

Geschäftsnummer:
22 O 33/12 Kart.



Verkündet am
03. Mai 2013

Küffen, JOSin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Landgericht Mannheim
2. Kammer für Handelssachen
Im Namen des Volkes
Urteil

Im Rechtsstreit
[...]

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:
[...]

gegen

[...]

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:
[...]

wegen Feststellung

hat die 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Mannheim auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2013 durch

Vors. Richter am Landgericht [...]

für **Recht** erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist für die Klägerin wegen der Kostenentscheidung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 125% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin geht gegen die Beklagte im Wege der Feststellungsklage vor. Die Parteien streiten über die Berechtigung der Beklagten, von der Klägerin die Übergabe und Über-eignung der im Eigentum der Klägerin befindlichen Stromnetzverteilungsanlagen auf dem Gebiet der [...] und der Gemeinden [...], [...], [...] sowie [...] zu fordern.

Die Klägerin hatte mit diesen Gemeinden Konzessionsverträge geschlossen, in welchen sich die Gemeinden verpflichteten, der Klägerin ihre öffentlichen Wege für die Verlegung und den Betrieb von Stromleitungen zur Verfügung zu stellen gegen Zahlung der Konzessionsabgabe. Die Konzessionsverträge zwischen der Klägerin und den Gemeinden endeten wie folgt: [...] am 31.12.2012, [...] am 20.07.2012, [...] am 30.09.2012, [...] am 01.11.2012 und [...] am 10.02.2013.

Unter dem 19.11.2009 hat die Stadt [...] das Ende des Konzessionsvertrages zum 31.12.2012 im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht und interessierte Unternehmen aufgefordert, ihr Interesse am Abschluss eines Anschlusskonzessionsvertrages zu bekunden. In vergleichbarer Weise sind die übrigen Kommunen vorgegangen. Beide Parteien haben jeweils ihr Interesse bekundet.

Bereits am 04.06.2009 hat sich der von verschiedenen Gemeinden beauftragte Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ... an interessierte Energieunternehmen gewandt und mitgeteilt, dass die Gemeinden die sich aus dem Auslaufen der Konzessionsverträge ergebenden Möglichkeiten auch dazu nutzen möchten, eine gemeinsame und einheitliche Vorgehensweise zu verfolgen. Neben der einheitlichen Konzessionsvergabe sollte die Gründung eines Regionalwerks unter Beteiligung Dritter die Gründung kleinerer Einheiten bis hin zur einzelnen Gemeinde-/Stadtwerken erwogen werden. Mit Schreiben vom 23.07.2009 erfolgte eine Einladung zu einer Informationsveranstaltung der beteiligten Gemeinden mit der Aufforderung, Vorstellungen zur Entwicklung eines Regionalwerks zu präsentieren. Wegen der Einzelheiten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Kopien der beiden Schreiben (Anl. B1 und 2) Bezug genommen.

Am 06.04.2010 wurde den Interessenten mitgeteilt, dass sich verschiedene Gemeinden zu einer Gesellschaft zusammenschließen werden, deren Zweck unter anderem der Betrieb von Strom- und Gasnetzen sowie der Vertrieb von Strom und Gas sein werde. Mit

