



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

EnZR 99/18

Verkündet am:  
28. Januar 2020  
Zöller  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Gasnetz Leipzig

ZPO § 256 Abs. 2

Verfolgt der Kläger mit der Hauptklage mehrere selbständige Ansprüche aus dem streitigen Rechtsverhältnis, die in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus ihm ergeben können, ist eine Zwischenfeststellungswiderklage des Beklagten unzulässig, wenn im Fall der Begründetheit der Zwischenfeststellungswiderklage zugleich die mit der Hauptklage verfolgten selbständigen Ansprüche in vollem Umfang entscheidungsreif wären.

EnWG § 46 Abs. 2; GWB § 19 Abs. 2; SächsGemO § 19

- a) Im Verfahren über die Vergabe eines Wegenutzungsrechts besteht ein Mitwirkungsverbot für solche Personen, die bei einem Bewerber gegen Entgelt beschäftigt sind oder bei ihm als Mitglied eines Organs tätig sind.
- b) Wirkt ein Gemeinderat, der als Vertreter der Gemeinde oder in deren Auftrag Mitglied des Aufsichtsrats eines Bewerbers ist, bei der abschließenden Abstimmung im Gemeinderat über die Vergabe von Wegenutzungsrechten mit, führt dies nur dann zu einer unbilligen Behinderung eines unterlegenen Bewerbers, wenn zumindest die konkrete Möglichkeit feststeht, dass dies den Beschluss über die Vergabe beeinflusst hat.
- c) Ist ein vom Mitwirkungsverbot betroffener Gemeinderat in dem der abschließenden Beschlussfassung vorgelagerten Verfahren tätig geworden, hat die Gemeinde darzulegen und zu beweisen, dass tatsächlich kein Interessenkonflikt bestand oder sich die konkrete Tätigkeit nicht auf die Entscheidung ausgewirkt hat.

BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - EnZR 99/18 - OLG Naumburg

LG Magdeburg

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Bacher, Dr. Schoppmeyer, Dr. Tolkmitt und die Richterin Dr. Picker

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg - 2. Kartellsenat - vom 21. September 2018 aufgehoben. Die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Magdeburg vom 10. Mai 2017 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Zwischenfeststellungswiderklage als unzulässig abgewiesen wird.

Die Beklagte trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist Eigentümerin der Gasverteilungsanlagen in 22 eingemeindeten früheren Umlandgemeinden der Stadt L. (fortan: Stadt). Die Gaskonzessionsverträge liefen in den Jahren 2011 bis 2013 aus. Die Stadt machte dies im Juni 2014 im Bundesanzeiger bekannt und führte ein Auswahlverfahren durch, an dem sich nur die Klägerin und die Beklagte beteiligten. Alleinige Gesellschafterin der Klägerin ist die L. Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH, deren alleinige Gesellschafterin im April 2015 die Stadt war. Die Stadt entsandte im Januar 2015 zehn Stadträte als Mitglieder in den Aufsichtsrat der Klägerin.
- 2 Am 15. April 2015 beschloss der Stadtrat der Stadt, den neuen Gaskonzessionsvertrag mit der Klägerin abzuschließen. Die Stadt teilte der Beklagten mit Schreiben vom 29. April 2015 mit, dass sie beabsichtige, den neuen Gaskonzessionsvertrag mit der Klägerin zu schließen.
- 3 Die Beklagte leitete am 12. Mai 2015 vor dem Landgericht L. ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Stadt ein, um der Stadt den Abschluss eines Gaskonzessionsvertrags mit der Klägerin untersagen zu lassen. Das Landgericht wies den Antrag mit Urteil vom 17. Juni 2015 zurück. Die Stadt schloss mit der Klägerin nach Verkündung des Urteils an demselben Tag einen Gaskonzessionsvertrag mit Beginn zum 1. Januar 2016 ab.
- 4 Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Übereignung der Gasverteilungsanlagen der allgemeinen Versorgung in den eingemeindeten Umlandgemeinden, näher bezeichnete Auskünfte sowie die Feststellung, dass die Parteien zum Ausgleich eines Differenzbetrags verpflichtet seien und die Beklagte der Klägerin den Schaden zu ersetzen habe, der durch eine verzögerte Übereignung der Gasverteilungsanlagen entstehe. Die Beklagte hat sich unter anderem

damit verteidigt, dass der Gaskonzessionsvertrag nichtig sei. Mit ihrer Zwischenfeststellungswiderklage begehrt sie die Feststellung, dass der zwischen der Klägerin und der Stadt abgeschlossene Gaskonzessionsvertrag nichtig sei.

- 5            Das Landgericht hat die Zwischenfeststellungsklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht festgestellt, dass der zwischen der Stadt und der Klägerin am 17. Juni 2015 abgeschlossene Gaskonzessionsvertrag nichtig ist. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg und führt zur Abweisung der Zwischenfeststellungswiderklage als unzulässig.

7 I. Das Berufungsgericht hat gemeint, die Zwischenfeststellungswiderklage sei zulässig. Insbesondere reiche die begehrte Feststellung über den der Rechtskraft fähigen Gegenstand des Rechtsstreits hinaus, weil bei einer Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses die Möglichkeit von Teilurteilen bestehe.

