



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 65/12

Verkündet am:
17. Dezember 2013
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Stromnetz Heiligenhafen

GWB § 20 Abs. 1 aF; EnWG § 46 Abs. 1, 2

- a) Gemeinden haben auch dann, wenn sie die Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege zum Netzbetrieb einem Eigenbetrieb übertragen wollen, das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten; sie können sich in diesem Zusammenhang weder auf ein "Konzernprivileg" noch auf die Grundsätze des im Vergaberecht anerkannten "In-house-Geschäfts" berufen.
- b) Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden.
- c) Die Übertragung des Netzbetriebs auf einen Eigenbetrieb ist unwirksam, wenn ein entsprechender Konzessionsvertrag wegen unbilliger Behinderung von Unternehmen, die sich um die Konzession bewerben, nichtig wäre.

BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - OLG Schleswig
LG Kiel

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck sowie die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Kartellsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 22. November 2012 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist Eigentümerin des Stromversorgungsnetzes im Stadtgebiet der Klägerin. Die Klägerin hatte mit der Schleswig AG, der Rechtsvorgängerin der Beklagten, einen Konzessionsvertrag mit einer Laufzeit von 20 Jahren ab dem Jahr 1989 geschlossen, der dieser gestattete, Stromversorgungsleitungen auf und unter den öffentlichen Wegen des Gemeindegebiets zu betreiben. Die Endschaftsbestimmung dieses Vertrags sieht vor, dass die Gemeinde, falls sie nach Vertragsablauf das Vertragsverhältnis mit der Schleswig AG nicht fortsetzen will, verpflichtet ist, die ausschließlich der Stromverteilung im Gemeindegebiet dienenden Anlagen zum Sachzeitwert zu übernehmen.
- 2 Am 30. Dezember 2006 machte die Klägerin das Vertragsende zum 31. Dezember 2008 bekannt und setzte eine Frist für Angebote zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags bis zum 30. April 2007. Die Beklagte und ein

anderes Unternehmen gaben Angebote ab. Der Stadtrat der Klägerin entschied am 11. Dezember 2008, keinem der Interessenten den Abschluss eines Konzessionsvertrags anzubieten, sondern den Netzbetrieb durch einen zu gründenden Eigenbetrieb selbst zu übernehmen. Laut Sitzungsprotokoll wurden bei dieser Entscheidung folgende Kriterien berücksichtigt:

- "- Höhe der Konzessionsabgabe
- Höhe des sog. Kommunalrabatts
- Kostenverteilung für Leitungsumlegungen
- Laufzeit des Konzessionsvertrags
- sog. Endschaftsregelung
- Pflicht zur Erdverkabelung
- Rückbau stillgelegter Leitungen".

3 Ihre Entscheidung machte die Klägerin am 25. März 2009 mit folgender Begründung amtlich bekannt:

"Durch die Konzessionierung der Stadtwerke [...] als Eigenbetrieb wird der Stromnetzbetrieb der allgemeinen Versorgung im Stadtgebiet kommunalisiert. Die Stadt erwirbt hierdurch den größtmöglichen Einfluss auf den Betrieb des Stromverteilnetzes. Die Stadt ist davon überzeugt, dass durch die Konzessionierung der Stadtwerke für die Zukunft bessere Konditionenbedingungen (z.B. Einfluss der Stadt auf strategische Entscheidungen und auf das Netzeigentum, auch nach Ablauf der Konzessionierung, Flexibilität) erzielt werden können, als diese von den konkurrierenden Bewerbern angeboten werden.

Die Stadt [...] ist sich sicher, mit der Entscheidung für Stadtwerke die besten Voraussetzungen für eine zuverlässige, preisgünstige und umweltgerechte Stromversorgung geschaffen zu haben."

4 In den anschließenden Verhandlungen über die Netzübernahme konnten sich die Parteien weder über Umfang noch Kaufpreis der zu übereignenden Anlagen einigen.

5 Mit der Klage begehrt die Klägerin die Übertragung des Eigentums am örtlichen Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung, hilfsweise gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung. Ferner verlangt sie die Übertragung etwa erforderlicher schuldrechtlicher und dinglicher Grundstücksnutzungsrechte und sämtlicher Rechte und Pflichten aus bestehenden Verträgen mit Anschlussnehmern, Anschlussnutzern und Netznutzern, soweit sie sich auf das Netzanschluss-, das Anschlussnutzungs- und das Netznutzungsverhältnis beziehen, sowie die Herausgabe zugehöriger Unterlagen. Außerdem beantragt die Klägerin Auskunft über verschiedene Kennzahlen des Netzes sowie über Daten, die für die Regulierung der Netzentgelte erheblich sind. Für den Fall des zumindest teilweisen Obsiegens mit dem Übereignungsantrag verlangt sie ferner die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen verzögerter oder unvollständiger Erfüllung der eingeklagten Ansprüche.

6 Das Landgericht (LG Kiel, RdE 2012, 260) hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG Schleswig, WuW/E DE-R 3746). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

7 A. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Netzes aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG oder § 9 Nr. 1 des Konzessionsvertrags verneint und deshalb auch die weiteren Klageanträge abgewiesen. Dazu hat es ausgeführt:

8 Die Übertragung des Netzbetriebs auf den Eigenbetrieb der Klägerin sei wegen Verstoßes gegen energiewirtschafts- und kartellrechtliche Bestimmungen nach § 134 BGB nichtig.

9 Die Klägerin habe die Bestimmungen des § 46 Abs. 3 EnWG nicht beachtet und damit gegen das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG verstoßen. Sie sei zu einer diskriminierungsfreien Auswahl des Netzbetreibers verpflichtet gewesen, bei der schon vor Inkrafttreten des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG vorrangig die Ziele des § 1 EnWG zu berücksichtigen gewesen seien. Die Auswahlentscheidung der Klägerin genüge diesen Anforderungen nicht. Die Klägerin habe sich dabei nicht mit Fragen des Preisniveaus oder der Effizienz auseinandergesetzt. Da damit maßgebliche Abwägungsgesichtspunkte fehlten, habe die Klägerin ihr Auswahlermessen fehlerhaft ausgeübt. Auf die im Vergaberecht anerkannte Privilegierung der In-house-Vergabe könne die Klägerin sich schon deshalb nicht berufen, weil die Dienstleistungen des Netzbetreibers ganz überwiegend nicht für sie, sondern für die Energienachfrager in der Gemeinde erbracht würden.

10 Zugleich habe die Klägerin gegen das Behinderungsverbot des § 20 GWB aF verstoßen. Als Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift habe sie ein Monopol auf dem relevanten Angebotsmarkt für Leitungsrechte zum Verteilnetzbetrieb im Gemeindegebiet. Eine Entscheidung über deren Vergabe, welche die energiewirtschaftsrechtlichen Kriterien missachte oder hintanstelle, sei sachwidrig und leistungsfremd.

