

Aktenzeichen:
41 O 43/14 KfH



Landgericht Stuttgart

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

g e g e n

[REDACTED]

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung, Vergabe von Wegenutzungsrechten Gas

hat das Landgericht Stuttgart - 41. Kammer für Handelssachen -
durch die [REDACTED] - als Vorsitzende -
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25.01.2016

für Recht erkannt:

1. **Es wird festgestellt, dass der am 2. Juli 2014 zwischen der Beklagten und der [REDACTED] geschlossene Konzessionsvertrag über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zum Bau und Betrieb von Leitungen für die Gasversorgung im Gemeindegebiet der Beklagten („Gas-Konzessionsvertrag“) nichtig ist. |**
2. **Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**
3. **Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 28 % und die Beklagte 72 %.**
4. **Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags.**

Streitwert: 350.000,00 Euro (Hauptantrag: 250.000 €, Hilfsantrag: 100.000 €).

Tatbestand

Die Klägerin macht die Nichtigkeit eines Konzessionsvertrags geltend, den die beklagte Gemeinde am 2. Juli 2014 mit der [REDACTED] über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zum Bau und Betrieb von Leitungen für die Gasversorgung in ihrem Gemeindegebiet abgeschlossen hat.

Bei der Klägerin handelt es sich um ein in Süddeutschland tätiges Energieversorgungsunternehmen mit Hauptstandort in Schifferstadt. Sie betreibt in mehr als 120 Gemeinden in Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg und Bayern Strom- und Gasnetze mit einer Länge von insgesamt 5.000 km, darunter auch das Gasverteilernetz im Gemeindegebiet der Beklagten. Die Klägerin gehört zur [REDACTED], einem Netzwerk kommunaler Energieversorgungsunternehmen in Deutschland. Die beklagte Gemeinde liegt am Nordufer des Bodensees und hat knapp 8.000 Einwohner. Sie ist eine von sieben kommunalen Gesellschaftern, die zusammen 52 % der Gesellschaftsanteile an der [REDACTED] halten, mit der die Beklagte den streitgegenständlichen Gas-Konzessionsvertrag abgeschlossen hat.

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin und die Beklagte hatten am 1. Oktober 1984/10. Januar 1985/Nachtrag vom 13./15. Juli 1994 (K 1, K 2) einen Konzessionsvertrag abgeschlossen mit Laufzeit bis zum 15. Juli 2014. Die Beklagte gab das Auslaufen des mit der Klägerin geschlossenen Altkonzessionsvertrags am 11. Juli 2012 im elektronischen Bundesanzeiger bekannt (K 3). Gleichzeitig forderte sie Energieversorgungsunternehmen, die am Abschluss eines Gas-Konzessionsvertrags mit ihr interessiert sind, auf, sich innerhalb von drei Monaten nach Bekanntmachung schriftlich zu bewerben. Nachdem die Klägerin gegenüber der Beklagten ihr Interesse am Abschluss eines Gas-Konzessionsvertrags bekundet hatte, übersandte die Beklagte ihr mit Schreiben vom 18. März 2014 eine CD mit dem Verfahrensbrief. Der Verfahrensbrief enthielt u. a. einen Kriterienkatalog, Bewertungsmaßstäbe und eine Gewichtung der Auswahlkriterien (K 4 und K 5).

In dem Verfahrensbrief (K 5) sind unter VI. die Wertungskriterien und deren Gewichtung, wie vom Gemeinderat am 17. März 2014 beschlossen, wie folgt bekannt gegeben worden:

	Hauptkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	
1.	Netzsicherheit.	Gesamt	35	
		Versorgungssicherheit		
		• Störungsmanagement	15	
		• Zusagen zur Substanzerhaltung	15	
		• Betriebsführungskonzept	5	
2.	Effiziente und preisgünstige Versorgung	Gesamt	15	
			• Voraussichtliche Entwicklung der Netz-entgelte	7,5
			• Effiziente Ressourcennutzung, Minimierung Gasschwund, Konzept zur Netzeffizienz	7,5
3.	Verbraucherfreundliche Versorgung	Gesamt	20	
			• Erweiterung des Netzes	5
			• Kundenservice	5
			• Abwicklung der Lieferantenwechselprozesse	5
		• Maßnahmen zur Förderung von Hausanschlüssen	5	
4.	Umweltverträgliche Versorgung	Gesamt	10	
			• Rücksichtnahme auf Umweltbelange	5
		• Umgang mit Altleitungen (außer Betrieb), Beseitigung	5	
5.	Konzessionsvertrag	Gesamt	27	
			• Finanzielle Leistungen an die Gemeinde im Rahmen des § 3 KAV	2
			• Vertragslaufzeit und Kündigungsmöglichkeiten	5
			▪ Folgepflicht Kostentragung bei der Verlegung von Anlagen	5
			• Abstimmung von Baumaßnahmen	5
			• Informationsrechte der Gemeinde	5
			• Endschaftsregelungen	5

Unter Ziffer V. 2. des Verfahrensbriefs wird ausgeführt, dass die Angebote von Bietern anhand dieser abschließend aufgeführten Bewertungskriterien und der festgelegten Gewichtungsvorgaben bewertet würden. Gleichzeitig wird ausgeführt:

„Grundlage für die Bewertung der Angebote sind ausschließlich die schriftlichen Antworten auf die im Fragenkatalog gestellten Fragen sowie der vom Bieter vorgelegte Konzessionsvertrag.

.....

Die Wertung erfolgt nach fünf Oberkriterien, die jeweils in eine unterschiedliche Anzahl von Unterkriterien unterteilt sind. Für jedes Ober- und Unterkriterium ist eine bestimmte Gewichtung ausgewiesen. Die Ober- und Unterkriterien sind abschließend.