8 Die Zwischenfeststellungswiderklage sei auch begründet. Der Gaskonzessionsvertrag zwischen der Stadt L. und der Klägerin sei nichtig, weil die Konzessionsvergabe den Anforderungen aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG nicht genüge und daher eine unbillige Behinderung der Bewerber vorliege, deren Chancen auf die Konzession beeinträchtigt worden seien. Das Konzessionsvergabeverfahren unterliege insbesondere dem Gebot der Transparenz bei der Gestaltung des Verfahrens und dem Diskriminierungsverbot bei der Auswahlentscheidung selbst. Dabei habe die Gemeinde das aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot abzuleitende Gebot der Neutralität zu beachten. Danach dürfe niemand in eigener Sache entscheiden, so dass für die vergebende Gemeinde niemand tätig werden dürfe, dessen Interessen zugleich mit denjenigen eines Bewerbers verknüpft seien.

9 Das Verfahren zur Konzessionsvergabe durch die Stadt L. verstoße gegen das Gebot der Neutralität und damit gegen das Diskriminierungsverbot. Am Ratsbeschluss über die Erteilung des Zuschlags hätten auch Stadträte mitgewirkt, in deren Person keine ausreichende personelle und organisatorische Trennung zwischen Vergabestelle und Bewerber - der Klägerin - bestanden habe. Allerdings liege kein Verstoß gegen landesrechtliche Mitwirkungsverbote vor. Jedoch ergäben sich aus dem Gebot der Neutralität und der Pflicht zur

Trennung von Vergabestelle und Bewerber aus dem Bundesrecht Mitwirkungsverbote, die selbständig neben die Regelungen des § 20 SächsGemO träten.

- 10            Soweit § 20 Abs. 1 Nr. 7 SächsGemO eine Ausnahme bei Tätigkeiten eines Gemeinderatsmitgliedes in einem Organ der Gesellschaft auf Vorschlag der Gemeinde vorsehe, liege ein Interessengleichlauf und kein Interessengegensatz zwischen den Interessen der Gemeinde und der Gesellschaft vor. Die sich aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG ergebenden Gebote und Verbote gewährleisteten hingegen einen diskriminierungsfreien Wettbewerb und sollten verhindern, dass gleichlaufende Interessen zwischen der Gemeinde und einem Bewerber, der rechtlich mit der Gemeinde identisch sei, andere Bewerber diskriminierten. Dabei sei unerheblich, ob es sich um einen Eigenbetrieb der Gemeinde oder ein in einer anderen Rechtsform betriebenes Unternehmen handele, an dem die Gemeinde die Mehrheit der Anteile halte. Das Neutralitätsgebot gelte insbesondere für die Mitglieder kommunaler Organe, die über die Vergabe des Gaskonzessionsvertrags zu entscheiden hätten. Der vom Stadtrat am 15. April 2015 gefasste Beschluss stelle die rechtliche Grundlage für die maßgebliche Auswahlentscheidung der Stadt L. dar. Daher dürfe auch in dieser entscheidenden Phase des Auswahlverfahrens niemand für die Gemeinde tätig werden, dessen Interessen zugleich mit denjenigen eines Bewerbers verknüpft seien. Deshalb dürften Stadträte, die dem Vorstand oder Aufsichtsrat eines der Bewerber angehörten, nicht an der Entscheidung über die Zuschlagsentscheidung mitwirken. Nichts anderes gelte, wenn die vergebende Gemeinde mehrheitlich an dem Bewerber beteiligt sei. Über den Ratsbeschluss vom 15. April 2015 hätten mehrere Stadträte abgestimmt, die zugleich dem Aufsichtsrat der Klägerin angehört hätten.

- 11            Die Beklagte könne sich auf die Unwirksamkeit des Konzessionsvertrags berufen. Es habe keine Obliegenheit bestanden, die Mitwirkung der Stadträte zu rügen. § 20 Abs. 5 SächsGemO gelte nicht für den Verstoß gegen das Neu-

tralitätsgebot und die Pflicht zur Trennung zwischen verfahrensleitender Stelle und Bewerber. Dieses kartellrechtliche Verbot bestehe selbständig neben den Regelungen des § 20 SächsGemO. Im Übrigen richteten sich die Folgen eines Verstoßes eigenständig nach den Vorschriften des Zivilrechts, insbesondere nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 45 Abs. 1 EnWG.

12 Der Beklagten könne nicht entgegengehalten werden, sie habe ausreichend Gelegenheit gehabt, ihre Rechte vor Vertragsabschluss zu wahren. Es liege keine Untätigkeit der Beklagten vor, weil diese einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht habe. Zudem habe es an einer ausreichenden Gelegenheit der Beklagten gefehlt, ihre Rechte zu wahren. Hierzu sei erforderlich, dass der unterlegene Bewerber Kenntnis der Entscheidung zu seinen Lasten und zugunsten des obsiegenden Bewerbers sowie über die wesentlichen Gründe für diese Entscheidung erhalte. Dem genüge das Schreiben der Stadt L. vom 29. April 2015 nicht. Ebenso wenig könne der Beklagten entgegengehalten werden, dass sie den Verstoß gegen das Neutralitätsgebot bei der Vergabeentscheidung des Stadtrats nicht bereits im Verfügungsverfahren geltend gemacht habe. Es bestehe insoweit keine Obliegenheit, das Vergabeverfahren zu beobachten.

