

gehend, dass die Vergabeverfahren für eine strategische Partnerschaft nach GWB/SektVO und die Konzessionsvergabe nach dem EnWG grundsätzlich separat erfolgen können, aber nicht müssen, schließt sie zwar zum jetzigen Zeitpunkt keine der theoretisch denkbaren Vergabealternativen aus. Allerdings bleibt eine Umsetzung dieser Verfahren in der Praxis

schwierig, weil die Vorgabe des Bundeskartellamtes, keine Systementscheidung im Rahmen der Konzessionsvergabe zu treffen, berücksichtigt, gleichzeitig aber auch sinnvolle Auswahlkriterien für den strategischen Partner gefunden werden müssten.

## Landgericht München I: Zur Wirksamkeit von Wegennutzungsverträgen gemäß § 46 Absatz 2 und dem Nebenleistungsverbot gemäß § 3 KAV

Landgericht München I, Urteil vom 1. August 2012, Az. 37 O 19383/10

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Jörn Schnutenhaus und  
Rechtsanwältin Iris Falke,  
Schnutenhaus & Kollegen Rechtsanwälte, Berlin

### 1. Wesentlicher Sachverhalt

Am 31. Dezember 2006 lief in der kreisangehörigen Stadt O. der Strom-Konzessionsvertrag mit einem regionalen Stromnetzbetreiber, der Beklagten, aus.

Die Klägerin ist ein am 31. August 2009 neu gegründetes Unternehmen, an dem die Stadt O. 51 % der Anteile und die Stadtwerke S.-GmbH 49 % der Anteile halten. Am 26. Oktober 2009 schlossen die Stadtwerke S.-GmbH und die Stadt O. dazu einen Konsortialvertrag.

Die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin war Vertragspartnerin der Stadt O. auf Grundlage des bis zum 31. Dezember 2006 laufenden Alt-Konzessionsvertrages. Die Beklagte führt den Betrieb des örtlichen Stromverteilernetzes in der Stadt O. seit dem 1. Januar 2007 im vertragslosen Zustand fort.

Die Stadt O. führte eine Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren gemäß § 46 Absatz 3 EnWG zum Neuabschluss des Strom-Konzessionsvertrages durch. Die Stadt O. verfolgte von vornherein ein Beteiligungsmodell, um sich an dem neuen Konzessionär gesellschaftsrechtlich mehrheitlich zu beteiligen.

Die Klägerin setzte sich in dem Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren der Stadt O. zum Neuabschluss eines Strom-Konzessionsvertrages durch. An diesem Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren hatte sich die Beklagte ebenfalls – jedoch erfolglos – um den Neuabschluss des Strom-Konzessionsvertrages mit der Stadt O. beworben. Die Klägerin und die Stadt O. schlossen am 16. Oktober 2009 einen Konzessionsvertrag mit einer Vertragsdauer von 20 Jahren ab dem 1. Januar 2010. Dieser Neu-Konzessionsvertrag enthält u. a. folgende Regelungen:

„§ 7 Zusammenarbeit mit der Gemeinde

(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 konzessionsabgabenrechtlich 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. Die Gesellschaft verpflichtet sich, den von der Gemeinde oder von Dritten durch erneuerbare Energieträger erzeugten Strom abzunehmen und entsprechend der gesetzlichen Regelungen zu vergüten. Dies gilt auch für Strom aus Anlagen mit Kraft-Wärme-Kopplung.“

Der Neu-Konzessionsvertrag enthält weiterhin in § 10 Absatz 1 eine allgemein übliche Rechtsnachfolgeklausel, in Absatz 2 ein nicht branchenübliches Verbot der Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Konzessionsvertrag an bestimmte Konzerngesellschaften sowie in Absatz 5 eine übliche Salvatorische Klausel.

Die neu gegründete Klägerin und die Beklagte verhandelten – bislang jedoch ergebnislos – über die Konditionen und den Umfang der Übertragung des örtlichen Stromverteilernetzes in der Stadt O.. Die Klägerin klagt nunmehr auf Übertragung des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Stadtgebiet O.

