



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 66/12

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: _____ ja

Stromnetz Berkenthin

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

- a) Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 Abs. 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren.
- b) Genügt die Konzessionsvergabe diesen Verpflichtungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind.
- c) Konzessionsverträge, mit deren Abschluss die Gemeinde andere Bewerber unbillig behindert, sind gemäß § 134 BGB grundsätzlich nichtig.
- d) Der Überlassungsanspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF setzt einen wirksamen Konzessionsvertrag mit dem neuen Netzbetreiber voraus.
- e) Der Durchsetzung des Anspruchs auf Netzüberlassung aus einer Endschaftsbestimmung steht der Einwand unzulässiger Rechtsausübung 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.

BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - 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 Klägerin ist eine hundertprozentige Tochter der Vereinigten Stadtwerke GmbH, deren Anteile wiederum zu jeweils gleichen Teilen von der Stadt Bad Oldesloe (Eigenbetrieb Stadtwerke), der Stadtwerke Mölln GmbH und der Stadtwerke Ratzeburg GmbH gehalten werden, in deren Gebieten die Klägerin bereits die Stromverteilungsnetze betreibt.
- 2 Die Beklagte ist Eigentümerin des Stromversorgungsnetzes in den 36 Gemeinden der Ämter Sandesneben-Nusse und Berkenthin (nachfolgend Netzgebiet). Die jeweilige Endschaftsbestimmung der gleichlautenden Wegenutzungsverträge zwischen der Schleswig AG, der Rechtsvorgängerin der Beklagten, und diesen Gemeinden sieht vor, dass die Gemeinde berechtigt und auf Verlangen der Schleswig verpflichtet ist, die ausschließlich der Stromverteilung im Gemeindegebiet dienenden Anlagen zum Sachzeitwert zu übernehmen.

3 Mit Blick auf das Auslaufen der Wegenutzungsverträge in den Jahren 2009 oder 2010 - nur mit der Gemeinde Groß Boden war eine Laufzeit bis zum 14. Dezember 2012 vereinbart - schrieben die Gemeinden die Neuvergabe der Wegerechte aus. In dem auch an die Beklagte übersandten "Verfahrensbrief" des Amtes Berkenthin vom 1. September 2009 wurden die Beurteilungskriterien für die Angebote und ihre Gewichtung bei der einheitlichen Auswahlentscheidung wie folgt mitgeteilt:

1.	Wegenutzungsvertrag	100
1.1	Endschafftsbestimmung	15
1.2	Kaufpreisregelung	15
1.3	Konzessionsabgabe	5
1.4	Gemeinderabatt	5
1.5	Abschlagszahlungen	5
1.6	Folgekostenübernahme	5
1.7	Vertragslaufzeit	5
1.8	Beseitigung von Verteilanlagen	5
1.9	Zusatzleistungen	5
1.10	Auskunftsansprüche	10
1.11	Rechtsnachfolge	5
1.12	Regionale Präsenz	10
1.13	Bemühung um störungsfreien Netzbetrieb	10
2.	Geschäftsmodell Netzgesellschaft	70
2.1	Höhe des kommunalen Anteils an Netzen	15
2.2	Mitgestaltungsrechte/Einflussmöglichkeiten	10
2.3	Kommunaler Vermögenszuwachs	10
2.4	Höhe des kommunalen Kapitaleinsatzes für den Netzerwerb	15
2.5	Höhe der wirtschaftlichen Risiken	10
2.6	Möglichkeiten der Geschäftsfelderweiterung	10

4 Die Klägerin, die Beklagte und mehrere andere Betreiber bewarben sich. Die Gemeinden entschieden sich einheitlich für die Klägerin. In der öffentlichen Bekanntmachung dieser Entscheidung durch die Ämter Berkenthin und Sandesneben-Nusse vom 31. März 2010 heißt es zum Angebot der Klägerin unter anderem, diese habe bei der vergleichenden Bewertung die insgesamt höchste

Punktzahl erhalten; sowohl die Gestaltung des Wegenutzungsvertrags als auch die des Geschäftsmodells der Netzgesellschaft seien als für die Gemeinden am vorteilhaftesten bewertet worden.

