

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Kommunalrecht, einschließlich des Kommunalwahlrechts

Rechtsquelle/n:

EnWG	§§ 46, 102
GWB	§ 19
GVG	§§ 13, 17, 17a
VwGO	§ 40

Titelzeile:

Rechtsweg für Klage auf Akteneinsicht im Verfahren auf Abschluss eines Konzessionsvertrages

Stichworte:

Rechtsweg; bürgerliche Rechtsstreitigkeit; Akteneinsicht; Auskunft; Altkonzessionär; Konzessionsvertrag; Auswahlverfahren; Gemeinde; Wegebenutzungsrecht; marktbeherrschende Stellung; Informationsfreiheitsgesetz; Informationsfreiheitsrecht; Anspruchskonkurrenz; Anspruchsnormenkongkurrenz.

Leitsatz:

Für den Anspruch des Altkonzessionärs auf Einsicht in die von der Gemeinde geführten Akten im Verfahren auf Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages ist der Rechtsweg zu den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit gegeben.

Beschluss des 10. Senats vom 21. November 2016 - BVerwG 10 AV 1.16

- I. VG Hannover vom 22. Dezember 2015  
Az: VG 11 A 4655/15
- II. OVG Lüneburg vom 16. Februar 2016  
Az: OVG 7 OB 13/16







# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 10 AV 1.16  
OVG 7 OB 13/16

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 10. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 21. November 2016  
durch  
den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert  
und die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Hoock und Dr. Rublack

beschlossen:

Die weitere Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens der weiteren  
Beschwerde.

#### G r ü n d e :

- 1 Die Klägerin begehrt Einsicht in Angebotsunterlagen, die der beklagten Stadt im Rahmen eines von dieser geführten Verfahrens auf Abschluss eines Konzessionsvertrages nach § 46 Abs. 2 bis 4 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 20. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2730) von Seiten eines Mitbewerbers eingereicht wurden, sowie vollständige Einsicht in die Auswertungsunterlagen der Beklagten. Das Verwaltungsgericht hat den Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen, das Obergerverwaltungsgericht die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beklagten zurückgewiesen.
- 2 Die vom Obergerverwaltungsgericht zugelassene weitere Beschwerde (vgl. § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG) ist nicht begründet. Für den Rechtsstreit ist nicht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, sondern der ordentliche Rechtsweg gegeben. Daran ändert die anders lautende Rechtsmittelbelehrung im Bescheid der Beklagten vom 17. August 2015 nichts. Das Verwaltungsgericht hat den Rechtsstreit deshalb mit Recht an das Landgericht Hannover verwiesen (§ 17a Abs. 2 GVG).

- 3 Die Zuständigkeit des Landgerichts ergibt sich aus § 13 GVG i.V.m. § 102 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Nach § 13 GVG steht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten der Rechtsweg zu den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit offen (1.), und nach § 102 Abs. 1 Satz 1 EnWG sind für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem Energiewirtschaftsgesetz ergeben, ohne Rücksicht auf den Streitwert die Landgerichte ausschließlich zuständig (2.).
- 4 1. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch ist bürgerlich-rechtlicher Natur. Er richtet sich auf Einsicht in bei der Beklagten geführte Akten in einem Verfahren nach § 46 Abs. 3 EnWG, an dem die Klägerin beteiligt war, und dient der weiteren Verfolgung von behaupteten Ansprüchen der Klägerin aus § 46 EnWG oder der Abwehr befürchteter Ansprüche der Wettbewerberin gegen die Klägerin aus § 46 Abs. 2 Satz 2 und 3 EnWG. Er teilt daher deren Rechtsnatur (b und c). Die Ansprüche aus § 46 EnWG selbst aber begründen bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 GVG (a).
- 5 a) Ob eine Streitigkeit bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art ist, beurteilt sich nach der Rechtsnatur der Rechtsnormen, die das Rechtsverhältnis prägen, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird. Bürgerliches Recht ist Jedermannsrecht. Öffentlich-rechtlicher Natur sind demgegenüber diejenigen Rechtsnormen, welche einen Träger öffentlicher Gewalt gerade als solchen berechtigen oder verpflichten, die also einen öffentlichen Verwaltungsträger zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Befugnissen ausstatten oder besonderen Regeln unterwerfen (stRspr, vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 10. Juli 1989 - 1/88 - BGHZ 108, 284 <287>; BVerwG, Beschluss vom 12. April 2013 - 9 B 37.12 - Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 308 = NJW 2013, 2298; Eyermann/Rennert, VwGO-Kommentar, 14. Aufl. 2014, Rn. 31 f., 44 zu § 40 VwGO m.w.N.).
- 6 Die Rechte und Pflichten, die § 46 EnWG begründet, sind kein öffentliches Sonderrecht eines Verwaltungsträgers in diesem Sinne. Für die Direktansprüche zwischen dem alten und dem neuen Konzessionär nach § 46 Abs. 2 EnWG liegt das auf der Hand. Es gilt aber auch in Ansehung der Gemeinden. § 46 EnWG spricht die Gemeinden nicht als Verwaltungsträger an, sondern als

