Oberlandesgericht Düsseldorf, 27 U 3/20

Datum:	04.11.2020
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	27. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	27 U 3/20
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2020:1104.27U3.20.00

Tenor:

Die Berufungen der Verfügungsbeklagten und der Nebenintervenientin gegen das am 18.12.2019 verkündete Urteil der I. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund (10 O 52/19 [EnW]) werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Hauptsachetenor des landgerichtlichen Urteils anstelle der bisherigen Formulierung wie folgt lautet:

Der Verfügungsbeklagten wird es im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, mit der Stadtwerke D GmbH auf Grundlage des Beschlusses des Stadtrats D vom 26.09.2019 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes der allgemeinen Versorgung („Stromkonzessionsvertrag“) für das Stadtgebiet D abzuschließen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Verfügungsbeklagte zu tragen. Die Nebenintervenientin hat ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen.

G r ü n d e

1

I.

2

Die Verfügungsbeklagte machte mit Anzeige im Bundesanzeiger vom 21.12.2017 (Anlage Ast 01) das Auslaufen eines bestehenden Stromnetzkonzessionsvertrags zum 31.12.2019 bekannt. An dem sich anschließenden Verfahren um die Vergabe der Stromnetzkonzession ab dem 01.01.2020 beteiligten sich unter anderem die Verfügungsbeklagte und die Nebenintervenientin, an der die Verfügungsbeklagte zu 50,1 % und die H AG zu 49,9 % beteiligt sind.

3

Im 1. Verfahrensbrief vom 24.01.2019 teilte die Verfügungsbeklagte den am Verfahren beteiligten Unternehmen Folgendes mit: 4

„IV. Formalia […] 5

2) Die Angebote sind jeweils einzureichen: […] 6

c. eine weitere elektronische Version, in der sämtliche nach Auffassung des Bieters in den Unterlagen enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschwärzt sind (diese Version findet Eingang in eine elektronische Vergabeakte, die zu einem späteren Zeitpunkt Gegenstand eines Akteneinsichtsgesuchs sein kann) […] 7

3) Die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bieter gemäß § 47 Abs. 3 S. 3 EnWG werden durch die vorbenannte Aufforderung (gemäß B.IV.2)c.), eine Schwärzung dieser Geheimnisse vorzunehmen, gewahrt. Die „geschwärzte Version“ der Unterlagen wird in einer elektronischen Vergabeakte geführt, die im Falle eines Akteneinsichtsverlangens nach § 47 Abs. 3 EnWG dem jeweiligen Antragsteller zur Verfügung gestellt wird. Die Kommune oder die verfahrensleitende Stelle selbst werden keine Schwärzungen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vornehmen.“ 8

Mit Schreiben vom 30.09.2019 (Anlage Ast 04) teilte die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Nebenintervenientin zu erteilen, deren Angebot 9,67 von 10 Punkten erreicht habe, während das Angebot der Verfügungsklägerin mit 7,65 von 10 Punkten bewertet worden sei. Wegen der Einzelheiten der weiteren mitgeteilten Informationen wird auf den Inhalt des Schreibens Bezug genommen. 9

Die Verfügungsklägerin stellte unter dem 02.10.2019 einen Akteneinsichtsantrag (Bl. 604 GA) bei der Verfügungsbeklagten, woraufhin diese, weil noch ein weiteres Unternehmen um Akteneinsicht nachgesucht hatte, die Verfügungsklägerin zunächst bat, bestimmte Unterlagen daraufhin durchzusehen, ob Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu schwärzen seien. Die Verfügungsklägerin erklärte mit Schreiben vom 29.10.2019, auf Schwärzungen zu verzichten. Mit einem Schreiben vom 19.11.2019 (Anlage Ast 07) gewährte die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin Akteneinsicht durch Bereitstellung eines Links auf die elektronische Vergabeakte. 10

In der elektronischen Vergabeakte war das Angebot der Nebenintervenientin (Anlage Ast 08) für die Verfügungsklägerin nur weitgehend geschwärzt einzusehen. Auch die Bewertungsmatrix beziehungsweise der Auswertungsvermerk der Verfügungsbeklagten (Anlage Ast 09) enthielt in dem das Angebot der Nebenintervenientin bewertenden Teil umfangreiche Schwärzungen. Wegen deren Umfangs in den beiden Dokumenten wird auf die genannten Anlagen verwiesen. 11

