

Glied in der Wertschöpfungskette aus, kann der Wasserstoff nicht geliefert werden und es materialisieren sich erhebliche zusätzliche Finanzierungskosten.

2. Gestaltungsoptionen

Im Wasserstoffliefervertrag ist deshalb zu regeln, wie solche Koordinationsrisiken zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer aufzuteilen sind. Erzeugungsseitige Verzögerungen sind vergleichsweise unproblematisch, denn ein Teil der Verbraucher dürfte in der Lage sein, auf Erdgas oder andere konventionelle Substitute auszuweichen. Ihr Risiko beschränkt sich sodann darin, dass sich die Bezugskosten erhöhen bzw. der Abnehmer – je nach regulatorischem Rahmen – Nachweise über die Wasserstoffverbräuche anderer Endnutzer kaufen muss, um etwaige unternehmensindividuelle erneuerbare Wasserstoffquoten zu erfüllen (sofern Art. 22a der REDIII in Gestalt unternehmensindividueller Quoten umgesetzt wird). Im Vertrag wäre insoweit zu regeln, welche Partei unter welchen Voraussetzungen die hieraus resultierenden Kosten zu tragen hat, insb. bis zu welcher Höhe der Lieferant gegenüber dem Abnehmer haften muss; im Anwendungsbereich der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle dürfte die sehr restriktive Rspr. des BGH zu Haftungsbegrenzungen für Kardinalpflichtverletzungen den vertraglichen Gestaltungsoptionen enge Grenzen setzen.²⁸

Kritischer sind hingegen Szenarien, in denen sich die Errichtung der Verbrauchseinrichtungen verzögert und in der Konsequenz kein Bedarf für die Abnahme des produzierten Wasserstoffs besteht. Dieses Risiko dürfte in erster Linie bei den Abnehmern

liegen, die insofern ein hohes Interesse daran haben, sich gegenüber ihren für die Errichtung der Anlagen verantwortlichen Vertragspartnern gegen diese Verzögerungsrisiken abzusichern. Darüber hinaus sollten die Verbraucher erwägen, Reservekunden, zB aus der chemischen Industrie, zu finden, die den Verbrauch von erneuerbarem Wasserstoff flexibilisieren können und damit die Abnahme im Falle einer verzögerten Errichtung der Verbrauchsanlage gewährleisten können.

VI. Fazit

Die Beteiligung am Hochlauf einer erneuerbaren Wasserstoffwirtschaft konfrontiert Lieferanten und Abnehmer mit regulatorischen, technischen und ökonomischen Risiken, die wesentlich komplexer sind als die Herausforderungen, denen sich die Erdgaswirtschaft in der Frühphase ihres Hochlaufs ausgesetzt sah. Für die beteiligten Unternehmen ist es von entscheidender Bedeutung, Marktentwicklungsszenarien frühzeitig zu antizipieren, außervertragliche Möglichkeiten zur Risikominderung zu nutzen und verbleibende Risiken im Wasserstoffliefervertrag interessengerecht und rechtssicher zu verteilen. Gelingt dies nicht, sind rechtliche Auseinandersetzungen vorprogrammiert.

Anm. d. Redaktion

Zu dieser Thematik vgl. auch Kalis/Antoni EnWZ 2022, 248 ff.

²⁸ BGH Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, BeckRS 2000, 9713; Grüneberg BGB § 309 Rn. 55 f.

ASTRID MEYER-HETLING, DR. ANNA SACHSE, STEFAN BITZHÖFER, BERLIN*

Zur gerichtlichen Kausalitätsprüfung in Konzessionsrechtsstreitigkeiten nach den §§ 46 ff. EnWG

Für Konzessionierungsverfahren im Strom- und Gasbereich besteht seit der Einführung des sog. Rüge- und Präklusionsregimes im Jahre 2017 mit der Regelung des § 47 Abs. 5 EnWG ein spezialgesetzlich geregeltes, gerichtliches Überprüfungsverfahren, welches prozessual im einstweiligen Rechtsschutz der ZPO angelegt ist. Die Instanzenrechtsprechung hat sich dabei iRd Überprüfung gemeindlicher (Konzessions-)Auswahlentscheidungen mit der Kausalität bzw. der Ergebnisrelevanz von Auswertungsfehlern auseinandergesetzt. Hierbei wurde unter Bezugnahme auf die Rspr. des BGH zur Feststellung der Nichtigkeit von Konzessionsverträgen im Zusammen-

hang von Netzherausgabeklagen die Rechtsauffassung entwickelt, dass ein festgestellter Auswertungsfehler nur dann die Aufhebung der Auswahlentscheidung zur Folge hat, wenn seine Ergebnisrelevanz positiv festgestellt wird. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit der Frage, ob die Feststellung einer solchen Ergebnisrelevanz, die daraus abgeleiteten Methoden zur Kausalitätsfeststellung iE sowie die Verteilung der Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast mit dem gesetzgeberischen Zweck des Rüge- und Präklusionsregimes gem. § 47 EnWG im Einklang stehen.

Konzessionierungsverfahren · Kausalitätsprüfung · gerichtlicher Prüfungsmaßstab · Bestbewertungsmethode · Verfahrensfehler

I. Ausgangslage

Der Gesetzgeber räumt den an Konzessionierungsverfahren beteiligten Unternehmen nach Maßgabe des § 47 Abs. 1 u. 2 EnWG die Möglichkeit ein, in jeder Verfahrensstufe Rechtsverletzungen durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens geltend zu

machen. Gemäß § 47 Abs. 5 EnWG können gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang einer Nichtabhilfeentschei-

* Astrid Meyer-Hetling ist Rechtsanwältin und Partner, Dr. Anna Sachse ist Rechtsanwältin und Partner Counsel, Stefan Bitzhöfer ist Rechtsanwalt bei der Sozietät Becker Büttner Held in Berlin.

derung der Gemeinde vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden. Es gelten gem. § 47 Abs. 5 S. 2 EnWG iVm §§ 935 ff. Zivilprozessordnung (ZPO) die Vorschriften der ZPO über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. In den letzten Jahren hat sich der Schwerpunkt der gerichtlichen Verfahren von einer Überprüfung der gemeindlich aufgestellten Auswahlkriterien auf eine Überprüfung gemeindlicher Auswahlentscheidungen verlagert. Im Streit steht dabei regelmäßig, ob bei einer Auswahlentscheidung nach § 46 Abs. 5 EnWG Rechtsverletzungen durch die Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens vorliegen, also ob der Gemeinde Auswertungsfehler unterlaufen sind.