11 Wegen der wirtschaftlichen Identität von Gemeinde und neuem Konzessionsnehmer folge aus dem Rechtsgedanken des § 36 Abs. 2 GWB, dass der Verstoß gegen § 46 Abs. 3 EnWG und § 20 GWB aF keine Gleichbehandlungs-

ansprüche Dritter, sondern ausnahmsweise die Unwirksamkeit der gesetzwidrigen Entscheidung über den Netzbetreiber nach § 134 BGB zur Folge habe.

12 Die auf Kartellrecht gestützte Einwendung der Beklagten sei nicht verwirkt. Zwar habe die Beklagte ihre energie- und kartellrechtlichen Einwendungen erst spät erhoben. Einen vertraglichen Übertragungsanspruch habe sie aber stets ebenso in Frage gestellt wie einen gesetzlichen Anspruch auf Über-
eignung. Im Übrigen dienen § 46 EnWG und § 20 GWB aF primär öffentlichen Interessen, so dass sie jederzeit zu beachten seien.

13 Ob ein vertraglicher Übertragungsanspruch der Klägerin bestehe, könne dahinstehen. Die Klägerin sei jedenfalls an seiner Durchsetzung aus kartellrechtlichen Gründen gehindert, weil sie damit gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Es stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, gesetzliche Pflichten durch Berufung auf die Endschaftsbestimmung des Konzessionsvertrags zu umgehen.

14 B. Die Revision hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat zu Recht sowohl gesetzliche als auch vertragliche Ansprüche der Klägerin verneint.

15 I. Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen (nachstehend zu 1). Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren (nachstehend zu 2). Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt eine

unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (nachstehend zu 3).

16 1. Gemeinden haben bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG das Diskriminierungsverbot der § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten.

17 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht die Gemeinden als Normadressaten des kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbots angesehen.

18 aa) Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts (BGH, Beschluss vom 15. April 1986 - KVR 6/85, WuW/E BGH 2247, 2249 - Wegenutzungsrecht; Beschluss vom 11. März 1997 - KZR 2/96, RdE 1997, 197, 198 - Erdgasdurchgangsleitung).

19 bb) Sie haben dabei eine marktbeherrschende Stellung.

20 (1) Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören (sog. "qualifizierte Wegenutzungsrechte" im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG, vgl. etwa Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, S. 53). Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Gemeinden seien nicht als Anbieter von Leitungsrechten, sondern als Nachfrager von Netzinfrastrukturdienstleistungen zu behandeln, weil sie die kommunale Energieversorgung zu gewährleisten hätten. Auch wenn der Konzessionsvertrag eine Nachfrage nach Netzinfrastrukturdiensten deckt, ändert dies nichts daran, dass die Gemeinde damit zugleich ihre Wegerechte wirtschaftlich verwertet.

21 (2) Der relevante Markt ist örtlich auf das Gemeindegebiet der jeweiligen Gemeinde beschränkt (BGH, RdE 1997, 197, 199 mwN - Erdgasdurchgangsleitung; Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 54 ff.; Büdenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 69 f.; Salje, EnWG, § 46 Rn. 184; aA Brucker in Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 91 ff.). Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet eignen.

22 Eine Einbeziehung anderer Gemeinden in den örtlich relevanten Markt ist nicht im Hinblick auf das Bedarfsmarktkonzept geboten. Die Wegerechte der Gemeinde sind aus Sicht der am Netzbetrieb interessierten Unternehmen nicht funktional gegen diejenigen einer anderen Gemeinde austauschbar, die keinen Zugang zu den örtlichen Anschlussnehmern erlauben und im Übrigen regelmäßig in einem nicht deckungsgleichen zwanzigjährigen Turnus durch andere örtliche Wegerechtsmonopolisten vergeben werden. Räumliche Zugangsschranken auf dem nachgelagerten Markt, auf dem sich der Nachfrager als Anbieter betätigen will, können den relevanten Markt begrenzen (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2011 - KZR 6/09, BGHZ 189, 94 Rn. 12 - MAN-Vertragswerkstatt). So liegen die Dinge hier. Als Betreiber des Netzes der allgemeinen Versorgung in einem bestimmten Gemeindegebiet kann sich nur ein Unternehmen betätigen, dem die Gemeinde die entsprechende Konzession übertragen hat.

23 b) Der betroffene Markt ist gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich. Der Zugang zum Wegenutzungsrecht ist bereits dadurch eröffnet, dass die Gemeinden aufgrund der Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG fremde Unternehmen dazu aufzufordern haben, sich im Wettbewerb um die Konzession zu bewerben (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 1992 - KZR 10/91, BGHZ 119, 335, 339 - Stromeinspeisung I).

24 c) Als Normadressat sind die Gemeinden gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) verpflichtet, im Auswahlverfahren keinen Bewerber um die Konzession unbillig zu behindern oder zu diskriminieren. Diese Verpflichtung steht mit den Regelungen des Energiewirtschaftsrechts und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung im Einklang.

25 aa) Zu Unrecht meint die Revision, dass die Auswahl des Konzessionärs bis zum Inkrafttreten von § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG am 4. August 2011 nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs frei von gesetzlichen Vorgaben gewesen sei. Zwar hat der Senat zum Zweck der Laufzeitbeschränkung für Konzessionsverträge nach § 103a GWB aF auf 20 Jahre ausgeführt, dass die Kommunen völlig frei und ungehindert darüber sollten entscheiden können, wer nach Auslaufen eines Konzessionsvertrags für die Energieversorgung zuständig sein solle (BGH, Urteil vom 16. November 1999 - KZR 12/97, BGHZ 143, 128, 146 f. - Endschäftsbestimmung I). Diese Aussage des Senats steht aber im Zusammenhang mit dem damaligen Ziel der gesetzlichen Regelung, den freien Wettbewerb um - seinerzeit noch - geschlossene Versorgungsgebiete zu eröffnen und zu schützen. Es galt zu vermeiden, dass die Höhe der in einer Endschäftsbestimmung vorgesehenen Gegenleistung für die Netzübernahme eine prohibitive Wirkung hatte und deshalb zu einer faktischen Bindung der Gemeinde an den bisherigen Netzbetreiber führte, die dem Zweck der Laufzeitbeschränkung zuwiderliefe, im Abstand von 20 Jahren eine freie Entscheidung über den künftigen Netzbetreiber zu treffen. Die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde ist also vor Bindungen an den bisherigen Vertragspartner geschützt, die über eine Laufzeit von 20 Jahren hinausgehen. Dies entspricht der Zielsetzung des vom Gesetz gewollten Wettbewerbs um das Netz. Dass die Gemeinde bei der Bestimmung des künftigen Konzessionärs frei von jeder gesetzlichen Vorgabe sei, ergibt sich daraus nicht.