Die Verfügungsklägerin forderte die Verfügungsbeklagte mit Schreiben vom 25.11.2019 (Anlage Ast 10) auf, ihr sowohl ein vollständig ungeschwärztes Angebot der Nebenintervenientin als auch einen vollständig ungeschwärzten Auswertungsvermerk zur Verfügung zu stellen. Ein Anspruch hierauf ergebe sich aus § 47 Abs. 3 EnWG. Sollte die Verfügungsbeklagte hierzu nicht bereit sein, solle sie dies bis zum 27.11.2019 mitteilen, ebenso, dass die Rügefrist des § 47 Abs. 2 Satz 3 und 4 EnWG erst mit der Übermittlung der Daten zu laufen beginne. 12

13

Mit einem Schreiben vom 27.11.2019 (Anlage Ast 11), auf dessen Einzelheiten Bezug genommen wird, wies die Verfügungsbeklagte das Begehren der Verfügungsklägerin zurück.

Mit Schriftsatz vom 27.11.2019 hat die Verfügungsklägerin beim Landgericht Dortmund den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Verfügungsbeklagte beantragt. Damit hat sie geltend gemacht, dass ihr gegen die Verfügungsbeklagte ein Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB i. V. m. § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB, § 46 EnWG zustehe. Die Verfügungsbeklagte habe gegen das Transparenzgebot verstoßen und sie dadurch im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB unbillig behindert, indem sie ihr entgegen § 47 Abs. 3 EnWG keine vollständige Akteneinsicht zur Wahrnehmung ihrer Rechte aus § 47 Abs. 2 und 5 EnWG gewährt habe. Dem unterlegenen Bewerber werde mit § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG ein unbeschränktes Akteneinsichtsrecht zugebilligt. Dieses umfasse sowohl die Einsicht in den ungeschwärzten Aktenvermerk betreffend das Angebot des obsiegenden Bieters als auch die Einsicht in das ungeschwärzte Angebot des obsiegenden Bieters selbst. In dem von der Verfügungsbeklagten zur Verfügung gestellten Auswertungsvermerk seien wesentliche Teile, die das Angebot der Nebenintervenientin betreffen, geschwärzt, so dass nicht nachvollziehbar sei, ob sich die Bewertungen der Verfügungsbeklagten innerhalb des ihr eröffneten Beurteilungsspielraums hielten. Der ihr zustehende Anspruch auf Akteneinsicht entfalle auch nicht durch den pauschalen Hinweis auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Solche seien hier nicht substantiiert vorgetragen worden. Zudem sei eine Abwägung zwischen dem Interesse auf Akteneinsicht und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorzunehmen. Das Mitteilungsschreiben der Verfügungsbeklagten vom 30.09.2019 erfülle den Akteneinsichtsanspruch nicht, weil die Auswahlentscheidung aus den darin mitgeteilten Informationen nicht nachvollziehbar sei. Ein Verfügungsgrund ergebe sich aus dem drohenden Vertragsschluss. 14

Die Verfügungsklägerin hat beantragt, 15

es der Verfügungsbeklagten unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monate, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monate, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung von bis zu 2 Jahren, jeweils zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, zu untersagen, mit der Nebenintervenientin auf Basis des Beschlusses des Stadtrats von D vom 26.09.2019 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes der allgemeinen Versorgung („Stromkonzessionsvertrag“) für das Stadtgebiet D für die Zeit ab dem 01.01.2020 oder ab einem anderen Zeitpunkt abzuschließen. 16

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt, 17

den Antrag zurückzuweisen. 18

Sie hat den Antrag für unzulässig und unbegründet gehalten. Der von der Verfügungsklägerin gestellte Antrag sei nicht hinreichend bestimmt und gehe zu weit. Die Verfügungsklägerin habe allenfalls einen Anspruch auf die Feststellung, dass sie noch keine hinreichende Akteneinsicht erhalten habe. Der Verfügungsklägerin fehle auch das Rechtsschutzbedürfnis, weil sie noch gar keine inhaltlichen Rügen erhoben habe. Die von der Verfügungsklägerin begehrte Akteneinsicht sei dieser mit dem Schreiben vom 19.11.2019 im Übrigen gewährt worden. Ein Anspruch auf Übersendung eines vollständig ungeschwärzten Angebots der Nebenintervenientin und eines ungeschwärzten Auswertungsvermerks bestehe nicht. Die Nebenintervenientin habe dargetan, dass es sich bei den Schwärzungen um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele. Aus dem 1. Verfahrensbrief hätten die Bieter entnehmen können, dass die übrigen Bieter entsprechende Schwärzungen vornehmen würden. Eine 19

Beurteilung, bei welchen Informationen es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele, sei ihr, der Verfügungsbeklagten, nicht möglich.