In der Instanzenrechtsprechung hat sich dabei ein einheitlicher Prüfungsmaßstab entwickelt. In Anlehnung an die Grundsätze des Vergabeverfahrens ist anerkannt, dass den konzessionierenden Gemeinden bei der Konzessionsvergabe ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht und dass die Gerichte ihre eigene Bewertung nicht an die Stelle derjenigen der Gemeinden setzen dürfen.¹ Die gerichtliche Prüfung beschränkt sich infolgedessen darauf, ob die jeweilige Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat, von keinem unzutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung hat einfließen lassen und sich die Wertungsentscheidung iRd Gesetze und der allg. gültigen Beurteilungsmaßstäbe hält.² Dieser Prüfungsmaßstab gewährleistet damit die sich aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz ergebenden Anforderungen und ist iÜ allg. anerkannt. Schwieriger zu beurteilen ist jedoch die Frage, welche Folgen es hat, wenn das Gericht eine solche Rechtsverletzung feststellt. Insbesondere ist fraglich, ob jeder gerichtlich erfasste Auswertungsfehler eine Zurückverweisung an die Gemeinde rechtfertigt, oder ob die darüber hinausgehende Feststellung erforderlich ist, dass sich die erfassten Fehler auch auf die Bieterreihenfolge auswirken.

Die Gesetzesbegründung zu § 47 EnWG, welche vorsieht, dass rechtswidrige, „konkret gerügte Verfahrenshandlung[en] auf [zuhe]ben und durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung [zu] ersetz[en]“³ sind, legt nahe, dass jede gerichtlich erfasste Rechtsverletzung eine Zurückverweisung der Auswahlentscheidung im Wege einer Unterlassungsverfügung bzgl. des ausstehenden Konzessionsvertragsabschlusses rechtfertigt. Im Gegensatz hierzu geht die Instanzenrechtsprechung davon aus, dass eine Zurückverweisung erst geboten ist, wenn festgestellt wurde, dass die unterstellten Rechtsverletzungen kausal für die Auswahlentscheidung waren, also nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich bei einer Neuauswertung unter Ausblendung dieser Rechtsverletzungen eine andere Bieterreihenfolge ergeben würde. Höchststrichterliche Rspr. gibt es zu dieser Frage noch nicht. Der BGH hat bislang nur im Zusammenhang mit der Feststellung der Nichtigkeit eines Konzessionsvertrages bei Netzherausgabeklagen – also in Hauptsacheverfahren – festgestellt, dass sich Fehler im Zweifel immer auswirken und lediglich im Rahmen einer Gesamtwürdigung abzuwägen ist, ob dies ausnahmsweise nicht der Fall ist bzw. ob die Chancen der unterlegenen Bewerber auf die Konzession durch das fehlerhafte Auswahlverfahren zweifelsfrei nicht beeinträchtigt wurden.

In der nachfolgenden Abhandlung soll untersucht werden, ob die in der Instanzenrechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Kausalitätsfeststellung von Rechtsverletzungen einerseits im Einklang mit den vom BGH entwickelten Grundsätzen zur Ergebnisrelevanz von Rechtsverletzungen stehen. Andererseits

aber auch, ob sie überhaupt mit der gesetzgeberischen Intention zur gerichtlichen Überprüfung von Auswahlentscheidungen vereinbar sind.

II. Zu den vom BGH für Hauptsacheverfahren entwickelten Grundsätzen zur Feststellung kausaler Verfahrensverstöße

Der BGH hat in seiner bisherigen Rspr. festgestellt, dass eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren zu verneinen ist, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann. Geprüft hat der BGH dies in Hauptsacheverfahren, in denen es um die Frage der Wirksamkeit abgeschlossener Konzessionsverträge ging; entweder im Wege von Feststellungsklagen oder aber im Wege einer rechtsverneinenden Einwendung, die dem Netzherausgabeanspruch des Neukonzessionärs gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG entgegengehalten wurde. Konnte die Ergebnisrelevanz der festgestellten Rechtsverletzungen nicht ausgeschlossen werden, lag eine unbillige Behinderung und damit ein Verstoß gegen § 19 GWB vor. Der streitgegenständliche Konzessionsvertrag war gem. § 134 Abs. 1 BGB nichtig. Ging es um eine Netzherausgabe, fehlte infolgedessen die Aktivlegitimation. Der das Netz herausklagende Neukonzessionär war nicht neues Energieversorgungsunternehmen (EVU) iSv § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG geworden. Ob – und falls ja, in welchem Umfang – die vom BGH entwickelten Grundsätze auf die Überprüfung von Auswahlentscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 5 EnWG übertragbar sind, ist fraglich. Unzweifelhaft dürfte jedoch sein, dass ein die Nichtigkeit eines bereits geschlossenen Vertrags rechtfertigender Verfahrensfehler im Fall eines noch nicht abgeschlossenen Konzessionsverfahrens – so die Ausgangslage im Rüge- und Präklusionsregime nach § 47 Abs. 5 EnWG – erst recht zu dessen Rückversetzung in einen vorherigen Verfahrensabschnitt führt.

Die vom BGH insofern aufgestellten materiellen Grundsätze sowie die daraus für die Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess abzuleitenden Vorgaben sollen nachfolgend dargestellt werden.

1. Materiell-rechtliche Grundsätze

Materiell-rechtlich hat der BGH ein Regel-/Ausnahme-Verhältnis entwickelt, wonach Rechtsverletzungen im Konzessionsverfahren regelmäßig die Nichtigkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrags zur Folge haben. Das hat der BGH sowohl für Fehler im Verfahren, etwa bzgl. der Gestaltung und Gewichtung der Auswahlkriterien, festgestellt (jetzt die sog. 2. Stufe des Rüge- und Präklusionsregimes, § 47 Abs. 2 S. 2 EnWG) als auch für Rechtsverletzungen bei der Auswahlentscheidung selbst (jetzt die sog. 3. Stufe des Rüge- und Präklusionsregimes, § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG).

a) Regel-/Ausnahme-Verhältnis

Die vom BGH in der „Stromnetz Berkenthin“-Entscheidung aufgestellten Kausalitätsgrundsätze folgen einem Regel-/Ausnahme-Verhältnis. Demnach stellt ein fehlerhaftes Auswahlverfahren im Grundsatz stets auch eine unbillige Behinderung iSd

¹ Statt vieler: OLG Celle BeckRS 2022, 18237 Rn. 23.