5 Die Gemeinden traten der Klägerin die Ansprüche aus den Endschaftsbestimmungen der bisherigen Konzessionsverträge ab. Die Parteien konnten sich anschließend nicht über den Umfang der zu übereignenden Anlagen und die zu erteilenden Auskünfte sowie den Kaufpreis einigen.

6 Die Klägerin verlangt mit der Klage Auskunft über den Bestand aller im Netzgebiet befindlichen Stromverteilungsanlagen, Strukturwerte sowie über Daten, die für die Regulierung der Netzentgelte erheblich sind. Für den Fall des zumindest teilweisen Obsiegens mit diesem Klageantrag begehrt sie ferner die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen verzögerter oder unvollständiger Erfüllung der Auskunfts- oder Netzübertragungsansprüche. Nach einer Klageerweiterung im Berufungsverfahren beantragt sie außerdem im Wege der Stufenklage, die Beklagte zu verurteilen, ihr - nach Erteilung der Auskunft über deren Bestand - Zug um Zug gegen Zahlung des noch zu ermittelnden Netzkaufpreises Eigentum und Besitz an den für den Betrieb der Stromverteilungsnetze der allgemeinen Versorgung im Netzgebiet notwendigen Verteilungsanlagen zu übertragen.

7 Die Beklagte hat dem erstmals im Prozess entgegengehalten, es fehle an wirksamen neuen Wegerechtsverträgen, weil die Konzessionsvergaben nach unzulässigen Kriterien erfolgt seien.

8 Das Landgericht (LG Kiel, RdE 2012, 263) hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben, wobei das Berufungsgericht (OLG Schleswig, ZNER 2013, 403) auch die erweiterte Klage auf Übereignung des Netzes abgewiesen hat. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

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

10 Die Gemeinden hätten die Bestimmungen des § 46 Abs. 3 EnWG nicht beachtet und damit gegen das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG verstoßen. Sie seien 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. Dem würden die von den Ämtern angelegten Bewertungskriterien nicht gerecht. Ausschreibung und Vergabe hätten sich nicht auf die Auswahl des effizientesten Betreibers gerichtet, sondern entsprechend einer vorab getroffenen politischen Entscheidung zur Rekommunalisierung darauf gezielt, die wirtschaftliche Situation der Gemeinden durch Beherrschung des Netzes zu verbessern.

11 Zugleich hätten die Gemeinden damit gegen das Behinderungsverbot des § 20 GWB aF verstoßen. Als Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift hätten sie jeweils ein Monopol auf dem relevanten Angebotsmarkt für Leitungsrechte zum Verteilnetzbetrieb im Gemeindegebiet. Eine Entscheidung über deren Vergabe, welche die energiewirtschaftlichen Kriterien missachte oder hintanstelle, sei sachwidrig und leistungsfremd, insbesondere wenn dadurch im eigenen wirtschaftlichen Interesse ein kommunal beherrschter Betreiber gleichsam in den Sattel gehoben werde.

12 Der Verstoß gegen § 46 Abs. 3 EnWG und § 20 GWB aF habe ausnahmsweise die Unwirksamkeit der gesetzwidrigen Entscheidung über den Netzbetreiber nach § 134 BGB zur Folge. Bloße Gleichbehandlungs-, Unterlas-

sungs- oder Schadensersatzansprüche Dritter seien nicht ausreichend oder nicht praktikabel. Zudem sei die Klägerin nur eingeschränkt schutzwürdig, weil sie die Ausschreibungskriterien genau gekannt habe und im Übrigen den sie beherrschenden Gemeinden, zu denen auch die hier als Konzessionsgeber beteiligten Gemeinden hinzukämen, so nahe stehe, dass dies im Ergebnis der wirtschaftlichen (Teil-)Identität eines Konzerns nicht unähnlich erscheine.

13 Die auf Kartellrecht gestützte Einwendung der Beklagten sei nicht verwirkt. Bei § 46 EnWG und § 20 GWB aF handele es sich um Vorschriften, die jederzeit zu beachten seien. Da die Normen ein Verbot erforderten, könne es auf den Zeitablauf und das Verhalten des Benachteiligten nicht ankommen.