13 Es komme nicht darauf an, ob die Teilnahme der Stadträte, die zugleich Aufsichtsratsmitglieder der Klägerin seien, an der Beschlussfassung des Gemeinderats für die Auswahlentscheidung der Stadt L. ursächlich gewesen sei. Es müsse alles vermieden werden, was den Anschein der Parteilichkeit erwecke. Ein Beweis der Kausalität personeller Verflechtungen sei regelmäßig nicht zu führen. Es stehe auch nicht zweifelsfrei fest, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt habe, weil bereits die Mitwirkung der Stadträte einen gravierenden Verstoß gegen einen allgemeinen Grundsatz des rechtsstaatlichen Verfahrens darstelle. Im Übrigen liege ein Neutralitätsverstoß auch vor, wenn die Stadträte im Vorfeld in sonsti-



ger Weise am Auswahlverfahren mitwirkten und dessen Ergebnis beeinflussten. Die Klägerin habe vorgetragen, dass der Prozess der Meinungsbildung innerhalb des Stadtrats Gegenstand der Erörterung in den vorbereitenden Ausschüssen gewesen sei. Es komme daher nicht darauf an, ob der Stadtrat ohne die Beteiligung der neun Stadträte zur selben Entscheidung gelangt wäre.

14           II.       Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Zwischenfeststellungswiderklage ist unzulässig.

15           1.       Die Voraussetzungen des § 256 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Dies ist von Amts wegen zu prüfen (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 27/06, NZBau 2008, 175 Rn. 10 mwN).

16           Die begehrte Feststellung muss sich auf einen Gegenstand beziehen, der über den der Rechtskraft fähigen Gegenstand des Rechtsstreits hinausgeht. Die Erhebung einer Zwischenfeststellungsklage ist daher nach ständiger Rechtsprechung unzulässig, wenn die zu klärenden Rechtsbeziehungen bereits durch die Entscheidung in der Hauptsache erschöpfend geregelt werden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 1977 - VI ZR 174/74, BGHZ 69, 37, 43 mwN; vom 7. März 2013 - VII ZR 223/11, NJW 2013, 1744 Rn. 19 mwN).

17           a)       Im Streitfall macht die Beklagte nicht geltend, dass die Entscheidung in der Hauptsache die zwischen ihr und der Klägerin zu klärenden Rechtsbeziehungen nicht erschöpfend regelt. Eine Bedeutung der von ihr begehrten Feststellung über den Rechtsstreit hinaus ist nicht ersichtlich. Sie beruft sich vielmehr darauf, dass eine Zwischenfeststellungsklage auch dann zulässig sei, wenn mit der Hauptklage mehrere selbständige Ansprüche aus dem streitigen Rechtsverhältnis verfolgt werden, auch wenn diese in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus ihm ergeben können.

18            b) Die Voraussetzungen für diese Ausnahmekonstellation liegen nicht vor. Allerdings hat die Rechtsprechung eine positive Zwischenfeststellungsklage des Klägers als zulässig angesehen, wenn mit der Hauptklage mehrere selbständige Ansprüche aus dem streitigen Rechtsverhältnis verfolgt werden, auch wenn sie in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus diesem ergeben können (vgl. RGZ 144, 54, 59; 170, 328, 330). Dies gilt etwa für die Zwischenfeststellungsklage des Klägers bei einer Stufenklage (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 1998 - V ZR 180/97, ZIP 1999, 447, 448 unter II. 1). Diesen Rechtsgrundsatz hat der Bundesgerichtshof auf den Fall übertragen, dass die Parteien mit Klage und Widerklage mehrere selbständige Ansprüche verfolgen, für die das streitige Rechtsverhältnis vorgreiflich ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 1967 - V ZR 83/66, WM 1967, 1245, 1246; vom 7. März 2013 - VII ZR 223/11, NJW 2013, 1744 Rn. 19). Dies beruht darauf, dass in diesen Fällen Teilurteile ergehen können und deshalb die Entscheidungen über das zugrundeliegende Rechtsverhältnis für nachfolgende Teilurteile und das Schlussurteil von Bedeutung sein können (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2006 - VII ZR 247/05, BGHZ 169, 153 Rn. 16).