² Statt vieler: OLG Celle BeckRS 2022, 18237 Rn. 23.

³ BT-Drs. 18/8184, 17.

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB dar. Die Verneinung einer solchen unbilligen Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren ist hingegen die an enge Voraussetzungen gebundene Ausnahme. Hieraus folgt, dass die Unbeachtlichkeit von Kausalitätserwägungen die Regel und deren Beachtlichkeit die Ausnahme ist. In seiner Entscheidung in Sachen „Stromnetz Berkenthin“, in der es um die richtige Gewichtung und Ausgestaltung der Auswahlkriterien ging, stellte der BGH fest:

„Das Auswahlverfahren der Gemeinden verstößt somit in mehrfacher Hinsicht gegen das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG. Es stellt damit zugleich eine unbillige Behinderung der Mitbewerber um die Konzession gemäß § 20 Abs. 1 GWB aF dar. Eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren ist zwar zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte (im Ergebnis ebenso Höch/Stracke, RdE 2013, 159, 162). Das kommt etwa bei einer geringfügigen Fehlgewichtung im Kriterienkatalog in Betracht, die ersichtlich keinen Einfluss auf die Platzierung der Bewerber haben konnte. Davon kann im Streitfall aber nicht ausgegangen werden.“⁴

Der BGH hat insoweit klargestellt, dass ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG stets bzw. „zugleich“ auch eine unbillige Behinderung darstellt. Als Ausnahme von dieser Regel liegt hingegen keine unbillige Behinderung iSd § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB vor, wenn „zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte [...]“.⁵ Ein Verfahrensverstoß stellt also nur dann keine unbillige Behinderung dar, wenn eine andere Vergabeentscheidung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. Nur das Vorliegen dieser Ausnahme bedarf insofern zivilprozessual einer Feststellung.

Die Nichtigkeit eines Konzessionsvertrags tritt also nicht erst und nicht etwa nur dann ein, wenn außer Zweifel steht, dass ein anderer Bieter die Konzession hätte erhalten müssen. Vielmehr ist bereits ausreichend, wenn die Konzessionsvergabe an einen anderen Bieter zumindest möglich erscheint. Ein Konzessionsierungsverfahren ist demzufolge neu durchzuführen, wenn es unter Fehlern litt, die im konkreten Einzelfall potenziell Ergebnisrelevanz hatten.⁶ Dieses Ergebnis deckt sich iÜ mit den in kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren iSd § 160 GWB einschlägigen Grundsätzen: Ein Schaden droht hier schon dann, „wenn der Antragsteller im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte (BGHZ 183, 95 = NZBau 2010, 124 (126) Rn. 32 – Endoskopiesysteme), wenn also die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (BVerfGK 3, 355 = NZBau 2004, 564 (565); Senat 10.2.2021 – VII-Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26).“⁷

b) Kausalitätsfeststellung im Einzelfall

Im Einzelfall ist bzgl. der konkreten Kausalitätsfeststellung zwischen den vorliegenden Rechtsverletzungen zu differenzieren. Der BGH war bislang mit Fällen von Verstößen gegen das Neutralitätsgebot, Fehlgewichtungen im Kriterienkatalog und Auswertungsfehlern befasst.

Wenn einer gemeindlichen Verfahrenshandlung ihre Rechtsfehlerhaftigkeit aufgrund der Art bzw. Schwere des Fehlers nicht „auf die Stirn geschrieben steht“ (so wie es bspw. bei der Zulassung eines offensichtlich nicht geeigneten Bieters am Kon-

zessionswettbewerb oder bei einem gemeindlichen Verstoß gegen das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber der Fall ist, (vgl. hierzu BGH Urt. v. 9.3.2021 – KZR 55/19, „Gasnetz Berlin“ bzw. BGH Urt. v. 12.10.2021 – EnZR 43/20, „Stadt Bargteheide“) ist nach der Konzeption des BGH eine Gesamtwürdigung anzustellen:

„Genügt die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind. Ob ein fehlerhaftes Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insb. die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH Urt. v. 24.10.2011 – KZR 7/10, WuW/E DE-R 3446 Rn. 37 – Grossistenkündigung).“⁸

Dem BGH folgend ist eine Konzessionsvergabe an ein anderes Unternehmen etwa bei einer „geringfügigen Fehlgewichtung im Kriterienkatalog“ nicht möglich, „die ersichtlich keinen Einfluss auf die Platzierung der Bewerber haben konnte“.⁹ Ausschlaggebend ist demnach die Schwere des Verfahrensverstößes.

Geht es um Auswertungsfehler, kann bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung der Anzahl der potenziell fehlerhaft vergebenen Punkte je nach Sachverhaltskonstellation entscheidendes Gewicht zukommen:

„Allerdings leidet die Konzessionsvergabe nach diesen Feststellungen an dem Mangel, dass sich die [Gemeinde] bei der Angebotsbewertung in unzulässiger Weise nicht an die von ihr selbst festgelegten und sie damit für das Konzessionsvergabeverfahren bindenden, eine qualitative Bewertung erfordernden Kriterien gehalten hat. Dieser Bewertungsfehler betrifft insb. die Kriterien Investitionsplan, besondere Maßnahmen für die Versorgungssicherheit, Schadensreaktionszeit, Betriebsstätten und Arbeitsplätze vor Ort sowie drei auf den Umweltschutz bezogene Kriterien, für die in der Bewertungsmatrix jeweils bis zu 50 Punkte vorgesehen waren. Es sind damit jedenfalls 350 von insgesamt 2500 Punkten von dem Mangel bei der Bewertung der Angebote betroffen. Aus einer solchen, von den vorgegebenen Kriterien und ihrer vorgesehenen quantitativen oder qualitativen Beurteilung abweichenden fehlerhaften Bewertung ergibt sich eine unbillige Behinderung eines Mitbewerbers, wenn die Konzessionsvergabe auf dem Bewertungsfehler beruht oder dies zumindest möglich ist.“¹⁰

Aus einer Zusammenschau der BGH-Entscheidungen in Sachen „Stromnetz Berkenthin“ und „Stromnetz Steinbach“ ergibt sich zur Ermittlung der Anzahl potenziell fehlerhaft verbogener Punkte infolge von Auswertungsfehlern folgende Vorgehensweise: Zunächst ist festzustellen, welchem konkreten Kriterium ein Auswertungsfehler zuzuordnen ist und wie viele Punkte für das betroffene Kriterium in der Bewertungsmatrix insgesamt vorgesehen sind. Die Höhe der in dem einschlägigen Kriterium maximal zu verbogenden Punkte stellt die von dem Bewerber

⁴ BGH NVwZ 2014, 816 Rn. 99.