- 26 Dasselbe gilt für die Gesetzesbegründung zu § 13 EnWG 1998 (heute § 46 EnWG), wonach die Kommunen "auch künftig frei entscheiden (können), ob die Versorgung durch ein eigenes Stadtwerk oder ein anderes Unternehmen erfolgen soll" (BT-Drucks. 13/7274, S. 32).
- 27 bb) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Regelung des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG auf die von § 46 Abs. 2 EnWG erfassten Wegenutzungsverträge Anwendung findet. Die Gemeinden sind verpflichtet, auch über solche Konzessionen diskriminierungsfrei zu entscheiden (OLG Düsseldorf, RdE 2013, 128, 135; Büdenbender, aaO S. 40 ff.; Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 46; Klemm, *VersorgW* 2005, 197, 200; Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 456; BKartA, Beschluss vom 30. November 2012 - B8-101/11 Rn. 62 - Kreisstadt Mettmann; zu § 13 Abs. 1 Satz 1 EnWG 1998 siehe auch BGHZ 143, 128, 155 f. - Endschäftsbestimmung I; aA etwa Theobald in Danner/Theobald, *Energierrecht*, Stand September 2013, § 46 Rn. 34; Kermel/Brucker/Baumann, aaO S. 85). Die kartellrechtlichen und die energiewirtschaftsrechtlichen Anforderungen stimmen insoweit überein.
- 28 (1) Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Der Wortlaut dieser Bestimmung erfasst ohne weiteres auch Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet (§ 46 Abs. 2 EnWG) gehören. Der in § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG verwendete Begriff "unmittelbare Versorgung" beschränkt den Anwendungsbereich der Norm nicht auf zusätzlichen Direktleitungsbau (vgl. § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG, § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB aF; BerlKommEnR/Wegner, 2. Aufl., EnWG § 46 Rn. 28; aA etwa Albrecht in Schneider/Theobald, *Recht der Energiewirtschaft*, 4. Aufl., § 9 Rn. 36 f.).

29 (2) Der Aufbau des § 46 EnWG lässt nicht erkennen, dass die Gemeinden die Entscheidung über den Abschluss der von Absatz 2 dieser Norm erfassten Verträge ohne Bindung an das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG treffen können. Die Bestimmung des § 46 Abs. 2 EnWG enthält eine Laufzeitbeschränkung für Wegerechtsverträge, die dem allgemeinen Versorgungsnetzbetrieb dienen (Satz 1), und statuiert Pflichten des bisher Nutzungsberechtigten beim Vertragsablauf (Satz 2). Daraus ergibt sich keine gegenüber § 46 Abs. 1 EnWG abschließende Regelung. Vielmehr treten diese Bestimmungen für Verträge nach Absatz 2 neben § 46 Abs. 1 EnWG. Nichts anderes gilt für § 46 Abs. 3 EnWG, der für Verträge nach § 46 Abs. 2 EnWG insbesondere Bekanntmachungspflichten bei Laufzeitende und vor einer Vertragsverlängerung vorsieht.

30 (3) Ferner gilt § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG, wonach die Gemeinden bis zum Angebot des Höchstsatzes der zulässigen Konzessionsabgaben den Abschluss von Wegerechtsverträgen verweigern können, auch - und gerade - für Verträge nach § 46 Abs. 2 EnWG. Mit § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG sollten den Gemeinden ihre bisherigen Konzessionseinnahmen gesichert werden (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 32 f.). Voraussetzung dafür ist die Anwendbarkeit des § 46 Abs. 1 EnWG auf alle Leitungsrechte zur unmittelbaren Versorgung (vgl. Büdenbender, aaO S. 43 f.).

31 cc) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass Gemeinden auch dann, wenn sie die Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege zum Netzbetrieb einem Eigenbetrieb übertragen wollen, das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten haben. Sie können sich in diesem Zusammenhang weder auf ein "Konzernprivileg" noch auf die Grundsätze des im Vergaberecht anerkannten "In-house-Geschäfts" berufen (vgl. VGH Mannheim, NZBau 2013, 724, 726; Büdenbender, aaO S. 46, 54 f.; Kermel/Schwensfeier, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, Kap. 5

Rn. 184 ff.; Albrecht in Schneider/Theobald, aaO § 9 Rn. 89 f.; Pippke/Gaßner, RdE 2006, 33, 36; Sauer, EWeRK 2013, 28, 37 f. mit Fn. 21; ders., EWeRK 2013, 100, 108 ff.; BKartA, Beschluss vom 30. November 2012 Rn. 66 ff. - Kreisstadt Mettmann; Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 466 f.; aA VG Oldenburg, ZNER 2012, 541, 544 f.; Brucker in Kermel/Brucker/Baumann, aaO S. 86 f.; Hellermann, EnWZ 2013, 147, 152 f., 154; Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, S. 13 f.; Byok/Graef/Faasch, NZBau 2012, 556, 559).

32 (1) Allerdings schließt der Wortlaut des § 46 Abs. 4 EnWG für sich allein die Möglichkeit noch nicht aus, einen Eigenbetrieb bei der Übertragung der Netznutzungsrechte zu bevorzugen. Danach finden die Absätze 2 und 3 des § 46 EnWG für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.

33 Die Vorschrift regelt damit Pflichten der Gemeinde bei der Übertragung der Wegenutzung auf Eigenbetriebe. Dies war notwendig, um die Anwendung der an Vertragsschlüsse anknüpfenden Regelungen in § 46 Abs. 2 und 3 EnWG auf die Wegenutzung durch Eigenbetriebe, die mangels eigener Rechtspersönlichkeit keine Verträge mit der Gemeinde schließen können, zu ermöglichen (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 3804, 3813; Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 46 Rn. 88; vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 21). § 46 Abs. 4 EnWG betrifft also nicht etwa nur die Vergabe von Wegerechten durch Eigenbetriebe (so aber Haupt/Slawinski, IR 2012, 122, 123; Ortner, EWeRK 2011, 111, 113).

34 Die Vorschrift gewährleistet, dass auch im Fall der Wegenutzung durch einen Eigenbetrieb spätestens nach 20 Jahren (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG) ein Betreiberwechsel durch eine neue Entscheidung über das Wegerecht, den Zwang zur Einhaltung der Bekanntmachungspflichten (§ 46 Abs. 3 EnWG) und gegebenenfalls einen Anspruch auf Überlassung des Netzes (§ 46 Abs. 2

Satz 2 EnWG) ermöglicht wird. Eine ausdrückliche Verweisung auf das Diskriminierungsverbot in § 46 Abs. 1 EnWG enthält § 46 Abs. 4 EnWG allerdings nicht.

35 (2) Aus dem Zweck der Regelungen des § 46 EnWG ergibt sich jedoch, dass die Gemeinde auch bei einer "Systementscheidung" für den Netzbetrieb durch einen Eigenbetrieb das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten hat.