Die Beklagte verteidigt sich gegen die Herausgabeklage der Klägerin u. a. damit, dass die Stadt O. die Klägerin bei der Vergabe der Wegerechte ohne sachlichen Grund unzulässigerweise bevorzugt habe. Der Neu-Konzessionsvertrag sei wegen Verstoßes gegen das Nebenleistungsverbot nach § 3 KAV nichtig. Die Klägerin habe der Stadt O. den „Aufbau

dezentraler Energieversorgungsstrukturen“ und die „Förderung des Klimaschutzes vor Ort“ zugesagt; dies seien gemäß § 3 Absatz 2 Nummer 1 KAV unzulässige Nebenleistungen bei Neuabschluss eines Konzessionsvertrages. Die in § 7 Absatz 2 des Neu-Konzessionsvertrages genannten finanziellen Zuschüsse zur Erstellung von kommunalen Energiekonzepten und die Herausgabe von Daten stellten ebenfalls unzulässige Nebenleistungen bei Neuabschluss eines Konzessionsvertrages dar. Diese Verstöße gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV führten zur Gesamtnichtigkeit des Neu-Konzessionsvertrages.

Die Klägerin wendet dagegen ein, dass die Beklagte das Konzessionierungsverfahren der Stadt O. erstmalig in der Klageerwidern im Rechtsstreit um die Netzübertragung und damit über 18 Monate nach der Bekanntmachung der Auswahlentscheidung der Stadt O. am 11. September 2009 als diskriminierend und nicht transparent beanstandet habe. Die Beklagte habe in den Verhandlungen zum Neuabschluss eines Strom-Konzessionsvertrages immer zum Ausdruck gebracht, dass sie die Auswahlentscheidung der Stadt O. gegen sich gelten lasse. Im Interesse der allseitigen Rechtssicherheit seien Einwände hinsichtlich des Konzessionierungsverfahrens gemäß § 101 b Absatz 2 Satz 1 GWB analog nicht mehr zu beachten. Die Regelungen in § 7 des Neu-Konzessionsvertrages seien bloße Absichtserklärungen und keine unzulässigen Nebenleistungen im Sinne des § 3 KAV. Etwaige Verstöße des Neu-Konzessionsvertrages gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV führen nach Auffassung der Klägerin wegen der vertraglich vereinbarten salvatorischen Klausel jedenfalls nicht zur Gesamtnichtigkeit des Neu-Konzessionsvertrages.

## 2. Wesentliche Gründe

Die 37. Zivilkammer des Landgerichtes München I hat die Herausgabeklage der Klägerin abgewiesen.

Der Klägerin stehen nach Auffassung des Landgerichts München I gegen die Beklagte keine Ansprüche aus § 46 Absatz 2 EnWG a.F. zu. Die Klägerin ist nicht neue Energieversorgerin im Sinne § 46 Absatz 2 Satz 2 EnWG geworden. Ein wirksamer Konzessionsvertrag ist zwischen der Klägerin und der Stadt O. nicht zustande gekommen.

Nach Ansicht der Kammer haben die Klägerin und die Stadt O. beim Abschluss des Konzessionsvertrages gleich mehrfach gegen § 3 KAV verstoßen. Die in dem Neu-Konzessionsvertrag enthaltene Verpflichtung der Klägerin, die für die Erstellung eines kommunalen Energiekonzeptes erforderlichen Daten an die Stadt O. herauszugeben, enthält eine unzulässige sonstige unentgeltliche Sachleistung.

Dieser Verpflichtung der Klägerin stehe keine Gegenleistung der Stadt gegenüber. Ein Entgelt ist nach dem klaren Vertragswortlaut nicht vorgesehen.

Auch die Zusage des § 7 Absatz 2 Satz 1 des Neu-Konzessionsvertrages, wonach die Klägerin die Stadt O. bei der Erstel-

lung von kommunalen Energiekonzepten unterstützt, hält das Landgericht München I für unzulässig.

Die Vereinbarung, dass die Klägerin die Eigenerzeugung von Strom durch die Stadt O. unterstützt, verstößt nach Auffassung des Landgerichts München I ebenfalls gegen § 3 Absatz 2 Nummer 1 KAV. Auch wenn der Konzessionsvertrag offen lässt, in welcher Form die Unterstützung erfolgen soll, handelt es sich nicht nur um ideelle Leistungen, sondern um eine Leistung der Stromerzeugung. Diese Leistungen seien gerade nicht Gegenstand des Konzessionsvertrages und somit sachfremd.

