

schwerer als Fehler, die im Lauf des Konzessionierungsverfahrens auftreten, da der Wettbewerb von vornherein nicht stattfindet. Folgerichtig unterlässt der BGH eine weitere Prüfung der Kausalität.

III. Mit der Nichtigkeit ordnet der BGH die einzig logische Rechtsfolge an, denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich weitere Unternehmen bei ordnungsgemäßer Bekanntgabe um die Konzession beworben hätten. Eine Bekanntgabe „nUP“ im Deutschen Ausschreibungsblatt hat daher dieselbe Rechtsfolge wie das völlige Ausbleiben einer Bekanntmachung. Für letzteren Fall hatte das OLG Düsseldorf bereits mit Urteil vom 12.03.2008 (Az.: VI-2 U (Kart) 8107) die Unwirksamkeit des neu abgeschlossenen Vertrages festgestellt.

IV. Die Anforderungen an die Verfahrenstransparenz sind im Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung sogar noch bedeutender als im Fall der regelmäßigen Konzessionslaufzeit. Die vorzeitige Vertragsbeendigung gemäß § 46 Abs. 3 Satz 3,4 EnWG ist für Außenstehende unvorhersehbar. Zu Recht betont der BGH daher, dass eine mangelhafte Bekanntgabe die Laufzeitbeschränkung von Konzessionsverträgen auszuhöhlen droht.

V. Die vom BGH angeordnete Rechtsfolge der Nichtigkeit ist angesichts der langen Vertragsdauer folgerichtig und entspricht dem Urteil des BGH vom 17.12.2013 (BGHZ 199,289), nach dem ein Konzessionsvertrag nichtig ist, wenn die Konzessionsvergabe den Anforderungen aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG nicht genügt und damit eine unbillige Behinderung der Bewerber vorliegt. Zurecht verneint der BGH auch eine Verwirkung oder Präklusion. Wurde der Wettbewerb vollständig umgangen, muss dies auch noch nachträglich geltend gemacht werden können.

VI. Das Urteil ist eine Grundsatzentscheidung zur Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG, die Auswirkung auf zahlreiche Konzessionsverträge haben kann. Die Ausschreibung in anderen Medien als dem Bundesanzeiger ist kein Einzelfall. Kommunen müssen insofern prüfen, ob sie ihre neu abgeschlossenen Konzessionsverträge ordnungsgemäß bekannt gemacht haben. Anderenfalls erfolgt der Netzbetrieb sowie auch die Konzessionsabgabenzahlung ohne rechtliche Grundlage und es besteht Handlungsbedarf.

Rechtsanwältin Dr. Anna Sachse, Becker Büttner Held Berlin

2. Folgen unzulässiger Nebenleistungen für die Wirksamkeit eines Konzessionsvertrages

EnWG § 46; KV § 3; BGB § 134

Werden in einem Konzessionsvertrag nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Nebenleistungen vereinbart, so folgt daraus keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags gemäß § 134 BGB, wenn die unzulässigen Leistungen weder Kriterium für die Auswahl des Konzessionärs waren noch sich in anderer Weise auf die Auswahlentscheidung der Gemeinde ausgewirkt haben
(amtlicher Leitsatz)

BGH, U. v. 07.10.2014 – EnZR 86/13 –, vorgehend OLG München, U. v. 26.09.2013 – U 3587-12 Kart –, LG München I, Urt. v. 01.08.2012, 37 O 19383/10

mit Anmerkung von Rechtsanwälten Dr. Martin Düwel und Jakob Stasik

Aus dem Tatbestand:

[1] Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Übereignung des Stromnetzes für die kommunale Versorgung im Gebiet der Gemeinde Olching.

[2] An der Klägerin sind die Gemeinde Olching mit 51 % und die Stadtwerke GmbH mit 49 % beteiligt. Die Beklagte ist eine Konzerngesellschaft des E.-Konzerns. Ihre Rechtsvorgängerin, die I. AG, schloss im Jahr 2000 einen Stromkonzessionsvertrag mit der Gemeinde Olching (nachfolgend „Alt-Konzessionsvertrag“) ab. Der Vertrag enthält in § 5 folgende Regelung:

1. Wird dieser Vertrag nach seinem Ablauf nicht verlängert und wird die Gemeinde oder ein gemeindliches Unternehmen neues Energieversorgungsunternehmen, so gilt Folgendes:

1.1 Die Gemeinde ist berechtigt, alle für die allgemeine Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen der I. zu erwerben, die ausschließlich der Stromversorgung des Gemeindegebietes dienen und bei rationeller Betriebsführung weiterverwendet werden können....“

[3] Am 28. März 2008 machte die Gemeinde Olching im elektronischen Bundesanzeiger ihre Absicht bekannt, diesen Vertrag fristgemäß zu kündigen und einen neuen Stromkonzessionsvertrag mit einer Laufzeit von 20 Jahren abzuschließen. Netzbetreiber wurden zur Interessenbekundung aufgefordert.

[4] In einer Gemeinderatssitzung vom 14. Mai 2009 entschied die Gemeinde Olching, gemeinsam mit der Stadtwerke GmbH die Klägerin zu gründen und mit dieser einen Konzessionsvertrag abzuschließen. Die Gründung der Klägerin erfolgte am 31. August 2009, wobei alle Anteile zunächst von der Stadtwerke GmbH gehalten wurden. Die Gemeinde Olching machte ihre Auswahlentscheidung für die Klägerin am 11. September 2009 im elektronischen Bundesanzeiger öffentlich bekannt. In der Bekanntmachung heißt es:

„Die Entscheidung wurde unter folgenden Gesichtspunkten getroffen:

Aspekte der Wirtschaftlichkeit Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen Förderung des Klimaschutzes vor Ort.“

[5] Die Klägerin und die Gemeinde Olching schlossen am 16. Oktober 2009 einen Konzessionsvertrag (nachfolgend: KonzV), der unter anderem folgende Regelungen enthält:

§ 7 Zusammenarbeit mit der Gemeinde

(1) ...

(2) Die Gesellschaft wird die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten unterstützen. Sie wird die erforderlichen Daten zur Verfügung stellen. Wenn die Gemeinde die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts beauftragt ist die Gesellschaft nach Abstimmung bereit hierfür im Rahmen des konzessionsabgaberechtlich Zulässigen einen Zuschuss zu gewähren.

(3) Die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde wird dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, von der Gesellschaft unterstützt....

[6] In der Folgezeit verhandelten die Parteien über Konditionen und Umfang der Übertragung der Stromversorgungsanlagen in der Gemeinde Olching auf die Klägerin.

[7] Mit Vereinbarung vom 19. April/10. Mai 2010 trat die Gemeinde Olching ihre Ansprüche aus dem im Jahr 2000 abgeschlossenen Alt-Konzessionsvertrag an die Klägerin ab.

[8] Zum 1. Januar 2011 erwarb die Gemeinde Olching eine Beteiligung von 51 % an der Klägerin.

[9] Die Klägerin ist der Auffassung, ihr stehe aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung (nachfolgend § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF) und aus § 5 Nr. 1.1 des Alt-Konzessionsvertrages ein Anspruch auf Übereignung des Stromversorgungsnetzes für das Stadtgebiet von Olching zu. Dementsprechend begehrt sie mit ihrer Klage von der Beklagten im Wesentlichen die Übereignung des allgemeinen Stromversorgungsnetzes im Gebiet der Gemeinde Olching einschließlich der sowohl für die Örtliche als auch die überörtliche Stromverteilung genutzten Anlagen.

[10] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (ZNER 2012, 643). Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG München – U 3587/12 Kart, juris).

[...]

Aus den Gründen:

[11] A. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Netzes aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG sowie aus dem abgetretenen Anspruch gemäß § 5 des Alt-Konzessionsvertrags verneint und deshalb auch die weiteren Klageanträge abgewiesen. Dazu hat es ausgeführt:

[12] Ansprüche aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF stünden der Klägerin nicht zu, weil sie nicht „neues“ Energieversorgungsunternehmen im Sinne dieser Vorschrift geworden sei. Denn der von der Klägerin und der Gemeinde Olching geschlossene Konzessionsver-

trag sei wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV gemäß § 134 BGB nichtig. Die in § 7 Abs. 2 und 3 KonzV vereinbarte Pflicht der Klägerin, die Gemeinde Olching bei der Erstellung kommunaler Energiekonzepte zu unterstützen und die dafür erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, sowie die Pflicht, die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde zu unterstützen, seien nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Sachleistungen der Klägerin zugunsten der Gemeinde. Diese Pflichten seien „im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen“ vereinbart worden, so dass die unter anderem zugunsten von Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler Energiekonzepte bestehende Ausnahme vom Sachleistungsverbot nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nicht greife. Der Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV führe zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags. Zwar handele es sich bei dieser Regelung um Preisrecht, das nach seinem ursprünglichen Gesetzeszweck allein die Verbraucher vor überhöhten Preisen schützen sollte. Nach der zwischenzeitlichen

Eröffnung eines Wettbewerbs um Netze komme dem Verbot unzulässiger Sachleistungen jedoch wesentliche Bedeutung für den Schutz der Mitbewerber um eine Konzession zu.

[13] Die Klägerin könne sich auch nicht auf den ihr von der Gemeinde abgetretenen vertraglichen Übereignungsanspruch aus der Endschaftsbestimmung des Alt-Konzessionsvertrags mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten berufen, denn diese Abtretung sei im Hinblick auf die besondere Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG unwirksam.

