

Gericht:	OLG Düsseldorf 2. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	11.03.2020
Aktenzeichen:	2 U 1/18 (Kart)
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2020:0311.2U1.18KART.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Norm:	§ 242 BGB
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. März 2020 - 2 U 1/18 (Kart) -, juris

Konzessionsvergabe: Erhebung einer Stufenklage durch einen unterlegenen Bieter ca. 1 1/2 Jahre nach Zuschlagserteilung

Orientierungssatz

1. Besteht der Hauptanspruch nicht oder ist dieser nicht durchsetzbar, kann Auskunft zur Verfolgung der nicht bestehenden oder nicht durchsetzbaren Rechtsposition nicht verlangt werden.(Rn.35)
2. Eine Berufung auf den eigenen Anspruch ist dem Gläubiger nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verwehrt, wenn er erheblich gegen eigene Pflichten verstoßen hat, die in einem inneren Zusammenhang mit seinem Anspruch stehen (vgl. u.a. BGH, 25. Oktober 2012, I ZR 162/11).(Rn.36)
3. Der im Konzessionsvergabeverfahren unterlegene Bieter ist nach Beendigung des Verfahrens durch Zuschlagserteilung verpflichtet, die Nichtigkeit des Vertragsschlusses in einem angemessen Zeitraum geltend zu machen.(Rn.38) Jedenfalls innerhalb einer Frist von maximal sechs Monaten kann von den unterlegenen Bewerbern verlangt werden, gegen die Zuschlagserteilung vorzugehen.(Rn.42)
4. Bringt ein unterlegener Bewerber erstmals ca. 1 1/2 Jahre nach Zuschlagserteilung durch eine Stufenklage zum Ausdruck, dass er das durchgeführte Konzessionsvergabeverfahren und die getroffene Auswahlentscheidung nach wie vor für fehlerhaft hält und die Feststellung der Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags anstrebt, so kann darin eine schwerwiegende Pflichtverletzung liegen.(Rn.44)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BGH 1. Zivilsenat, 25. Oktober 2012, I ZR 162/11

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das am 21. Dezember 2017 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (88 O (Kart) 45/17) wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

3. Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die vorläufige Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin war aufgrund eines mit der Beklagten geschlossenen Konzessionsvertrags Inhaberin der qualifizierten Wegenutzungsrechte Gas im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG im Stadtgebiet der Beklagten. Da der Vertrag zum 6. Dezember 2016 auslief, informierte die Beklagte gemäß § 46 Abs. 3 EnWG hierüber mit Bekanntmachung vom 2. Dezember 2014 und forderte interessierte Energieversorgungsunternehmen zur Abgabe von Interessenbekundungen hinsichtlich des Abschlusses eines neuen Gaskonzessionsvertrags mit einer Laufzeit von 20 Jahren auf. Neben einem weiteren Bieter gaben die Klägerin und die Stadtwerke jeweils eine fristgerechte Interessenbekundung ab.
- 2 Am 23. März 2015 beschloss der Stadtrat der Beklagten die Auswahlkriterien für die Vergabe der Gaskonzession. Mit einem ersten Verfahrensbrief vom 27. April 2015 versandte die Beklagte an die Klägerin und die Stadtwerke die Angebotsbedingungen samt Auswahlkriterien und forderte zur Abgabe indikativer Angebote auf. Die Klägerin er hob am 1. Juni 2015 Verfahrensrügen, die die Beklagte mit Schreiben vom 22. Juni 2015 beantwortete und dabei auf die Anpassung der Bewertungssystematik hinwies. Nach Erhalt dieses Nichtab hilfeschreibens er hob die Klägerin mit Schreiben vom 9. Juli 2015 weitere Rügen, die die Beklagte ebenfalls zurückwies. Ein im Auftrag der Beklagten erstelltes Auswertungsgutachten gelangte zu dem Ergebnis, dass das Angebot der Stadtwerke mit ... Punkten und das der Klägerin mit ... Punkten zu bewerten sei.
- 3 Mit Vorabinformationsschreiben vom 24. November 2015 informierte die Beklagte die Klägerin über die Beschlussfassung im Rat und teilte ihr die Gründe für die getroffene Auswahlentscheidung zugunsten der Stadtwerke mit. Die Klägerin beantragte daraufhin Akteneinsicht in die "Unterlagen zur Vergabe der Gaskonzession, insbesondere die Einsicht in etwaige Auswertungsgutachten". Die Beklagte lehnte das Akteneinsichtsgesuch ab, stellte der Klägerin am 1. Dezember 2015 aber eine Kopie des Auswertungsgutachtens in teilgeschwärzter Form zur Verfügung, aus dem die Klägerin die Gründe für die Bewertung ihres Angebots und die Begründung für die Besserbewertung des Angebots der Stadtwerke ersehen konnte.
- 4 In einem am 3. Dezember 2015 beim Landgericht eingeleiteten einstweiligen Verfügungsverfahren unterlag die Klägerin mit dem Begehren, der Beklagten die Zuschlagserteilung für den Abschluss eines Gaskonzessionsvertrags mit den Stadtwerken zu untersagen. Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass sich bereits aus den ihr überlassenen Unterlagen die Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung der Beklagten zugunsten der Stadtwerke ergäbe. Das Landgericht wies den Antrag mit Urteil vom 21. Januar 2016 (88 O (Kart) 83/15) zurück. Noch am selben Tag schlossen die Beklagte und die Stadtwerke den Konzessionsvertrag ab.