19            Diese ausnahmsweise die Möglichkeit einer Zwischenfeststellungsklage erweiternden Überlegungen können auf die hier zu beurteilende Sachlage nicht übertragen werden. Maßgeblich ist, ob die besondere Feststellung des Rechtsverhältnisses gerade für den Feststellungskläger eine Bedeutung hat (vgl. RGZ 144, 54, 59). Erforderlich ist, dass ein Erfolg des Zwischenfeststellungsantrags die Möglichkeit für Teilurteile eröffnet. Daran fehlt es, wenn im Fall der Begründetheit der Zwischenfeststellungsklage zugleich die Hauptsacheklage ohne Weiteres in vollem Umfang entscheidungsreif ist; hier hat ein Ausspruch über den Zwischenfeststellungsantrag keine weitergehende rechtliche Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2006 - VII ZR 247/05, BGHZ 169, 153 Rn. 17 zur Zwischenfeststellungsklage über das Nichtbestehen einer zur

Aufrechnung gestellten Forderung). So liegt der Fall der Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten. Im Fall der Begründetheit der Zwischenfeststellungswiderklage stünde fest, dass der zwischen der Stadt L. und der Klägerin geschlossene Vertrag über Wegenutzungsrechte nichtig ist. In diesem Fall wäre die Hauptsacheklage ohne Weiteres in vollem Umfang abzuweisen. Ein Teilurteil scheidet aus, wenn sämtliche in der Klage geltend gemachten Ansprüche zur Endentscheidung reif sind (vgl. § 301 Abs. 1 ZPO). Ein Ausspruch über den Zwischenfeststellungsantrag der Beklagten könnte keine weitergehende rechtliche Bedeutung haben.

20           2.       Es kommt nicht darauf an, ob die besonderen Prozessvoraussetzungen für eine Zwischenfeststellungsklage der Klägerin gegeben wären. Ein Zwischenfeststellungsausspruch kann nur auf einen entsprechenden Klageantrag hin ergehen (§ 308 Abs. 1 ZPO, vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 174/03, NZBau 2005, 163). Die Klägerin hat keine Zwischenfeststellungsklage erhoben. Daher führt ein Interesse der Klägerin an einer Zwischenfeststellung nicht zur Zulässigkeit der von der Beklagten erhobenen Zwischenfeststellungswiderklage.

21           III.       Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass allein die Mitwirkung der Stadträte, die im Auftrag der Stadt L. oder als deren Vertreter Mitglied des Aufsichtsrats der Klägerin sind, am Beschluss des Stadtrats vom 15. April 2015 nicht zur Nichtigkeit des zwischen der Stadt L. und der Klägerin abgeschlossenen Vertrags über Wegenutzungsrechte führt. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann nicht festgestellt werden, dass die Stadt L. bei der Vergabe der Wegenutzungsrechte nach § 46 Abs. 2 EnWG Bewerber entgegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB unbillig behindert hat.

- 22           1.     Ob die Mitwirkung eines einzelnen Gemeinderats bei der Beschlussfassung des Gemeinderats über die Vergabe eines Wegenutzungsvertrags erlaubt ist, richtet sich in erster Linie nach dem einschlägigen Kommunalrecht. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, eine Mitwirkung der Aufsichtsratsmitglieder der Klägerin am Ratsbeschluss vom 15. April 2015 verstoße nicht gegen landesrechtliche Bestimmungen, insbesondere nicht gegen § 20 Abs. 1 Nr. 7 SächsGemO, greift die Revision als ihr günstig nicht an. Die Beklagte erhebt keine Gegenrügen. Rechtsfehler sind nicht ersichtlich.
- 23           2.     Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass das Bundesrecht Vorgaben für das Verfahren zur Vergabe eines Wegenutzungsrechts enthält. Ein zur Nichtigkeit des Wegenutzungsvertrags führender Verstoß gegen Bundesrecht lässt sich mit der Begründung des Berufungsgerichts jedoch nicht feststellen.
- 24           a)     Das für die Entscheidung der Stadt L.           im April 2015 maßgebliche Bundesrecht enthält keine ausdrückliche Bestimmung, nach der die bloße Mitwirkung von Gemeinderäten, die im Auftrag der Gemeinde oder als deren Vertreter dem Aufsichtsrat einer am Vergabeverfahren beteiligten Gesellschaft angehören, an der Beschlussfassung des Gemeinderats über die Vergabe des Wegenutzungsrechts nach § 46 Abs. 2 EnWG ohne weiteres zu einer unbilligen Behinderung eines Bewerbers führt.
- 25           aa)    § 5 KonzVgV ist nicht einschlägig, weil diese Bestimmung erst am 18. April 2016 in Kraft getreten ist (Art. 7 Abs. 1 VergRModVO, BGBl. I, 2016 S. 624, 683). Sie gilt daher nicht für das im Streitfall im Jahr 2015 beendete Verfahren über die Vergabe des Wegenutzungsrechts. Damit kann dahinstehen, ob § 105 GWB in der ab 16. April 2016 geltenden Fassung auf die Vergabe eines Wegenutzungsrechts nach § 46 Abs. 2 EnWG anwendbar ist.