Die Verfügungsbeklagte hat die Nebenintervenientin mit Schreiben vom 02.12.2019 (Anlage AG 2) aufgefordert, die vorgenommenen Schwärzungen in ihrem Angebot näher zu begründen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat sie zu Protokoll erklärt, dass die Frist des § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG für sie nicht zu laufen beginnt, bis nicht der Verfügungsklägerin das Schriftstück, mit dem die Nebenintervenientin die Schwärzungen begründet, zugestellt worden ist. Die Nebenintervenientin hat das Schreiben der Verfügungsbeklagten mit einem erläuternden Schriftsatz vom 20.12.2019 (Anlage NI 3) beantwortet. 20

Mit Urteil vom 18.12.2019 hat das Landgericht die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Verfügungsklägerin ein Verfügungsanspruch aus § 33 i.V.m. § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB, § 46 EnWG zustehe. Durch die Gewährung einer nur unvollständigen Akteneinsicht habe die Verfügungsbeklagte gegen das Transparenzgebot verstoßen und die Verfügungsklägerin dadurch unbillig behindert. Die von der Verfügungsbeklagten bisher gewährte Akteneinsicht sei unzureichend. Weder die Verfügungsklägerin noch das Gericht könnten aufgrund der Schwärzungen erkennen, welches Angebot die Nebenintervenientin abgegeben habe, sowie die Bewertung nachvollziehen. Die Verfügungsbeklagte habe weder geprüft, ob es sich bei den Schwärzungen um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele, noch, ob diese das Akteneinsichtsinteresse überwögen. Die Verfügungsklägerin sei mit diesem Einwand nicht aufgrund des Hinweises im 1. Verfahrensbrief auf vorzunehmende Schwärzungen unter dem Gliederungspunkt „Formalia“ präkludiert. Aus jenen Ausführungen sei nicht zu schließen, wie das Akteneinsichtsrecht ausgestaltet werden würde. Von der Verfügungsklägerin sei vor Geltendmachung des Akteneinsichtsrechts auch keine inhaltliche Rüge an der Auswahlentscheidung zu verlangen. Das Akteneinsichtsrecht diene gerade umgekehrt der Prüfung, ob eine Rüge an der Auswahlentscheidung formuliert werden müsse. Weil dies nicht ausgeschlossen werden könne, wirke sich die Verletzung des Transparenzgebots auch aus. Der Anspruch der Verfügungsklägerin sei schließlich nicht auf einen Feststellungsausspruch beschränkt. 21

Gegen das ihr am 20.12.2019 zugestellte Urteil hat die Verfügungsbeklagte am 17.01.2020 Berufung beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Die dem Rechtsstreit am 18.12.2019 beigetretene Nebenintervenientin hat gegen das ihr am 30.12.2019 zugestellte Urteil am 20.01.2020 Berufung eingelegt. Die Nebenintervenientin hat ihre Berufung mit einem am 20.02.2020 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet, die Verfügungsbeklagte nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20.03.2020 mit einem an diesem Tag bei Gericht eingegangenen Schriftsatz. 22

Die Verfügungsbeklagte rügt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als fehlerhaft. Die Verfügungsklägerin habe keinen Verfügungsgrund glaubhaft gemacht. Es fehle auch an einem Verfügungsanspruch. Sie betont, allenfalls zu einer Prüfung verpflichtet zu sein, ob die Begründung von Schwärzungen nachvollziehbar und plausibel sei. Das treffe auf die Darlegungen der Nebenintervenientin zu den Schwärzungen zu. Das Akteneinsichtsrecht umfasse im Übrigen nicht unbeschränkt, anlasslos und ins Blaue hinein sämtliche Unterlagen. 23

Die Nebenintervenientin macht geltend, dass der Verfügungsklägerin das Rechtsschutzbedürfnis fehle, weil sie bislang keine Rügen im Sinne von § 47 Abs. 2 EnWG erhoben habe. Die Beanstandung des Umfangs der Akteneinsicht stelle keine Rüge einer 24