Der Fragenkatalog nimmt die Struktur der Ober- und Unterkriterien auf. Die einzelnen Fragen zu einem bestimmten Unterkriterium thematisieren die verschiedenen Aspekte, die für die Wertung eines Unterkriteriums relevant sind. Die Bewertung auf der Ebene der Unterkriterien erfolgt durch eine Zusammenschau bei Aussagen hinsichtlich der aufgeführten Aspekte. Daher wird für die einzelnen Aspekte auch keine eigenständige Gewichtung ausgewiesen. Zwischenüberschriften markieren demnach keine Unter-Unterkriterien, sondern dienen ausschließlich der Übersichtlichkeit der Darstellung.

Um die verschiedenen Angebote miteinander vergleichen zu können, wird jedem Unterkriterium eine bestimmte Punktzahl zugeordnet, und zwar entsprechend der Gewichtung des jeweiligen Unterkriteriums“.

Die Bewerber wurden aufgefordert, schriftliche Angebote für den Abschluss eines Konzessionsvertrags bis zum 22. April 2014 abzugeben. Für schriftliche Rückfragen zum Verfahrensbrief und zu dem Katalog der Bewertungskriterien ist Frist bis zum 8. April 2014 gesetzt worden. Mit Rundschreiben vom 15. April 2014, das auch an die Klägerin ging, beantwortete die Beklagte einzelne Fragen der Bewerber (K 6). Die Klägerin reichte ihr Angebot am 22. April 2014 ein, dabei unterbreitete die Klägerin der Beklagten einen Konzessionsvertrag (K 9) und beantwortete den Fragenkatalog, der im Verfahrensbrief unter Ziffer X. aufgestellt war. Am 8. Mai 2014 fand ein mündliches Aufklärungsgespräch zwischen der Klägerin und der Beklagten statt. Am 2. Juni 2014 fasste der Gemeinderat den Beschluss, den Zuschlag für die Vergabe der Gas-Konzession an die [REDACTED] zu vergeben, was die Beklagte mit Schreiben vom 3. Juni 2014 (K 10) der Klägerin mitteilte. [REDACTED] habe unter Be-

rücksichtigung der energiewirtschaftlichen Ziele gemäß § 46 Absatz 1 EnWG das höher zu bewertende Angebot abgegeben. Die Wertung sei gemäß den Wertungskriterien des Verfahrensbriefes erfolgt. Insgesamt seien auf das Angebot der [REDACTED] 98,54 Punkte entfallen, auf das Unternehmen der Klägerin lediglich 87,45 Punkte. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass der Zuschlag an die [REDACTED] frühestens am 13. Juni 2014 erteilt werde. Am 11. Juni 2014 (K 11) bat die Klägerin um Übersendung einer detaillierten Auswertung der Konzessionsangebote, woraufhin die Beklagte am 12. Juni 2014 (K 12) der Klägerin mitteilte, dass die Erteilung des Zuschlags auf den 23. Juni 2014 verschoben worden sei. Gleichzeitig erläuterte die Beklagte die Punkteverteilung am 16. Juni 2014 (K 13). Mit Schreiben vom 16.06.2014 (K 13) rügte die Klägerin nach wie vor, dass ohne die detaillierte Punktevergabe und ohne Angaben der [REDACTED] zu den Einzelkriterien nicht nachvollziehbar sei, nach welchem Maßstab die Punkte gegeben wurden, die Auswertung stelle sich als intransparent dar. Mit Schreiben vom 17. Juni 2014 (K 14) erläuterte die Beklagte erneut die Bewertung, insbesondere führte sie weiter zu den konkret von der Klägerin angesprochenen Punkten 3.1 (Erweiterung des Netzes), 3.3 (Abwicklung der Lieferantenwechselprozesse) und 4.1 (Rücksichtnahme auf Umweltbelange) aus. In diesem Schreiben wies die Beklagte weiter darauf hin, dass damit die wesentlichen Gründe für ihre Entscheidung im Sinne von § 101a GWB analog mitgeteilt worden seien; weitere Unterlagen, insbesondere die Wertungsmatrix oder das Angebot der [REDACTED] würden nicht übersandt. Am 23. Juni 2014 (K 15) rügte die Klägerin nach wie vor, dass der genaue Punkteschlüssel aus den zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht ersichtlich sei. Die Auswahlentscheidung sei nach wie vor nicht nachvollziehbar, und verlangte erneut die Übersendung der Auswertungsunterlagen mit den Angaben der [REDACTED] zu den Kriterien. Am 2. Juli 2014 erteilte die Beklagte der [REDACTED] den verbindlichen Zuschlag zum Abschluss des neuen Konzessionsvertrags. Die Klägerin reichte daraufhin am 22. Juli 2014 die vorliegende Klage ein.

Im Laufe des Prozesses übergab die Beklagte mit Anlage B 4 die von der Klägerin vorprozessual geforderte Auswertungsmatrix.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte habe mit der Vergabe der Wegenutzungsrechte für die Gasversorgung in ihrem Gemeindegebiet an die [REDACTED] gegen § 19 Absatz 1, 2 Nr. 1 GWB sowie gegen § 46 Absatz 1 EnWG verstoßen. Die Beklagte habe das Auswahlverfahren nicht diskriminierungsfrei und transparent durchgeführt. Sie habe dem Auswahlverfahren teilweise unzulässige Auswahlkriterien zugrunde gelegt sowie Auswahlkriterien nicht bzw. nicht richtig gewichtet. Auch habe die Beklagte Auswahlkriterien fehlerhaft angewandt.

Die Vorgaben des § 1 Abs. 1 EnWG seien nicht berücksichtigt worden. Bei fehlerfreier Anwendung der Auswahlkriterien hätte der Gas-Konzessionsvertrag mit der Klägerin geschlossen werden müssen. Auch liege ein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot gemäß § 3 Konzessionsabgabenverordnung vor, da die [REDACTED] der Beklagten im Rahmen des Konzessionsierungsverfahrens unzulässige Nebenleistungen angeboten habe. Die [REDACTED] hätte deshalb aus dem Auswahlverfahren ausgeschlossen werden müssen.