36 § 46 Abs. 2 und 3 EnWG dienen gerade auch dem Zweck, kommunalen "Ewigkeitsrechten", also dem dauerhaften und unangefochtenen Recht der Kommunen auf den Netzbetrieb, entgegenzuwirken (vgl. Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 456). § 46 Abs. 4 EnWG soll eine Umgehung dieses Ziels durch die Wahl gemeindlicher Eigenbetriebe als Netzbetreiber verhindern (BT-Drucks. 13/7274, S. 21). Auch dann, wenn sich die Gemeinde eines Eigenbetriebs bedient, sollte wenigstens im 20-Jahres-Rhythmus ein Wettbewerb um das Netz ermöglicht werden (vgl. BGHZ 143, 128, 146 - Endschafftsbestimmung I). § 46 Abs. 4 EnWG dient damit dem Ziel, beim Wettbewerb um die Konzession für den Netzbetrieb Eigenbetriebe den in Abs. 2 und 3 genannten Energieversorgungsunternehmen gleichzustellen (vgl. BKartA, Beschluss vom 30. November 2012 Rn. 75 - Kreisstadt Mettmann). Daraus folgt, dass die Gemeinden die Entscheidung zwischen einem Eigenbetrieb und anderen, insbesondere privaten Bewerbern gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG diskriminierungsfrei zu treffen haben.

37 Schließlich wäre die in § 46 Abs. 4 EnWG angeordnete entsprechende Anwendung der Bekanntmachungspflichten des § 46 Abs. 3 EnWG, die zu einer Auswahl nach rationalen Kriterien beitragen sollen (BT-Drucks. 13/7274, S. 21), auf Eigenbetriebe sinnlos, könnte die Gemeinde ohne Rücksicht auf

fremde Gebote ein eigenes Unternehmen bevorzugen (Büdenbender, aaO S. 46 f., 54 f.).

38 § 46 Abs. 4 EnWG lässt damit eine bindungslose "In-house-Vergabe" an Eigenbetriebe nicht zu (vgl. OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 3804, 3812 f.).

39 dd) Die Pflicht der Gemeinden zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs steht mit dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) im Einklang. Das gilt auch, soweit sie bei einer Übertragung von Wegenutzungsrechten auf Eigenbetriebe zu beachten ist (aA wohl VG Oldenburg, ZNER 2012, 541, 545).

40 (1) Die Versorgung der Einwohner und ortsansässigen Unternehmen mit Energie ist eine Aufgabe der verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltung (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005 - KVR 27/04, BGHZ 163, 296, 302 - Arealnetz; BVerfG, NJW 1990, 1783; BVerwGE 98, 273, 275 f.; Mehde in Maunz/Dürig, GG, Stand Nov. 2012, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die im Zusammenhang mit dieser Versorgung stehende wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden keinen rechtlichen Schranken unterläge. Das Recht zur kommunalen Selbstverwaltung besteht vielmehr nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze, zu denen auch das Energiewirtschaftsgesetz zählt (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Juli 2006 - KVR 28/05, BGHZ 168, 295 Rn. 20 - Deutsche Bahn/KVS Saarlouis).

41 (2) Die Vorschrift des § 46 Abs. 1 EnWG greift - auch soweit sie auf die Überlassung des Netzbetriebs an Eigenbetriebe Anwendung findet - entgegen der Ansicht der Revision nicht in verfassungswidriger Weise in den Kernbestand des Selbstverwaltungsrechts ein (Büdenbender, aaO S. 65). Als Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie ist grundsätzlich nur die Möglichkeit der Gemeinde zur wirtschaftlichen Betätigung als solche geschützt, nicht aber ein-

zelne Ausprägungen wirtschaftlicher Tätigkeit (Mehde in Maunz/Dürig, aaO Art. 28 Abs. 2 Rn. 113 ff., insbesondere 116; Schink, NVwZ 2002, 129, 133).

42 (3) Soweit in der aus § 46 Abs. 1, 4 EnWG folgenden Verpflichtung der Gemeinden, auch Eigenbetriebe, Eigengesellschaften und kommunale Beteiligungsgesellschaften bei der Konzessionsvergabe nicht ohne sachlichen Grund zu bevorzugen, überhaupt ein Eingriff in das Recht auf kommunale Selbstverwaltung zu sehen sein sollte, wäre er jedenfalls verhältnismäßig und verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Pflicht zur diskriminierungsfreien Entscheidung über den Netzbetreiber ist zur Förderung des Wettbewerbs um das für den Betrieb des allgemeinen Versorgungsnetzes notwendige Wegenutzungsrecht im Interesse der Allgemeinheit an einer Verbesserung der Versorgungsbedingungen geeignet und erforderlich (vgl. BGHZ 168, 295 Rn. 21 aE - Deutsche Bahn/KVS Saarlouis). Die Regelung beschränkt die Gemeinden auch nicht übermäßig. Sie sind nicht gehindert, sich mit einem eigenen Unternehmen oder einem Eigenbetrieb am Wettbewerb zu beteiligen und auf dieser Grundlage gegebenenfalls den Netzbetrieb selbst zu übernehmen.

43 2. Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene (nachfolgend zu a) als auch materielle Anforderungen (nachfolgend zu b) an die Auswahlentscheidung.

44 a) Das Auswahlverfahren muss zunächst so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entschei-

dungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (OLG München, Urteil vom 26. September 2013 - U 3589/12 Kart, juris Rn. 138; Albrecht in Schneider/Theobald, aaO § 9 Rn. 88; EKartB BW, Positionspapier Konzessionsvergabe, S. 5; Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 466; vgl. ferner BGH, Urteil vom 7. November 2006 - KZR 2/06, WuW/E DE-R 1951 Rn. 16 - Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt; Urteil vom 13. November 2007 - KZR 22/06, WuW/E DE-R 2163 Rn. 14).

45 aa) Das im Zusammenhang mit Auswahl- und Vergabeentscheidungen bestehende Diskriminierungsverbot schließt eine Verpflichtung zur Transparenz ein, um durch einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, dass ein fairer, unverfälschter Wettbewerb eröffnet wird und überprüft werden kann, ob das Verbot eingehalten worden ist (vgl. zu Dienstleistungskonzessionen EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005, C-458/03, Slg. 2005, I-8585 Rn. 49 - Parking Brixen).

46 Aus dem Transparenzgebot folgt als allgemeiner Grundsatz diskriminierungsfreier Auswahlverfahren die Pflicht zur Offenlegung der Entscheidungskriterien (zur Dienstleistungskonzession VG Frankfurt, Beschluss vom 4. November 2011 - 5 L 2864/11.F, juris und Burgi, NZBau 2005, 610, 615; zum Vergaberecht Weyand, Vergaberecht, Stand 26. November 2012, § 99 Rn. 319/1; zum Kartellrecht BGH, WuW/E DE-R 1951 Rn. 16 - Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt; Bechtold, GWB, 7. Aufl., § 19 Rn. 23). Nur so kann eine diskriminierungsfreie Teilnahme aller Interessenten am Auswahlverfahren gewährleistet werden, die ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen ausschließt.

47 bb) In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof zu § 20 Abs. 1 GWB aF bereits entschieden, dass an Schilderträger vermietete Gewerbeflächen in einer Zulassungsstelle von der Kommune auszuschreiben sind, wobei die Ent-

scheidungskriterien (dort: die Beschäftigung behinderter Menschen) und ihr Gewicht (der Umfang der Bevorzugung) bereits in der Ausschreibung angegeben werden müssen (BGH, WuW/E DE-R 1951 Rn. 16 - Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt). Das nach Art. 2 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011 (ABl. 2011 L 222/1) für Auftragsbekanntmachungen im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts (vgl. § 100 GWB) verbindlich vorgeschriebene Standardformular 2 verlangt im Abschnitt IV 2.1 ebenfalls die Angabe der Vergabekriterien und ihrer Wichtung, sofern diese Angaben nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind.