- 5 Im Laufe des Jahres 2016 traten die Stadtwerke und die Klägerin in Verhandlungen über die Netzübertragung an die Stadtwerke, wobei die Klägerin - so ihr Vortrag - ihre Einwände gegen das durchgeführte Konzessionsvergabeverfahren gegenüber den Stadtwerken ausdrücklich aufrechterhielt. Als die Verhandlungen zu Beginn des Jahres 2017 scheiterten, verklagten die Stadtwerke die Klägerin auf Übertragung des Gasnetzes. Der Rechtsstreit ist seit dem 29. März 2017 beim Landgericht anhängigen Rechtsstreits unter dem Aktenzeichen 88 O (Kart) 20/17 anhängig.
- 6 Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 21. Juni 2017 Klage erhoben und beantragt,
- 7 1. im Wege der Stufenklage
- 8 a. auf der ersten Stufe
- 9 die Beklagte zu verurteilen, ihr Einsicht in die ungeschwärzte "Auswertung der verbindlichen Angebote in dem Verfahren der Beklagten zum Neuabschluss eines Gaskonzessionsvertrages" vom 14. Oktober 2015 sowie in das von den Stadtwerken im Rahmen des Verfahrens zum Neuabschluss eines Gaskonzessionsvertrages eingereichte verbindliche Angebot im Wege einer gegen Kostenerstattung erteilten Abschrift der genannten Unterlagen zu gewähren;
- 10 hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, ihr Einsicht in die ungeschwärzte "Auswertung der verbindlichen Angebote in dem Verfahren der Beklagten zum Neuabschluss eines Gaskonzessionsvertrages" vom 14. Oktober 2015 sowie in das von den Stadtwerken im Rahmen des Verfahrens zum Neuabschluss eines Gaskonzessionsvertrags eingereichte verbindliche Angebot zu gewähren;
- 11 b. auf der zweiten Stufe:
- 12 festzustellen, dass der am 21. Januar 2016 zwischen den Stadtwerken und der Beklagten geschlossene Wegenutzungsvertrag für die Gasversorgung auf dem Gebiet der Beklagten nichtig ist;
- 13 2. hilfsweise für den Fall, dass das Gericht die Stufenklage auf der ersten Stufe als Ganzes abweist, festzustellen, dass der am 21. Januar 2016 zwischen den Stadtwerken und der Beklagten geschlossene Wegenutzungsvertrag für die Gasversorgung auf dem Gebiet der Beklagten nichtig ist.
- 14 Die Beklagte hat beantragt,
- 15 die Klage abzuweisen.
- 16 Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 21. Dezember 2017 (88 O (Kart) 45/17) insgesamt abgewiesen. Der Klägerin sei Akteneinsicht zu versagen. Dem Grundsatz des Geheimwettbewerbs sei gegenüber den Interessen der Klägerin der Vorrang einzuräumen, weil die Einsichtnahme in das Auswertungsgutachten der Klägerin Kenntnisse über den Angebotsinhalt der Mitbieterin verschaffen würde und die Interessen der Klägerin ausreichend durch Überlassung einer teilgeschwärzten Fassung des Auswertungsgutachtens berücksichtigt worden seien. Ob eine eingeschränkte Einsichtnahme in die von der Klägerin bezeichneten Unterlagen in Betracht komme, bedürfe keiner Entscheidung, da die Klägerin einen entsprechend eingeschränkten Antrag nicht gestellt habe. Der Feststellungsantrag sei ebenfalls unbegründet. Die Auswahlentscheidung sei im Wesentlichen

fehlerfrei getroffen. Individuelle Wertungsfehler hätten sich nicht auf das Wertungsergebnis ausgewirkt.

- 17 Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil verwiesen.
- 18 Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie verfolgt ihre erstinstanzlich gestellten Anträge weiter und ist der Ansicht, dass ihr ein "Akteneinsichts- und Auskunftsanspruch" in Bezug auf das ungeschwärzte Auswertungsgutachten und das verbindliche Angebot der Stadtwerke zustehe. Der im Rahmen energiewirtschaftlicher Konzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG zu beachtende Transparenzgrundsatz erfordere, dass der unterlegene Bieter in die Lage versetzt werde, das Auswertungsergebnis durch Einsichtnahme in die maßgeblichen Verfahrensunterlagen nachzuvollziehen. Den Ansprüchen stünden keine berechtigten Interessen der Beklagten im Hinblick auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Stadtwerke entgegen. Die Beklagte habe solche Geheimnisse schon nicht vorgetragen. Der zwischen der Beklagten und den Stadtwerken geschlossene Vertrag sei wegen formaler Mängel bei der Aufstellung des Wertungskatalogs, wegen Verwendung sachlich ungeeigneter Kriterien im Wertungskatalog und wegen Fehlern bei der Anwendung der Wertungskriterien gemäß § 46 Abs. 1 EnWG, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. § 134 BGB nichtig.
- 19 Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Die Klage sei mangels Rechtschutzbedürfnis unzulässig. Der Klägerin fehle in Anbetracht des zwischen Abschluss des einstweiligen Verfügungsverfahrens und der Klageerhebung langen Zeitraums das für eine Entscheidung auf der zweiten Stufe notwendige Feststellungsinteresse. Der Zulässigkeit der Klage stehe zudem das vom Gesetzgeber betonte Postulat der Rechtssicherheit entgegen. Die Klage sei jedenfalls unbegründet, weil die Beklagte den Informationsinteressen der Klägerin durch Übersendung des Bieterinformationsschreibens und des Auswertungsgutachtens in teilgeschwärzter Form hinreichend Rechnung getragen habe.

II.