14 An der Durchsetzung des abgetretenen, auf Übereignung gerichteten Anspruchs aus § 9 der Konzessionsverträge sei die Klägerin aus kartellrechtlichen Gründen gehindert, weil sie damit gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Es stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, die mit § 13 EnWG 1998 geschaffenen gesetzlichen Pflichten durch Berufung auf die Endschäftsbestimmungen der nach altem Recht geschlossenen Konzessionsverträge zu umgehen. Dies müsse auch die Klägerin als Zessionarin gegen sich gelten lassen.

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

16 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 (nachfolgend 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, verbraucherfreundli-

chen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren (nachfolgend zu 2). Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (nachfolgend zu 3).

17 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.

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

19 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).

20 bb) Sie haben dabei eine marktbeherrschende Stellung.

21 (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 Netzinfrastukturdienstleistungen zu behandeln, weil sie die kommunale Energieversorgung zu gewährleisten hätten. Auch wenn der Konzessionsvertrag eine Nachfrage nach Netz-

infrastrukturdiensten deckt, ändert dies nichts daran, dass die Gemeinde damit zugleich ihre Wegerechte wirtschaftlich verwertet.

22 (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.

23 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.

24 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).

25 c) Als Normadressat sind die Gemeinden gem. § 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.

26 aa) 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 BGH, Urteil vom 16. November 1999 - KZR 12/97, BGHZ 143, 128, 155 f. - Endschäftsbestimmung I; aA etwa Theobald in Danner/Theobald, Energierecht, Stand September 2013, § 46 Rn. 34; Kermel/Brucker/Baumann, aaO S. 85). Die kartellrechtlichen und die energiewirtschaftsrechtlichen Anforderungen stimmen insoweit überein.

27 (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 Direkt-

leitungsbau (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.).

28 (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.

29 (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.).

30 bb) Die Pflicht der Gemeinden zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs steht mit dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) im Einklang.

- 31 (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).
- 32 (2) Die Vorschrift des § 46 Abs. 1 EnWG greift 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 einzelne Ausprägungen wirtschaftlicher Tätigkeit (Mehde in Maunz/Dürig, aaO Art. 28 Abs. 2 Rn. 113 ff., insbesondere 116; Schink, NVwZ 2002, 129, 133).
- 33 (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 - Deut-

sche 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.

34 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.

35 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 Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (s. dazu BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 Rn. 44 ff. - Stromnetz Heiligenhafen; 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).

36 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.

37 aa) Der Betrieb eines Strom- oder Gasnetzes soll in dem betroffenen örtlichen Bereich zur Erreichung des Ziels des § 1 Abs. 1 EnWG beitragen, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas zu gewährleisten. Hinzukommt seit 4. August 2011 die zunehmende Versorgung aus erneuerbaren Energien, die jedoch im Streitfall noch keine Bedeutung hat.

38 Das Ziel des § 1 Abs. 1 EnWG verfolgt das Energiewirtschaftsgesetz zunächst, indem die Netzentgelte so reguliert werden, dass sie den Entgelten möglichst nahekommen, die sich einstellen würden, wenn sich der jeweilige Betreiber einem Wettbewerb beim Netzbetrieb stellen müsste. Auch soweit dies im Wege der Anreizregulierung geschieht, die den Netzbetreibern zur Annäherung an hypothetische Wettbewerbspreise Effizienzvorgaben macht, findet dabei jedoch stets ein relativer Maßstab Anwendung, der durch die vergleichsweise effizientesten Netzbetreiber gebildet wird. Die an die Stelle des beim Netzbetrieb nicht möglichen Wettbewerbs tretende Regulierung ergänzt das Energiewirtschaftsrecht in bestimmten zeitlichen Abständen durch einen Wettbewerb um den Netzbetrieb. Dadurch soll derjenige (neue) Netzbetreiber ermittelt werden, der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept am besten geeignet ist, beim Netzbetrieb eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität zu gewährleisten.

39 bb) Zu Unrecht meint die Revision, dass die Auswahl des Konzessionsvertragspartners bis zum Inkrafttreten von § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG am 4. August 2011 nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs frei von ge-

setzlichen 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 (BGHZ 143, 128, 146 f. - Endschaftsbestimmung 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 Endschaftsbestimmung 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.