- 26 § 16 VgV in der bis zum 17. April 2016 gültigen Fassung erstreckt sich nicht auf die Entscheidung über Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG (arg. §§ 1, 2 VGV aF). Die Entscheidung über Wegenutzungsverträge gemäß § 46 Abs. 2 EnWG unterliegt nicht dem in §§ 97 ff. GWB in der bis 17. April 2016 geltenden Fassung geregelten Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 112 - Stromnetz Berkenthin; MünchKomm.EuWettbR/Gabriel, 1. Aufl., GWB, § 98 Rn. 51 ff., Anlage zu § 98 Nr. 4 Rn. 56). Unabhängig davon zielt § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV aF gerade darauf, eine Mitwirkung des Bürgermeisters oder von Gemeinderäten, die zugleich Aufsichtsratsmitglied einer sich an der Ausschreibung beteiligenden Gesellschaft sind, an der Entscheidung über die Vergabe nicht von vornherein auszuschließen, sondern dies von einem konkreten Interessenkonflikt im Einzelfall sowie der Kausalität für die Entscheidung abhängig zu machen (vgl. BR-Drucks. 455/1/00 S. 5 f.).
- 27 § 20 VwVfG ist nicht einschlägig. Dabei kann dahinstehen, ob dies bereits daraus folgt, dass es sich beim Abschluss von Wegenutzungsverträgen um privatrechtliche Verträge handelt (vgl. BGH, Urteil vom 2. April 1998 - III ZR 91/95, BGHZ 138, 266, 274 mwN). Jedenfalls wird § 20 VwVfG für die Beschlussfassung des Gemeinderats in Angelegenheiten der kommunalen Selbstverwaltung für Ehrenamtliche durch die Bestimmungen der Kommunalgesetze verdrängt (vgl. § 1 Satz 1 SächsVwVfG); insoweit handelt es sich um eigenständige und den allgemeinen Regelungen in den Verwaltungsverfahrensgesetzen vorgehende Bestimmungen über Mitwirkungsverbote in Angelegenheiten der kommunalen Selbstverwaltung (vgl. Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., § 20 Rn. 15; Pautsch in: Pautsch/Hoffmann, VwVfG, 2016, § 20 Rn. 10).
- 28 bb) Für eine analoge Anwendung von § 16 VgV aF ist kein Raum. Die Vorschrift ist auf das in §§ 97 ff. GWB in der bis 17. April 2016 geltenden Fas-

sung geregelte Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zugeschnitten, das nicht für die Entscheidung über Verträge für ein Wegenutzungsrecht gemäß § 46 Abs. 2 EnWG gilt.

29           b)     Ein Mitwirkungsverbot am Verfahren zur Vergabe eines Wegenutzungsrechts nach § 46 Abs. 2 EnWG für solche Personen, die bei einem Bewerber gegen Entgelt beschäftigt sind oder bei ihm als Mitglied eines Organs tätig sind, folgt jedoch aus den vom Bundesgerichtshof für dieses Verfahren entwickelten Grundsätzen. Es erstreckt sich auf Gemeinderäte, die zugleich Mitglied des Aufsichtsrats eines der Bewerber sind. Dies setzt die konkrete Möglichkeit voraus, dass die Mitwirkung solcher Gemeinderäte die Entscheidung beeinflusst hat. Dass die vom Berufungsgericht angenommene Mitwirkung der neun Gemeinderäte an der Beschlussfassung des Stadtrats vom 15. April 2015 Einfluss auf die Entscheidung gehabt hat, ist nicht festgestellt, so dass nicht angenommen werden kann, dass die Stadt L.        durch die Art der Beschlussfassung des Gemeinderats das Diskriminierungsverbot oder das Neutralitätsgebot verletzt hat.

30           aa)    Ein Wegenutzungsvertrag zwischen einer Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen ist nach § 134 BGB nichtig, wenn die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen nicht genügt und damit eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vorliegt, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 54 ff. und 101 ff. - Stromnetz Berkenthin - und KZR 65/12, RdE 2014, 191 Rn. 50 ff. - Stromnetz Heiligenhafen; Beschluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13, RdE 2015, 29 Rn. 53 - Stromnetz Homberg; Urteil vom 18. November 2014 - EnZR 33/13, RdE 2015, 130 Rn. 20 - Stromnetz Schierke). Hiervon geht das Berufungsgericht zutreffend aus.

31 Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Gemeinden haben bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG das Diskriminierungsverbot der § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten (BGHZ 199, 289 Rn. 17 ff. - Stromnetz Berkenthin). Die kartellrechtlichen und die energiewirtschaftsrechtlichen Anforderungen stimmen insofern überein (BGHZ 199, 289 Rn. 26 - Stromnetz Berkenthin). Die Auswahlentscheidung soll im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgen, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht.

32 Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung. 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 (BGHZ 199, 289 Rn. 16 - Stromnetz Berkenthin). Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (BGHZ 199, 289 Rn. 34 mwN - Stromnetz Berkenthin). 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 (BGHZ 199, 289 Rn. 36 - Stromnetz Berkenthin).

33 Aus dem Diskriminierungsverbot folgt das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber. Dies soll sicherstellen, dass die Gemeinde - insbesondere in den Fällen, in denen durch eine gleichzeitige Stellung als Vergabestelle und Bieter ein Interessenkonflikt besteht - gegenüber allen Bewerbern um das Wegenutzungsrecht die gebotene Neutralität wahrt, und zudem die gebotene diskriminierungsfreie Vergabeentscheidung gewährleisten (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2016 - KZB 46/15, WuW 2017, 200 Rn. 39 f. - Landesbetrieb Berlin Energie).

