

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

1/2020

S. 1–64

17. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker

Geschäftsführender Herausgeber

Christian Koenig

Schriftleitung

Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|---|----|
| ■ | <i>Markus Ludwigs</i>
Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als trojanisches Pferd für die Dogmatik des subjektiven öffentlichen Rechts | 1 |
| ■ | <i>Robert Klotz/Michael Hofmann</i>
Entwicklungen des Unionsrechts in den Netzwirtschaften im Jahr 2019 | 2 |
| ■ | <i>Katharina Schober</i>
Tendenzen der Rechtsprechung zum neuen Energiekonzessionsvergaberecht – Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe vom 28. August 2019 – Az. 6 U 109/18 Kart | 14 |
| ■ | <i>Benedikt Freese</i>
Mobilfunknetzausbau 5. Generation (5G) – Eine rechtliche Potentialanalyse | 22 |
| ■ | <i>Christian Koenig/Carl Prior</i>
Verfassungs- und EU-beihilferechtliche Bewertung staatlicher Angebote von Funkdiensten für die Energiewirtschaft | 29 |
| ■ | <i>Erik Staebe</i>
Die Eisenbahn im „Deutschlandtakt“ und der aktuelle Regulierungsrahmen | 36 |
| ■ | <i>Holger Neumann/Bijan Tavakoli/Martin Wortmann</i>
Anmerkung zum Urteil des EuGH:
Klagebefugnis der Flughafennutzer gegen Genehmigung der Flughafenentgeltordnung | 44 |
| ■ | <i>Ludwig Gramlich</i>
Anmerkung zum Urteil des VG Köln:
Entgeltregulierung im Postrecht angesichts zunehmender Digitalisierung der Kommunikation („Impulspost“) | 60 |
| ■ | <i>David Muschiol</i>
Zu guter Letzt ... Stolz und Vorbehalte gegenüber offenem Datenaustausch | 64 |

Dr. Katharina Schober

Tendenzen der Rechtsprechung zum neuen Energiekonzessionsvergaberecht

Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe vom 28. August 2019 – Az. 6 U 109/18 Kart

Der Beitrag behandelt aus Anlass und anhand einer aktuellen Entscheidung des OLG Karlsruhe die jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung zu den 2017 novellierten Vorgaben für die Vergabe von kommunalen Wegerechten für Energieverteilernetze. Er beleuchtet dabei insbesondere die offenen Fragen, die sich nach der Novellierung der relevanten Vorschriften in §§ 46, 47 EnWG (z. T. weiterhin) stellen. Darüber hinaus zeigt er Gemeinden bislang wenig genutzte Optionen zur straffen Gestaltung des Auswahlverfahrens auf und stellt systematisch dar, welche förmlichen Anforderungen Bieter erfüllen müssen, um vermeintliche Verstöße einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.

I. Hintergrund

Die Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung („Konzessionen“ genannt) ist seit Jahren Gegenstand kontroverser Auseinandersetzungen. Es geht hierbei um die Entscheidung, wer auf welche Weise die örtlichen Verteilernetze betreibt, durch die Strom und Gas zu den Verbrauchern transportiert werden. Diese Entscheidung ist seit jeher den Gemeinden zugeordnet.¹ Denn zum einen gehört die Energieversorgung der Einwohner zu ihren typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben.² Zum anderen befinden sich die Verteilernetze typischerweise in den öffentlichen Wegen.³ Wer unter welchen Voraussetzungen die kommunalen Wege nutzen darf, entscheiden die Gemeinden.⁴ Die Entscheidung über den Verteilernetzbetrieb fällt insoweit mit derjenigen über die kommunalen Wegenutzungsrechte zusammen.⁵

1. Bisherige Anforderungen

Die Anforderungen an diese Entscheidung haben sich im Laufe der Jahre deutlich erhöht. Bis 2013 wurde allgemein davon ausgegangen, dass die Gemeinden über die Vergabe der Strom- und Gaskonzession im Wesentlichen „frei entscheiden“⁶ können, solange ihre Entscheidung – entsprechend allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen – willkürfrei ist, d. h. nicht auf objektiv sachfremden Erwägungen beruht.⁷ Der BGH ist seit seinen zwei Grundsatzentscheidungen vom Dezember 2013⁸ indes der Auffassung, dass die Gemeinden bei der Vergabe von Energiekonzessionen nach § 46 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 19 GWB das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot zu beachten haben, weil sie eine marktbeherrschende Stellung über das Angebot von Wegenutzungsrechten in dem örtlich auf das Gemeindegebiet beschränkten Markt hätten.⁹ In verfahrensbezogener Hinsicht folge daraus für die Gemeinde die Verpflichtung, das Auswahlverfahren so zu gestalten, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Materiell ergebe sich aus dem Diskriminierungsverbot für die Gemeinde das Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen. Im Bereich der Konzessionsvergabe bedeute dies, dass die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an Kriterien

auszurichten sei, welche die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisierten.¹⁰ Hierauf aufbauend wurden von den Instanz- und Obergerichten in den folgenden Jahren immer höhere und detailliertere, oftmals widersprüchliche Vorgaben an die Konzessionsvergabe gestellt.¹¹

Besondere Brisanz erhielten die hohen Anforderungen dadurch, dass jeglicher Fehler grundsätzlich zur Nichtigkeit des Vertrags führen¹² und zeitlich unbegrenzt – auch noch im Streit um die Netzherausgabe – geltend gemacht werden können sollte.¹³ Eine Ausnahme zog der BGH zwar dann „in Betracht“, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit hatten, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht nutzten, woran insbesondere zu denken sein könne, wenn der Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Information aller Bewerber über die

- 1 Vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7274, 30, 32.
- 2 BVerfG, NJW 1990, 1783 (Beschl. v. 16.5.1989 – Az. 1 BvR 705/88). Ebenso BVerfGE 38, 258, 270 (Urt. v. 10.12.1974 – Az. 2 BvK 1/73, 2 BvR 902/73); BVerwGE 98, 273, 275 f. (Urt. v. 18.5.1995 – Az. 7 C 58.94). Die Gemeinden tragen die Gewährleistungsverantwortung dafür, dass die örtlichen Verteilernetze langfristig funktionstüchtig sind und zuverlässige Betreiber die Durchleitung der Energie durchführen, BGH, NZKart 2016, 229, 229 f. Rn. 22 (Beschl. v. 26.1.2016 – Az. KVZ 41/15); BGHZ 119, 101, 105 (Urt. v. 7.7.1992 – Az. KZR 2/91).
- 3 Vgl. *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. A., 2013, S. 33.
- 4 Sei es über die Widmung, als Sondernutzung oder – im Falle der Energiekonzessionen – als Straßensondergebrauch auf außerwe gerechtlicher Grundlage.
- 5 Dies ist seit jeher so, siehe *Säcker*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 4. A., 2019, Einl. A. Rn. 16; ferner *Mengers*, in: *Germer/Loibl*, Energierecht, 2. A., 2007, Kap. 1 Rn. 7 (S. 24).
- 6 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7274, 30, 32. Ebenso BGHZ 143, 128, 147 (Urt. v. 16.11.1999 – Az. KZR 12/97) – *Endschäftsbestimmung I*.
- 7 Zusammenfassend *Hellermann*, EnWZ 2014, 339 m. w. N.
- 8 BGHZ 199, 289 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) (= N&R 2014, 166) – *Stromnetz Berkenthin*; BGH, NVwZ 2014, 817 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 65/12) (= N&R 2014, 157) – *Stromnetz Heiligenhafen*.
- 9 BGHZ 199, 289, 294 f. Rn. 16 ff. (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) (= N&R 2014, 166, 166 f.) – *Stromnetz Berkenthin*.
- 10 BGHZ 199, 289, 299 Rn. 34 ff. (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) (= N&R 2014, 166, 167) – *Stromnetz Berkenthin*.
- 11 Zusammenfassend *Kupfer*, NVwZ 2017, 428, 428 f. m. w. N. Nachfolgend zu diesem Aufsatz OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.4.2017 – Az. 6 U 156/16 Kart, Rn. 129 f., 144, 150, 153, 180 (juris), mit besonders hohen Anforderungen an die Gestaltung der Auswahlkriterien und die Transparenz der Bewertungsmethodik (auch bei der relativen Bewertungsmethode müsse im Vorhinein zu bestimmen sein, welchen Erfüllungsgrad die Angebote bei den jeweiligen Unterkriterien aufweisen müssen, um mit den festgelegten Punktwerten bewertet zu werden; auch Schulnotensystem intransparent); großzügiger OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 3.11.2017 – Az. 11 U 51/17 (Kart); großzügiger bei der Gestaltung der Auswahlkriterien, aber mit hohen Anforderungen an Begründung der Auswahlentscheidung OLG Brandenburg, Urt. v. 22.8.2017 – Az. 6 U 1/17 Kart. Siehe auch *Czernek*, EnWZ 2018, 99.
- 12 BGH, NVwZ 2014, 817, 823 f. Rn. 81 ff. (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 65/12) (= N&R 2014, 157, 162) – *Stromnetz Heiligenhafen*; BGHZ 199, 289, 317 Rn. 99 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) (= N&R 2014, 166, 171) – *Stromnetz Berkenthin*.
- 13 BGHZ 199, 289, 317 f. Rn. 101, 105 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) (= N&R 2014, 166, 171) – *Stromnetz Berkenthin*.