40 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).

41 cc) Zwar hat der Gesetzgeber bei Einführung des § 13 EnWG 1998 davon abgesehen, ausdrücklich zu bestimmen, nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Entscheidung über die Auswahl des Netzbetreibers zu treffen hat, und lediglich seiner Erwartung Ausdruck verliehen, dass sie nach rationalen Kriterien erfolgt (BT-Drucks. 13/7274, S. 21). Auch ordnet erst § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG seit 4. August 2011 ausdrücklich an, dass die Gemeinde bei der

Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet ist. Schon unter Geltung von § 13 EnWG 1998 und § 46 EnWG 2005 hatte aber die Konzessionsvergabe entsprechend der Zielbestimmung des § 1 EnWG zu erfolgen (OVG Lüneburg, ZNER 2013, 541, 542; OLG Stuttgart, Beschluss vom 7. November 2013 - 201 Kart 1/13; Büdenbender, aaO S. 37 f., 63; Hellermann/Hermes in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 1 Rn. 40; Wiedemann/Scholz, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., § 34 Rn. 216) und die Auswahl des Netzbetreibers sich mithin vorrangig an diesen Zielen auszurichten (weitergehend Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 469; EKartB BW, Musterkriterienkatalog; Höch, RdE 2013, 60, 67; zurückhaltender OVG Lüneburg, ZNER 2013, 541, 542 (mindestens 50%); aA Sauer, EWeRK 2013, 28, 41; Hellermann, EnWZ 2013, 147, 151 f. zu § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG 2011).

42 Die Auslegung eines Gesetzes hat stets mit Rücksicht auf den mit ihm verfolgten Zweck zu erfolgen (zur Bedeutung des Gesetzeszwecks für die Auslegung des Energiewirtschaftsrechts vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2005 - KZR 36/04, BGHZ 164, 336, 344 f. - Stromnetznutzungsentgelt I; Urteil vom 4. März 2008 - KZR 29/06, WuW/E DE-R 2279 Rn. 30 - Stromnetznutzungsentgelt III; allgemein zur teleologischen Auslegung etwa MünchKomm.BGB/Säcker, 6. Aufl., Einleitung Rn. 142 ff.). In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof bereits zur Laufzeitregelung für Konzessionsverträge nach § 103a Abs. 1 GWB aF entschieden, dass ein Wechsel des Konzessionsnehmers zu erfolgen habe, wenn sich dadurch - entsprechend der Zielsetzung des schon damals geltenden Energiewirtschaftsrechts - die Versorgungsbedingungen verbessern ließen (BGH, Urteil vom 22. März 1994 - KZR 22/92, WuW/E BGH 2914, 2917 - Nachvertragliche Konzessionsabgabe I; vom 3. Juli 2001 - KZR 10/00, WuW/E DE-R 719, 721 - Nachvertragliche Konzessionsabgabe II). Dementsprechend hat auch der Gesetzgeber schon die Zweckbestimmung des § 1 EnWG 1998 als wichtig für die Auslegung der folgenden Bestimmungen des Gesetzes angesehen (BT-Drucks. 13/7274, S. 13) und der Einfügung des neu-

en Satzes 5 in § 46 Abs. 3 EnWG im Jahr 2011 lediglich klarstellende Bedeutung beigemessen (BT-Drucks. 17/6072, S. 88).

43 dd) Die Bindung der Auswahlentscheidung der Gemeinden an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG steht in Einklang mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 GG).

44 (1) Bei der ihnen übertragenen Aufgabe der Konzessionsvergabe stehen die Gemeinden in einem Interessenwiderspruch, den das Gesetz auflösen muss.

