Downloaded from Blogs on 10.11.2026 06:53h

Auf ein Watt Blog
By PwC Deutschland | 08. Juni 2026

Konzessionen (Teil 20): BGH zur materiellen Präklusion im Hauptsacheverfahren – Eilverfahren als abschließende Prüfung von Rügen?

Der BGH hat erstmals entschieden: § 47 Abs. 5 EnWG regelt ein „Eilverfahren eigener Art". Nach dessen rechtskräftigem Abschluss kann der unterlegene Bewerber dort erfolglos gerügte Rechtsverletzungen nicht erneut zur Begründung einer Nichtigkeit anführen.

Downloaded from Blogs on 10.11.2026 06:53h

Sachverhalt

Dem Urteil der BGH vom 13. Januar 2026 (Az. **EnZR 22/24**) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin betrieb nach Beendigung eines Konzessionsvertrags mit der beklagten Gemeinde weiterhin das Gasnetz im Gemeindegebiet. Im Verfahren zur Neuvergabe der Wegerechte für den Betrieb des örtlichen Gasversorgungsnetzes wählte die Beklagte im November 2020 ein anderes Unternehmen als neue Konzessionärin aus. Nach Unterrichtung über diese Entscheidung und Gewährung von Akteneinsicht erhob die Klägerin mehrere Rügen, denen die Beklagte nur in geringem Umfang abhalf. Die Klägerin beantragte daraufhin den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel, der Beklagten den Abschluss eines Konzessionsvertrags mit der ausgewählten Bieterin zu untersagen. Das Landgericht wies den Antrag zurück, die Berufung blieb ohne Erfolg.

Mit der vorliegenden Klage machte die Klägerin erneut geltend, die Beklagte habe ihre Auswahlentscheidung unter Verstoß gegen die Grundsätze des transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens getroffen. Nachdem die Beklagte den Konzessionsvertrag zwischenzeitlich abgeschlossen hatte, änderte die Klägerin ihren Klageantrag und beantragte die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrags. Das Landgericht und das Oberlandesgericht Karlsruhe wiesen die Klage ab.

Zulässigkeit der Feststellungsklage

Der BGH hat – anders als das Berufungsgericht, das diese Frage offengelassen hatte – die Feststellungsklage für zulässig erachtet. Ein unterstellt fehlerhaft abgeschlossener Konzessionsvertrag stelle eine fortdauernde unbillige Behinderung und Diskriminierung der Klägerin dar, die nur durch die Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrags beseitigt werden könnte. Die Klägerin habe auch ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung, weil ihrem Recht eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit drohe. Die Erhebung einer Leistungsklage sei bei fehlerhaften Konzessionsverfahren regelmäßig mit Unsicherheiten verbunden; die Feststellungsklage diene der Prozesswirtschaftlichkeit.

Entscheidend ist, dass der BGH eine formelle Präklusion der Klageerhebung durch § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG verneint hat. Der Vorschrift sei keine der Zulässigkeit der Klageerhebung entgegenstehende formelle Präklusionswirkung zu entnehmen; zudem betreffe das Eilverfahren einen anderen Streitgegenstand als die vorliegende Feststellungsklage. Die Erhebung einer Hauptsacheklage ist also nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

Materielle Präklusion: Das Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG als „Eilverfahren eigener Art"

In der zentralen und für die Praxis besonders bedeutsamen Aussage hat der BGH die Klage jedoch als unbegründet abgewiesen. Der BGH hat entschieden, dass sich die Klägerin im vorliegenden Klageverfahren zur Begründung der Nichtigkeit nicht mehr auf Rechtsverletzungen berufen kann, die sie bereits im besonderen Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG ohne Erfolg geltend gemacht hat.

Ausgangspunkt ist die ständige Rechtsprechung des BGH, wonach ein Wegenutzungsvertrag nach § 134 BGB nichtig ist, wenn die Konzessionsvergabe den Anforderungen an ein transparentes und

Downloaded from Blogs on 10.11.2026 06:53h

diskriminierungsfreies Auswahlverfahren nicht genügt. Allerdings muss die fortdauernde Behinderung durch einen fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit dann hingenommen werden, wenn alle unbillig behinderten Bewerber ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht nutzen.