[14] B. Die Revision der Klägerin hat im Ergebnis keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat zwar zu Unrecht angenommen, der Konzessionsvertrag sei insgesamt nichtig, weil er in mehrfacher Hinsicht gegen § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV verstoße (nachfolgend III.). Das Berufungsurteil erweist sich jedoch aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig, weil die Gemeinde Olching die Beklagte durch die Erteilung der Konzession an die Klägerin unbillig behindert und diskriminiert hat, woraus die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags und die Unbegründetheit der Klage folgt (nachfolgend IV.).

[15] I. im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass auf den Streitfall § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF anzuwenden ist. Anders als das Berufungsgericht offenbar meint, ist dafür allerdings nicht maßgeblich, dass die Gemeinde Olching mit der Bekanntmachung am 28. März 2008 das Vergabeverfahren für den neuen Konzessionsvertrag eingeleitet hat. Für den Inhalt des Anspruchs des neuen Energieversorgungsunternehmens kommt es allein auf das Recht an, das zur Zeit seiner Entstehung gilt. Da ein etwaiger Anspruch der Klägerin auf Überlassung des Stromnetzes mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrags mit Wirkung ab 1. Januar 2010 entstanden wäre, ist § 46 Abs. 2 EnWG im Streitfall in der bis zum 3. August 2011 geltenden alten Fassung anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 60 – Stromnetz Berkenthin).

[16] II. Zutreffend ist das Berufungsgericht ferner davon ausgegangen, dass für die Frage der Begründetheit des Anspruchs des „neuen Energieversorgungsunternehmens“ gegen den bisherigen Nutzungsberechtigten aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF auch die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags zu prüfen ist. Ansprüche nach dieser Vorschrift stehen nur demjenigen zu, dem die Gemeinde das Wegerecht wirksam eingeräumt hat (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 62, 65 – Stromnetz Berkenthin).

[17] III. Der Konzessionsvertrag zwischen der Klägerin und der Gemeinde Olching ist aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht deshalb insgesamt nichtig, weil er mit § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV unvereinbare Regelungen enthält.

[18] 1. Dabei kann offenbleiben, ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, in § 7 Abs. 2 und 3 KonzV seien nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Nebenleistungen vereinbart worden. § 7 Abs. 2 KonzV enthält zwar eine rechtlich bindende Verpflichtung der Klägerin, die Gemeinde Olching in bestimmter Weise bei der Erstellung kommunaler Energiekonzepte unentgelt-

lich zu unterstützen (nachfolgend a). Die Klägerin hat sich auch in § 7 Abs. 3 – allerdings möglicherweise ohne verbindliche Leistungspflichten – bereit erklärt, die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde unter Umständen zu unterstützen (nachfolgend b). Im Hinblick auf die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV getroffene Sonderregelung ist aber nicht frei von Zweifeln, ob derartige Verpflichtungen in einem Konzessionsvertrag verboten sind (nachfolgend c).

[19] a) Zu Unrecht macht die Revision geltend, in § 7 Abs. 2 KonzV seien keine Leistungen der Klägerin im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vereinbart worden, weil es sich um bloße Absichtserklärungen handele, die nicht eingeklagt und vollstreckt werden könnten. Das Berufungsgericht hat § 7 Abs. 2 KonzV ohne Rechtsfehler die rechtsverbindliche Vereinbarung einer unentgeltlichen Nebenleistung entnommen.

[20] aa) In § 7 Abs. 2 Satz 1 KonzV ist eine unbedingte Unterstützungspflicht der Klägerin gegenüber der Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten vereinbart worden. Satz 2 dieser Vertragsbestimmung nennt als eine geschuldete Unterstützungsmaßnahme beispielhaft die Bereitstellung der für kommunale Energiekonzepte erforderlichen Daten für die Gemeinde. Im letzten Satz des § 7 Abs. 2 KonzV erklärt die Klägerin ihre Bereitschaft, nach Abstimmung im Rahmen des konzessionsabgaberechtlich Zulässigen der Gemeinde einen Zuschuss zu gewähren, wenn diese einen Auftrag für die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts vergibt.

[21] Das Berufungsgericht hat angenommen, dass jedenfalls die Pflicht, die für ein Energiekonzept erforderlichen Daten zur Verfügung zu steilen, eine geldwerte Leistung beinhaltet. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Denn selbst dann, wenn es sich dabei grundsätzlich um bei der Klägerin vorhandene Daten handeln sollte, wird die Zusammenstellung dieser Daten zum Zweck der Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts bei der Klägerin personellen Aufwand verursachen. Die Gemeinde Olching könnte sich diese Daten ohne Unterstützung durch die Klägerin allenfalls mit großem Aufwand beschaffen, so dass sie für die Gemeinde einen erheblichen geldwerten Vorteil darstellen. Wegen fehlenden Zusammenhangs mit dem typischen Inhalt eines Konzessionsvertrags handelt es sich auch nicht um Leistungen des Konzessionärs, die er schon ohne vertragliche Regelung als Nebenpflicht aus dem Konzessionsvertrag schuldet.

[22] bb) Hinsichtlich der im ersten Satz des § 7 Abs. 2 KonzV vereinbarten Pflicht der Klägerin, die Gemeinde bei der Erstellung kommunaler Energiekonzepte zu unterstützen, ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, sie könne durch Beratungsleistungen oder eine Konzepterstellung erfüllt werden. In beiden Fällen verursache dies auf Seiten der Klägerin zumindest personellen Aufwand. Diese tatrichterliche Auslegung ist ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Auch wenn Art und Umfang der geschuldeten Unterstützungsleistungen nicht konkret bestimmt sind und infolgedessen zwischen den Parteien darüber Streit entstehen kann, gibt es jedenfalls einen Mindestumfang geschuldeter Unterstützungsleistungen, zu denen etwa die Teilnahme eines sachkundigen Vertreters der Klägerin an Beratungen über die Aufstellung eines Energiekonzepts gehören wird. Bei der Beurteilung dieser Vereinbarung ist zudem zu berücksichtigen, dass es zur Verhinderung von Umgehungen des Nebenleistungsverbots geboten ist, den Leistungsbegriff des § 3 Abs. 2 KAV grundsätzlich eher weit auszulegen.

[23] cc) Die Zuschussvereinbarung in § 7 Abs. 2 Satz 3 KonzV steht zwar unter dem Vorbehalt einer noch fehlenden Abstimmung der Parteien sowie des konzessionsabgaberechtlich Zulässigen. Außerdem ist sie dadurch aufschiebend bedingt, dass die Gemeinde die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts beauftragt. Es ist jedoch klar vereinbart, dass im Fall eines entsprechenden Auftrags der Gemeinde von der Klägerin jedenfalls ein – der Höhe nach noch unbestimmter – Zuschuss, also eine geldwerte Leistung, zu gewähren ist.

[24] dd) Das Berufungsgericht ist auch ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die von der Klägerin nach § 7 Abs. 2 KonzV

geschuldeten Leistungen im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV „unentgeltlich“ erbracht werden sollen. Ein besonderes Entgelt für diese Leistungen ist im Konzessionsvertrag nicht vereinbart worden. Unerheblich ist dabei, dass es sich um Leistungen handelt, die von der Klägerin für die Gewährung der Konzession erbracht werden. Denn nach dem Sinn und Zweck des § 3 KAV, bis auf die ausdrücklich geregelten Ausnahmen andere Leistungen als Konzessionsabgaben für die Konzessionsgewährung zu verbieten, ist die Formulierung „unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis“ in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV im Sinne von „nicht zu marktüblichen Preisen“ zu verstehen. Da es an der Vereinbarung marktüblicher Preise für die nach § 7 Abs. 2 KonzV geschuldeten Unterstützungsleistungen fehlt, ist das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV erfüllt.

[25] b) Nach § 7 Abs. 3 KonzV wird die Klägerin zudem die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, unterstützen.

[26] aa) Sofern dieser Regelung eine Verpflichtung der Klägerin zur Erbringung geldwerter Leistungen zu entnehmen sein sollte, mag sie mangels Freistellung nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV gegen das in § 3 KAV geregelte Nebenleistungsverbot verstoßen. Die Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz (Energieeffizienzrichtlinie) stünde dem jedenfalls nicht entgegen. Im Streitfall hat diese Richtlinie schon deshalb keine Bedeutung, weil sie nach ihrem Art. 28 Abs. 1 erst bis zum 5. Juni 2014 in das deutsche Recht umzusetzen war, der Konzessionsvertrag mit der Klägerin jedoch bereits am 16. Oktober 2009 für einen Vertragsbeginn ab 1. Januar 2010 abgeschlossen worden ist. Unabhängig davon ist die in § 7 Abs. 3 KonzV vorgesehene Unterstützung der Gemeinde bei der Eigenerzeugung von Strom auch keine Maßnahme zur Förderung der Energieeffizienz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Buchst. b) der Energieeffizienzrichtlinie. Sie betrifft weder Investitionen zur Verbesserung der Energieeffizienz – also des Verhältnisses von Ertrag zu Energieeinsatz (vgl. Art. 2 Nr. 4 der Energieeffizienzrichtlinie) – noch zur Minimierung der Lebenszykluskosten und auch keine Energieleistungsverträge oder andere Drittfinanzierungen mit langfristiger Vertragslaufzeit.