Schreiben vom 19.05.2010 wurden die interessierten Elektrizitätsunternehmen aufgefordert, zu darin aufgeführten Fragen/Kriterien Stellung zu nehmen, die sowohl die Konzession als auch insgesamt die Neustrukturierung der Energieversorgung in der Region betrafen. Wegen der Einzelheiten wird auf die der Beklagten vorgelegte Kopie dieses Schreibens (Anl. B4) Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 12.07.2010 (Anl. K4) hat die Klägerin ihr Interesse für den Abschluss eines Konzessionsvertrages für die Versorgung mit Strom bekannt gegeben. Im folgenden führten die Klägerin und die Gemeinden, die sich zu einem Regionalwerk zusammenschließen wollten (so genannte RWO-Gemeinden) über den Oberbürgermeister der Stadt [...], die Kämmerer der Städte [...], [...] und [...] sowie den externen Berater Wirtschaftsprüfer und Steuerberater [...] Verhandlungen, die sich bis Sommer 2011 hinzogen. Basis der Verhandlungen mit der Klägerin war dabei der von den Gemeinden an die Klägerin herangetragene Wunsch nach der Gründung eines voll funktionsfähigen Regionalwerks, in das die Strom- und Gasnetze eingebracht werden sollten. Mit Schreiben vom 12.07.2010 hatte die Klägerin mitgeteilt, über eine regionale Netzgesellschaft zu verhandeln. Im weiteren Verlauf der Verhandlungen hat die Klägerin ihre Bereitschaft erklärt, die Stromnetze in eine Gesellschaft unter dem Arbeitstitel RWO einzubringen, auch wenn die Kommunen an dieser Gesellschaft die Mehrheit haben würden. Die Klägerin hat vorgeschlagen, das Stromnetz nach Erwerb durch das RWO zurück zu pachten und durch ihre Tochtergesellschaft betreiben zu lassen, so dass das RWO Erlöse aus der Netzverpachtung erzielt hätte. Alternativ hat die Klägerin auch ein so genanntes unternehmerisches Modell angeboten, bei dem das RWO Netzeigentümerin und auch Netzbetreibern würde. Dabei haben die RWO-Kommunen detaillierte Nachfragen zum Pacht- und zum unternehmerischen Modell gestellt, was sich insbesondere auch in einem Schreiben des Wirtschaftsprüfers und Steuerberater [...] vom 31.01.2011 ausdrückt (Anl. K 5). Die Gemeinde [...] verlangte für die RWO-Kommunen per E-Mail vom 10.03.2011 auch einen Sitz im Aufsichtsrat der Klägerin, was von elementarer Bedeutung sei. Mit Schreiben vom 15.04.2011 fasste Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ... die damalige Verhandlungsposition der RWO-Gemeinden zusammen, woraus die Klägerin den Schluss zog, die neu zu gründende RWO sollte Netzeigentümerin und Netzbetreibern werden. Nachdem nicht verhandelbarem Verständnis der Kommunen sollte die Geschäftsführung mit einfacher Mehrheit ohne Zustimmungsquorum gewählt werden. Oberste Prämisse sei, dass das Regionalwerk kommunal geführt werde, weswe-

gen Minderheitenrechte der Klägerin bei Verabschiedung des Wirtschaftsplans nicht in Betracht kämen. In einem Schreiben vom 04.05.2011 von dem Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ... an die Klägerin heißt es:

"In der heutigen Diskussion kam klar zum Ausdruck, dass sich die Vertragsparteien im jetzigen Verhandlungszeitpunkt sehr nahe gekommen sind und es beiderseits bedauerlich wäre, wenn das gemeinsam angestrebte Projekt am bestehenden Dissens, insbesondere an der Mitbestimmung beim Wirtschaftsplan, der Ergebnisverwendung und Feststellung des Jahresabschlusses (Stellungnahme zu Ihrem Punkt 6 in unserem Schreiben vom 15.04.2011) scheitern würde."

Am 19.07.2011 erstellte die Verwaltung der Stadt [...] eine Beschlussvorlage für den Gemeinderat, wonach eine Energiegesellschaft [...] gegründet werden solle, deren Gesellschaftszweck der Verkauf umweltfreundlich erzeugter Energie sei. An dieser Vertriebsgesellschaft sollten die Beklagte und die Stadt [...] als bisheriger und zukünftiger Konzessionsnehmer Gas mit je 24,5 % der Gesellschaftsanteile beteiligt werden. Das [...] sollte nicht mehr Inhaberin der Stromkonzession im Gemeindegebiet der Stadt [...] und der übrigen Gemeinden und gegebenenfalls Netzbetreibern werden. Vielmehr sollte die Konzession unmittelbar und direkt an die Beklagte vergeben werden. Zugleich verzichteten die [...] Gemeinden nunmehr auf jede kommunale Einflussnahme bezüglich der Besetzung des Geschäftsführerpostens beim Konzessionsnehmer und Netzbetreiber. Wegen der Einzelheiten wird auf die von der Klägerin in Kopie vorgelegte Beschlussvorlage vom 19.07.2011 (Anl. K 10) Bezug genommen. Am 25.07.2011 hat der Gemeinderat der Stadt [...] einen entsprechenden Beschluss gefasst.

Am 15.11.2011 erstellte die Verwaltung eine Beschlussvorlage für den Gemeinderat der Stadt [...] zu Tagesordnungspunkt 6 "Abschluss eines Konzessionsvertrages über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zum Bau und Betrieb von Leitungen für die Stromversorgung im Stadtgebiet" mit der Empfehlung, den Abschluss eines Konzessionsvertrages mit der Beklagten für die Dauer von 20 Jahren zu beschließen. Wegen der Einzelheiten wird auf die von der Beklagten in Kopie vorgelegte Beschlussvorlage vom 15.11.2011 nebst Anlage Bezug genommen (Anl. B 6). Am 21.11.2011 beschloss der Gemeinderat der Stadt [...] entsprechend dem Vorschlag der Beschlussvorlage.