beabsichtigte Auswahlentscheidung geschlossen werde.¹⁴ Welche Anforderungen an die Bieterinformation zu stellen sind, welche Maßnahmen die unterlegenen Bieter innerhalb der 15-Tages-Frist zur Vermeidung der Präklusion ergreifen müssen und ob es Ausnahmen gibt, wurde von den Instanz- und Obergerichten jedoch unterschiedlich beurteilt.¹⁵

Angesichts dieses immer enger werdenden, widersprüchlichen Anforderungskorsetts war für die Gemeinden, wie der Bundesrat feststellte, „derzeit eine rechtssichere Vergabe von Konzessionen kaum möglich“.¹⁶

2. Neufassung der §§ 46 ff. EnWG

a) Regelung und Ziele des Gesetzgebers

Bei der Novellierung der §§ 46 ff. EnWG¹⁷ im Jahr 2017 verfolgte der Bundesgesetzgeber deshalb das ausdrückliche Ziel, „für mehr Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten für die leitungsggebundene Energieversorgung zu sorgen“.¹⁸

Er beließ es „im Hinblick auf die Berücksichtigung energie-wirtschaftlicher Kriterien“ indes dabei, „die bestehende Rechtslage [zu] bestätigen“.¹⁹ Es sei „sachgerecht, der Gemeinde einen weiten Entscheidungsspielraum zu überlassen (siehe auch [§ 46 Abs. 4] Satz 3 [EnWG]) und die Konkretisierung der einzelnen Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG durch die Praxis und die Auslegung durch die Rechtsprechung weiterhin zuzulassen“. Er verzichtete daher auf Vorgaben zur Bestimmung der Auswahlkriterien und zur Gewichtung sowie zur Bewertungsmethode.²⁰ Ergänzt wurde allein § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG, wonach bei der Auswahl des Unternehmens unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden können. Hiermit sollte klargestellt werden, dass im Rahmen der Aufstellung und Bewertung der Auswahlkriterien die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG heranzuziehen sind, kommunale Belange, sofern die Gemeinde dies für erforderlich erachtet, aber berücksichtigt werden können.²¹

Mit dem neuen § 47 EnWG wurde „zur Stärkung der Rechtssicherheit“²² eine Präklusionsvorschrift eingeführt. Hiernach besteht eine Rügeobliegenheit auf allen drei Verfahrensstufen (nach der Bekanntmachung, der Information über die Auswahlkriterien und deren Gewichtung sowie der Information über die Auswahlentscheidung, § 47 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2 EnWG) mit jeweiliger²³ Entscheidung der Gemeinde über die Abhilfe (§ 47 Abs. 4 EnWG) und ggf. anschließendem Eilverfahren (§ 47 Abs. 5 EnWG). Zur Vorbereitung der Rüge hat die Gemeinde unter Berücksichtigung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Akteneinsicht zu gewähren (§ 47 Abs. 3 EnWG).

b) Offene Fragen der Neuregelung

Die Neuregelung lässt zahlreiche Fragen offen.²⁴ Diese lassen sich vier Sachthemen zuordnen:

Erstens sind die Maßgaben für die Auswahlkriterien, deren Gewichtung und die Bewertungsmethodik ungeklärt. Der Gesetzgeber hat insoweit auf Vorgaben verzichtet. Gelten deshalb die bisherigen – widersprüchlichen – Anforderungen der Rechtsprechung fort? Wie wirkt sich die Betonung des gemeindlichen Beurteilungsspielraums einerseits und der Kosteneffizienz und Versorgungssicherheit andererseits in § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG aus?

Zweitens sind Voraussetzungen und Folgen des Rechtsschutzes der Bieter in zahlreichen Punkten nicht geregelt. Dies beginnt beim Begriff der „Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Absatz 1 bis 4 EnWG“ in

§ 47 Abs. 1 EnWG. Nach der Rechtsprechung des BGH zur bisherigen Rechtslage setzt ein Unterlassungsanspruch eines Bieters eine Behinderung im Sinne einer Beeinträchtigung seiner Chancen auf die Konzession durch den Rechtsverstoß voraus.²⁵ Soll diese Rechtsprechung fortgelten? Wenn ja: Unter welchen Voraussetzungen liegt eine Beeinträchtigung der Bieterchancen vor, wenn sich das Auswahlverfahren im Stadium nach Mitteilung der Eignungs- und Auswahlkriterien und vor Auswahl des künftigen Netzbetreibers befindet? Fraglich ist weiter, ob Rechtsverletzungen i. S. d. § 47 Abs. 1 EnWG auch jenseits der ausdrücklich geregelten Verfahrensschritte (etwa bei unzureichend gewährter Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG oder unzulässiger Abfrage von Nebenangeboten) vorliegen können und die Rügeobliegenheit und Präklusion hierauf Anwendung finden. Bei § 47 Abs. 2 EnWG ist offen, unter welchen Voraussetzungen eine wirksame Rüge vorliegt. Nicht geklärt ist auch, ob bei fehlender oder nicht rechtzeitiger Rüge eine Heilung des angeblichen Fehlers eintritt oder ob sich Beteiligte noch später – etwa im Streit um die Netzherausgabe – auf den Fehler berufen können. Prozessual stellt sich die Frage, was der Bieter verlangen kann – Verpflichtung zur Abhilfe über die erhobenen Rügen unter Fortsetzung des Konzessionsverfahrens oder Unterlassung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens bis zur Abhilfe über die im Verfügungsverfahren benannten Rügen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts – und ob neben bzw. nach dem nach § 47 Abs. 5 EnWG vorgesehenen einstweiligen Verfügungsverfahren noch ein Hauptsacheverfahren statthaft ist.

Drittens ist der Umfang des Akteneinsichtsrechts nach § 47 Abs. 3 EnWG ungeklärt. Gibt es – gerade bei Konzeptwettbewerben – einen Geheimnisschutz für das Gesamtangebot eines Bieters oder nur für einzelne Teile? Wer trägt die Darlegungs- und Beweislast im Prozess, dass etwas ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis ist bzw. nicht ist? Genügt eine Darlegung der Gemeinde zu Art und Typ der im Angebot des Dritten enthaltenen Daten oder gibt es nach dem Vorbild des

14 BGHZ 199, 289, 319 Rn. 108 f. (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) (= N&R 2014, 166, 171) – *Stromnetz Berkenthin*.

15 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.10.2018 – Az. 11 U 62/17 (Kart), Rn. 103 ff. (juris); OLG Naumburg, Urt. v. 21.9.2018 – Az. 7 U 33/17 (Hs), Rn. 85 (juris); OLG Karlsruhe, BeckRS 2014, 6418 (Urt. v. 26.3.2014 – Az. 6 U 68/13 [Kart]); LG München I, EnWZ 2016, 279 (Beschl. v. 11.1.2016 – Az. 1 HK O 8010/15); LG Stuttgart, Urt. v. 5.4.2016 – Az. 41 O 43/14 KfH, Rn. 30 ff. (juris); LG Köln, BeckRS 2016, 19697 (Urt. v. 29.4.2016 – Az. 90 O 11/16).

16 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/8184, 8.

17 Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsggebundenen Energieversorgung v. 27.1.2017, BGBl. 2017 I, 130.

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

19 Hierzu und zum Folgenden die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 13.

20 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 13; Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 25, 27.

21 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 15; vgl. auch a. a. O., S. 9, 13; Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/8184, 18, 20; Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 25, 26.

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

23 Nach den Gesetzesmaterialien steht es den Gemeinden frei, einzelne Rügen zu sammeln und am Ende des Verfahrens einen Nichtabhilfebescheid zu erlassen (Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 25, 28). In diesem Fall gibt es nur ein mögliches Eilrechtsschutzverfahren.

24 Hierzu *Kupfer*, NVwZ 2017, 428; *Czernek*, EnWZ 2018, 99; *Höch*, EnWG 2017, 157.

25 In diesem Sinne BGHZ 199, 289, 306 Rn. 54 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) (= N&R 2014, 166, 169) – *Stromnetz Berkenthin*; BGH, NVwZ 2014, 1600, 1606 Rn. 53 (Beschl. v. 3.6.2014 – Az. EnVR 10/13) (= N&R 2014, 294, 300) – *Stromnetz Homberg*.

§ 165 Abs. 2 GWB²⁶ ein Zwischenverfahren über Akteneinsicht in Form eines In-camera-Verfahrens, bei dem der Bieter jedenfalls teilweise vom Prozess ausgeschlossen wird und in dem das Gericht der Entscheidung Informationen zugrunde legt, die nicht allen Parteien bekannt sind?