34 bb) Aus diesen Grundsätzen ergibt sich ein Mitwirkungsverbot für solche Personen, die bei einem Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied eines Organs tätig sind. Die Gemeinde hat diese Vorgaben zusätzlich zu den kommunalrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Dass es zumindest möglich ist, dass der unterlegene Bewerber durch den Abschluss des Konzessionsvertrags aufgrund eines Verstoßes gegen das Mitwirkungsverbot unbillig behindert oder diskriminiert wird, hat derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags beruft.

35 (1) Die nähere Ausgestaltung dieses Mitwirkungsverbots ist Sache des Gesetzgebers. In Ermangelung ausdrücklicher bundesgesetzlicher Vorschriften ist in Anlehnung an die Bestimmung des § 16 VgV aF anzunehmen, dass aufgrund des Gebots der organisatorischen und personellen Trennung zwischen Vergabestelle und Bieter grundsätzlich ein Mitwirkungsverbot für solche Personen besteht, die bei einem Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied eines Organs tätig sind. Hierzu zählt auch die Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrats eines Bewerbers.



- 36           (2)    Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt allerdings nicht jeder Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot im Verfahren über die Vergabe eines Wegenutzungsrechts automatisch zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Wegenutzungsvertrags. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zu prüfen, ob die Verletzung von Regeln im Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert. Dies gilt insbesondere, soweit ein Einfluss des Fehlers auf die Entscheidung fernliegend erscheint.
- 37           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 (BGHZ 199, 289 Rn. 55 mwN - Stromnetz Berkenthin). Hierzu hat der unterlegene Bewerber darzulegen, dass nach den gesamten Umständen des Falles zumindest möglich ist, dass die Konzessionsvergabe auf einer fehlerhaften Ausschreibung oder einer fehlerhaften Angebotsbewertung beruht (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - EnZR 116/18, zur Veröffentlichung bestimmt - Stromnetz Steinbach). Daher ist eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 99 - Stromnetz Berkenthin).
- 38           (3)    Nach diesen Grundsätzen führt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ein sich auf die abschließende Beschlussfassung des Gemeinderats beschränkender Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot für Gemeinderäte, die zugleich im Interesse der Gemeinde oder in deren Auftrag Mitglied des Aufsichtsrats eines Bewerbers sind, nicht stets und ohne weiteres zur Nichtig-

keit des Wegenutzungsvertrags. Maßgeblich ist, ob dieser Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot die konkrete Möglichkeit eröffnet, dass dies die Entscheidung über die Vergabe des Wegenutzungsrechts beeinflusst hat. Die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die eine Beeinflussung durch eine Mitwirkung solcher Gemeinderäte bei der abschließenden Beschlussfassung als möglich erscheinen lassen, liegt beim Bewerber, der sich auf die Nichtigkeit des Wegenutzungsvertrags beruft.

39 (a) Angesichts der Bedeutung eines Wegenutzungsvertrags gemäß § 46 Abs. 2 EnWG für die kommunale Selbstverwaltung fällt die Entscheidung über die Vergabe eines Wegenutzungsrechts nach den landesrechtlichen Bestimmungen in die Entscheidungszuständigkeit des Gemeinderats (im Streitfall § 28 SächsGemO). Ohne eine Beschlussfassung des Gemeinderats kann ein Vertrag über ein Wegenutzungsrecht grundsätzlich nicht abgeschlossen werden, sofern es sich nicht ausnahmsweise um ein Geschäft der laufenden Verwaltung (vgl. § 53 Abs. 2 Satz 1 SächsGemO) oder eine durch Beschluss des Gemeinderats dem Bürgermeister zulässigerweise übertragene Aufgabe (vgl. § 28 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Satz 1 SächsGemO) handelt. Damit stellt der Beschluss des Gemeinderats grundsätzlich die notwendige, abschließende Entscheidung bei der Vergabe eines Wegenutzungsrechts nach § 46 Abs. 2 EnWG dar.

40 Wirkt ein Gemeinderat, der im Interesse der Gemeinde ein Aufsichtsmandat bei einem Bewerber ausübt, allein bei der Beschlussfassung des Gemeinderats mit, widerspräche eine automatisch daran geknüpfte Nichtigkeit des Wegenutzungsvertrags der durch das kommunale Selbstverwaltungsrecht geschützten und ausdrücklich vom Gesetzgeber gebilligten Möglichkeit, das Wegenutzungsrecht an einen Eigenbetrieb der Gemeinde zu vergeben (arg. § 46 Abs. 4 EnWG in der bis zum 2. Februar 2017 geltenden Fassung, jetzt § 46 Abs. 6 EnWG nF). Entsprechendes gilt für Eigengesellschaften der

Gemeinde. Gemeinden 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 (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 33 - Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2014, 191 Rn. 42 - Stromnetz Heiligenhafen; WuW 2017, 200 Rn. 34 ff. - Landesbetrieb Berlin Energie).