- 20 Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.
- 21 Der Klageantrag zu 1) war insgesamt durch eine einheitliche Entscheidung über die in einer Stufenklage verbundenen Anträge (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 28. November 2011, VIII ZR 37/01 - juris, Rn. 20) abzuweisen. Auch dem hilfsweise zum Klageantrag zu 1 lit. b. erhobenen Klageantrag zu 2) ist der Erfolg zu versagen.
- 22 Klageantrag zu 1 lit. a:
- 23 A. Der Klageantrag zu 1) lit. a ist zulässig. Ihm fehlt insbesondere nicht das Rechtschutzbedürfnis. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Kläger kein schützenswertes Interesse an dem begehrten Urteil haben kann. Dies ist nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen anzunehmen. Wenn sich - wie hier - die Schutzwürdigkeit der klägerischen Position erst nach näherer Prüfung materieller Grundlagen beantworten lässt, kann ein Rechtsschutzbedürfnis nicht verneint werden (Bacher in BeckOK ZPO, 34. Ed. Stand: 1. September 2019, § 253 Rn. 28 ff.). Dass die Klägerin mit ihrem Einsichtsbegehrten in das Angebot der Stadtwerke prozessfremde Zwecke verfolgt, die ein Rechtsschutzbedürfnis ausschlössen, ist nicht ersichtlich. Die Klägerin hat konkrete In-

formationen vorgetragen, die sie dem Angebot der Stadtwerke zur weiteren Substantierung ihrer Angriffe gegen die Auswahlentscheidung zu entnehmen hofft.

- 24 Dem Klageantrag kann das Rechtsschutzbedürfnis auch nicht unter Hinweis auf §§ 160 Abs. 3 S. 1, 135 Abs. 2 S. 1 GWB und die diesen Vorschriften zugrunde liegenden Wertungen abgesprochen werden, weil diese Vorschriften Bestandteil eines gesetzlich geregelten Vergabeverfahrens sind und nicht isoliert auf das nicht näher geregelte Verfahren der Konzessionsvergabe übertragen werden können (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12 - juris, Rn. 112).
- 25 B. Der Klageantrag zu 1) lit. a. ist jedoch unbegründet. Der Klägerin steht weder ein Anspruch auf Akteneinsicht (unten 1.) noch auf Auskunft über den Inhalt des von der Beklagten in Auftrag gegebenen Auswertungsgutachtens und des Angebots der Stadtwerke (unten 2.) zu.
- 26 1. Ein Anspruch auf Akteneinsicht steht der Klägerin unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt zu.
- 27 a. Er folgt insbesondere nicht aus § 47 Abs. 3 EnWG, weil diese Vorschrift vorliegend nicht anwendbar ist. Gemäß § 186 Abs. 23 EnWG ist § 47 EnWG auf Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung, in denen am 3. Februar 2017 von der Gemeinde bereits Auswahlkriterien samt Gewichtung im Sinne des § 46 Abs. 4 S. 4 bekannt gegeben wurden, mit der Maßgabe anwendbar, dass die in § 47 Abs. 2 S. 1 bis 3 genannten Fristen mit Zugang einer Aufforderung zur Rüge beim jeweiligen Unternehmen beginnen. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, weil die Beklagte die Auswahlkriterien samt Gewichtung mit dem ersten Verfahrensbrief vom 27. April 2015, mithin vor dem 3. Februar 2017 bekanntgab.
- 28 b. Ein Einsichtsanspruch ergibt sich auch nicht aus § 29 VwVfG, weil es sich bei der hier streitgegenständlichen Konzessionsvergabe nicht um ein Verwaltungsverfahren handelt. Die Herrschaft der Gemeinde über ihr Wegenetz beruht auf ihrer Eigentümerposition; Wegenetzverträge sind privatrechtlicher Natur (OLG Dresden, Urteil vom 10. Januar 2018, U 4/17 Kart - juris, Rn. 110).
- 29 c. Anders als die Klägerin meint, lässt sich das Akteneinsichtsgesuch nicht auf § 810 BGB stützen. Nach dieser Vorschrift kann Urkundeneinsicht verlangt werden, wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsverhältnis mit dem Besitzer der Urkunde oder einem Dritten enthält. Der Anspruch besteht aber nur dann, wenn die Akteneinsicht letzte Klarheit über einen wahrscheinlichen Anspruch verschaffen soll. Der "Ausforschung" von Anhaltspunkten für eine spätere Rechtsverfolgung dient der Anspruch nicht (BGH, Urteil vom 27. Mai 2014, XI ZR 264/13). Soweit die Klägerin den Inhalt des Auswertungsgutachtens kennt und meint, aus diesen Informationen die Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung ableiten zu können, fehlt ihr schon das von § 810 BGB geforderte rechtliche Interesse an der Urkundeneinsicht (Sprau in Palandt, BGB, 78. Auflage 2019, § 810 Rn. 2; Prieß/Gabriel, NJW 2008, 331, 332). Im Übrigen begeht die Klägerin Akteneinsicht, um über die bereits von ihr behaupteten Auswertungsmängel hinaus weitere Bewertungsmängel - betreffend insbesondere die Kriterien I.1.b) ee), I.2.b), I.2.c), I.3.a) cc), II.1. a) bb) aaa), II.2.d) und II.3.a) bb) - nachweisen zu können, die den behaupteten Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit des zwischen der Beklagten und der Neukonzessionärin geschlossenen Gaskonzessionsvertrags begründen sollen. Dieses Begehr

dient nicht der Schaffung letzter Klarheit, sondern der unzulässigen Ausforschung von Auswertungsmängeln.