48 cc) Auch bei der Vergabe von Konzessionen im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG sind die Entscheidungskriterien allen Interessenten rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitzuteilen. Nur so kann eine an sachgerechten, objektiven Kriterien getroffene, mithin diskriminierungsfreie Auswahlentscheidung sichergestellt werden. Außerdem ist auch die Gewichtung der Kriterien offenzulegen, damit die Bewerber erkennen können, wie die einzelnen Kriterien die Entscheidung beeinflussen (vgl. Albrecht in Schneider/Theobald, aaO § 9 Rn. 88). Nicht erforderlich ist, dass die Angaben zu den Kriterien bereits in der Bekanntmachung gemäß § 46 Abs. 3 EnWG erfolgen. Vielmehr ist ausreichend, wenn sie allen Unternehmen in einem gleichlautenden Verfahrensbrief rechtzeitig mitgeteilt werden, nachdem sie aufgrund der Bekanntmachung ihr Interesse an der Konzession bekundet haben (vgl. Albrecht in Schneider/Theobald, aaO § 9 Rn. 88).

49 b) Das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende allgemeine Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen, wird für den Bereich der Konzessionsvergabe durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren (siehe

dazu BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 Rn. 36 ff. - Stromnetz Berkenthin).

50 3. Genügt die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind.

51 a) Ob ein fehlerhaftes Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 24. Oktober 2011 - KZR 7/10, WuW/E DE-R 3446 Rn. 37 - Grossistenkündigung).

52 Im Fall der Konzessionsvergabe wird diese Gesamtwürdigung durch das energiewirtschaftsrechtliche Gebot bestimmt, die für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes erforderliche Konzession diskriminierungsfrei im Wettbewerb zu vergeben und die Auswahl zwischen den Anbietern daran auszurichten, welches Angebot nach den von der Gemeinde aufgestellten, die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisierenden Kriterien das günstigste ist. Das stimmt mit der Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen überein, im Bereich der Energieversorgung einen Leistungswettbewerb um Netze und die Öffnung eines Zugangs für interessierte und qualifizierte Betreiberunternehmen zu Konzessionen zu gewährleisten (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 21; BGHZ 143, 128, 146 - Endschäftsbestimmung I).

53 Das berechnete Interesse der aktuellen und potentiellen Bewerber um die Konzession ist darauf gerichtet, dass ihre Chancen auf Erteilung der Kon-

zession durch ein gesetzmäßiges Auswahlverfahren gewahrt werden. Die Gemeinden als bei der Vergabe der Konzessionen marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihre eigenen Interessen bei der Auswahlentscheidung nur im gesetzlich zulässigen Rahmen verfolgen. Schutzwürdige Interessen fehlerhaft ausgewählter Unternehmen an der tatsächlichen Erfüllung eines unter Verstoß gegen zwingende Bestimmungen abgeschlossenen Vertrags bestehen - jedenfalls vor tatsächlicher Übernahme des Netzes oder Aufnahme des Netzbetriebs - von vornherein nicht.

54 Bei der im Rahmen der Prüfung des kartellrechtlichen Behinderungsverbots gebotenen Gesamtwürdigung stellt ein gegen § 46 EnWG verstoßendes Auswahlverfahren somit eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber dar, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt wurden (vgl. § 33 Abs. 1 GWB).

55 b) Zwar lässt sich im Regelfall aus der Bevorzugung eigener Unternehmen keine Unbilligkeit der darin liegenden Behinderung Dritter herleiten (vgl. BGH, WuW/E DE-R 3446 Rn. 30 f. - Grossistenkündigung). Wie bereits ausgeführt (oben Rn. 31 ff.), sind im vorliegenden Zusammenhang aber die Vorgaben des § 46 EnWG zu beachten, wonach die Gemeinde verpflichtet ist, einen Wettbewerb um ihr für den Netzbetrieb notwendiges Wegerecht zu ermöglichen. Steht eine eigene Nutzung durch die Gemeinde mit § 46 EnWG nicht in Einklang, kann sie deshalb übergangene Mitbewerber unbillig im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB aF behindern.

56 II. Hiernach hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Klägerin kein Anspruch auf Überlassung oder Übereignung der zum Netzbetrieb notwendigen Verteilungsanlagen gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zusteht.

- 57 1. Werden Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, nach ihrem Ablauf nicht verlängert, ist der bisher Nutzungsberechtigte nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung verpflichtet, seine für den Betrieb dieser Netze notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Nach der am 4. August 2011 in Kraft getretenen Fassung dieser Vorschrift besteht unter denselben Voraussetzungen eine Übereignungspflicht. Für den Inhalt des Anspruchs des neuen Energieversorgungsunternehmens kommt es auf das zur Zeit seiner Entstehung geltende Recht an. Ein etwaiger Anspruch der Klägerin wäre hier mit der Übertragung des Netzbetriebs auf den Eigenbetrieb im Dezember 2008 entstanden, so dass § 46 Abs. 2 EnWG im Streitfall in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung anzuwenden ist.
- 58 2. Der Konzessionsvertrag mit der Beklagten über das allgemeine Stromverteilungsnetz im Gebiet der Gemeinde ist zwar nicht verlängert worden. Wie sich aus dem Hilfsantrag der Klägerin ergibt, ist sie auch bereit, für die Überlassung des Netzes eine - noch zu ermittelnde - wirtschaftlich angemessene Vergütung zu zahlen. Die Klägerin ist aber nicht neues Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG geworden.
- 59 a) Für den Anspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ist allein der neue Netzbetreiber als "neues Energieversorgungsunternehmen" aktivlegitimiert. Dabei beruht die Bezeichnung des Gläubigers als "neues Energieversorgungsunternehmen" auf der weiten Definition des Begriffs "Energieversorgungsunternehmen" in § 3 Nr. 18 EnWG, die auch die Betreiber von Energieversorgungsnetzen einbezieht. Voraussetzung des Überlassungsanspruchs ist, dass die Übertragung des Netzbetriebs auf den neuen Konzessionär rechtswirksam ist

(vgl. OLG Düsseldorf, RdE 2013, 128, 134 f.; LG Frankfurt, RdE 2010, 347, 349; LG München I, ZNER 2012, 643, 644; Höch/Stracke, RdE 2013, 159, 163).

