergaben im Unterschwellenbereich verneint, nicht auf die Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2 EnWG übertragen werden.

Das BVerfG begründet die Verfassungsmäßigkeit der Versagung von Primärrechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen im Unterschwellenbereich mit einer Abwägung der betroffenen Interessen. Es sei

»verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber das Interesse an einer raschen Vergabeentscheidung und damit an der Möglichkeit einer sofortigen Ausführung der Maßnahme für gewichtiger als das des erfolglosen Bieters gehalten hat. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind ein Massenphänomen. Müssen für solche Vergaben stets bestimmte Verfahrensvorkehrungen getroffen werden, um einen effektiven Primärrechtsschutz zu ermöglichen, könnte das die Verwaltungsarbeit erheblich beeinträchtigen. Zum einen würde der Verwaltungsaufwand bei solchen Vergaben steigen. Zum anderen könnte es zu Engpässen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben kommen, für die die Produkte oder Dienstleistungen, die mittels der Vergabe beschafft werden sollen, benötigt werden.«⁴¹

Diese Erwägungen können schon deshalb nicht auf die Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2 EnWG übertragen werden, weil der Gesetzgeber keine Abwägung der betroffenen Interessen im Hinblick auf einen Primärrechtsschutz durch ein Hauptsacheverfahren vorgenommen hat. Der BGH hat selbst festgestellt, dass den Gesetzesmaterialien »keine ausdrücklichen Hinweise darauf zu entnehmen [sind], dass Rügen, die im besonderen Eilverfahren ohne Erfolg geltend gemacht worden sind, in einem nachfolgenden Klageverfahren wegen der Präklusionsvorschrift des § 47 Abs. 5 EnWG nicht mehr zu berücksichtigen sind« (Rn. 22). Erst recht finden sich in der Gesetzesbegründung keine Hinweise auf eine Abwägung der Interessen der Beteiligten, die eine Beschränkung des Primärrechtsschutzes durch einstweiliges Verfügungsverfahren rechtfertigen könnten.

Vor allem aber handelt es sich bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2 EnWG nicht um ein »Massenphänomen«, sodass der Gedanke eines erhöhten Verwaltungsaufwands hier nicht greift. Zudem handelt es sich für die Bewerber auch nicht um eine »Umsatzmöglichkeit unter vielen«. Vielmehr werden diese Rechte nur alle 20 Jahre ausgeschrieben. Dabei geht es auch nicht nur um eine »Umsatzmöglichkeit«, sondern für den Altkonzessionär auch um den Erhalt seines Eigentums. Auch

geht die Bedeutung der Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2 EnWG weit über die Bedeutung von Vergaben im Unterschwellenbereich hinaus, da sie einem Unternehmen unter Ausschluss des Wettbewerbs für einen Zeitraum von 20 Jahren ein faktisches Monopol einräumt. Diese Besonderheit hatte den BGH in der Entscheidung »Stromnetz Berkenthin« zu recht dazu veranlasst, Konzessionsverträge für nichtig zu erklären, die auf der Grundlage eines fehlerhaften Verfahrens zustande gekommen sind und hiervon nur dann eine Ausnahme zuzulassen, wenn der unterlegene Bewerber eine ihm von Gemeinde gebotene Gelegenheit, sein Rechte zu wahren, nicht genutzt hat.⁴² Hiermit ist der Verweis auf die Interessenabwägung bei der Ausgestaltung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich nicht vereinbar.