- 30 d. Schließlich lässt sich ein Recht auf Einsicht in die Auswertung vom 14.10.2015 und in das Angebot der Stadtwerke nicht aus dem wettbewerbsrechtlichen Transparenzgebot herleiten. Das insbesondere in §§ 33, 19 Abs. 2 Nr. 1, 46 Abs. 1 und 165 GWB zum Ausdruck gekommene Transparenzgebot fordert als allgemeinen Grundsatz ein diskriminierungsfreies Auswahlverfahren und die Pflicht zur Offenlegung der Entscheidungskriterien. Nur so ist eine diskriminierungsfreie Teilnahme aller Interessenten am Auswahlverfahren gewährleistet (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12 - juris, Rn. 46). Dass die Entscheidungskriterien nur mittels Akteneinsicht und nicht auf andere Weise offengelegt werden könnten, lässt sich aus dem Transparenzgebot jedoch nicht ableiten (OLG Dresden, Urteil vom 10. Januar 2018, U 4/17 Kart - juris, Rn. 114).
- 31 2. Die Klägerin kann die Beklagte nicht mit Erfolg auf Auskunft über den vollständigen Inhalt des Auswertungsgutachtens und des Angebots der Stadtwerke in Anspruch nehmen.
- 32 a. Es fehlt bereits an einem auf Auskunftserteilung gerichteten Klageantrag der Klägerin. Ausweislich des Antragswortlauts ist ihr Begehrn allein auf "Einsichtnahme" in Teile der das Gaskonzessionsverfahren betreffenden Vergabeakte der Beklagten gerichtet. Zwar sind Klageanträge im Zweifel unter Berücksichtigung des gesamten Prozessvortrags so auszulegen, wie es dem Inhalt des mit der Klage verfolgten materiellen Anspruchs entspricht (BGH, Urteile vom 24. April 2018, XI ZR 207/17 - juris, Rn. 10, und vom 4. Mai 2018, V ZR 203/17 - juris, Rn. 6). Nicht zulässig ist aber, einer eindeutigen Erklärung nachträglich den Sinn zu geben, der dem Interesse des Erklärenden am besten dient (BGH, Urteil vom 11. Juli 2003, V ZR 233/01 - juris, Rn. 4).
- 33 Soweit dem Vortrag der Klägerin zu entnehmen ist, dass ihrer Meinung nach ein Auskunftsbegehrn als Minus in der beantragten Akteneinsicht enthalten ist, handelt es sich um eine unzutreffende Rechtsauffassung. Bei Ansprüchen auf Auskunft und auf Akteneinsicht handelt es sich um verschiedene Streitgegenstände. Während Gegenstand eines Akteneinsichtsgesuchs eine konkret bezeichnete Akte ist (BVerwG, Urteil vom 22. September 2016, 2 C 16/15 - juris, Rn. 13), ist eine Auskunftsklage auf Abgabe der vom Auskunftspflichtigen abzugebende Wissenserklärung mit den geforderten Informationen gerichtet (BGH, Urteil vom 22. November 2007, I ZR 12/05 - juris, Rn. 21; BGH, Beschluss vom, 28. November 2007, XII ZB 225/05 - juris, Rn. 12; Grüneberg in Palandt, BGB, 77. Auflage 2018, § 260 Rn. 14) und damit ein Aliud zum Einsichtsanspruch (BGH, Urteil vom 11. Mai 2000, IX ZR 262/98 - juris, Rn. 23 spricht von "Ersetzungsbefugnis", mithin liegt eine andere Schuld vor) ist. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts Dresden in seinem Urteil vom 10. Januar 2018 (U 4/17 Kart - juris, Rn. 115), wonach in dem dort zu entscheidenden Fall der auf Akteneinsicht gerichtete Klageantrag dahingehend auszulegen ist, dass darin auch ein Anspruch aus Auskunftserteilung enthalten ist, führen zu keinem anderen Ergebnis.
- 34 b. Aber selbst wenn die Klägerin nach einem Hinweis des Senats gemäß § 139 Abs. 2 ZPO ihre Klage um ein Auskunftsbegehrn erweitert hätte und diese Klageerweiterung zulässig gewesen wäre, hätte die Klage keine Aussicht auf Erfolg gehabt. Ein Auskunftsanspruch wäre daran gescheitert, dass die Klägerin mit ihrem auf Feststellung der Nich-

tigkeit des mit den Stadtwerken am 21. Januar 2016 geschlossenen Hauptanspruch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen ist.