60 aa) Allerdings wird auch die Ansicht vertreten, für den Anspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG genüge, dass die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung durch den Abschluss eines Konzessionsvertrags zum Ausdruck gebracht habe, jedenfalls wenn die Vergabe nicht an einem offensichtlichen und schwerwiegenden Mangel leide. Der bisherige Netzbetreiber sei davor zu schützen, dass sich auf Grund eventuell später erhobener Einwendungen gegen die Vergabe herausstellen könnte, er habe ohne befreiende Wirkung an den falschen, vermeintlichen neuen Konzessionsinhaber geleistet. Im Übrigen bevorzuge es den bisherigen Netzbetreiber gegenüber anderen unterlegenen Bewerbern, eine auf Vergabefehler gestützte Einwendung gegen den Überlassungsanspruch zuzulassen (BNetzA, Beschluss vom 19. Juni 2012 - BK6-11-079, S. 14 ff.).

61 bb) Dem ist nicht zuzustimmen.

62 Schon der Gesetzeswortlaut spricht dafür, dass Ansprüche nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nur demjenigen zustehen, dem die Gemeinde das Wegerecht wirksam eingeräumt hat. Die Vorschrift stellt dem bisher Nutzungsberechtigten (Schuldner) das neue Energieversorgungsunternehmen (Gläubiger) gegenüber. Entscheidend ist danach der wirksame Wechsel der aufgrund Konzessionsvertrags eingeräumten vertraglichen Berechtigung auf einen neuen Nutzungsberechtigten.

63 Der Zweck der Vorschrift fordert keinen von einer wirksamen Wegerechtseinräumung unabhängigen Überlassungsanspruch. Die Vorschrift des § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998, mit der die heute in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG enthaltene Regelung in das Gesetz aufgenommen wurde, sollte ausschließen, dass ein Wechsel des Netzbetreibers wegen des Netzeigentums des bisherigen

Versorgers praktisch verhindert wird und es zu wirtschaftlich unsinnigen Doppelinvestitionen kommt (BT-Drucks. 13/7274, S. 21). Der Grund der Überlassungspflicht, dass das nicht sinnvoll duplizierbare Netz nur von demjenigen genutzt werden kann, der dazu berechtigt ist, gilt unverändert für § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG. Dem Zweck des Gesetzes lässt sich indes nicht entnehmen, dass es sich dabei statt um einen tatsächlich Berechtigten auch um einen lediglich vermeintlichen Rechtsinhaber handeln könnte.

64 Schließlich rechtfertigt auch der Schutz des Überlassungsschuldners nicht, eine befreiende Netzüberlassung an einen bloß vermeintlichen Wegerechtsberechtigten zu ermöglichen. Sie würde dazu führen, dass nach einer späteren wirksamen Konzessionsvergabe an einen Dritten der wirkliche neue Konzessionär keinen Anspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG gegen den bisher Berechtigten hätte, weil dieser durch Erfüllung erloschen (§ 362 BGB) und im Übrigen unmöglich geworden (§ 275 BGB) wäre. Ebenso wenig könnte der neue Rechteinhaber den Anspruch gegen den unberechtigten Netzinhaber geltend machen, der nicht bisheriger Nutzungsberechtigter ist. In diesem Fall könnte zwar eine analoge Anwendung dieser Vorschrift erwogen werden. Es ist aber derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die eine durch Analogie zu füllende Gesetzeslücke von vornherein vermeidet. Auch dies spricht dafür, einen wirksamen Konzessionsvertrag als Anspruchsvoraussetzung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG anzusehen.

65 b) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags im Streitfall am Maßstab des § 20 Abs. 1 GWB aF zu messen ist.

66 aa) Für die Frage, ob die Beklagte bei der Konzessionsvergabe durch die Gemeinden unbillig behindert worden ist, kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung Ende 2008 an.

67 Die Übertragung des Netzbetriebs auf den Eigenbetrieb hat zwar dauer-
schuldähnlichen Charakter, so dass spätere kartellrechtliche Verbote auf sie
anwendbar sein können (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 71/08,
WuW/E DE-R 3275 Rn. 17, 57 - Jette Joop; Beschluss vom 18. Februar 2003
- KVR 24/01, BGHZ 154, 21, 26 f. - Verbundnetz II). Für die Frage, ob eine
Konzessionsvergabe Mitbewerber unbillig behindert hat, kommt es aber auf das
für das Auswahlverfahren geltende Recht an. Ein zur Zeit seiner Durchführung
rechtmäßiges oder rechtswidriges Auswahlverfahren kann grundsätzlich nicht
durch spätere Rechtsänderungen rechtswidrig oder rechtmäßig werden. Für die
Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung der Gemeinde
kommt es somit im Streitfall auf § 46 Abs. 3 EnWG in der bis zum 3. August
2011 und auf § 20 Abs. 1 GWB in der bis zum 29. Juni 2013 geltenden Fassung
(§ 20 Abs. 1 GWB aF) an.

68 Durch die am 30. Juni 2013 in Kraft getretene 8. GWB-Novelle ist das
bisher in § 20 Abs. 1 GWB geregelte Diskriminierungs- und Behinderungsverbot
zum Zweck einer textlichen Straffung nun in § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB aufgenom-
men worden. Inhaltliche Änderungen sind damit aber nicht verbunden.

69 bb) Es kann dahinstehen, ob und gegebenenfalls inwieweit § 46 EnWG
als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anzusehen ist. Jedenfalls ist dies
beim Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB aF der
Fall (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - KZR 32/01, WuW/E DE-R 1144, 1145
- Schülertransporte; Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 20
Rn. 229).

70 c) Nach den zu I dargelegten Maßstäben hält die Annahme des Beru-
fungsgerichts, die Beklagte sei mangels einer rechtmäßigen Auswahlentschei-
dung durch die Konzessionsvergabe an den Eigenbetrieb der Klägerin unbillig
behindert worden, der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

71 aa) Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe gegen § 46 Abs. 3 EnWG verstoßen, weil sie bei der Entscheidung über den künftigen Netzbetreiber nicht vorrangig die Ziele des § 1 EnWG berücksichtigt habe. Maßgeblich für die Auswahlentscheidung seien danach in erster Linie das Niveau der erreichbaren Netzentgelte sowie die Effizienz des Bewerbers und daneben Qualitätskriterien wie Umweltverträglichkeit oder die Sicherung eines störungsfreien Netzbetriebs. Erst in zweiter Linie könnten die fiskalischen Interessen der Kommune, etwa an der Höhe der Konzessionsabgabe sowie des Kommunalrabatts und an der Kostenverteilung für Leitungsumlegungen, eine Rolle spielen.

72 bb) Die Angriffe der Revision gegen diese Beurteilung bedürfen keiner Erörterung, da die Klägerin die Beklagte schon aus anderen Gründen unbillig behindert hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllt das Verfahren der Klägerin bei der Entscheidung über den künftigen Netzbetreiber bereits grundlegende Anforderungen des Transparenzgebots nicht.

73 In der Bekanntmachung vom 30. Dezember 2006 wurden keine Entscheidungskriterien genannt. Auch nach der Interessenbekundung der Beklagten geschah dies nicht. Erst nach Einreichung des Angebots der Beklagten im März 2008 teilte die Klägerin ihr bestimmte Anforderungen in einer Besprechung mit. Die Beklagte hatte daher keine Gelegenheit, ihr Angebot von vornherein auf die Forderungen der Beklagten auszurichten. Zudem sind mündliche Angaben per se ungeeignet, einen einheitlichen Informationsstand aller Bewerber zu gewährleisten.