(2) Zum vergaberechtlichen Eilschutz nach § 168 Abs. 2, § 176 Abs. 1, § 179 GWB

Nicht überzeugend ist auch der Verweis des BGH auf die Erwägungen zum »vergaberechtlichen Eilrechtsschutz« (§ 168 Abs. 2, § 176 Abs. 1, § 179 GWB), der ebenfalls auf eine endgültige Regelung des Rechtszustands gerichtet ist. Der BGH berücksichtigt nicht, dass sich das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren vom Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG in seiner Struktur und Zielrichtung deutlich unterscheidet. So ist das Nachprüfungsverfahren vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägt. Die Vergabekammer ist an die Anträge nicht gebunden und kann unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Das Verfahren vor dem Beschwerdegericht ist zudem als Hauptsacheverfahren ausgestaltet, weil die Tatsachenfeststellung dort grundsätzlich im Strengbeweisverfahren erfolgt.⁴³ Außerdem ist zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung auch eine Vorlage zum BGH möglich.

bb) Zur Ausgestaltung des Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG

Nach Auffassung des BGH wahrt das Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG auch die besonderen Anforderungen, die sich aus der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes an die Ausgestaltung von Eilverfahren ergäben, wenn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können. In diesen Fällen müssten die Gerichte die Sach- und Rechtslage regelmäßig nicht nur summarisch, sondern abschließend prüfen. Dies sei durch die Anwendung der zivilprozessualen Regelungen der §§ 935 ff. ZPO hinreichend sichergestellt (Rn. 28). Auch das ist nicht überzeugend. Es ist zwar richtig, dass die Gerichte in Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Verfügung ohnehin verpflichtet sind, »den festgestellten Sachverhalt vollständig und uneingeschränkt auf seine Rechtsfolgen hin zu überprüfen«. Die Gewähr für die angesichts der Bindung an die Ziele des § 1 EnWG auch

40 Zum Vergaberecht: BVerfG v. 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, juris Rn. 52.

41 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, juris Rn. 80.

42 BGH, RdE 2014, 177 Rn. 105, 107 ff. – »Stromnetz Berkenthin«.

43 Dreher in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2021, GWB § 168 Rn. 46.

im Allgemeininteresse stehende materielle Richtigkeit der Entscheidungen ist aber im einstweiligen Verfügungsverfahren gleichwohl deutlich geringer.

(1) Das gilt bereits angesichts der unterschiedlichen Möglichkeiten zum Nachweis der geltend gemachten Rechtsverletzungen im einstweiligen Verfügungsverfahren gegenüber einem Hauptsacheverfahren. Der BGH sieht in dem Umstand, »dass nach §§ 935, 936, 920 Abs. 2 ZPO Tatsachen lediglich glaubhaft zu machen sind und nach § 294 Abs. 1 ZPO eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung des Gerichts genügt« keinen Nachteil für den unterlegenen Bewerber. Vielmehr profitiere er von diesen Regelungen, da er die Beweislast für einen Verstoß der Gemeinde gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens trage. Das berücksichtigt aber nicht, dass auch der Gemeinde die Möglichkeit zusteht, ihre Behauptungen glaubhaft zu machen und das Gericht auf dieser Grundlage eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Vortrags des unterlegenen Bewerbers ablehnen kann. Außerdem können sich unterlegene Bewerber zur Glaubhaftmachung nach § 294 Abs. 1 ZPO neben einer eidesstattlichen Versicherung zwar auch »aller Beweismittel bedienen«. Diese Möglichkeit ist aber im Vergleich zu einem Hauptsacheverfahren durch § 294 Abs. 2 ZPO, wonach eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, unstatthaft ist, deutlich eingeschränkt.