[27] bb) Allerdings fehlt bei der Unterstützungspflicht der Klägerin gemäß § 7 Abs. 3 KonzV nicht nur jede Konkretisierung. Sie steht darüber hinaus unter dem Vorbehalt, dass es sich um eine ökologisch und wirtschaftlich sinnvolle Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde handeln muss, ohne festzulegen, wer auf welcher Grundlage diese Beurteilung vornehmen soll. Offen ist insbesondere, von wessen Standpunkt aus die Frage des ökologischen und vor allem wirtschaftlichen Sinns beurteilt werden soll. Was etwa aufgrund von Maßnahmen der Ökostromförderung für die Gemeinde wirtschaftlich sinnvoll sein kann, muss es für die Klägerin als Netzbetreiber keineswegs sein. Insbesondere weil es sich bei der Klägerin um ein Gemeinschaftsunternehmen der Gemeinde Olching und der Stadtwerke GmbH handelt, kann nicht ohne weiteres von einem Gleichlauf der wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und der Klägerin ausgegangen werden. Es spricht deshalb viel dafür, in § 7 Abs. 3 KonzV – anders als in § 7 Abs. 2 des Vertrags – lediglich eine allgemeine Absichtserklärung der Klägerin zu erkennen, die auch bei der gebotenen weiten Auslegung nicht als Leistungsverpflichtung im Sinne von § 3 KAV angesehen werden kann.

[28] c) Ob danach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV die in § 7 Abs. 2 und 3 KonzV getroffenen Vereinbarungen verbietet, kann indes dahinstehen, weil auch aus einem unterstellten Verstoß gegen § 3 KAV keine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags folgen würde (dazu unten Rn. 37 bei 2.). Daher bedarf es keiner abschließenden Stellungnahme zur Auslegung des letzten Halbsatzes von § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 2 KAV. Der Inhalt der letztgenannten Bestimmung ist nach Auffassung des Senats auch nicht eindeutig.

[29] aa) Die Konzessionsabgabenverordnung bestimmt, weiche Gegenleistungen Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung einfacher oder ausschließlicher Wegerechte an die Gemeinde

entrichten dürfen (vgl. § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 KAV). § 3 KAV regelt abschließend, welche anderen Leistungen als Konzessionsabgaben dafür zulässig sind. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV bleiben Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, von dem Nebenleistungsverbot „unberührt“. Die in § 3 Abs. 2 KAV behandelten Leistungsvereinbarungen oder -gewährungen sind eindeutig auf § 3 Abs. 1 KAV rückbezogen und betreffen daher allein Leistungen, die für die Einräumung einfacher oder ausschließlicher Wegerechte von den Versorgungsunternehmen erbracht werden sollen. Das setzt voraus, dass die danach zulässigen Nebenleistungen in Konzessionsverträgen vereinbart werden können. Dennoch bestimmt der letzte Halbsatz von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV, dass von der Sonderregelung Leistungen nur erfasst werden sollen „soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen“.

[30] bb) Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, erfasst die am Satzende von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV stehende Einschränkung nach ihrem Wortlaut die gesamte Ausnahmeregelung des vorstehenden Halbsatzes, also sowohl Leistungen bei der Aufstellung von Energiekonzepten als auch Maßnahmen zum rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart. Die dem mit „soweit“ eingeleiteten abschließenden Satzteil der Norm vorangestellten Wörter „bleiben unberührt“ beziehen sich eindeutig auf beide in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vom Nebenleistungsverbot ausgenommenen Leistungsarten, so dass auch die ihnen unmittelbar folgende, mit „soweit“ beginnende Einschränkung grammatikalisch keinen anderen Bezug haben kann (so auch Dazert/Faber, ER 2013, 42, 43). Der Wortlaut der Norm legt danach nahe, dass die für die Vereinbarung von Leistungen für Energiekonzepte und bestimmte Energiesparmaßnahmen in Konzessionsverträgen in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV zunächst gewährte Privilegierung durch den letzten Halbsatz wieder vollständig aufgehoben wird. Damit bliebe der Ausnahme vom Nebenleistungsverbot in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV allerdings im Ergebnis kein Anwendungsbereich (vgl. Kahl/Schmidtchen, RdE 2012, 1, 7).

[31] cc) Aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich keine tragfähigen Hinweise für die Auslegung des letzten Halbsatzes des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV. Nach dem ursprünglichen Regierungsentwurf zur Konzessionsabgabenverordnung sollten nur Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler Energieversorgungskonzepte sowie bei der Energiesparberatung vom Nebenleistungsverbot ausgenommen werden (BR-Drucks. 686/91, S. 4). Eine Einschränkung dieser Ausnahme war nicht vorgesehen. Erst auf Initiative des Bundesrates ist die Ausnahme vom Verbot auch auf Leistungen für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, erweitert worden (BR-Drucks. 686/91, Beschluss des Bundesrates, S. 4). Gleichzeitig hat der Bundesrat die Einschränkung der Ausnahme für Vereinbarungen „im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsabgabenverträgen“ vorgeschlagen. Eine Begründung für diesen Vorschlag fehlt. Insbesondere gibt es keinen Hinweis darauf, warum der Bundesrat die von der Bundesregierung einschränkungslos vorgeschlagene Ausnahme für Leistungen bei Energiekonzepten hätte beschränken wollen.

[32] dd) Das vom Ordnungsgeber verfolgte Ziel gibt ebenfalls keinen eindeutigen Aufschluss über die Bedeutung des letzten Halbsatzes von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV.

[33] (1) Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ist es, aus energie- und umweltpolitischen Gründen den Versorgungsunternehmen Leistungen bei der Aufstellung kommunaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen zu ermöglichen, die einem rationellen, sparsamen und ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten

Energieart dienen (vgl. Begründung der Bundesregierung zur Konzessionsabgabenverordnung, BR-Drucks. 686/91, S. 18; Be-

schluss des Bundesrates zur Konzessionsabgabenverordnung, BR-Drucks. 686/91, S. 4), und dadurch die Zusammenarbeit zwischen Versorgungsunternehmen und Gemeinden zu fördern. Sinn und Zweck von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ließen sich daher möglicherweise für eine enge Auslegung des letzten Halbsatzes dieser Norm anführen, wonach die Ausnahmebestimmung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nur auf solche Leistungen nicht anzuwenden ist, die während der Laufzeit eines Konzessionsvertrags für dessen Verlängerung erbracht werden oder die den Abschluss eines späteren, neuen Konzessionsvertrags vorbereiten oder ihm zugrunde liegen sollen. Dafür könnte auch die gegenüber der Konzessionsabgabenverordnung höher-rangige Zweckbestimmung des § 1 Abs. 1 EnWG sprechen, die im Konzessionsabgabenrecht als Teil des Energiewirtschaftsrechts (vgl. § 48 Abs. 2 EnWG) zu berücksichtigen ist. Die Leistungen, die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vom Nebenleistungsverbot ausgenommen sind, dienen dazu, im Interesse der Allgemeinheit einen effizienten und umweltverträglichen Netzbetrieb im Sinne von § 1 Abs. 1 EnWG zu gewährleisten (vgl. Templin, ZNER 2012, 570, 578).

[34] 2) Allerdings scheint auch nicht ausgeschlossen, dass es sich bei der Ausnahmebestimmung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV um eine ohnehin überholte Regelung handelt, die jedenfalls seit der Entflechtung von Energieversorgung und Netzbetrieb keine Bedeutung mehr hat.

[35] Die Bestimmung ist zum 1. Januar 1992 in Kraft getreten und damit zu einem Zeitpunkt, in dem in Deutschland Stromlieferung und Netzbetrieb in geschlossenen Versorgungsgebieten aus einer Hand erfolgten. Der Konzessionär der Wegerechte war daher stets zugleich der kommunale Stromversorger. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesrat die von ihm gewünschte Erweiterung der Ausnahme vom Nebenleistungsverbot in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV damit begründet, dass das Energieversorgungsunternehmen als langfristig versorgungsberechtigtes und versorgungsverpflichtetes Unternehmen entsprechende Leistungen erbringen können müsse (BR-Drucks. 686/91, Beschluss des Bundesrates, S. 4).

[36] Nach der Entflechtung von Netzbetrieb und Stromversorgung kann der Konzessionär aber keine Stellung als „langfristig versorgungsberechtigtes und versorgungsverpflichtetes Unternehmen“ mehr haben, so dass die wesentliche Motivation für die Privilegierung bestimmter Leistungen in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV möglicherweise entfallen ist. Das könnte es naheliegen, die unveränderte Fortgeltung der in sich widersprüchlichen Ausnahmeregelung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV als Versehen bei der Novellierung des Energiewirtschaftsrechts anzusehen. Dann mag es hinzunehmen sein, wenn die Norm jedenfalls inzwischen entsprechend ihrem Wortlaut keinen Anwendungsbereich mehr hätte. Dies bedarf indes im Streitfall keiner Entscheidung.

[37] 2. Selbst im Fall eines Verstoßes von § 7 Abs. 2 und 3 KonzV gegen § 3 KAV wäre der Konzessionsvertrag entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht insgesamt nichtig.

[38] a) Anders als das Berufungsgericht meint, kann sich aus § 134 BGB in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV keine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags ergeben.