41 Durch die gleichzeitige Stellung als Vergabestelle und Bieter besteht bei der Gemeinde allerdings ein Interessenkonflikt (BGH, WuW 2017, 200 Rn. 39 - Landesbetrieb Berlin Energie). Gleiches gilt, wenn die Gemeinde sich mit einer Gesellschaft, deren mittelbare oder unmittelbare Alleingesellschafterin sie ist, an der Vergabe eines Wegenutzungsrechts beteiligt. Die Gemeinde darf auf diese Weise ihr eigenes Interesse an der Übernahme des Netzbetriebs verfolgen (vgl. BGH, WuW 2017, 200 Rn. 39 - Landesbetrieb Berlin Energie). Aus dem Eigeninteresse der Gemeinde, den Wegenutzungsvertrag mit dem Eigenbetrieb oder der Eigengesellschaft abzuschließen, folgt deshalb nicht ohne weiteres eine zur Nichtigkeit führende unbillige Behinderung eines anderen Bewerbers, wenn Gemeinderäte mit Doppelmandat bei der abschließenden Beschlussfassung des Gemeinderats mitwirken (vgl. OLG Stuttgart, NZBau 2017, 435, 439 f.; Schweizer/Wolkenhauer, DÖV 2013, 745, 749; Hellermann, EnWZ 2016, 7, 11 f.; Boos, EWeRK 2016, 332 ff.; Meyer-Hetling/Schneider, EnWZ 2017, 387, 389 f.; Wolkenhauer, IR 2018, 300, 301; aA Sauer, E-WeRK 2017, 56, 58 f.; Sauer/Todorovic, EWeRK 2018, 227, 238 ff.). Führt allein dieses Eigeninteresse dazu, dass die Gemeinde das Neutralitätsgebot verletzt, trafe dies nicht nur auf Gemeinderäte zu, die zugleich Mitglied des Aufsichtsrats eines der Bewerber sind, sondern auf den gesamten Gemeinderat. Damit scheidet eine Beschlussfassung des Gemeinderats stets aus, sobald sich die Gemeinde mit einem eigenen Unternehmen oder einem Eigenbetrieb am Wettbewerb beteiligt. Dies

widersprüche der gesetzlichen Konzeption des § 46 EnWG. Es verletzte zudem das Recht auf kommunale Selbstverwaltung.

42 (b) Der Interessenkonflikt einer Gemeinde, die sich mit einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft an der Vergabe des Wegenutzungsrechts beteiligt, schlägt sich nicht in erster Linie in der Stellung eines Gemeinderats als Mitglied des Aufsichtsrats der Eigengesellschaft nieder. Vielmehr handelt es sich vor allem um einen Konflikt zwischen den Interessen der Gemeinde, die alle Gemeinderäte zu wahren haben, und den Interessen eines Mitbewerbers. Die Interessenkollision liegt darin, dass die Gemeinde gleichzeitig die Stellung als Vergabestelle und Bieter innehat. Diesem Interessenkonflikt ist durch die Ausgestaltung des Bewerbungsverfahrens zu begegnen; dabei ist zu berücksichtigen, dass die Mitwirkung eines Gemeinderats bei der Beschlussfassung des Gemeinderats für sich genommen nicht allein deshalb zu einer Vertiefung des Interessenkonflikts beiträgt, weil dieser Gemeinderat zugleich als Vertreter der Gemeinde oder in deren Auftrag Mitglied des Aufsichtsrats der Eigengesellschaft ist.

43 Beteiligt sich die Gemeinde mit einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft am Wettbewerb um das Wegenutzungsrecht, folgt aus dem Diskriminierungsverbot und der Verpflichtung zur Neutralität gegenüber allen Bewerbern um die Konzession das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung der Vergabestelle von dem als Bieter auftretenden Eigenbetrieb oder Eigengesellschaft (vgl. BGH, WuW 2017, 200 Rn. 40 - Landesbetrieb Berlin Energie). Eine solche Trennung kann erfolgen, indem die Gemeinde die Vergabestelle einer personell und organisatorisch vollständig vom Eigenbetrieb oder der Eigengesellschaft getrennten Einheit der Gemeindeverwaltung zuweist (vgl. BGH, aaO Rn. 40 - Landesbetrieb Berlin Energie). Soweit die Doppelfunktion

eines Gemeinderats die Gefahr begründet, dass die Eigengesellschaft der Gemeinde einen Informationsvorsprung erhält oder ihre Interessen in einer besonderen Weise in die Entscheidungsfindung der Gemeinde einfließen lassen kann, ist dem bei den verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen Rechnung zu tragen. Diese müssen so ausgestaltet sein, dass der Interessenkonflikt der Gemeinde weder zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots noch des Neutralitätsgebots führt.

44           (c)     Wesentlicher Gesichtspunkt für ein Mitwirkungsverbot ist die Möglichkeit, auf das Verfahren und die Entscheidung Einfluss zu nehmen. Vor diesem Hintergrund ist bei einer Mitwirkung eines Gemeinderats, der zugleich im Interesse der Gemeinde Mitglied des Aufsichtsrats eines Bewerbers ist, zu unterscheiden.

45           Hat die Gemeinde die dargelegten Anforderungen an eine Trennung von Vergabestelle und der als Bieter auftretenden Eigengesellschaft eingehalten, folgt allein aus der Teilnahme eines vom Mitwirkungsverbot betroffenen Gemeinderats an dem abschließenden Beschluss des Gemeinderats keine unbillige Behinderung eines unterlegenen Bewerbers, wenn - wie regelmäßig - die Entscheidung über die Vergabe des Wegenutzungsrechts selbst einen Beschluss des Gemeinderats erfordert. In diesem Fall kann eine unbillige Behinderung anderer Bewerber nur angenommen werden, wenn zumindest die konkrete Möglichkeit feststeht, dass dies den Beschluss über die Vergabe beeinflusst hat. Diese Möglichkeit hat der Bewerber darzulegen und zu beweisen, der sich auf die unbillige Behinderung beruft.