45 Mit der Konzessionsvergabe befriedigt die Gemeinde nicht nur - als Nachfrager - den Bedarf nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet, sondern sie verwertet gleichzeitig auch - als marktbeherrschender Anbieter - die kommunalen Wegerechte. Als Anbieter ist sie daran interessiert, für die Konzession einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Ihr Interesse als Nachfrager muss hingegen darauf gerichtet sein, vom Netzbetreiber eine bestmögliche Leistung zu einem möglichst niedrigen Preis zu erlangen. Dem trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass die Gemeinde nach § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 den Abschluss von Verträgen ablehnen kann, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 EnWG verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist. Indem ihr das Recht zugebilligt wird, den Vertragsabschluss abzulehnen, kann die Gemeinde mithin ihrem Interesse an der Erzielung eines möglichst hohen Preises für die Überlassung der Wegenutzung bis zur gesetzlichen Höchstgrenze uneingeschränkten Vorrang einräumen. Das Gesetz regelt ferner in § 3 KAV abschließend, welche weiteren Leistungen Versorgungsunternehmen und Gemeinden für Wegerechte neben oder anstelle von Konzessionsabgaben vereinbaren oder gewähren dürfen. Damit setzt das Gesetz der Berücksichtigung der finanziellen Interessen der Gemeinde als

marktbeherrschender Anbieterin ebenso klare wie enge Grenzen, die es erst ermöglichen, aber auch gebieten, die Konzessionsvergabe im Übrigen an dem Bedarf auszurichten, den die Gemeinde als Nachfrager im Interesse aller Netznutzer befriedigen muss.

46 Daraus ergibt sich zugleich, dass die weiteren, nicht auf den zulässigen Inhalt des Konzessionsvertrags bezogenen Auswahlkriterien an den energiewirtschaftsrechtlichen Zielen orientiert sein müssen, die mit dem Wettbewerb um das Netz und der Auswahl des bestgeeigneten Bieters erreicht werden sollen.

47 (2) Der Zweck des Gesetzes, einen Wettbewerb um das Netz zu erreichen, lässt weitere Auswahlkriterien, die weder konzessionsabgabenrechtlich zulässige Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung noch die Ausrichtung des Netzbetriebs auf die Ziele des § 1 EnWG betreffen, nicht zu. Sie begründeten die Gefahr, entweder in Widerspruch zu den Schranken zu treten, die das Gesetz der Berücksichtigung des finanziellen Interesses der Gemeinde als Anbieter zieht, oder Fehlanreize im Wettbewerb um das Netz zu setzen und damit den Zweck dieses Wettbewerbs zu verfehlen.

48 Dies bedeutet indes nicht, dass den Gemeinden bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien kein Spielraum verbliebe, und steht daher auch nicht im Widerspruch zu den Anforderungen, die sich aus der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung ergeben.

49 Das energiewirtschaftsrechtliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas vereint mehrere Einzelziele, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Gemeinde zugänglich sind. Damit wird auch der Planungshoheit der Gemeinde als einer wesentlichen Ausprägung der

durch die Gemeindeorgane vermittelten wirksamen Teilnahme der Gemeindebürger an den Angelegenheiten des örtlichen Gemeinwesens Rechnung getragen (vgl. BVerwGE 98, 273, 276). So lässt sich etwa den Kriterien der Preisgünstigkeit einerseits und der Umweltverträglichkeit andererseits unterschiedliches Gewicht einräumen. Zulässig sind auch Auswahlkriterien, die qualitative Eigenschaften und Unterschiede der Angebote bei Netzbetrieb und Netzverlegung bewerten, etwa den Umfang der Bereitschaft zur Erdverkabelung oder zur Verlegung von Leerrohren. Die Gemeinde kann daher durch die konkreten Kriterien, die sie der Auswahlentscheidung zugrunde legt, und deren Gewichtung ihren Auftrag zur Daseinsvorsorge erfüllen und in der ihr sachgerecht erscheinenden Weise konkretisieren. Sie kann ihn damit zum Maßstab machen, an dem sich die Angebote der am Netzbetrieb interessierten Unternehmen messen lassen müssen.

50 (3) Soweit es in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Energiewirtschaftsgesetz 1998 heißt, es werde nicht bestimmt, nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen habe (BT-Drucks. 13/7274, S. 21), bezieht sich diese Aussage auf die höherer Transparenz dienende Verpflichtung der Gemeinde, bei mehreren Bewerbungen ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe für ihre Auswahl öffentlich bekanntzumachen. Diese ursprünglich in § 13 Abs. 3 EnWG 1998 enthaltene Bestimmung wurde unverändert in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG 2005 und § 46 Abs. 3 Satz 6 EnWG 2011 übernommen. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber es den Gemeinden gestatten wollte, bei der Konzessionsvergabe mit deren Zweck nicht in Einklang stehende Ziele zu verfolgen.