Am 10.02.2012 schloss die Stadt [...] mit der Beklagten einen Konzessionsvertrag, am 15.02.2012 die Gemeinde [...], am 27.02.2012 die Gemeinde [...], am 28.02.2012 die Gemeinde [...] und am 07.03.2012 die Gemeinde [...]. Wegen der Einzelheiten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Kopien der Konzessionsverträge (Anl. B 7 -[...], B 9 - [...], B 10 -[...], B 11 -[...] und B8 -[...]) Bezug genommen. Zuvor hatten die Gemeinderäte dieser Gemeinden entsprechende Beschlüsse dazu gefasst.

Mit Abtretungsvertrag vom 10.02.2012 hat die Stadt [...] ihren Anspruch auf die Übernahme der Verteilungsanlagen aus dem Konzessionsvertrag mit der Klägerin sowie alle mit der Netzübernahme in Zusammenhang stehenden vertraglichen und gesetzlichen Haupt- und Nebenrechte, insbesondere Ansprüche auf eine Treu und Glauben entsprechende Entflechtung des Verteilernetzes an die Beklagte abgetreten, die die Abtretung angenommen hat. Wegen der Einzelheiten wird auf die Kopie des Abtretungsvertrages, die die Beklagte vorgelegt hat, Bezug genommen (Anl. B 17). Gleich lautende Abtretungsvereinbarungen haben die Gemeinden [...], [...], [...] und [...] abgeschlossen, auf die von der Beklagten vorgelegten Kopien wird Bezug genommen (Anl. B 18 bis B 21).

Die Klägerin hat bei der Kartellbehörde des Landes Baden-Württemberg beantragt, ein Missbrauchsverfahren einzuleiten, was jedoch erfolglos blieb.

Mit Schreiben vom 14.03.2012 und 03.04.2012 machte die Beklagte gegenüber der Klägerin geltend, einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der im Eigentum der Klägerin stehenden Stromverteilungsanlagen auf dem Gebiet der Stadt [...] sowie der Gemeinden [...], [...], [...] und [...] zu haben.

Die Klägerin hält dagegen die zwischen der Stadt [...], den übrigen Gemeinden und der Beklagten abgeschlossenen Konzessionsverträge für nichtig. Die Gemeinden hätten alle einschlägigen Verfahrensregeln missachtet und insbesondere die Klägerin über die Entscheidungskriterien im Unklaren gelassen. Soweit Kriterien ableitbar gewesen seien, seien diese unzulässig gewesen und hätten eine Konzessionsvergabe nicht tragen dürfen. Auswahlkriterien seien nicht klar benannt worden und eine Auswahlentscheidung nicht anhand der der Klägerin mitgeteilten Kriterien getroffen worden. Gegenüber der Klägerin sei immer wieder der Eindruck entwickelt worden, den [...] -Kommunen sei der unternehmerische Einfluss auf den Netzbetrieb besonders wichtig. Dementsprechend

habe die Klägerin in den Verhandlungen die Einbringung der Netze in eine Gesellschaft angeboten, an der sie selbst zukünftig nur noch Minderheitsgesellschafter sein sollte. Der Klägerin gegenüber hervorgehobene Punkte wie die Besetzung des Geschäftsführers der Netzbetriebsgesellschaft hätten später keine Rolle mehr gespielt. Wenn schon die entscheidungsrelevanten Parameter geändert würden, dann sei es zwingend notwendig, alle Wettbewerber hierüber zu unterrichten und ihnen Gelegenheit zu geben, ihr Angebot neu auszurichten. Intransparent sei, welcher Zusammenhang zwischen der Beteiligung der Beklagten als Konzessionsnehmerin am [...] als reiner Vertriebsgesellschaft, der Beteiligung der [...] -Kommunen an der Beklagten einerseits und der Konzessionsvergabe an die Beklagte andererseits bestehe. Vermischt worden sei die Konzessionsvergabe mit Sachverhalten, die die Konzessionsvergabe nicht beträfen. Selbst wenn es zulässig gewesen sei, die Beteiligung der Beklagten an der geplanten [...] -Vertriebsgesellschaft zu berücksichtigen, fehle immer noch jede Transparenz zur Frage, welchen Einfluss die diesbezüglichen Angebote auf die Vergabeentscheidung gehabt hätten. Dies ergebe sich auch aus dem von der Beklagten in Bezug genommenen Schreiben des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters [...] vom 19.05.2010 (Anl. B4) und aus der Beschlussvorlage für den Gemeinderat der Stadt [...] vom 19.07.2011 (Anlage K 10). Diese bestätige den Zusammenhang zwischen der Entscheidung über den Kooperationspartner und die Konzessionsvergabe. Deshalb müsse bestritten werden, dass die Stadt [...] über die Konzessionsvergabe anhand der als Anlagen B5 und B6 vorgelegten Unterlagen entschieden habe. Die Entscheidung sei bereits gefallen gewesen und zwar aufgrund anderer Aspekte als in der Sitzungsunterlage dargelegt. Es müsse auch bestritten werden, dass die Entscheidungen der übrigen Gemeinden auf vergleichbaren Erwägungen beruhten, wie sie sich aus den Vorlagen gem. Anl. B5 und B6 der Stadt [...] ergeben. Jedenfalls fehlten in diesen Anlagen Hinweise darauf, dass Aspekte, die in § 1 EnWG genannt sind, eine Rolle bei der Vergabe gespielt hätten.