46           Anders sieht dies aus, wenn ein vom Mitwirkungsverbot betroffener Gemeinderat in dem der abschließenden Beschlussfassung vorgelagerten Verfahren, insbesondere bei der Bestimmung und Ausgestaltung der Vergabekriterien, tätig geworden ist. Hierzu kann genügen, dass die von der Gemeinde vorge-

nommene Ausgestaltung der verfahrensbezogenen oder materiellen Anforderungen an die Auswahlentscheidung eine Einflussnahme eines Gemeinderats im Vorfeld der abschließenden Entscheidung des Gemeinderats eröffnet hat. Ebenso können hierzu konkrete Handlungen des einzelnen Gemeinderats im Vorfeld der Beschlussfassung zählen, die eine Einflussnahme möglich erscheinen lassen. Liegt der Fall so, scheidet eine unbillige Benachteiligung eines anderen Bewerbers nur aus, wenn für diesen Gemeinderat tatsächlich kein Interessenkonflikt besteht oder sich die konkrete Tätigkeit nicht auf die Entscheidung über die Vergabe des Wegenutzungsrechts ausgewirkt hat. Dabei hat grundsätzlich der Bewerber, der eine unbillige Benachteiligung geltend macht, darzulegen und zu beweisen, dass sich ein von einem Mitwirkungsverbot betroffener Gemeinderat an dem Verfahren zur Vergabe des Wegenutzungsrechts in einer über die abschließende Beschlussfassung hinausgehenden Weise beteiligt hat, wobei gegebenenfalls eine sekundäre Darlegungslast der Gemeinde in Betracht zu ziehen ist. Dass tatsächlich kein Interessenkonflikt bestand oder sich die konkrete Tätigkeit nicht auf die Entscheidung ausgewirkt hat - etwa weil der Gemeinderat, der im Interesse der Gemeinde als Mitglied des Aufsichtsrats tätig ist, diese Tätigkeit ruhen ließ -, hat hingegen angesichts der vielfältigen Möglichkeiten zu einer Einflussnahme im laufenden Verfahren die Gemeinde darzulegen und zu beweisen.

47           (4) Im Streitfall ist nicht ersichtlich, dass die vom Berufungsgericht festgestellte Mitwirkung der neun Stadträte an der Beschlussfassung des Stadtrats am 15. April 2015 Einfluss auf das Ergebnis gehabt haben könnte. Andere Umstände, die einen Einfluss der vom Mitwirkungsverbot betroffenen Gemeinderäte als möglich erscheinen lassen, sind nicht festgestellt.

48           Die Beschlussempfehlung des Dezernats Allgemeine Verwaltung der Stadt L. sah vor, dass die Klägerin den Zuschlag erhalten sollte. Die Beklagte hatte im Hinblick auf die Auswahlkriterien nach der Bewertung der Stadt

L. 388, die Klägerin 414 von 420 möglichen Punkten erreicht. Der Stadtrat stimmte dem Abschluss des Wegenutzungsvertrags mit der Klägerin einstimmig bei einer Enthaltung zu. Auch wenn die Zahl der abstimmenden Stadträte in der Niederschrift nicht angegeben ist, sprechen alle Umstände dafür, dass der Stadtrat eine Vergabe an die Klägerin mit ausreichender Mehrheit auch ohne Beteiligung der neun Aufsichtsräte der Klägerin beschlossen hätte.

49 Die vom Berufungsgericht in den Vordergrund gestellte abstrakte Möglichkeit eines Einflusses genügt nicht, um unter den Umständen des Streitfalls allein aus der Mitwirkung von Stadträten, welche im Auftrag der Gemeinde oder als deren Vertreter Mitglied im Aufsichtsrat der Klägerin waren, bei der Beschlussfassung des Stadtrats am 15. April 2015 eine unbillige Behinderung der Beklagten folgern zu können, welche zur Nichtigkeit des Wegenutzungsvertrags mit der Klägerin führt. Eine Verletzung des Mitwirkungsverbots in dem der Beschlussfassung vorgelagerten Verfahren ist nicht festgestellt. Soweit das Berufungsgericht

darauf abstellt, dass die Entscheidung über die Vergabe des Wegenutzungsrechts in den Ausschüssen des Stadtrats erörtert worden sei, fehlt es an Feststellungen, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats der Klägerin an solchen Ausschusssitzungen beteiligt war und in diesen Ausschusssitzungen auf die Entscheidungen Einfluss genommen haben könnte.

Meier-Beck

Bacher

Schoppmeyer

Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Picker kann infolge Urlaubsabwesenheit nicht unterschreiben.

Tolkmitt

Meier-Beck

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 10.05.2017 - 36 O 15/16 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 21.09.2018 - 7 U 33/17 (Hs) -