⁵ BGH NVwZ 2014, 816 Rn. 99.

⁶ Höch/Stracke RdE 2012, 159 (162).

⁷ OLG Düsseldorf NZBau 2022, 687 Rn. 59 mwN.

⁸ BGH NVwZ 2014, 812 Rn. 54 f.

⁹ BGH NVwZ 2014, 816 Rn. 99.

¹⁰ BGH BeckRS 2020, 4930 Rn. 19 f.

tungsmangel potenziell betroffenen Punkte dar, die vom Gericht bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung zu berücksichtigen sind. Es ist nicht etwa zu prüfen, wie viele Punkte ein Bewerber aufgrund der Ausführungen im Auswertungsvermerk unter Ausblendung des Auswertungsfehlers noch hätte erreichen können. Im Übrigen ergibt sich aus der „Stromnetz Steinbach“-Entscheidung, dass es sich bei potenziell 350 von 2.500 fehlerhaft vergebenen Punkten (14%) nicht mehr um eine nur „geringfügige Fehlgewichtung im Kriterienkatalog“ bzw. um „eine nur geringfügige Fehlbewertung“¹¹ handelt. Schon wenn potenziell bis zu 14% der vergebenen Punkte von einem Mangel betroffen sind, hält der BGH also eine andere Bieterreihenfolge zumindest für möglich.

2. Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast

Dem soeben dargestellten Regel-/Ausnahme-Verhältnis des BGH folgt auch die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess. Dies lässt sich bereits den allg. zivilprozessualen Grundsätzen entnehmen, wurde vom BGH in seiner Entscheidung in Sachen „Stromnetz Steinbach“ aber auch ausdrücklich so festgestellt.

Nach allg. zivilprozessualen Grundsätzen trägt die klagende Partei die Darlegungs- und Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen, während die beklagte Partei diejenigen Tatsachen vortragen und beweisen muss, aus denen sich rechthindernde oder -vernichtende Einwendungen bzw. rechthemmende Einreden ergeben sollen. Wendet eine Klägerin in einem Rechtsstreit um ein Konzessionierungsverfahren die Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung und daran anknüpfend eine mögliche andere Bieterreihenfolge ein, trägt sie für die Voraussetzungen dieser für sie günstigen Tatsache die Darlegungs- und Beweislast:

„Sind die Angebote jedoch, wie im Streitfall, fehlerhaft bewertet worden, kommt es nicht auf mögliche andere Angebote, sondern nur darauf an, inwiefern sich festgestellte Bewertungsfehler auf das Ergebnis der Angebotsbewertung und die sich daraus ergebende Rangfolge der Bieter ausgewirkt haben. Zwar genügt es, wenn eine solche Auswirkung unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht ausgeschlossen werden kann. Dass es sich so verhält, es mithin zumindest möglich ist, dass der unterlegene Bieter durch den Abschluss des Konzessionsvertrages unbillig behindert oder diskriminiert wird, hat aber derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrages beruft.“¹²

Die eine Auswahlentscheidung angreifende Klägerin trägt demnach die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine andere Bieterreihenfolge nicht ausgeschlossen werden kann, eine solche also zumindest möglich erscheint, was nach dem Regel-/Ausnahme-Verhältnis des BGH aber die Regel darstellt. Die Klägerin muss demnach lediglich darlegen und beweisen, dass die Auswahlentscheidung fehlerhaft ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist idR „zugleich“ eine unbillige Behinderung iSd § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und somit auch ein Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1, 2 GWB gegeben. Im Gegensatz hierzu obliegt es einer die Auswahlentscheidung verteidigenden Beklagten, die für sie günstigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen. Das wäre nach der Systematik des BGH die oben beschriebene Ausnahme. Aus dem Beklagtenvortrag muss sich also ergeben, dass zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens ausnahmsweise nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann.

Fraglich ist, ob diese Grundsätze sich auch in den von der Instanzenrechtsprechung entwickelten Vorgehensweisen zur Kausalitätsprüfung wiederfinden.

III. Kausalitätsprüfung nach der Instanzenrechtsprechung

Im Rahmen des Rüge- und Prälusionsregimes des § 47 EnWG hat das OLG Koblenz mit Urteil v. 12.9.2019¹³ als erstes Gericht Kausalitätsbetrachtungen im Zusammenhang mit der Überprüfung einer Auswahlentscheidung angestellt. Seither stehen Kausalitätsfragen regelmäßig im Blickpunkt (Instanz-)gerichtlicher Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG.¹⁴ Es haben sich in der Instanzenrechtsprechung zwei Ansätze entwickelt, mit denen versucht wird, die Überlegungen des BGH zu einer Gesamtwürdigung in Verfahren umzusetzen, die die Kontrolle einer Auswahlentscheidung gem. § 46 Abs. 4, § 47 Abs. 2 S. 3 iVm Abs. 5 EnWG zum Gegenstand haben.

Die meisten Instanzengerichte wenden bei der Feststellung der Ergebnisrelevanz eines Auswertungsfehlers die sog. „Bestbewertungsmethode“ an, bei der ermittelt wird, wie das Punkteverhältnis bei Ausblendung der jeweils festgestellten Rechtsverletzungen bestenfalls (nicht ausschließbar) zugunsten des unterlegenen Bieters ausfallen könnte.¹⁵ Die hypothetische Punktevergabe der Gemeinden sei hierbei aus den Beurteilungserwägungen des Auswertungsvermerks abzuleiten und zu entwickeln, da sich aus diesem Aspekten ergäben, welche die Gemeinde bei ihrer Bewertung herangezogen hätte.¹⁶ Sofern auch unter Beachtung der festgestellten Bewertungsfehler ein Punkteabstand zugunsten des obsiegenden Bieters verbleibt, soll die fehlerhafte Auswahlentscheidung nicht aufzuheben und der einstweilige Verfügungsantrag unbegründet sein. Eine Aufhebung sei nur dann auszusprechen, wenn die fiktive Punktevergabe zu einer anderen Bieterreihenfolge führt. Dem gegenüber steht eine vom KG angewendete Methode. Um zu gewährleisten, dass die gerichtlich festgestellte Fehlerfolge fiktiv bleibe, geht bei dieser Herangehensweise ein fehlerhaft zu gut bewertetes Angebot hilfsweise mit null Punkten in die Gesamtwürdigung ein und ein fehlerhaft zu schlecht bewertetes mit der Höchstpunktzahl.¹⁷ Wie auch bei der „Bestbewertungsmethode“ hängt die Begründetheit des einstweiligen Verfügungsantrags entscheidend davon ab, ob die fiktive Punktevergabe im Ergebnis zu einer anderen Bieterreihenfolge führt.