Die Konzessionsverträge verstießen darüber hinaus auch gegen das Nebenleistungsverbot von § 3 KAV. Eine verbotene Nebenleistung sei mit den Regelungen in § 7 Abs. 2 und 3 des Konzessionsvertrages verbunden. Weiterhin unzulässig sei, dass die Beklagte das im Bereich der Erzeugung und des Vertriebs von Energie tätige Regionalwerk [...] mit ihrem vorhandenen Know-how unterstützen solle, wie es die Sitzungsvorlage vom 25.07.2011 vorsehe (Anl. K 10). Die einzige Leistung, die die Kommunen erbrächten, liege in der Bereitstellung des Konzessionsvertrages. Angesichts dessen sei aber

die Gegenleistung der Beklagten, die in der Beteiligung der Kommunen am Erfolg des Vertriebsgeschäfts liege, unzulässig. Das gesamte Konzessionsvergabeverfahren sei von Beginn an durch den Willen der beteiligten Kommunen zur Rekommunalisierung der Energieversorgung und damit von politisch-fiskalischen Aspekten überlagert gewesen. Dies zeige auch eine Äußerung des Oberbürgermeisters der Stadt [...], die am 25.09.2012 veröffentlicht worden sei. Wegen der Einzelheiten wird auf die von der Klägerin vorgelegte Kopie des Beitrags (Anl. K 23) Bezug genommen.

Auf die Nichtigkeit der Konzessionsverträge könne sich die Klägerin auch berufen. Ein Verstoß der Klägerin gegen § 242 BGB liege nicht vor.

Schließlich könne sich die Beklagte zur Rechtfertigung der geltend gemachten Ansprüche auch nicht auf die Abtretungen aus den entschärft Bestimmungen der abgelaufenen Konzessionsverträge berufen. Die Abtretung sei ausgeschlossen, jedenfalls unwirksam.

Die Klägerin beantragt:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte gegen die Klägerin keinen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der im Eigentum der Klägerin befindlichen Stromnetzverteilungsanlagen auf dem Gebiet der Stadt [...] sowie der Gemeinden [...], [...], [...] und [...] hat.

Die Beklagte beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte hält die Klage für unzulässig, weil es der Klägerin an einem Rechtsschutzinteresse fehle. Ein stattgebendes Urteil würde nur zwischen den Parteien wirken, jedoch nicht gegenüber den Kommunen. Jedenfalls nach Abschluss der Konzessionsverträge könne sich die Klägerin nicht mehr auf Fehler im Vergabeverfahren zum Zwecke der Begründung von Primärrechtsschutz berufen, sie sei vielmehr auf Schadensersatzansprüche gegen die vergebende Stelle beschränkt. Die Klägerin hätte im Laufe des Verfahrens mit zahlreichen Verhandlungsrunden ausreichend Möglichkeiten gehabt, die von ihr behaupteten Verfahrensmängel zu rügen und auf eine Behebung dieser Mängel

zu dringen. Trotz Nachfrage der Beklagten habe sich die Klägerin erst mit der Klage über die Verfahrensmängel geäußert.

