

VERIS Entscheidungen und Normen > VERIS - Entscheidungen > Bundesspruchkörper > BGH > 2026 > 13.01.2026 - EnZR 22/24

BGH, Urteil vom 13.01.2026, EnZR 22/24

Leitsatz:

1. § 47 Abs. 5 EnWG ordnet ein Eilverfahren eigener Art an, nach dessen formell rechtskräftigem Abschluss sich der unterlegene Bewerber auf die dort ohne durchgreifenden Erfolg geltend gemachten Rechtsverletzungen zur Begründung einer Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gemäß § 134 BGB, § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB in einem nachfolgenden Klageverfahren nicht mehr berufen kann.
2. Die Präklusionswirkung im Hinblick auf solche Rechtsverletzungen erstreckt sich nicht auf in einem späteren Hauptsacheverfahren gegen die Gemeinde geltend gemachte Ansprüche, mit denen der im Eilverfahren unterlegene Bewerber Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB verlangt.

Entscheidungstext:

Tenor

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - Kartellsenat - vom 13. November 2024 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

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

Im Verfahren zur Neuvergabe der Wegerechte für den Betrieb des örtlichen Gasversorgungsnetzes, an dem sich auch die Klägerin beteiligte, wählte die Beklagte im November 2020 die S (nachfolgend: S) als neue Konzessionärin aus. Nach Unterrichtung über diese Entscheidung und anschließender Gewährung von Akteneinsicht erhob die Klägerin mit Schreiben vom 23. März 2021 mehrere Rügen, denen die Beklagte nur in geringem Umfang mit der Folge abhalf, dass das Angebot der S mit 9.820 Punkten und das der Klägerin mit 9.115 Punkten bewertet wurde. Die Klägerin beantragte daraufhin beim Landgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt, der Beklagten den Abschluss eines Konzessionsvertrags mit der S bis zu einer neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlentscheidung über die Vergabe der Konzession zu untersagen. Das Landgericht wies diesen Antrag nach mündlicher Verhandlung durch Urteil vom 15. Dezember 2021 zurück. Die dagegen gerichtete Berufung blieb ohne Erfolg.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin erneut geltend, die Beklagte habe ihre Auswahlentscheidung unter Verstoß gegen die Grundsätze des transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens getroffen. Nach Zustellung der Klage, mit der die Klägerin ursprünglich beantragt hatte, der Beklagten den beabsichtigten Abschluss des Konzessionsvertrags mit der S zu untersagen, schloss die Beklagte am 11. Januar 2023 den in Aussicht genommenen Vertrag (nachfolgend: Konzessionsvertrag oder Wegenutzungsvertrag) mit der S ab. Die Klägerin hat ihren Klageantrag daraufhin geändert und die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrags beantragt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Gründe

Die zulässige Revision hat in der Sache keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Die Klägerin habe ein Feststellungsinteresse, weil die Wegerechte für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes nur einmal vergeben werden könnten und ein berechtigtes Interesse bestehe, die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags alsbald klären zu lassen. Offenbleiben könne, ob die Feststellungsklage wegen der Bindungswirkung des einstweiligen Verfügungsverfahrens unzulässig sei. Jedenfalls sei die Klage unbegründet. Soweit die von der Klägerin

geltend gemachten Verletzungen der Grundsätze des transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens gemäß § 46 Abs. 1 bis 4 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB bereits Gegenstand des Verfahrens im Vorprozess nach § 47 Abs. 5 EnWG gewesen seien, entfalte das Urteil des Landgerichts nach rechtskräftiger Zurückweisung der dagegen gerichteten Berufung materiell-rechtliche Bindungswirkung für das zwischen denselben Verfahrensbeteiligten angestrebte Klageverfahren. Dies betreffe die Rügen 1 bis 29 sowie die Rügen der Intransparenz der Auswahlentscheidung und der fehlenden Neutralität.