- 35 Der Auskunftsanspruch dient allein dazu, die Verfolgung materieller Rechtspositionen vorzubereiten (BGH, Beschluss vom 27. November 2013, III ZB 59/13 - juris, Rn. 18); er ist als akzessorischer Anspruch untrennbar mit dem Hauptanspruch verbunden (BVerwG, Beschluss vom 21. November 2016, 10 AV 1/16 - juris, Rn. 9). Besteht der Hauptanspruch nicht oder ist dieser nicht durchsetzbar, kann Auskunft zur Verfolgung der nicht bestehenden oder nicht durchsetzbaren Rechtsposition nicht verlangt werden. So liegt der Fall auch hier. Die Klägerin möchte Auskunft über den vollständigen Inhalt des Auswertungsgutachtens und des bezuschlagten Angebots der Stadtwerke, um weitere Werthaltungen der Beklagten aufdecken und die Nichtigkeit des zwischen der Beklagten und den Stadtwerken geschlossenen Konzessionsvertrags gemäß § 134 BGB iVm § 20 GWB aF feststellen lassen zu können. Der Klägerin ist es jedoch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verwehrt, eine etwaige Nichtigkeit des zwischen der Beklagten und den Stadtwerken geschlossenen Vertrags geltend zu machen.
- 36 Die Ausübung eines Rechts ist im Einzelfall gemäß § 242 BGB nach Treu und Glauben unzulässig, wenn dem Berechtigten eine mit seinem Anspruch in engem Zusammenhang stehende schwerwiegende Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt. Die Verletzung eigener Pflichten durch den Gläubiger führt zwar grundsätzlich nur zu Gegenansprüchen des Schuldners und hindert den Gläubiger grundsätzlich nicht an der Geltendmachung seines Anspruchs. Eine Berufung auf den eigenen Anspruch ist dem Gläubiger aber verwehrt, wenn er erheblich gegen eigene Pflichten verstoßen hat, die in einem inneren Zusammenhang mit seinem Anspruch stehen (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012, I ZR 162/11, NJW-RR 2013, 1057 Rn. 45; Urteil vom 4. August 2010, XII ZR 14/09, BGHZ 186, 372 Rn. 29; Urteil vom 15. November 2006, VIII ZR 166/06, NJW 2007, 504 Rn. 17; Urteil vom 26. November 2004, V ZR 90/04, NJW-RR 2005, 743, 745; Urteil vom 8. November 1999 - II ZR 197/98, NJW 2000, 505, 506; Schubert in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 242 Rn. 221).
- 37 Ein solcher Sachverhalt liegt hier vor. Die Klägerin war, nachdem die Beklagte am 21. Januar 2016 mit den Stadtwerken den Konzessionsvertrag geschlossen hatte, verpflichtet, innerhalb eines angemessenen Zeitraums die Nichtigkeit des Vertrags geltend zu machen (unten aa.). Diese Pflicht hat die Klägerin in schwerwiegender Weise verletzt, weil sie erst am 21. Juni 2017 und damit nahezu 1 1/2 Jahre nach Vertragsschluss durch die vorliegende Klage gegenüber der Beklagten zum Ausdruck gebracht hat, dass sie den Vertragsschluss nicht akzeptiert (unter bb.).
- 38 aa. Durch die Teilnahme eines Bieters an der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis mit Sorgfalts- und Schutzpflichten (BGH, Urteile vom 22. Februar 2008, V ZR 56/07, NZBau 2008, 407, 408; vom 3. April 2007, X ZR 19/06 - juris, Rn. 7, und vom 27. Juni 2007, X ZR 34/04 - juris, Rn. 11; OLG Hamm, Urteil vom 26. September 2012, 12 U 142/12 - juris, Rn. 57; OLG Köln, Urteil vom 23. Juli 2014, I-11 U 104/13; OLG München, Urteil vom 17. Januar 2007, 7 U 2759/06; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. November 2011, VI-U (Kart) 12/11 - juris, Rn. 70; Grüneberg in Palandt, BGB, 78. Auflage 2019, § 311 Rn. 37). So ist der Bieter während des Vergabeverfahrens zur Rücksichtnahme und Loyalität gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet. Dies beinhaltet zum einen die Pflicht, bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung etwaige Rechtsverstöße innerhalb angemessener Zeit

geltend zu machen, insbesondere erkannte oder erkennbare Rechtsverstöße zeitnah zu rügen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12 - juris, Rn. 109; OLG Jena, Beschluss vom 12. Juli 2019, 2 Verg 1/18 - juris, Rn. 70; OLG Saarbrücken, Urteil vom 28. Januar 2015, 1 U 138/14 - juris, Rn. 52; OLG Rostock, Beschluss vom 20. November 2013, 17 Verg 7/13 - juris, Rn. 42 f.). Zum anderen ist der im Konzessionsvergabeverfahren unterlegene Bieter aber auch nach Beendigung des Verfahrens durch Zuschlagserteilung aus Gründen des Vertrauensschutzes, der Beschleunigung und Rechtssicherheit verpflichtet, die Nichtigkeit des Vertragsschluss zeitnah geltend machen. Diese Pflicht lässt sich aus dem in § 135 Abs. 2 S. 1 GWB und Art. 2f Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2007/66/EG zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken herleiten. Nach diesen Vorschriften kann die Unwirksamkeit des Vertrages nur innerhalb eines bestimmten Zeitraums geltend gemacht werden und zwar nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss.