Da die Stadt O. die Vergabe des Konzessionsvertrages nur unter Beteiligung an dem neu zu gründenden Energieversorgungsunternehmen angeboten hat, findet die Regelung von § 3 Absatz 2 Nummer 1 KAV auch für die bei Abschluss dieses Vertrages gewährten oder vereinbarten Leistungen Anwendung.

Die in der Entscheidungsbegründung der Stadt O. bekanntgegebenen Gesichtspunkte „Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort“, Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen, Förderung des Klimaschutzes vor Ort und „Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur“ betrachtet das Landgericht München I als Leistungen im Sinne von § 3 Absatz 2 Nummer 1 KAV, der keine angemessene Gegenleistung der Stadt O. gegenüberstehe.

Die Verstöße gegen § 3 Absatz 2 Nummer 1 KAV führen nach Ansicht der Kammer auch trotz der Salvatorischen Klausel in § 10 Absatz 5 des Neu-Konzessionsvertrages gemäß § 134 BGB zu dessen Gesamtnichtigkeit.

Maßgeblich für die Frage, ob der Neukonzessionsvertrag insgesamt nichtig ist, ist nach Auffassung des Landgerichts München I der Sinn und Zweck des § 3 Absatz 2 Nummer 1 KAV. § 3 Absatz 2 Nummer 1 KAV fordere, dass die Energieverbraucher nicht mit vermeidbaren Kosten des Netzbetreibers für Zusagen belastet werden, die sich die Stadt O. versprechen lässt. Zweck der Vorschrift sei es außerdem, private Anbieter von Finanz- und Sachleistungen vor Wettbewerbsverzerrungen zu ihren Lasten zu schützen. Wenn die Kommunen bei der Zahlung der Konzessionsabgaben die Höchstsätze wie selbstverständlich voraussetzen, rückt die Nebenleistung als maßgebliches Unterscheidungskriterium der Angebote in den Fokus der gemeindlichen Entscheidung. Angesichts dieser Tragweite der Nebenleistung für die Entscheidung einer Gemeinde kann ihre Vereinbarung nicht isoliert betrachtet, sondern muss zwingend im Gesamtkontext mit dem Abschluss des Konzessionsvertrages gesehen werden.

Ganz entscheidend erfordert nach dem Urteil des Landgerichts München I auch der Schutz der unterlegenen Wettbewerber des Konzessionärs die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages. Diese sind vor rein fiskalischen Eigeninteressen der Gemeinde und gegen § 3 Absatz 2 Nummer 1 KAV verstoßende Vergabeentscheidungen der Gemeinde nur geschützt,

wenn sie sich anschließend auch auf die Nichtigkeit eines entsprechenden Vertrages berufen können.

Die Kammer lässt offen, ob die Mängel beim Auswahlverfahren durch die Stadt O. auch einen Kartellrechtsverstoß begründen, der ebenfalls zur Nichtigkeit des Konsortial- und des Konzessionsvertrages führt.

Die Beklagte konnte sich auch nach mehr als drei Jahren nach der Bekanntmachung der Entscheidung der Stadt O. im elektronischen Bundesanzeiger gemäß § 46 Absatz 3 Satz 6 EnWG auf die Nichtigkeit des Neu-Konzessionsvertrags berufen. Die Grundsätze der Verwirkung sind nach Ansicht des LG München I im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Die Vorschriften, gegen die die Gemeinde bei der Entscheidung über die Vergabe der Konzession verstoßen hat, sind jederzeit zu beachten. Sie dienen nicht nur den Interessen der Beklagten als unterlegenen Mitbewerberin, sondern auch öffentlichen Interessen und Zielen.

Gegen das Urteil ist Berufung eingelegt worden.

### 3. Anmerkungen

Das Urteil des LG München I vom 1. August 2012 ist schon im rechtlichen Ansatzpunkt verfehlt.

Das Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren gemäß § 46 Absatz 3 EnWG zum Neuabschluss eines Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsvertrages ist ein wettbewerbliches Verfahren. Die an dem Verfahren teilnehmenden Bewerber genießen effektiven Rechtsschutz. Rechtsschutzmöglichkeiten stehen sowohl während des Verfahrens als auch nach Abschluss des Verfahrens jedem Bewerber gleichermaßen zur Verfügung.