Viertens ist das Verhältnis zu den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen über die Vergabe von Konzessionen nicht geklärt. Unterfallen – was streitig ist – Strom- und Gaskonzessionen i. S. d. § 46 EnWG den Regelungen der §§ 97 ff. GWB, so stellt sich die Frage nach deren Verhältnis zu §§ 46, 47 EnWG.²⁷

c) Erste Urteile zur neuen Rechtslage

In den ersten Urteilen zur neuen Rechtslage schälte sich die Tendenz heraus, dass den Gemeinden mehr Gestaltungsspielraum zugestanden,²⁸ zugleich aber auf eine substantielle Berücksichtigung der Versorgungssicherheit geachtet wird.²⁹ Eine vorrangige Wertigkeit der Kosteneffizienz wird indes abgelehnt.³⁰ Die Anforderungen an eine wirksame Rüge werden hoch angesetzt. Der Bieter muss konkret darlegen, welche Vorgaben und/oder Maßnahmen er angreifen möchte, aus welchen Gründen diese aus seiner Sicht rechtswidrig sind und dass er eine Abhilfe erwartet, damit die Gemeinde weiß, was sie zu einer etwaigen Abhilfe unternehmen muss.³¹ Die übrigen Fragen werden bislang entweder unterschiedlich oder nicht beantwortet.³²

II. Gegenstand des Verfahrens vor dem OLG Karlsruhe

Das OLG Karlsruhe hat mit Urteil vom 28. August 2019 nun erstmals eine Entscheidung unter dem neuen Energiekonzessionsvergaberechtsregime gefällt. Es betrifft ein Stromkonzessionsvergabeverfahren im Stadium nach Mitteilung der Eignungs- und Auswahlkriterien und vor Auswahl des künftigen Netzbetreibers. Das Urteil war mit Spannung erwartet worden, nachdem das OLG Karlsruhe zuletzt sehr hohe Anforderungen an die Gestaltung der Auswahlkriterien und die Transparenz der Bewertungsmethodik gestellt hatte.³³

In Reaktion auf diese Rechtsprechung hatte die Gemeinde in dem Vergabeverfahren, das dem Urteil zugrunde lag, keinen Konzeptwettbewerb durchgeführt, sondern den Bietern Lösungskomponenten vorgegeben. Damit sollte eine möglichst hohe Vorhersehbarkeit der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung sowie die Vergleichbarkeit der Angebote der Bieter gewährleistet werden. Der Bieter war aufgefordert, ein Angebot abzugeben, das aus dem von den Bietern angebotenen Konzessionsvertrag nebst Netzentgeltprognose besteht. Der Konzessionsvertragsentwurf des Bieters sollte auf dem Musterkonzessionsvertrag der Stadt, der dem Verfahrensbrief beigefügt war, aufsetzen. Ergänzungen durch den Bieter waren ausschließlich an den im Musterkonzessionsvertrag benannten Stellen vorgesehen. An diesen Stellen wurden den Bietern gestufte Auswahlmöglichkeiten für ergänzende Zusagen zur Verfügung gestellt, die jeweils unterschiedlich bepunktet wurden. An die Nichterfüllung der Zusagen wurden vertragliche Sanktionen geknüpft. Im Übrigen durfte das Vertragsangebot des Bieters inhaltlich nicht vom Musterkonzessionsvertrag der Stadt abweichen. Mit den Auswahlmöglichkeiten wurden vorrangig die Ziele nach § 46 Abs. 4 S. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 EnWG und daneben konzessionsvertragsbezogene kommunale Belange (§ 46 Abs. 4 S. 2 EnWG) abgebildet. Die Ermittlung des besten Angebots geschah über diese Auswahlmöglichkeiten sowie über das Kriterium der Preisgünstigkeit, welches als Prognose der künftigen Netznutzungsentgelte für das Konzessionsgebiet ausgestaltet war. Zur Überprüfung der Prognose forderte die Gemeinde eine Reihe von Unterlagen an.

Zusätzlich stellte sie Prämissen auf, die bei der Prognose der Netzentgelte zu beachten sind.³⁴

Das klagende Energieversorgungsunternehmen wandte sich vorwiegend dagegen, dass das Verfahren nicht als offener Konzeptwettbewerb ausgestaltet sei, sondern die Kriterien „checklistenartig“ abfrage. Es fehle an einer Plausibilitätsprüfung, ob die Bieter ihre Zusagen erfüllen können. Wesentliche für den Netzbetrieb relevante Aspekte würden nicht zum Gegenstand des Wettbewerbs gemacht. Es sei unzulässig, überhaupt einen Konzessionsvertrag verbindlich vorzugeben.³⁵

III. Urteil des OLG Karlsruhe

Das OLG Karlsruhe hat die Einwände des Energieversorgungsunternehmens in vollem Umfang zurückgewiesen.

Es bestätigt die Tendenz des Gesetzgebers und anderer Instanz- und Obergerichte, unter (formaler) Festhaltung an der bisherigen Rechtsprechung (dazu sogleich, unter 1.) die formellen Hürden für die Überprüfung vermeintlicher Rechtsverletzungen zu erhöhen und den Gemeinden materiell mehr Spielraum einzuräumen (dazu unten, unter 2.). Dies leitet es

26 § 165 GWB war Vorbild für die Regelung des § 47 Abs. 3 EnWG (so ausdrücklich die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 17). Das Verfahren ist ein In-camera-Verfahren, BGH, Beschl. v. 31.1.2017 – Az. X ZB 10/16, Rn. 45. Andererseits verortet § 47 Abs. 5 EnWG die Verfahren ausdrücklich bei den Zivilgerichten, denen In-camera-Verfahren unbekannt sind.

27 Gegen eine Anwendbarkeit die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 10; Bundesnetzagentur/BKartA, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen, 2. A., 2015, Rn. 14; Wegner, in: Berliner Kommentar zum Energierecht (Fn. 5), § 46 EnWG Rn. 104; Burgi, Vergaberecht, 2. A., 2018, § 24 Rn. 6; Hohenstein-Bartholl/Jacob, RdE 2017, 454, 461; Krönke, NVwZ 2016, 568, 574 f.; Kment/Vorwalter, EnWZ 2015, 387, 393. Für eine Anwendbarkeit Mohr, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 2. A., 2018, § 105 GWB Rn. 103; Mohr, RdE 2016, 269, 275; Weiß, NVwZ 2014, 1415, 1419 f.; Hofmann/Zimmermann, NZBau 2016, 71, 74; Brück van Oertzen/Kreggenfeld, EWERK 2016, 12; Theobald/Wolkenhauer, DÖV 2016, 724, 730; Kupfer, NVwZ 2017, 428, 433; Dicks, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. A., 2016, § 105 Rn. 7; Donhauser/Höhlzwitter, VergabeR 2015, 509, 515. Siehe zusammenfassend auch OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.4.2018 – Az. 11 Verg 1/18, Rn. 41 ff. (juris).

28 OLG Stuttgart, Urte. v. 6.6.2019 – Az. 2 U 218/18, Rn. 87 (juris), unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien zu § 46 EnWG.

29 Vgl. OLG Stuttgart, Urte. v. 6.6.2019 – Az. 2 U 218/18, Rn. 122 (juris) (hierzu näher unten, Fn. 73); KG, Urte. v. 4.4.2019 – Az. 2 U 5/15 Kart, Rn. 78 (juris) (= N&R 2019, 222, 226); LG Kiel, Urte. v. 21.6.2019 – Az. 14 HKO 56/18 Kart, Rn. 48 ff. (juris).

30 LG Kiel, Urte. v. 21.6.2019 – Az. 14 HKO 56/18 Kart, Rn. 54 ff. (juris).

31 OLG Stuttgart, Urte. v. 6.6.2019 – Az. 2 U 218/18, Rn. 75 (juris); KG, Urte. v. 25.10.2018 – Az. 2 U 18/18 EnWG, Rn. 53 (juris); LG Kiel, Urte. v. 23.3.2018 – Az. 14 HKO 166/17 Kart, Rn. 21 (juris).

32 Vgl. OLG Celle, Urte. v. 12.9.2019 – Az. 13 U 41/19 (Kart), Rn. 6 (juris), sowie LG Leipzig, Urte. v. 22.2.2019 – Az. 05 O 2647/18, Rn. 46 (juris), zum Umfang der Rügepflicht.

33 Nach OLG Karlsruhe, Urte. v. 3.4.2017 – Az. 6 U 151/16 Kart, Rn. 129 f., 180 (juris), musste zur Vermeidung von Manipulationen und willkürlichen Bewertungen im Vorhinein zu bestimmen sein, welchen Erfüllungsgrad die Angebote bei den jeweiligen Unterkriterien aufweisen müssen, um mit den festgelegten Punktwerten bewertet zu werden. Dies gelte auch bei der relativen Bewertungsmethode, bei der Angebotsinhalte in Relation zueinander gesetzt werden. Bieter müssten im Voraus zuverlässig ermitteln können, auf welche konkrete Leistung die Gemeinde Wert legen wird und wie die Angaben insofern zueinander gewichtet werden sollen. Auch ein Schulnotensystem sei intransparent. Um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten, habe die Gemeinde sicherzustellen, dass die Bieter ihren Angeboten dieselben Annahmen zugrunde legen. Dies könne etwa durch detaillierte Vorgaben, von welchen fiktiven Annahmen die Bieter auszugehen haben, geschehen.

34 Vgl. OLG Karlsruhe, Urte. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 4 ff. (juris).

35 Vgl. OLG Karlsruhe, Urte. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 9 ff. (juris).

daraus ab, dass der Gesetzgeber zwar die bisherige Rechtsprechung kodifizieren wollte, aber – formal – mit § 47 EnWG neue Anforderungen und Begrenzungen an den Rechtsschutz geschaffen und – materiell – unter ausdrücklichem Verzicht auf eine strikte gesetzliche Vorgabe zur Bestimmung der Auswahlkriterien und zur Gewichtung sowie zur Bewertungsmethode den Gemeinden insoweit einen weiten Spielraum eingeräumt hat.³⁶

1. Im Ausgangspunkt Fortführung der bisherigen Rechtsprechung

Das OLG Karlsruhe geht im Ausgangspunkt von den Maßstäben der Rechtsprechung der vergangenen Jahre aus. Insbesondere übernimmt es die Auffassung des BGH aus den Grundsatzentscheidungen vom 17. Dezember 2013, wonach die Gemeinden bei der Vergabe von Energiekonzessionen nach § 46 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 19 GWB das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot zu beachten hätten.³⁷ Es bestätigt auch grundsätzlich die verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen an die gemeindliche Konzessionsvergabe, die der BGH aus der Geltung des wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbots abgeleitet hat.³⁸ Verstöße könnten zu einem Anspruch eines Bieters aus § 33 Abs. 1, 3 GWB i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. §§ 46, 47 EnWG³⁹ sowie gemäß § 134 BGB i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags⁴⁰ führen.