Wegeeigentümer, welche die Nutzungsrechte an ihren Wegen durch den Abschluss von Konzessionsverträgen gegen Entgelt wirtschaftlich verwerten. Die Vorschrift unterwirft die Gemeinden hierbei besonderen Pflichten daher nicht wegen ihrer öffentlichen Aufgaben, sondern weil sie als praktisch alleiniger Wegeeigentümer in ihrem jeweiligen Gebiet eine marktbeherrschende Stellung innehaben (vgl. BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - BGHZ 199, 289 und - KZR 65/12 - NVwZ 2014, 817). Richtig ist, dass die Gemeinden mit der Vergabe der Wegenutzungsrechte auch die Versorgung ihrer Einwohner mit Energie regeln und insofern zugleich eine öffentliche Aufgabe der örtlichen Daseinsvorsorge wahrnehmen. Hieran knüpft die gesetzliche Regelung indes nicht an. Im Gegenteil wird die Verwaltungstätigkeit der Gemeinden gerade beschränkt, indem sie ungeachtet ihrer öffentlichen Aufgabenstellung den allgemeinen Marktgesetzen unterworfen werden. Das belegt namentlich § 46 Abs. 4 EnWG. Die Vorschrift betrifft den Fall, dass eine Gemeinde das Wegenutzungsrecht einem Eigenbetrieb einräumt, die öffentliche Aufgabe der Versorgung ihrer Einwohner mit Energie also vollständig selbst wahrnehmen möchte, und unterwirft sie auch für diesen Fall den voranstehenden Beschränkungen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - NVwZ 2014, 817 Rn. 32 ff.). Sie zeigt damit, dass die Gesetzesregelung kartellrechtlicher Natur ist.

- 7 Für die bürgerlich-rechtliche Natur der in § 46 EnWG geregelten Rechtsverhältnisse, auch der Rechtsverhältnisse der Anbieter mit der Gemeinde, ist unerheblich, ob der Konzessionsvertrag selbst bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist. Die Beklagte verweist deshalb ohne Erfolg darauf, dass derartige Wegenutzungsverträge in einigen Ländern nach dortigem Landesrecht öffentlich-rechtlicher Natur sind. Die Regelungen des § 46 EnWG gehören zum Bundesrecht und gehen deshalb etwa entgegenstehendem Landesrecht vor (Art. 31 GG). Im Übrigen regelt § 46 EnWG die Konzessionsverträge nur in Teilen selbst, vornehmlich aber zum einen das ihrem Abschluss vorausliegende, von der Gemeinde zu führende Auswahlverfahren (§ 46 Abs. 3 EnWG) und die bei der Auswahlentscheidung von ihr zu berücksichtigenden Grundsätze (§ 46 Abs. 1 EnWG, § 19 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - i.d.F. der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 13. Oktober 2016 (BGBl. I

S. 2258) und zum anderen die Rechte und Pflichten des Altkonzessionärs in Ansehung des Leitungsnetzes gegenüber der Gemeinde und gegenüber dem Neukonzessionär (§ 46 Abs. 2 EnWG). Insbesondere setzt das Gesetz das von der Gemeinde zu führende Auswahlverfahren deutlich von dem nachfolgenden Konzessionsvertrag ab. Das ist auch sachlich begründet, steht die Gemeinde im Auswahlverfahren doch einer potenziellen Mehrzahl von Bewerbern gegenüber, denen gegenüber sie demzufolge eine mehrseitige Entscheidung trifft, während der Konzessionsvertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist.