- Die unterlegenen Bewerber können sich bei Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Konzessionierungsverfahrens unmittelbar an die zuständige Kartellbehörde wenden, wenn sie die Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung oder Gleichbehandlung verletzt sehen.
- Die kommunale Auswahlentscheidung ist vor Neuabschluss des Konzessionsvertrags vor den Zivilgerichten im einstweiligen Rechtsschutz gerichtlich überprüfbar.<sup>1</sup>
- Auch die Kommunalaufsicht hat eine eigene Prüfungscompetenz. Sie prüft, ob die Kommune im Konzessionierungsverfahren die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Anforderungen eingehalten hat.<sup>2</sup>

In dem vom Landgericht München I entschiedenen Verfahren hat der ehemalige Konzessionär und derzeitige Betreiber des Stromnetzes in der Stadt O. von keiner der drei Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht. Er hat die angeblichen Verfahrensfehler der Stadt O. im Konzessionierungsverfahren erst zu einem viel späteren Zeitpunkt, in einem völlig anderen rechtlichen Kontext und gegenüber einem Dritten – dem erfolgreichen Bewerber im Konzessionierungsverfahren – eingewendet. Diese Einwendungen sind zu diesem Zeitpunkt und in diesem rechtlichen Kontext aus mehreren Gründen unbeachtlich:

- Dem ehemaligen Konzessionär steht bei Verlust der Konzession kein „Mehr an Rechtsschutz“ gegenüber anderen Bewerbern im Konzessionierungsverfahren zu.<sup>3</sup> Verliert der bisherige Netzbetreiber die Konzession an ein anderes, neu konzessioniertes Energieversorgungsunternehmen, so hat er diesem das Energieversorgungsnetz in der konzessionsvergebenden Gemeinde zu übertragen bzw. zu überlassen. Die rechtlichen Maßstäbe für die Übertragung bzw. Überlassung des Energieversorgungsnetzes ergeben sich aus § 46 Absatz 2 Satz 2 EnWG sowie der Rechtsprechung zu Netzübernahmen und den Vorgaben der zuständigen Kartell- und Regulierungsbehörden.
- Bei dem Neuabschluss von Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsverträgen einerseits und der Übertragung bzw. Überlassung von Energieversorgungsnetzen handelt es sich um zwei rechtlich verschiedene und jeweils eigenständige Verfahren.<sup>4</sup>
- Im formstrengen Kartellvergaberecht kann die Unwirksamkeit eines vergaberechtswidrig abgeschlossenen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsvertrages nur festgestellt werden, wenn sie spätestens 6 Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist (§ 101 b Absatz 2 Satz 1 GWB). Das Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren zum Neuabschluss eines Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsvertrages nach § 46 Absatz 3 EnWG unterfällt dagegen nicht dem Kartellvergaberecht. In dem weit weniger formstrengen Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren gemäß § 46 Abs. 3 EnWG kann folglich auch kein weiterreichender Rechtsschutz für die Bewerber bestehen. Die unterlegenen Bewerber können unmittelbar nach Abschluss des Konzessionierungsverfahrens bei der zuständigen Kartellbehörde oder dem Zivilgericht effektiven Rechtsschutz gegen Verfahrensverstöße der Kommune im Konzessionierungsverfahren erlangen. Machen sie davon innerhalb von 6 Monaten ab Bekanntmachung über die Auswahlentscheidung der Kommune bei Neuabschluss eines Konzessionsvertrages (§ 46 Absatz 3 Satz 6 EnWG) keinen Gebrauch, muss in dem weit weniger formstrengen Konzessionierungsverfahren nach Ablauf von sechs Monaten Rechtssicherheit herrschen.
- Ebenso wie die Kommunen selbst, sind die Betreiber insbesondere von Stromverteilnetzen aber auch von Gasverteilnetzen wichtige und unverzichtbare Akteure beim Umbau der leitungsgebundenen Energieversorgung zu einer nachhaltigen, Ressourcen schonenden Energiewirtschaft, die gemäß § 1 Absatz 1 EnWG zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. Wichtige Investitionsentscheidungen in den Ausbau und Umbau insbesondere der Stromnetze müs-

<sup>1</sup> OVG Münster, Beschluss vom 10. Februar 2012, Az. 11 B 1187/11.

<sup>2</sup> VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, Az. 1 B 3594/12.

<sup>3</sup> Bundesnetzagentur, Beschluss vom 19. Juni 2012 („Gemeinde Ratekau“), Az. BK6–11-079.