2. Eingeschränkte Überprüfbarkeit

Aus der Neuregelung der §§ 46, 47 EnWG leitet das Gericht jedoch Begrenzungen des Rechtsschutzes des Bieters (dazu sogleich, unter a)) sowie einen Verzicht des Gesetzgebers auf Vorgaben für die Bestimmung der Auswahlkriterien, deren Gewichtung und die Bewertungsmethodik zugunsten der Gemeinden ab (dazu unten, unter b)). Dies führt zu einer eingeschränkten Überprüfbarkeit des gemeindlichen Auswahlverfahrens und der Auswahlentscheidung.

a) Rechtsschutz (§ 47 EnWG)

Der Bieterrechtsschutz unterliegt nach dem Urteil des OLG Karlsruhe vier verschiedenen formellen Grenzen:

aa) Unterlassungsantrag

Die erste Grenze betrifft den Umfang des potentiellen wettbewerbsrechtlichen Anspruchs des Bieters. Das OLG Karlsruhe hält insoweit – in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung⁴¹ – fest, dass ein Bieter im Falle eines Verstoßes nur verlangen kann, dass die Gemeinde das Auswahlverfahren oder den drohenden Vertragsschluss nicht fortsetzt, bevor sie nicht unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über eine Abhilfe der im Verfügungsverfahren benannten Rügen entschieden hat.⁴² Eine Verpflichtung zur Fortsetzung des begonnenen Konzessionierungsverfahrens unter Abhilfe der Rügen könne nicht verlangt werden. Denn der Gemeinde stehe es neben der Fortsetzung des Verfahrens grundsätzlich offen, das Vergabeverfahren zu wiederholen oder neu auszuschreiben. Auch die Begründung zum Gesetzentwurf sehe einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vor, „um entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragsschluss ... zu verhindern, bevor nicht die konkret gerügte [Verfahrensweise] ... durch eine rechtmäßige [Verfahrensweise] ersetzt worden ist“ (vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 17).⁴³

bb) Aufzeigen einer Rechtsverletzung in der Berufungsbegründung

Die zweite Begrenzung des Bieterrechtsschutzes folgt aus dem zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz. Überprüfbar sind nach Auffassung des OLG Karlsruhe nur behauptete Verstöße,

die vom Bewerber vorgetragen sind. Die Rechtmäßigkeitskontrolle des Auswahlverfahrens nach Anrufung durch einen Bewerber unterfalle nicht – wie teilweise im Schrifttum vertreten⁴⁴ – dem Amtsermittlungsgrundsatz, sondern unterliege der Dispositionsmaxime und dem Beibringungsgrundsatz. Dies folge daraus, dass der Rechtsschutz nach § 47 Abs. 5 EnWG auf Grundlage der ZPO ausgestaltet sei und keine anderen Verfahrensvorschriften vorgeschrieben seien. Dies entspreche auch dem Rechtsgedanken des Präklusionsregimes.⁴⁵

Da jede Rüge einen gesonderten Streitgegenstand bilde, seien nur solche Rügen gerichtlich überprüfbar, zu denen in der Berufungsbegründung eine gesonderte Rechtsverletzung aufgezeigt werde.⁴⁶

Im Streitfall geht das Oberlandesgericht deshalb davon aus, dass sieben der ursprünglich 37 Rügen „nicht zur Entscheidung des Senats“ stünden, weil insoweit keine gesonderte Rechtsverletzung aufgezeigt werde.⁴⁷

cc) Nur bei rechtzeitiger hinreichend konkreter Rüge

Die dritte Begrenzung ergibt sich aus § 47 Abs. 2 EnWG. Hiernach setzt die gerichtliche Überprüfung behaupteter Verstöße voraus, dass diese gemäß § 47 Abs. 2 EnWG rechtzeitig und hinreichend konkret gerügt wurden.

Eine wirksame Rüge bejaht das OLG Karlsruhe nur für den Fall, dass der Antragsteller eine von ihm als rechtswidrig angesehene Verfahrensweise als einen konkreten objektiven Rechtsverstoß beschreibt und begründet. Nicht ausreichend sei es, allgemeine Bedenken gegen eine Verfahrenshandlung zu formulieren oder Nachfragen zu stellen. Die Gemeinde müsse erkennen können, dass und wodurch eine Abhilfe nach dem Petitem des Rügenden möglich ist.⁴⁸

Die Rügeobliegenheit erfasse sämtliche rügefähigen, das Auswahlverfahren betreffenden, objektiven Rechtsverstöße, die sich als Rechtsverletzung in der Verlautbarung der Gemeinde manifestieren. Auch für schwere Rechtsverstöße bestehe keine Ausnahme. Denn Ziel des Präklusionsregimes sei, das Konzessionierungsverfahren durch Abschichtung von Streitpunkten zu straffen und zu beschleunigen.⁴⁹

Das OLG Karlsruhe hielt im Streitfall deshalb drei weitere Rügen für nicht zu überprüfen.⁵⁰

36 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 148, 171, 176 (juris).

37 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 129, 135 (juris).

38 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 136 (juris).

39 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 126 (juris).

40 Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 93, 117 (juris).

41 OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.4.2017 – Az. 6 U 151/16 Kart, Rn. 83 f. (juris); OLG Brandenburg, Beschl. v. 10.7.2017 – Az. 6 Kart 1/17, Rn. 36 (juris). Ebenso nunmehr mit ausführlicher Begründung KG, Urt. v. 4.4.2019 – Az. 2 U 5/15 Kart, Rn. 106 (juris) (= N&R 2019, 222, 228); OLG Stuttgart, Urt. v. 6.6.2019 – Az. 2 U 218/18, Rn. 47 (juris).

42 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 123 (juris).

43 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 124 (juris).

44 Huber, in: Kment, EnWG, 2. A., 2019, § 47 Rn. 30.

45 Hierzu und zum Folgenden OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 92 f. (juris).

46 Ebenso OLG Stuttgart, Urt. v. 6.6.2019 – Az. 2 U 218/18, Rn. 28, 31 ff., 41 (juris): Da jede einzelne Rechtsverletzung einen eigenen Streitgegenstand begründe, müsse jeweils klar sein, ob sie Gegenstand des Verfahrens sei.

47 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 94 (juris).

48 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 140 (juris).

49 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 139 f. (juris).

50 Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 192, 204, 214 (juris).

dd) Nur Rechtsfehler des Auswahlverfahrens

Die vierte Begrenzung leitet das Oberlandesgericht aus § 47 Abs. 1 EnWG aus. Es könnten nur Rechtsverstöße gerügt werden, die das Auswahlverfahren betreffen und sonach die Auswahlentscheidung, mithin die Chancen des Bewerbers auf die Konzession beeinflussen können.⁵¹

Denn der im Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ermöglichte Rechtsschutz knüpfe allein an eine „Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Absatz 1 bis 4 EnWG“ (§ 47 Abs. 1 EnWG) an. Er beziehe sich deshalb „konkret auf das Verfahren zur Auswahl eines Energieversorgungsunternehmens als Konzessionär (vgl. § 46 Abs. 4 Satz 1 und Satz 4 EnWG) und die hiervon erfasste Auswahlentscheidung als solche (vgl. § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG)“. Dies korrespondiere mit der Sachlegitimation für den Anspruch des Bieters aus § 33 Abs. 1, 3, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. § 46 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 EnWG. Dieser setze voraus, dass der Bieter durch den Verstoß subjektiv (potentiell) beeinträchtigt wird, also selbst unbillig behindert wird. Hierfür wiederum sei nach der Rechtsprechung des BGH in den Rechtssachen „Stromnetz Berkenthin“ und „Stromnetz Homberg“⁵² Voraussetzung, dass der objektive Rechtsverstoß im Auswahlverfahren die Chancen des Bewerbers auf die Konzession beeinträchtigt bzw. beeinträchtigen könne.⁵³

„Schlichte Vertragsklauseln, die selbst nicht Kriterium für die Auswahl des Konzessionärs sind“, seien deshalb nicht rügefähig. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit sich diese Klauseln auf die Auswahlentscheidung der Gemeinde auswirken könnten.⁵⁴

Das OLG Karlsruhe verneint daher die Antrags- bzw. Prozessführungsbefugnis des Bieters für drei weitere Rügen, die sich gegen von der Gemeinde fest vorgegebene Konzessionsvertragsklauseln zur Benutzung stadtteigener Grundstücksflächen sowie deren Veräußerung und zu einer nach Auffassung des Bieters über § 46a S. 1 EnWG hinausgehende Informationspflicht richteten. Da die Klauseln nicht Kriterium für die Auswahl des Konzessionärs seien, sei nicht ersichtlich, inwieweit sie sich auf die Auswahlentscheidung auswirken könnten. Deren etwaige Unwirksamkeit nach § 134 BGB i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB begründe ohnehin allenfalls eine Teilnichtigkeit des abzuschließenden Konzessionsvertrags.

b) Maßgaben für Auswahlentscheidung und deren Überprüfbarkeit

In materieller Hinsicht bejaht das Oberlandesgericht nur dann einen Verstoß gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Abs. 1 bis 4 EnWG, wenn die Gemeinde den ihr zustehenden „weiten Spielraum“ „[b]ei der Konkretisierung der Auswahlkriterien und damit grundsätzlich bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens“ überschritten habe.⁵⁵