Rechtsverletzung in diesem Sinne dar. Das habe zur Folge, dass im Eilrechtsschutz die Versagung des Vertragsschlusses nicht auf die vermeintliche Verletzung des Akteneinsichtsrechts gestützt werden könne. Die Verfügungsklägerin habe die vorhandene Angebotsauswertung der Verfügungsbeklagten im Übrigen nachvollziehen und auf Rechtsverletzungen überprüfen können. Eine Ausforschung sei vom Anspruch auf Akteneinsicht nicht gedeckt. Im Übrigen seien die von den Bietern eingereichten Unterlagen von vornherein nicht Gegenstand des Akteneinsichtsrechts. Dieses könne sich nur auf die Unterlagen der Gemeinde beziehen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts könne die Frage der Kausalität einer unbilligen Behinderung nicht offen bleiben.

Die Verfügungsbeklagte und die Nebenintervenientin beantragen, 25

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Dortmund vom 20.12.2019, Az.: 10 O 52/19 [EnW], wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 27.11.2019 zurückgewiesen. 26

Die Verfügungsklägerin beantragt, 27

die Berufung der Verfügungsbeklagten und der Nebenintervenientin zurückzuweisen. 28

Die Verfügungsklägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend. Sie hebt hervor, dass die Auswahlentscheidung wegen der nicht gewährten Akteneinsicht intransparent sei und gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Ihr Unterlassungsanspruch ergebe sich allein aus der unzureichend gewährten Akteneinsicht. Das Akteneinsichtsrecht verlange nicht die vorherige Darlegung möglicher Rechtsverletzungen. Auch sei ein Verfügungsgrund gegeben, weil die Gefahr eines Vertragsschlusses weiterhin bestehe. 29

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 30

II. 31

Die Berufungen sind zulässig, aber unbegründet. Die Verfügungsklägerin, gegen deren Antragstellung aus den vom Landgericht dargelegten Gründen keine Zulässigkeitsbedenken bestehen, hat gemäß §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO den notwendigen Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund für die vom Landgericht erlassene einstweilige Verfügung glaubhaft gemacht. 32

1. 33

Die Verfügungsklägerin hat einen ihr gegen die Verfügungsbeklagte zustehenden Verfügungsanspruch aus § 33 Abs. 1 und 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB (vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.06.2020 – VI-2 U 1/19 [Kart]) glaubhaft gemacht. Nach § 33 Abs. 1 GWB besteht bei Verstößen gegen Vorschriften des ersten Teils des GWB ein Unterlassungsanspruch, nach § 33 Abs. 2 GWB besteht dieser auch vorbeugend, wenn eine Zuwiderhandlung gegen kartellrechtliche Vorschriften gemäß § 33 Abs. 1 GWB droht. Hier verstößt die Verfügungsbeklagte bereits gegen § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB, indem sie der Verfügungsklägerin im Konzessionsvergabeverfahren nach getroffener Auswahlentscheidung eine mit § 47 Abs. 3 EnWG in Einklang stehende Akteneinsicht versagt. Darüber hinaus droht eine Vertiefung dieser Rechtsverletzung durch einen Vertragsschluss der Verfügungsbeklagten mit der Nebenintervenientin ohne vorausgehende ordnungsgemäße 34

Akteneinsicht der Verfügungsklägerin.

a) 35

Nach § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert. 36

aa) 37

Die Verfügungsbeklagte erfüllt die Voraussetzungen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Marktbeherrschend im Sinne dieser Vorschrift ist gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein Unternehmen, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. 38

Städte und Gemeinden handeln bei Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts. Auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt sind sie ohne Wettbewerber. 39

Der für die Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung sachlich relevante Markt ist der des Angebots von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Stromversorgungsnetz gehören. Auf diesem Markt stehen sich die Städte und Gemeinden als ausschließliche Anbieter des Wegerechts und Stromversorgungsunternehmen als Nachfrager gegenüber. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gebiet der jeweiligen Kommune beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Stromleitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeinde- und Stadtgebiet eignen (vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 und KZR 66/12, jeweils zitiert nach juris, Tz. 21 bzw. Tz. 22). 40