74 Außerdem blieb auch auf der Grundlage des vom Berufungsgericht in Bezug genommenen, von der Beklagten erstellten Protokolls vom März 2008 offen, ob es sich bei den Forderungen der Klägerin tatsächlich um Entscheidungskriterien oder um von allen Bietern vollständig zu erfüllende Teile der "Leistungsbeschreibung" für die Konzessionsvergabe handelte. Für Letzteres

spricht, dass sich Punkte wie Haftungsübernahme oder Pflichten zum Rückbau stillgelegter Leitungen eher als notwendig zu erfüllende Klauseln eines Konzessionsvertrags darstellen denn als Qualitätskriterien, bei denen sich die Angebote der Bewerber differenzieren könnten.

75 Erst im Protokoll über den Beschluss des Stadtrats vom 11. Dezember 2008 werden sieben Kriterien genannt, die für die Auswahlentscheidung zugunsten des Eigenbetriebs maßgeblich gewesen sein sollen. Darunter sind nicht die laut Protokoll vom März 2008 mit der Beklagten besprochenen Forderungen Nr. 2 (Haftung) und Nr. 3 (Informationsrechte). Dafür finden sich zwei Kriterien, die in jenem Protokoll überhaupt nicht angesprochen werden. Zum einen handelt es sich dabei um die Höhe der Konzessionsabgabe, deren Aussagekraft als Auswahlkriterium allerdings dadurch erheblich beschränkt ist, dass regelmäßig ohnehin Konzessionsabgaben in Höhe des Höchstsatzes vereinbart werden (vgl. Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 469; BerlKommEnR/Wegner, aaO EnWG § 46 Rn. 114). Außerdem wird im Ratsprotokoll - offenbar erstmals - die Höhe des "Kommunalrabatts" als Kriterium genannt.

76 Das Auswahlverfahren der Klägerin verstößt somit wegen Verletzung des Transparenzgebots gegen das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG. Es stellt damit zugleich eine unbillige Behinderung der Beklagten gemäß § 20 Abs. 1 GWB aF dar.

77 d) Die unbillige Behinderung der Beklagten durch das Auswahlverfahren führt im Streitfall in analoger Anwendung des § 134 BGB zur Unwirksamkeit der Übertragung des Netzbetriebs auf den Eigenbetrieb.

78 aa) Ein Eigenbetrieb besitzt allerdings keine eigene Rechtspersönlichkeit. Er kann daher keine Rechte und Pflichten begründenden Rechtsgeschäfte mit der Klägerin vornehmen (vgl. Theobald/Templin in Danner/Theobald, Ener-

gierecht, Stand Oktober 2011, KAV § 1 Rn. 52; Schüttpelz, VergabeR 2013, 361, 364; BerlKommEnR/Wegner, 2. Aufl., EnWG § 46 Rn. 132). Daher fehlt es im Streitfall an einem Rechtsgeschäft, das gegen § 134 BGB verstoßen und nichtig sein könnte.

79 Aus der in § 46 Abs. 4 EnWG angeordneten entsprechenden Anwendung der Absätze 2 und 3 dieser Vorschrift folgt indes das Gebot, die Betrauung von Eigenbetrieben mit dem Netzbetrieb der Konzessionierung eines "Energieversorgungsunternehmens" im Sinne dieser Norm gleichzustellen (vgl. BKartA, Beschluss vom 30. November 2012 - B8-101/11 Rn. 75 - Kreisstadt Mettmann). Sie darf also gegenüber letzterer weder erschwert noch erleichtert werden. Der Umstand, dass § 134 BGB unmittelbar nur für Rechtsgeschäfte gilt, kann nicht dazu führen, dass ein unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot abgeschlossener Konzessionsvertrag nichtig, eine mit demselben Mangel behaftete Übertragung auf einen Eigenbetrieb dagegen gültig ist. Die Betrauung des Eigenbetriebs ersetzt funktional in vollem Umfang einen Konzessionsvertrag. Auch die Interessenlage der Beteiligten ist in beiden Fällen identisch. Deshalb ist es erforderlich, in dieser Konstellation § 134 BGB entsprechend anzuwenden, um eine sinnwidrige Regelungslücke zu vermeiden (allgemein zur analogen Anwendung von § 134 BGB vgl. MünchKomm.BGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 134 BGB Rn. 24). Die Übertragung des Netzbetriebs auf einen Eigenbetrieb ist immer dann unwirksam, wenn ein entsprechender Konzessionsvertrag nichtig wäre.

80 bb) Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Dafür kommt es vor allem auf Sinn und Zweck des Verbots an. Entscheidend ist, ob es sich nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen sei-

nen wirtschaftlichen Erfolg (BGH, Urteil vom 25. Juli 2002 - III ZR 113/02, BGHZ 152, 10, 11 f.).

81 cc) Nach diesen Grundsätzen sind Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG, deren Abschluss mit einem bestimmten Bewerber andere Bewerber entgegen § 20 GWB aF unbillig behindert, grundsätzlich nichtig (OLG Düsseldorf, RdE 2013, 128, 134; Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 97 ff.; Büdenbender, aaO S. 87 ff.; vgl. zu § 13 Abs. 3 Satz 1 EnWG 1998 auch OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2518, 2519 f.; einschränkend Schüttpelz, VergabeR 2013, 361, 368 f.; Albrecht in Schneider/Theobald, aaO § 9 Rn. 96). Dies gilt bei der gebotenen entsprechenden Anwendung des § 134 BGB bei einer Übertragung des Netzbetriebs auf Eigenbetriebe entsprechend.

82 Zwar führen Zuwiderhandlungen gegen das Verbot des § 20 Abs. 1 GWB aF nach verbreiteter Ansicht nur dann zur Nichtigkeit von Verträgen, wenn sie sich unmittelbar aus dem betreffenden Rechtsgeschäft ergeben und ihre Folgen nicht ohne dessen Nichtigkeit beseitigt werden können. Rechtsgeschäfte, durch die Marktpartner unterschiedlich behandelt werden, bleiben dagegen wirksam, wenn die Beseitigung unbilliger Behinderung oder die Gleichbehandlung durch Änderung oder Neuabschluss von Vereinbarungen möglich ist und dem Beeinträchtigten Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche zur Durchsetzung seiner Interessen ausreichen (vgl. nur Loewenheim in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, 2. Aufl., § 20 Rn. 110; Markert in Immennga/Mestmäcker, GWB aaO Rn. 229; OLG Karlsruhe, WuW/E DE-R 59, 60).

83 Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG und sie ersetzende "Vergaben" an Eigenbetriebe führen aber zu einem langfristigen faktischen Ausschluss aller anderen Bewerber um den Netzbetrieb. Eine damit verbundene Diskriminierung oder unbillige Behinderung kann dann nur durch ihre Unwirksamkeit beseitigt werden. Denn der Konzessionsvertrag oder die Betrauung des

Eigenbetriebs führt schon für sich allein die Marktwirkungen des Verbotsverstößes herbei (vgl. Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Aufl., GWB § 20 Rn. 207 mwN).