<sup>4</sup> Nach dem Gemeinsamen Leitfaden des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010 unterliegen das kartell- und wettbewerbsrechtliche Konzessionierungsverfahren und der regulierte Bereich einer jeweils eigenen staatlichen Aufsicht und sind voneinander zu trennen.

sen jetzt getroffen werden. Dazu passt es nicht, wenn jahrelange Rechtsstreitigkeiten über neu abgeschlossene Konzessionsverträge und Konzessionierungsverfahren im Rahmen von Netzherausgabeklagen geführt werden. Wichtige Entscheidungen des Netzbetreibers wären auf Jahre blockiert.

Bei dem Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren zum Neuabschluss von Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsverträgen haben die Gemeinden die aus dem allgemeinen, vorrangigen europäischen Primärrecht folgenden Prinzipien der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz zu beachten. Nach Ansicht des VG Oldenburg steht der Kommune bei Konzessionsvergaben ein weiter Gestaltungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu.<sup>5</sup> Dies folgt aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gemäß Artikel 28 Absatz 2 GG sowie entsprechenden Regelungen in den Verfassungen der Bundesländer. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund können Kommunen beim Neuabschluss von Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsverträgen weitergehende Ziele verfolgen. Sie können zulässigerweise neben rein netzbezogenen Auswahlkriterien auch weitere Auswahlkriterien aufstellen. Dazu zählen ausdrücklich auch Ziele wie der Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen und die Förderung des Klimaschutzes vor Ort. Ebenso wie das EnWG ist auch die darauf beruhende Konzessionsabgabenverordnung verfassungskonform auszulegen. Dagegen hat das Bundeskartellamt mit Beschluss vom 22. Juni 2012<sup>6</sup> festgestellt, dass eine Gemeinde ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, wenn sie ein wettbewerbliches Verfahren zum Neuabschluss von Konzessionsverträgen durchführt, das nur auf eine Beteiligung an einer gemeinsamen Netzgesellschaft mit der konzessionsvergebenden Gemeinde gerichtet ist. Gemeinden sei es nicht nur verwehrt, mit ihr verbundene Unternehmen im Rahmen eines Auswahlverfahrens zu bevorzugen, sondern erst recht, ein solches Auswahlverfahren zugunsten einer unmittelbaren Entscheidung für ein verbundenes Unternehmen wegzulassen (sogenannte „Systementscheidung“). Dies würde nach Ansicht der 10. Beschlusskammer des Bundeskartellamtes den gesetzlich intendierten Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte für Strom und Gas unzulässig beschränken.

Eine gefestigte Rechtsprechung besteht im Hinblick auf die Grenzen des Handlungsspielraums der Gemeinden bei Konzessionsvergaben gleichwohl noch nicht. Gegen die Beschlüsse des VG Oldenburg ist in zwei Verfahren Beschwerde zum OVG Lüneburg eingelegt worden.

Es verbietet sich, verfassungsrechtlich zulässige Ziele und kommunale Auswahlkriterien in Konzessionierungsverfahren als unzulässige Nebenleistungen im Sinne des § 3 Absatz 2 KAV zu qualifizieren. Aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht sind jedenfalls alle Gründe, welche die Stadt O. für ihre Auswahlentscheidung zugunsten der Klägerin gemäß § 46 Absatz 3 Satz 6 EnWG öffentlich bekannt gemacht hat, rechtlich nicht zu beanstanden.

Wenn überhaupt, stellt sich die Frage, ob einzelne Regelungen in § 7 des Neu-Konzessionsvertrages unzulässige Nebenleistungen im Sinne des § 3 Absatz 2 KAV darstellen.