Mangels gesetzgeberischer Vorgaben (dazu sogleich, unter aa)) stehe es allein der konzessionierenden Gemeinde zu, eine sachgerechte Konkretisierung der energiewirtschaftlichen Ziele i. S. d. § 1 Abs. 1 EnWG in Bezug auf ihr Gemeindegebiet vorzunehmen (dazu unten, unter bb)). Dabei müsse sie nicht sicherstellen, dass der zur Gewährleistung dieser Ziele (objektiv) „am besten geeignet[e]“ Netzbetreiber den Zuschlag erhalte, und keine überörtlichen Zielvorgaben des Energiewirtschaftsrechts erreichen, sondern lediglich im Gemeindegebiet für einen Wettbewerb um das beste Netz Sorge tragen (dazu unten, unter cc)). Hierbei stehe ihr in sämtlichen Stadien und Bestandteilen des Auswahlverfahrens ein weiter Spielraum zu (dazu unten, unter dd)). Der Spielraum sei erst bei Verknüpfung eines Kriteriums überschritten (dazu unten, unter ee)).

aa) Keine Vorgabe näher konkretisierter Ziele

Das OLG Karlsruhe betont im Ausgangspunkt, dass der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 EnWG nicht näher konkretisierte Ziele vorgebe und auf eine Maßgabe verzichte, wie die einzelnen Ziele in konkrete Auswahlkriterien „umzuwandeln“ und zu gewichten sind.⁵⁶ Da auch § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG keine entsprechende Vorgabe enthalte, habe die Kosteneffizienz „kein[en] Vorrang ... gegenüber den anderen energiewirtschaftlichen Zielen“.⁵⁷

bb) Leistungsbestimmungsrecht der Gemeinden

Das Leistungsbestimmungsrecht komme deshalb allein der Gemeinde zu. „Allein die Gemeinde ... konkretisiert die energiewirtschaftlichen Ziele i. S. d. § 1 Abs. 1 EnWG in Bezug auf den Netzbetrieb im Gemeindegebiet. Inwieweit sie dabei von der Übung anderer Gemeinden abweicht, ist unerheblich.“⁵⁸

Das OLG Karlsruhe hält daher die verpflichtende Vorgabe eines Konzessionsvertrags, der lediglich an bestimmten Stellen Ergänzungsmöglichkeiten einräumt, für zulässig. Denn die Gemeinde gebe als Ausschreibender grundsätzlich die Vertragsbedingungen vor.⁵⁹

Eine Verpflichtung des Bieters, zum Nachweis der der Netzentgeltprognose zugrunde gelegten Daten die Verprobungsrechnung für die Preisblätter 2016 bis 2018 sowie die Datenübermittlung zum Regulierungskonto 2016 an die Regulierungsbehörde zur Verfügung zu stellen, hält das OLG Karlsruhe für zulässig. „Die Beklagte muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass andere Gemeinden eine solche Plausibilisierung nicht durchführen oder auch ein geringerer Grad an Plausibilisierung hingenommen werden könnte; es ist allein die Beklagte, die im Rahmen des ihr zustehenden Spielraums die Bewertung und Grad der hierzu erforderlichen Sachermittlung und Plausibilisierung bestimmt.“⁶⁰

cc) Konkretisierung allein in Bezug auf den örtlichen Netzbetrieb

Das Oberlandesgericht hält weiter für maßgeblich, dass die Gemeinde die energiewirtschaftlichen Ziele allein in Bezug auf den örtlichen Netzbetrieb, also für ihr Gemeindegebiet, zu konkretisieren habe.

Die Verpflichtung der Gemeinde zur Beachtung der energiewirtschaftlichen Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG (§ 46 Abs. 4 S. 1 EnWG) bedeute nicht, dass sie sicherstellen müsse, dass der zur Gewährleistung dieser Ziele „am besten geeignet[e]“ Netzbetreiber den Zuschlag erhält.⁶¹ Denn die Gemeinde werde „nicht

51 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 113 ff. (juris).

52 BGHZ 199, 289, 294 Rn. 16, 299 Rn. 34 ff., 306 Rn. 54, 317 Rn. 99 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) (= N&R 2014, 166, 166 f., 167, 169, 171) – *Stromnetz Berkenthin*; BGH, NVwZ 2014, 1600, 1606 Rn. 53 (Beschl. v. 3.6.2014 – Az. EnVR 10/13) (= N&R 2014, 294, 300) – *Stromnetz Homberg*.

53 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 114 (juris).

54 Hierzu und zum Folgenden OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 117 (juris).

55 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 148 (juris).

56 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 171 (juris), unter Bezugnahme auf die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 13.

57 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 171 (juris); ähnlich a. a. O., Rn. 207 (juris): „Ein Primat des Ziels der (Kosten-) Effizienz besteht nicht.“

58 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 148 (juris).

59 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 157 (juris).

60 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 188 (juris).

61 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 148 (juris). Das OLG Karlsruhe hatte schon in seinem Urt. v. 3.4.2017 – Az. 6 U 151/16 Kart, Rn. 127 (juris) (vgl. auch Rn. 105 [juris]) zutreffend festgestellt, dass es keinen „objektiv“ besten Netzbetreiber gibt: „Der Maßstab für die Bewertung der objektiven Leistungsfähigkeit orientiert sich jedoch daran, wer am besten geeignet ist, sämtliche o. g. Ziele – konkretisiert durch die Kriterien – zu verwirklichen.“

als Verwaltungsträger mit Aufgaben zur Erreichung der überörtlichen Zielvorgaben des Energiewirtschaftsrechts betraut, quasi in Ergänzung zur Genehmigung eines Netzbetriebs oder zur Regulierung durch die zuständigen Behörden, sondern lediglich privatrechtlich als marktbeherrschender Anbieter der Wegenutzungsrechte und beschränkt auf den betroffenen örtlichen Bereich des Netzbetriebs angesprochen“.⁶²

„Die Gemeinde hat lediglich im Gemeindegebiet für einen Wettbewerb um das beste Netz Sorge [zu] tragen.“ Deshalb dürfe sie beim Kriterium der Preisgünstigkeit nur auf das zur Vergabe anstehende Gebiet abheben und sei nicht gehalten, Nachteile von Flächennetzbetreibern auszugleichen. „Solange und soweit der gesetzliche Rahmen der Auswahlentscheidung, wie er in § 46 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 EnWG als Konkretisierung der kartellrechtlichen Pflichten der Gemeinde vorgegeben wird, nicht von der örtlichen, im Kartellrecht wurzelnden Betrachtung gelöst ist, und für die Gemeinde nicht Pflichten zur Erreichung überörtlicher energiewirtschaftlicher Ziele begründet worden sind, hält sich eine Ausrichtung der Auswahlentscheidung an den zu erwartenden Netzentgelten im Konzessionsgebiet innerhalb der rechtlichen Vorgaben.“⁶³ In diesem Sinne bekräftigt das OLG Karlsruhe an anderer Stelle, dass „[e]ine Ungleichbehandlung der Bieter im Auswahlverfahren ... nicht allein daraus abzuleiten [ist], dass ein unterschiedslos auf alle Bieter anwendbares Auswahlkriterium sich wirtschaftlich unterschiedlich auf die Bieter aufgrund ihrer unterschiedlichen Unternehmens- und Netzstruktur auswirken kann. Es ist grundsätzlich Teil des angestrebten Leistungswettbewerbs um das Netz, dass ein Bewerber ein besseres Angebot abgibt als der andere.“⁶⁴

Die Maßgeblichkeit des örtlichen Netzbetriebs folgt nach Auffassung des Oberlandesgerichts aber nicht nur aus der wettbewerbsrechtlichen Betrachtung, sondern auch aus der Bedeutung des Netzbetriebs für die Daseinsvorsorge: Bei der Konkretisierung der Auswahlkriterien und damit grundsätzlich bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens anhand der energiewirtschaftlichen Ziele in Bezug auf den örtlichen Netzbetrieb verbleibe der Gemeinde als Ausfluss ihrer Planungshoheit ein weiter Spielraum, innerhalb dessen sie ihren zugleich bestehenden Auftrag zur Daseinsvorsorge erfüllen und sich an dem Bedarf nach einem insbesondere sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet in der ihr sachgerecht erscheinenden Weise ausrichten könne.⁶⁵

Vor diesem Hintergrund weist das Oberlandesgericht die Kritik des Bieters zurück, es sei missbräuchlich, dass die Gemeinde die Gestaltung des Auswahlverfahrens ausnutze, speziell für ihr Stadtgebiet abweichende Betriebsabläufe zu fordern. „Solange und soweit der EnWG-Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 EnWG nicht näher konkretisierte Ziele vorgibt und insbesondere auf eine strikte gesetzliche Vorgabe verzichtet, wie die einzelnen Ziele in konkrete Auswahlkriterien ‚umzuwandeln‘ sind, steht es allein den konzessionierenden Gemeinden zu, eine sachgerechte Konkretisierung in Bezug auf ihr Gemeindegebiet vorzunehmen, wobei den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes und den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft Rechnung getragen werden kann (§ 46 Abs. 4 Sätze 2 und 3 EnWG). Der weite Spielraum der Gemeinden verpflichtet – mangels gesetzlicher Vorgabe – gerade nicht zu einer überörtlichen Zielgewährleistung oder Zielabstimmung. Die Gemeinde konkretisiert die Ziele vielmehr allein für ihr Gemeindegebiet und muss lediglich insoweit für einen Wettbewerb um das beste Netz Sorge tragen ... Die [Gemeinde] muss daher nicht vorgefasste Betriebsabläufe externer Bewerber akzeptieren und ist danach auch nicht gehalten, ... einen Konzeptwettbewerb einzuleiten“.⁶⁶

dd) Spielraum umfasst sämtliche Stadien und Bestandteile des Auswahlverfahrens

Der „weite Spielraum (Beurteilungs-/Bewertungs-/Entscheidungs-/Ermessensspielraum)“⁶⁷ der Gemeinde als Ausfluss ihrer durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Planungshoheit⁶⁸ erstreckt sich nach Auffassung des OLG Karlsruhe auf sämtliche Stadien und Bestandteile des Auswahlverfahrens. Der Spielraum stehe der Gemeinde „grundsätzlich bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens“, bei der Eignungsprognose, „bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien für die Konzessionsvergabe durch Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung der energiewirtschaftlichen Einzelziele gegeneinander und der hieran knüpfenden Bewertung der Bieterangebote“ sowie bei der Bestimmung des Grads der hierzu erforderlichen Sachermittlung und Plausibilisierung zu.⁶⁹