Die Kommunen seien gegenüber der Beklagten gemeinsam über ihre Verhandlungsführer sowohl im Hinblick auf die Erarbeitung und Auswahl eines energiewirtschaftlichen Kooperationskonzeptes als auch hinsichtlich der Vergabe der Strom- und Gaskonzessionen aufgetreten. Den Bewerbern, die im Stundentakt zu Verhandlungen eingeladen gewesen seien, ihre Konzepte hätten vorstellen können und umfangreiche Fragenkataloge zu beantworten gehabt hätten, seien die Kriterien mitgeteilt und erläutert worden, anhand derer die Kommunen ihre Entscheidungen zu treffen beabsichtigten. Dabei sei neben der Nennung verschiedener denkbarer Geschäftsmodelle wie beispielsweise der Gründung eines Regionalwerks ausdrücklich und zuerst auf die ebenfalls gegebene Möglichkeit hingewiesen worden, einheitlich oder einzelnen die Konzessionen durch die beteiligten Kommunen unabhängig von der Umsetzung eines Kooperationsmodells zu vergeben, wie es auch im Schreiben des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters [...] vom 04.06.2009 aufgeführt sei (Anl. B 1). Die Kriterien, die für die beteiligten Kommunen maßgeblich sein sollten, seien im Schreiben vom 19.05.2010 aufgeführt (Anl. B 4); dieses Schreiben habe den gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vom 15.10.2010 und das Positionspapier der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg vom 05.12.2011 noch nicht berücksichtigen können. Stets seien verschiedene Modelle zwischen den Kommunen und den Unternehmern im Gespräch gewesen. Genau wie die Beklagte sei auch der Klägerin die Möglichkeit gegeben gewesen, ihre Angebote noch zu präzisieren. Das Verfahren über die Auswahl eines Kooperationsmodells sei getrennt gewesen von dem der Konzessionsvergabe. Es habe lediglich einen organisatorischen Gleichlauf gegeben. Die Trennung komme auch dadurch zum Ausdruck, dass letztlich in unterschiedlichen Gemeinderatssitzung jeweils getrennt über die Zusammenarbeit im Rahmen eines Kooperationsmodells und die Vergabe von Konzessionen entschieden worden sei. Gerade die Klägerin habe versucht, sich einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber den Mitbewerbern zu verschaffen, indem konzessionsvertragsrechtlich unzulässige Nebenleistungen angeboten worden seien. Zu berücksichtigen sei auch, dass hinsichtlich der Verfahrensgestaltung der Kommunen auf den Beginn des Vergabeverfahrens abzustellen sei, weshalb die Novellierung von § 46 Abs. 3 EnWG im Jahre 2011 nicht berücksichtigt werden könne.

Nachdem mittlerweile die Konzessionen an die Beklagte vergeben worden seien, habe die Beklagte einen gesetzlichen Anspruch gegen die Klägerin auf Übereignung der genannten Stromverteilungsanlagen. Daneben könne die Beklagte auch aus abgetretenem Recht von der Klägerin Übereignung verlangen.

Die Konzessionsverträge seien auch nicht nichtig, selbst wenn man unterstelle, dass die Kommunen bei der Gestaltung des Verfahrens und der Auswahlentscheidung gegen Vorschriften verstoßen hätten. Falls etwas anderes gelten sollte, werde in die Rechtsposition der Beklagten eingegriffen, was nicht gerechtfertigt sei. Mit den Regelungen in § 7 der Konzessionsverträge werde nicht gegen das Nebenleistungsverbot von § 3 KAV verstoßen. Zu berücksichtigen sei auch, dass es sich bei den vertraglichen Regelungen um solche handle, die im so genannten Musterkonzessionsvertrag enthalten gewesen seien. Im Übrigen bezögen sich die Vorwürfe der Klägerin nicht auf die Konzessionsverträge selbst, sondern auf das Verfahren hinsichtlich der Auswahl der Kooperationspartner. Die Beklagte jedenfalls sei schutzwürdig, von einer etwaigen Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens habe sie keine Kenntnis gehabt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, insbesondere besteht das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin. Dieses ergibt sich bereits daraus, dass die Beklagte sich eines Anspruchs aus § 46 Abs. 2 EnWG gegenüber der Klägerin berührt, womit von der Beklagten ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Parteien in Anspruch genommen wird, aus dem ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den Stromnetzverteilungsanlagen auf den Gebieten der Gemeinden in Anspruch genommen wird. Gegen diese Ansprüche kann sich die Klägerin zur gerichtlichen Klärung nur der negativen Feststellungsklage bedienen. Jedenfalls aus diesem Grund besteht ein Feststellungsinteresse der Klägerin.

Der Klageantrag ist auch genau genug gefasst. Zwar ist zu Endschafftsbestimmungen in abgelaufenen Konzessionsverträgen und § 46 Abs. 2 EnWG weithin umstritten, welchen Inhalt ein Überlassungsanspruch des neuen Konzessionärs hat, der auch nur gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung besteht. Darüber streiten die Parteien jedoch nicht, ihnen geht es vielmehr nur darum, ob der Anspruch der Beklagten auf einen wirksamen Konzessionsvertrag (auf wirksame Konzessionsverträge) gestützt werden und/oder ob die Beklagte aus abgetretenem Recht gegen die Klägerin vorgehen kann. Nachdem sich die Parteien zumindest insoweit einig sind, bedarf es einer weiteren Konkretisierung des Feststellungsantrags nicht.

Die Klage ist nicht begründet.