[39] aa) Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ist zwar ein gesetzliches Verbot, das bestimmte Leistungen des Versorgungsunternehmens als Gegenleistung für die Einräumung der Konzession verbietet (vgl. Theobald/Templin in Danner/Theobald, Energie-recht, Stand Okt. 2011, KonAV § 3 Rn. 202; Templin, ZNER 2012, 570, 579; Kahl/Schmidchen, RdE 2012, 1, 5; zum Verbotscharakter des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

KAV vgl. auch Bachert, RdE 2006, 76, 78; Scholz/Stappert/Haus, RdE 2007, 106, 107). Damit handelt es sich aber um eine Höchstpreisregelung, also eine Bestimmung des Preisrechts (Theobald/Templin in Danner/Theobald, aaO KonAV § 3 Rn. 214). Das hat in einer früheren Entscheidung auch das Berufungsgericht angenommen (OLG München, Urteil vom 24. Mai 2012 – U 4936/11 Kart, juris Rn. 45) und im Streitfall zu Recht nicht in Frage gestellt.

[40] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt ein Verstoß gegen Preisvorschriften nicht zur Unwirksam-

keit des gesamten Vertrags, sondern in Anwendung der in § 134 2. Halbs. BGB normierten Ausnahmeregelung nur zur Teilnichtigkeit der Preisabrede. An die Stelle der unzulässigen Preisvereinbarung tritt der gesetzlich zulässige Preis (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Januar 1984 – VIIIARZ 13/83, BGHZ 89, 316, 319; Urteil vom 23. Juni 1989 – VZR 289/87, BGHZ 108, 147, 150; Urteil vom 11. Oktober 2007 – VII ZR 25/06, NJW2008, 55 Rn. 14; ebenso die allgemeine Meinung im Schrifttum, vgl. nur MünchKomm.BGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 134 Rn. 63, 107; Erman/A. Arnold, BGB, 14. Aufl., § 134 Rn. 49 f.; jurisPK-BGB/ Nassall, Stand Okt. 2014, § 134 Rn. 157).

[41] Zu Unrecht hält das Berufungsgericht diese ständige Rechtsprechung im Streitfall für nicht anwendbar, weil sich die Preisvorschrift des § 3 KAV an beide Vertragspartner richte und weder der Schutz der Gemeinde, die den überhöhten Preis fordert, noch der Schutz des den überhöhten Preis anbietenden Energieversorgers die Aufrechterhaltung des Konzessionsvertrags geboten. Allerdings ist in der Regel anzunehmen, dass ein Rechtsgeschäft nichtig sein soll, wenn sich ein Verbot gegen beide Vertragsparteien richtet (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1991 – VIII ZR 296/90, BGHZ 115, 123, 125; Urteil vom 14. Dezember 1999 – X ZR 34/98, BGHZ 143, 283, 287; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 134 Rn. 8). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr kann sich gemäß § 134 2. Halbs. BGB aus dem Gesetz, also aus Sinn und Zweck der Verbotsnorm, etwas anderes ergeben. Das ist bei preisrechtlichen Bestimmungen der Fall. Vorschriften des Preisrechts wollen nur die Vereinbarung eines unzulässigen Preises verhindern, nicht jedoch insgesamt das Rechtsgeschäft, auf das sich die Parteien geeinigt haben (vgl. Erman/A. Arnold, aaO § 134 BGB Rn. 49; MünchKomm.BGB/Armbrüster, aaO § 134 BGB Rn. 107). Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Verstößen gegen preisrechtliche Vorschriften auch nicht darauf abgestellt, ob es sich um ein- oder zweiseitige Verbote handelt (vgl. etwa BGHZ 89, 316, 319; 108, 147, 150; BGH, NJW2008, 55 Rn. 14).

[42] bb) Anders als die Revisionserwiderung meint, ist ein abweichendes Ergebnis nicht im Hinblick auf den Schutzzweck des § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV geboten. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist auch der Konzessionär, der durch die Vereinbarung einer nach Konzessionsabgabenrecht unzulässigen Leistungspflicht belastet ist, schutzbedürftig. Im Hinblick auf ihre marktbeherrschende Stellung bei der Konzessionsvergabe (vgl. BGHZ 199, 199, 289 Rn. 16 – Stromnetz Berkenthin) besteht das grundsätzliche Risiko, dass Gemeinden versucht sein können, unangemessene Gegenleistungen für die Gewährung der Wegenutzungsrechte zu verlangen (vgl. Bachert, RdE 2006, 76, 78; Scholz/ Stappert/Haus, RdE 2007, 106, 107). Zum Schutz des Konzessionärs ist es deshalb geboten, den Konzessionsvertrag ohne die Verpflichtung zu unzulässigen Nebenleistungen aufrechtzuerhalten.

[43] Im Übrigen dient das Höchstpreisrecht der Konzessionsabgabenverordnung auch dem Schutz der Verbraucher vor überhöhten Netzentgelten, da der Konzessionär seinen Aufwand für die Einräumung der Wegerechte auf die Netzentgelte umlegen wird. Dieses Schutzziel der Konzessionsabgabenverordnung wird inzwischen zwar grundsätzlich bereits durch die Regulierung der Netzentgelte erreicht (vgl. Templin, ZNER 2012, 570, 571). Das verändert indes nicht das gesetzgeberische Ziel der Konzessionsabgabenverordnung, die weiterhin – ebenfalls – den Schutz der Energieverbraucher bezweckt.

[44] cc) Sofern § 7 Abs. 2 und 3 KonzV überhaupt die Vereinbarung einer unzulässigen Nebenleistung durch die Klägerin enthalten sollten, wären somit allein diese Vertragsklauseln nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV, § 134 BGB nichtig, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts jedoch nicht der Konzessionsvertrag insgesamt.

[45] b) Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann sich im Streitfall eine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags auch nicht aus § 139 BGB ergeben. Danach ist bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nich-

tigen Teil vorgenommen sein würde. Die Parteien haben in § 10 Abs. 5 des Konzessionsvertrags indes eine salvatorische Klausel aufgenommen.

[46] Eine solche salvatorische Klausel entbindet zwar nicht von der nach § 139 BGB vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten. Sie weist aber demjenigen, der entgegen der Erhaltungsklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält, hierfür die Darlegungs- und Beweislast zu (BGH, Urteil vom 24. September 2002 – KZR 10/01, WuW/E DE-R 1031, 1032 – Tennishallenpacht; Urteil vom 29. September 2009 – EnZR 14/08, WuW/E DE-R 2921 Rn. 30 – Endschäftsbestimmung II). Das Berufungsgericht hat dazu – von seinem Standpunkt aus zu Recht – keine Feststellungen getroffen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich aber jedenfalls, dass den Klauseln über die Unterstützung der Gemeinde bei der Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts (§ 7 Abs. 2 KonzV) und bei der Eigenerzeugung von Strom (§ 7 Abs. 3 KonzV) im Rahmen des Konzessionsvertrags lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Hauptsächlicher Regelungsinhalt des Konzessionsvertrags sind die Einräumung der Wegrechte sowie die Verpflichtung zum Netzbetrieb gegen Entrichtung der dafür in § 3 des Vertrags vereinbarten Konzessionsabgaben. Die in § 7 unter der Überschrift „Zusammenarbeit mit der Gemeinde“ aufgeführten weiteren Leistungen des Netzbetreibers sind diesen wesentlichen Regelungen eindeutig nachgeordnet. Auch sind von vornherein die Möglichkeiten eines Netzbetreibers äußerst beschränkt, die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde über die bestehenden gesetzlichen Netzanschlusspflichten hinaus zu fördern. Entscheidend gegen eine Gesamtnichtigkeit spricht schließlich, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 KonzV vereinbarten Klauseln im Falle ihrer Unzulässigkeit mit keinem Netzbetreiber hätten vereinbart werden dürfen, die Gemeinde aber gleichwohl auf jeden Fall zum Abschluss eines Konzessionsvertrags verpflichtet gewesen wäre, um den Betrieb des Stromnetzes in der Gemeinde zu gewährleisten.

[47] Die Klägerin und die Gemeinde Olching hätten den Konzessionsvertrag daher auch ohne die Bestimmungen zur Unterstützung der Gemeinde bei einem Energiekonzept und bei der Eigenerzeugung von Strom abgeschlossen.

[48] c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts erfordert schließlich der Schutz der Mitbewerber nicht schon dann die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags, wenn ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vorliegt. Vielmehr tritt diese Rechtsfolge nur dann ein, wenn die unzulässige Leistung kausal für die Auswahlentscheidung war. Das Berufungsgericht hat aber weder festgestellt, dass die Klauseln zum Energiekonzept und zur Eigenerzeugung ein Auswahlkriterium waren, noch dass sie sich in anderer Weise auf die Vergabeentscheidung ausgewirkt haben.

[49] Soweit in der Bekanntmachung der Auswahlentscheidung durch die Gemeinde Olching als einer von fünf Gesichtspunkten für die Auswahl des Konzessionärs der „Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen“ genannt wurde, liegt nahe, darunter die Förderung der Stromerzeugung durch erneuerbare Energien oder Kleinkraftwerke in Gewerbebetrieben und Privathaushalten des Gemeindegebiets zu verstehen und nicht eine – dann doch wieder auf das Gemeindegebiet bezogene zentrale – Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde. Es ist auch nicht festgestellt oder von der Klägerin geltend gemacht, dass wegen der Bestimmungen des § 7 Abs. 2 und 3 KonzV Bewerber um die Konzessionsvergabe abgelehnt wurden oder kein Angebot abgegeben haben.