(a) Das gilt schon deshalb, weil eine mündliche Verhandlung in einstweiligen Verfügungsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben ist. So kann nach § 937 Abs. 2 ZPO insbesondere eine Zurückweisung des Antrags ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Davon wird in der Praxis auch gelegentlich Gebrauch gemacht. Insbesondere in Verbindung mit der Möglichkeit, eine dagegen gerichtete sofortige Beschwerde ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zurückzuweisen, bedeutet dies eine gegenüber einem Hauptsacheverfahren deutliche Beschränkung des Rechtsschutzes. Das hat offenbar auch der BGH erkannt, weshalb er die Gerichte auch unter Hinweis auf die angeblich aus § 47 Abs. 5 EnWG folgenden materiellen Präklusionswirkung ermahnt, »in aller Regel eine mündliche Verhandlung anzuberaumen« (Rn. 28). Soweit er sich dabei allerdings auf seinen Beschluss vom 07.05.2020 (V ZB 110/19) beruft, ist das wenig überzeugend, weil es dort nur um die gebührenrechtliche Frage ging, ob die Terminsgebühr nach Nr. 3104 Abs. 1 Nr. 1 Variante 3 RVG-VV auch dann entsteht, wenn der schriftliche Vergleich in einem einstweiligen Verfügungsverfahren nach §§ 935 ff. ZPO geschlossen wird. Dabei stellt der BGH neben spezifisch gebührenrechtlichen Erwägungen (Rn. 13) darauf ab, dass ein Absehen von einer mündlichen Verhandlung nach § 937 Abs. 2 ZPO nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt (Rn. 12). An der in § 937 Abs. 2 ZPO eingeräumten Möglichkeit, von einer mündlichen Verhandlung abzusehen, ändert das aber nichts. Gleichwohl ist es begrüßenswert, dass der BGH auch unter Hinweis auf die prozessuale Waffengleichheit und den Anspruch auf rechtliches Gehör sowie die wirtschaftliche Bedeutung der Streitigkeiten eine mündliche Verhandlung fordert. Das sollte auch für die Berufungsinstanz gelten und eine Zurückweisung der Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO jedenfalls dann ausschließen, wenn damit ein

den Antrag zurückweisendes Urteil zurückgewiesen werden soll.

(b) Außerdem wird aus § 294 Abs. 2 ZPO, wonach eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, unstatthaft ist, regelmäßig geschlossen, dass eine Fortsetzung der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen ist.⁴⁴ Dies schränkt die Möglichkeit der Parteien ein, auf neuen Vortrag der anderen Seite oder Hinweise des Gerichts zu reagieren. Auch das hat der BGH erkannt und den Gerichten deshalb aufgegeben, »von den Parteien benannte Zeugen oder Sachverständige zum Termin [zu] laden und vor dem Hintergrund des abschließenden Charakters des Eilverfahrens mit der gebotenen Beschleunigung alle prozessualen Mittel aus[zu]schöpfen, um eine umfassende Tatsachenfeststellung zu gewährleisten« (Rn. 28).

(2) Auch ist nach § 542 Abs. 2 ZPO eine Revision in einstweiligen Verfügungsverfahren ausgeschlossen. Damit kann der BGH seiner Aufgabe zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht nachkommen. Auch die höhere Richtigkeitsgewähr einer Entscheidung des BGH in Rechtssachen von grundsätzlicher Bedeutung kann in derartigen Verfahren nicht erreicht werden. Diese Beschränkung der rechtlichen Kontrolle der in einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenen Entscheidungen setzt voraus, dass der BGH seine Aufgaben in einem nachfolgenden Hauptsacheverfahren erfüllen kann, wenn dort die Voraussetzungen für eine Revision gegeben sind. Wie notwendig das Eingreifen des BGH ist, haben nicht nur die Grundsatzentscheidungen des BGH vom 17.12.2013 in Sachen »Stromnetz Berkenthin« und »Stromnetz Heiligenhafen«, sondern auch alle nachfolgenden in Ziffer I. dargestellten Entscheidungen zur Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2 EnWG gezeigt, in denen der BGH jedenfalls in der Begründung regelmäßig von den Entscheidungen der Oberlandesgerichte abgewichen ist.