Die Kammer kann zunächst dahingestellt sein lassen, ob die Gemeinden bei ihrer Entscheidung, mit der Beklagten Konzessionsverträge abzuschließen, gegen §§ 19, 20 GWB, 46 Abs. 3 EnWG oder die aus europäischem Recht abgeleiteten Pflichten, alle Bewerber gleich zu behandeln und dazu ein transparentes Verfahren durchzuführen, verstoßen haben. Insoweit ist immerhin zu bedenken, dass jedenfalls das - verständliche - Anliegen von Kommunen, wesentlichen Einfluss auf die Netze und die Versorgung ihres Gemeindegebiets mit Strom und Gas zu gewinnen, an ihrer Verpflichtung aus § 46 Abs. 3 EnWG hinsichtlich der Überlassung der Netze nichts ändert und ihr konkretes Vorgehen anhand dieser Vorschrift bewertet werden muss. Ob das unter den hier festzustellenden Umständen einer rechtlichen Prüfung Stand hielte, ist für die Kammer fraglich, weil die Verfahrensführung durch die Gemeinden die einzuhaltende Grenze zwi-

schen Suche nach einem strategischen Partner und Konzessionsvergabe verwischt haben dürfte, auch wenn darüber letztlich getrennt entschieden wurde. Es erschließt sich der Kammer nicht, welches Ziel oder Konzept die Gemeinden unter den hier gegebenen Umständen verfolgen wollen, wenn der Entscheidung für einen bestimmten strategischen Partner nicht die Vergabe der Konzessionen an ein Unternehmen aus dem Einflussbereich des strategischen Partners nachgefolgt wäre.

Jedenfalls aber sind die zwischen dem 10.12.2012 und 07.03.2012 abgeschlossenen Konzessionsverträge wegen der unterstellten Verstöße bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens und bei den Entscheidungen der Gemeinden über den Abschluss eines der Konzessionsverträge mit der Beklagten zwischen dem 21.11.2012 und 21.12.2012 nicht gem. § 134 BGB nichtig.

Der Nichtigkeitsgrund des Gesetzesverstoßes aus § 134 BGB setzt voraus, dass sich das gesetzliche Verbot gegen die Vornahme gerade dieses Rechtsgeschäfts richtet und beide Vertragsparteien als Verbotsadressaten anspricht (OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 229 m. w. Nachw.). Letzteres ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr richten sich die o. a. Normen an denjenigen, dessen Entscheidung aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung an kartell- (vgl. OLG Karlsruhe a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2012 VI-3 137/12 (V), von der Klägerin vorgelegt als Anl. K 26) oder energierechtlichen bzw. europarechtlichen Normen zu messen ist und damit vorliegend nur an die Gemeinden (so auch OLG Düsseldorf a. a. O.). Dies spricht dagegen, den Konzessionsvertrag als nach § 134 BGB nichtig zu beurteilen; einseitige Verbote führen in der Regel nicht zur Ungültigkeit (Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl. 2013, § 134 Rn. 9). Wenn das entgegenstehende gesetzliche Verbot sich nur an einen Vertragspartner richtet, ist nur ausnahmsweise die Folgerung gerechtfertigt, ein Rechtsgeschäft ist nach § 134 BGB nichtig, nämlich wenn es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen (BGHZ, 65, 370).

Ob die Vorschriften des EnWG, insbesondere der §§ 46 Abs. 3, 1 EnWG es erfordern, dass der Vertrag nicht hingenommen und nicht bestehen bleiben kann, ist rechtlich nicht geklärt. Nach einer Meinung soll sich aus der Struktur von § 46 EnWG die Nichtigkeitsfolge ergeben: Zum einen schreibe die Vorschrift nicht nur ein bestimmtes Verfahren

vor, sondern ordne an, dass die Wegrechte diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen seien, und zum anderen seien Vergabe und Abschluss des neuen Vertrages eng miteinander gekoppelt, insbesondere sei dem benachteiligten Unternehmen eine spätere Beteiligung nicht möglich, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche ebenfalls ausgeschlossen bzw. unpraktikabel. Maßgeblich sei schließlich, dass ein Aufrechterhalten des Folgegeschäfts, wie der Abschluss des neuen Konzessionierungsvertrags, offensichtlich dem Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG zuwiderliefe. Danach soll ein Wettbewerb um die Netze ermöglicht werden, den die Gemeinde zu veranstalten haben. Komme es zu einer wettbewerbswidrigen Vergabe, würde, wenn der Folgevertrag mit dem neuen Betreiber aufrecht erhalten bliebe und der gesetzliche Anspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG dennoch bestünde, der wettbewerbswidrige Zustand bis zu 20 Jahren Bestand haben (OLG Düsseldorf, a. a. O. unter Bezugnahme auf OLG Schleswig, Urteil vom 20.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/12; von der Klägerin vorgelegt als An. K 25).