- 8 Nach allem behandelt § 46 EnWG die Gemeinden als marktbeherrschende Unternehmen (vgl. § 18 GWB) und nimmt dies zum Anlass, sie bei der Auswahl ihrer Vertragspartner nicht nur bestimmten materiell-rechtlichen Beschränkungen zu unterwerfen, sondern ihnen auch die Durchführung eines transparenten Auswahlverfahrens vorzuschreiben. All dies ist kartellrechtlich motiviert und damit bürgerlich-rechtlicher Natur. Darin unterscheidet sich das Auswahlverfahren nach § 46 Abs. 3 EnWG vom Verfahren im Sinne des Vergaberechts und ist mit diesem auch nicht gleichzusetzen. Eine solche Parallele drängt sich schon deshalb nicht auf. Das Vergaberecht bindet nur öffentliche Auftraggeber, und seine Wurzeln sind nicht kartellrechtlicher, sondern haushaltsrechtlicher Art; beides spricht für seine öffentlich-rechtliche Natur. Dies wirkt nicht zuletzt darin fort, dass die vergaberechtlichen Bindungen selbst in denjenigen Sektoren und Fallgruppen gelten, in denen der öffentliche Auftraggeber kein Nachfragemonopol und nicht einmal eine besondere Nachfragemacht innehat.
- 9 b) Der mit der Klage verfolgte Anspruch auf Akteneinsicht teilt die bürgerlich-rechtliche Natur der Ansprüche aus § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG. Er ist als akzessorischer Auskunftsanspruch und damit als Annex untrennbar mit diesen Hauptansprüchen verbunden. Das ergibt sich zum einen daraus, dass die Klägerin Einsicht in die von der Beklagten in einem Verfahren geführten Akten begehrt, an der die Klägerin beteiligt ist, der Anspruch auf Akteneinsicht also verfahrensabhängig ist (vgl. zu § 29 VwVfG nur Kopp/Ramsauer, VwVfG-Kommentar, 17. Aufl. 2016, Rn. 4 ff. zu § 29 VwVfG m.w.N.). Es folgt zum anderen daraus, dass die begehrte Akteneinsicht dazu dient, die weitere Verfolgung oder Verteidigung materieller Rechtspositionen der Klägerin als Altkonzessionärin aus § 46

EnWG vorzubereiten (vgl. auch BGH, Beschluss vom 27. November 2013 - III ZB 59/13 - BGHZ 199, 159 Rn. 18).