Die beiden Methoden können bei der Beurteilung von Auswertungsfehlern zu erheblich unterschiedlichen Ergebnissen führen und damit ggf. auch einen unterschiedlichen prozessualen Ausgang zur Folge haben. Liegen bspw. bei einem Auswahlkriterium „Reaktionszeiten“, bei dem die vermeintlich kürzeren Zeitangaben des einen Bieters (20 min) seitens der Gemeinde mit 10 von 10 gegenüber 8 von 10 Punkten für den mit ihm konkurrierenden Bieter (24 min) honoriert wurden, Rechenfehler vor und sind tatsächlich Reaktionszeiten von 22 zu 18 Minuten zugunsten des bislang unterlegenen Bieters zu unterstellen, führt die Korrektur nach der „Bestbewertungsmethode“ zu einem Punktestand von 8 zu 10 Punkten zugunsten des vormals

¹¹ KG Berlin BeckRS 2020, 27566 Rn. 479.

¹² BGH BeckRS 2020, 4930 Rn. 24.

¹³ OLG Koblenz BeckRS 2019, 29906.

¹⁴ Meyer-Hetling/Bitzhöfer EnWG 2023, 109 (114) mwN.

¹⁵ Vgl. OLG Dresden BeckRS 2021, 58563; so auch OLG Koblenz BeckRS 2019, 29906 Rn. 28 ff.; OLG Schleswig BeckRS 2020, 41418 Rn. 135 ff.; OLG Celle BeckRS 2022, 18237 Rn. 65f.

¹⁶ OLG Schleswig BeckRS 2020, 41418 Rn. 136.

¹⁷ KG Berlin BeckRS 2020, 27566 Rn. 276.

unterlegenen Bieters. Nach der Vorgehensweise des KG lautet das Ergebnis zulasten des bisher überlegenen Bieters hingegen 0 zu 10 Punkte. Bei konkret vorgegebenen und zugleich objektiv voll nachprüfbareren Auswahlkriterien wie dem der Reaktionszeiten mag die „Bestbewertungsmethode“ – zumindest bei tatsächlicher Betrachtung – noch zu objektiv nachvollziehbaren Ergebnissen führen. Gänzlich anders liegt der Fall indes bei Kriterien des sog. Konzept- und Ideenwettbewerbs: Hier sehen die Gemeinden von der Festlegung einzelner, konkreter Maßnahmen ab und geben lediglich ein bestimmtes Leistungsziel oder bestimmte Anforderungen vor, wodurch innovative Angebotsinhalte ermöglicht werden sollen. Wenn eine Gemeinde bspw. bei Kriterien wie „Störungsbeseitigung“, „Ungefährlichkeit des Netzbetriebs“ oder „Verbraucherfreundlichkeit“ ein Konzept erwartet, welches eine möglichst zielgerechte Strom- oder Gasversorgung im Konzessionsgebiet gewährleisten soll und sodann das aus ihrer Sicht bessere Konzept mit der Höchstpunktzahl bewertet, ist völlig unklar, wie die Gemeinde bei Ausblendung eines gerichtlich festgestellten Auswertungsfehlers tatsächlich entschieden hätte. Die Vergabe eines konkreten Punktwertes durch das Gericht erscheint in Anbetracht der Uferlosigkeit solcher Kriterien und der Vielschichtigkeit der aus den Angeboten gegenüberzustellenden Einzelaspekte unmöglich. Diese Beispiele verdeutlichen die praktische Relevanz der Frage, ob die jeweiligen Methoden sowohl mit den vom BGH entwickelten Grundsätzen als auch mit höherrangigem Recht vereinbar sind.

IV. Vereinbarkeit der in der Instanzenrechtsprechung für Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG entwickelten Ansätze mit den BGH-Grundsätzen sowie höherrangigem Recht

In den nach § 47 Abs. 5 EnWG für die Überprüfung von Auswahlentscheidungen angeordneten einstweiligen Verfügungsverfahren stützen sich die Instanzengerichte bzgl. der von ihnen entwickelten Methoden zur Feststellung der Ergebnisrelevanz von Auswertungsfehlern zwar argumentativ auf die Rspr. des BGH. Allerdings werden diese Grundsätze je nach Methode teilw. („KG-Betrachtung“) bzw. vollständig („Bestbewertungsmethode“) verkannt. Die „Bestbewertungsmethode“ verkehrt die BGH-Grundsätze dabei sogar in ihr Gegenteil. Darüber hinaus verletzen die von der Instanzenrechtsprechung entwickelten Methoden – im Gegensatz zur höchstrichterlichen Vorgehensweise – den Gewaltenteilungsgrundsatz und somit höherrangiges (Verfassungs-)Recht.

1. „Bestbewertungsmethode“

Die „Bestbewertungsmethode“ ist nicht mit den BGH-Grundsätzen zur Feststellung kausaler Verfahrensverstöße vereinbar. Diese fiktive Bewertungsmethode verkehrt das Regel-/Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil und stellt im Ergebnis eine Bewertung durch die Gerichte dar.

Nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen sind idR keine Kausalitätsbetrachtungen anzustellen, da jeder Verfahrensfehler zugleich auch eine unbillige Behinderung iSd § 19 Abs. 2 GWB darstellt, die wiederum die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs nach § 33 Abs. 1, 2 GWB erfüllt. Nur im Ausnahmefall geringfügiger Fehler ist im Sinne einer Billigkeitskontrolle zu fragen, ob nicht ausgeschlossen ist, dass sich die fest-

gestellten Verfahrensfehler auf das Ergebnis ausgewirkt haben könnten.