Diese Ansicht überzeugt die Kammer aus mehreren Gründen nicht.

Geteilt wird noch der Ausgangspunkt, dass nämlich § 46 EnWG sowohl das Verfahren, das die Gemeinden bei der Vergabe der Konzession grundsätzlich einzuhalten haben, regelt als auch – zumindest teilweise – vorschreibt, nach welchen materiellen Kriterien (Ziele des § 1 EnWG) die Vergabe zu erfolgen hat. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass sich diese Regelungen auch an den neuen Konzessionsinhaber wenden und ihm Handlungsanweisungen oder indirekt Verbote auferlegen. Zwischen Vergabe und Abschluss des neuen Vertrages besteht auch keine so enge Kopplung, dass hieraus ein Argument dafür folgt, dass auch der Vertragspartner als Verbotsadressat anzusehen ist. Mag noch zugestanden werden, dass ein neuer Konzessionsinhaber, der vor dem Abschluss des Vertrages mit der Gemeinde feststellen kann und muss, dass ein Vergabeverfahren im Sinne von § 46 Abs. 1, Abs. 3 EnWG überhaupt nicht stattgefunden hat, auch erkennen kann und muss, dass er an einem verbotswidrigen Handeln der Gemeinde teilnimmt; was ihn – unter anderem rechtlichen Ansatz – haftbar und nicht schutzwürdig erscheinen lassen mag. Dies kann jedoch einen neuen Konzessionsinhaber nicht entgegengehalten werden, der weiß, dass sich an dem Vergabeverfahren der Gemeinde weitere Unternehmen beteiligt haben: In aller Regel wissen die einzelnen Bewerber nicht um den Inhalt der Verhandlungen der Gemein-

de mit dem Konkurrenten. Dass im vorliegenden Fall etwas anderes zu gelten hätte, ist nicht näher vorgetragen.

Auch die weiteren Argumente tragen nicht das Ergebnis der Nichtigkeit des nach der Vergabeentscheidung abgeschlossenen Konzessionsvertrages. Die zwingende Nichtigkeitsfolge wird von der oben angegebenen Meinung zunächst damit begründet, dass dem benachteiligten Unternehmen keine rechtlichen Möglichkeiten offen stünden, Verstöße im Verfahren und im materiellen Gehalt der Entscheidung nach § 46 EnWG effektiv geltend zu machen. Dies trifft jedoch nicht zu. Rechtsschutz kann das benachteiligte Unternehmen sowohl während als auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens, mit dem der Konzessionsvertrag immer noch nicht abgeschlossen ist, erlangen (vgl. Summa in jurisPK-VergR, 3. Auflage 2011, VT 1 zu § 100 GWB). Dies gilt insbesondere für die Klägerin: Bereits zu Beginn des Auswahlverfahrens war für sie erkennbar, dass die Gemeinden die Entscheidungen über die strategische Partnerschaft und die Auswahl des Konzessionärs in einem gemeinsamen Verfahren vorbereiten wollen und dabei Kriterien für maßgeblich hielten, die eine saubere Trennung der beiden zu treffenden Entscheidungen nicht ermöglichen würden. Dagegen hätte die Klägerin protestieren und im Vergeblichkeitsfalle gerichtlich vorgehen können. Zeit genug blieb der Klägerin dafür auch noch nach der Entscheidung über die strategische Partnerschaft und/oder der Vergabe der Konzession. Mit gegen die Gemeinden gerichteten Unterlassungsanträgen, die gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung durchzusetzen gewesen wären, hätte die Klägerin spätestens den Abschluss der Konzessionsverträge verhindern können (vgl. OLG Düsseldorf, EWiR 2010, 960; Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 100 Rn. 8; Meyer-Hetting/Templin, ZNER 2012, 18, 27). Weshalb Schadensersatzansprüche ausgeschlossen sein sollten, erschließt sich der Kammer nicht (vgl. dazu Langen/Bunte/Wagner, Kartellrecht, 11. Aufl. 2011, § 100 Rn. 5).

Nicht überzeugend ist auch, wenn maßgeblich darauf abgehoben wird, dass ein aufrecht erhaltenes Folgegeschäft, wie der Abschluss des neuen Konzessionsvertrages, offensichtlich dem Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG zuwiderliefe. Die Kammer teilt zwar die Ansicht, dass der Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages aufgrund einer – wie oben unterstellt – zu beanstandenden Auswahlentscheidung der Gemeinde dem Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG zuwiderläuft, hält dies jedoch für die Frage, auf die es hier ankommt, nämlich ob sich die Verbotsnorm auch an den Vertragspartner der Gemeinde richtet und

ob die getroffene rechtliche Regelung hingenommen und bestehen bleiben kann, für nicht aussagekräftig: Eine entgegen einem Verbot getroffene Entscheidung läuft immer dem Verbotszweck entgegen, sagt aber nichts dazu aus, ob der Verbotszweck es erfordert, dass das Verbot sich auch gegen den Vertragspartner richtet. § 46 EnWG will den Wettbewerb um Netze ermöglichen, im Wettbewerb den Zielen von § 1 EnWG Gewicht verleihen und insgesamt die am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen durch ein Vergabeverfahren diskriminierungsfrei schützen (vergleiche OLG Düsseldorf, a.a.O.). Diese Ziele lassen sich auch ohne Nichtigkeit des Konzessionsvertrages erreichen.

Nach Meinung der Kammer geben die §§ 97 ff. GWB deutliche Hinweise darauf, wie der Gesetzgeber in Fällen bedeutender Vergabeverfahren die Nichtigkeit von Folgeverträgen, die nach fehlerhaften Vergabeverfahren abgeschlossen wurden, behandelt sehen will. Zwar können Vergabeverfahren der hier vorliegenden Art diesen Regeln nicht unterstellt werden, jedenfalls aber ist der Regelungsinhalt aussagekräftig, unter welchen Umständen der Gesetzgeber zu Tage getretenes Fehlverhalten mit der Nichtigkeitsfolge für danach abgeschlossene Verträge belegen will. Wesentlich ist dabei, dass die Unwirksamkeit eines Folgevertrages nach § 101b GWB nur in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt werden kann, wenn gegen die Informations- und Wartepflicht nach § 101a GWB verstoßen wurde oder ein öffentlicher Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt wurde, ohne dass andere Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt wurden (§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB). Beide Voraussetzungen sind - auf den vorliegenden Fall übertragen - nicht erfüllt. Darüber hinaus ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung der Wille des Gesetzgebers, dass das benachteiligte Unternehmen in einem förmlichen Verfahren die Überprüfung von Verfahren und Zuschlag einleitet und dass dies gegenüber dem Auftraggeber geschieht (vgl. § 101b Abs. 2 GWB). Übertragen auf den hier vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Klägerin in einem – nach obigen Erwägungen möglichen – gerichtlichen Verfahren gegen die Gemeinde vorgehen müsste, was sie jedoch nicht getan hat.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb weil die Gemeinden über die [...] mit insgesamt 10,752% an der Beklagten beteiligt sind. Mit dieser Beteiligung bestimmen die Gemeinden die Beklagte nicht wesentlich, so dass die Beklagte nicht – jedenfalls nicht ohne weiteres – uneingeschränkt dem Lager der Gemeinden zuzurechnen ist.

Die vorliegenden Konzessionsverträge sind auch nicht nach § 134 BGB i. V. m. § 3 Abs. 2 KAV nichtig. Hierbei kann zunächst unterstellt werden, dass sich die Gemeinden unzulässige Nebenleistungen im Sinne von § 3 Abs. 2 KAV durch die Beklagte haben versprechen lassen, was die Regelungen in § 7 der Konzessionsverträge und die Unterstützung mit Know-how anbelangt. Diese Regelungen mögen auch unwirksam sein, was im Regelfall die Nichtigkeit des gesamten Vertrages nach sich zöge (§ 139 BGB). Dennoch kann davon, dass sich die Nichtigkeit der Regelungen über die Nebenleistungen auf den gesamten Vertrag erstreckt, im hier vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Mit Rücksicht auf die in § 14 der Konzessionsverträge enthaltene salvatorische Klausel hat die Klägerin nämlich die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten (vgl. BGH, Urt. v. 29.09.2009 – EnZR 15/08 Rn. 33 – zit. nach Juris). Dazu hat die Klägerin jedoch nichts vorgetragen.

Soweit die Klägerin geltend macht, dass eine nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Nebenleistungen auch aufgrund der Zusage im Zusammenhang mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vorliegen könne, ergibt sich ein konkreter Sachverhalt hinsichtlich des Konzessionsvertrages nicht. Aus dem Konzessionsvertrag lässt es sich jedenfalls nicht ableiten, dass die Beklagte den Gemeinden diesbezüglich weitere Leistungen zusagte.

Demnach sind die Konzessionsverträge nicht nichtig und die Feststellungsklage kann keinen Erfolg haben.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 709 ZPO.

Schneider-Mursa
Vors. Richter am
Landgericht