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

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

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

a) Streitgegenstand der vorliegenden Klage ist ein nach § 256 Abs. 1 ZPO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, weil ein (unterstellt) fehlerhaft abgeschlossener Konzessionsvertrag eine fortdauernde unbillige Behinderung und Diskriminierung der Klägerin darstellt, die nur durch die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrags beseitigt werden könnte (vgl. BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 105, 108 - Stromnetz Berkenthin; vom 12. Oktober 2021 - EnZR 43/20, WM 2023, 579 Rn. 18 - Stadt Bargteheide).

b) Die Klägerin hat auch ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung der Unwirksamkeit des Konzessionsvertrags, weil ihrem Recht eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (vgl. BGH, Urteile vom 22. Juni 1977 - VIII ZR 5/76, BGHZ 69, 144, 147 [juris Rn. 11]; vom 9. Juni 1983 - III ZR 74/82, NJW 1984, 1118 [juris Rn. 13]; vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 351/08, NJW 2010, 1877 Rn. 12 mwN). Die Beklagte steht auf dem Standpunkt, dass das Verfahren nach § 46 EnWG durch den Abschluss des Vertrags beendet worden sei. Demgegenüber macht die Klägerin geltend, dass der abgeschlossene Wegenutzungsvertrag unwirksam sei mit der Folge, dass das Auswahlverfahren erneut durchzuführen und die Konzession an die Klägerin zu vergeben sei (vgl. BGH, WM 2023, 579 Rn. 20 - Stadt Bargteheide).

c) Das Feststellungsinteresse kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, die Klägerin könne die in Betracht kommenden Ansprüche (auf Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens oder Fortsetzung des Vergabeverfahrens, auf Erteilung der Konzession oder auf Schadensersatz) mit der Leistungsklage verfolgen (vgl. dazu BGH, NJW 1984, 1118, 1119 [juris Rn. 14]; Urteile vom 6. März 2001 - KZR 37/99, BGHZ 147, 81, 84 f. [juris Rn. 14 f.] - Kabel-Hausverteileranlagen; vom 12. Juni 2018 - KZR 56/16, WuW 2018, 405 Rn. 15 - Grauzementkartell II). Die Erhebung einer Leistungsklage wegen eines fehlerhaften Verfahrens zur Vergabe einer Wegekonzession ist regelmäßig mit Unsicherheiten verbunden. Zudem dient die Feststellungsklage in Fallgestaltungen wie der vorliegenden typischerweise der Prozesswirtschaftlichkeit (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 2021 - KZR 55/19, NZKart 2021, 509 Rn. 39, 44 - Gasnetz Berlin; WM 2023, 579 Rn. 22 f. - Stadt Bargteheide).

d) Die Klägerin ist - was der Senat bislang offengelassen hat (vgl. BGH, WM 2023, 579 Rn. 25, 27 - Stadt Bargteheide) - im Hinblick auf die bereits im Eilverfahren erfolglos geltend gemachten Rechtsverletzungen auch nicht durch die Regelung des § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG gehindert, die Feststellungsklage zu erheben. Eine formelle, der Zulässigkeit der Klageerhebung entgegenstehende Präklusionswirkung ist der Vorschrift nicht zu entnehmen. Das von der Klägerin durchgeführte Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG, §§ 935 ff. ZPO, mit dem

sie der Beklagten den beabsichtigten Abschluss des Konzessionsvertrags mit der S untersagen lassen wollte, betrifft zudem einen anderen Streitgegenstand (vgl. dazu BGH, Urteile vom 18. Januar 1985 - V ZR 233/83, BGHZ 93, 287, 288 f. [Juris Rn. 9 f.]; vom 19. November 2003 - VIII ZR 60/03, BGHZ 157, 47, 50 [Juris Rn. 9]; vom 22. Oktober 2013 - XI ZR 42/12, BGHZ 198, 294 Rn. 13; vom 22. Februar 2018 - VII ZR 253/16, NJW 2018, 2056 Rn. 14) als das vorliegende Klageverfahren, mit dem die Klägerin die Nichtigkeit des zwischenzeitlich abgeschlossenen Vertrags festgestellt wissen will.