Dass bei Neuabschluss eines Strom-Konzessionsvertrages jeder örtliche Stromnetzbetreiber während der Laufzeit des Strom-Konzessionsvertrages (im Regelfall 20 Jahre) die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten unterstützen wird, ist in der Praxis eine Selbstverständlichkeit. So fordert die Vorschrift des § 46 Absatz 3 Satz 5 EnWG ausdrücklich, dass die Gemeinde die Zielsetzungen des § 1 EnWG, zu denen auch die effiziente und umweltverträgliche Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas gehört, bei der Auswahl ihres Konzessionsvertragspartners zu berücksichtigen hat. § 3 Absatz 2 KAV ist daher auch an den Zielen des § 1 Absatz 1 EnWG zu messen und entsprechend auszulegen. Zudem ist im Neu-Konzessionsvertrag nicht vereinbart, dass derartige Leistungen oder Maßnahmen des Netzbetreibers unentgeltlich oder unterhalb eines marktüblichen Preises gewährt werden sollen. Vielmehr sieht § 7 Absatz 2 ausdrücklich vor, dass Leistungen des neu konzessionierten Energieversorgungsunternehmens an die Gemeinde nur „im Rahmen des konzessionsabgabenrechtlich Zulässigen“ gewährt werden. Dadurch haben die Vertragspartner des Neu-Konzessionsvertrages hinreichend deutlich gemacht, dass sie keine konzessionsabgabenrechtlich unzulässigen Nebenleistungen vereinbaren oder gewähren wollen, sondern sich rechtstreu im Rahmen des § 3 KAV bewegen wollen.<sup>7</sup>

Seit vielen Jahren ist die Regelung, dass das konzessionierte Energieversorgungsunternehmen die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, unterstützt, eine übliche und bislang unbeanstandete Vereinbarung in Strom-Konzessionsverträgen.

Selbst wenn in dem Neu-Konzessionsvertrag geregelte Nebenleistungen unzulässig im Sinne des § 3 Absatz 2 Nummer 1 KAV wären und entsprechende Einwände im Klageverfahren zur Netzübernahme rechtlich noch beachtlich sein sollten, führen etwaige Verstöße gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 Absatz 2 KVA jedenfalls nicht zur Gesamtnichtigkeit des Neu-Konzessionsvertrages.

Die Kammer übersieht, dass selbst wenn eine Bestimmung des Neu-Konzessionsvertrages rechtsunwirksam sein sollte, dies entgegen § 139 BGB die Wirksamkeit der übrigen Regelungen im Neu-Konzessionsvertrag unberührt lässt. Dies entspricht auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der BGH hat in einer anderen streitigen Auseinandersetzung im Zusammenhang mit dem Neuabschluss von Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsverträgen ausdrücklich bejaht, dass ein neu abge-

<sup>5</sup> VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, Az. 1 B 3594/12.

<sup>6</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 22. Juni 2012 („Pulheim“), Az. B 10 – 16/11.

<sup>7</sup> vgl. Kermel/Schöne, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 2012, Kapitel 3, Randnummer 57 und Praxistipp Seite 106.

schlossener Konzessionsvertrag auch ohne bestimmte unwirksame Regelungen im Übrigen wirksam bleibt.<sup>8</sup>

Im Übrigen verkennt das Landgericht München I die Bedeutung des Nebenleistungsverbots gemäß § 3 Absatz 2 KAV für die Praxis. Das Landgericht München I geht davon aus, dass im Konzessionierungsverfahren „die Nebenleistung als maßgebliches Unterscheidungskriterium der Angebote in den Fokus der gemeindlichen Entscheidung“ rückt. Nebenleistungen sind jedoch keine geeigneten netzbezogenen Auswahlkriterien. Sie sind im Grundsatz unzulässig. Nur wenige abschließend aufgezählte Nebenleistungen sind konzessionsabgabenrechtlich zulässig (vgl. § 3 Absatz 1 Nummer 1 – 3 KAV).

Üblicherweise bieten alle Bewerber im selben oder zumindest ähnlichen Umfang der Kommune die zulässigen Nebenleistungen gemäß § 3 Absatz 1 KAV an. Insofern sind Nebenleistungen – ebenso wenig wie die Höhe der Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsabgabe – in der Praxis kein maßgebliches Unterscheidungskriterium bei der Angebotswertung und kommunalen Auswahlentscheidung. Im konkreten Fall ist mit den Regelungen in § 7 Absatz 2 und Absatz 3 des Neu-Konzessionsvertrages kein konkreter finanzieller Vorteil für die Kommune verbunden.

Auch muss der unterlegene Bewerber nicht mittels der Gesamtnichtigkeit des Neu-Konzessionsvertrages vor „rein fiskalischen Eigeninteressen der Gemeinde“ geschützt werden. Zum Einen darf die Kommune zulässigerweise beim Neuabschluss von Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsverträgen durchaus auch eigene fiskalische Interessen verfolgen.<sup>9</sup> Zum anderen liegt die wirtschaftliche und finanzielle Bedeutung bei Beteiligungsmodellen nicht im Konzessionsvertrag selbst, sondern vielmehr in der Ausgestaltung des Beteiligungsmodells und der Teilhabe an den unternehmerischen Chancen und Risiken aus dem Betrieb der örtlichen Energieversorgungsnetze.