51 ee) Der Streitfall nötigt zu keiner abschließenden Entscheidung darüber, inwieweit die Planungshoheit der Gemeinde und ihr Recht zur Konkretisierung der energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des Netzbetriebs es rechtfertigen können, bei der Auswahl des Netzbetreibers auch gemeindliche Einflussmöglich-

keiten auf betriebliche Entscheidungen des Netzbetreibers und deren Umfang zu berücksichtigen.

52 (1) Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Gemeinde ein Angebot besser bewertet, das es ihr erlaubt, auch nach der Konzessionsvergabe ein legitimes Interesse an der Ausgestaltung des Netzbetriebs zu verfolgen. Dazu zählen etwa Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf Effizienz, Sicherheit und Preisgünstigkeit des Netzbetriebs oder zur Absicherung ihrer Planungshoheit bei Netz- oder Kapazitätserweiterungen oder Maßnahmen zur Modernisierung des Netzes. Unbedenklich dürfte es daher sein, als Wertungskriterium beim Angebotsvergleich derartige Einflussmöglichkeiten (insbesondere Informations- und Nachverhandlungspflichten, Mitwirkungs- und Konsultationsrechte) zu berücksichtigen, wie sie auf vertragsrechtlicher Grundlage geschaffen werden können, um insbesondere auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Entwicklung der Gemeinde über die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrags und die sich hieraus ergebenden veränderten Anforderungen an den Netzbetrieb nicht zuverlässig vorhersehbar sind. Allerdings wird die Gemeinde legitime Einflussmöglichkeiten auf den Netzbetrieb, die sie für unverzichtbar hält, bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung für den Konzessionsvertrag für alle Angebote verbindlich vorgeben müssen. Ihre zusätzliche Berücksichtigung bei der Bewertung der ordnungsgemäßen Angebote ist dann nicht mehr möglich.

53 (2) Fraglich ist, ob ein Angebot deshalb besser bewertet werden darf, weil der Gemeinde zur Sicherung ihrer Einflussmöglichkeiten eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung am Netzbetreiber angeboten wird. Das Bundeskartellamt hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Forderung nach einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung zwischen der Gemeinde und dem Anbieter, der den Netzbetrieb übernehmen möchte, in besonderem Maße mit der Gefahr eines Missbrauchs der

marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde und der Verletzung der gesetzlichen Vorgaben für die Bewertungskriterien bei der Konzessionsvergabe verbunden ist. Zum einen läuft eine Beteiligung Gefahr, die Grenzen zu überschreiten oder zu umgehen, die die Konzessionsabgabenverordnung der Vereinbarung von Gegenleistungen für die Einräumung der Wegenutzungsrechte setzt und zu denen insbesondere auch das Verbot gehört, Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt zu vereinbaren (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV). Zum anderen könnte eine gesellschaftsrechtliche Verbindung der beiden Marktseiten als Wertungskriterium in einem Kontext, in dem die eine - marktbeherrschende - Seite eine Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern auf der anderen Marktseite zu treffen hat, zu einer Verfälschung des Leistungswettbewerbs auf der Anbieterseite führen. Da die Gemeinde sich, wie ausgeführt, auch mit einem eigenen Unternehmen oder einem Eigenbetrieb am Wettbewerb um das Netz beteiligen kann, verschaffte ihr ein Wertungskriterium "gesellschaftsrechtlicher Einfluss" stets einen Vorteil gegenüber denjenigen Bewerbern, die die Aufgabe des Netzbetriebs eigenverantwortlich übernehmen wollen. Dies wird allenfalls dann hingenommen werden können, wenn dem legitimen Interesse, die Konkretisierung der energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des Netzbetriebs über die Laufzeit des Konzessionsvertrages nachzuhalten, nicht in anderer Weise - etwa durch Regelungen des Vertragsrechts - angemessen Rechnung getragen werden kann. Soweit dies danach in Betracht kommen sollte, müssten jedenfalls die mit einer Beteiligung am Netzbetrieb verbundenen Gegenleistungen (insbesondere der Anteilskaufpreis) und Risiken der Gemeinde bei der Bewertung ebenfalls angemessen berücksichtigt werden.