Daran anknüpfend hat der BGH nun § 47 Abs. 5 EnWG dahingehend ausgelegt, dass die Vorschrift eine materielle Präklusion auch für den Fall vorsieht, dass der unterlegene Bieter im besonderen Eilverfahren mit seinem Begehren nicht durchgedrungen ist. Dies gilt erst recht für Rechtsverletzungen, die zwar innerhalb der Frist des § 47 Abs. 1, 2 EnWG hätten gerügt werden können, aber nicht gerügt wurden – insoweit tritt bereits die allgemeine Rügepräklusion ein. Nicht erfasst von der Präklusion sind hingegen solche Rechtsverletzungen, die dem unterlegenen Bieter erst nach Ablauf der Fristen des § 47 EnWG bekannt geworden sind und daher nicht Gegenstand des Eilverfahrens sein konnten. Er kann dann auf Grundlage der bereits im Eilverfahren erfolglos erhobenen Rügen in einem anschließenden Klageverfahren weder die Unterlassung des beabsichtigten Vertragsschlusses noch die Feststellung der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrags verlangen.

Der BGH stützt dieses Ergebnis auf folgende Erwägungen:

Wortlaut: Bereits die Verwendung des Wortes „nur" in § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG deute darauf hin, dass der unterlegene Bieter die gerügten Rechtsverletzungen bei Nichtabhilfe ausschließlich in dem nach dieser Vorschrift vorgesehenen gerichtlichen Verfahren geltend machen kann. Die Sätze 1 und 2 der Vorschrift seien in ihrem Gesamtzusammenhang auszulegen.

Sinn und Zweck: Der Gesetzgeber habe bei Einführung der Vorschrift vor Augen gehabt, dass Fehler im Verfahren nach § 46 EnWG die Gesamtnichtigkeit des Wegenutzungsvertrags zur Folge haben können, was erhebliche Rechtsunsicherheit für die Gemeinden und den neuen Konzessionär bedeute und nachteilige Konsequenzen für den ungestörten Netzbetrieb nach sich ziehe. Zweck der Regelung sei es, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz zu stärken und jedem Bewerber, der sich als geeignetster Netzbetreiber durchgesetzt hat, eine rechtssichere Übernahme der Netze zu ermöglichen. Ein Verständnis, wonach sich der Zivilrechtsstreit nach Durchlaufen des Eilverfahrens auf die dort geltend gemachten Rügen lediglich konzentriere und nur nicht rechtzeitig gerügte Rechtsverletzungen der Prüfung im Klageverfahren entzogen wären, verfehlte die gesetzgeberische Intention vollständig.

Systematik: Der BGH hat ausdrücklich anerkannt, dass § 47 Abs. 5 EnWG ein „Eilverfahren eigener Art" anordne, das sich wesentlich vom allgemeinen einstweiligen Rechtsschutz unterscheide. Die mit der Einführung angestrebte Rechtssicherheit zur Wahrung gewichtiger Allgemeininteressen sei anders nicht zu erreichen.

Grenzen der Präklusionswirkung: Schadensersatzansprüche bleiben möglich

In einer für unterlegene Bieter ebenfalls sehr bedeutsamen Aussage hat der BGH klargestellt, dass sich die Präklusionswirkung des § 47 Abs. 5 EnWG auf sämtliche Primäransprüche erstreckt – also solche, die auf die Fortführung des Auswahlverfahrens, die Verhinderung eines Vertragsschlusses, den Abschluss eines

Downloaded from Blogs on 10.11.2026 06:53h

Konzessionsvertrags oder die Einräumung der Verfügungsbefugnis über die Netzinfrastruktur gerichtet sind. Ausdrücklich erstreckt sich die Präklusion dabei auch auf vergleichbare Einwände im Zuge einer Netzherausgabeklage zwischen dem obsiegenden und dem unterlegenen Bieter (also im Verhältnis Alt- zu Neukonzessionär). Nur so könne im besonderen Eilverfahren gerichtlich abschließend über die Berechtigung der geltend gemachten Rechtsverletzungen entschieden und die vom Gesetzgeber bezweckte Rechtssicherheit für alle Beteiligten erreicht werden.

Die Präklusionswirkung erstrecke sich hingegen nicht auf Sekundäransprüche, mit denen ein unterlegener Bieter Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen § 46 EnWG, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB verlangt. Dies gelte jedenfalls für solche Rechtsverletzungen, die ohne durchgreifenden Erfolg im Eilverfahren geltend gemacht worden sind. Das gesetzgeberische Ziel der Rechts- und Planungssicherheit erfordere insoweit weder eine Einschränkung von Schadensersatzansprüchen noch eine abschließende Entscheidung im Eilverfahren. Auf diese Weise werde ein Ausgleich zwischen den subjektiven Rechten der unterlegenen Bieter und den Interessen der Allgemeinheit an einem rechtssicheren Netzbetrieb erzielt.