Da der Gesetzgeber nicht vorgebe, wie der Spielraum auszufüllen ist,⁷⁰ sei die Gemeinde nicht gehalten, einen offenen Konzeptwettbewerb durchzuführen. Der Gesetzgeber habe ausdrücklich Abstand davon genommen, strikte gesetzliche Vorgaben für von den Gemeinden durchzuführende Konzessionsverfahren zu treffen.⁷¹

Mit Blick auf diesen weiten, sämtliche Stadien und Bestandteile des Auswahlverfahrens umfassenden Beurteilungsspielraum hält das OLG Karlsruhe die konkrete Ausgestaltung des Kriterienkatalogs im Streitfall für nicht zu beanstanden. Es weist den Vorwurf des Bieters zurück, wesentliche, für den Netzbetrieb relevante Aspekte blieben unberücksichtigt. Der Kriterienkatalog orientiere sich zu 90 % (Hauptkriterien 1 bis 5) an den nach § 1 Abs. 1, § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG maßgeblichen Zielen sowie zu 10 % (Hauptkriterium 6) an kommunalen Belangen, die im Kontext des Konzessionsvertrags grundsätzlich Berücksichtigung finden könnten (§ 46 Abs. 4 S. 2 EnWG). Dass die Gemeinde darüber hinaus weder weitere (Unter-) Kriterien für die Bewertung aufstelle, noch weitergehende Zusagen der Bieter ermögliche oder positiv bewerte, bewege sich als eine mögliche Konkretisierung der energiewirtschaftlichen Einzelziele und deren Gewichtung im Rahmen des gemeindlichen Spielraums. Es sei von den Bietern so hinzunehmen.⁷² Der Senat hält es deshalb ausdrücklich für zulässig, dass die Gemeinde unter dem Gesichtspunkt der Netzsicherheit – neben der Abfrage der Eignung – nur die Teilaspekte „technische Sicherheit“, „künftige Netzausfallzeiten“ und „maximale Reaktionszeit im Störfall“ als

62 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 148 (juris) m. w. N. Vgl. schon BGHZ 199, 289, 294 f. Rn. 16 ff. (Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12) (= N&R 2014, 166, 166 f.) – *Stromnetz Berkenthin*.

63 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 176 (juris).

64 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 202 (juris).

65 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 148 (juris). Ebenso OLG Stuttgart, Urt. v. 5.1.2017 – Az. 2 U 66/16, Rn. 85 (juris); OLG Celle, Urt. v. 17.3.2016 – Az. 13 U 141/15 (Kart), Rn. 137 (juris); OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.4.2017 – Az. 6 U 151/16 Kart, Rn. 191 (juris); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.3.2010 – Az. VII-Verg 48/09, Rn. 43 (juris). Den Beurteilungsspielraum der Gemeinde betonen auch die Gesetzesmaterialien zu §§ 46–47 EnWG n. F., siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 13; die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/8184, 18, 20; die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 25, 27; ferner BGH, Beschl. v. 26.1.2016 – Az. KVZ 41/15, Rn. 22 – *Titisee-Neustadt*.

66 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 176 (juris).

67 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 137 (juris).

68 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 137, 148 (juris).

69 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 137, 148, 154, 188 (juris).

70 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 148, 171, 207 (juris), unter Bezugnahme auf die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 13. Vgl. auch oben, bei Fn. 57.

71 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 148 (juris).

72 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 150 (juris).

bewertungsrelevante Auswahlkriterien vorgibt.⁷³ Ebenso zulässig sei, dass die Gemeinde das Ziel der Preisgünstigkeit des Netzbetriebs im Gemeindegebiet nur durch eine Fokussierung auf die Netzentgelte abbilde und auf eine Einbeziehung der Hausanschlusskosten und Baukostenzuschüsse verzichte.⁷⁴

Die Gemeinde müsse auch keine generelle konkrete Plausibilitätskontrolle der seitens der Bieter im Angebot abzugebenden, absolut bewerteten Zusagen für den Netzbetrieb vornehmen. Das klagende Energieversorgungsunternehmen gehe „von überzogenen Anforderungen an die gebotene Aufklärung der der Auswahlentscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen aus und lässt den der Gemeinde zuzubilligenden Spielraum unberücksichtigt“.⁷⁵ Die angeforderten Nachweise der Eignung zum Netzbetrieb sowie die vertragliche Fixierung der Zusagen nebst Kontrollrechten und Sanktionen „genüg[en] zur Wahrung eines Mindestmaßes an grundsätzlicher Plausibilität der Angebote und damit an der Sachlichkeit der Auswahlentscheidung“.⁷⁶ Das OLG Karlsruhe erkennt ausdrücklich einen „Spielraum der Gemeinde bei der Prognoseiteilentscheidung zur Eignung, insbesondere Leistungsfähigkeit des Unternehmers, und der hierzu erforderlichen Sachermittlung“ an.⁷⁷

Dem von Teilen des Schrifttums geäußerten Ansinnen, zur Verhinderung von Manipulationsmöglichkeiten⁷⁸ eine Diskriminierung eines Bieters schon dann als gegeben anzusehen, wenn „bei einzelnen wesentlichen Kriterien von einem Beurteilungsspielraum in einer Weise Gebrauch gemacht wird, die einen unbefangenen Betrachter letztlich nicht überzeugen kann“,⁷⁹ weist das OLG Karlsruhe zurück. Auch insoweit gälten die allgemeinen zivilprozessualen Darlegungs- und Beweisforderungen. „Eine Diskriminierung kann in Bezug auf ... von der Gemeinde im Einzelnen steuerbare Auswahlkriterien [die sich wirtschaftlich unterschiedlich auf die Bieter aufgrund deren unterschiedlicher Unternehmens- und Netzstruktur auswirken können] insoweit denkbar sein, als die Ausgestaltung von Kriterien gezielt so gewählt ist, dass ein spezifischer Bewerber bevorzugt werden soll. Eine solche vom Leistungswettbewerb nicht mehr erfasste Ungleichbehandlung der Bewerber kann im Wege des Indizienbeweises dann festgestellt werden, wenn die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall bei der gebotenen Beurteilung sämtlicher Umstände *nur noch* so erklärt werden kann, dass eine Bevorzugung eines spezifischen Bewerbers im Vordergrund der Kriterienbildung stand.“⁸⁰

Dementsprechend hält es die positive Bewertung einer Zusage zum Kundenservice in örtlicher Nähe durch eine ortsnahe Ansprechstelle für zulässig. „Dass die [Gemeinde] mit dem Auswahlkriterium gezielt Unternehmen, die der Entflechtung unterliegen, gegenüber den nicht der Entflechtung unterliegenden Unternehmen benachteilige, um einen bestimmten Bewerber zu bevorzugen, kann nicht angenommen werden.“⁸¹ Auch der Umstand, dass nur wenig Kommunikationsbedarf bestehe, genüge „noch nicht, um die Einschätzung der [Gemeinde] in Bezug auf die Bedürfnisse der Netzkunden im Gemeindegebiet, insbesondere älterer Bürger, und den daraus abgeleiteten Bedarf für eine Ansprechstelle nach dem heutigen Erkenntnisstand als sachgrundlos anzusehen“. Der Einwand, die Schaffung einer solchen Stelle sei ineffizient und stehe im Widerspruch zum energiewirtschaftlichen Ziel der (Kosten-) Effizienz, dringe nicht durch. „Auch insoweit kann sich die Beklagte auf die Weite des ihr als Gemeinde zustehenden Beurteilungsspielraums berufen, wonach sie vorgibt, welches Ziel nach § 1 Abs. 1 EnWG durch welches Kriterium konkretisiert wird und inwieweit dabei der Widerspruch von Zielen untereinander aufgelöst wird. Ein Primat des Ziels der (Kosten-) Effizienz besteht nicht. Die konkrete Vorgabe der Beklagten erweist sich nicht als von vornherein sachwidrig und die Bedeutung des Ziels der (Kosten-) Effizienz verkennend.“

ee) Überschreitung des Spielraums erst bei Verkenning eines Kriteriums

Schließlich hebt das OLG Karlsruhe hervor, dass es nur eine beschränkte Prüfungsbefugnis hinsichtlich der Ausfüllung des gesetzlichen Spielraums durch die Gemeinde hat.