- 39 Diese gesetzgeberische Entscheidung ist von seinem Grundgedanken auf das nicht dem GWB unterfallende Verfahren der Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG zu übertragen und begründet vergleichbare Bieterpflichten (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12 - juris, Rn. 109 für den Rechtsgedanken des § 101a GWB a.F.; Hofmann in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht Kommentar, 2016, § 160 Rn. 46). Da es sich bei dem Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten um ein vergabeähnliches Verfahren handelt (Begründung der BReg. zum Gesetzentwurf in BT-Drucksachen 18/8184, S. 1, S. 15 ff.; hierzu auch Reimann, EWeRK 2019, 121; Boos/Templin, EnWZ 2016, 59; Opitz, NVwZ 2014, 753, 758), sind an das Verfahren im Hinblick auf Transparenz und Diskriminierungsfreiheit ähnlich strenge Maßstäbe anzulegen wie an ein förmliches Vergabeverfahren im Sinne der §§ 97 ff. GWB.
- 40 Für eine Pflicht der unterlegenen Bewerber, in einem angemessenen Zeitraum die Nichtigkeit des geschlossenen Konzessionsvertrags geltend zu machen, finden sich zudem Anhaltspunkte in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. So hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 17.12.2013 (KZR 66/12, juris Rn. 108 - *Stromnetz Berkenthin*) ausgeführt, dass eine kartellrechtswidrige Diskriminierung und unbillige Behinderung von Bewerbern bei der Auswahlentscheidung zwar grundsätzlich nicht hingenommen werden kann und zum Schutz des Wettbewerbs um das Wegerecht zur Verbesserung der Versorgungsbedingungen zur Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB führt. Jedoch sei davon eine Ausnahme zu machen, wenn alle Bieter um die Konzession ausreichend Gelegenheit hatten, ihre Rechte zu wahren, sie aber diese Möglichkeit nicht genutzt haben. In diesem Fall müsse die fort dauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden. Dies hat der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung "insbesondere" für die Konstellation bejaht, dass die Gemeinde alle Bewerber um die Konzession in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt. Zwar betrifft die genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs das Verhältnis zwischen Alt- und Neukonzessionär, mit der Folge, dass der Altkonzessionär im Streit um die Herausgabe des Netzes die diskriminierende Auswahlentscheidung hinnehmen muss und sich gegenüber dem Neukonzessionär nicht auf dessen fehlende Anspruchsinhaberschaft berufen kann. Nichts steht indes entgegen, diesen Grundgedanken auf das hier in Rede stehende Verhältnis zwischen Gemeinde und Altkonzessionär zu übertragen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des schutzwürdigen Vertrauens der Gemeinde in den Rechtsbestand des Konzessionsvertrags ist eine diskriminierende Auswahlentscheidung hinzunehmen und dem Altkonzessionär die Berufung auf eine etwaige Nichtigkeit des neu abgeschlossenen Kon-

zessionsvertrags gegenüber der Gemeinde zu verwehren, wenn für die unterlegenen Bewerber ausreichend Gelegenheit bestand, die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags geltend zu machen, indes hiervon kein Gebrauch gemacht worden ist.

- 41 Die Annahme einer Pflicht des unterlegenen Bieters, innerhalb angemessener Frist nach Zuschlagserteilung die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags geltend zu machen, steht nicht in Widerspruch zu dem aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes. Dieses Grundrecht verlangt nicht, dass Rechtsschutz zeitlich unbegrenzt gewährt wird (Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Werkstand: 88. EL August 2019, Rn. 234 ff.). Dem Gebot effektiven Rechtsschutzes ist vielmehr hinreichend Rechnung getragen, wenn durch die dauerhafte Einwendung nach § 242 BGB der durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistete Weg zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise erschwert wird (BVerfG, Beschluss vom 26. Januar 1972, 2 BvR 255/67 zur Verwirkung). Hier liegen sachliche Gründe für eine zeitliche Begrenzung des Rechtsschutzes vor. Eine unzumutbare Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten der unterlegenen Bieter ist damit nicht verbunden, insbesondere dann nicht, wenn er - so wie hier - bereits vor Zuschlagserteilung die Möglichkeit hatte, ein auf Untersagung des Zuschlags gerichtete einstweilige Verfügung zu erlangen. Insoweit ist das Interesse des unterlegenen Bieters, die Nichtigkeit des geschlossenen Konzessionsvertrags zeitlich unbeschränkt geltend machen zu können, dem Interesse des Auftraggebers an der Bestandskraft des geschlossenen Vertrags mit dem Neukonzessionär gegenüberzustellen, denn das Gebot der Rechtssicherheit erfordert eine möglichst baldige Klärung, damit der Neukonzessionär mit der Vertragserfüllung beginnen und notwendige Investitionen tätigen kann, ohne der Gefahr einer Rückabwicklung ausgesetzt zu sein. Diese widerstreitenden Belange hat der Gesetzgeber für das dem 4. Teil des GWB unterliegende Vergabeverfahren bei Einführung der mit § 135 Abs. 2 S. 1 GWB inhaltsgleichen Vorgängervorschrift des § 101b Abs. 2 S. 1 GWB a.F. dadurch in Ausgleich gebracht, dass spätestens nach Ablauf einer Höchstfrist von sechs Monaten nach Vertragsschluss endgültig Rechtssicherheit über den geschlossenen Vertrag bestehen soll (Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/10117, S. 21). Für die gemeindliche Vergabe von Wegerechtskonzessionen für ein Energieversorgungsnetz kann daher ein entsprechender Ausgleich der widerstreitenden Belange angenommen werden. Dass das mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung vom 27. Januar 2017 (BGBl. Teil I, 2017, S. 130 ff.) eingeführte Präklusionsregime in § 47 EnWG vorliegend nicht anwendbar ist, führt zu keinem anderen Ergebnis. Hieraus kann nicht gefolgert werden, dass der in § 135 Abs. 2 S. 1 GWB enthaltene Rechtsgedanke im Konzessionsvergabeverfahren keine Anwendung finden kann. Der EnWG-Gesetzgeber hat vielmehr im Gegenteil zum Ausdruck gebracht, dass er sich mit Einführung des § 47 EnWG an den bereits bestehenden Rechtsgrundsätzen im Vergabeverfahren orientieren und diese "zur Stärkung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz" im Gesetz auch für das vergabeähnliche Verfahren der Konzessionsvergabe ausdrücklich verankern will (BT-Drucks. 18/8184, S. 16). Es war gesetzgeberisches Anliegen, die Rechtssicherheit im vergabeähnlichen Verfahren (BT-Drucks. 18/8184, S. 8) durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu erhöhen und zu verhindern, dass Gemeinden und Neukonzessionäre in unzumutbarer Weise unter Umständen mehrere Jahre nach Abschluss des Konzessionsvertrags mit dessen Unwirksamkeit und dessen kostenintensiver Rückabwicklung rechnen müssen (BT-Drucks. 18/8184, S. 9, S. 16; Stellungnahme des BRats in BT-Drucks. 18/10503, S. 6).