[50] Hat sich ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV aber nicht auf die Konzessionsvergabe ausgewirkt, so kann der Schutz der Mitbewerber auch nicht die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags erfordern.

[51] Dabei kann dahinstehen, ob der Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV aufgrund der zwischenzeitlichen Änderungen der energiewirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen nunmehr auch die Funktion zukommt, Mitbewerber um die Konzessionsvergabe zu schützen, oder ob einem solchen Verständnis – wie die Revision meint – der

Umstand entgegensteht, dass ein solcher Schutzzweck bei Erlass der Konzessionsabgabenverordnung im Jahr 1992 nicht beabsichtigt war. Selbst wenn § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV eine Mitbewerber um die Konzession schützende Funktion beigemessen werden könnte, würden sich daraus für sie keine über § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) hinausgehenden Ansprüche ergeben.

[52] IV. Damit hält das Berufungsurteil mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auch wenn § 7 Abs. 2 und 3 KonzV gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV verstoßen würden, führte dies auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags. Gleichwohl hat die Revision im Ergebnis keinen Erfolg. Denn das Berufungsurteil stellt sich aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

[53] 1. Die Konzessionsvergabe an die Klägerin beruht nicht auf einem diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahren. Dadurch ist die Beklagte, die sich ebenfalls um die Konzession beworben hatte, gem. § 20 GWB aF (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB) unbillig behindert worden. Diese Unbilligkeit führt, wie der Senat nach dem Urteil des Berufungsgerichts entschieden hat, im Streitfall zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 99, 101 – Stromnetz Berkenthin). Das kann das Revisionsgericht auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

[54] a) Das für die Konzessionsvergabe geltende Transparenzgebot verlangt, dass allen Bewerbern die von der Gemeinde angewandten Auswahlkriterien und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 44 bis 48, 72 f. – Stromnetz Heiligenhafen). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, dass dies bei dem Verfahren der Konzessionsvergabe durch die Gemeinde Olching nicht der Fall war. Die Aufforderung zur Interessenbekundung vom 28. März 2008 enthielt keine Angaben zu den Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung.

[55] Das von der Klägerin angeführte Schreiben der Gemeinde Olching vom 6. Juli 2007, mit dem diese allen Bewerbern um den neuen Konzessionsvertrag ihre Kriterien für die Neuvergabe mitgeteilt haben soll, ist für eine transparente Information aller potentiellen Bewerber schon deshalb ungeeignet, weil es vor der Bekanntmachung vom 28. März 2008 versandt wurde und deshalb alle diejenigen Interessenten, die sich aufgrund der Bekanntmachung zu einer Interessenbekundung veranlasst sahen, nicht erreichen konnte. Im Übrigen wird in diesem Schreiben allein das Interesse an einer Beteiligung an einer kommunalen Gesellschaft abgefragt, die den Netzbetrieb in Olching übernehmen soll. Mit dem aus § 46 Abs. 1 EnWG folgenden Gebot diskriminierungsfreier Vergabe ist es aber unvereinbar, den Kreis möglicher Konzessionäre von vornherein auf kommunale Beteiligungsgesellschaften zu beschränken (vgl. BGH, WuW/E DE-R 4139 Rn. 31 bis 42 – Stromnetz Heiligenhafen; BGHZ 199, 289 Rn. 95 – Stromnetz Berkenthin). Durch Erläuterungen zu einem unzulässigen Auswahlverfahren können bei der Konzessionsvergabe bestehende Informationspflichten nicht erfüllt werden.

[56] Dem mit Schreiben vom 27. März 2009 übermittelten Fragenkatalog, den die Gemeinde Olching nach Vortrag der Klägerin auch der Beklagten übersandt haben soll, sind die laut der Bekanntmachung der Gemeinde Olching vom 11. September 2009 bei der Vergabeentscheidung angewandten Kriterien und ihre Gewichtung ebenfalls nicht zu entnehmen. Es kommt hinzu, dass ein erheblicher Teil der dort gestellten Fragen sachwidrig ist, weil er – wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat – keinen Bezug zum Netzbetrieb aufweist und allein den Energievertrieb oder die Energieerzeugung betrifft.

[57] b) Unabhängig davon sind die von der Gemeinde Olching lt. Bekanntmachung vom 11. September 2009 bei der Konzessionsvergabe angewandten Kriterien weitgehend unzulässig und im Übrigen unvollständig.

[58] So betrifft das Kriterium „Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort“ weder konzessionsabgabenrechtlich zulässige Nebenleistungen noch steht es mit der Ausrichtung des Netzbetriebs auf die Ziele des § 1 EnWG in Zusammenhang (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 47 – Stromnetz Berkenthin). Das beim Netzbetrieb vorrangige Ziel der Versorgungssicherheit (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 83 f. – Stromnetz Berkenthin) fehlt bei den veröffentlichten Entscheidungskriterien vollständig. Schließlich spricht bei dem Kriterium „Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur“ viel dafür, dass danach allein Angebote mit einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung für die Gemeinde Olching berücksichtigt werden sollten, ohne dass erkennbar ist, warum berechnete Interessen der Gemeinde hinsichtlich der Einflussnahme auf den Netzbetrieb nicht auch durch vertragsrechtliche Regelungen hätten gewahrt werden können (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 97 – Stromnetz Berkenthin).

[59] c) Diese Fehler bei der Konzessionsvergabe führen im Streitfall zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags. Infolgedessen ist die Klägerin nicht „neues Energieversorgungsunternehmen“ im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF geworden. Ihr stehen aus dieser Vorschrift keine Ansprüche gegen die Beklagte zu.

[60] d) Der Nichtigkeitseinwand ist nicht verwirkt. Dabei kann weiterhin dahinstehen, ob Einwendungen aus § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. § 20 Abs. 1 GWB aF von vornherein nicht der allgemeinen Verwirkung nach § 242 BGB unterliegen. Jedenfalls hat das Berufungsgericht eine Verwirkung im Ergebnis zu Recht verneint. Eine nach § 134 BGB im öffentlichen Interesse, hier dem des Wettbewerbs um das Wegerecht zwecks Verbesserung der Versorgungsbedingungen, angeordnete Nichtigkeit kann allenfalls in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden (vgl. BGH, Urteil vom 1. August 2013 – VII ZR 6/13, ZIP 2013, 1918 Rn. 30 mwN; BGHZ 199, 289 Rn. 118 f. – Stromnetz Berkenthin). Die Voraussetzungen hierfür liegen im Streitfall schon angesichts der bis zu den Entscheidungen des Senats vom 17. Dezember 2013 in den Verfahren „Stromnetz Berkenthin“ (BGHZ 199, 289) und „Stromnetz Heiligenhafen“ (WuW/E DE-R 4139) unklaren Rechtslage nicht vor.

[61] 2. Die Klägerin hat auch keine Ansprüche gegen die Beklagte aus abgetretenen Rechten der Gemeinde Olching aus der Endschaftsbestimmung in § 5 Nr. 1.1 des Alt-Konzessionsvertrags.

[62] Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, fehlt es bereits an der Voraussetzung für die Entstehung des vertraglichen Rechts, das gemeindliche

Stromnetz zu erwerben, weil weder die Gemeinde noch „ein gemeindliches Unternehmen neues Energieversorgungsunternehmen“ geworden ist. Denn der neue Konzessionsvertrag ist unwirksam, so dass die Klägerin nicht „neues Energieversorgungsunternehmen“ ist.

[63] Zudem steht der Durchsetzung des Anspruchs aus einer Endschaftsbestimmung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen, wenn eine Auswahlentscheidung der Gemeinde zu Lasten des bisherigen Netzbetreibers gegen das Gebot diskriminierungsfreien Zugangs nach § 46 Abs. 1 EnWG und damit gegen § 20 Abs. 1 GWB aF verstößt (BGHZ 199, 289 Rn. 122 – Stromnetz Berkenthin). Der an die Klägerin abgetretene Anspruch war schon vor der Abtretung mit diesem Einwand behaftet, weil die Abtretung am 10. Mai 2010 erfolgte, also erhebliche Zeit nach Abschluss des Auswahlverfahrens für den neuen Konzessionär und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem die auf die unbillige Behinderung durch die rechtlich fehlerhaften Auswahlkriterien gestützten Einwendungen der Beklagten und der anderen Mitbewerber bereits entstanden waren.

Anmerkung von Dr. Martin Düwel und Jakob Stasik*

Zwei lange umstrittene Rechtsfragen auf dem Gebiet des Konzessions Vergaberechts schienen durch die Urteile des OLG München

vom 26.09.2013 – U 3587/12 Kart – juris und – U 3589/12 Kart – ZNER 2014, 90 m. Anm. Templin, geklärt: die Frage nach der Reichweite der Einschränkung der Freistellung von dem Nebenleistungsverbot für Leistungen zur Erstellung von Energiekonzepten in § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS a. E. Konzessionsabgabenverordnung (KAV) und die Frage nach der Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das nach allgemeiner Auffassung in § 3 KAV geregelte Nebenleistungsverbot. Durch das Urteil des BGH wird die erhoffte Klarheit nunmehr wieder teilweise beseitigt. Denn auch wenn der BGH die Entscheidung des OLG München – nur das Urteil zu dem Aktenzeichen U 3587/12 Kart war Gegenstand des Revisionsverfahrens – im Ergebnis bestätigt, so sind die Abweichungen insbesondere in der Begründung zu der Frage der Reichweite der Einschränkung der Freistellung von dem Nebenleistungsverbot in § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS a. E. KAV bzw. der Regelung selbst erheblich und von weittragender Bedeutung für das Konzessionsvergaberecht. Sie werfen erneut die Frage auf, wie mit den bei Kommunen häufig nachgefragten Leistungen zur Erstellung von Energiekonzepten zu verfahren ist.