Diese Ausfüllung sei nur daraufhin überprüfbar, ob von keinem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen worden sei, keine sachwidrigen Erwägungen eingeflossen seien, der Spielraum diskriminierungsfrei wahrgenommen worden sei und sich Wertungsentscheidungen auch im Übrigen im Rahmen der Gesetze und allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe hielten. Der Spielraum werde erst „dort überschritten, wo die Bedeutung eines Kriteriums in der Ausschreibungsgewichtung so grundlegend von dessen Bedeutung nach den energiewirtschaftlichen Zielsetzungen abweicht, dass daraus eine Verkenning des Kriteriums offenkundig wird, weil von einer angemessenen Bewertung auch im Lichte des Spielraums nicht mehr ausgegangen werden kann“.⁸²

Das Oberlandesgericht weist deshalb den Vorwurf des klagenden Energieversorgungsunternehmens zurück, die abverlangte Zusage, bei anstehenden Erneuerungsmaßnahmen den Stand der Technik umzusetzen, bedinge höhere, regulatorisch nicht ansatzfähige Kosten, was insbesondere mit der Kosteneffizienz in Widerspruch geraten könne. „Allein eine mögliche negative Auswirkung eines für den Netzbetrieb im Gemeindegebiet konkretisierten Einzelziels auf ein anderes Einzelziel begründet für sich keine grundsätzliche Verkenning des anderweitigen energiewirtschaftlichen Einzelziels oder eine sachwidrige Gewichtung.“⁸³ Entsprechend weist es die Kritik des Bieters zum Kriterium „Energieeffizienz“ zurück.⁸⁴

Das OLG Karlsruhe sieht weiter keine Überschreitung des Beurteilungsspielraums darin, dass die Gemeinde mündliche

73 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 166 (juris). Strenger möglicherweise OLG Stuttgart, Urt. v. 6.6.2019 – Az. 2 U 218/18, Rn. 120–124 (juris), wonach der Teilaspekt „Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilanlagen“ zu bewerten sei; das Kriterium des Mindestrestwertfaktors genüge nicht, weil auch neue Anlagen unsicher sein könnten. Dies erscheint nicht überzeugend, nachdem das EnWG dem insbesondere in § 49 und im Übrigen das anlagenbezogene Umweltrecht bzw. das besondere technische Sicherheitsrecht, also etwa das Atomrecht, das Bergrecht usw., diesen Aspekt bereits umfassend umgesetzt haben. Dem „dahinter stehenden Gesetzeszweck des § 1 bleibt danach im Wesentlichen deklaratorische und ansonsten allenfalls auslegungsdirigierende und lückenschließende Funktion“ (Hellermann/Hermes, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. A., 2015, § 1 Rn. 25).

74 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 179 (juris).

75 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 153 (juris).

76 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 154 (juris). Vgl. schon KG, EnWZ 2019, 76, 82 Rn. 61 (Urt. v. 25.10.2018 – Az. 2 U 18/18).

77 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 154 (juris).

78 Vgl. Höch, RdE 2017, 157, 157, 163; Schulz-Gardyan, N&R 2019, 230.

79 Höch, RdE 2017, 157, 163.

80 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 202 (juris); Hervorhebung hinzugefügt.

81 Hierzu und zum Folgenden OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 207 (juris).

82 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 137 (juris) m. w. N. Das Oberlandesgericht übernimmt damit die Auffassung der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, 8, 13, 15, wonach den Gemeinden ein „weiter“ Beurteilungsspielraum zusteht, und rekuriert auf die großzügigere Auffassung des OLG Frankfurt a. M., NVwZ-RR 2018, 485, 486 Rn. 43 (Urt. v. 3.11.2017 – Az. 11 U 51/17 [Kart]), sowie OLG Stuttgart, Urt. v. 5.1.2017 – Az. 2 U 66/16, Rn. 85 (juris). In einer früheren Entscheidung – OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.4.2017 – Az. 6 U 153/16 Kart, Rn. 111 ff. (juris) – hatte es zwar einen Beurteilungsspielraum zugestanden, es aber als willkürlich angesehen, dass die Gemeinde die Effizienz mehr als doppelt so hoch gewichtete wie die Netznutzungsentgelte.

83 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 171 (juris).

84 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 196 ff. (juris).

Verhandlungsrunden nach Vorliegen der indikativen Angebote vorsieht.⁸⁵ Auch ein Nachnormierungsvorbehalt, der im ersten Verfahrensbrief angekündigt ist und für alle Bieter gleichermaßen gilt, sei gerade angesichts der Komplexität der Netzentgeltprognose zulässig.⁸⁶ Es sei auch keine „unsachgemäße Vertragsklausel“, wenn die Gemeinde zur Prüfung der Einhaltung der als Auswahlkriterium relevanten Zusage zu künftigen Netzausfallzeiten die jährliche Mitteilung des SAIDI⁸⁷-Wertes für das Stromnetz im Konzessionsgebiet, aufgeschlüsselt gemäß dem Erhebungsbogen der Bundesnetzagentur, fordert.⁸⁸

Das Oberlandesgericht weist ferner die Kritik des Bieters zurück, die Gemeinde greife mit abverlangten Zusagen, die zu regulatorisch nicht ansatzfähigen Kosten führten, unzulässig in den unternehmerischen Gestaltungsspielraum ein. „Denn maßgeblich ist allein der Spielraum der Gemeinde und ob dieser ggf. überschritten ist.“⁸⁹

Zulässig sei die für den Erhalt der Bestbewertung abzugebende Zusage, der Stadt nach Vertragsablauf auch ein Übernahmerecht hinsichtlich der gemischt-genutzten Verteilungsanlagen einzuräumen. Das Oberlandesgericht erkennt eine potentielle Unsicherheit hinsichtlich des Umfangs des Übereignungsanspruchs – nämlich der Frage, ob auch Anlagen erfasst seien, an die kein Letztverbraucher unmittelbar angeschlossen ist –, an deren vertraglicher Klärung insbesondere die Gemeinde ein berechtigtes Interesse habe.⁹⁰

Zulässig sei weiter die von der Gemeinde mit der Zusage zum Übernahmepreis erstrebte Festlegung der Ertragswertbestimmung auf den objektivierten Ertragswert, wie er weitergehend nach dem in Bezug genommenen Standard des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) bestimmt wird. Die Ermittlung des Ertragswerts im neuen § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG sei „in ihren Bewertungsgrundlagen jedenfalls ungewiss und streitanfällig, wie die Verzögerung zahlreicher Netzübernahmen in der Vergangenheit gezeigt hat (vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 12)“. Es bestehe deshalb ein weitergehender Regelungsbedarf, der seitens der Gemeinde im Auswahlverfahren geklärt werden könne. Da das Kriterium bei seinen Festlegungen zur Konkretisierung der Ertragswertermittlung auf in Betracht kommende, grundsätzlich wirtschaftlich angemessene Beurteilungsmaßstäbe zurückgreife, scheidet ein Verstoß nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV aus. Ein solcher komme nämlich nach der Rechtsprechung des BGH nur in Frage, wenn die vertragliche Regelung nach keinem der in Betracht kommenden Beurteilungsmaßstäbe als „wirtschaftlich angemessen“ angesehen werden könnte.⁹¹

IV. Bedeutung

Das Urteil des OLG Karlsruhe bestätigt die bundesweite Tendenz, angesichts der Neuregelung der §§ 46, 47 EnWG die formellen Hürden für die Überprüfung vermeintlicher Rechtsverletzungen zu erhöhen und den Gemeinden materiell mehr Spielraum einzuräumen.

Dabei zeigt es eine bislang wenig genutzte Option zur Gestaltung des Auswahlverfahrens auf, die vor allem für kleine Gemeinden attraktiv sein kann. Der bislang in der Praxis dominierende Konzeptwettbewerb, der eine aufwändige und fehleranfällige Auswertung erfordert, ist nach der Entscheidung des OLG Karlsruhe nicht zwingend. Die Gemeinde kann sich stattdessen darauf beschränken, als Auswahlkriterien eigene, klar beschriebene Vorstellungen vorzugeben. Sie kann insbesondere den Konzessionsvertrag fest vorgeben und lediglich an einzelnen Stellen verschieden bepunktete, fest vorgegebene Auswahlmöglichkeiten lassen, mit denen die Ziele des § 1 EnWG abgebildet werden. Eine vollständige Abbildung sämtlicher Teilaspekte der Ziele des § 1 EnWG ist dabei nicht erforderlich. Auch eine Plausibilisierung der Bieterangaben

jenseits konkreter Anhaltspunkte für unzutreffende Angaben ist grundsätzlich nicht nötig; entsprechende Zusagen der Bieter mit Sanktionsmöglichkeiten der Gemeinde genügen. Allein hinsichtlich des Kriteriums der Preisgünstigkeit kann wegen der erforderlichen Netzentgeltprognose keine checklistenartige Auswahl des Bieters mit entsprechender Zusage verlangt werden. Hier ist die Bieterprognose zu plausibilisieren. Welcher Grad an Plausibilisierung mindestens erforderlich ist, ergibt sich aus der Entscheidung des OLG Karlsruhe nicht; es hält einen hohen Plausibilisierungsgrad jedenfalls in den Fällen, in denen die Gemeinde nicht selbst durch einen Eigenbetrieb am Bieterwettbewerb teilnimmt, für zulässig. Ob die Gemeinde gehalten ist, Prämissen zur Netzentgeltprognose zur Vermeidung divergierender Annahmen hinsichtlich exogener Kostenfaktoren vorzugeben,⁹² lässt das Oberlandesgericht offen.⁹³ Diese klaren, ein Höchstmaß an Transparenz vorsehenden Kriterien mindern den Aufwand bei der Auswertung und senken das Risiko, dass diese angegriffen und gerichtlich aufgehoben wird.