- 42 Innerhalb welchen Zeitraums die unterlegenen Bewerber nach diesen Grund- sätzen ihre Rechte gegen den geschlossenen Vertrag wahrnehmen müssen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Einen Anhaltspunkt bietet die in § 135 Abs. 2 S. 1 GWB und Art. 2f Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2007/66/EG getroffene Regelung, wonach innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss die Rechte geltend zu machen sind. Nach der gesetzgeberischen Entscheidung reicht ein Zeitraum von sechs Monaten für die Entscheidung aus, ob ggf. nach Einholung von Rechtsrat und Prüfung der Erfolgsaussichten gegen den Vertragsschluss vorgegangen werden soll. Es besteht insoweit kein Unterschied zu der Situation bei der Vergabe einer Wegerechtskonzession für ein Energieversorgungsnetz, so dass jedenfalls innerhalb einer Frist von maximal sechs Monaten von den unterlegenen Bewerbern verlangt werden kann, gegen die Zuschlagserteilung vorzugehen. Ob abhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls unter Umständen sogar eine kürzere Frist angemessen ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.
- 43 bb. War die Klägerin somit als unterlegene Bewerberin um die Konzession verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung des Zuschlags an die Stadtwerke gegenüber der Beklagten die Nichtigkeit des Vertragsschlusses geltend zu machen, hat sie diese Pflicht in schwerwiegender Weise verletzt.
- 44 Sie hat sich nicht innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Konzessionsvertrags mit den Stadtwerken am 21. Januar 2016 gegen die Wirksamkeit des Vertrages gewandt. Erstmals ca. 1 1/2 Jahre später hat sie durch die seit Juni 2017 anhängige Stufen-Klage gegenüber der Beklagten zum Ausdruck gebracht, dass sie das durchgeführte Konzessionsvergabeverfahren und die getroffene Auswahlentscheidung nach wie vor für fehlerhaft hält und die Feststellung der Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags anstrebt. Darin liegt eine schwerwiegende Pflichtverletzung. Eine Verletzung der eigenen Pflichten wiegt schwer, wenn sie das Vertrauen des Vertragspartners in ein auf Redlichkeit, Loyalität und Rücksichtnahme beruhendes Verhalten in besonderen Maße verletzt. Ein solch schwerwiegender Pflichtverstoß ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Schuldner seine Pflichten mehrfach, grundlos, erheblich und offenkundig sowie für den Gläubiger überraschend verletzt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 26. November 2004, V ZR 90/04 - juris, Rn. 33 ff.; BGH, Urteil vom 6. November 1996, XII ZR 60/95 - juris, Rn. 8; OLG Saarbrücken, Urteil vom 17. Mai 2017, 5 U 35/16 - juris, Rn. 52). Je länger ein unterlegener Bieter mit der Wahrnehmung seiner Rechte gegen den geschlossenen Vertrag zuwartet und sich damit das Vertrauen in den Rechtsbestand des Vertrags verfestigt, desto eher wird von einem schwerwiegenden Pflichtverstoß auszugehen sein.
- 45 Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen ist die Pflichtverletzung der Klägerin schwerwiegend. Die Klägerin hat den höchst zulässigen Zeitraum von sechs Monaten nach Zuschlagserteilung nahezu um das Dreifache überschritten, bevor sie die Beklagte auf Akteneinsicht und Feststellung der Nichtigkeit des neu geschlossenen Konzessionsvertrags gerichtlich in Anspruch genommen hat. Die Klage war für die Beklagte überraschend. Sie musste mit dieser Klage nicht mehr rechnen, nachdem das Landgericht Köln die Einwendungen der Klägerin gegen die Auswahlentscheidung mit dem ausführlich begründeten und rechtskräftigen Urteil vom 21. Januar 2016 zurückgewiesen hatte. Zwar war die Klägerin nicht verpflichtet, rechtliche Schritte gegen die Ablehnung der einstweiligen Verfügung durch das Landgericht einzuleiten, nachdem der Verfügungsantrag nach Abschluss des Konzessionsvertrags unzulässig geworden war und die Klägerin ihr Begehr, den Vertragsschluss zu verhindern, im Verfügungsverfahren nicht mehr erreichen