Im Gegenteil dazu ist nach der „Bestbewertungsmethode“ die vom BGH regelhaft angenommene Relevanz eines Fehlers über ein von den Gerichten fiktiv ermitteltes Punkteverhältnis positiv festzustellen. Um bestimmen zu können, „welche Beurteilung der Bieter ohne den Beurteilungsfehler bestenfalls (nicht ausschließbar) hätte erreichen können ...“, ist aus den Beurteilungserwägungen des Auswertungsvermerks im Übrigen abzuleiten und zu entwickeln.¹⁸ Sofern die Gerichte die gemeindliche Punktevergabe als unzutreffend erachten, vergeben sie anhand dieses Vorgehens und „unter Beachtung des Bewertungsspielraums der Gemeinde“¹⁹ für jedes strittige Kriterium eine neue Punktzahl. Nur wenn sich aufgrund der von den Gerichten fiktiv ermittelten Punkte eine andere Bieterreihenfolge ergibt, ist ein Antrag nach § 47 Abs. 5 EnWG begründet. Diese Vorgehensweise stellt insofern eine Umkehr der vom BGH entwickelten Grundsätze dar.

Darüber hinaus stellt die „Bestbewertungsmethode“ einen Verstoß gegen den in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verankerten Gewaltenteilungsgrundsatz dar. Obgleich die Gerichte idR zunächst noch feststellen, „dass es nicht Aufgabe des Gerichtes sein kann, seine Bewertung an die Stelle derjenigen der Vergabestelle zu setzen“²⁰, machen sie genau das und ersetzen die Bewertung der zur Entscheidung berufenen Exekutive durch eine eigene.²¹ In Ermessens- und Beurteilungsfällen besteht die Aufgabe der Judikatur lediglich in einer Prüfung, ob die Gemeinden die gesetzlichen Grenzen des ihnen eingeräumten Beurteilungsspielraums bzw. Ermessens überschritten oder aber von diesen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht haben. Die Letztentscheidungskompetenz verbleibt jedoch grds. bei der zur Entscheidung berufenen fachkundigen Stelle.²² Gerichte verfügen idR weder über ausreichend eigene (energiwirtschaftliche) Fachkunde, noch haben sie in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Möglichkeit, Sachverständigengutachten einzuholen, wodurch eine vom Gericht vorgenommene Angebotsbewertung in solchen Fällen von vornherein als unsachgerechte Bewertung einer nicht fachkundigen Stelle anzusehen ist.

Überall dort, wo der Verwaltung auf Tatbestandsseite ein Beurteilungsspielraum oder auf Rechtsfolgenseite Ermessen eingeräumt ist, ist die gerichtliche Kontrolle auf die Prüfung etwaiger Beurteilungs- bzw. Ermessensfehler beschränkt; niemals „darf ein Gericht eigenes Ermessen ausüben oder sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Behörde setzen (nur Ermessenskontrolle, keine Ermessensausübung)“.²³ Mit Blick auf den gerichtlichen Prüfungsmaßstab macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob – wie bei gemeindlichen Konzessionsauswahlentscheidungen – eine Beurteilungsentscheidung oder aber eine Ermessensentscheidung in Streit steht. In beiden Fällen ist die gerichtliche Kontrolle gleichermaßen im Sinne einer nachvollziehenden Prüfung bzw. Vertretbarkeitskontrolle auf bestimmte, gleichlautende Prüfungsschritte beschränkt.²⁴ Das OLG Karlsruhe spricht insoweit sogar von einem „Beurteilungs-/Bewertungs-/Entscheidungs-/Ermessensspielraum“ der konzessionie-

¹⁸ OLG Schleswig BeckRS 2020, 41418 Rn. 136.

¹⁹ OLG Schleswig BeckRS 2020, 41418 Ls. 5.

²⁰ OLG Schleswig BeckRS 2020, 41418 Rn. 107.

²¹ Vgl. hierzu bspw. OLG Schleswig BeckRS 2020, 41418 Rn. 142 ff., 162 ff., 190, 194 ff., 233 ff., 283 ff., 296 ff.

²² BVerfGNJW 1991, 2005 (2007).

²³ BeckOK VwGO/Decker, 65. Ed. 1.4.2023, VwGO § 114 Rn. 26.

²⁴ Sodan/Ziekow, VwGO/Wolff, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 351.

renden Gemeinden.²⁵ In sämtlichen Fällen gilt jedenfalls: Hat eine Behörde eine Beurteilungs- oder Ermessensentscheidung zu treffen, „gibt es „mehrere“ richtige Entscheidungen und die Verwaltung darf eine von ihnen wählen, während die Gerichte nur prüfen dürfen, ob eine Entscheidung gefällt wurde, die außerhalb dieser Wahlmöglichkeiten liegt.“²⁶

Bei der „Bestbewertungsmethode“ gehen die Gerichte hierüber hinaus, indem sie in Form der Punktevergabe eigene Beurteilungen vornehmen, statt lediglich festzustellen, dass eine außerhalb der gemeindlichen Wahlmöglichkeiten liegende (Bewertungs-)Entscheidung getroffen wurde. Diese Vorgehensweise ist weder mit dem geltenden (Verfassungs-)Recht noch mit dem von der Instanzenrechtsprechung rechtsfehlerfrei definierten gerichtlichen Überprüfungsmaßstab zu Konzessionsvergaberechtsstreitigkeiten vereinbar.

Diese für Streitigkeiten vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Norm des § 114 S. 1 VwGO kodifizierten Grundsätze, welche je nach Sichtweise in Beurteilungsfällen unmittelbar, analog oder zumindest sinngemäß²⁷ angewandt werden, gelten in Konzessionsvergaberechtsstreitigkeiten nach § 46 EnWG vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit gleichermaßen. Zum einen handelt es sich bei § 114 S. 1 VwGO lediglich um eine einfachgesetzliche Konkretisierung des Gewaltenteilungsgrundsatzes nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.²⁸ Zum anderen gilt § 40 VwVfG als materiell-rechtliche Kehrseite zur prozessrechtlichen Bestimmung des § 114 VwGO zumindest in analoger Anwendung auch im Verwaltungsprivatrecht.²⁹ Nichts anderes kann gelten, wenn eine spezialgesetzliche Zuständigkeit der Zivilgerichte besteht. Die ordentliche Gerichtsbarkeit ist demnach bei der Überprüfung einer gemeindlichen Auswahlentscheidung nach § 46 Abs. 4 EnWG auch ohne eine dem § 114 S. 1 VwGO vergleichbare zivilprozessuale Regelung an die sich aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz ergebenden prozessualen Grundsätze gebunden.