Die Klägerin beantragt,

1. festzustellen, dass der am 2. Juli 2014 zwischen der Beklagten und der [REDACTED] [REDACTED] geschlossene Konzessionsvertrag über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zum Bau und Betrieb von Leitungen für die Gasversorgung im Gemeindegebiet der Beklagten („Gas-Konzessionsvertrag“) nichtig ist

und hilfsweise für den Fall, dass das Gericht dem Klageantrag zu 1 stattgibt, weil der Gas-Konzessionsvertrag wegen einer fehlerhaften Anwendung der Auswahlkriterien und/oder der Vereinbarung unzulässiger Nebenleistungen im Sinne des § 3 KAV nichtig ist:
2. die Beklagte zu verurteilen, das von der Klägerin mit Schreiben vom 22. April 2014 unterbreitete Angebot auf Abschluss eines Konzessionsvertrags über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zum Bau und Betrieb von Leitungen für die Gasversorgung im Gemeindegebiet der Beklagten mit der Klägerin anzunehmen.

Die Beklagte beantragt,

Klageabweisung.

Die Beklagte ist der Ansicht, ein möglicherweise fehlerhaftes Auswahlverfahren sei geheilt worden. Der Klägerin sei nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidung des Gemeinderats vom 2. Juni 2014 ausreichend Gelegenheit gegeben worden, ihre Rechte wahrzunehmen. Der Zeitpunkt für die Zuschlagserteilung, der ursprünglich auf 13. Juni 2014 anvisiert gewesen sei, sei auf den

23. Juni 2014 im Hinblick auf die Einwendungen der Klägerin verschoben worden. In diesem Zeitraum hätte die Klägerin ausreichend Zeit gehabt, im einstweiligen Rechtsschutz die angekündigte Zuschlagserteilung einstweilen auszusetzen. Nachdem die Klägerin diese Möglichkeit nicht genutzt habe, sei der Konzessionsvertrag nicht nach § 134 BGB nichtig, auch wenn der Konzessionsvertrag möglicherweise gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Tatsächlich seien keine Unter-Unterkriterien gebildet worden. Im Fragenkatalog seien derartige Unter-Unterkriterien nicht beinhaltet. Bei der Auswahlentscheidung seien allein die unterschiedlichen Antworten der Bieter auf den Fragenkatalog und deren einzelne Vertragsbestimmungen in deren Konzessionsvertragsangebot vergleichend gegenübergestellt worden.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Sitzung vom 25.01.2016 verwiesen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage hat im Klageantrag Ziffer 1 Erfolg, nicht aber im Hilfsantrag.

A.

Die Feststellungsklage der Klägerin ist zulässig.

Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin ist nicht dadurch entfallen, dass der Konzessionsvertrag am 2. Juli 2014 mit der [REDACTED] abgeschlossen wurde. Die Klägerin war aus prozessualen Gründen nicht gehalten, vorab die Zuschlagserteilung an die [REDACTED] in Vollzug des Gemeinderatsbeschlusses vom 2. Juni 2014 durch einstweilige Verfügung zu verhindern. Nachdem der Zuschlag zwischenzeitlich erteilt ist, ist Rechtsschutzziel der Klägerin, die Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB in Verbindung mit § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 Abs. 1 EnWG festzustellen, um die Gemeinde auf diesem Weg zu einer Neuausschreibung anzuhalten. Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG, deren Abschluss mit einem bestimmten Bewerber andere Bewerber entgegen §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 Abs. 1 S.1 EnWG unbillig behindert oder diskriminiert, sind nichtig. Dies kann die Klägerin auch noch nach Zuschlagserteilung in einer Hauptsacheklage gerichtlich feststellen lassen. Die Frage, ob ein eventueller Verfahrensmangel auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 -, BGHZ 199, 289 „Stromnetz Berkenthin“) in Anlehnung an den auch § 101a GWB zugrunde liegenden Rechtsgedanken unbeachtlich ist, betrifft die materiell-rechtliche Heilung eventueller Verfahrensmängel und nicht die prozessuale Zulässigkeit der vorliegenden Feststellungsklage.

B.

Der zwischen der Beklagten und der [REDACTED] am 2. Juli 2014 abgeschlossene Konzessionsvertrag ist nach § 134 BGB in Verbindung mit § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 Abs. 1 EnWG nichtig.

I.

Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob der Konzessionsvertrag zwischen der Beklagten und der [REDACTED] mit § 3 Abs. 1, Abs. 2 der Verordnung über Kon-

zessionsabgaben für Strom und Gas (KAV) unvereinbare Regelungen enthält und ob bereits hieraus eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags gemäß §§ 139, 134 BGB folgt. Selbst wenn in einem Konzessionsvertrag nach § 3 Absatz 2 Nr. 1 KAV etwa unzulässige Nebenleistungen vereinbart worden sein sollten, folgt daraus grundsätzlich noch keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags, wenn die unzulässigen Leistungen weder Kriterium für die Auswahl des Konzessionärs waren, noch sich in anderer Weise auf die Auswahlentscheidung der Gemeinde ausgewirkt haben (BGH Urteil vom 7. 10.2014, EnZR 86/13 - juris, „Stromnetz Olching“).