1. Ausnahme vom Nebenleistungsverbot in § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS KAV

In § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS KAV heißt es: *„Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen bleiben [von dem Nebenleistungsverbot] unberührt, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen“*. Das OLG München gelangte in seinem Urteil durch eine streng an dem Wortlaut orientierte Auslegung der Regelung zu dem Ergebnis, dies die Rückausnahme in § 3 Abs. 2 Nr. 1, 2. HS a. E. KAV, soweit die Leistungen im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehe, nicht nur für die zweite Alternative gelte (Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen), sondern auch für die erste Alternative (Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte): Da das OLG München dieses Auslegungsergebnis auch nicht durch andere Auslegungsmethoden widerlegt sah, kam es insoweit zu dem Ergebnis, dass unentgeltliche Leistungen zur Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stets unzulässig seien.

Im Ausgangspunkt – der Wortlautauslegung – stimmt der BGH mit dem OLG München überein. Auch er erachtet den Wortlaut der Regelung entgegen anderslautender Stimmen in der Literatur für eindeutig. Dem Wortlaut nach beziehe sich die Einschränkung der Freistellung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS KAV auf den gesamten Halbsatz und nicht nur auf die zweite Alternative. Damit seien nicht nur Maßnahmen zum rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart von dem Nebenleistungsverbot freigestellt, sondern auch Leistungen bei der Aufstellung von Energiekonzepten, soweit sie (beide) im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen.

Der BGH begründet dies wie folgt: Die mit „soweit“ eingeleitete Einschränkung der Freistellung beziehe sich grammatikalisch eindeutig auf den mit den Wörtern „bleiben unberührt“ beginnenden Satzteil, dem eindeutig beide Leistungsarten angehören. Dem ist zuzustimmen. Der Wortlaut der Regelung ist klar und so auch die Begründung des BGH. Wäre die Beschränkung auf nur eine Alternative gewollt gewesen, so hätte dies grammatikalisch durch eine entsprechende Präzisierung in dem „Soweit-Satz“ erfolgen können. Da dies nicht geschehen ist, spricht der Wortlaut dafür, dass die Rückausnahme sich auf beide Alternativen bezieht. Ob dies sinnvoll ist, ist eine andere Frage, die das OLG München im Gegensatz

zum BGH nicht gesehen hat. Der BGH nämlich erkennt bereits an dieser Stelle das eigentliche Problem: „Der Wortlaut der Norm legt danach nahe, dass die für die Vereinbarung von Leistungen für Energiekonzepte und bestimmte Energiesparmaßnahmen in Konzessionsverträgen in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV zunächst gewährte Privilegierung durch den letzten Halbsatz wieder vollständig aufgehoben wird. Damit bliebe der Ausnahme vom Nebenleistungsverbot in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV allerdings im Ergebnis kein Anwendungsbereich [...]“

Folgerichtig prüft der BGH im Anschluss, ob eine andere Auslegungsmethode ein anderes Ergebnis gebietet. Doch auch der Entstehungsgeschichte des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV kann der BGH in Übereinstimmung mit dem OLG München und entgegen einer bis dato wohl überwiegend in der Literatur vertretenen Auffassung richtigerweise nicht entnehmen, dass sich die Einschränkung nur auf Energiesparmaßnahmen beziehe, weil, wie in der Literatur vorgebracht, in dem ursprünglichen Regelungsentwurf des Bundesministers für Wirtschaft nur die Freistellung von Energiekonzepten ohne Einschränkung vorgesehen war und erst mit Aufnahme der zusätzlichen Freistellung für Energiesparmaßnahmen durch den Bundesratsbeschluss auch die Einschränkung Einzug gefunden habe. Denn eine Begründung für die Aufnahme der Einschränkung fehlt in dem Bundesratsbeschluss gänzlich. Dort wird lediglich eine Begründung für die zusätzliche Freistellung von Energiesparmaßnahmen geliefert. Aus dem bloßen Zusammenfallen der Erweiterung der Regelung um eine weitere Freistellungsalternative mit der Aufnahme der Einschränkung kann allerdings nicht geschlossen werden, dass sich die Einschränkung nur auf diese bezieht, wenn der Wortlaut dies nicht stützt. Vielmehr spricht die zusätzliche Aufnahme der Freistellung von Energiesparmaßnahmen dafür, dass der Bundesrat eher eine Erweiterung der Freistellung als deren Einschränkung beabsichtigt hat. Aus der Entstehungsgeschichte kann daher kein vom Wortlaut abweichendes Auslegungsergebnis gewonnen werden.

Etwas anderes gilt dagegen für den Sinn und Zweck der Vorschrift, mit dem sich der BGH intensiv auseinandersetzt. Auch das OLG München hatte hierzu Stellung genommen, aber in seiner Begründung auf den Zweck des gesamten § 3 KAV abgestellt. Zweck des § 3 KAV sei es, Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt der Nebenleistungen zu verhindern, weshalb die Zulassung von Nebenleistungen in § 3 Abs. 2 KAV als eng auszulegende Ausnahmevorschrift einzustufen sei, sodass auch die Freistellung von Energiekonzepten restriktiv zu werten sei. Im Gegensatz zum OLG München hat der BGH auf Sinn und Zweck der hier maßgeblichen Regelung in Abs. 2 Nr. 1 von § 3 KAV abgestellt. Dieser spricht nach dem BGH für eine enge Auslegung der Einschränkung und dafür, dass Energiekonzepte nicht von der Einschränkung erfasst sein sollten.

Dies begründet er wie folgt: Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV sei es, aus energie- und umweltpolitischen Gründen den Versorgungsunternehmen Leistungen bei der Aufstellung kommunaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen zu ermöglichen, die einem rationellen, sparsamen und ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, und dadurch die Zusammenarbeit zwischen Versorgungsunternehmen und Gemeinden zu fördern. Dieser Zweck spräche dafür, die Ausnahmebestimmung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nur auf solche Leistungen nicht anzuwenden, die während der Laufzeit eines Konzessionsvertrags für dessen Verlängerung erbracht werden oder die den Abschluss eines späteren, neuen Konzessionsvertrags vorbereiten oder ihm zugrunde liegen sollen. Dafür könnte auch die gegenüber der Konzessionsabgabenverordnung höherrangige Zweckbestimmung des § 1 Abs. 1 EnWG sprechen, die im Konzessionsabgabenrecht als Teil des Energiewirtschaftsrechts (vgl. § 48 Abs. 2 EnWG) zu berücksichtigen sei. Die Leistungen, die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vom Nebenleistungsverbot ausgenommen sind, dienten dazu, im Interesse der Allgemeinheit einen effizienten und umweltverträglichen Netzbetrieb im Sinne von § 1 Abs. 1 EnWG zu gewährleisten.

Dieses Verständnis des BGH überzeugt. Denn sowohl Energie-sparmaßnahmen als auch Energiekonzepte dienen dem effizienten und umweltschonenden Netzbetrieb. Eine übermäßige Einschränkung dieser vorrangigen Ziele des § 1 EnWG durch den gänzlichen Ausschluss der Freistellung für Energiekonzepte wäre mit den Grundsätzen des Energiewirtschaftsrechts unvereinbar. Außerdem gelten auch für Ausnahmen von Ausnahmen dieselben Maßgaben wie für alle Ausnahmen: sie sind eng auszulegen. Hinzu kommt, dass der Zweck der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen nur von sekundärer Bedeutung im Rahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ist, wie auch die Begründung des Bundesministers für Wirtschaft zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV zeigt. Ausweislich der Begründung der Regelung liegt der primäre Zweck, wie der BGH richtig erkannt hat, darin, aus energie- und umweltpolitischen Gründen Ausnahmen bei der Aufstellung kommunaler Energieversorgungskonzepte zuzulassen. Diesem Zweck wird nur durch eine enge Auslegung der Einschränkung entsprochen.

Wortlaut und Sinn und Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS KAV stehen also in Widerspruch – der BGH spricht von der „in sich widersprüchlichen Ausnahmeregelung“. Über diese widersprüchlichen Ergebnisse gelangt er zu dem Schluss, dass es sich bei der Ausnahmebestimmung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV um eine überholte Regelung handle, die jedenfalls seit der Entflechtung von Energieversorgung und Netzbetrieb keine Bedeutung mehr habe. Die ursprüngliche Motivation für die Privilegierung habe darin gelegen, dass das Energieversorgungsunternehmen langfristig versorgungsberechtigt und zugleich -verpflichtet gewesen sei und somit nur dort die entsprechend privilegierten Leistungen hätten erbracht werden können. Diese Motivationslage sei heute wegen der Trennung von Netzbetrieb und Stromversorgung nicht mehr gegeben. Deshalb mag es hinzunehmen sein, dass die Norm inzwischen entsprechend ihrem Wortlaut keinen Anwendungsbereich mehr habe.