Der marktbeherrschenden Stellung der Verfügungsbeklagten steht nicht entgegen, dass eine Stromnetzkonzession nicht nur die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, sondern weitergehend auch die Stromversorgung umfasst. Dass der nachgelagerte Markt der Stromversorgung nicht auf das Gemeindegebiet beschränkt sein muss, ändert nichts daran, dass Städte und Gemeinden auf dem vorgelagerten Markt der Wegenutzungsrechte auf ihrem Gebiet jeweils Monopolisten sind. 41

bb) 42

Es liegen auch die Voraussetzungen einer unbilligen Behinderung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB vor. 43

Ob ein Auswahlverfahren Bewerber um eine Konzession im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 und KZR 66/12, jeweils zitiert nach juris, Tz. 51 bzw. 55; OLG Brandenburg, Urteil vom 22.08.2017 – 6 U 1/17 Kart, zitiert nach juris, Tz. 157). Eine unbillige Behinderung von Bewerbern um eine Konzession liegt vor, wenn deren Chancen auf den Abschluss des 44

Konzessionsvertrags dadurch beeinträchtigt werden, dass die Auswahlentscheidung die an sie zu stellenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 und KZR 66/12, jeweils zitiert nach juris, Tz. 50 bzw. 54).

Grundlage für die an die Auswahlentscheidung zu stellenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen sind außer dem kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Form des Willkürverbots (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, zitiert nach juris, Tz. 64) und jedenfalls die verfahrensbezogenen Vorschriften der §§ 46 und 47 EnWG, welche die vorgenannten Grundsätze für den Teilbereich der Konzessionsvergabe im Energieversorgungsbereich konkretisieren. Ob sich damit übereinstimmende Anforderungen im Streitfall zusätzlich auch aus den primärrechtlichen Grundsätzen des AEUV, insbesondere Art. 49 AEUV („Niederlassungsfreiheit“) und Art. 56 AEUV („Dienstleistungsfreiheit“), sowie den sich daraus ergebenden allgemeinen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit (vgl. EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – C-196/08, zitiert nach juris, Tz. 49) ergeben, kann dahinstehen. 45

b) 46

Eine unbillige Behinderung der Verfügungsklägerin folgt hier daraus, dass ihr die Verfügungsbeklagte bislang nur unzureichend Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG gewährt hat. Nach dieser Vorschrift hat die Gemeinde einem am Verfahren beteiligten Unternehmen zur Vorbereitung einer Rüge nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG auf Antrag Einsicht in die Akten zu gewähren. Hieraus ergibt sich ein weitgehend voraussetzungsloses, insbesondere nicht von den von der Nebenintervenientin angestellten Kausalitätserwägungen abhängiges Akteneinsichtsrecht zum Zwecke der Überprüfung der gemeindlichen Auswahlentscheidung auf entscheidungserhebliche Rechtsverletzungen. Den daraus folgenden Akteneinsichtsanspruch der Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte bislang nicht erfüllt. 47

aa) 48

Die Voraussetzung für ein Akteneinsichtsrecht der Verfügungsklägerin nach § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG liegt vor. Den dafür gemäß § 47 Abs. 3 Satz 2 EnWG allein notwendigen Antrag in Textform binnen einwöchiger Frist nach Zugang der Information nach § 46 Abs. 3 Satz 2 EnWG hat sie mit ihrem an die Verfügungsbeklagte gerichteten, auf § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG Bezug nehmenden Schreiben vom 02.10.2019 gestellt. 49

bb) 50

Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten und der Nebenintervenientin ist § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG nicht so zu verstehen, dass vom beteiligten Unternehmen zur Begründung des Akteneinsichtsrechts – über den Antrag auf Akteneinsicht hinaus – die Rüge einer Rechtsverletzung erhoben werden muss. Zwar begründet der in § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG in Bezug genommene § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG eine Rügeobliegenheit für Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Vorinformation nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sind. Könnte aber ausschließlich dasjenige, was in einer Vorinformation an Rechtsverstößen bereits erkennbar und damit rügefähig ist, ein Akteneinsichtsrecht begründen, könnte dadurch zum einen ein Anreiz für Gemeinden geschaffen werden, die Vorinformation so knapp wie möglich zu halten, was mit dem in § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG 51

verankerten Transparenzgedanken unvereinbar wäre. Zum anderen spricht § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG davon, dass das Akteneinsichtsrecht zur Vorbereitung einer Rüge dient. Die Informationen für eine etwaige Rüge sollen danach mittels der Akteneinsichtsgewährung überhaupt erst gewonnen werden. Die Verweisung in § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG auf § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG bezieht sich daher nach ihrem Sinn und Zweck nur auf die dort genannten „Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung“. Mithilfe der Akteneinsicht soll eine Rügemöglichkeit für diese Art von Rechtsverletzungen eröffnet werden.