konnte (OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 26. Februar 2018, 11 W 2/18 (Kart) - juris, Rn. 17; OLG Naumburg, Urteil vom 21. September 2018, 7 U 33/17 (Hs) - juris, Rn. 83). Mit zunehmender Dauer der Untätigkeit der Klägerin nach Zurückweisung der einstweiligen Verfügung durfte bei der Beklagten aber der berechtigte Eindruck entstehen, dass die Klägerin den Abschluss des Vertrags mit den Stadtwerken als Neukonzessionärin hinnimmt. Dabei hat die Klägerin in Kauf genommen, dass das mit zunehmender Dauer ihrer Untätigkeit gewachsene Vertrauen der Beklagten in die Rechtsbeständigkeit des Vertrags umso stärker enttäuscht wird, je länger sie mit einer Geltendmachung ihrer Rechte zuwartet. Dies auch vor dem Hintergrund, dass es für die Klägerin nur mit einem geringen Aufwand verbunden gewesen wäre, gegenüber der Beklagten vor Beendigung des Altkonzessionsvertrags zum 6. Dezember 2016 und den Verhandlungen mit den Stadtwerken über die Netzübertragung ihren Rechtsstandpunkt deutlich zu machen. Überdies hat die Klägerin keine schützenswerten Belange dafür vorgetragen, warum sie nahezu 1 1/2 Jahre bis zur Klageerhebung zugewartet hat. Soweit die Klägerin geltend macht, sie sei ohne Kenntnis des Angebots der Stadtwerke und des Inhalts des Auswertungsgutachtens nicht in der Lage gewesen, ihren Feststellungsanspruch zu begründen, überzeugt dies schon allein deshalb nicht, weil sie in dem einstweiligen Verfügungsverfahren gestützt auf die teilgeschwärzte Fassung des Auswertungsgutachtens dezidiert zu den behaupteten Verfahrens- und Wertungsfehlern vortragen konnte. Bemerkenswert ist zudem, dass sich die Klägerin auf Verhandlungen mit den Stadtwerken über die Netzübertragung eingelassen hat, obschon sie den geschlossenen Konzessionsvertrag für nichtig hält. Ihre Erklärung, sie habe eine Nichtigkeitsfeststellungsklage nicht vor Ausschöpfung aller Versuche einer gütlichen Einigung erheben wollen, erscheint wenig plausibel. Die Tatsache, dass die Klägerin erst nach dem Scheitern der Verhandlungen mit den Stadtwerken die vorliegende Klage erhoben hat, könnte vielmehr vermuten lassen, dass es ihr in erster Linie um die Verbesserung ihrer Verhandlungsposition im Netzübernahmestreit mit den Stadtwerken ging statt um die Wahrung ihrer Rechte gegenüber der Beklagten.

- 46 Vor diesem Hintergrund hatte die Beklagte auch keinen Anlass, selbst rechtliche Schritte mit dem Ziel der Feststellung der Wirksamkeit des Vertrags zu unternehmen. Dass die Klägerin in den Netzübernahmeverhandlungen ihren Rechtsstandpunkt gegenüber den Stadtwerken wiederholt und auf der Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung bestanden haben will, ist unbeachtlich. Das Verhalten vermochte das schützenswerte Vertrauen der Beklagten, die an den Verhandlungen mit den Stadtwerken nicht beteiligt war, in den Bestand des Konzessionsvertrags nicht berühren.
- 47 Klageantrag zu 1 lit. b.
- 48 Der Klageantrag zu 1 lit b., mit dem die Klägerin die Feststellung der Unwirksamkeit des zwischen den Stadtwerken und der Beklagten geschlossenen Wegenutzungsvertrags begeht, hat ebenfalls keinen Erfolg. Der Feststellungsantrag ist zwar zulässig, aber un begründet.
- 49 1. Gegenstand einer Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO kann auch ein Rechtsverhältnis sein, das zwischen einer Partei und einem Dritten besteht. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage ist jedoch, dass dieses Rechtsverhältnis zugleich für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung ist und der Kläger ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Klärung dieser Frage hat (BGH, Urteil vom 16. Juni 1993, VIII ZR 222/92 - juris, Rn. 9; Greger in Zöller, ZPO, 31. Auflage 2016, § 256 Rn. 3b). Ausreichend ist, wenn der Kläger vom Bestehen oder Nichtbestehen

eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Beklagten und einem Dritten in seinem Rechtsbereich nur mittelbar betroffen wird (BGH, Urteil vom 14. Mai 1990, II ZR 125/89 - juris, Rn. 6). So liegt der Fall auch hier. Zwar würde das begehrte Feststellungsurteil nur im Verhältnis der Parteien bindend feststellen, dass der zwischen der Beklagten und den Stadtwerken geschlossene Konzessionsvertrag nichtig ist. Mittels dieser Feststellung wäre es der Klägerin indes möglich, die Beklagte zur Durchführung eines neuen rechtmäßigen Konzessionsvergabeverfahrens zu veranlassen.

- 50 2. Der Klageantrag ist jedoch unbegründet, weil sich die Klägerin aus den oben genannten Gründen nicht auf eine etwaige Nichtigkeit des zwischen der Beklagten und den Stadtwerken geschlossenen Konzessionsvertrags berufen kann.

- 51 Klageantrag zu 2:

- 52 Aus den oben genannten Gründen hat auch der hilfsweise zum Klageantrag zu 1 gestellte Klageantrag zu 2 keinen Erfolg.

III.

- 53 Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 708 Ziff. 10, 711 ZPO.

IV.

- 54 Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert. Die im Rechtsstreit aufgeworfene Frage - Einwendung nach § 242 BGB wegen der Verletzung eigener Vertragspflichten - stellt sich nicht über den hier entschiedenen Einzelfall hinaus in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen und ist deshalb für die Allgemeinheit weder von besonderer Bedeutung noch berührt sie deren Interessen in besonderem Maße. Da der Rechtsstreit nach auslaufendem Recht entschieden wurde, ist auch nicht zu erwarten, dass eine höchstrichterliche Entscheidung für die Zukunft richtungsweisend sein kann (vgl. BGH, Beschluss vom 27. März 2003, V ZR 291/02).
- 55 Gegenstandswert für beide Instanzen: jeweils EUR 250.000,00 (§ 47 Abs. 1 S. 1 GKG, § 3 ZPO). Eine Begrenzung des Gegenstandswerts für das Berufungsverfahren auf EUR 100.000,00 gemäß §§ 53 Abs. 1 Nr. 4, 71 Abs. 1 S. 2 GKG findet nicht statt, weil es sich vorliegend nicht um ein Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG handelt.