Auch diese Ausführungen des BGH überzeugen. Sie greifen den Widerspruch zwischen Wortlaut der Norm und dem Zweck dieser auf und zeigen, dass die Vorschrift den heutigen Anforderungen nicht mehr gerecht wird. Denn ausweislich der Begründung des Bundesrates zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV wurde die Notwendigkeit der Zulassung über die Konzessionsabgabenzahlung hinausgehender Leistungen in der zeitgleichen langfristigen Versorgungsberechtigung und Versorgungsverpflichtung des Energieversorgungsunternehmens gesehen. Mit der Trennung von Netzbetrieb und Energieversorgung durch die im Rahmen der zweiten Novelle des EnWG im Jahre 2005 aufgenommene Regelung des § 7 EnWG ist die Verknüpfung von Versorgungsberechtigung und -Verpflichtung und damit dieser Anlass für die Freistellung weggefallen. Daher muss überprüft werden, ob es heute weiterhin einen hinreichenden Anlass für eine Privilegierung der Leistungen für Energiekonzepte und Energiesparmaßnahmen gibt. So ist die Aussage des BGH auch als Auftrag an den Verordnungsgeber zu werten, § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV zu überarbeiten.

2. Folgen für die Praxis

Doch welche Folgen hat die Entscheidung des BGH für die Vergaberechtspraxis? Nach dem OLG München war unmissverständlich davon auszugehen, dass Leistungen für Energiekonzepte unzulässige Nebenleistungen darstellen und daher nicht unentgeltlich vereinbart werden sollten. Auch nach der Entscheidung des BGH gilt im Ergebnis nichts anderes. Bei den Leistungen für Energiekonzepte handelt es sich um Finanz- oder Sachleistungen im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 1. HS KAV. Weil mit der Bereitstellung von Daten zur Erstellung von Energiekonzepten oder der Erstellung bzw. der Beratung bei der Erstellung selbst ein personeller und sachlicher Aufwand bei dem Energieversorgungsunternehmen entsteht, stellen sich die entsprechenden Leistungen als Leistungen geldwerter Art und somit als Sach- oder Finanzleistungen dar. Damit sind sie unzulässig, sofern sie nicht gegen marktübliches Entgelt vereinbart sind. Da die Freistellungsregelung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS KAV

nach den Ausführungen des BGH in sich widersprüchlich ist und keinen Anwendungsbereich mehr hat, sind Leistungen für Energiekonzepte mangels Freistellungsregelung auch nach dem BGH unzulässig, wenn sie unentgeltlich erfolgen. Sie sollten somit im Rahmen einer Konzessionsvergabe jedenfalls nicht entgeltlos als Wertungskriterium festgelegt bzw. in Konzessionsverträgen vereinbart werden. Vielmehr ist davor zu warnen, allein unter Berufung auf den Teil des Urteils des BGH vom 07.10.2014, der einen Widerspruch von Wortlautauslegung und Zweck der Norm konstatiert, davon auszugehen, dass die Rückausnahme in § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS a. E. KAV wegen dieses Widerspruchs derzeit keine rechtsverbindliche Aussage treffe und deshalb Nebenleistungen nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS KAV vor einer Anpassung durch den Ordnungsgeber grundsätzlich zulässig seien. Denn ein solches Verständnis würde dem BGH gerade nicht gerecht, der die eindeutige Auslegung nach dem Wortlaut deutlich in den Vordergrund stellt und nur die Gelegenheit seiner höchstrichterlichen Befassung nutzt, um einen Appell an den Ordnungsgeber zu richten, um seinerseits den Widerspruch zwischen den Zielen von § 1 EnWG und der Rückausnahme in § 3 Abs. 2 Satz 1 2. HS a. E. KAV aufzulösen. Am Ende langjähriger gerichtlicher Auseinandersetzungen könnte dies daher die Unwirksamkeit des gesamten Konzessionsvertrages zur Folge haben.

3. *Zu der Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Nebenleistungsverbot in § 3 KAV*

Neben diesen weitreichenden Ausführungen hat der BGH auch die ausnahmslose Gesamtnichtigkeitsfolge des OLG München bei Verstößen gegen das Nebenleistungsverbot verneint und eine bloße Teilnichtigkeit angenommen, wenn der Verstoß nicht ausnahmsweise entscheidungserheblich war. Auch diese Rechtsprechung ist von großer praktischer Bedeutung.

Der BGH begründet sein Ergebnis wie folgt: Den Ausgangspunkt für die Bewertung der Folgen des Verstoßes gegen das Nebenleistungsverbot bilde § 134 BGB. Danach trete bei allen Verstößen gegen gesetzliche Verbotsvorschriften im Sinne von § 134 BGB Gesamtnichtigkeit ein, es sei denn aus dem Gesetz ergebe sich etwas anderes. Bei § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV handele es sich um eine gesetzliche Verbotsvorschrift. Nach dem nach ständiger Rechtsprechung geltenden Grundsatz führten allerdings Verstöße gegen Preisvorschriften nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, sondern nur zur Teilnichtigkeit der Preisabrede, an deren Stelle der gesetzliche Preis trete. Das OLG München sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass sich die Preisvorschrift des § 3 KAV an beide Vertragspartner richte, weil preisrechtliche Bestimmungen, wie etwa § 3 KAV, nach ihrem Sinn und Zweck nur die Vereinbarung eines unzulässigen Preises verhindern wollen, nicht jedoch die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts insgesamt. Dem Schutzzweck des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV lasse sich nichts Gegenteiliges entnehmen, weil nicht nur die Mitbewerber, sondern auch der Konzessionär durch die Vereinbarung einer nach der KAV unzulässigen Leistungspflicht belastet und somit schutzbedürftig sei. Die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages tritt aber auch nach dem BGH ein, wenn eine unter Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV gewährte Leistung kausal für die Auswahlentscheidung geworden ist.

Auch insoweit überzeugen die Ausführungen des BGH. Unstrittig handelt es sich bei § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV um eine gesetzliche Verbotsvorschrift, sodass § 134 BGB einschlägig ist. Auch hält der BGH mit seinen Ausführungen an seiner ständigen Rechtsprechung zu den Preisabreden fest, die auch in der Literatur allgemein anerkannt ist. Die Rückkehr zur Gesamtnichtigkeit über den Umweg der Kausalität für die Entscheidung im Auswahlverfahren ist schließlich konsequent. Denn die Regelungen der KAV unterliegen dem Regime des gesamten Energiewirtschaftsrechts, das keine diskriminierende Auswahl toleriert. Wird eine unzulässige Leistung ausnahmsweise kausal für die Auswahl des einen und nicht des anderen Bewerbers um eine Konzession, so ist eine diskriminierende

Auswahl gegeben, die der Wirksamkeit des im Ergebnis eines solchen Auswahlverfahrens abgeschlossenen Konzessionsvertrages entgegensteht.

Eine solche Diskriminierung steht jedoch erst in Rede, wenn allein aufgrund der unzulässigen Leistung der eine Bewerber gegenüber den anderen den Vorzug erhalten hat. In diesem Zusammenhang muss auch der Leitsatz des BGH zu seinem Urteil entsprechend der Entscheidungsbegründung einschränkend interpretiert werden. Nach dem Wortlaut liegt nämlich die Annahme nahe, dass im Falle der Festlegung einer unentgeltlichen Nebenleistung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV als ein Wertungskriterium in jedem Fall der Konzessionsvertrag im Ergebnis eines solchen Auswahlverfahrens als gesamtnechtig anzusehen ist unabhängig davon, ob genau die unzulässige Nebenleistung auch kausal für die Auswahlentscheidung der Kommune geworden ist. Das genau will der BGH ausweislich seiner Entscheidungsbegründung indes nicht. Die schwerwiegende Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit soll vielmehr nur eintreten, wenn „die unzulässige Nebenleistung kausal für die Auswahlentscheidung war“. Dies ist nicht der Fall, wenn aufgrund eines insoweit unzulässigen Wertungskriteriums alle Bewerber im Auswahlverfahren unzulässig angeboten haben oder aber die Bewertung der unzulässigen Nebenleistung eines Bewerbers im Verhältnis zu den übrigen – etwa aufgrund eines geringen Gewichtsanteils nach den Auswahlkriterien der Kommune – nicht ergebnisrelevant ist.

In der Praxis dürfte die Rechtsprechung des BGH nur in Ausnahmefällen zu einer gerichtlichen Feststellung der Gesamtnichtigkeit eines Konzessionsvertrages führen. Denn Konzessionsverträge enthalten regelmäßig eine sog. „salvatorische Klausel“. Dies führt nach Ansicht des BGH bei der Prüfung, ob Gesamtnichtigkeit wegen § 139 BGB doch eintrete dazu, dass den unterlegenen Bieter die Darlegungs- und Beweislast für eine Gesamtnichtigkeit und damit auch für die Kausalität des Verstoßes für die Auswahlentscheidung treffe. Angesichts der Vielzahl von Bewertungskriterien und deren komplexen Zusammenspiel für das Bewertungsergebnis wird in der Regel eine einzelne unzulässige Leistung nur in seltenen Ausnahmefällen allein für die Auswahlentscheidung der Kommune ausschlaggebend sein. Der Nachweis der Kausalität dürfte dem unterlegenen Bieter daher regelmäßig schwer fallen.

