

## OLG Düsseldorf (2. Kartellsenat), Urteil vom 05.05.2021 – 2 U 3/21 (Kart)

**Titel:**

Auswahlentscheidung, Auswahlverfahren, Gemeinde, Bewerber, Vergabeverfahren, Behinderung, Berufung, Bescheid, Vertragsschluss, Untersagung, Konzession, Verfahren, Nichtigkeit, Wirksamkeit, gesetzliches Verbot, materielle Rechtskraft, Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung

**Rechtsgebiet:**

Kartellrecht, EG-Kartellrecht

**Schlagworte:**

Auswahlentscheidung, Auswahlverfahren, Gemeinde, Bewerber, Vergabeverfahren, Behinderung, Berufung, Bescheid, Vertragsschluss, Untersagung, Konzession, Verfahren, Nichtigkeit, Wirksamkeit, gesetzliches Verbot, materielle Rechtskraft, Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung

**vorgehend:**

LG Dortmund, Urteil vom 24.07.2019 - 10 O 52/17 [Enw]

**Weiterführende Hinweise:**

Revision zugelassen

**ECLI:**

ECLI:DE:OLGD:2021:0505.2U3.21KART.00

**Rechtskraft:**

unbekannt

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 24. Juli 2019 verkündete Teilurteil der I. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund (10 O 52/17 [EnW]) abgeändert. Es wird festgestellt, dass der zwischen der Klägerin und der Stadt I. abgeschlossene Strom-Konzessionsvertrag für das Gebiet der Stadt I. vom 17. März 2016 wirksam ist.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

**Gründe:**

I.

**1**Die Klägerin, ein kommunales Energieversorgungsunternehmen in ausschließlich öffentlicher Hand, macht im Wege der Stufenklage gegen die Beklagte, die derzeit noch das Stromnetz der allgemeinen Versorgung auf dem Gebiet der Stadt I. betreibt, Ansprüche unter anderem auf Auskunft und Übereignung bezüglich dieses Stromnetzes geltend.

**2**Der letzte zwischen der Stadt I. und der Rechtsvorgängerin der Beklagten bestehende Stromkonzessionsvertrag (Anlage K4) lief zum 31. Dezember 2011 aus. Bereits zuvor und auch nach diesem Datum versuchte die Stadt, die Konzession neu zu vergeben. Den bislang letzten Versuch leitete sie mit einer Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 17. Juni 2014 ein. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte bekundeten hierauf ihr Interesse an dem Abschluss eines Konzessionsvertrags und beteiligten sich an dem weiteren Vergabeverfahren. Im Laufe desselben erhob die Beklagte verschiedene Rügen, die unter anderem die Bewertungsmethode und Auswahlkriterien betrafen, aber von der Stadt jeweils zurückgewiesen wurden.

**3**Auf die Aufforderung der Stadt I. gaben sowohl die Klägerin wie auch die Beklagte im Frühjahr 2015 letztverbindliche Angebote ab. Nach deren Wertung durch die Stadt lag das Angebot der Klägerin mit 978 von 1000 möglichen Punkten auf dem ersten Rang und dasjenige der Beklagten mit 959,5 Punkten auf dem zweiten Rang. Mit Schreiben vom 17. Juli 2015 (Anlage K5) teilte die Stadt der Beklagten entsprechend einem vorangegangenen Ratsbeschluss vom 14. Juli 2015 mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag im Konzessionsvergabeverfahren auf das Angebot der Klägerin zu erteilen. Der Vertrag werde frühestens am 15. September 2015 geschlossen.

**4**Die Beklagte erklärte gegenüber der Stadt mit Schreiben vom 5. August 2015, dass die Angebotswertung für sie nicht nachvollziehbar sei. Sie bat um Übersendung diverser Unterlagen. Die Stadt I. gewährte der Antragstellerin daraufhin mit Bescheid vom 17. August 2015 (Anlage B59) unter anderem Einblick in die teilgeschwärzte Angebotsauswertung (Anlage B60).