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

a) Die Klägerin kann sich nicht mit Erfolg auf Rechtsverletzungen stützen, die bereits Gegenstand des besonderen Eilverfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG waren und im dortigen Verfahren einen Unterlassungsanspruch aufgrund geltend gemachter Verstöße gegen § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht begründen konnten. Diese können die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags nach § 134 BGB wegen der Präklusionswirkung des § 47 Abs. 5 EnWG, die einer zügig eintretenden Rechtssicherheit dient, nicht mehr begründen.

aa) Ein Wegenutzungsvertrag zwischen einer Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen ist nach § 134 BGB nichtig, wenn die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren nicht genügt und damit eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vorliegt, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 54 ff., 101 ff. - Stromnetz Berkenthin; BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12, WuW 2014, 401, 413 [Juris Rn. 50 ff.] - Stromnetz Heiligenhafen; vom 18. November 2014 - EnZR 33/13, EnWZ 2015, 125 Rn. 19 - Stromnetz Schierke; WM 2023, 579 Rn. 32 - Stadt Bargteheide; Beschluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13, N&R 2014, 294 Rn. 53 - Stromnetz Homberg). Nichtigkeit eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts tritt bei Verstoß gegen ein einseitiges - wie hier aus § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 EnWG folgendes - Verbot nach § 134 BGB allerdings nur dann ein, wenn diesem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert. Das ist der Fall, wenn der Verbotszweck nicht anders als durch die Annullierung zu erreichen ist und die getroffene Regelung nicht hingenommen werden kann (vgl. nur BGH, Urteile vom 25. Juli 2002 - III ZR 113/02, BGHZ 152, 10, 11 f. [Juris Rn. 6 f.]; vom 13. Oktober 2009 - KZR 34/06, K&R 2010, 349 Rn. 12 f. - Teilnehmerdaten I; jeweils mwN; BGHZ 199, 289, Rn. 107 - Stromnetz Berkenthin). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss die fortdauernde Behinderung durch einen fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit dann hingenommen werden, wenn alle unbillig behinderten oder diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht nutzen (BGHZ 199, 289 Rn. 108 - Stromnetz Berkenthin; Urteile vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18, WM 2021, 542 Rn. 26, 30 - Stromnetz Steinbach; vom 7. September 2021 - EnZR 29/20, WM 2022, 1457 Rn. 18 - Gasnetz Rösrath). Diese Rügepräklusion beruht auf der Erwägung, dass es mit dem in § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfolgten Ziel eines effektiven Wettbewerbs um die Netze nicht zu vereinbaren wäre, wenn sich ein unterlegener Bieter, insbesondere auch ein Altkonzessionär, auch dann noch auf die Fehlerhaftigkeit der Neuvergabe und der daraus folgenden Nichtigkeit des neu abgeschlossenen Wegenutzungsvertrags nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 134 BGB berufen und gegebenenfalls Übereignung oder Überlassung der gemeindlichen Netze auch dann noch verweigern könnte, wenn er es unterlassen hat, ihm mögliche Schritte zur Verhinderung einer rechtswidrigen Konzessionsvergabe zu unternehmen (BGH, WM 2021, 542 Rn. 27, 30 - Stromnetz Steinbach).

bb) Daran anknüpfend sieht § 47 Abs. 5 EnWG im Interesse der für den Netzbetrieb zwingend erforderlichen Rechtssicherheit eine Präklusion auch für den Fall vor, dass der unterlegene Bieter in dem nach dieser Vorschrift vorgesehenen besonderen Eilverfahren, mit dem er entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens

oder einen bereits drohenden Vertragsschluss verhindern wollte, mit seinem Begehren nicht durchgedrungen ist. Er kann dann auf Grundlage der bereits im Eilverfahren erfolglos erhobenen Rügen in einem anschließenden Klageverfahren weder die Unterlassung des mit dem obsiegenden Bieter in Aussicht genommenen Vertragsschlusses noch - nach erfolgtem Vertragsschluss - die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrags gegenüber der ausschreibenden Gemeinde verlangen.