Keine verfassungsrechtlichen Bedenken

Der BGH hat schließlich festgestellt, dass die materielle Präklusion auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Weder der Justizgewährungsanspruch noch die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG gebieten eine erneute Überprüfung der bereits im Eilverfahren erfolglos erhobenen Rügen. Das Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG wahre auch die besonderen Anforderungen, die an die Ausgestaltung von Eilverfahren zu stellen seien, wenn schwere und unzumutbare Beeinträchtigungen entstehen könnten. Das Zivilgericht sei in rechtlicher Hinsicht ohnehin zu einer vollumfänglichen Prüfung verpflichtet, und der unterlegene Bieter werde dadurch begünstigt, dass er tatsächliche Umstände nur glaubhaft zu machen brauche. Zudem sei in aller Regel eine mündliche Verhandlung anzuberaumen.

Bewertung und Praxisfolgen

Mit diesem Urteil hat der BGH eine in der Literatur und der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung lange umstrittene Frage geklärt (bejahend etwa KG, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 2 U 18/17.EnWG; ablehnend etwa OLG Dresden, Urteil vom 11. Mai 2022 – U 30/21 Kart; OLG Düsseldorf, Urteil vom 7. Dezember 2022 – 2 U 14/21 (Kart)). Die Entscheidung schafft ein erhebliches Maß an Rechtssicherheit für Gemeinden und obsiegende Bieter, birgt aber auch Risiken für unterlegene Bewerber. Folgende Praxisfolgen sind hervorzuheben:

Für **unterlegene Bieter** bedeutet das Urteil, dass dem Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG eine noch größere Bedeutung zukommt als bisher. Es handelt sich faktisch um die einzige und letzte Möglichkeit, Rügen gegen die Auswahlentscheidung mit dem Ziel der Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gerichtlich durchzusetzen. Sämtliche Rügen müssen daher bereits im Eilverfahren vollständig und substantiiert vorgebracht werden. Daneben bleibt nur der Weg über Schadensersatzansprüche nach § 33a GWB offen, deren Wert aber schwer einzuschätzen ist.

Für **Gemeinden und obsiegende Bieter** bringt das Urteil die angestrebte Rechtssicherheit. Nach

Downloaded from Blogs on 10.11.2026 06:53h

rechtskräftigem Abschluss des Eilverfahrens können sie darauf vertrauen, dass die im Eilverfahren geprüften Rügen nicht erneut in einem Hauptsacheverfahren mit dem Ziel der Vertragsnichtigkeit erhoben werden können. Dies ermöglicht eine sichere Planung und Investition in die Netzinfrastruktur.

Zugleich ist zu betonen, dass der BGH die materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen an das Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG deutlich geschärft hat. Die Gerichte müssen angesichts der Präklusionswirkung die Sach- und Rechtslage umfassend prüfen, eine mündliche Verhandlung anberaumen und alle prozessualen Mittel ausschöpfen, um eine umfassende Tatsachenfeststellung zu gewährleisten. Das Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG darf daher nicht als bloß summarische Prüfung missverstanden werden.

Kritisch anzumerken ist schließlich, dass durch die materielle Präklusion ein Erreichen der Revisionsinstanz – also des BGH – hinsichtlich der im Eilverfahren geprüften Primäransprüche nicht mehr möglich ist, da das Eilverfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG eine solche Instanz nicht vorsieht. Dies führt dazu, dass die derzeit bestehenden Divergenzen zwischen der Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte zu Fragen des Konzessionsvergaberechts nicht über den Instanzenzug bereinigt werden können. Da Hauptsacheverfahren bezogen auf die verbleibenden Sekundäransprüche in der Praxis eher selten sein dürften, fehlt es an einem effektiven Mechanismus zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung. Dies könnte langfristig zu einer fragmentierten Rechtsanwendung in den verschiedenen OLG-Bezirken führen.

Offen gelassen hat der BGH die Frage, ob und unter welchen Umständen die Gemeinde bei einem von einem Bieter erfolgreich durchgeführten Eilverfahren einen Antrag nach § 926 ZPO auf Erhebung der Hauptsacheklage stellen kann. Gleichwohl hat er angedeutet, dass die Entscheidung über die geltend gemachte Rechtsverletzung jedenfalls im Verhältnis zur Gemeinde auch dann abschließenden Charakter haben müsse, wenn sie zugunsten des unterlegenen Bieters ergeht.

Sollte für Ihre Kommune oder Ihr Versorgungsunternehmen ein Konzessionsverfahren anstehen oder sollten sich sonst Fragen in diesem Zusammenhang stellen, sprechen Sie uns gern an.

Ansprechpartner
Björn Jacob

Zu weiteren PwC Blogs

Schlagwörter

Konzession, Konzessionsabgabe, Netzbetreiber

Kontakt

Downloaded from Blogs on 10.11.2026 06:53h

Folker Trepte

München

folker.trepte@pwc.com

Downloaded from Blogs on 10.11.2026 06:53h

Peter Mussaeus

Düsseldorf

peter.mussaeus@pwc.com