Dieses Verständnis findet auch eine Stütze in der Gesetzesbegründung, wo eine Rüge nicht als Voraussetzung des Akteneinsichtsrechts angesprochen wird. Dort heißt es vielmehr, dass eine Rügeobliegenheit in Bezug auf die von der Gemeinde getroffene Auswahlentscheidung voraussetzt, dass dem unterlegenen Bewerber zügig Informationen über sämtliche Tatsachen zugänglich gemacht werden, die eine Verletzung in seinen Rechten begründen könnten. Daher enthalte Absatz 3 ein entsprechendes Recht auf Akteneinsicht (BT-Drs. 18/8184, S. 17). 52

cc) 53

Die Verfügungsbeklagte kann den von der Verfügungsklägerin geltend gemachten Akteneinsichtsanspruch derzeit auch nicht unter Berufung auf Grenzen des Akteneinsichtsrechts in dem sich aus den vorgenommenen Schwärzungen ergebenden Umfang versagen. 54

(1) 55

Das Akteneinsichtsrecht nach § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG gilt allerdings nicht schrankenlos. Es wird bereits durch seinen Zweck begrenzt, Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung rügen zu können. Diesem Sinn und Zweck entsprechend besteht es nur in Bezug auf Aktenbestandteile des Vergabevorgangs, die für die Auswahlentscheidung relevant sind (Huber, in: Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Aufl., § 47 Rn. 20; Embacher/Wolf, RdE 2019, 374; für ein weitergehendes Akteneinsichtsrecht aber Wegner, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 47 EnWG Rn. 35). Mit Blick auf die Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit und des geringstmöglichen Eingriffs, wie sie auch in § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG zum Ausdruck kommen, lässt sich darüber hinaus erwägen, ein Akteneinsichtsrecht in die zum Akteninhalt gehörenden Angebotsunterlagen des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens erst in einem zweiten Schritt zu bejahen, wenn die Einsichtnahme in den Auswertungsvermerk der Gemeinde ergibt, dass diese dem Einsicht nehmenden Unternehmen zur Rechtswahrung – namentlich zur Entscheidung über die Formulierung und Anbringung von Rügen – nicht ausreicht (vgl. auch Huber, in: Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Aufl., § 47 Rn. 22; Meyer-Hetling/Schneider, NZBau 2020, 142, 144 f.). Das Akteneinsichtsrecht soll dem Zweck dienen, entscheidungserhebliche Rechtsverletzungen rügen zu können. Der Auswertung des Angebots des Zuschlagsprätendenten bedarf es dafür nicht immer. Schließlich ist Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG zu versagen, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist. 56

(2) 57

Auch unter Berücksichtigung dieser Schranken des Akteneinsichtsrechts genügt die von der Verfügungsbeklagten bisher gewährte Einsicht nicht den gesetzlichen Anforderungen, weil der Verfügungsklägerin selbst der Auswertungsvermerk ohne die nach § 47 Abs. 3 Satz 3 58

EnWG gebotene, von der Gemeinde zu treffende Abwägungsentscheidung nur umfangreich geschwärzt zur Verfügung gestellt worden ist.

(a) 59

Die Vorschrift des § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG verlangt, wie im Gesetzeswortlaut durch die Konjunktion „soweit“ deutlich wird, eine Abwägungsentscheidung zwischen dem Interesse des unterlegenen Bewerbers an der Akteneinsicht auf der einen und dem Interesse des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens an der Wahrung seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auf der anderen Seite (siehe auch OLG Koblenz, Urteil vom 12.09.2019 – U 678/19 Kart, zitiert nach juris, Tz. 30; Wegner, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 47 EnWG Rn. 38). Dabei stehen sich in der Abwägung auch dann verfassungsrechtlich geschützte Positionen gegenüber, wenn es sich bei dem für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmen – wie hier – um ein gemischtwirtschaftliches privatrechtliches Unternehmen handelt, an dem der Staat mehr als die Hälfte der Anteile hält und das deshalb nicht Grundrechtsträger ist. Auch das fiskalische Interesse des Staates am Schutz vertraulicher Informationen seiner Beteiligungsunternehmen stellt einen abzuwägenden verfassungsrechtlichen Staatswohlbelang dar (BGH, Beschluss vom 11.12.2018 – EnVR 1/18, zitiert nach juris, Tz. 25). 60