Ob das Verlangen der Beklagten in IV. Nr. 2 2. Absatz Verfahrensbrief, den Preisnachlass im Sinne von § 3 Abs. 1 S.1 Nr. 1 KAV als Angebotsinhalt auszugestalten und damit als Mindestanforderung in dem Sinne zu stellen, dass Angebote, die einen Gemeinderabatt nicht vorsehen, von vornherein nicht bewertet und bereits aus diesem Grund zurückgewiesen werden, in dieser Form zulässig ist, kann daher dahingestellt bleiben. Ebenfalls dahingestellt bleiben kann die Zulässigkeit der verlangten Zusagen zur Kostentragung bei der Verlegung von Leitungen, Zusagen zu einer Oberflächenwiederherstellung nach einem Straßenaufbruch, ebenso das Angebot einer Vorbehaltspacht ohne Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung in den Endschaftsregelungen, nachdem die Beklagte ohnehin schon Höchstsätze bei der Zahlung der Konzessionsabgaben als Mindestanforderung vorausgesetzt hat.

II.

Etwaige Verfahrensmängel sind hier entgegen der Ansicht der Beklagten nicht dadurch geheilt worden, dass die Klägerin hier sofort Hauptsacheklage erhoben hat, ohne zuvor beim zuständigen Gericht eine einstweilige Verfügung auf Erlass eines an die Beklagte gerichteten Verbots, den Gas-Konzessionsvertrag abzuschließen, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren über die Vergabe der Gas-Konzession entschieden ist, zu erwirken. Mit Urteil vom 17. Dezember 2013 hat der Bundesgerichtshof (BGHZ 199, 289 „Stromnetz Berkenthin“) entschieden, dass für Konzessionierungsverfahren, die nach Bekanntwerden dieses Urteil durchgeführt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014, NVwZ 2014, 1600 „Stromnetz Homberg“), eine Präklusion der Bieter in Anlehnung an den auch § 101 a GWB zugrunde liegenden Rechtsgedanken eintritt, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit hatten, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht nutzen. Die Gemeinde hat dabei alle Bewerber um die Wegenutzungsrechte in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung zu unterrichten und darf den Wegenutzungsvertrag erst 15 Tage nach Absendung der Information abschließen. Das OLG Karlsruhe vertritt offensichtlich mit Urteil vom 26. März 2014 - 6 U 68/13 (Kart) -, juris, die Auffassung, dass ein Bieter seine Rechte (nur dann) ausreichend wahrnimmt, wenn ein Antrag

auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt wird, mit der der Gemeinde der Abschluss des geplanten Konzessionsvertrags untersagt werden soll.

Hier hat die Gemeinde in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Klägerin in Textform über die beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und, nachdem die Klägerin Einwendungen erhoben hat, den ursprünglich vorgesehenen Zeitpunkt für die Zuschlagserteilung auf den 23. Juni 2014 verschoben und tatsächlich den Zuschlag dann erst am 2. Juli 2014 durch Annahme des Angebots der [REDACTED] erteilt. An diesem Verfahren hat die Klägerin sich beteiligt und immer wieder insbesondere die Auswertungsmatrix - ggf. mit geschwärzten Angaben -, die jetzt im Prozess mit Anlage B 4 vorgelegt wurde, angefordert.

Damit hat die Klägerin sich an dem Vergabeverfahren ausreichend beteiligt, mit der Folge, dass eine Heilung etwaiger Verfahrensfehler nicht eingetreten ist. Der BGH hat zwar in der zitierten Entscheidung vom 17. Dezember 2013 offengelassen, in welcher Form die Bewerber ihre Rechte wahren müssen. Nachdem die Klägerin sich an dem Verfahren überhaupt beteiligt hat und jedenfalls zeitnah innerhalb eines Monats nach Zuschlagserteilung Hauptsacheklage erhoben hat, hat sie ihre Rechte ausreichend gewahrt, mit der Folge, dass keine Rügepräklusion eingetreten ist. Auch die niedersächsische Landeskartellbehörde etwa geht in ihren Leitlinien zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens vom Juni 2014 nach dem Vortrag der Beklagten davon aus, dass eine Rügepräklusion nur dann eintritt, wenn innerhalb von 15 Tagen nach Absendung der Information über die beabsichtigte Auswahlentscheidung und die zu Grunde liegenden Gründe überhaupt keine Rüge eines Bewerbers eingeht.

Die Klägerin war hier zur Wahrung ihrer Rechte nicht gehalten, statt oder vorab einer Hauptsacheklage eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Klägerin - wie hier - zeitnah, nämlich bereits am 24. Juli 2014 und damit drei Wochen nach Erteilung des Zuschlags Klage in der Hauptsache einreicht.

Der BGH hat in dem zitierten Beschluss vom 17. Dezember 2013 offengelassen, in welcher Form die Bewerber ihre Rechte wahren müssen. Aus der Heranziehung des auch § 101 a GWB zugrunde liegenden Rechtsgedankens ergibt sich nur eine Informations- und Wartepflicht der Gemeinde, nicht dagegen eine Verpflichtung der vermeintlich unterlegenen Bewerber auf Beantragung einer einstweiligen Verfügung, um die Zuschlagserteilung zu verhindern. Aus Gründen der Rechtssicherheit soll vermieden werden, dass die Gemeinde über die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrags, d. h. mithin bis zu 20 Jahren, Gefahr läuft, dem Einwand der Nichtigkeit ausgesetzt zu sein. Es geht also darum, solche Einwendungen gegen das Konzessionierungsverfah-