**5**Mit Antragschrift vom 31. August 2015 hat die Beklagte im Verfahren 25 O 42/15 vor dem Landgericht Hannover den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Stadt I. beantragt, mit der dieser aufgegeben werden sollte, es zu unterlassen, mit der Klägerin auf der Grundlage des Ratsbeschlusses vom 14. Juli 2015 einen Wegenutzungsvertrag nach § 46 EnWG über die Verlegung und den Betrieb von zum Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung gehörenden Leitungen abzuschließen. Das Landgericht hat dem Antrag mit Urteil vom 22. Oktober 2015 entsprochen. Auf die Berufung der Stadt hat das Oberlandesgericht Celle im Verfahren 13 U 141/15 (Kart) das landgerichtliche Urteil mit Berufungsurteil vom 17. März 2016 abgeändert und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Im Anschluss an dieses Urteil schlossen die Stadt I. und die Klägerin noch an demselben Tag einen Stromkonzessionsvertrag (Anlage K3). Den Vertragsschluss machte die Stadt am 30. März 2016 im Bundesanzeiger bekannt (Anlage K6).

**6**Im Juni 2016 begann die Klägerin mit der Beklagten über die Übereignung des Stromnetzes zu verhandeln. Mit einem Schreiben vom 27. Oktober 2016 (Anlage K19) lehnte die Beklagte Verhandlungen über die Netzherausgabe jedoch endgültig ab.

**7**Mit Klageschrift vom 25. April 2017 hat die Klägerin daraufhin Stufenklage beim Landgericht Dortmund erhoben, mit der sie von der Beklagten unter anderem Informationen über das Stromnetz sowie, auf einer nachfolgenden Stufe, dessen Übereignung verlangt. Mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2017 hat die Klägerin, weil die Beklagte das wirksame

Zustandekommen eines Konzessionsvertrags zwischen der Stadt I. und der Klägerin bestritten hat, diesbezüglich Zwischenfeststellungsklage erhoben.

**8**Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass die Beklagte mit Einwänden gegen die Wirksamkeit des Vertragsschlusses nach Abschluss des einstweiligen Verfügungsverfahrens vor dem Oberlandesgericht Celle präkludiert sei. Mit ihren nunmehrigen Einwänden gegen den Vertragsschluss sei die Beklagte überdies unter dem Gesichtspunkt rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ausgeschlossen. Im Übrigen sei das Vergabeverfahren auch ordnungsgemäß durchgeführt und abgeschlossen worden.

**9**Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass der zwischen der Klägerin und der Stadt I. abgeschlossene Stromkonzessionsvertrag für das Gebiet der Stadt I. vom 17. März 2016 wirksam ist.

**10**Die Beklagte hat beantragt,

die Zwischenfeststellungsklage abzuweisen.

**11**Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass die Zwischenfeststellungsklage unbegründet sei, weil der zwischen der Stadt I. und der Klägerin abgeschlossene Konzessionsvertrag wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nichtig sei.

**12**Das Landgericht Dortmund hat die Zwischenfeststellungsklage mit Teilurteil vom 24. Juli 2019, im Tatbestand berichtigt durch Beschluss vom 21. August 2019, abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Zwischenfeststellungsklage zulässig, aber unbegründet sei. Der zwischen der Stadt I. und der Klägerin am 17. März 2016 geschlossene Konzessionsvertrag sei nach § 134 BGB nichtig, weil die Konzessionsvergabe den Anforderungen aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. und § 46 Abs. 1 EnWG nicht genüge. Das Auswahlverfahren der Stadt sei fehlerhaft gewesen und habe die Beklagte unbillig behindert. Das Verfahren sei intransparent gewesen, weil die Stadt den Bewerbern die Bewertungsmethode nicht vorab hinreichend klar mitgeteilt habe. Darüber hinaus sei durch den von der Stadt für die Bewerberauswahl aufgestellten Kriterienkatalog die Kompetenz der Bewerber unzulässig marginalisiert worden. Ob das Verfahren und die Auswahlentscheidung noch an weiteren Fehlern litten, könne danach dahinstehen. Dem Ergebnis der Nichtigkeit stehe weder eine Präklusionswirkung entgegen, noch sei eine Berufung auf die Nichtigkeit gemäß § 242 BGB ausgeschlossen.

**13**Gegen das ihr am 29. Juli 2019 zugestellte Teilurteil hat die Klägerin am 22. August 2019 Berufung beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt, die sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 31. Oktober 2019 mit einem am 30. Oktober 2019 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

**14**Mit der Berufung rügt die Klägerin das landgerichtliche Teilurteil unter Wiederholung und partieller Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als fehlerhaft.