(3) Ausdruck der mangelnden Richtigkeitsgewähr der Entscheidungen in einstweiligen Verfügungsverfahren ist auch die in §§ 936, 926 ZPO eingeräumte Möglichkeit der im Rahmen einer einstweiligen Verfügung verurteilten Partei, ein Hauptsacheverfahren zu erzwingen. Danach könnte eine im Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG unterlegene Gemeinde einen Antrag auf Erhebung einer Hauptsacheklage stellen, in deren Rahmen die im Eilverfahren festgestellten Rechtsverstöße noch einmal geprüft werden. Hiermit wäre es nicht vereinbar, wenn einem im Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG unterlegenen Bewerber die Möglichkeit genommen wäre, seine im Eilverfahren erfolglos geltend gemachten Rügen erneut in einem Hauptsacheverfahren geltend zu machen. Auch das hat der BGH erkannt, dies aber nicht zum Anlass genommen, das Recht des unterlegenen Bewerbers zu bestätigen, auch im einstweiligen Verfügungsverfahren erfolglos gebliebene Rügen im Hauptsacheverfahren geltend zu machen, sondern umgekehrt dazu, die Möglichkeit der Gemeinde zur Erzwingung eines Hauptsacheverfahrens durch das obiter dictum einzuschränken, dass Entscheidungen in Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG »jedemfalls gegenüber der Gemeinde auch dann abschließenden

⁴⁴ MüKoZPO/Prütting ZPO § 294 Rn. 22.

Charakter haben müssen, wenn sie zu Gunsten des unterlegenen Bieters« ergehen (Rn. 29).

(4) Die danach vom BGH vorgenommenen Anpassungen der nach § 47 Abs. 5 EnWG anwendbaren Vorschriften der ZPO über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mögen bei Annahme einer materiellen Präklusionswirkung von § 47 Abs. 5 EnWG verfassungsrechtlich erforderlich sein. Sie können aber nicht umgekehrt die Verfassungsmäßigkeit der angenommenen materiellen Präklusionswirkung begründen. Der Sache nach schafft der BGH mit diesen Anpassungen ohne einen hinreichenden Anknüpfungspunkt im Gesetz ein prozessuales Sonderrecht für die von ihm als »Eilverfahren eigener Art« (Rn. 23) bezeichneten Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG, um so seine Auslegung des § 47 Abs. 5 EnWG verfassungsrechtlich zu »retten«.

d) Jedenfalls: keine Erstreckung auf das Rechtsverhältnis zum obsiegenden Bewerber

Erst recht nicht überzeugend ist die vom BGH befürwortete Erstreckung der materiellen Präklusion auf das Rechtsverhältnis zwischen dem erfolglosen Antragsteller nach § 47 Abs. 5 EnWG und dem obsiegenden Bewerber (Rn. 24). Das folgt schon daraus, dass es dem obsiegenden Bewerber im umgekehrten Fall der erfolgreichen Geltendmachung der Rügen des unterlegenen Bewerbers in einem Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG unbenommen ist, Rügen gegen eine neue Auswahlentscheidung zu seinen Lasten zu erheben, ohne sich dabei die die vorangegangene Auswahlentscheidung betreffenden Wertungen des Gerichts in dem vorangegangenen Eilverfahren des unterlegenen Bewerbers entgegenhalten lassen zu müssen. Diesen Widerspruch hat offenbar auch der BGH erkannt. Die Aussage, die Entscheidung über die geltend gemachte Rechtsverletzung im Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG werde »jedenfalls im Verhältnis zur Gemeinde auch dann abschließenden Charakter haben müssen, wenn sie zu Gunsten des unterlegenen Bieters ergeht« (Rn. 19), legt jedenfalls nahe, dass der BGH eine solche abschließende Wirkung auch gegenüber den anderen Bewerbern befürwortet. Damit nimmt der BGH Widersprüche der materiellen Präklusion zu anderen Rechtsgrundsätzen nicht etwa zum Anlass, seine Auslegung des § 47 Abs. 5 EnWG zu hinterfragen, sondern umgekehrt dazu, die dieser Auslegung widersprechenden Rechtsgrundsätze anzupassen.

e) Kein Ausschluss von Sekundärrechten

Zuzustimmen ist dem BGH allerdings insoweit als er die materielle Präklusion durch ein erfolgloses Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG nicht auf Sekundäransprüche erstreckt (Rn. 25). Es ist daher zu hoffen, dass der BGH in diesem Rahmen mittelbar die Gelegenheit erhält, offene Fragen zur Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2 EnWG zu klären.