ren auszuschließen, die erst Jahre nach der Auswahlentscheidung erhoben werden und die die Gemeinde, die mangels der Erhebung von Einwendungen von dem Bestand des Konzessionsvertrags ausgehen konnte, deshalb überraschen. Insofern soll für die Gemeinden schnellstmöglich Vertrauensschutz und damit Rechtssicherheit geschaffen werden. Ein solcher Vertrauensschutz der Gemeinde kann aber bereits dann nicht begründet werden, wenn - wie hier - ein unterlegener Bewerber unmittelbar im Anschluss an das Informationsschreiben der Gemeinde die Richtigkeit der Auswahlentscheidung anzweifelt und Unterlagen zu deren Überprüfung verlangt. Hier wird ein etwaiges Vertrauen der Gemeinde auf den dauerhaften Bestand des Konzessionsvertrags von vornherein gar nicht erst begründet. Es genügt daher die außergerichtliche Erhebung von Einwendungen gegen das Konzessionierungsverfahren, jedenfalls dann, wenn, wie hier, die Gemeinde zeitnah ungeachtet der Einwendungen den Zuschlag erteilt, womit kein Rechtsschutzbedürfnis für eine einstweilige Verfügung mehr bestünde. Die Gemeinde ist aufgrund der derzeitigen Rechtslage nicht gehalten, bei Einwendungen eines Bieters, die dieser vor Zuschlagserteilung erhebt, mit der Zuschlagserteilung zuzuwarten. Vielmehr kann die Gemeinde nach der BGH-Rechtsprechung den Zuschlag bereits 15 Tage nach Absenden der Information, dass der Bieter nicht zum Zuge kommen wird, erteilen.

Auch würde die Durchführung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens aufgrund des vorläufigen Charakters dieses Rechtsbehelfs keine Rechtssicherheit für die Gemeinde schaffen, unabhängig davon, ob die einstweilige Verfügung erlassen wird oder nicht, da die einstweilige Verfügung lediglich vorläufig sichernden Charakter hat, letztlich aber nur aufgrund einer summarischen Überprüfung der Sach- und Rechtslage ergeht und ein Hauptsacheverfahren daher nicht ersetzt. Würde man in diesen Fällen vom unterlegenen Bewerber verlangen, vorab den Weg des einstweiligen Rechtsschutzes zu beschreiten, würde dies zu einer unnötigen Verdoppelung der Rechtsstreitigkeiten führen. Ein einstweiliges Verfügungsverfahren ist schon deshalb nicht vorab durchzuführen, da selbst bei Abweisung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung für die Gemeinde keine Rechtssicherheit dahin bestünde, dass ein im Anschluss an das einstweilige Verfügungsverfahren geschlossener Konzessionsvertrag dauerhaft Bestand hätte. Denn auch bei Abweisung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung besteht für den unterlegenen Bewerber immer noch die Möglichkeit, die Sach- und Rechtslage in einem Hauptsacheverfahren klären zu lassen. Aus praktischen Gründen dürfte es angesichts der Komplexität der Sachverhalte auch kaum möglich sein, innerhalb von 15 Tagen nach der Information über die Auswahlentscheidung einen erfolgversprechenden Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zwecks Verhinderung der Zuschlagserteilung einzureichen. Anders als im Kartellvergabeverfahren, aus dem die Vorschrift des § 101a GWB stammt, gilt im einstweiligen Rechtsschutz nach der ZPO nicht im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens der Amtsermittlungsgrundsatz, sondern der Bei-

bringungsgrundsatz. Gerade bei Fehlern in der Auswahlentscheidung ist die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs für den Verfügungskläger aufgrund der im Vergleich zum Hauptsacheverfahren begrenzten Beweismöglichkeiten häufig schwierig bis unmöglich. Häufig ist es auch nicht möglich, gerichtlichen Rechtsschutz innerhalb von 15 Tagen tatsächlich zu erlangen, weshalb die Kommune möglicherweise in Unkenntnis eines zwischenzeitlich eingereichten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung dennoch nicht gehindert wäre, den Zuschlag nach Ablauf der im Beschluss vom 17.12.2013 „Stromnetz Berkenthin“ als ausreichend erachteten Frist von 15 Kalendertagen nach Absendung der Information über die beabsichtigte Auswahlentscheidung zu erteilen, womit sich die einstweilige Verfügung regelmäßig erledigen würde. In diesen Fällen wäre die einstweilige Verfügung also überflüssig. Auch kann eine einstweilige Verfügung deshalb erfolglos bleiben, weil ein Verfügungsgrund fehlt.

Zwar sieht der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 2. Dezember 2015 zum Entwurf eines Gesetzes zu Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung vor, dass gerügte Rechtsverletzungen gegen die Auswahlentscheidung in einem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind, für das die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung entsprechend gelten, wobei ein Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht zu werden braucht. Der Entwurf sieht jedoch gestaffelte Fristen vor, um dem unterlegenen Bewerber ausreichend Zeit zu geben, um das Verfahren vorzubereiten. Gleichzeitig kann der Konzessionsvertrag nach § 47 Abs. 6 EnWG-Referentenentwurf selbst dann, wenn keine Rügen erhoben werden, regelmäßig erst 45 Kalendertage nach Mitteilung über die Auswahlentscheidung den Konzessionsvertrag abgeschlossen werden. Nach dem Gesetzesentwurf hat der unterlegene Bewerber im Falle von Bedenken gegen das Konzessionierungsverfahren nach Mitteilung der beabsichtigten Zuschlagserteilung gegenüber der Gemeinde 30 Tage Zeit, um Rügen vorzubringen. Diese Frist verlängert sich um eine Woche, wenn der Bewerber Akteneinsicht bei der Gemeinde beantragt, § 47 Abs. 2 EnWG-RegE. Hilft die Gemeinde der Rüge des Bewerbers nicht ab, hat dieser weitere 15 Tage Zeit, um dann eine einstweilige Verfügung zu beantragen, § 47 Abs. 2 EnWG-RegE. Damit kann letztlich der Zuschlag erst nach Durchlaufen dieses Verfahrens und frühestens erst nach Ablauf eines Zeitraums von 45 Kalendertagen erteilt werden. Hieraus wird deutlich, dass die 15-Tage-Frist des BGH für den Aufschub des Zuschlags, die offensichtlich mit der Information über den Beschluss des Gemeinderats über die Zuschlagsentscheidung unabhängig vom Rügeverfahren als solchem beginnt, zu kurz bemessen ist, um eine einstweilige Verfügung, die erfolgversprechend allein darauf gerichtet sein kann, den Zuschlag einstweilen bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu verhindern, zu erwirken.

III.

Die Auswahlentscheidung der Beklagten war nicht hinreichend transparent.

Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 Abs. 1 EnWG sind die Gemeinden als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Gemeinden haben bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten im Sinne des § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG das Diskriminierungsverbot der § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten. Die kartellrechtlichen und die energiewirtschaftsrechtlichen Anforderungen stimmen insoweit überein.

1.

Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 GWB wird die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand vom Kartellrecht des GWB erfasst. Der Abschluss energiewirtschaftlicher Konzessionsverträge seitens einer Kommune ist keine hoheitliche Tätigkeit, da diese Verträge trotz der vorgelagerten Entscheidung im Gemeinderat zivilrechtlicher Natur sind. Mit der Vergabe von Wegerechten und der Erzielung von Konzessionsabgaben nehmen die Kommunen eine wirtschaftliche Nutzung ihrer Straßen, Wege und Plätze vor.

Beim Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören, haben die Gemeinden eine marktbeherrschende Stellung. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gemeindegebiet der jeweiligen Gemeinde beschränkt. Es besteht eine räumliche Zugangsschranke. Als Betreiber des Netzes der allgemeinen Versorgung in einem bestimmten Gemeindegebiet kann sich nur ein Unternehmen betätigen, dem die Gemeinde die entsprechende Konzession übertragen hat.

2.

Im Auswahlverfahren um den Abschluss von Konzessionsverträgen dürfen die Gemeinden keinen Bewerber unbillig behindern oder diskriminieren.

Mit der Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten bestimmt die Kommune in der Regel zugleich den Betreiber des örtlichen Verteilernetzes. Der Betrieb des Energieversorgungsnetzes ist Teil der Energieversorgung, bei der es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft und eine Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz) handelt. Daher steht der Gemeinde bei der Erfüllung dieser Aufgaben ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum

zu. Das Grundgesetz gewährt die Selbstverwaltungsgarantie jedoch lediglich beschränkt im „Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz), zu denen auch die einschlägigen Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts und des Kartellrechts gehören. Die Kommune kann daher nicht frei bestimmen, wem die Wegenutzungsrechte eingeräumt werden. Sie hat hierzu ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen, was sich aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 1 EnWG („diskriminierungsfrei“) ergibt, weiter auch aus dem Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen nach §§ 19, 20 GWB folgt. Bei der Durchführung des transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens zur Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten trägt die Gemeinde im Sinne des Allgemeinwohls und der Ziele des § 1 EnWG einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltfreundlichen Energieversorgung eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte, aber auch für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten. Der Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte ist im Interesse der Allgemeinheit zwecks Verbesserung der Versorgungsbedingungen durchzuführen. Die Pflicht der Gemeinde zur diskriminierungsfreien Entscheidung über den zukünftigen Wegenutzungsberechtigten und Netzbetreiber steht mit dem Recht zur kommunalen Selbstverwaltung in Einklang (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, „Stromnetz Heiligenhafen“).

Aus dem Diskriminierungsverbot ergeben sich dabei an die Auswahlentscheidung sowohl verfahrensbezogene (a)) als auch materielle Anforderungen (b)).

a)

Das Auswahlverfahren muss so gestaltet sein, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen rechtzeitig vor Angebotsabgabe die von der Gemeinde angewandten Auswahlkriterien mitgeteilt werden (grundlegend BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - juris „Stromnetz Heiligenhafen“). Nicht erforderlich ist dabei, dass die Angaben zu den Kriterien bereits in der Bekanntmachung gemäß § 46 Abs. 3 EnWG erfolgen. Ausreichend ist, wenn diese Anforderungen allen Unternehmen in einem gleichlautenden Verfahrensbrief rechtzeitig mitgeteilt werden, nachdem sie aufgrund der Bekanntmachung ein Interesse an der Konzession bekundet haben. Nicht ausreichend ist es, wenn dem Interessenten erst nach Einreichung des Angebots bestimmte Anforderungen mitgeteilt werden. Denn dann hatte der Bewerber keine Gelegenheit, sein Angebot von vornherein auf die Forderungen der Beklagten auszurichten. Unzureichend ist es auch, wenn diese Anforderungen nur mündlich mitgeteilt werden; mündliche

Anforderungen - wie sie hier möglicherweise im persönlichen Aufklärungsgespräch vom 8. Mai 2014 gestellt wurden - sind per se ungeeignet, einen einheitlichen Informationsstand aller Bewerber zu gewährleisten. Weiter muss klar sein, dass es sich bei den Forderungen tatsächlich um Entscheidungskriterien handelt und nicht nur um von allen Bietern vollständig zu erfüllende Teile der „Leistungsbeschreibung“ für die Konzessionsvergabe; keine Entscheidungskriterien sind etwa die Haftungsübernahme oder Pflichten zum Rückbau stillgelegter Leitungen; dies sind notwendig zu erfüllende Klauseln eines Konzessionsvertrags und keine Qualitätskriterien, bei denen sich die Angebote der Bewerber differenzieren können. Die Auswahlentscheidung darf sich also nicht an der Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten orientieren, da die Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten von allen Bewerbern gleichermaßen erwartet wird.

Genannt werden müssen die Entscheidungskriterien der Gemeinde, offenzulegen ist aber auch die Gewichtung der Kriterien, damit die Bewerber erkennen können, wie die einzelnen Kriterien die Entscheidung beeinflussen. Zudem ist die Offenlegung des beabsichtigten Vorgehens bei der Wertung der Angebote anhand der festgelegten, gewichteten und bekannt gemachten Auswahlkriterien erforderlich. Die Gemeinde hat daher die Kriterien, Unterkriterien sowie eventuelle Unter-Unterkriterien mitzuteilen sowie deren Gewichtung, um Manipulationsmöglichkeiten auszuschließen.