(b) 61

Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten und der Nebenintervenientin ist die notwendige Abwägungsentscheidung von der Gemeinde zu treffen. Das folgt unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut. Die Gemeinde ist Adressatin des § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG. Sie wird darin als diejenige benannt, die die Akteneinsicht zu versagen hat, soweit dies geboten ist. 62

Zu der von der Gemeinde nach § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG zu treffenden Abwägungsentscheidung gehört auch die Bestimmung der abzuwägenden Belange. Anders als die Verfügungsbeklagte meint, muss sie die gegen das Akteneinsichtsverlangen abzuwägenden Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die der Akteneinsicht entgegenstehen können, ermitteln. Dabei ist sie an die Mitteilung des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens, welche seiner Angebotsinhalte als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse anzusehen sind, nicht gebunden (vgl. auch OLG Dresden, Urteil vom 07.10.2020 – U 1/20 Kart). Die Gemeinde hat die Angaben des Unternehmens zur Geheimhaltungsbedürftigkeit vielmehr zu prüfen und danach, soweit auch nach ihrer Rechtsauffassung Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse vorliegen, eine Abwägungsentscheidung zu treffen (wie hier Wegner, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 47 EnWG Rn. 40; Czernek, EnWZ 2018, 99, 103; Todorovic, EWeRK 2018, 131, 140 f.). Ein anderes Verständnis des § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG würde zu einem zu großen Einfluss des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens auf das Akteneinsichtsrecht führen, über das nach Wortlaut und Systematik des § 47 Abs. 3 EnWG allein die Gemeinde entscheiden soll (siehe auch OLG Koblenz, Urteil vom 12.09.2019 – U 678/19 Kart, zitiert nach juris, Tz. 29). 63

Diesem Verständnis steht die Entstehungsgeschichte der Vorschrift nicht entgegen. Die Gesetzesbegründung enthält zum Entwurf des § 47 Abs. 3 EnWG einen Hinweis auf das Akteneinsichtsrecht nach § 111 GWB a.F. (= § 165 GWB n.F.) und die Berechtigung der Gemeinde, von beteiligten Unternehmen – entsprechend § 111 Abs. 3 GWB a.F. beziehungsweise § 165 Abs. 3 GWB n.F. – die Kenntlichmachung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu fordern (BT-Drs. 18/8184, S. 17). Das ist jedoch kein Beleg dafür, dass die Gemeinden an entsprechende Kenntlichmachungen auch in der Sache gebunden sein sollten. Zwar könnte eine Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf in diese 64

Richtung weisen, wonach zur Vermeidung zusätzlichen Aufwands für die Kommunen die Bewerber bestimmen sollten, welche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht herausgegeben werden dürfen (vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 21). Die Antwort der Bundesregierung geht hierauf jedoch nicht im Detail ein, sondern greift nur den Aspekt auf, dass der Gesetzentwurf es ihrer Auffassung nach auch ohne eine Inbezugnahme des § 111 Abs. 3 GWB a.F. in § 47 Abs. 3 EnWG zulässt, dass die Gemeinden von Unternehmen die Kenntlichmachung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen fordern (vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 28). Zur Bindung der Gemeinde an die Kenntlichmachung ist damit nichts gesagt (a.A. aber Embacher/Wolf, RdE 2019, 374, 377). Das gilt auch vor dem Hintergrund, dass es für das in § 111 Abs. 3 GWB a.F. beziehungsweise § 165 Abs. 3 GWB n.F. im Kartellvergaberecht geregelte Akteneinsichtsrecht anerkannt ist, dass es ungeachtet einer Kenntlichmachung durch die Verfahrensbeteiligten Sache der Vergabenachprüfungsinstanzen ist, zu beurteilen, ob ein schützenswertes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis vorliegt oder nicht (vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 12.12.2014 – 11 Verg 8/14, zitiert nach juris, Tz. 47; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.03.2008 – VII-Verg 12/08, zitiert nach juris, Tz. 16). Im Übrigen ist für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgeblich, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese gestellt ist (BGH, Urteil vom 05.11.2019 – XI ZR 650/18, zitiert nach juris, Tz. 30). Nicht entscheidend sind die subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, die – wie jedenfalls hier in Bezug auf eine Bindung der Gemeinde an eine etwaige Kenntlichmachung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen – im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden haben (BGH, Urteil vom 06.06.2019 – I ZR 67/18, zitiert nach juris, Tz. 66).