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

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

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

(b) Lediglich dieses Verständnis stimmt auch - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - mit Sinn und Zweck der Regelung des § 47 Abs. 5 EnWG überein (vgl. KG, Urteil vom 25. Oktober 2018 - 2 U 18/17, EnWG, EnWZ 2019, 76 Rn. 52; Hellermann/Thiessen in Bourwieg/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 4. Aufl., § 47 Rn. 26, 28; Theobald/Schneider in Theobald/Kühling, Energierecht, Stand November 2025, § 47 EnWG Rn. 53 f.; Albrecht/Pöhl in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl., § 10 Rn. 105 Fn. 182; Huber in Kment, EnWG, 3. Aufl., § 47 Rn. 30; zur Rechtslage vor Geltung des § 47 Abs. 5 EnWG: OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. Mai 2021 - VI-2 U 3/21 (Kart), EWerk 2023, 38, 39 [juris Rn. 30 ff.]; a.A. OLG Dresden, Urteil vom 11. Mai 2022 - U 30/21 Kart, juris Rn. 24 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 7. Dezember 2022 - 2 U 14/21 (Kart), juris Rn. 28 bis 33; Höch, RdE 2017, 157, 164; Wegner in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 47 EnWG Rn. 47 ff.; Kupfer, NVwZ 2017, 428, 433). Die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Ziele erfordern eine materielle Präklusion von Rügen, die im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ohne Erfolg erhoben worden sind, weil das Gericht sie entweder als unbegründet erachtet hat oder sie sich nach seiner Auffassung weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit auf die Auswahlentscheidung auswirken konnten.

(aa) Der Gesetzgeber hatte bei Einführung der Vorschrift vor Augen, dass Fehler im Verfahren nach § 46 EnWG die Gesamtnichtigkeit des neu abgeschlossenen Wegenutzungsvertrags zur Folge haben können, dies erhebliche Rechtsunsicherheit für die Gemeinden und den neuen Wegenutzungsberechtigten bedeutet und damit auch nachteilige Konsequenzen für die ungestörte Fortführung des Netzbetriebs nach sich zieht; insbesondere sollte der Gefahr entgegengewirkt werden, dass wichtige und zwingend erforderliche Netzausbau- und -verstärkungsmaßnahmen für einen beachtlichen Zeitraum zum Erliegen kommen könnten und dies fatale Folgen für den zügigen Zubau der dezentralen Erzeugungsanlagen hätte (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung vom 21. April 2016, BT-Drucks. 18/8184, S. 8 f., 16). Zweck der Rüge- und Präklusionsvorschriften des § 47 EnWG ist es daher, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im vergabeähnlichen Verfahren des § 46 EnWG zu stärken, um jedem Bewerber, der sich im Wettbewerb als geeignetster künftiger Netzbetreiber durchgesetzt hat, eine rechtssichere Übernahme der Netze zu ermöglichen und gleichzeitig Verzögerungen beim Netzausbau und Beeinträchtigungen im Hinblick auf die Investitionsbereitschaft zu verringern, die mit Streitigkeiten bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten oder mit einer Verfahrenswiederholung im Anschluss an ein gerichtliches Verfahren notwendigerweise verbunden sind (BT-Drucks. 18/8184, S. 8 f., 16). Vor diesem Hintergrund wollte der Gesetzgeber mit der Einführung der Rügeobliegenheiten verhindern, dass Verfahrensfehler noch Jahre nach der Entscheidung (erstmalig) geltend gemacht werden und sowohl der neue Wegenutzungsrechtsinhaber als auch die Gemeinde sich in einem fortdauernden Schwebezustand der Rechtsunsicherheit befinden (BT-Drucks. 18/8484, S. 9). Sowohl die Gemeinden als auch die neuen Netzbetreiber sollten - im Hinblick auf mögliche streitige Punkte (vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8484, S. 25) - von einer zügig eintretenden Rechtssicherheit profitieren, indem Verfahrensfehler möglichst früh geltend gemacht werden (vgl. BT-Drucks. 18/8184, S. 16). Dabei sollten Rechtssicherheit und Qualität von Verfahren nach § 46 EnWG dadurch erhöht werden, dass die beteiligten Unternehmen verpflichtet werden, im laufenden Verfahren aktiv auf die Vermeidung und Ausräumung von Rechtsfehlern hinzuwirken. Ziel der Regelung war es zudem, die Gerichte dadurch zu entlasten, dass sie nicht erst am Ende eines Verfahrens nach § 46 EnWG das gesamte Verfahren aufarbeiten müssen, sondern sich auf die rechtzeitig gerügten Streitpunkte konzentrieren können (BT-Drucks. 18/8184, S. 16).

(bb) Den Gesetzesmaterialien sind zwar keine ausdrücklichen Hinweise darauf zu entnehmen, dass Rügen, die im besonderen Eilverfahren ohne Erfolg erhoben worden sind, in einem nachfolgenden Klageverfahren wegen der Präklusionsvorschrift des § 47 Abs. 5 EnWG nicht mehr zu berücksichtigen sind. Dem Kernanliegen der gesetzlichen Neuregelung, mit dem ein zügiger Eintritt von Rechtssicherheit im Interesse eines effizienten Netzbetriebs erreicht werden soll, kann aber nur auf diese Weise Geltung verschafft werden. Wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt ist, kann die für eine Netzübernahme im Leistungswettbewerb erforderliche Planungs- und Rechtssicherheit nicht mehr erreicht werden, wenn der Altkonzessionär berechtigt wäre, während der gesamten zwanzigjährigen Laufzeit und auch noch nach einer erfolgten Übereignung des Netzes die Unwirksamkeit des neuen Konzessionsvertrags geltend zu machen, um sodann gegebenenfalls die Rückübertragung des Netzes zu verlangen (BGH, WM 2021, 542 Rn. 30 - Stromnetz Steinbach). Können Rechtsverletzungen, die bereits im Eilverfahren erfolglos geltend gemacht worden sind, in einem nachfolgenden, sich möglicherweise über drei Instanzen erstreckenden Klageverfahren die Nichtigkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrags begründen, so muss die Gemeinde entweder mit dem Vertragsschluss bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens abwarten oder aber das rechtliche Risiko in Kauf nehmen, dass sich der eigene Rechtsstandpunkt, mit dem sie bereits im Eilverfahren durchgedrungen ist, später doch noch als unzutreffend erweist (vgl. BGH, WM 2022 1457 Rn. 27 - Gasnetz Rösrath). Wartet die Gemeinde mit dem Vertragsschluss bis zum rechtskräftigen Abschluss des gerichtlichen Verfahrens ab, hat der die Netzinfrastruktur vorläufig weiterbetreibende, im Bieterverfahren unterlegene Altkonzessionär nur noch ein geringes Interesse, erforderliche Investitionen in das Netz zu erbringen, weil er nicht weiß, ob er auch in Zukunft das Netz wird betreiben dürfen und ob sich die getätigten Investitionen amortisieren. Auch im Falle der Netzübertragung an einen im Ergebnis obsiegenden Neukonzessionär läuft der Altkonzessionär Gefahr, dass die nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu entrichtende Vergütung diese Aufwendungen möglicherweise nicht abdeckt. Hat die Gemeinde den Konzessionsvertrag hingegen geschlossen und wird das Netz bereits vom Neukonzessionär betrieben, so wird sich auch dieser mit Investitionen in die Netzinfrastruktur solange zurückhalten, bis die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrags

rechtskräftig feststeht. Die daraus resultierenden Verzögerungen und damit zugleich verbundene - meist jahrelange - Rechtsunsicherheit stünde in einem unauflösbaren Widerspruch zu den mit der gesetzlichen Neuregelung verfolgten Zielen. Ein Verständnis des § 47 Abs. 5 EnWG, wonach sich der Zivilrechtsstreit nach Durchlaufen des Eilverfahrens auf die bereits dort geltend gemachten Rügen konzentriert und damit lediglich nicht rechtzeitig gerügte Rechtsverletzungen der Prüfung im Klageverfahren über die Wirksamkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrags entzogen sind, verfehlte die gesetzgeberische Intention vollständig. Die angestrebte zügig eintretende Rechtssicherheit für die Beteiligten wäre auf diese Weise nicht zu erreichen.

(cc) Gesetzessystematische Gesichtspunkte stehen einem Verständnis des § 47 Abs. 5 EnWG als materiell-rechtlich wirkende Präklusionsregelung im Ergebnis nicht entgegen. Zwar wollte der Gesetzgeber den Verweis auf die Vorschriften über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ersichtlich nur als Klarstellung verstanden wissen (vgl. BT-Drucks. 18/8484, S. 17; Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8484, S. 28). Zudem hat er in § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG nur geringfügige Modifikationen an den nach § 47 Abs. 5 EnWG anzuwendenden Vorschriften über das einstweilige Verfügungsverfahren vorgenommen, indem er die jeweiligen Antragsteller von der Darlegung eines Verfügungsgrunds befreit hat. Dies könnte für sich genommen darauf schließen lassen, dass mit der Durchführung des einstweiligen Verfügungsverfahrens nach allgemeinen Regeln eine zügige vorläufige Prüfung der geltend gemachten Rechtsverletzungen erfolgen soll, die lediglich der prozessualen Sicherung des materiell-rechtlichen Anspruchs dient (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2003 - I ZB 45/02, BGHZ 156, 335, 342; Drescher in MünchKommZPO, 7. Aufl., § 916 Rn. 8), daher auch nicht die Entscheidung über den materiell-rechtlichen Anspruch selbst zum Gegenstand hat (vgl. BGH, WM 2023, 579 Rn. 26 - Stadt Bargteheide, zur Rechtslage vor Geltung des § 47 EnWG) und insofern keine präjudizielle Wirkung für ein sich anschließendes, allen Beteiligten offenstehendes Hauptsacheverfahren entfalten kann (vgl. Thümmel in Wieczorek/Schütze, ZPO, 5. Aufl., Vor § 916 Rn. 16; Drescher in MünchKommZPO, aaO, § 916 Rn. 15, 28). Eine solche Auslegung, die sich an diesem nach allgemeinen zivilprozessualen Regeln geltenden Verhältnis zwischen einstweiligem Rechtsschutz und Erkenntnisverfahren orientiert, trägt jedoch den für die Vergabe von Wegerechtskonzessionen bestehenden Besonderheiten, insbesondere der für einen effizienten Weiterbetrieb der Netzinfrastruktur erforderlichen Planungssicherheit, nicht hinreichend Rechnung. Die mit der Einführung der Vorschrift angestrebte Rechtssicherheit zur Wahrung von gewichtigen Allgemeininteressen ist so nicht zu erreichen (s.o. Rn. 21). Deshalb kann die Vorschrift nur dahingehend verstanden werden, dass sie - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - ein Eilverfahren eigener Art anordnet, nach dessen formell rechtskräftigem Abschluss die dort ohne durchgreifenden Erfolg geltend gemachten Rechtsverletzungen eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gemäß § 134 BGB, § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB in einem nachfolgenden Klageverfahren zum Zwecke der vorrangig zu gewährleistenden Rechtssicherheit nicht mehr begründen können.

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

(4) Die Präklusionswirkung des § 47 Abs. 5 EnWG erstreckt sich jedoch nicht auf die in einem späteren Hauptsacheverfahren gegen die Gemeinde gerichteten Sekundäransprüche, mit denen ein unterlegener Bieter

Schadensersatz wegen eines geltend gemachten Verstoßes gegen die aus § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB folgenden Anforderungen verlangt. Das gilt jedenfalls für solche Rechtsverletzungen, die - wie hier - ohne durchgreifenden Erfolg im Eilverfahren geltend gemacht worden sind. Zum einen erfordert das gesetzgeberische Ziel einer Rechts- und Planungssicherheit für den weiteren Netzbetrieb insoweit weder eine Einschränkung von Schadensersatzansprüchen (nach § 33a GWB) noch eine abschließende Entscheidung im Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG. Zum anderen kann auf diese Weise ein Ausgleich zwischen den subjektiven Rechten der unterlegenen Bieter und den Interessen der Allgemeinheit an einem rechtssicheren Netzbetrieb erfolgen. Schließlich ist sichergestellt, dass für die Durchsetzung von Sekundäransprüchen - und insoweit ausreichender - Zugang zum Revisionsgericht besteht.

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

(a) Weder der Justizgewährungsanspruch noch die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG gebieten angesichts des überwiegenden allgemeinen Interesses an einer zügig eintretenden Rechtssicherheit, die für den weiteren Betrieb der Netzinfrastruktur von wesentlicher Bedeutung ist, in den hier maßgeblichen Fallgestaltungen eine erneute Überprüfung der bereits im Eilverfahren erfolglos erhobenen Rügen mit dem Ziel der Erlangung von Primärrechtsschutz (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 Rn. 49 ff., zum Rechtsschutz bei Unterschwellenvergabe). Insoweit gelten vergleichbare Erwägungen wie beim vergaberechtlichen Eilrechtsschutz (§ 168 Abs. 2, § 176 Abs. 1, § 179 GWB), der ebenfalls auf eine endgültige Regelung des Rechtszustands gerichtet ist (vgl. Gröning in MünchKommGWB, 4. Aufl., Vor §§ 171 ff. Rn. 11).