4. *Fazit*

Abschließend bleibt festzuhalten, dass mit der Entscheidung des BGH nunmehr in der Regel bei Verstößen gegen das Nebenleistungsverbot nicht von der Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages auszugehen sein wird. Denn der Nachweis der Kausalität eines Verstoßes für die konkrete Auswahlentscheidung und der damit verbundenen Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB obliegt gemäß den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast und der BGH-Rechtsprechung zu der Wirkung salvatorischer Klauseln dem unterlegenen Bieter. Dieser Nachweis dürfte regelmäßig schwer fallen.

Die Entscheidung hat allerdings weitreichendere Konsequenzen für den KA- Ordnungsgeber. Dieser wird sich dem eindeutigen Hinweis des BGH nicht entziehen können und die Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS KAV anpassen müssen. Die wiederum praxisrelevante Frage lautet: Wird der Ordnungsgeber eine Privilegierung der Leistungen für Energiekonzepte und der Energiesparmaßnahmen im Zusammenhang mit dem Abschluss von Konzessionsverträgen einführen und die Rückausnahme in § 3 Abs. 2 Nr. 1 2. HS a. E. KAV streichen? Leistungen für Energiekonzepte und Energiesparmaßnahmen stehen in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den Kriterien Energieeffizienz und Umweltverträglichkeit in § 1 EnWG. Diese sollen bei der Konzessionsvergabe gemäß § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG vorrangig beachtet werden, welches durch eine Privilegierung entsprechender Leistungen gewährleistet würde. Zudem sind die Leistungen des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV in besonderem Maße geeignet, die im Jahr 2011 eingeleitete Energiewende auf der kommunalen Ebene nachhaltig zu verankern. Damit stehen die

Vorzeichen gut für die Aufnahme einer eindeutigen Freistellungsregelung von dem Nebenleistungsverbot für Leistungen für Energiekonzepte und Energiesparmaßnahmen.

*Dr. Martin Düwel und Jakob Stasik, ZENK Partnerschaft von Rechtsanwälten, Berlin

3. Zur Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenzen gem. § 6 ARegV

§§ 4, 6, 15 Abs. 1 ARegV

1. Auch Lastschutzzusagen können bei der Festlegung der Erlösobergrenzen berücksichtigt werden

2. Der Regulierungsbehörde steht bei der Auswahl der einzelnen Parameter und Methoden ein Spielraum zu, den einzelne Aspekten einen Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommt (Bestätigung von BGH, B. v. 21.01.2014, EnWR 2012/12).

3. Ein hoher Anteil an Stahlleitungen in einem Netz begründet nicht eine Besonderheit der Versorgungsaufgabe im Sinn des § 15 Abs. 1 Satz 1 ARegV.

(Leitsatz der Redaktion)

BGH, B. v. 07.10.2014 – EnVR 25/12 –

Aus den Gründen:

A. Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz. Mit Bescheid vom 29. Januar 2009 setzte die Landesregulierungsbehörde die Erlösobergrenzen für die Jahre 2009 bis 2012 niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Dieser Festlegung liegt ein Effizienzwert von 82,4 % zugrunde. Eine von der Betroffenen begehrte Bereinigung des Effizienzwerts nach § 15 Abs. 1 ARegV lehnte die Landesregulierungsbehörde ab. Mit ihrer Beschwerde hat die Betroffene, soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Interesse, geltend gemacht, die Berechnung des Effizienzwerts beruhe auf formellen Rechtsfehlern. Außerdem sei der Effizienzwert wegen eines hohen Anteils von Stahlrohren und wegen Besonderheiten bei der Bodenbeschaffenheit zu bereinigen. Ferner habe die Landesregulierungsbehörde die Kosten einer Lastflusszusage zu Unrecht nicht in vollem Umfang berücksichtigt. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde hinsichtlich dieser Punkte zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Betroffene mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, der die Landesregulierungsbehörde und die Bundesnetzagentur entgegenstehen.

B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist nur hinsichtlich eines Punktes begründet.

I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Lastflusszusagen seien nicht als Kosten aus der Inanspruchnahme vorgelagerter Netze zu qualifizieren. Deshalb komme es auf die von der Betroffenen aufgeworfenen Fragen zur Höhe etwa anzuerkennender Kosten nicht an. Gegen das Verfahren der Effizienzwermittlung und die darauf beruhenden Festlegungen im angefochtenen Bescheid bestünden keine formellen Bedenken. Die Betroffene und ihre Interessenverbände hätten in dem von der Bundesnetzagentur durchgeführten Anhörungsverfahren ausreichend Gelegenheit zur Einbringung ihrer Belange gehabt. Der angegriffene Bescheid leide auch nicht an einem Begründungsmangel. Dabei könne dahin gestellt bleiben, ob der Bescheid den maßgeblichen Anforderungen von Anfang an gerecht geworden sei. Jedenfalls die ausführlichen Erläuterungen im Laufe des Beschwerdeverfahrens genügen diesen Anforderungen. Die Landesregulierungsbehörde und die Bundesnetzagentur seien nicht

gehalten, der Betroffenen Einsicht in die dem Effizienzvergleich zugrunde liegenden Einzelangaben der betroffenen Unternehmen zu geben. Der Anordnung eines Zwischenverfahrens nach § 84 Abs. 2 EnWG bedürfe es insoweit nicht.

Der festgesetzte Effizienzwert sei auch materiell-rechtlich nicht zum Nachteil der Betroffenen fehlerhaft. Der Vorwurf falscher Parametrierung und Methodenwahl sei unzutreffend. Zur Beurteilung dieser Frage bedürfe es nicht der Einholung eines Sachverständigengutachtens. Die Beschwerdeführerin habe nicht hinreichend vorgetragen, um die Methodik des Effizienzvergleichs in Zweifel zu ziehen.

Der Umstand, dass das Netz der Betroffenen einen hohen Anteil an Stahlleitungen aufweise, begründe keine Besonderheit der Versorgungsaufgabe. Er beruhe auf rechtlichen Vorgaben und Marktgegebenheiten, die für alle Netzbetreiber gleich gewesen seien.

Für den Umstand, dass im Netzgebiet der Betroffenen ein hoher Anteil von Böden der Bodenklasse 7 (schwer lösbarer Fels) zuzuordnen sei, gelte im Ergebnis nichts anderes. Die Betroffene stelle nicht in Abrede, dass Unterschiede in der Bodenbeschaffenheit bei der Konzeption des Effizienzvergleichs erkannt und erwogen worden seien, und stelle der Auffassung der Landesregulierungsbehörde lediglich ihre eigene Ansicht entgegen. Außerdem sei ihrem Vortrag nicht zu entnehmen, welche Mehrkosten sich ergäben. Ihren Berechnungen fehle ein Bezug zu konkret angefallenen Kosten und zu den Verhältnissen in anderen Netzgebieten.

II. Dies hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidungserheblichen Punkt nicht stand.

1. Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht die geltend gemachten Kosten einer Lastflusszusage als generell nicht berücksichtigungsfähig angesehen.

a) Wie auch die Landesregulierungsbehörde nicht in Zweifel zieht, ist die Betroffene durch die angefochtene Entscheidung insoweit beschwert. Die Landesregulierungsbehörde hat den geltend gemachten Betrag bei der Festlegung der Erlösobergrenzen zwar berücksichtigt. Dies beruht jedoch auf der Erwartung, dass die Betroffene anstelle einer Lastflusszusage eine erhöhte Kapazitätsbuchung vornimmt. Dem entsprechend hat die Landesregulierungsbehörde der Betroffenen in Nr. 4a des angefochtenen Bescheids zur Auflage gemacht, bis 1. April 2009 schriftliche Nachweise der Kapazitätserhöhung vorzulegen. Damit hat sie ihrem Bescheid trotz der Identität der angesetzten Beträge nicht diejenige Kostenposition zugrunde gelegt, die die Betroffene geltend macht. Dies führt jedenfalls deshalb zu einer Beschwer der Betroffenen, weil diese weiterhin Lastflusszusagen in Anspruch nimmt und die Landesregulierungsbehörde die dafür anfallenden Kosten für die Jahre 2009 bis 2011 bei der Führung des Regulierungskontos gemäß § 5 ARegV nicht bzw. nicht in vollem Umfang anerkennt.

b) Zutreffend und von der Rechtsbeschwerde unbeanstandet hat das Beschwerdegericht entschieden, dass die Kosten einer Lastflusszusage nicht als Kosten aus erforderlicher Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ARegV anzusehen sind. Diese Auffassung steht in Einklang mit der – nach Erlass der angefochtenen Entscheidung – ergangenen Rechtsprechung des Senats (BGH, Beschluss vom 6. November 2012 – EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 10 ff. – E.ON Hanse AG).

c) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts führt dies jedoch nicht dazu, dass diese Kosten bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenzen gemäß § 6 ARegV unberücksichtigt zu bleiben haben. Nach den für die Ermittlung der Kosten maßgeblichen Vorschriften in § 4 Abs. 1 und 6 GasNEV sowie § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GasNZV sind Kosten dieser Art vielmehr grundsätzlich berücksichtigungsfähig.

d) § 6 Abs. 2 ARegV steht der Berücksichtigung der in Rede stehenden Kosten im Streitfall nicht entgegen. Bei der Kostenprüfung im Rahmen der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG, deren Ergebnis gemäß § 6 Abs. 2 ARegV als Ausgangsniveau für die erste Regulierungsperiode heranzuziehen ist, wurden die von der Betroffenen geltend gemachten Kosten für die