(c) 65

Eine den Anforderungen des § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG genügende Abwägungsentscheidung ist hier von der Verfügungsbeklagten bislang nicht getroffen worden. Zunächst hat sie eine Prüfpflicht im Hinblick auf die von der Nebenintervenientin geltend gemachten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse schon im Grundsatz verneint. Zuletzt hat sie sich darauf beschränkt, eine Darlegung der Nebenintervenientin zur Geheimhaltungsbedürftigkeit ihrer Angaben als plausibel und nachvollziehbar zu bezeichnen. Weder hat sie sich mit deren Vorbringen – für den Senat erkennbar – näher auseinandergesetzt, noch ist sie in eine Abwägung mit den Akteneinsichtsinteressen der Verfügungsklägerin eingetreten. Dabei verkennt die Verfügungsbeklagte, dass selbst anzuerkennende Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in ihrer Gewichtigkeit sehr unterschiedlich zu beurteilen sein können und nicht allen Geheimnissen ein gleiches Gewicht zukommt. Die Geheimhaltungsbedürftigkeit von Angaben kann aufgrund ihrer unterschiedlichen Bedeutung für den Wettbewerb vielmehr verschieden zu beurteilen sein. 66

c) 67

Mit dem Einwand unbilliger Behinderung ist die Verfügungsklägerin hier auch nicht ausgeschlossen. Die Geltendmachung des Rechts auf Akteneinsicht unterliegt für sich nicht der Präklusion nach § 47 EnWG, sondern nur der – hier gewahrten – zeitlichen Schranke des § 47 Abs. 3 Satz 2 EnWG. Im Übrigen war für die Verfügungsklägerin entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten und der Nebenintervenientin auch nicht schon aus dem 1. Verfahrensbrief erkennbar, wie die Verfügungsbeklagte ein späteres Akteneinsichtsverfahren handhaben würde. Aus den dortigen Angaben zu den Formalia konnte sie nicht ableiten, dass die Verfügungsbeklagte die Geheimhaltungsbedürftigkeit der ihr gegenüber als 68

Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse gekennzeichneten Angaben keinesfalls mehr hinterfragen und auch nicht in eine Abwägungsentscheidung nach § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG eintreten würde. Sicher zu entnehmen war den Angaben nur, dass die Verfügungsbeklagte der Aufgabe enthoben sein wollte, selber schwärzen zu müssen.

2. 69

Ein der Verfügungsklägerin zur Seite stehender Verfügungsgrund nach §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO in Form der Rechtsgefährdung gemäß §§ 935, 940 ZPO folgt aus der Gefahr eines Vertragsschlusses zwischen der Verfügungsbeklagten und der Nebenintervenientin (siehe auch OLG Dresden, Urteil vom 07.10.2020 – U 1/20 Kart, und Urteil vom 18.09.2019 – U 1/19 Kart, zitiert nach juris, Tz. 19). Die Verfügungsbeklagte vertritt den Standpunkt, dass der Akteneinsichtsanspruch der Verfügungsklägerin erfüllt ist, so dass mit Blick auf den zwischenzeitlichen Zeitablauf auch die nach § 47 Abs. 6 EnWG zu wahrenden Fristen einen Vertragsschluss nicht mehr hinderten. Ob zugunsten der Verfügungsklägerin zudem § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG eingreift, bedarf daher keiner Entscheidung. 70

3. 71

Mit Blick auf den drohenden Vertragsschluss hat die Verfügungsklägerin auch Anspruch auf die vom Landgericht ausgesprochene Untersagung, die der Senat nur sprachlich etwas klarer gefasst hat. Der auf Unterlassung gerichtete Verfügungsanspruch entfällt erst mit ordnungsgemäßer Durchführung des Akteneinsichtsverfahrens nach § 47 Abs. 3 EnWG. 72

III. 73

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es nicht. Die Sache ist kraft Gesetzes nicht revisibel, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO. 74

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 50.000 € festgesetzt. 75

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE