

OLG Karlsruhe Urteil vom 26.3.2014, 6 U 68/13 (Kart)

Kartellrechtlich begründete Nichtigkeit eines Konzessionsvertrags nach § 46 Abs. 2 EnWG

Leitsätze

Der Altkonzessionär, der sich an einem Konzessionsverfahren für einen Vertrag gemäß § 46 Abs. 2 EnWG beteiligt hat, ist von einer Konzessionsvergabeentscheidung der Gemeinde, die zugunsten eines anderen Bieters getroffen wurde, in besonderer Weise betroffen, weil er im Falle des Rechtsbestands des Konzessionsvertrages zur Übereignung der notwendigen Verteilungsanlagen an den Neukonzessionär verpflichtet ist (§ 46 Abs. 2 S. 2 EnWG). Er kann deshalb die aus § 134 BGB folgende Nichtigkeit des Konzessionsvertrags wegen Verstoßes gegen die Anforderungen aus §§ 1, 46 Abs. 1, 2 EnWG und § 20 GWB a.F. selbst dann geltend machen, wenn er von der Möglichkeit, vor Abschluss des Konzessionsvertrags eine Unterlassungsverfügung gegen die Gemeinde zu beantragen, keinen Gebrauch gemacht hat (Fortführung von BGH Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12).

Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 03.05.2013 (Az. 22 O 33/12 Kart.) im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:

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 Achern sowie der Gemeinden Sasbach, Sasbachwalden, Renchen und Rheinau hat.

2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung kann gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Die Parteien streiten über die Berechtigung der Beklagten, von der Klägerin die Übergabe und Übereignung der im Eigentum der Klägerin befindlichen Stromnetzverteilungsanlagen auf dem Gebiet der Stadt Achern und der Gemeinden Sasbach, Sasbachwalden, Renchen sowie Rheinau zu fordern.
- 2 Zwischen der Klägerin und diesen Gemeinden bestanden Konzessionsverträge, in welchen sich die Gemeinden verpflichteten, der Klägerin ihre öffentlichen Wege für die Verlegung und den Betrieb von Stromleitungen gegen Zahlung von Konzessionsabgaben zur Verfügung zu stellen. Die Konzessionsverträge zwischen der Klägerin und den Gemeinden endeten wie folgt: Achern am 31.12.2012, Rheinau am 20.07.2012, Sasbachwalden am 30.09.2012, Sasbach am 01.11.2012 und Renchen am 10.02.2013.
- 3 Unter dem 19.11.2009 hat die Stadt Achern 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.
- 4 Bereits am 04.06.2009 wandte sich der von verschiedenen Gemeinden beauftragte Wirtschaftsprüfer und Steuerberater X an interessierte Energieunternehmen und teilte mit, 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 zu 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.

- 5 Mit Schreiben vom 06.04.2010 (Anl. B 3) wurde den Interessenten mitgeteilt, verschiedene Gemeinden würden sich zu einer Gesellschaft zusammenschließen, 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.
- 6 Mit Schreiben vom 12.07.2010 (Anl. K4) erklärte die Klägerin ihr Interesse am Abschluss eines Konzessionsvertrages für die Versorgung mit Strom. In der Folgezeit führten die Klägerin und die Gemeinden, die sich zu einem Regionalwerk Oberrhein zusammenschließen wollten (so genannte RWO-Gemeinden) und die durch den Oberbürgermeister der Stadt Achern, die Kämmerer der Städte Achern, Rheinau und Iffezheim sowie den externen Berater Wirtschaftsprüfer und Steuerberater X vertreten wurden, 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 erklärte die Klägerin ihre Bereitschaft, die Stromnetze in eine Gesellschaft unter der vorläufigen Bezeichnung RWO einzubringen, auch wenn die Kommunen an dieser Gesellschaft die Mehrheit haben würden. Die Klägerin schlug vor, 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 bot die Klägerin auch ein so genanntes unternehmerisches Modell an, bei dem das RWO Netzeigentümer und auch Netzbetreiber würde. Dabei stellten die RWO-Kommunen detaillierte Nachfragen zum Pacht- und zum unternehmerischen Modell, insbesondere in einem Schreiben des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters X vom 31.01.2011 (Anl. K 5). Die Gemeinde Achern verlangte für die RWO-Kommunen per E-Mail vom 10.03.2011 (Anl. K 6) auch einen Sitz im Aufsichtsrat der Klägerin, was von elementarer Bedeutung sei. Mit Schreiben vom 15.04.2011 (Anl. K 7) fasste Wirtschaftsprüfer und Steuerberater X die damalige Verhandlungsposition der RWO-Gemeinden zusammen, woraus die Klägerin den Schluss zog, die neu zu gründende RWO sollte Netzeigentümerin und Netzbetreiberin werden. Nach dem Verständnis der Kommunen sollte die Geschäftsführung mit einfacher Mehrheit ohne Zustimmungsquorum gewählt werden. Oberste Prämisse sei, dass das Regionalwerk kommunal geführt werde, weswegen Minderheitenrechte der Klägerin bei Verabschiedung des Wirtschaftsplans nicht in Betracht kämen. In einem Schreiben vom 04.05.2011 (Anl. K 9) des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters X an die Klägerin heißt es:
 - 7 "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."
- 8 Am 19.07.2011 erstellte die Verwaltung der Stadt Achern eine Beschlussvorlage für den Gemeinderat, wonach eine Energiegesellschaft Regionalwerk Oberrhein gegründet werden solle, deren Gesellschaftszweck der Verkauf umweltfreundlich erzeugter Energie sei. An dieser Vertriebsgesellschaft sollten die Beklagte und die B AG & Co. KG als bisheriger und zukünftiger Konzessionsnehmer Gas mit je 24,5 % der Gesellschaftsanteile beteiligt werden. Das RWO sollte nicht mehr Inhaberin der Stromkonzession im Gemeindegebiet der Stadt Achern und der übrigen Gemeinden und gegebenenfalls Netzbetreibern werden. Vielmehr sollte die Konzession unmittelbar und direkt an die Beklagte vergeben werden. Zugleich verzichteten die RWO 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 Achern einen entsprechenden Beschluss gefasst.
- 9 Am 15.11.2011 erstellte die Verwaltung eine Beschlussvorlage für den Gemeinderat der Stadt Achern 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. In der

Beschlussvorlage wird unter anderem ausgeführt:

- 10 „Die Bewerber haben sich intensiv in das Verfahren für die Vergabe der Konzession eingebracht, das Verfahren als solches akzeptiert. Seitens der Bewerber sind bezüglich des Verfahrens keine Einwände geltend gemacht worden, dies weder zu der formalen Gestaltung des Verfahrens wie auch zu den seitens der Kommunen aufgestellten Kriterien.
- 11 Im Rahmen der Abwägung der Angebote untereinander ist der Entwurf des Konzessionsvertrages seitens [der Beklagten] vorzugswürdig und berücksichtigt die kommunalen Interessen der Stadt am weitesten.
- 12 Die Verwaltung vertritt darüber hinaus die Auffassung, dass die örtliche Energieversorgung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zum Schutzbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 3 Grundgesetz gehört. Daraus ergibt sich eine weitere Auswahlkompetenz der Stadt im Rahmen einer Ermessensentscheidung, deren Grenzen der Gleichheitsgrundsatz und das Willkürverbot bilden. Die Stadtverwaltung ist der Auffassung, dass sie bei der Auswahl von mehreren Bewerbern um die Strom-Konzessionen die folgenden maßgeblichen Gründe festgestellt hat:
- 13 'Für die Stadt Achern erscheint die Vergabe der Strom-Konzession an [die Beklagte] für die Erreichung von Zielen des Energiewirtschaftsgesetzes am besten geeignet, im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge die weitere Entwicklung der Infrastruktur in der Stadt mitzugestalten.' ... “
- 14 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 Achern entsprechend dem Vorschlag der Beschlussvorlage.
- 15 Am 10.02.2012 schloss die Stadt Achern mit der Beklagten einen Konzessionsvertrag, am 15.02.2012 die Gemeinde Sasbachwalden, am 27.02.2012 die Gemeinde Rheinau, am 28.02.2012 die Gemeinde Renchen und am 07.03.2012 die Gemeinde Sasbach. Wegen der Einzelheiten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Kopien der Konzessionsverträge (Anl. B 7 -Achern, B 9 -Sasbachwalden, B 10 -Rheinau, B 11 -Renchen und B 8 -Sasbach) Bezug genommen. Zuvor hatten die Gemeinderäte dieser Gemeinden entsprechende Beschlüsse dazu gefasst.
- 16 Mit Abtretungsvertrag vom 10.02.2012 (Anl. B 17) hat die Stadt Achern 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. Gleich lautende Abtretungsvereinbarungen haben die Gemeinden Sasbachwalden, Rheinau, Renchen und Sasbach abgeschlossen (Anl. B 18 bis B 21).
- 17 Die Klägerin hat bei der Kartellbehörde des Landes Baden-Württemberg beantragt, ein Missbrauchsverfahren einzuleiten. Die Behörde hat von der Einleitung eines Verfahrens jedoch abgesehen.
- 18 Mit Schreiben vom 14.03.2012 und 03.04.2012 (Anl. K 1, K 2) machte die Beklagte gegenüber der Klägerin Ansprüche auf Übergabe und Übereignung der im Eigentum der Klägerin stehenden Stromverteilungsanlagen auf dem Gebiet der Stadt Achern sowie der Gemeinden Sasbach, Sasbachwalden, Renchen und Rheinau geltend. Hiergegen richtet sich die von der Klägerin erhobene negative Feststellungsklage.
- 19 Die Klägerin ist der Auffassung, die zwischen der Stadt Achern, den übrigen Gemeinden und der Beklagten abgeschlossenen Konzessionsverträge seien 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, über die nach § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG im Lichte der Ziele des § 1 EnWG hätte entschieden werden müssen. So sei der Umstand, dass die Klägerin die günstigsten Netznutzungsentgelte geboten habe, nicht berücksichtigt worden. Auswahlkriterien seien nicht klar benannt worden; zudem sei die Auswahlentscheidung, wie das akzeptierte Beteiligungskonzept zeige, nicht anhand der mitgeteilten Kriterien getroffen worden. Gegenüber der Klägerin sei immer wieder der Eindruck entwickelt

worden, den RWO-Kommunen sei der unternehmerische Einfluss auf den Netzbetrieb besonders wichtig. Wie die tatsächlich mit der Beklagten geschlossenen Verträge zeigten, habe dieses Verlangen, an dem die Klägerin ihre Angebote ausgerichtet habe, später keine entscheidende 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. Das Verfahren sei auch deswegen intransparent, weil zwischen der Konzessionsvergabe für das Netz und dem Vertrieb von Energie nicht klar getrennt worden sei. Intransparent sei zudem, welcher Zusammenhang zwischen der Beteiligung der Beklagten als Konzessionsnehmerin am RWO als reiner Vertriebsgesellschaft, der Beteiligung der RWO-Kommunen an der Beklagten einerseits und der Konzessionsvergabe an die Beklagte andererseits bestehe. Die Beschlussvorlage für den Gemeinderat der Stadt Achern vom 19.07.2011 (Anl. K 10) bestätige den Zusammenhang zwischen der Entscheidung über den Kooperationspartner und der Konzessionsvergabe. Es werde bestritten, dass die Stadt Achern über die Konzessionsvergabe anhand der in den Anlagen B 5 und B 6 genannten Kriterien entschieden habe; die Entscheidung habe aufgrund anderer Aspekte bereits festgestanden. Es werde auch bestritten, dass die Entscheidungen der übrigen Gemeinden auf den in Anlagen B 5 und B 6 genannten Erwägungen beruhten. 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. Unzulässig sei auch, dass die Beklagte das im Bereich der Erzeugung und des Vertriebs von Energie tätige Regionalwerk Oberrhein 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 Achern, die am 25.09.2012 veröffentlicht worden sei (Anl. K 23).

- 20 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 Bestimmungen der abgelaufenen Konzessionsverträge berufen.
- 21 Die Klägerin hat beantragt:
- 22 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 Achern sowie der Gemeinden Sasbach, Sasbachwalden, Renchen und Rheinau hat.
- 23 Die Beklagte hat beantragt:
- 24 Die Klage wird abgewiesen.
- 25 Die Beklagte hält die Klage mangels Rechtsschutzinteresses für unzulässig. Ein stattgebendes Urteil wirke nur zwischen den Parteien, 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 habe 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 die Klägerin die gerügten Verfahrensmängel erst im vorliegenden Rechtsstreit konkretisiert.
- 26 Die Kommunen hätten Verhandlungen sowohl über die ein energiewirtschaftliches Kooperationskonzept als auch über die Vergabe der Strom- und Gasnetzkonzessionen geführt. Beide Aspekte seien aber getrennt behandelt worden; es habe lediglich einen organisatorischen Gleichlauf gegeben. Die Trennung komme auch dadurch zum Ausdruck, dass letztlich in unterschiedlichen Gemeinderatssitzungen jeweils getrennt über die Zusammenarbeit im Rahmen eines Kooperationsmodells und die Vergabe von Konzessionen entschieden

worden sei. Von Anfang an seien verschiedene Konzepte für möglich erachtet und angesprochen worden, wie es aus dem Schreiben des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters X vom 04.06.2009 hervorgehe (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. 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.

- 27 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 selbst dann nicht nichtig, wenn man unterstelle, dass die Kommunen bei der Gestaltung des Verfahrens und der Auswahlentscheidung gegen Vorschriften verstoßen hätten; anderenfalls werde unangemessen in die Rechtsposition der Beklagten eingegriffen. Ein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot von § 3 KAV liege nicht vor. 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.
- 28 Mit dem angefochtenen Urteil, auf das wegen aller Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht die negative Feststellungsklage abgewiesen. Die Klage sei zulässig; das Feststellungsinteresse ergebe sich daraus, dass die Beklagte sich eines Anspruchs aus § 46 Abs. 2 EnWG berühmt habe. Auch bestünden keine Bedenken gegen die Fassung des Klageantrags. Die Klage sei unbegründet, weil die abgeschlossenen Konzessionsverträge nicht nichtig seien. Ob die Gemeinden bei der Entscheidung, Konzessionsverträge mit der Beklagten abzuschließen, gegen §§ 19, 20 GWB, 46 Abs. 3 EnWG oder die aus europäischem Recht abgeleiteten Pflichten verstoßen hätten, könne dahinstehen. Die Nichtigkeit gemäß § 134 BGB setze grundsätzlich voraus, dass sich das gesetzliche Verbot gegen die Vornahme gerade dieses Rechtsgeschäfts richte und beide Parteien als Verbotsadressaten anspreche. Das sei nicht der Fall; die genannten Vorschriften richteten sich nur an die Gemeinden. Eine Erstreckung der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB auf diesen Fall sei nicht durch den Zweck der genannten Vorschriften geboten. Zwar regele § 46 EnWG nicht nur das Verfahren, sondern auch teilweise die materiellen Kriterien, nach denen sich die Vergabe der Konzession zu richten habe. Daraus könne aber nicht der Schluss gezogen werden, dass sich diese Regelungen auch an den neuen Konzessionsinhaber wendeten. Da dieser regelmäßig keine Kenntnis vom Inhalt der Verhandlungen mit anderen Interessenten habe, könne ihm nicht die Teilnahme am rechtswidrigen Verhalten der Gemeinde vorgeworfen werden. Es treffe nicht zu, dass einem unterlegenen Bewerber keine effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine Vergabeentscheidung zu Gebote stünden. Im Streitfall sei für die Klägerin von Anfang an erkennbar gewesen, dass die Gemeinden die Entscheidungen über die strategische Partnerschaft und die Auswahl des Konzessionärs in einem gemeinsamen Verfahren vorbereiteten und dabei Kriterien für maßgeblich hielten, die eine klare Trennung der beiden zu treffenden Entscheidungen nicht ermöglichen würden. Die Klägerin sei in der Lage gewesen, sich hiergegen sowohl im laufenden Verfahren als auch nach der Vergabeentscheidung zu wenden und ggf. Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu stellen. Die Ziele des § 46 EnWG ließen sich bei Verstößen auch ohne Nichtigkeit des Folgegeschäfts (Konzessionsvertrag) erreichen. Dies werde durch die Parallele zum Vergabeverfahren bestätigt. Wie dort sei auch im Streitfall dem unterlegenen Bewerber ein Vorgehen gegen den Auftraggeber zumutbar. Aus der Beteiligung der Gemeinden in Höhe von 10,752 % an der Beklagten ergebe sich nichts anderes. Die streitigen Konzessionsverträge seien auch nicht nach § 134 BGB i.V.m. § 3 Abs. 2 KAV nichtig. Selbst wenn unzulässige Nebenleistungen vereinbart worden seien, ziehe dies mit Rücksicht auf die in den Verträgen enthaltene salvatorische Klausel nicht die Nichtigkeit des Gesamtvertrages nach sich. Auch die gegebenen Zusagen im Zusammenhang mit der beabsichtigten Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens führten nicht zur Nichtigkeit der Konzessionsverträge.

- 29 Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren erstinstanzlichen Feststellungsantrag unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags weiterverfolgt. Die Klägerin führt aus, der durch § 46 EnWG intendierte Wettbewerb um die Netze finde primär im Interesse der Allgemeinheit statt. Nach § 46 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 EnWG solle derjenige Bewerber ausgewählt werden, der als künftiger Inhaber des Wegenutzungsrechts am besten geeignet sei, die Netze effizient und zuverlässig zu betreiben; dies ergebe sich aus der mit der EnWG-Novelle 2011 eingeführten Klarstellung in § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG. Dieser Normzweck gebiete, dass ein unter Verstoß gegen die genannten Vorgaben geschlossener Konzessionsvertrag nichtig sei. Anderenfalls stehe für die nächsten 20 Jahre fest, dass ein Inhaber des Wegenutzungsrechts nicht das Unternehmen sei, das im Rahmen einer an den Zielen des § 1 EnWG orientierten Bestenauslese obsiegt habe. Auch aus generalpräventiven Erwägungen sei die Nichtigkeitsfolge zwingend. Die Begründung der gegenteiligen Auffassung des Landgerichts sei widersprüchlich. Ob anderweitige Rechtsschutzmöglichkeiten bestünden, sei gerade im Zusammenhang mit § 134 BGB aus Rechtsgründen irrelevant; im Übrigen sei effektiver Rechtsschutz auf Basis der aktuellen Rechtslage wegen bestehender erheblicher Unsicherheiten nicht zu erlangen. Im Streitfall habe die Klägerin erst nach Abschluss des Verfahrens erfahren, dass die ihr mitgeteilten Kriterien entweder von Anfang an unzutreffend gewesen oder nachträglich modifiziert worden seien. Eine analoge Anwendung des Kartellvergaberechts scheidet mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage und mangels Bestehens einer planwidrigen Regelungslücke aus. Die Berufung auf die Nichtigkeit der Konzessionsverträge sei auch nicht treuwidrig; jedenfalls sei die Beklagte, die die Fehlerhaftigkeit der Kriterien und ihrer Anwendung von Anfang an habe erkennen können, nicht schutzwürdig. Zudem habe sich das Landgericht nicht mit dem geltend gemachten Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB auseinandergesetzt. Diese träten als Verbotsgesetze neben § 46 EnWG. Die unzureichende Benennung und Beachtung der Auswahlkriterien begründe auch einen Verstoß gegen die genannten Vorschriften. Darüber hinaus habe das Landgericht nicht beachtet, dass die getroffenen vertraglichen Regelungen gegen das Verbot der Nebenleistungen in § 3 KAV verstoße. Die gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen, die der Umsetzung des Beteiligungsmodells dienten, und der Abschluss des Konzessionsvertrags seien in der Weise miteinander verknüpft, dass beide Geschäfte miteinander „stehen und fallen“ sollten. Da es nahe liege, dass die auf gesellschaftsrechtlicher Ebene getroffenen Vereinbarungen weitere Verstöße gegen das Nebenleistungsverbot enthielten, werde erneut gem. § 142 ZPO beantragt,
- 30 der Beklagten, hilfsweise der Stadt Achern aufzugeben, den Gesellschaftsvertrag sowie insbesondere den Konsortialvertrag einschließlich aller Nebenabreden offenzulegen, die (unter anderem) die Beklagte und die Stadt Achern in Bezug auf die Energiegesellschaft abgeschlossen haben.
- 31 Die im Laufe des Verfahrens erfolgte Änderung der Auswahlkriterien verstoße außerdem gegen das aus dem europäischen Primärrecht folgende Transparenzgebot: Auch dies führe mit Blick auf das Erfordernis des *effet utile* zur Nichtigkeit der Konzessionsverträge.
- 32 Schließlich habe das Landgericht ignoriert, dass auch verfassungsrechtliche Aspekte die Nichtigkeit der abgeschlossenen Konzessionsverträge indizierten. Der mit dem Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags verbundene Entzug der Eigentumsposition des Altkonzessionärs sei nur dann mit Art. 14 GG vereinbar, wenn dieser Entzug zugunsten eines besser geeigneten Netzbetreibers gerechtfertigt sei.
- 33 Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie verweist darauf, dass sie im Auswahlverfahren um die Neukonzessionierung nur die Stellung eines Bewerbers innegehabt habe. Den Inhalt der Verhandlungen zwischen der Klägerin und den Gemeinden müsse sie daher mit Nichtwissen bestreiten. Die Beklagte als redliche Bewerberin sei nicht der richtige Ansprechpartner für die von der Klägerin erhobenen Vorwürfe. Unbeschadet dessen seien die geschlossenen Konzessionsverträge rechtswirksam. Sie verstießen weder gegen § 1 noch gegen §§ 19, 20 GWB; der Beklagten werde durch die Konzessionsverträge keine marktbeherrschende Stellung eingeräumt. Auch die Vorgaben des § 46 Abs. 2 EnWG und der Konzessionsabgabenverordnung seien gewahrt; jedenfalls führe die salvatorische Klausel dazu, dass die Verträge allenfalls teilweise nichtig sein könnten. Ein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben sei nicht ersichtlich.
- 34 Auch das Konzessionsverfahren weise keine Fehler auf, die zu einer Nichtigkeit der abgeschlossenen Verträge führen könnten. Entsprechend dem Zweck des § 46 EnWG sei ein wettbewerbliches Verfahren um den Abschluss der Konzessionsverträge durchgeführt worden. Der Veröffentlichungspflicht nach § 46 Abs. 3 EnWG

hätten die Gemeinden genügt; weitere Anforderungen an das Verfahren enthalte § 46 EnWG nicht. Auch hinsichtlich der materiellen Auswahlentscheidung enthalte das EnWG im Streitfall keine Vorgaben. Der mit Wirkung zum 04.08.2011 im § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG aufgenommene Verweis auf § 1 EnWG beinhalte keine abschließende Regelung der bei der Auswahlentscheidung zugrunde zulegenden Erwägungen. Zudem hätten die Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG die Entscheidungsautonomie bei der ihnen durch § 46 EnWG zugewiesenen Aufgabe der Auswahl des Betreibers; ihnen komme auch nach der Neufassung des § 46 EnWG ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Damit seien die Kommunen bei der Ausgestaltung der Auswahlkriterien weitgehend frei; lediglich bei der endgültigen Auswahlentscheidung seien die Kommunen kraft gesetzlicher Vorgabe in § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG auch den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Es stehe ihnen jedoch frei, neben diesen Zielen auch andere kommunale Interessen zu berücksichtigen. Ein Verstoß gegen § 46 EnWG könne nur dann vorliegen, wenn objektiv erkennbar eine wettbewerbswidrige Vergabe erfolgt sei, die keinen Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG aufweise. Für ein objektiv willkürliches oder ein planmäßig andere Bewerber benachteiligendes Verfahren sei im Streitfall aber nichts ersichtlich. Auch bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ziele des § 1 EnWG bei der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigt worden seien.

- 35 Selbst wenn man aber Fehler des Konzessionsverfahrens annehme, sei die Klägerin mit der Geltendmachung solcher Fehler im vorliegenden Verfahren präkludiert. Zwar fänden die Vorschriften über das Vergabeverfahren (§§ 97 ff. GWB) auf das Konzessionsvergabeverfahren keine Anwendung; jedoch rechtfertigten die Parallelen zwischen beiden Verfahren, insbesondere mit Blick auf das Unterschwellenwertverfahren, die entsprechende Anwendung der im Vergabeverfahren entwickelten Grundsätze. Die Bewerber im Konzessionsverfahren hätten die Obliegenheit, Verfahrensverstöße zu rügen; deren Verletzung führe dazu, dass sie im gerichtlichen Verfahren mit einer solchen Rüge präkludiert seien. Dies sei auch im Interesse der Rechtssicherheit für den obsiegenden Bieter geboten. Die Klägerin sei deshalb gehalten gewesen, ihre Einwände gegen das Konzessionsverfahren bereits innerhalb desselben oder jedenfalls unmittelbar nach Beschlussfassung im jeweiligen Gemeinderat geltend zu machen. Da dies nicht geschehen sei, könne die Klägerin mit ihren Einwänden im vorliegenden Verfahren nicht gehört werden.
- 36 Jedenfalls aber führten etwaige Verfahrensfehler nicht zur Gesamtnichtigkeit der geschlossenen Verträge. Der Sinn des § 46 EnWG verlange eine solche Konsequenz nicht; ein anderes Ergebnis folge auch nicht aus §§ 19, 20 GWB. Die Nichtigkeitsfolge sei unverhältnismäßig; sie bedeute einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die schutzwürdige Rechtsposition des rechtmäßig handelnden obsiegenden Bewerbers.
- 37 Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

- 38 Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der im Eigentum der Klägerin befindlichen streitgegenständlichen Stromnetzverteilungsanlagen. Sie ist nicht „neues Energieversorgungsunternehmen“ im Sinne des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG geworden, denn die geschlossenen Konzessionsverträge sind nach § 134 BGB nichtig, weil die Gemeinden mit der Auswahlentscheidung, die Konzession für den Netzbetrieb an die Beklagte zu vergeben, gegen § 20 GWB verstoßen haben. Hierauf kann sich die Klägerin als Altkonzessionärin im vorliegenden Verfahren berufen. Den Verstoß gegen § 20 GWB kann die Klägerin gemäß § 404 BGB auch dem abgetretenen vertraglichen Übereignungsanspruch entgegenhalten.
- 39 1. Die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage ergibt sich, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, aus dem Umstand, dass die Beklagte sich eines Anspruchs auf Übergabe und Übereignung der für die Durchführung der jeweiligen Konzessionsverträge notwendigen Verteilungsanlagen berührt hat (Anl. K 1, K 2). Ebenfalls zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die fehlende Konkretisierung dieser Anlagen der Zulässigkeit des Feststellungsantrags in der vorliegenden Konstellation nicht entgegensteht. Auch in den genannten Schreiben werden die Anlagen nicht konkretisiert; über die Frage, welche genauen Anlagen von dem behaupteten Übereignungsanspruch erfasst werden, streiten die Parteien nicht.
- 40 2. Der Beklagten steht kein gesetzlicher Anspruch auf Übereignung der Netzanlagen nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG zu.

- 41 a) Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in der ab dem 04.08.2011 geltenden Fassung ist, wenn Wegenutzungsverträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert werden, der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Diese Gesetzesfassung ist jedenfalls für die Entscheidungen über die Vergabe der Konzession an die Beklagte (November 2011) für den Abschluss der neuen Konzessionsverträge (Februar/März 2012) anwendbar; wie im Folgenden auszuführen sein wird, hat die Neufassung des EnWG für die hier entscheidungserheblichen Fragen nicht zu einer Veränderung geführt.
- 42 Der gesetzliche Übereignungsanspruch setzt also voraus, dass der Gläubiger „neues Energieversorgungsunternehmen“ geworden ist. Damit ist, wie sich aus dem Regelungszusammenhang mit § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG ergibt, das Unternehmen gemeint, mit dem die Gemeinde im Hinblick auf den Ablauf des alten Konzessionsvertrags einen neuen Vertrag über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Energieversorgungsleitungen zur allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet (nachfolgend: Konzessionsvertrag) geschlossen hat. Der gesetzliche Anspruch auf Übereignung der Netzanlagen steht dem Neukonzessionär nur zu, wenn der zwischen ihm und der Gemeinde geschlossene Konzessionsvertrag wirksam ist; der bloße Umstand, dass sich die Gemeinde für die Vergabe der Konzession an den Petenten entschieden hat, reicht für die Aktivlegitimation nicht aus (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 62; OLG München, Urt. v. 26.09.2013, U 3589/12 Kart, juris-Rdn. 106 m.w.N.).
- 43 b) Gemäß § 46 Abs. 3 EnWG machen die Gemeinden spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Abs. 2 (u.a.) das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger und - bei entsprechender Größe des Netzes - zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt. Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Abs. 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Abs. 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt. Die zum 04.08.2011 in Kraft getretene Neufassung hat § 46 Abs. 3 EnWG um die Klarstellung ergänzt, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Neukonzessionärs den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet ist (Abs. 3 S. 5). Eine sachliche Änderung war damit nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers nicht verbunden (vgl. BT-Drucks. 17/11269 S. 35: „klargestellt“); die Maßgeblichkeit der in § 1 genannten Ziele für die Auswahlentscheidung galt schon nach der bis zum 03.08.2011 geltenden Fassung des EnWG (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 39 ff.; OLG Schleswig ZNER 2013, 403, juris-Rn. 89 ff.).
- 44 Die genannten Vorschriften dienen dem angestrebten „Wettbewerb um die Netze“. Konzessionsverträge dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden (§ 46 Abs. 2 S. 1 EnWG); nach ihrem Ablauf hat die Gemeinde eine neue Konzessionierungsentscheidung unter Beachtung des Diskriminierungsverbots (§ 46 Abs. 1 S. 1 EnWG) zu treffen, die inhaltlich den in § 1 EnWG genannten Zielen - Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit der Energieversorgung; zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien - „verpflichtet ist“ (Abs. 3 S. 5). Nach der Begründung der EnWG-Novelle 2012 soll die Wortwahl des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG deutlich machen, dass bei der Auswahlentscheidung der Gemeinde die Ziele des § 1 „zwingend zu berücksichtigen sind. Die Maßgabe, dass der Netzbetrieb wirtschaftlich effizient zu erfolgen hat, muss auch durch die Auswahl des Konzessionärs sichergestellt werden“ (so BT-Drucks. 17/11269 S. 35).
- 45 Allerdings ist die Auswahl eines neuen Netzbetreibers, bei der es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) handelt, der Gemeinde aufgrund ihres kommunalen Selbstverwaltungsrechts zugewiesen, das die Verantwortung für Aufbau, Betrieb und Unterhaltung der örtlichen Infrastruktureinrichtungen umfasst (vgl. Schneider/Theobald/Albrecht, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 9 Rn. 80). Daraus folgt, dass der Gemeinde bei der Konzessionsvergabe sowohl bei der Aufstellung als auch bei der Bewertung der Auswahlkriterien ein Beurteilungsspielraum zusteht (Mau/Bormann ZNER 2013, 459 ff.; Schneider/Theobald/Albrecht, a.a.O., § 9 Rn. 91 f.). Das kommunale Selbstverwaltungsrecht besteht aber nur „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG), zu denen auch die einschlägigen Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts und des Kartellrechts gehören (vgl. BGH a.a.O. Rn. 31; OLG Düsseldorf ZNER 2013, 48 juris-Rn. 80; OLG München, Urt. v. 26.09.2013, U 3589/12 Kart, juris-Rdn. 114; OLG Schleswig ZNER 2013,

- 46 Die daraus folgenden rechtlich geschützten, aber vielfach nicht gleichgerichteten Interessen und Ziele sind nach Auffassung des Senats in praktische Konkordanz zu bringen (ähnlich BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 44 ff.). Die Gemeinde hat bei der Konzessionsvergabeentscheidung die in § 1 EnWG genannten Ziele nicht nur einzubeziehen, sondern muss ihnen praktisches Gewicht verleihen; sie überschreitet beispielsweise ihren Beurteilungsspielraum, wenn sie den Vorgaben des § 1 EnWG von vornherein nachrangige Bedeutung gegenüber dem kommunalen Interesse an der Generierung von Einnahmen (soweit es nicht von § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG geschützt ist) oder an einer Sicherung oder Erweiterung des kommunalen Einflusses auf die Energieversorgung zumisst (ähnlich OLG Schleswig a.a.O. juris-Rn. 106 ff.). Andererseits ist die Gemeinde in bestimmten Konstellationen nicht gehindert, kommunale Interessen in ausschlaggebender Weise in die Konzessionsentscheidung einfließen zu lassen, etwa wenn mehrere Angebote den Zielen des § 1 EnWG in gleichwertiger Weise gerecht werden oder wenn die energiewirtschaftsrechtlichen Vorzüge des einen Angebots im Zusammenspiel mit der Verwirklichung kommunaler Zielsetzungen die anders gelagerten, aber nicht wesentlich überwiegenden energiewirtschaftsrechtlichen Aspekte des anderen Angebots überwiegen. Das Gesetz selbst ermöglicht der Gemeinde an mehreren Stellen (§ 46 Abs. 1 S. 2 EnWG; § 3 KAV), ihre Interessen in einem vorgegebenen Rahmen durchzusetzen (BGH a.a.O. Rn. 45). In diesem Sinne ist nach Auffassung des Senats das Postulat einer „vorrangigen“ Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG (BGH a.a.O. Rn. 41 f.; OLG Schleswig a.a.O.; OLG Schleswig WuW/E 2013, 84 juris-Rn. 127 ff.) zu verstehen. Dementsprechend schließt die Regelung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG die Berücksichtigung weiterer Ziele im Rahmen des Rechts der kommunalen Selbstverwaltung nicht aus (vgl. BT-Drucks. 17/11269 S. 35).
- 47 c) Neben diesen inhaltlichen Anforderungen an die Auswahlentscheidung ergeben sich verfahrensrechtliche Erfordernisse aus dem in § 46 Abs. 1 EnWG verankerten Diskriminierungsverbot und aus der - daneben anwendbaren - kartellrechtlichen Vorschrift des § 20 Abs. 1 GWB in der bis 31.12.2012 geltenden Fassung. Die Gemeinden sind bei der Entscheidung über die Konzessionsvergabe für das jeweilige Netz - insoweit ist auf den lokalen Angebotsmarkt abzustellen - als absolut marktbeherrschende Unternehmen Normadressaten des § 20 GWB a.F. (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 22 ff.; OLG Schleswig ZNER 2013, 403 juris-Rn. 135 ff.; Schneider/Theobald/Albrecht, a.a.O., § 9 Rn. 87 ff.; Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15.12.2010, S. 4 f. m.w.N.).
- 48 Der von § 46 EnWG im Interesse einer bestmöglichen Erreichung der Ziele des § 1 EnWG angestrebte „Wettbewerb um die Netze“ erfordert, dass die Gemeinde, die diesen Wettbewerb zu organisieren hat, möglichen Bewerbern die Auswahlkriterien und ihre Gewichtung transparent und diskriminierungsfrei in der Weise mitteilt, dass alle Bewerber gleichermaßen in der Lage sind, ihre Angebote auf dieses Anforderungsprofil zuzuschneiden. Gerade wegen des verbleibenden kommunalen Gestaltungsspielraums ist es erforderlich, dass die Bewerber nicht nur die Auswahl der Kriterien, die die Gemeinde für maßgeblich erachtet, sondern auch deren Gewichtung erfahren. Nur unter diesen Voraussetzungen - gesetzeskonforme Kriterienauswahl und -gewichtung sowie transparente diskriminierungsfreie Information der Bewerber hierüber - kann gewährleistet werden, dass die Konzessionsvergabe den oben geschilderten inhaltlichen Anforderungen entspricht.
- 49 d) Diesen Anforderungen wird das streitgegenständliche Konzessionsvergabeverfahren in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht.
- 50 (1) Die von den Gemeinden bekanntgegebenen Auswahlkriterien orientieren sich nicht in der oben dargestellten Weise „vorrangig“ an den Zielen des § 1 EnWG. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten haben die Gemeinden den Bewerbern mit Schreiben vom 19.05.2010 (Anl. B 4) folgende „Kriterien der Konzessionsvergabe“ unterbreitet:

- maximale Konzessionsabgabe;
- kommunale Mehrheit in allen Gesellschaften (Netz/Vertrieb/Strom/Gas);
- Netzeinbringung zum wirtschaftlichen Wert (gem. regulatorischen Vorgaben):
 - Übernahme Kaufpreisisiko,
 - Unterstützung bei Netzkäufen,
 - Übernahme der technischen Ausarbeitungen zu den Kosten der Einbindungs- und Entflechtungsmaßnahmen;
- Aufsichtsratsmandat für jede Kommune;
- 10%iger Rabatt auf Netzentgelte (NSp/ND);
- in den Endschaftsbestimmungen Eigentumsübertragung vereinbaren;
- Folgekostenübernahme für kommunal veranlasste Leitungsverlegungen minimieren;
- kommunale Beteiligung über Beiräte;
- Übernahme von Betriebsführungsaufgaben:
 - für Netz so, dass eine risikolose Verzinsung des Eigenkapitals gewährleistet ist (OPEX-Ersatz), ist auch eine Variante mit Garantieverzinsung denkbar?
 - für Vertrieb so, dass eine Rendite gewährleistet ist, ggf. risikolose Margenbeteiligung an Produkten;
- Einbezug der Straßenbeleuchtung in die Gesamtüberlegungen;
- Einbezug des regionalen Handwerks;
- Vor-Ort-Präsenz/Kundeninformation/eigenes Branding;
- Investitionsverhalten/Smart Grid/Smart Metering/intelligente Zähler;
- eigene Vertriebsprodukte;
- Unterstützung des steuerlichen Querverbundes;
- Möglichkeit, weitere Kommunen aufzunehmen.

Daneben wurden vereinzelt folgende Vergabekriterien mit der maximalen Gewichtung bewertet:

- im Zusammenhang mit dem Konzessionsvertrag:
 - Auskünfte bei den Endschaftsbestimmungen,
 - Verwaltungskostenerstattung,
 - Verkabelung (Ersatz von Freileitungen, ggf. verbunden mit DSL-Erschließung);
- im Zusammenhang mit dem/den Partner(n) für die Netzgesellschaft:
 - Beteiligung auch am Vertrieb/Einbringung des Vertriebes,
 - Besteht die Möglichkeit, die Betriebsführung auszuschreiben und kommunale Betriebe in diese einzubinden?
 - eigenes Netzentgelt für die Netzgesellschaft,
 - Beteiligung weiterer (nicht kommunaler) Gesellschafter;
- im Zusammenhang mit den Vertriebsüberlegungen:
 - kommunale Verbundenheit/regionale Nähe,
 - Möglichkeit, Betriebsführungsaufgaben auszuschreiben, kommunal zu übernehmen.

51 Diese Kriterien lassen nicht erkennen, dass sie vorrangig (im oben genannten Sinne) an den Zielen des § 1 EnWG orientiert sind. Ganz im Vordergrund stehen vielmehr erkennbar die Interessen der Gemeinden an der Erzielung optimaler Einnahmen, an der Vermeidung von Risiken und Folgekosten und an der Sicherung des kommunalen Einflusses auf den Netzbetrieb und die Energieversorgung. Die Liste lässt auch erkennen, dass beide letztgenannten Punkte - Netzbetrieb und Vertrieb von Energie - jedenfalls in den Auswahlkriterien nicht klar getrennt wurden. So heißt es im zweiten Hauptpunkt: „Kommunale Mehrheit in allen Gesellschaften

(Netz/Vertrieb/Strom/Gas)“. Auch die letzten drei Hauptpunkte machen deutlich, dass die Konzessionsvergabe von Überlegungen zum Energievertrieb mitbeeinflusst war. Inwieweit solche Überlegungen überhaupt zulässig sind, bedarf im Streitfall keiner Prüfung; entscheidend ist, dass die in § 1 EnWG genannten Kriterien - Versorgungssicherheit, effiziente, preisgünstige, verbraucherfreundliche Versorgung, umweltfreundliche Versorgung und zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien - bei der Aufzählung im Schreiben nach Anlage B 4 nicht in einer Weise benannt und gewichtet werden, dass ihre schwerpunktmäßige Berücksichtigung bei der Konzessionsentscheidung für die Bewerber deutlich würde.

- 52 (2) Die Kriterienliste verstößt daher auch insoweit gegen das Transparenzgebot, als sie eine Gewichtung der aufgezählten Kriterien nicht mit der zu fordernden Klarheit erkennen lässt. Zwar könnte der Satz
- 53 „Daneben wurden vereinzelt folgende Vergabekriterien mit der maximalen Gewichtung bewertet:“
- 54 vermuten lassen, dass allen in der Aufzählung genannten Kriterien jedenfalls von einigen Gemeinden die gleiche hohe Priorität zugemessen wurde und dass jedenfalls denjenigen Kriterien, die dem zitierten Satz voranstehen, durchweg höchstes Gewicht beigemessen wurde. Das ist aber zum einen nicht hinreichend deutlich und würde zum anderen auf eine offensichtliche Fehlgewichtung hinauslaufen; eine gleichermaßen hohe Priorität für „Eigentumsübertragung in den Endchaftsbestimmungen“ und „Einbezug der Straßenbeleuchtung“ wäre offensichtlich sachwidrig.
- 55 (3) Diese Mängel haben sich in der von der Gemeinde getroffenen Konzessionsentscheidung fortgesetzt. Die Beschlussvorlage der Stadtverwaltung Achern vom 21.11.2011 (Anl. B 6), der der Gemeinderat gefolgt ist, lautet in den maßgeblichen Passagen wie folgt:
- 56 *(vom Abdruck wird abgesehen)*
- 57 Auch hieran wird deutlich, dass die gebotene vorrangige Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG nicht stattgefunden hat und dass die kommunalen Interessen an einer Optimierung des Verhältnisses von Einnahmen zu Kosten/Risiken für die Entscheidung bestimmend waren. Zwar bilden einzelne Kriterien, die in den obigen Textpassagen genannt werden, bestimmte Teilaspekte der in § 1 EnWG genannten Ziele ab (z.B. Elektromobilität, SmartGrid [„intelligentes Stromnetz“], SmartMetering [„intelligente Zähler“] als Elemente einer effizienten, auf erneuerbare Energien ausgerichteten Versorgung) und sind insofern ohne weiteres berücksichtigungsfähig. Wie unter „3. Verfahrensaspekte“ aber deutlich wird, stand die Gemeinde ausdrücklich auf den Standpunkt, dass ihr aufgrund der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie eine weitere, lediglich durch Gleichheitsgrundsatz und Willkürverbot begrenzte und auf die kommunalen Interessen der Stadt fokussierte Auswahlentscheidung zusteht. Auch der Aspekt der Höhe der Netznutzungsentgelte, der für die Beurteilung der Preisgünstigkeit der Versorgung zentrale Bedeutung hat (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 85-87) und der im Auswahlverfahren angesprochen worden war, findet keine Berücksichtigung. Damit sind die Maßstäbe und Grenzen des - durchaus bestehenden und nicht weiter überprüfbaren - Auswahlmessens der Gemeinde unrichtig definiert.
- 58 (4) Hinzu kommt, dass eine Reihe von Kriterien, die in der Liste nach Anlage B 4 aufgeführt sind und denen erkennbar erhebliche Bedeutung beigemessen wird, in der Auswahlentscheidung nicht mehr auftauchen. Das betrifft insbesondere diejenigen Kriterien, die der Sicherung des kommunalen Einflusses dienen (Beirats- und Aufsichtsratsmitgliedschaften, Mehrheitsverhältnisse etc.). Zwar ist nach Auffassung des Senats eine Änderung der Auswahlkriterien im Verlauf des Konzessionsvergabeverfahrens nicht prinzipiell ausgeschlossen (vgl. Schneider/Theobald/Albrecht, a.a.O., § 9 Rn. 95 m.w.N., auch zur Gegenansicht). Für eine solche Änderung gelten dann aber wiederum die oben genannten inhaltlichen und verfahrenstechnischen Anforderungen. Sie muss den Bewerbern in einer transparenten und diskriminierungsfreien Weise kommuniziert werden, sie muss sich weiterhin vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG orientieren und sie darf einzelne Bewerber nicht unangemessen benachteiligen, was etwa bei einer spät im Verfahren beschlossenen Änderung denkbar ist, der einzelne Bewerber bereits gerecht werden oder dies leicht sicherstellen können, während andere ihr Angebot erkennbar nicht mehr oder nur noch unter Schwierigkeiten an die Änderung anpassen können.
- 59 Im Streitfall ist nicht ersichtlich, in welcher Weise den Bewerbern transparent gemacht wurde, dass den auf die Sicherung des kommunalen Einflusses gerichteten Auswahlkriterien bei der Auswahlentscheidung eine geringere oder gar keine Bedeutung mehr zukommen werde. Darin liegt ein weiterer Verstoß gegen das

Transparenzgebot, das aus dem Verbot der Diskriminierung und der unbilligen Behinderung (§§ 46 Abs. 1 EnWG, 20 Abs. 1 GWB) abzuleiten ist.

- 60 (5) Die vorstehenden Mängel sind am Beispiel der von der Stadt Achern getroffenen Entscheidung dargestellt worden. Es ist aber nicht streitig, dass die anderen beteiligten Gemeinden gleichartige Beschlüsse gefasst haben, denen vergleichbare Erwägungen zugrunde lagen (vgl. Klageerwiderung vom 13.07.2012, S. 12 f. = AS I 44 f.). Damit leiden die anderen Konzessionvergabeentscheidungen an den gleichen Mängeln wie die Entscheidung der Stadt Achern. Wegen dieser Mängel stellen die Entscheidungen eine unbillige Behinderung der unterlegenen Bieter dar (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 54 ff.)
- 61 e) Auf der Grundlage der dargestellten Auswahlkriterien und des dargestellten Auswahlverfahrens durfte die Konzession nach § 46 EnWG nicht vergeben werden. Die Verstöße gegen die Vorgaben aus § 46 Abs. 3 S. 5 i.V.m. § 1 EnWG, § 46 Abs. 1 EnWG und § 20 Abs. 1 GWB a.F. führen entgegen der Auffassung des Landgerichts zur Nichtigkeit der Konzessionierungsentscheidung und der zu ihrem Vollzug geschlossenen Konzessionsverträge, § 134 BGB.
- 62 Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Ob ein Gesetzesverstoß zur Nichtigkeit des fraglichen Rechtsgeschäfts führt, ist also aufgrund einer Auslegung der jeweiligen Verbotsnorm zu entscheiden. Ordnet das Gesetz die Nichtigkeitsfolge nicht ausdrücklich an, ist der Sinngehalt des Verbots maßgeblich. Bei Verboten, die sich an beide Seiten des Rechtsgeschäfts richten, ist in der Regel anzunehmen, dass das Rechtsgeschäft nichtig sein soll. Umgekehrt führt ein Verbot, das sich nur an eine Seite richtet, in der Regel nicht zur Nichtigkeit (Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 134 Rn. 8 f.). Ausnahmsweise kann aber auch ein einseitiges Verbot zur Nichtigkeit nach § 134 BGB führen, wenn es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen (BGHZ 65, 370, unter B.2.b). Ein solcher Fall liegt hier vor.
- 63 Sämtliche oben dargestellten Anforderungen, die sich aus §§ 46, 1 EnWG und aus § 20 Abs. 1 GWB ergeben, verfolgen das Ziel, bei der Neuvergabe der wegerechtlichen Konzession, die im Normalfall nur alle 20 Jahre ansteht, einen diskriminierungsfreien und - vorrangig - auf die Ziele des § 1 EnWG ausgerichteten „Wettbewerb um das Netz“ zwischen verschiedenen potentiellen Netzbetreibern zu ermöglichen. Es soll mit anderen Worten derjenige Netzbetreiber ermittelt und ausgewählt werden, der sich unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG sowie der anderen berücksichtigungsfähigen „konzessionsbezogenen“ Ziele im Rahmen des Auswahlermessens der Gemeinde als vorzugswürdig darstellt. Wird die Vergabeentscheidung - wie im Streitfall - anhand einer unrichtigen Kriterienauswahl und aufgrund einer intransparenten Gewichtung der Kriterien getroffen, kann der Zweck der genannten Vorschriften nicht erreicht werden. In einem solchen Fall gebietet der Normzweck daher die Nichtigkeitsfolge, und zwar nicht nur für die Konzessionierungsentscheidung, sondern auch für die in Vollzug dieser Entscheidung geschlossenen Konzessionsverträge (vgl. OLG Schleswig ZNER 2013, 403 juris-Rn. 144-153; für § 46 EnWG offenlassend BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 72). Ließe man den geschlossenen Konzessionsvertrag trotz der dargestellten Normverstöße bestehen, hätte die gesetzwidrig zustande gekommene Entscheidung voraussichtlich für lange Zeit Bestand; damit würde der Zweck der Nichtigkeitsnorm verfehlt (vgl. auch BGH a.a.O. Rn. 103 ff.).
- 64 Der Senat teilt ferner die Auffassung des Oberlandesgerichts Schleswig (a.a.O. juris-Rn. 147), dass ein Bewerber, der solche Verstöße geltend machen kann, nicht auf Sekundäransprüche, insbesondere auf Schadensersatz, verwiesen werden kann. Ein effektiver Rechtsschutz kann auf diese Weise schon deshalb nicht gewährleistet werden, weil die Frage, wie die Konzessionierungsentscheidung bei gesetzeskonformer Verfahrensdurchführung getroffen worden wäre, gerade wegen des bestehenden erheblichen Spielraums der Gemeinden bei der Kriterienauswahl und -gewichtung kaum zu entscheiden ist; vor allem aber könnten Ersatzansprüche allenfalls den entgangenen Gewinn und den sonstigen Schaden des unterlegenen Bewerbers kompensieren, ändern aber nichts an der dem Gemeinwohl (§ 1 EnWG) zuwiderlaufenden Entscheidung zugunsten eines Bewerbers, der jedenfalls nach diesem Verfahren nicht hätte ausgewählt werden dürfen.
- 65 f) Nach der bereits zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 108 f.) soll die Frage der Nichtigkeit des auf einer fehlerhaften Auswahlentscheidung beruhenden Konzessionsvertrags anders zu beurteilen sein (d.h. der Vertrag soll nicht nach § 134 BGB nichtig sein, vgl. Rn. 110), wenn alle

diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit hatten, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht genutzt haben. In diesem Fall könne und müsse die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden. Dies müsse - so der Bundesgerichtshof weiter - insbesondere dann in Betracht gezogen werden, wenn die Gemeinde - in Anlehnung an den auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedanken - alle Bewerber um die Konzession in Textform über die beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst (mindestens) 15 Kalendertage nach Absendung der Information abgeschlossen habe.

- 66 (1) In welcher Weise die unterlegenen Bieter „ihre Rechte wahren“ sollen, wird in der Entscheidung nicht ausgeführt. Nach dem Verständnis des Senats ist ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemeint, mit der der Gemeinde, gestützt auf § 46 Abs. 1 EnWG, § 20 GWB a.F. bzw. § 19 GWB n.F. in Verbindung mit § 33 Abs. 1 S. 1 GWB, der Abschluss des geplanten Konzessionsvertrags untersagt werden soll.
- 67 (2) Nach § 101a Abs. 1 S. 1 GWB, der unmittelbar für das Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte gem. § 100 Abs. 1 GWB gilt, hat der Auftraggeber die unterlegenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Mit der Vorschrift soll die Gewährung effektiven Rechtsschutzes verfahrensmäßig abgesichert werden; damit er über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens entscheiden kann, muss der Bieter
- 68 - über die Entscheidung zu seinen Lasten und zugunsten des obsiegenden Bieters sowie über die wesentlichen Gründe für die Entscheidung Kenntnis erhalten und
- ausreichend Zeit haben, einen Antrag zu stellen (vgl. Schulte/Just, Kartellrecht, § 101a GWB Rn. 1, 7).
- 69 Auf den vorliegenden Fall gewendet, müsste die Gemeinde den unterlegenen Bietern ihre Konzessionsentscheidung zugunsten der Beklagten sowie die maßgebenden Gründe für ihre Entscheidung in Textform so rechtzeitig und mit einer solchen Konkretisierung mitgeteilt haben, dass diese in der Lage gewesen wären, gegen den Vertragsabschluss eine einstweilige Unterlassungsverfügung zu beantragen.
- 70 Eine solche an die unterlegenen Bieter gerichtete Information in Textform lässt sich dem Parteivortrag nicht entnehmen. Jedenfalls nicht ausreichend sind die in Anlagen BB 1 und BB 2 vorgelegten Zeitungsberichte; sie stammen nicht von der Gemeinde und bieten keine verlässliche Grundlage für einen möglichen Verfügungsantrag. Ebenfalls nicht ausreichend ist das in Anlage BB 3 vorliegende Schreiben der Gemeinde Renchen vom 23.11.2011. Abgesehen davon, dass es lediglich eine der Konzessionsentscheidungen betrifft, werden in dem Schreiben keinerlei Gründe für die getroffene Entscheidung mitgeteilt.
- 71 (3) Weitere Fälle, in denen dem unterlegenen Bieter die Wahrung seiner Rechte obliegen soll, werden in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht genannt. Die Beklagte beruft sich insoweit auf die öffentliche Bekanntmachung der Konzessionsentscheidung. Gemäß § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG, der auch zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Konzessionsentscheidungen galt, macht die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2, sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt. Die Wendung „bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen“ ist nach dem Verständnis des Senats nicht temporal, sondern konditional („im Falle eines Neuabschlusses oder einer Verlängerung nach Absatz 2“) zu verstehen.
- 72 Nach dem im nachgelassenen Schriftsatz vom 03.03.2014 gehaltenen Vortrag der Beklagten hat die Gemeinde Achern am 16.01.2012 (Anlage BB 4) ihre Konzessionsentscheidung im Bundesanzeiger öffentlich bekanntgemacht (Vertragsschlusszeitpunkt 10.02.2012, Anlage B 7); die anderen Gemeinden sollen in gleicher Weise verfahren sein. Die Klägerin soll nach dem Vortrag der Beklagten auch zeitnah von den getroffenen Konzessionsentscheidungen und ihren wesentlichen Gründen Kenntnis gehabt haben.
- 73 Zumindest unter den Gegebenheiten des Streitfalls war die öffentliche Bekanntmachung der Konzessionsentscheidung und ihrer wesentlichen Gründe im Bundesanzeiger nicht geeignet, eine Obliegenheit der Klägerin zur Wahrnehmung ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten auszulösen. Dabei kann der von der Beklagten im nachgelassenen Schriftsatz vom 03.03.2014 gehaltene Vortrag als zutreffend unterstellt werden; es kann

insbesondere unterstellt werden, dass die Gründe, die im Bundesanzeiger genannt wurden (vgl. Anlage BB 4), den nach § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG zu stellenden Anforderungen genügten und dass die öffentlichen Bekanntmachungen so rechtzeitig erfolgten, dass die Klägerin eine auf Untersagung des Vertragsschlusses gerichtete einstweilige Verfügung noch hätte beantragen und erlangen können.

- 74 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ebenfalls eine öffentliche Bekanntmachung der Konzessionsentscheidung erfolgt ist, wobei allerdings der Zeitpunkt des Konzessionsvertragsabschlusses unklar ist (BGH Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 4; vgl. auch OLG Schleswig ZNER 2013, 403 juris-Rn. 7; LG Kiel RdE 2012, 263 juris-Rn. 9). In der Urteilsbegründung des Bundesgerichtshofs wird die Möglichkeit, dass die dortige Beklagte (Altkonzessionärin) *wegen dieser öffentlichen Bekanntmachung* gehalten gewesen wäre, die Gemeinde auf Unterlassung des Vollzugs ihrer Konzessionsentscheidung in Anspruch zu nehmen, nicht erörtert; der Bundesgerichtshof hat offenbar die öffentliche Bekanntmachung nach § 43 Abs. 3 S. 6 EnWG - anders als die Mitteilung analog § 101a GWB - nicht als ausreichend angesehen, eine solche Obliegenheit auszulösen. Dafür kann die Erwägung sprechen, dass eine Ausnahme von der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB wegen der oben dargestellten gravierenden Verfehlung des von §§ 46 EnWG, 20 GWB verfolgten Zwecks nur in engen Ausnahmefällen anzuerkennen ist und dass eine individuelle Mitteilung der Konzessionsentscheidung, ihrer Gründe und des alsbald bevorstehenden Vertragsschlusses dem unterlegenen Bieter in wesentlich stärkerem Maße die Notwendigkeit vor Augen führt, seine Rechte zu wahren. Das gilt insbesondere dann, wenn man den Zweck der Pflicht nach § 43 Abs. 3 S. 6 EnWG lediglich in der Ermöglichung politischer Kontrolle durch Information der Gemeindebürger sieht (vgl. Schneider/Theobald, a.a.O., § 9 Rn. 97). Bei einer individuellen Mitteilung ist es zudem eher gerechtfertigt, nach nur 15 Kalendertagen zum Vollzug der Konzessionsentscheidung zu schreiten als bei einer öffentlichen Bekanntmachung, bei der nicht sichergestellt ist, dass der unterlegene Bieter rechtzeitig genug von ihr Kenntnis erlangt. Etwas anderes wird auch dann nicht gelten können, wenn der unterlegene Bieter - wie es die Beklagte im Streitfall über die Klägerin behauptet - auch ohne (ausreichende) individuelle Mitteilung rechtzeitig Kenntnis von der Entscheidung der Gemeinde erhält; im Interesse der Rechtssicherheit kann auf das formelle Erfordernis einer Mitteilung in Textform nicht verzichtet werden.
- 75 (4) Weitergehend ist der Senat der Auffassung, dass eine Differenzierung zwischen „einfachen“ unterlegenen Bietern und dem Altkonzessionär, der am Verfahren um die neue Konzession teilgenommen hat und unterlegen ist, geboten ist. Der unterlegene Altkonzessionär ist im Falle eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 46 Abs. 1 EnWG, 19/20 GWB auch dann nicht gehindert, die Nichtigkeit des fehlerhaft zustande gekommenen neuen Konzessionsvertrags geltend zu machen, wenn er von der Möglichkeit, seine Rechte im Eilverfahren geltend zu machen, keinen Gebrauch gemacht hat. Denn der Altkonzessionär ist - wie der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung anerkennt (BGH Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 117) - in besonderer Weise von der diskriminierenden Konzessionsentscheidung betroffen. Anders als „einfache“ Mitbieter verliert er nicht nur die Erwerbchance, die ein 20-jähriger Netzbetrieb bietet; der Altkonzessionär ist darüber hinaus nach der Neuvergabe der Konzession an einen Dritten nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG verpflichtet, seine für den Netzbetrieb der allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen an den Neukonzessionär gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Es handelt sich um einen gesetzlich angeordneten Zwangsverkauf, bei dem der Verkaufspreis nicht frei auszuhandeln ist, sondern einer Bindung an die wirtschaftliche Angemessenheit und damit einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt (vgl. Senatsbeschluss vom 24.10.2012, Az. 6 U 168/10 (Kart), juris-Rn. 40). Dieser erhebliche Eingriff in das nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsrecht des Altkonzessionärs ist nur gerechtfertigt, wenn die Neukonzessionierung entsprechend den gesetzlichen Vorgaben, d.h. anhand zutreffender Kriterien, ohne Diskriminierung und unter Wahrung des Transparenzgebots, durchgeführt worden ist. Wäre der Altkonzessionär auf ein Vorgehen im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen den Vollzug der Konzessionierungsentscheidung durch Abschluss des Konzessionsvertrages verwiesen, bestünde wegen der Unsicherheiten, die mit einem solchen summarischen Eilverfahren auf der Grundlage der Mitteilung der „wesentlichen Gründe“ der Entscheidung verbunden sind, ein erhebliches Risiko, dass eine fehlerhaft getroffene Konzessionierungsentscheidung letztlich doch Bestand hat und der Altkonzessionär zur Übereignung der Verteilungsanlagen an einen Bewerber gezwungen werden kann, der nicht nach den gesetzlich vorgesehenen Kriterien und/oder nicht nach dem gesetzlich vorgesehenen transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren ausgewählt worden ist. Zumindest dem Altkonzessionär ist daher der Einwand der Nichtigkeit des Konzessionsvertrages auch dann nicht abgeschnitten, wenn er keine Unterlassungsverfügung gegen den Vollzug der Konzessionierungsentscheidung beantragt hat.

- 76 Der Senat verkennt nicht, dass diese Erwägung in einem Spannungsverhältnis zu dem dogmatischen Ausgangspunkt steht, den der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung zugrunde gelegt hat. Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs führt der Umstand, dass den diskriminierten bzw. unbillig behinderten Bietern die Möglichkeit gegeben wurde, ihre Rechte wahrzunehmen, ohne dass sie diese Möglichkeit genutzt haben, dazu, dass der Konzessionsvertrag trotz seines gegen das Diskriminierungsverbot verstoßenden Zustandekommens nicht gemäß § 134 BGB nichtig ist. Die oben für notwendig erachtete Differenzierung zwischen unterlegenen „einfachen“ Bietern und unterlegenem Altkonzessionär würde aber zu einer „relativen Nichtigkeit“ des Vertrages im Verhältnis zum Altkonzessionär führen, was aus dogmatischer Sicht problematisch ist.
- 77 Vorzugswürdig erscheint daher, den unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zustande gekommenen Konzessionsvertrag einheitlich für nichtig zu erachten (§ 134 BGB) und lediglich den unterlegenen einfachen Bietern, welche die ihnen analog § 101a GWB eröffnete Möglichkeit eines Vorgehens gegen den Vertragsschluss nicht genutzt haben, nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu versagen, diese Nichtigkeit geltend zu machen. Der unterlegene Altkonzessionär hat demgegenüber wegen seiner besonderen Betroffenheit von der Konzessionsentscheidung grundsätzlich Anspruch darauf, dass die Ordnungsmäßigkeit der Konzessionsentscheidung in einem Hauptsacheverfahren geklärt wird.
- 78 Danach kann die Klägerin schon deswegen die Nichtigkeit des mit der Beklagten geschlossenen Konzessionsvertrags geltend machen, weil sie als Altkonzessionärin im Falle des Rechtsbestands dieses Vertrages zur Übereignung ihrer Verteilungsanlagen verpflichtet wäre. Unabhängig kann der Klägerin auch aus einem weiteren vom Bundesgerichtshof (a.a.O. Rn. 116) genannten Grund die Berufung auf die Nichtigkeit nicht versagt werden. Angesichts der zum Entscheidungszeitpunkt (Ende 2011 / Anfang 2012) ungeklärten Rechtslage kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin seinerzeit die grundsätzlichen Mängel der Ausschreibung erkennen musste. In dieser Situation kann der Umstand, dass sie gegen den beabsichtigten Vertragsschluss keine Unterlassungsverfügung beantragt hat, nicht dazu führen, dass die Geltendmachung der Nichtigkeit des Konzessionsvertrags im vorliegenden Verfahren als treuwidrig angesehen wird.
- 79 3. Auch vertragliche Ansprüche auf Übereignung der Verteilungsanlagen stehen der Beklagten nicht zu. Denn die Klägerin kann diesen Ansprüchen gemäß §§ 404, 413 BGB die Einwendungen entgegenhalten, die zur Zeit der Abtretung der Ansprüche gegen die Gemeinden als Zedenten begründet waren (vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013, KZR 65/12 und 66/12; Presseerklärung Nr. 207/2013). Gegenüber den Gemeinden hätte die Klägerin aber dem vertraglichen Übereignungsanspruch entgegenhalten können, dass die Gemeinden durch die Fehler bei der Kriterienauswahl und beim Konzessionierungsverfahren gegen ihre - gerade auch dem Schutz der Klägerin dienenden - Pflichten aus §§ 46, 1 EnWG und § 20 Abs. 1 GWB a.F. verstoßen haben (§§ 33 Abs. 1, Abs. 3 GWB, 242 BGB). Die Klägerin wäre also den Gemeinden gegenüber auf der Basis des durchgeführten Konzessionierungsverfahrens nicht zur Übereignung der Verteilungsanlagen verpflichtet gewesen. Das gilt nach der Abtretung der Übereignungsansprüche auch gegenüber der Beklagten als Zessionarin.
- 80 Da die Ansprüche, derer sich die Beklagte berühmt hat, somit nicht bestehen, ist die von der Klägerin zulässig begehrte negative Feststellung zu treffen. Der von der Klägerin gemäß § 142 ZPO zusätzlich beantragten Vorlage von Vertragsdokumenten bedarf es nicht. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 81 Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO bestehen im Streitfall trotz der dargestellten unterschiedlichen rechtlichen Ansätze nicht. Eine Zulassung der Revision kommt nur in Betracht, wenn die Rechtsfrage, derentwegen die Zulassung erfolgen soll, entscheidungserheblich ist (vgl. BGHZ 153, 254 = NJW 2003, 1125 juris-Rn. 5). Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, führen die unterschiedlichen rechtlichen Ansätze vorliegend zum selben Ergebnis.