2. Beurteilung nach KG

Die „KG-Betrachtung“ wurde vom KG als Fortentwicklung der vom BGH aufgestellten Grundsätze entwickelt. Das KG hat sich der Beurteilung des Regel-/Ausnahme-Verhältnisses im Ergebnis angeschlossen. Nachdem es in einer Entscheidung vom 24.9.2020 zunächst den oben zitierten BGH-Grundsatz wiederholt, beschreibt es diesen iF als „regelhaft angenommene Kausalität“³⁰:

„Gerade weil eine „richtige“ Bewertung durch das Gericht aber nicht möglich ist, kann ein zu positiv bewertetes Angebot für die Frage der Kontrollerwägung fiktiv mit 0 Punkten bewertet werden, während die Auswirkungen ungerechtfertigter Abwertungen durch fiktive Gleichstellung der Angebote im jeweiligen Kriterium erfasst werden können.“³¹

Zumindest die fiktive Bewertung eines Angebots mit 0 Punkten kommt der Vorgehensweise des BGH am nächsten, wenngleich die Methode mit Blick auf die fiktive Gleichstellung das Regel-/Ausnahme-Prinzip des BGH nicht hinreichend abbildet. Das KG nimmt – anders als der BGH – damit immer noch eine eigene Bewertung vor.

Im Einklang mit den vom BGH entwickelten Grundsätzen und der Gesetzesbegründung stehen aber die iRd KG-Methode bestehenden Anforderungen an die Darlegungs- und Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast. Ein unterlegener Bieter muss hier „lediglich“ konkret gerügte rechtswidrige Verfahrenshandlungen darlegen und glaubhaft machen. Kommt das Gericht zu der Einschätzung, dass ein Verfahrensverstöß aufgrund des Rüge-

vortrags als begründet anzusehen ist, nimmt es im nächsten Schritt eine Kontrollerwägung zur Kausalität vor, der keinen weiteren Prozessvortrag erfordert:

„Nachdem das Gericht seine Bewertung nicht an die Stelle derjenigen der Vergabestelle setzen darf, kann für die Kontrollerwägung zur Kausalität nur davon ausgegangen werden, dass das Angebot des LHO-Betriebes im Konzept mit 0 Punkten zu bewerten ist.“³²

In einem letzten Schritt ist vom Gericht zu prüfen, ob nicht ausgeschlossen ist, dass die positiv festgestellten Verfahrensverstöße in ihrer Summe einen Einfluss auf die Vergabeentscheidung gehabt haben könnten. Bei korrekter Anwendung der vom BGH aufgestellten Grundsätze wäre dies lediglich bei „eine[r] nur geringfügige[n] Fehlbewertung, die ersichtlich keinen Einfluss auf die Platzierung der Bewerber haben konnte“³³ ausnahmsweise der Fall. Im Gegensatz zur „Bestbewertungsmethode“ zeichnet sich die KG-Betrachtung insofern dadurch aus, dass gerade nicht versucht wird zu ergründen, wie die zur Entscheidung berufene Exekutive im konkreten Einzelfall womöglich entschieden hätte. Die Methode beschränkt sich iW in einer Prüfung darüber, ob die Verwaltung eine außerhalb ihrer Wahlmöglichkeiten liegende Entscheidung getroffen hat.

3. Ergebnis: Keine Kausalitätsprüfung in Rügeverfahren nach § 47 EnWG

Im Ergebnis ist keine der beiden bislang in der Instanzenrechtsprechung angewandten Methoden vollständig mit den Vorgaben des BGH vereinbar. Tatsächlich ergibt sich gerade auch unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber gem. § 47 Abs. 5 EnWG angeordneten einstweiligen Verfügungsverfahrens nach §§ 935 ff. ZPO verfolgten Zwecks, dass in solchen Verfahren überhaupt keine Kausalitätsbetrachtungen vorzunehmen sind. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung iSv § 47 Abs. 5 EnWG ist nach der Intention des Gesetzgebers bereits begründet, wenn das Gericht Rechtsverletzungen positiv feststellt. Jeder Fehler – unabhängig davon, ob er für eine (bevorstehende) (Konzessions-)Vergabeentscheidung kausal sein könnte – erfordert im Grundsatz die Rückverweisung an die Gemeinde.

Nur dieses Verständnis ist mit dem Sinn und Zweck eines Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG vereinbar. Das Verfahren ist einzig darauf gerichtet, „konkret gerügte Verfahrenshandlung [en] auf[zuh]eben und durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung [zu] ersetz[en]“³⁴. Allenfalls in besonders gelagerten Einzelfällen erscheint es im Sinne einer Billigkeitskontrolle denkbar, von einer Zurückverweisung der Auswahlentscheidung an die Gemeinde abzusehen („Gesamtwürdigung“).

Sinn und Zweck des Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG ist es sowohl nach der Gesetzesbegründung als auch nach allg. Rechtsgrundsätzen, Entscheidungen der Gemeinden zu überprüfen und ggf. rechtswidrige Handlungen durch rechtmäßige

²⁵ OLG Karlsruhe EWeRK 2020, 34 (39).

²⁶ Sodan/Ziekow, VwGO/Wolff, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 59.

²⁷ Siehe Nachweise hierzu: Sodan/Ziekow, VwGO/Wolff § 114 Rn. 39.

²⁸ BeckOK VwGO/Decker, 65. Ed. 1.4.2023, VwGO § 114 Rn. 26.

²⁹ Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG/Aschke, 59. Edition, Stand 1.1.2023, § 40 Rn. 1.

³⁰ KG Berlin BeckRS 2020, 27566 Rn. 276.

³¹ KG Berlin BeckRS 2020, 27566 Rn. 276.

³² KG Berlin BeckRS 2020, 27566 Rn. 326.

³³ KG Berlin BeckRS 2020, 27566 Rn. 479.

³⁴ BT-Drs. 18/8184, 17.

zu ersetzen mit dem Ziel, „das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe [...] der Verteilernetze eindeutig und rechtssicher zu regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang zu verbessern“³⁵. Die „zur Stärkung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz [...] im Gesetz verankert[e]“ Präklusionsvorschrift sieht „eine Pflicht der beteiligten Unternehmen [vor], auch im laufenden Verfahren aktiv auf die Vermeidung und Ausräumung von Rechtsfehlern hinzuwirken.“³⁶

Jede der in § 47 Abs. 2 EnWG genannten Mitteilungen löst eine Frist aus, binnen derer die Bieter etwaige Rechtsverletzungen in der jeweiligen Phase gegenüber der Gemeinde rügen müssen. Die Gemeinde muss die erhobenen Rügen prüfen und hilft diesen ggf. ab. Sie muss sich hierbei mit jeder erhobenen Rüge auseinandersetzen und nicht etwa nur dann aktiv werden, wenn den erhobenen Rügen potenziell schwerwiegende Verfahrensfehler zugrunde liegen oder wenn – im Fall von Rügen nach einer Auswahlentscheidung – die gerügten Verfahrensfehler einen Einfluss auf die Vergabeentscheidung haben könnten.