(b) Das Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG wahrt auch die besonderen Anforderungen, die sich aus der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG an die Ausgestaltung von Eilverfahren ergeben, wenn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können. In diesen Fällen müssen die Gerichte die Sach- und Rechtslage regelmäßig nicht nur summarisch, sondern abschließend prüfen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2018 - 1 BvR 733/18, NVwZ 2018, 1467 Rn. 3 f. mwN). Das ist durch die Anwendung der zivilprozessualen Regelungen der §§ 935 ff. ZPO hinreichend sichergestellt. In rechtlicher Hinsicht ist das Zivilgericht im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen ohnehin verpflichtet, den festgestellten Sachverhalt vollständig und uneingeschränkt auf dessen Rechtsfolgen zu überprüfen (vgl. nur OLG Hamburg, WRP 1992, 493; Thümmel in Wiczorek/Schütze, aaO, § 920 Rn. 13; Becker in Anders/Gehle, ZPO, 84. Aufl., § 920 Rn. 12; Drescher in MünchKomm-ZPO, § 920 Rn. 10; a.A. Vollkommer in Zöller, ZPO, 36. Aufl., § 920 Rn. 7). Soweit gemäß §§ 935, 936, 920 Abs. 2 ZPO Tatsachen lediglich glaubhaft zu machen sind, mit der Folge, dass nach § 294 Abs. 1 ZPO für die Überzeugungsbildung des Gerichts eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt (BGH, Beschlüsse vom 5. Mai 1976 - IV ZB 49/75, VersR 1976, 928, 928 [juris Rn. 9]; vom 15. Juni 1994 - IV ZB 6/94, NJW 1994, 2898 [juris Rn. 9]; vom 11. September 2003 - IX ZB 37/03, BGHZ 156, 139, 142 [juris Rn. 8]; vom 26. Januar 2022 - XII ZB 227/21, MDR 2022, 517 Rn. 11), benachteiligt das den unterlegenen Bieter, der Eilrechtsschutz nach § 47 Abs. 5 EnWG sucht, ebenfalls nicht. Da er im Verfahren gemäß § 47 Abs. 5 EnWG nach allgemeinen Regeln die Beweislast für einen Verstoß der Gemeinde gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens nach § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB trägt, kommt es ihm vielmehr zugute, dass er die tatsächlichen Umstände, die den Verstoß und eine sich daraus ergebende Unwirksamkeit des in Aussicht genommenen Vertragsschlusses begründen sollen, nur glaubhaft zu machen braucht und sich dafür nach § 294 Abs. 1 ZPO aller Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung bedienen kann. Das Gericht hat zudem zur vollumfänglichen Wahrung der prozessualen Waffengleichheit und des Anspruchs der Beteiligten auf rechtliches Gehör (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. September 2018 - 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 Rn. 15), im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung der in Rede stehenden Sachverhalte sowie angesichts der aus § 47 Abs. 5 EnWG folgenden Präklusionswirkung nach § 937 Abs. 2, § 128 Abs. 1, § 216 ZPO - und wie im Streitfall auch geschehen - in aller Regel eine mündliche Verhandlung anzuberaumen (BGH, Beschluss vom 7. Mai 2020 - V ZB 110/19, NJW 2020, 2474 Rn. 12 mwN). Es wird, auch wenn nach § 294 Abs. 2 ZPO im Grundsatz nur präsente Beweismittel zugelassen sind, von den Parteien benannte Zeugen oder Sachverständige zum Termin laden und vor dem Hintergrund des abschließenden Charakters des Eilverfahrens mit der gebotenen

Beschleunigung alle prozessualen Mittel ausschöpfen müssen, um eine umfassende Tatsachenfeststellung zu gewährleisten.

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

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

b) Der Revision ist auch insoweit kein Erfolg beschieden, als sie sich gegen die Zurückweisung der materiell-rechtlich nicht nach § 47 Abs. 5 EnWG präkludierten Rüge wegen der geltend gemachten Abweichung zwischen dem von S angebotenen und dem später tatsächlich abgeschlossenen Konzessionsvertrag wendet. Die Verfahrensrüge, mit der die Klägerin die Annahme des Berufungsgerichts angreift, die Klägerin habe keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine inhaltliche Abweichung dargelegt, greift nicht durch. Insoweit wird von einer Begründung abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO).

Roloff

Tolkmitt

Picker

Holzinger

Kochendörfer