3. Zum Umfang der von der Präklusionswirkung umfassten Rechtsverletzungen

Die materielle Präklusion erstreckt sich nach Auffassung des BGH auf alle »Rügen, die im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ohne Erfolg erhoben worden

sind, weil das Gericht sie entweder als unbegründet erachtet hat oder sie nach seiner Auffassung weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit auf die Auswahlentscheidung einwirken können« (Rn. 23). Das ist zumindest missverständlich.

a) In dem vom BGH entschiedenen Fall betraf die materielle Präklusion den Großteil der in der Hauptsache geltend gemachten Rügen (Rn. 30). Dabei hat der BGH auch Rügen gegen eine Verletzung des Neutralitätsgebots erfasst, ohne die Frage zu problematisieren, ob diese Rechtsverletzungen dem Rügeregime des § 47 EnWG unterliegen. Er übersieht dabei, dass das Rügeregime nur Rechtsverletzungen umfasst, die sich aus den in § 47 Abs. 2 EnWG genannten Bekanntmachungen und Mitteilungen ergeben. Das ist bei Verstößen gegen das Neutralitätsgebot in der Regel nicht der Fall. Derartige Verletzungen können daher auch nicht der vom BGH angenommenen materiellen Präklusion nach § 47 Abs. 5 EnWG unterliegen. Dies könnte unterlegene Bewerber künftig veranlassen, derartige Rechtsverstöße außerhalb von Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG geltend zu machen.

b) Aus der Aussage, die Revision habe »nicht aufgezeigt, an welchen konkreten verfahrensrechtlichen Mängeln das durchgeführte Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG gelitten haben soll und inwieweit derartige Mängel sich in einer Weise ausgewirkt haben könnten, dass sie der materiell-rechtlichen Präklusion im vorliegenden Rechtsstreit entgegenstehenden könnten« (Rn. 30), ergibt sich, dass die materielle Präklusion auch nach Auffassung des BGH nicht eintritt, wenn und soweit die Erfolglosigkeit des Antrags nach § 47 Abs. 5 EnWG auf Verfahrensfehlern in dem Eilverfahren beruhen. In diesem Fall kann auch der Primäranspruch noch in einem Hauptsachverfahren geltend gemacht werden. Dies wird die in Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG unterlegenen Bewerber veranlassen, künftig vermehrt solche Verfahrensfehler geltend zu machen, um ein Hauptsachverfahren zu ermöglichen.

c) Nicht von der Präklusion betroffen war nach Auffassung des BGH lediglich die Rüge, dass der tatsächlich unterschriebene Konzessionsvertrag von dem Angebot des obsiegenden Bewerbers abwich. Das Berufungsgericht hatte diese Rüge zurückgewiesen, weil die Klägerin keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine inhaltliche Abweichung dargelegt hatte⁴⁵. Die hiergegen erhobene Verfahrensrüge hat der BGH zurückgewiesen und dabei nach § 564 Abs. 1 ZPO von einer Begründung abgesehen.

III. Ausblick

Mit der Entscheidung des BGH »Gasnetz Salem« ist die erhoffte Rechtssicherheit nicht eingetreten. Es ist bereits unklar, ob sie einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält. Sie schafft außerdem viele Folgefragen, die – und sei es über den »Umweg« von Schadensersatzklagen – letztlich wieder vom BGH zu klären sein werden. Es bleibt die Hoffnung, dass der Gesetzgeber schon vorher für die notwendige Rechtssicherheit sorgt.

⁴⁵ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.11.2024 – 6 U 29/24, Rn. 72, BeckRS 2024, 53683.

1. Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht

Die dargestellten verfassungsrechtlichen Bedenken lassen hoffen, dass das BVerfG Gelegenheit erhalten wird, sich mit den Grenzen, in denen ein unterlegener Bewerber für eine Konzession nach § 46 Abs. 2 EnWG hinsichtlich seiner Primäransprüche auf ein einstweiliges Verfügungsverfahren und im Übrigen auf Sekundäransprüche verwiesen werden kann, sowie mit den Anforderungen an die Klarheit der Anordnung einer materiellen Präklusion im Gesetzestext zu befassen.

2. Offene Folgefragen

Unabhängig davon wirft das Urteil eine Reihe von Folgefragen auf, die die Praxis noch lange beschäftigen werden.

a) Das betrifft zunächst die Ausgestaltung des durch § 47 Abs. 5 EnWG begründeten »Eilverfahrens eigener Art« im Spannungsfeld zwischen der gesetzlich vorgegebenen Anwendbarkeit der Vorschriften über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und dem vom BGH formulierten Gebot der umfassenden Tatsachenfeststellung.

aa) Der Inhalt des vom BGH für diese Eilverfahren geschaffenen prozessualen Sonderrechts ist unklar. So hält der BGH zwar an § 294 Abs. 2 ZPO fest, interpretiert die Regelung aber dahingehend, dass die Begrenzung auf präsente Beweismittel nur »im Grundsatz« gilt (Rn. 28). Wann und inwieweit von diesem »Grundsatz« abgewichen werden kann oder muss, lässt sich der Entscheidung aber nicht entnehmen. Das betrifft nicht nur die Frage, wann eine mündliche Verhandlung zur »umfassenden Tatsachenfeststellung« fortgesetzt werden kann, sondern auch die Frage, ob neben der Vorlage von Parteigutachten und der Anhörung der von den Parteien benannten Sachverständigen auch gerichtliche Sachverständigen-gutachten eingeholt werden können oder sogar müssen. Letzteres wäre für den Nachvollzug der jedenfalls auch an technischen und kaufmännischen Kriterien orientierten Bewertung der Angebote sehr hilfreich, da die Gerichte selbst insoweit oft nicht über den erforderlichen Sachverstand verfügen. Angesichts dieser offenen Fragen besteht die Gefahr, dass sich die Rechtsprechung hierzu in den einzelnen Oberlandesgerichtsbezirken unterschiedlich entwickelt.

bb) Unklar ist auch, ob und inwieweit der durch Zeugen oder von den Parteien benannte Sachverständige glaubhaft zu machende Sachenvortrag bereits in der Rüge enthalten sein muss. Das ist in der Regel zu verneinen. Die Rüge muss lediglich erkennen lassen, dass und warum der Bewerber eine Festlegung oder Bewertung für rechtswidrig hält und eine Abhilfe der Gemeinde erwartet. Dabei sind an die Begründung schon wegen der Folgen der Präklusion und der engen Fristen keine überhöhten Anforderungen zu stellen.⁴⁶ Das gilt nicht nur für die rechtliche Begründung, sondern auch für den die rechtliche Begründung stützenden Sachenvortrag. Anderenfalls würde das Gebot der »umfassenden Tatsachenfeststellung« (Rn. 28) unterlaufen.

b) Auch die bereits angesprochene Frage des Umfangs der von der materiellen Präklusion umfassten Rügen wird durch die Rechtsprechung zu klären sein. Das betrifft insbesondere die Rügen solcher Rechtsverletzungen,

die nicht dem Rügeregime unterfallen und gleichwohl im Rahmen eines Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG (erfollos) geltend gemacht worden waren.