84 e) Die Beklagte ist nicht gehindert, sich gegenüber der Klägerin auf deren fehlende Aktivlegitimation zu berufen.

85 aa) Ein Einwendungsausschluss zulasten der Beklagten ergibt sich nicht aus einer entsprechenden Anwendung der vergaberechtlichen Präklusionsvorschriften (§ 107 Abs. 3 GWB). Sie sind Bestandteil eines gesetzlich geregelten Vergabeverfahrens und können nicht isoliert auf das - nicht näher geregelte - Verfahren der Konzessionsvergabe übertragen werden. Dem Interesse an Rechtssicherheit bei der Konzessionsvergabe kann durch die den Gemeinden eröffnete Möglichkeit zur Vorabinformation über die Auswahlentscheidung ausreichend entsprochen werden (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 Rn. 108 f. - Stromnetz Berkenthin).

86 bb) Eine unzulässige Rechtsausübung der Beklagten folgt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht aus einer Verletzung vorvertraglicher Rückpflichten.

87 Allerdings wird teilweise angenommen, bei Konzessionsvergaben nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG ergebe sich aus einem durch Anforderung der Vergabeunterlagen begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine unselbständige Nebenpflicht der Bieter, den Auftraggeber auf Rechtsverstöße im Vergabeverfahren hinzuweisen, deren Missachtung zum Ausschluss der entsprechenden Rügen führe (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 3804, 3809 f.; LG Köln, ZNER 2013, 64, 65; vgl. auch Schüttpelz, VergabeR 2013, 361, 366 f., 369; aA Kermel/Herten-Koch, RdE 2013, 255, 256 ff.).

88 Abgesehen davon, dass angesichts der ungeklärten Rechtslage fraglich erscheint, ob die Beklagte die grundsätzlichen Mängel der Ausschreibung erkennen musste, kann sich hieraus eine unzulässige Rechtsausübung schon deshalb nicht ergeben, weil nichts dafür festgestellt oder geltend gemacht worden ist, dass die Klägerin die Konzession fehlerfrei neu ausgeschrieben hätte, wenn die Beklagte Mängel der Ausschreibung schon im Vergabeverfahren gerügt hätte.

89 Im Übrigen beziehen sich die zitierten Entscheidungen auf den Rügeausschluss in einstweiligen Verfügungsverfahren, durch die der Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags bis zur Beendigung eines erneuten, fehlerfreien Auswahlverfahrens verhindert werden soll. Diese Situation entspricht derjenigen der vergaberechtlichen Präklusion (§ 107 Abs. 3 GWB). Demgegenüber geht es hier um die für eine Auftragsvergabe atypische Situation, dass der Altkonzessionär als erfolgloser Bewerber einem Überlassungsanspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ausgesetzt ist, der allein dem wirksam beauftragten neuen Konzessionär zusteht. Es ist nicht geboten, eine befreiende Netzüberlassung an einen bloß vermeintlich Wegerechtsberechtigten zu ermöglichen. Deshalb und zur Förderung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs um das Netz kann der Altkonzessionär unabhängig von seinem Verhalten im Auswahlverfahren gegenüber einem Anspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG geltend machen, dass dem Anspruchsteller die Aktivlegitimation fehlt, weil er nicht wirksam neuer Konzessionär geworden ist.

90 cc) Der Nichtigkeitseinwand ist nicht verwirkt. Dabei kann dahinstehen, ob - wie das Berufungsgericht angenommen hat - Einwendungen aus § 20 Abs. 1 GWB aF von vornherein nicht der allgemeinen Verwirkung nach § 242 BGB unterliegen. Jedenfalls hat das Berufungsgericht eine Verwirkung im Ergebnis zu Recht verneint.

91 Eine nach § 134 BGB im öffentlichen Interesse, hier dem des Wettbewerbs um das Wegerecht zwecks Verbesserung der Versorgungsbedingungen, angeordnete Nichtigkeit kann allenfalls in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden (vgl. BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 6/13, ZIP 2013, 1918 Rn. 30 mwN). Die Voraussetzungen hierfür liegen im Streitfall schon angesichts der bis zur vorliegenden Entscheidung unklaren Rechtslage nicht vor.

92 Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe die Zusicherung der Beklagten übergangen, der Klägerin die Anlagen im Fall einer Rekommunalisierung zu überlassen. Diese Zusicherung betraf die Abwicklung nach Ablauf des von der Beklagten angestrebten neuen Vertrags. Sie lässt sich im Übrigen nicht dahin verstehen, dass die Beklagte eine sachlich nicht begründete Kommunalisierung akzeptieren würde. Im Übrigen genügt der Hinweis der Revision auf Dispositionen der Klägerin nicht, um einen ihr unzumutbaren Nachteil infolge der Einwendung der Beklagten aus § 20 Abs. 1 GWB aF darzulegen. Verhandlungen über die Übernahme des Netzes mit der Beklagten, im Zusammenhang damit erstellte Dokumentationen und Auskunftsanfragen reichen dafür nicht aus.

93 III. Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht vertragliche Übereignungsansprüche verneint hat.

94 1. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob sich aus der vertraglichen Endschaftsbestimmung, wonach die Gemeinde gegebenenfalls verpflichtet ist, die ausschließlich der Stromverteilung im Gemeindegebiet dienenden Anlagen zum Sachzeitwert zu übernehmen, trotz des Wortlauts ein Recht der Klägerin ergibt. Es hat angenommen, die Klägerin sei jedenfalls aus kartellrechtlichen Gründen an der Geltendmachung des etwaigen vertraglichen Anspruchs gehindert.

95

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Zwar kann nach der Rechtsprechung des Senats ein unter Geltung von § 103a GWB aF vereinbarter vertraglicher Anspruch nicht mit der Begründung verneint werden, dass jedenfalls kein gesetzlicher Anspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG besteht (vgl. Urteil vom 29. September 2009 - EnZR 14/08, WuW/E DE-R 2921 Rn. 13 ff. - Endschafftsbestimmung II). Der Durchsetzung des Anspruchs aus einer Endschafftsbestimmung steht aber der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen, wenn eine Auswahlentscheidung der Gemeinde zu Lasten des bisherigen Netzbetreibers gegen das Gebot diskriminierungsfreien Zugangs nach § 46 Abs. 1 EnWG und damit gegen § 20 Abs. 1 GWB aF verstößt. Das zum Vollzug des Betreiberwechsels gestellte vertragliche Übereignungsverlangen beruht dann auf dem Rechtsverstoß und vertieft ihn (ebenso Höch/Stracke, RdE 2013, 159, 165).

96

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Meier-Beck

Strohn

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 03.02.2012 - 14 O Kart. 83/10 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 22.11.2012 - 16 U (Kart) 22/12 -