Rechtlich verfehlt ist die Entscheidung des Landgerichts München I auch insoweit, als dass die Gesamtnichtigkeit des Neu-Konzessionsvertrages auch die Abtretungsvereinbarung zwischen der Klägerin und der Stadt O. hinsichtlich der Rechte und Pflichten aus dem Alt-Konzessionsvertrag erfassen soll. Neben dem gesetzlichen Übertragungs- bzw. Überlassungsanspruch des neu konzessionierten Energieversorgungsunternehmens gegen den bisherigen Netzbetreiber gemäß § 46 Absatz 2 EnWG besteht regelmäßig ein vertraglicher Anspruch auf Übertragung des örtlichen Energieversorgungsnetzes an die Kommune selbst. Der gesetzliche Anspruch des neu konzessionierten Energieversorgungsunternehmens und der vertragliche Anspruch der konzessionsvergebenden Stadt stehen in keinem rechtlichen Zusammenhang. Schließt die

Kommune einen neuen Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsvertrag mit einem anderen Bewerber als dem bisherigen Netzbetreiber ab, so ist es bisher rechtlich unbeanstandete gängige Praxis, dass die Kommune an das neu konzessionierte Energieversorgungsunternehmen ihre Rechte und Pflichten aus dem Alt-Konzessionsvertrag abtritt. Nur so kann das neu konzessionierte Energieversorgungsunternehmen die Verhandlungen zur Übertragung des örtlichen Strom- (bzw. Gas-) Netzes auf Grundlage von zwei unterschiedlichen und rechtlich selbstständigen Herausgabeansprüchen führen.

Für Kommunen, welche aktuell Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren zum Neuabschluss von Strom- (bzw. Gas-) Konzessionsverträgen durchführen, ergeben sich aus dem Urteil des LG München I zumindest folgende Konsequenzen:

- Die Kommunen sollten im Konzessionierungsverfahren gegenüber allen Bewerbern in ihren Vergabeunterlagen, Informationsmemoranden und Verfahrensrundbriefen stets auf die Rügeobliegenheit hinweisen.<sup>10</sup>
- Kommunen sollten in ihren Vergabeunterlagen, Informationsmemoranden und Verfahrensrundbriefen auf das Nebenleistungsverbot des § 3 Absatz 2 KAV ausdrücklich hinweisen.
- Sofern Bewerber Nebenleistungen über die rechtlich zulässigen Leistungen des § 3 Absatz 1 KAV hinaus anbieten, sollten diese in die Angebotswertung und Auswahlentscheidung **nicht** einfließen. Dies gilt zumindest solange, bis die Grauzone des Nebenleistungsverbots gemäß § 3 KAV nicht höchst- oder zumindest obergerichtlich geklärt ist.
- Kommunen sind auf der sicheren Seite, wenn ihre eigenen Berater nicht zugleich Bewerber oder deren Gesellschafter in Konzessionierungsverfahren beraten. Für die Berater liegen darin vermeidbare berufs- und haftungsrechtliche Risiken.<sup>11</sup> Für die Kommune bestehen Risiken, dass ihnen in dem Konzessionierungsverfahren ihre eigenen Berater möglicherweise abhanden kommen.<sup>12</sup> Im Übrigen sollte auch bei der Auswahl der Berater jeder Anschein eines nicht fairen und transparenten, sondern vorgeprägten und vorfestgelegten Konzessionierungsverfahrens von vornherein vermieden werden.

8 BGH, Urteil vom 29. September 2009, Aktenzeichen EnZR 14-08, RdE 2010, Seite 253 ff.

9 VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, Az. 1 B 3594/12.

10 vgl. zur Verpflichtung des Bieters zur unverzüglichen Rüge von Verfahrensverstößen gegenüber dem Auftraggeber im förmlichen Vergabeverfahren, § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 GWB.

11 vgl. Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen für die Anwaltschaft gemäß § 43 BRAO in Verbindung mit § 43 a IV BRAO, § 3 BORA.

12 vgl. dazu § 16 Vergabeverordnung.