c) Zu klären sein wird auch die Frage, ob der Anspruch auf Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG zum Gegenstand des Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG gemacht werden kann. Wäre das nicht der Fall, bestünde die Gefahr, dass Erkenntnisse aus einer in einem Hauptsachverfahren geltend gemachten weiteren Akteneinsicht nach Abschluss eines Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG wegen der damit verbundenen materiellen Präklusion nicht mehr geltend gemacht werden können. Das würde dem Zweck des Akteneinsichtsanspruchs entgegenstehen. Dieses Problem würde sich nur dann nicht stellen, wenn das Gericht über den Umfang des Akteneinsichtsrechts im Rahmen eines Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG entscheidet. Dem Antrag auf Unterlassung des Abschlusses des Konzessionsvertrages ist dann bei unvollständiger Akteneinsicht schon nach § 47 Abs. 6 EnWG zu entsprechen, weil in diesem Fall noch Rügen möglich sind. Diese Auffassung hat sich in der Rechtsprechung bedauerlicherweise noch nicht durchgesetzt. Würde man ihr nicht folgen, müsste die materielle Präklusion eines bereits vorliegenden Urteils nach § 47 Abs. 5 EnWG durchbrochen und dem unterlegenen Bewerber erneut die Möglichkeit gegeben werden, einen Antrag nach § 47 Abs. 5 EnWG zu stellen. In diesem Rahmen müssten bei der Prüfung, ob die gerügten Rechtsverletzungen »in ihrer Gesamtheit auf die Auswahlentscheidung einwirken können«, auch solche Rügen berücksichtigt werden, die in dem vorangegangenen Eilverfahren zwar als begründet angesehen worden waren, deren Kausalität für die Auswahlentscheidung dort aber verneint wurde. Anderenfalls würde der unterlegene Bewerber allein wegen der Aufteilung der Überprüfung der Auswahlentscheidung in separate einstweilige Verfügungsverfahren an der Kausalität der Gesamtheit der festgestellten Rechtsverletzungen für die Auswahlentscheidung scheitern können.

d) Die Rechtsprechung wird auch zu klären haben, in welchem Umfang Verfahrensfehler der Gerichte in den Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG zu einer Durchbrechung der materiellen Präklusion führen (Rn. 30). In Betracht kommen hier insbesondere Fehler bei der erforderlichen umfassenden Tatsachenfeststellung. Da diese nur bei vollständiger Erfüllung des Akteneinsichtsrechts möglich ist, stellt es auch einen die materielle Präklusion durchbrechenden Verfahrensfehler dar, wenn das Gericht Vortrag zur unvollständigen Akteneinsicht übergeht.

e) Schließlich wird die vom BGH offengelassene Frage zu klären sein, ob ein einem Antrag nach § 47 Abs. 5 EnWG stattgebendes Urteil auch gegenüber anderen Bewerbern eine abschließende Wirkung zukommt (Rn. 29).

3. Hoffnung auf den Gesetzgeber

Nach alledem hat die Entscheidung des BGH nicht zu der erhofften Rechtsklarheit geführt, sondern – ohne Not – eine Vielzahl neuer Probleme geschaffen. Es wäre zu wünschen, dass der Gesetzgeber dem vom BGH ein-

⁴⁶ Wegener/Heller in: BeckOGK, § 47 EnWG, Stand: 01.03.2024, Rn. 13.

geschlagenen Weg nicht folgt und andere Wege zur zügigen Herstellung von Rechtssicherheit findet. Hierfür bietet sich insbesondere an, dass auch die Gemeinden im Rahmen des Rügeregimes engen Fristen unterworfen werden. Auch könnte der Gesetzgeber klarstellen, dass nach einer Bekanntmachung/Mitteilung gem. § 47 Abs. 5 EnWG erkennbare und rechtzeitig gerügte Rechtsverletzungen ebenso wie alle anderen Rechtsverstöße auch in einem Hauptsacheverfahren gegenüber der Gemeinde und gegenüber den übrigen Bewerbern geltend gemacht werden können. Hierfür kann der Gesetzgeber im Interesse zügiger Rechtssicherheit auch Fristen setzen. Dann wäre der BGH in Streitigkeiten über die Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2 EnWG auch wieder beteiligt. Die Praxis wird ihn brauchen.

*Dr. Olaf Schulz-Gardyan LL.M. (Cantab.) und
Julia Blatt-von Raczeck**

* Die Autoren sind Rechtsanwälte der Sozietät Schulz Noack Bärwinkel PartmbB, Hamburg.