Diese Pflicht ergibt sich bereits aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung: Hiernach ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Die Rechtsbindung „bezieht sich auf alle Handlungsformen der Verwaltung. Liegt ein Rechtsverstoß vor, führt dieser zur Unwirksamkeit des fraglichen Rechtsakts und einem korrespondierenden Folgenbeseitigungsanspruch des Betroffenen.“³⁷ Bei der Regelung des § 47 Abs. 5 EnWG handelt es sich im Ergebnis um nichts anderes als eine einfachgesetzliche Konkretisierung dessen. Dieser verfassungsrechtliche Anspruch unterliegt grds. keinen Beschränkungen. Vielmehr hat der Betroffene einen bedingungslosen Anspruch auf eine rechtmäßige Vergabeentscheidung. In diesem Sinne hat sich in der Instanzenrechtsprechung manifestiert, dass der „Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gem. § 47 Abs. 5 S. 2 EnWG [...] eine umfassende gerichtliche Kontrolle jeder zulässig und wirksamen erhobenen Rüge“³⁸ bewirkt.

Sofern die Gemeinde einer Rüge nicht abhilft, muss der Rügende „vor den ordentlichen Gerichten eine einstweilige Verfügung beantragen, um entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragsschluss nach § 46 Abs. 2 EnWG zu verhindern, bevor nicht die konkret gerügte rechtswidrige Verfahrenshandlung aufgehoben und durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung ersetzt wurde.“³⁹ Diese in § 47 Abs. 5 EnWG geregelte letzte Stufe des Präklusionsregimes stellt sicher, dass die gemeindliche Entscheidung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit auf ihre Rechtmäßigkeit untersucht werden kann (und muss):

„Dies bedeutet für die Prüfung des Senats gleichwohl nicht, dass in Auseinandersetzung mit den Rügen nur mehr dasjenige als rechtsfehlerhaft zu beanstanden sei, was als offensichtlich bewertungsfehlerhaft ins Auge springe. Dies würde das in § 47 Abs. 1 EnWG besonders hervorgehobene Recht der Klägerin auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren in unstatthafter Weise verkürzen. Gerade wenn der Ausschreibende ein Ausschreibungskonzept wählt, das besonders anfällig für ergebnisorientierte Entscheidungen ist (vgl. OLG Brandenburg Urt. v. 19.7.2016 – Kart U 1/15, EWeRK 2016, 325, Rn. 64 nach

juris), erfordert die Verwirklichung dieser Verfahrensrechte eine Nachprüfung auch der Notenvergabe, soweit dies eben jeweils ohne Verletzung des der Gemeinde eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich ist.“⁴⁰

V. Fazit

Nach der BGH-Rspr. zur Kausalität von Verfahrensverstößen auf die Konzessionsvergabeentscheidung nach § 46 Abs. 4 EnWG stellt die Ergebnisrelevanz eines Verfahrensfehlers die Regel dar. Anders als im Schadensrecht oder aber auch bei der Strafbarkeitsprüfung vollendeter Begehungsdelikte ist nach der Feststellung eines Verfahrensfehlers nicht iSd Äquivalenztheorie regelhaft danach zu fragen, ob der Fehler hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen. Vielmehr reicht es bereits aus, dass die Konzessionsvergabe an einen anderen Bieter lediglich möglich erscheint. Dies ist nur ausnahmsweise nicht der Fall, wenn der Verfahrensfehler mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keinen Einfluss auf die Auswahlentscheidung gehabt haben kann. Die von der Instanzenrechtsprechung insoweit angewandten und mit den BGH-Grundsätzen (je nach Methode mehr oder weniger stark) kollidierenden fiktiven Bewertungsmethoden der Instanzengerichte sind zur Kausalitätsprüfung aus mehreren Gründen ungeeignet. Zum einen dürfen Gerichte nicht an Stelle der Gemeinden entscheiden. Zum anderen können sie den gemeindlichen Auswahlprozess aber auch nicht in allen Einzelheiten nachvollziehen, sodass sich eine von Gerichten vorgenommene – wenn auch fiktive – Punktevergabe von vornherein verbietet.

Ausdrücklich wurde die Frage, ob es in Verfahren nach § 47 EnWG überhaupt auf die Kausalität von Verfahrensverstößen ankommt, noch keiner höchstrichterlichen Klärung zugeführt. Eine entsprechende BGH-Entscheidung wäre überaus wünschenswert, dürfte jedoch noch auf sich warten lassen. Hier zeigt sich eine Schwachstelle des geltenden Rechtsrahmens und der durch den Gesetzgeber über § 47 Abs. 5 EnWG zwingend vorgeschriebenen Beschreitung des Weges eines einstweiligen Verfügungsverfahrens. Gemäß § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO findet gegen einstweilige Verfügungen keine Revision zum BGH statt. Dies hat zur Folge, dass kaum – oder erst zeitlich (zu) lange nachgelagert – höchstrichterliche Rspr. zu vielen Streitfragen erfolgt.⁴¹ Es wird daher auch weiterhin ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit bestehen.

Anm. d. Redaktion

Zu dieser Thematik vgl. auch Meyer-Hetling/Bitzhöfer EnWZ 2023, 109 ff.; LG München EnWZ 2022, 287; Meyer-Hetling/Spengler EnWZ 2019, 399 ff.

³⁵ BT-Drs. 18/8184, 1.

³⁶ BT-Drs. 18/8184, 16.

³⁷ BeckOK Grundgesetz, Art. 20 GG/Rux Rn. 170, 55. Edition, Stand: 15.5.2023.

³⁸ OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 25942 Ls. 1; ebenso KG Berlin EnWZ 2019, 76, Ls. 3, Rn. 52.

³⁹ BT-Drs. 18/8184, 17.

⁴⁰ KG Berlin BeckRS 2020, 27566 Rn. 274.

⁴¹ Vgl. hierzu auch Meyer-Hetling/Bitzhöfer EnWZ 2023, 109 (114).