Bieter mahnt die Entscheidung zu erhöhter Sorgfalt. Um die Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung zu wahren, sind angebliche Rechtsverletzungen konsistent fristgerecht geltend zu machen. Vermeintliche Verstöße sind rechtzeitig und konkret gegenüber der Gemeinde zu rügen (§ 47 Abs. 2 EnWG). Anschließend ist jede Rüge zur Wahrung der Frist des § 47 Abs. 5 EnWG unmissverständlich in die Begründung des Eilrechtsantrags aufzunehmen. In der Berufungsbegründung ist hinsichtlich jeder vom Instanzgericht nicht als Fehler eingestuft Rüge eine konkrete Rechtsverletzung aufzuzeigen. Es ist jeweils deutlich zu machen, inwieweit die Gemeinde ihren Beurteilungsspielraum überschritten hat und hierdurch die eigenen Chancen auf die Konzession durch den Fehler gemindert wurden.

Die offenen Fragen der Neuregelung sind damit jedoch nicht umfassend geklärt. Noch nicht klar konturiert sind insbesondere Voraussetzungen und Umfang des Bieterrechtsschutzes. Wann ein Rechtsverstoß so konkret beschrieben ist, dass die Gemeinde erkennen kann, dass und wodurch eine Abhilfe nach dem Petition des Rügenden möglich ist,⁹⁴ und wann Vertragsklauseln, die nicht selbst Kriterium für die Auswahl des Konzessionärs sind, „sich in anderer Weise auf die Auswahlentscheidung der Gemeinde auswirken können“,⁹⁵ wird streitig bleiben. Auch das Verhältnis zu den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen über die Vergabe von Konzessionen bleibt ungeklärt.

V. Ausblick

Das OLG Karlsruhe hat mit der Entscheidung einen Beitrag geleistet, mehr Rechtssicherheit in Konzessionsvergabeverfahren zu ermöglichen. Entsprechend der Intention des Gesetzgebers unterliegt der Rechtsschutz des Bieters

85 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 159 ff. (juris).

86 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 163 (juris).

87 Der „System Average Interruption Duration Index“ spiegelt die durchschnittliche Versorgungsunterbrechung je angeschlossenem Letztverbraucher innerhalb eines Kalenderjahres wider.

88 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 173 (juris).

89 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 171 (juris).

90 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 223 (juris).

91 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 225 ff. (juris), unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 16.11.1999 – Az. KZR 12/97, Rn. 37 (juris) – *Endschäftsbestimmung I*.

92 So noch OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.4.2017 – Az. 6 U 153/16 Kart, Rn. 180 (juris).

93 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 184 f. (juris).

94 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 140 (juris).

95 OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 109 (juris).

insbesondere im Hinblick auf die Präklusion strikten formellen Voraussetzungen. Die Spielräume und Grenzen der gemeindlichen Entscheidung über die Vergabe der Wegenutzungsrechte bemisst das OLG Karlsruhe mit Blick auf die Aufgabe der Gemeinde, einen Netzbetreiber für ihr Gemeindegebiet auszuwählen und damit in einem Kernbereich der Daseinsvorsorge tätig zu werden. Dies ist zu begrüßen. Damit

wird die Entscheidung der Gemeinde zunehmend wieder dort verortet, wo sie rechtssystematisch hingehört. Für die Praxis ermöglicht die Entscheidung die Wahl zwischen Ideenwettbewerben und eng geführten Konzessionsvergabeverfahren, in denen die Gemeinde ihre Vorstellungen mit der Vorgabe von Konzessionsverträgen und checklistenartigen Abfragen der Kriterien klar vorgibt.

Benedikt Freese*

Mobilfunknetzausbau 5. Generation (5G)

Eine rechtliche Potentialanalyse

Eine Vielzahl technischer Innovationen wie virtuelle und erweiterte Realität („Virtual/Augmented Reality“), das industrielle Internet der Dinge („Industrial Internet of Things“) und autonomes Fahren haben die Anforderungen an Mobilfunknetze hinsichtlich Datenrate, Kapazität und Latenz stetig erhöht. Diese sollen Mobilfunknetze mit dem neuen 5G-Standard erfüllen und dadurch die Arbeitswelt der Zukunft für Unternehmen Realität werden lassen. Doch wie steht es um den 5G-Ausbau in Deutschland? Mit welchem rechtlichen Modell ließe sich ein schneller 5G-Ausbau deutschlandweit fördern? Diese Fragen will nachfolgender Beitrag beantworten. Zunächst werden technische Grundlagen von 5G und der aktuelle Stand des 5G-Ausbaus in Deutschland beleuchtet. Anschließend werden unterschiedliche rechtliche Modelle zur Förderung des 5G-Ausbaus, namentlich die „Roaming“-Pflicht, das Verhandlungsgebot und finanzielle Förderungsprogramme, auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit untersucht. Basierend auf dieser Potentialanalyse wird abschließend eine Empfehlung für zwei der drei rechtlichen Modelle ausgesprochen.

I. Aufholbedarf beim Mobilfunkstandard 5G

„Endlich geht es los“, verkündete die Telekom, als am 12. Juni 2019 die Versteigerung um die Nutzungsrechte der Funkfrequenzen im Bereich von 2 und 3,6 Gigahertz (GHz) endete.¹ Damit sprach sie wohl allen Beteiligten aus der Seele, schließlich war die Versteigerung mit 497 Runden die längste in der Geschichte der Bundesrepublik.² Nun wissen die Mobilfunknetzbetreiber, welche Frequenzen sie für ihre Mobilfunknetze nutzen dürfen, so dass der 5G-Netzausbau Fahrt aufnehmen kann.

Doch während in Deutschland die Versteigerung noch nicht einmal begonnen hatte, lieferten sich Mobilfunkanbieter weltweit ein Wettrennen um das erste 5G-Netz. So öffneten südkoreanische Netzbetreiber am 3. April 2019 um 23 Uhr Ortszeit ihre 5G-Netze, um dem 5G-Start des US-amerikanischen Mobilfunkanbieters Verizon um zwei Stunden zuvorzukommen.³ In beiden Ländern können nun Millionen Kunden den 5G-Standard nutzen,⁴ während in Deutschland die 5G-Netze erst ausgebaut werden müssen. Deutschland hinkt insofern beim 5G-Ausbau hinterher.

Damit droht sich der Trend einer schwachen deutschen Mobilfunkversorgung fortzusetzen: So landete Deutschland bereits beim Vorgängerstandard 4G/LTE-A hinsichtlich Versorgungsqualität und Netzabdeckung europaweit auf den letzten Rängen.⁵

Eine Abkehr von diesem Trend ist für den neuen Mobilfunkstandard 5G von enormer Bedeutung, schließlich wird 5G als Grundbedingung für die Arbeitswelt der Zukunft gesehen.⁶ Länder, die über ein flächendeckendes 5G-Netz verfügen, bieten demnach einen attraktiven Wirtschaftsstandort für Unternehmen.

Daher besteht in Deutschland Handlungsbedarf, um schnell eine flächendeckende 5G-Abdeckung zu erreichen. Wie dies bestmöglich rechtlich realisiert werden kann, ist Gegenstand dieser Potentialanalyse.

II. Technische Grundlagen

Im Zusammenhang mit 5G sind zunächst technische Grundlagen zu erörtern.

1. 5G: Quantensprung zu 4G/LTE-A

5G ist ein Mobilfunkstandard. Diese Standards sind der Steckbrief eines Mobilfunknetzes, da sie die Qualitätsmerkmale des jeweiligen Netzes beschreiben.

In Deutschland ist bislang lediglich sein Vorgänger 4G/LTE-A flächendeckend verfügbar. Netze auf diesem Standard machen Datenraten in Empfangsrichtung („Downlink“) von mindestens 100 Megabit pro Sekunde (Mbit/s) und in Senderichtung („Uplink“) von 50 Mbit/s möglich.⁷ Hierbei erreichen sie eine Latenz von 10 Millisekunden (ms).⁸ Die maximale Kapazität

* Dieser Beitrag geht auf einen Vortrag bei der Liberalen Rechtstagung 2019 zurück, der dort mit dem „Best Speech“-Award ausgezeichnet wurde und im Tagungsband (*Bange, Arbeitswelt der Zukunft – Die Gesellschaft im Wandel des 21. Jahrhunderts, 2019*) dokumentiert ist.

- 1 *Broszio*, telekom.com-Beitrag „Telekom ersteigert 5G-Frequenzen“ v. 12.6.2019.
- 2 *Rzepka*, zdf.de-Beitrag „5G-Versteigerung bringt Staat knapp 6,6 Milliarden Euro“ v. 12.6.2019.
- 3 FAZ.net-Beitrag „Wettlauf mit Amerika: Südkorea hat als erstes Land der Welt 5G“ v. 4.4.2019.
- 4 *Horwitz*, VentureBeat-Beitrag „South Korea hits 1 million 5G subscribers in 69 days, beating 4G record“ v. 12.6.2019.
- 5 P3 communications GmbH, 5G National Roaming, 2018, S. 14 ff.; leicht positivere Berichte bei Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2018/2019, 2019, S. 53 f.
- 6 Siehe nur *Stellmach*, BasicThinking-Beitrag „Der Mobilfunkstandard unserer Zukunft: 5G im Porträt“ v. 18.6.2019.
- 7 Bundesnetzagentur, Übersichtsseite zu „4. Mobilfunkgeneration (4G) – LTE/LTE-A“, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Technik/Standardisierung/Funkanwendungen/4G/4G-node.html (zuletzt abgerufen am 2.1.2020).
- 8 *Gupta/Kumar*, IEEE Access 3 (2015), 1206, 1226.