An einem derart transparenten Verfahren fehlt es hier schon deshalb, weil die Gemeinde hier im Verfahrensbrief nicht hinreichend dargelegt hat, dass es sich bei den im so genannten Fragenkatalog aufgeworfenen Fragen, deren Beantwortung von den Bewerbern verlangt worden ist, tatsächlich um Unter-Unterkriterien gehandelt hat, die mit einer bestimmten Punktzahl gewichtet worden sind. Dass der Fragenkatalog als Unter-Unterkriterium mit einer bestimmten Punktzahl gewichtet wurde, ergibt sich eindeutig aus der im Laufe des Prozesses vorgelegten Bewertungsmatrix B 4. Die Beklagte hat im Verfahrensbrief lediglich ihre jeweiligen Unterkriterien bepunktet, nicht jedoch, soweit sie solche aufgestellt hat, die Unter-Unterkriterien. Bei den im Fragenkatalog aufgeführten Fragen handelt es sich tatsächlich um Unter-Unterkriterien, die von der Beklagten entsprechend gewichtet und mit Punkten versehen worden sind, ohne dass diese Gewichtung allerdings im Verfahrensbrief offengelegt worden ist. Laut Verfahrensbrief gibt es nur volle und halbe Punkte, laut Bewertungsmatrix werden einzelne Fragen jedoch auch mit Zehnteln gewichtet. Die Beklagte hat im Vorfeld im Verfahrensbrief nicht angegeben, welche Punktzahlen auf die jeweiligen Unter-Unterkriterien tatsächlich entfallen, weshalb für potentielle Bieter unklar ist, welches Gewicht die Beklagte welchem Unter-Unterkriterium beimisst. Durch die fehlende Bepunktung der Unter-Unterkriterien wurden Manipulationsmöglichkeiten eröffnet. Damit war bereits die Auswahlentscheidung im Hinblick auf die fehlende Bepunktung der Unter-Unterkriterien

intransparent.

Zudem kam es in zahlreichen Punkten des Fragenkatalogs der Beklagten nicht nur darauf an, dass man bestimmte Punkte bejahte, sondern, dass eine solche Verpflichtung ausdrücklich in das konkrete Angebot auf Abschluss eines Konzessionsvertrags mit aufgenommen wurde. Tatsächlich hat die Beklagte nur nach einer entsprechenden Bereitschaft gefragt, ohne klarzustellen, dass dies verbindlich im Angebot auf Abschluss eines Konzessionsvertrages mit aufzunehmen ist, so etwa Punkt 5.4. „Abstimmung von Baumaßnahmen“. Dies wollte die Beklagte als vertragliche Verpflichtung, wie sich aus dem Schreiben vom 12. Juni 2014 ergibt.

Auch verstößt die gewählte Bewertungsmethode gegen das Transparenzverbot. So wird im Verfahrensbrief unter Ziffer V. 2. Seite 9 oben ausgeführt, dass im Falle, dass mehrere Bieter mit Blick auf ein und dasselbe Unterkriterium zu bewerten sind, die Antwort, die die Anforderungen des Unterkriteriums am besten erfüllt, den höchstmöglichen Punktwert erhält, während für die anderen Bieter ein angemessener Abzug von diesem Punktwert vorgenommen wird. Dies ist nicht hinreichend transparent. Hier wird nicht erkennbar, was ein angemessener Abzug ist und wie hoch dieser ausfallen wird. Das beste Angebot muss immer die Höchstpunktzahl erhalten. Es kann nicht sein, dass ein Bewerber, der ein schlechtes Angebot abgegeben hat, dennoch die volle Punktzahl erhält, nur weil die anderen Bewerber noch schlechtere oder keine Angebote zu diesem Unterkriterium gemacht haben. Dadurch erlangen die Angebote eine andere Wertigkeit, als zuvor im Verfahrensbrief festgelegt.

b)

Auch die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Auswahlentscheidung sind nicht eingehalten.

aa)

So ist Punkt 5 des Unterkriteriums „Konzessionsvertrag“ mit 27 von 107 möglichen Punkten und damit mit 25 % zu hoch gewichtet. Nach dem Musterkriterienkatalog darf dieser Gesichtspunkt mit maximal 15 % gewichtet werden, und zwar deshalb, weil der Konzessionsvertrag regelmäßig nur geringe Unterschiede zwischen den Bewerbern aufzeigt und besonders anfällig für Missbräuche und Verstöße gegen die KAV ist. Deshalb ist es nicht sachgerecht, ihm bei der Auswahl des Energieversorgungsunternehmens ein zu großes Gewicht zukommen zu lassen.

bb)

Weiter hat die Beklagte auch unzulässige Auswahlkriterien aufgestellt.

So ist das Kriterium in Ziffer 2.1 des Fragenkatalogs unter X. des Verfahrensbriefs, in dem auf die derzeit von den Bewerbern in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten erhobenen Netzentgelte abgestellt wird, ein unzulässiges Kriterium. Dieses erlaubt keine gesicherte Aussage darüber, wie hoch die Netzentgelte sein werden, mit denen der jeweilige Bewerber die Gasversorgung im Gemeindegebiet der Beklagten übernimmt. Denn das derzeitige Netzentgelt eines Bewerbers ist u. a. davon abhängig, wie das jeweilige Versorgungsgebiet strukturiert ist. Dieses Kriterium ist diskriminierend, da es diejenigen Bewerber bevorzugt, deren Versorgungsgebiet keine ländlichen Regionen umfasst und die deswegen zurzeit geringe Netzentgelte haben.