- 10 c) Die Klägerin kann den Klaganspruch auf Akteneinsicht nicht zugleich auf das niedersächsische Informationsfreiheitsgesetz stützen. Die Auskunftsansprüche nach den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und der Länder sind zwar öffentlich-rechtlicher Natur und unterliegen der Gerichtsbarkeit der Verwaltungsgerichte (BVerwG, Beschlüsse vom 20. September 2012 - 7 B 5.12 - Buchholz 400 IFG Nr. 8 = NVwZ 2012, 1563 und vom 15. Oktober 2012 - 7 B 2.12 - Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 307 = NZI 2012, 1020; BFH, Beschluss vom 8. Januar 2013 - VII ER-S 1/12 - juris). Könnte die Klägerin den Klaganspruch im Wege einer Anspruchsnormenkonkurrenz auch hierauf stützen, so wäre der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, und das Verwaltungsgericht dürfte und müsste zugleich über den bürgerlich-rechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht befinden (§ 17 Abs. 2 Satz 1 GVG). Das setzt indes voraus, dass es sich um denselben Streitgegenstand handelt (stRspr, BVerwG, Beschluss vom 31. März 2004 - 9 A 33.03 - Buchholz 300 § 17 GVG Nr. 3 = NVwZ-RR 2004, 551; Eyermann/Rennert, VwGO-Kommentar, Rn. 18 zu § 41 VwGO/§§ 17, 17b GVG). So liegt es aber nicht.
- 11 Der Streitgegenstand wird durch den geltend gemachten Klaganspruch sowie durch den Lebenssachverhalt definiert, aus dem er hergeleitet und mit dem er begründet wird (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 - 8 C 15.10 - BVerwGE 140, 290 Rn. 20; Eyermann/Rennert, VwGO-Kommentar, Rn. 23 f. zu § 121 VwGO m.w.N.). Das gilt auch für ein Verlangen auf Akteneinsicht oder auf Auskunft; erst die Rücksicht auf den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt erlaubt, den rechtlichen Gegenstand eines solchen Verlangens zu bezeichnen und von dem anderen Gegenstand eines anderen Auskunftsverlangens abzugrenzen.
- 12 Hiernach sind der geltend gemachte Anspruch auf Akteneinsicht und ein Auskunftsanspruch nach Informationsfreiheitsrecht verschiedene Streitgegenstände. Das Akteneinsichtsverlangen der Klägerin wird durch ihre Absicht qualifiziert, im sachlichen Zusammenhang mit einem Konzessionierungsverfahren



ihre Rechte als Altkonzessionärin gegenüber der Beklagten und gegenüber dem Neukonzessionär aus § 46 Abs. 2 EnWG geltend zu machen. Dieser Verfahrens- und Sachzusammenhang umgrenzt das Akteneinsichtsverlangen nicht nur in zeitlicher Hinsicht (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG-Kommentar, 17. Aufl. 2016, Rn. 4 zu § 29 VwVfG), sondern bestimmt auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für seine Begründetheit, unabhängig davon, ob hierfür § 1 LVwVfG i.V.m. § 29 VwVfG in entsprechender Anwendung herangezogen werden kann. Hiervon unterscheidet sich ein Auskunftsverlangen nach den Informationsfreiheitsgesetzen. Ein solches steht nicht im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einem bestimmten anderen Verwaltungsverfahren. Es dient auch nicht der Verfolgung subjektiver Hauptrechte oder -ansprüche. Ziel der Informationsfreiheitsgesetze ist vielmehr eine erhöhte Transparenz des Verwaltungshandelns und eine Stärkung der demokratischen Beteiligungsrechte des Bürgers. Diese Zielsetzung prägt demzufolge auch die Voraussetzungen eines derartigen Informationsanspruchs (im Ergebnis wie hier: BGH, Beschluss vom 27. November 2013 - III ZB 59/13 - BGHZ 199, 159 Rn. 15 ff.).

- 13 2. Ist für die Streitigkeit der Rechtsweg zu den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit gegeben, so ist nach § 102 Abs. 1 EnWG ohne Rücksicht auf den Streitwert das Landgericht ausschließlich zuständig. Es handelt sich nicht nur um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, sondern auch um eine solche nach dem Energiewirtschaftsgesetz. Hierfür genügt, dass es sich um einen Anspruch auf Akteneinsicht handelt, der akzessorisch der Vorbereitung eines Hauptsacheanspruchs aus § 46 Abs. 2 und 3 EnWG dient. Die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts beschränkt sich nicht auf die im Energiewirtschaftsgesetz ausdrücklich geregelten Ansprüche, sondern umfasst auch mit solchen in untrennbarem Zusammenhang stehende Neben- und Folgeansprüche.
- 14 An der örtlichen Zuständigkeit des Landgerichts Hannover bestehen keine Zweifel.
- 15 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Sie ist nicht wegen § 17b Abs. 2 GVG entbehrlich. Die Anfechtung der Entscheidung über die Verweisung löst ein selbstständiges Rechtsmittelverfahren aus, in dem über die

Kosten nach den allgemeinen Vorschriften zu befinden ist (stRspr, BVerwG, Beschluss vom 18. Mai 2010 - 1 B 1.10 - BVerwGE 137, 52 Rn. 13 m.w.N.).

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Hoock

Dr. Rublack