**15**Die Klägerin beantragt,

1. das Teilurteil des Landgerichts Dortmund vom 24. Juli 2019, Az.: 10 O 52/17 [EnW], wird abgeändert,

2. es wird festgestellt, dass der zwischen der Klägerin und der Stadt I. abgeschlossene Strom-Konzessionsvertrag für das Gebiet der Stadt I. vom 17. März 2016 wirksam ist.

**16**Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

**17**Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend.

**18**Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil sowie auf die Schriftsätze und die bereits vom Landgericht beigezogenen Verfahrensakten des Landgerichts Hannover, 25 O 42/15, und des Oberlandesgerichts Celle, 13 U 141/15 (Kart), ergänzend Bezug genommen.

II.

**19**Die Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet. Ihrer Zwischenfeststellungsklage ist in Abänderung des landgerichtlichen Teilurteils zu entsprechen, weil der Feststellungsantrag zulässig und begründet ist.

**201.** Die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin ist gemäß § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. Eine positive Zwischenfeststellungsklage des Klägers ist zulässig, wenn mit der Hauptklage mehrere selbstständige Ansprüche aus dem streitigen Rechtsverhältnis verfolgt werden, auch wenn sie, wie bei der hier von der Klägerin verfolgten Stufenklage, in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus diesem Rechtsverhältnis ergeben können (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - EnZR 99/18 - Gasnetz Leipzig, zitiert nach juris, Tz. 18; a.A. Meyer-Hetling/Spengler, EnWZ 2019, 399, 401).

**212.** Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Der zwischen der Klägerin und der Stadt I. geschlossene Konzessionsvertrag als streitig gewordenes feststellungsfähiges (Dritt-)Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 2 ZPO ist wirksam.

**22a)** Nach den von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätzen kann die Beklagte einen zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags führenden Verstoß der Stadt I. gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. nicht mehr geltend machen. Die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB bleibt in Fällen eines Verstoßes der Gemeinde gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. aus, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit hatten, ihre Rechte zu wahren (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, zitiert nach juris, Tz. 108). So liegt es hier.

**23aa)** Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Landgericht allerdings die Frage aufgeworfen, ob die Beklagte als Bewerberin um eine Konzession im Vergabeverfahren unbillig im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. behindert worden ist. Zwar ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, dessen Vornahme nur einem Beteiligten verboten ist, in der Regel gültig. Nichtigkeit nach § 134 BGB tritt nur ein, wenn einem solchen einseitigen Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert. Letzteres ist in Fällen der Diskriminierung von Bietern im Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG indes der Fall. Wenn der in Rede stehende Konzessionsvertrag eine diskriminierende Auswahlentscheidung umsetzt, so kann dies grundsätzlich nicht hingenommen werden, weil ein wirksamer Konzessionsvertrag den mit § 46 Abs. 1 EnWG bezweckten und von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. abgesicherten Wettbewerb um die Wegerechte langfristig ausschließt (BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - Stromnetz Heiligenhafen - und KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, jeweils zitiert nach juris, Tz. 83 bzw. 107).

**24bb)** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, ist eine etwaige fortdauernde Behinderung durch einen fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit aber hinzunehmen und kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit

hatten, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht genutzt haben (BGH, Urteile vom 7. April 2020 - EnZR 75/18 - Strom- und Gasnetz Stuttgart, zitiert nach juris, Tz. 22, vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18 - Stromnetz Steinbach, zitiert nach juris, Tz. 29, und vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, zitiert nach juris, Tz. 108; dem folgend Theobald/Schneider, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 107. EL Juli 2020, § 47 EnWG Rn. 7). Ein fehlerhaftes Auswahlverfahren wird auf diese Weise „geheilt“ (siehe BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13 - Stromnetz Homberg, zitiert nach juris, Tz. 59), die Nichtigkeitsfolge greift nicht mehr ein. Eine ausreichende Gelegenheit zur Rechtswahrung in diesem Sinne ist nach dieser Rechtsprechung insbesondere dann in Betracht zu ziehen, wenn die Gemeinde - in Anlehnung an den auch § 101a GWB a.F. bzw. § 134 GWB n.F. zugrunde liegenden Rechtsgedanken - alle Bewerber um die Konzession in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, zitiert nach juris, Tz. 109).

**25**In Rechtsprechung und Literatur ist allerdings streitig und noch nicht abschließend geklärt, was daraus im Einzelfall folgt, was mithin vom ggf. diskriminierten Bieter zur Rechtswahrung zu unternehmen ist und wann von einer nicht genutzten ausreichenden Gelegenheit zur Rechtswahrung gesprochen werden kann. Der Senat hält dafür, dass ein Bieterunternehmen ihm erkennbare Rechtsverletzungen nach Mitteilung der Auswahlentscheidung im Wege einstweiligen Rechtsschutzes geltend machen muss (so z.B. auch OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 30. Oktober 2018 - 11 U 62/17 (Kart), zitiert nach juris, Tz. 104; Theobald/Schneider, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 107. EL Juli 2020, § 47 EnWG Rn. 8; Graßmann/Bläß, in: Elspass/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 47 Rn. 54), wenn seine Rechte erhalten bleiben sollen. Das entspricht der heutigen Gesetzeslage aufgrund der Normierung in § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG n.F. Der Senat ist zudem der Auffassung, dass der Eilrechtsschutz auch erfolgreich in Anspruch genommen werden muss (in diesem Sinne möglicherweise ebenfalls OLG Naumburg, Urteil vom 21. September 2018 - 7 U 33/17 (Hs), zitiert nach juris, Tz. 84, und Hofmann, jurisPR-VergR 5/2017 Anm. 3; vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteile vom 3. April 2017 - 6 U 151/16 Kart, zitiert nach juris, Tz. 84, und vom 26. März 2014 - 6 U 68/13 (Kart), zitiert nach juris, Tz. 75). Das gilt jedenfalls dann, wenn er einem Bieterunternehmen - wie dies hier bei der Beklagten der Fall war - über zwei Instanzen zur Verfügung steht (insoweit lag der Sachverhalt in dem vom Senat mit Urteil vom 11. März 2020 entschiedenen Verfahren VI-2 U 1/18 (Kart) anders). Der Gemeinde muss der Abschluss des geplanten Konzessionsvertrags in diesem Fall im Eilrechtsschutz untersagt werden. Ein Unterliegen des vorgeblich diskriminierten Bieters im Eilrechtsschutz über zwei Instanzen führt demgegenüber dazu, dass ein etwaiger Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. hinzunehmen ist und dieser die Nichtigkeitsfolge aus § 134 BGB nicht mehr erfordert.

**26**Gegen dieses Verständnis bestehen weder einfach-rechtliche noch verfassungsrechtliche Bedenken. Die Erforderlichkeit der mit einem einseitigen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot verbundenen Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB entfällt in Abwägung mit dem im öffentlichen Interesse anzuerkennenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit, derer es für einen funktionierenden und effektiven Wettbewerb um Netze bedarf (siehe BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18 - Stromnetz Steinbach, zitiert nach juris, Tz. 30), wenn gegen die Rechtsverletzung in ausreichendem Umfang gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden konnte. Ausreichenden gerichtlichen Rechtsschutz in diesem Sinne bietet das auf die Untersagung des Vertragsschlusses gerichtete Verfahren des einstweiligen

Rechtsschutzes gemäß §§ 935, 940 ZPO jedenfalls dann, wenn es von dem eine Diskriminierung geltend machenden Bieter über zwei Instanzen beschritten werden kann.

**27**Wie beim heutigen Eilrechtsschutzsystem des § 47 EnWG n.F. (siehe zum dadurch gewährleisteten Rechtsschutzzumfang KG, Urteil vom 25. Oktober 2018 - 2 U 18/18 EnWG, zitiert nach juris, Tz. 52; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, zitiert nach juris, Tz. 99) bleibt der gerichtliche Prüfungsumfang im einstweiligen Verfügungsverfahren nach §§ 935, 940 ZPO auch in Altfällen, auf die § 47 EnWG n.F. noch keine Anwendung findet, nicht nennenswert hinter dem eines Hauptsacheverfahrens zurück. Der Eilrechtsschutz ist kein „minderwertiger“ Rechtsschutz. Die hiergegen gerichtete Argumentation der Beklagten überzeugt den Senat nicht. Insbesondere ist im Eilrechtsschutz keine Beweisaufnahme ausgeschlossen. Zugunsten der Antragsteller sind die Beweisanforderungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durch § 920 Abs. 2 i.V.m. § 294 Abs. 1 ZPO sogar abgesenkt. Der Umstand, dass nach § 294 Abs. 2 ZPO nur eine sofort mögliche Beweisaufnahme statthaft ist und schriftliche Sachverständigengutachten vom Gericht nicht eingeholt werden, wird dadurch ausgeglichen.

**28**Auch die weiteren von der Beigeladenen gegen eine Beschränkung auf den Eilrechtsschutz vorgetragenen Argumente überzeugen nicht. Dass Entscheidungen im einstweiligen Verfügungsverfahren keine materielle Rechtskraft zukommt, ist nicht entscheidend, weil es bei der Frage, ob ein Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB erfordert, nicht um Rechtskraftwirkungen geht. Dass Bieter, die sich nach einer an § 101a GWB a.F. bzw. § 134 GWB n.F. angelehnten Vorabinformation einer Gemeinde den Einwand der Nichtigkeit des sie diskriminierenden Konzessionsvertrags erhalten wollen, dafür erfolgreich ein auf Unterlassung des Vertragsschlusses gerichtetes Verfahren nach §§ 935, 940 ZPO beschreiten müssen, begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn das Entfallen der Nichtigkeitsfolge ist das Ergebnis einer Auslegung von Normen des materiellen Rechts, durch die der von der Beklagten angeführte Justizgewährleistungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG allenfalls mittelbar und nicht unverhältnismäßig berührt wird. Letzteres zeigt ein Vergleich mit dem Kartellvergaberecht, das dem vergabeähnlichen Verfahren nach §§ 46, 47 EnWG verwandt ist. Dort kann über die Erteilung eines wirksamen Zuschlags ebenfalls abschließend in gerichtlichen Eilverfahren entschieden werden, ohne dass dies verfassungsrechtlichen Bedenken begegnete (siehe auch BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03, zitiert nach juris, Tz. 66 ff., zum Justizgewährleistungsanspruch im Unterschwellenbereich). Hintergrund dafür sind auch dort schützenswerte Interessen der Allgemeinheit. Würden sich hingegen in Verfahren nach § 46 EnWG noch nach einem von den Gerichten im Verfahren des Eilrechtsschutzes gebilligten Vertragsschluss weitere gerichtliche Verfahren anschließen können, in denen die Wirksamkeit des Vertragsschlusses wegen derselben Rechtsverletzungen, die bereits Gegenstand des Verfügungsverfahrens waren, wieder in Frage gestellt werden könnte, wäre im Hinblick auf das Interesse nach baldiger Rechtsklarheit über das Schicksal des Vertrags nicht viel gewonnen (vgl. zum Bedürfnis nach Rechtssicherheit BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18 - Stromnetz Steinbach, zitiert nach juris, Tz. 37). Das vorliegende, seit April 2017 bei Gericht anhängige Verfahren zwischen der Neu- und der Altkonzessionärin zeigt dies eindrücklich.

**29**Hiergegen kann sich ein Altkonzessionär wie die Beklagte gegenüber dem Neukonzessionär auch nicht auf eine etwaige stärkere Rechtsstellung berufen. Einer Privilegierung des Altkonzessionärs beim Rechtsschutz steht der aus dem



Diskriminierungsverbot folgende Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter entgegen (BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18 - Stromnetz Steinbach, zitiert nach juris, Tz. 29). Auch eventuelle Unwägbarkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes betreffen alle Bieter in gleicher Weise. Sie rechtfertigen eine Privilegierung des Altkonzessionärs nicht (BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18 - Stromnetz Steinbach, zitiert nach juris, Tz. 31), weil er durch sie nicht stärker betroffen ist. Aus dem verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrecht des Altkonzessionärs ergibt sich nichts anderes, weil die davon erfassten Interessen des Altkonzessionärs durch die ihm gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zustehende angemessene Vergütung gewahrt sind (siehe BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18 - Stromnetz Steinbach, zitiert nach juris, Tz. 32). Das hat zur Folge, dass der im Auswahlverfahren unterlegene Altkonzessionär den Nichtigkeitsgrund eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. i.V.m. § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG in dem Verfahren um die Netzherausgabe nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nicht mehr einwenden kann, wenn der von ihm nachgesuchte einstweilige Rechtsschutz erfolglos bleibt und der Konzessionsvertrag daraufhin geschlossen wird.

**30** Dies zugrunde gelegt, führen etwaige Fehler des Auswahlverfahrens und der Auswahlentscheidung hier nicht mehr dazu, dass dem am 17. März 2016 zwischen der Klägerin und der Stadt I. geschlossenen Konzessionsvertrag von der Beklagten der Nichtigkeitseinwand entgegengehalten werden kann. Die Beklagte hatte ausreichend Gelegenheit, ihre Rechte zu wahren. Die Stadt I. hat die Beklagte mit einem - sehr ausführlichen - Vorabinformationsschreiben vom 17. Juli 2015 mit ausreichender Frist darüber unterrichtet, dass beabsichtigt ist, der Klägerin den Zuschlag zu erteilen. Wenn nicht schon dadurch, so lagen der Beklagten doch spätestens mit dem Bescheid der Stadt vom 17. August 2015 ausreichende Informationen vor, um das Auswahlverfahren und die Auswahlentscheidung erfolgreich zu beanstanden. Das gilt umso mehr, als der Schwerpunkt ihrer Beanstandungen auf den von der Stadt I. bestimmten Auswahlkriterien lag und liegt und die Stadt bezüglich der von ihr vorgenommenen Bewertung der Angebote eine sekundäre Darlegungslast traf (vgl. zu Letzterem Senatsurteil vom 13. Juni 2018 - VI-2 U 7/16 (Kart), zitiert nach juris, Tz. 127 ff.). Für aussichtsreiche Beanstandungen bedurfte es danach hier keiner weiteren Kenntnis vom Inhalt des Angebots der Klägerin (vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. November 2020 - I-27 U 3/20, zitiert nach juris, Tz. 44, zu § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG). Nach den Schreiben der Stadt hatte die Beklagte zeitlich und inhaltlich ausreichend Gelegenheit, den Vertragsschluss durch die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes vor dem Landgericht Hannover und dem Oberlandesgericht Celle zu verhindern, wie Gang und Inhalt dieses Verfahrens zeigen. Dass sie keine ausreichende Gelegenheit zur Rechtswahrung hatte, macht die Beklagte auch gar nicht geltend, auch nicht ausreichend im Schriftsatz vom 28. April 2021, mit dem sie das mit Blick auf § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO ohnehin auch gar nicht mehr zulässig konnte. Sie ist vielmehr der Auffassung, mit der Anrufung der niedersächsischen Gerichte alles getan zu haben, um sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Nichtigkeitseinwand zu erhalten. Außerdem hält sie die Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle inhaltlich für falsch. Das erste trifft nach Ansicht des Senats nicht zu, auf das zweite kommt es nicht an. Entscheidend ist allein der Ausgang des zuletzt in Celle anhängigen Verfahrens. Weil die Beklagte im Verfahren des Eilrechtsschutzes unterlegen ist und die Stadt I. und die Klägerin den Konzessionsvertrag daraufhin geschlossen haben, bleibt die Beklagte mit ihren Einwendungen gegen die Verfahrensgestaltung und die Auswahlentscheidung nach § 46 EnWG im gerichtlichen Verfahren um die Netzherausgabe nunmehr ausgeschlossen.

**31b)** Darauf, ob der Geltendmachung der Vertragsnichtigkeit darüber hinaus der Treuwidrigkeitseinwand aus § 242 BGB entgegensteht, kommt es nach dem Vorstehenden nicht mehr an. Nach der Rechtsprechung des Senats handelt ein Altkonzessionär, der seine Rechte nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach dem Abschluss eines von ihm als nichtig betrachteten Konzessionsvertrags gegenüber der Gemeinde geltend macht, allerdings treuwidrig (Senatsurteil vom 11. März 2020 - VI-2 U 1/18 (Kart), zitiert nach juris; siehe auch Mau/Olsen, IR 2017, 63). Ein vergleichbar schützenswertes Vertrauen, wie es die Gemeinde nach den Feststellungen des Senats im Verfahren VI-2 U 1/18 (Kart) aufgrund der sich über einen langen Zeitraum erstreckenden Passivität der dortigen Altkonzessionärin entwickeln konnte, lässt sich vorliegend jedoch nicht feststellen. Wie zum Ende der Berufungsinstanz vorgetragen worden und unstreitig geblieben ist, war noch bis in den April 2017 hinein eine bereits im September 2015 erhobene Auskunftsklage (Anlage B109) der Beklagten gegen die Stadt I. bei Gericht anhängig, aus der sich ergab, dass die Beklagte die Auswahlentscheidung der Stadt nicht akzeptierte. Die Klagerücknahme mit Schriftsatz vom 4. April 2017 (Anlage B115) konnte die Stadt nicht dahingehend verstehen, dass die Beklagte die Auswahlentscheidung nunmehr akzeptieren wollte. Das ergab sich zum einen aus dem Rücknahmeschriftsatz selbst, in dem sich die Beklagte eine erneute Klage vorbehielt, und zum anderen aus den von der Beklagten vorgetragenen Begleitumständen, welche die Klägerin nicht ausreichend bestritten hat und die daher der Entscheidung in der Berufungsinstanz zugrunde zu legen sind, obwohl die Klägerin eine Verspätung des Vorbringens rügt. Dazu zählen die der Beklagten zum Zeitpunkt der Rücknahme ihrer Auskunftsklage bereits angekündigte Klage der Klägerin sowie der Umstand, dass die Stadt I. als Gesellschafterin der Klägerin über deren Schritte informiert war.

III.

**32**Die Entscheidung über die Kosten beruht, weil das Rechtsmittel der Klägerin erfolgreich war, auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.

IV.

**33**Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO ist in der vorliegenden Sache die Revision zuzulassen.

**34**Der Revisionszulassung bedarf es zum einen zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, zitiert nach juris, Tz. 10 ff.). Der Senat weicht mit seiner Entscheidung in der Frage der erforderlichen Schritte zur Rechtswahrung, die eine Rügepräklusion (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18 - Stromnetz Steinbach, zitiert nach juris, Tz. 44) bzw. ein Entfallen der Nichtigkeitsfolge eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. ausschließen (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13 - Stromnetz Homberg, zitiert nach juris, Tz. 58, und Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, zitiert nach juris, Tz. 108), aufgrund seines Verlangens nach einer erfolgreichen Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes gegen den beabsichtigten Vertragsschluss vom Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 29. November 2016 - U 1/16 Kart - ab. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Dresden sind die Voraussetzungen einer ausreichenden Rechtswahrung sehr viel geringer, weil sich im Hinblick auf die rechtlich unklare Situation überspannte Anforderungen verböten (siehe OLG Dresden, Urteil vom 29. November 2016 - U 1/16 Kart, zitiert nach juris, Tz. 31 ff.). Dass keine gesicherte Rechtslage zu der Frage herrscht, betont auch das Oberlandesgericht Naumburg (OLG Naumburg, Urteil vom 21.



September 2018 - 7 U 33/17 (Hs), zitiert nach juris, Tz. 85 a.E.). Mit seiner Entscheidung weicht der Senat zudem vom Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig vom 18. Mai 2020 - 16 U 66/19 Kart - ab. Das Oberlandesgericht Schleswig geht in diesem Urteil unausgesprochen davon aus, dass ein Unterliegen des Altkonzessionärs in dem gegen den Vertragsschluss gerichteten Eilrechtsschutzverfahren nicht ausschließt, dass er sich auch danach weiterhin auf die Nichtigkeit des zwischen der Gemeinde und dem Neukonzessionär geschlossenen Konzessionsvertrags berufen kann. Nach Ansicht des Senats kann sich das Oberlandesgericht Schleswig dafür jedoch nicht auf die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18 und EnZR 99/18 - stützen, die auf diese Rechtsfrage nicht eingehen.

**35** Der Revisionszulassung bedarf es zum anderen zur Fortbildung des Rechts. Die Unsicherheiten über das zutreffende Verständnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die er mit den Urteilen vom 13. Dezember 2013 - KZR 65/12 und KZR 66/12 - begründet hat, setzen sich inzwischen bei der Auslegung der an diese Rechtsprechung nicht nur lose anknüpfenden, sondern auf ihr fußenden gesetzlichen Vorschrift des § 47 EnWG n.F. (für den Einfluss der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den Norminhalt ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, zitiert nach juris, Tz. 93; siehe auch BT-Drs. 18/8184, S. 16) fort. Während teilweise angenommen wird, dass sich an ein einstweiliges Verfügungsverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG, in dem das Bieterunternehmen unterliegt, kein Verfahren mehr anschließen könne, in dem dieselben Rechtsfragen nochmals entscheidungserheblich aufgeworfen werden können (siehe z.B. KG, Urteil vom 24. September 2020 - 2 U 93/19 EnWG, zitiert nach juris, Tz. 34), wird unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch das genaue Gegenteil vertreten (siehe Wegner, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 47 EnWG Rn. 4 u. 47 f.). Letzteres vertritt hier - aus ihrer Sicht folgerichtig - auch die Beklagte.

Zitiervorschlag:

OLG Düsseldorf Urte. v. 5.5.2021 – 2 U 3/21 (Kart), BeckRS 2021, 40031