Ebenfalls unzulässig ist das verlangte Sonderkündigungsrecht zugunsten der Beklagten (Fragenkatalog Ziff. 5.2 b)), das laut Bewertungsmatrix mit 2,5 Punkten gewichtet wird, wonach die Beklagte ein fristloses Kündigungsrecht haben will für den Fall, dass sich beim Bieter oder innerhalb des Unternehmens, welches den Bieter beherrscht, die Machtverhältnisse wesentlich ändern. Dies hat mit den in § 1 Absatz 1 EnWG aufgestellten Zielen der Energieversorgung nichts zu tun. An einem derartigen Sonderkündigungsrecht besteht kein sachliches Interesse der Beklagten, da ein Wechsel im Gesellschafterbestand in analoger Anwendung von § 4 EnWG eine Genehmigung erforderlich macht (Säcker in Energierecht, Band 1, 3. Aufl. 2014, § 4 EnWG Rz. 59) und deshalb ggf. von der zuständigen Behörde eine erteilte Genehmigung widerrufen werden kann. Auch dürfte bereits gesetzlich eine Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund bestehen.

Ebenfalls unzulässig ist, dass die Beklagte im Rahmen des Betriebsführungskonzepts berücksichtigt und höher bewertet hat, dass die Betriebsstellen der [REDACTED] in [REDACTED] und in [REDACTED] vom Netzgebiet nur 10 bzw. 12 km entfernt sind im Gegensatz zu 34 km der Klägerin (s. Schreiben vom 12.06.2014). Die bloße Anknüpfung an den örtlichen Betriebssitz der Beklagten ist unzulässig, weil dadurch ortsfremde Konzessionsbewerber von vornherein ohne Sachgrund benachteiligt werden (BGH, Beschluss vom 03. Juni 2014 - EnVR 10/13 -, juris).

Nicht unzulässig sind Fragen zu den Endschaftsregelungen (5.6.) (BGH a.a.O. „Berkenthin“). Dies ist darauf angelegt, einen möglichst einfachen und günstigen Weg des Netzerwerbs zu sichern.

c)

Unerheblich ist, ob die Klägerin das Aufklärungsgespräch vom 8. Mai 2014 zum Anlass genommen hat, ergänzende Fragen zu stellen und ob in diesem Gespräch bestimmte Anforderungen mitgeteilt wurden. Wie dargestellt, sind die maßgeblichen Entscheidungskriterien bereits in der Ausschreibung transparent zu machen, da mündliche Angaben per se ungeeignet sind, einen einheitlichen Informationsstand aller Bewerber zu gewährleisten (BGH Urteil vom 17.12.2013 - KZR 65/12 -, juris, „Stromnetz Heiligenhafen“, BGH Beschluss vom 03.06.2014 - EnVR 10/13 -, juris „Stromnetz Homberg“).

d)

Diese Fehler sind für die Auswahlentscheidung der Beklagten auch kausal geworden. Es steht nicht zweifelsfrei fest, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, Aktenzeichen KZR 66/12, a. a. O.). Es ist nicht auszuschließen, dass die Bieter dann, wenn sie mitgeteilt bekommen hätten, mit welchen Punktwerten die Unter-Unterkriterien zu bewerten sind, andere Angebote abgegeben hätten und das Bewertungsergebnis dann anders ausgefallen wäre.

C.

Der Hilfsantrag hat keinen Erfolg.

Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte unmittelbar mit ihr den angebotenen Konzessionsvertrag abschließt. Vielmehr besteht lediglich ein Anspruch auf Durchführung eines neuen Konzessionierungsverfahrens, bei dem auch andere Bieter Angebote abgeben können. Das Auswahlverfahren muss wiederholt werden.

D.

Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsätze beider Seiten mit Rechtsausführungen sind berücksichtigt worden.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1 ZPO.

III.

Der Streitwert wurde gemäß §§ 63 Absatz 2 GKG, 3 ZPO festgesetzt. Mit dem vorliegenden Verfahren soll die Nichtigkeit eines bereits unterzeichneten Gas-Konzessionsvertrags festgestellt werden. Das Interesse der Klägerin als unterlegener Bieterin besteht zum einen in einer frustrierenden Gewinnerwartung, zum anderen wäre die Klägerin verpflichtet, in diesem Fall gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG der Neukonzessionärin, also der [REDACTED] das Netz zu übertragen. Hinter dem Klageantrag steht daher ein beachtliches wirtschaftliches Interesse, das im Anschluss an das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 2. Oktober 2014 - 11 O 282/14 - juris, auf 250.000,00 Euro geschätzt wird; dort hat es sich zwar um ein einstweiliges Verfügungsverfahren gehandelt, allerdings hat das Landgericht dort von diesem Streitwert keinen Abschlag vorgenommen, weil dort faktisch die Zuschlagserteilung verboten wurde und damit die Hauptsache vorweggenommen wurde. Deshalb ist es auch angemessen, im vorliegenden Hauptsacheverfahren bei diesem Streitwert zu bleiben.

Soweit die Klägerin zusätzlich im Hilfsantrag unmittelbar den Abschluss des von ihr angebotenen Konzessionsvertrags durch die Beklagte verlangt, ist für diesen Antrag, der ausdrücklich für den Fall, dass der Konzessionsvertrag nichtig sein sollte, gestellt ist, ein eigenständiger Streitwert festzusetzen. Es besteht keine wirtschaftliche Identität mit dem Klageantrag Ziffer 1, da die Klägerin mit diesem Antrag weitergehend die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung, d.h. der Annahme des von der Klägerin angebotenen Konzessionsvertrags, was nach § 894 ZPO zu vollstrecken wäre, verlangt. Der Hilfsantrag ist mit 100.000,00 Euro zu gewichten.

Verkündet am 05.04.2016



Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