- 54 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.

- 55 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).
- 56 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 - Endschaftsbestimmung I).
- 57 Das berechtigte Interesse der aktuellen und potentiellen Bewerber um die Konzession ist darauf gerichtet, dass ihre Chancen auf Erteilung der Konzession 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 - jeden-

falls vor tatsächlicher Übernahme des Netzes oder Aufnahme des Netzbetriebs - von vornherein nicht.

58 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).

59 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.

60 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 Abschluss der jeweiligen neuen Konzessionsverträge zwischen ihr und den Gemeinden im Jahr 2010 entstanden, so dass § 46 Abs. 2 EnWG im Streitfall in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung anzuwenden ist.

61 2. Der Konzessionsvertrag mit der Beklagten über das allgemeine Stromverteilungsnetz im Gebiet der Gemeinden ist zwar nicht verlängert worden. Wie sich aus den Klageanträgen ergibt, ist die Klägerin 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.

62 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. Dazu bedarf es - abgesehen vom Fall der Übernahme des Netzbetriebs durch einen Eigenbetrieb - eines wirksamen neuen Konzessionsvertrags (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).

63 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 Überlassungs-

anspruch zuzulassen (BNetzA, Beschluss vom 19. Juni 2012 - BK6-11-079, S. 14 ff.).

64 bb) Dem ist nicht zuzustimmen.

65 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.

66 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.

67 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 bis-

her 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.

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

69 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 Anfang 2010 an.

70 Der Konzessionsvertrag ist zwar ein Dauerschuldverhältnis, so dass spätere kartellrechtliche Verbote auf ihn 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 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.

71 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 aufgenommen worden. Inhaltliche Änderungen sind damit aber nicht verbunden.

72 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).

73 c) Nach den zu I dargelegten Maßstäben hält die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei mangels einer rechtmäßigen Auswahlentscheidung durch die Konzessionsvergabe an die Klägerin unbillig behindert worden, der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

74 aa) Dem Berufungsgericht kann allerdings nicht zugestimmt werden, soweit es die Kriterien "Konzessionsabgabe" (1.3), "Gemeinderabatt" (1.4), "Abschlagszahlungen" (1.5) und "Folgekostenübernahme" (1.6) mit insgesamt 20 von 100 Punkten beim Bewertungsteil "Wegenutzungsvertrag" für unzulässig gehalten hat, weil mit ihnen evident fiskalische Interessen der Gemeinden verfolgt würden.

75 Diese Kriterien weisen auch im Licht der Erläuterungen des Verfahrensbriefs einen ausreichenden Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags auf. Soweit dies der Fall ist, sind die Gemeinden berechtigt, ihre fiskalischen Interessen bei der Konzessionsvergabe zu berücksichtigen.

76 Mit der Höhe der Konzessionsabgabe bewerten die Gemeinden die Gegenleistung für die Einräumung des Wegerechts, wobei es sich naturgemäß um

ein sachgerechtes Kriterium handelt (siehe § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG; Büdenbender, aaO S. 81), dessen Aussagekraft allerdings dadurch erheblich beschränkt ist, dass die Bewerber regelmäßig die höchste zulässige Konzessionsabgabe anbieten werden, weil es sich dabei für sie um einen durchlaufenden Posten handelt und die Gemeinde andernfalls den Abschluss eines Konzessionsvertrags ablehnen darf (vgl. Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 469; BerlKommEnR/Wegner, 2. Aufl., EnWG § 46 Rn. 114).

77 Es begegnet auch keinen grundsätzlichen Bedenken, dass die Gemeinden nach Abschlagszahlungen für die Konzessionsabgabe fragen. Ebenso stellt der Kommunalrabatt im Rahmen der von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV gezogenen Grenzen ein legitimes Kriterium bei der Wahl des Vertragspartners dar. Nichts anderes gilt bei Beachtung von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KAV für das Kriterium der Folgekostenübernahme. Dabei geht es um mit der Durchführung des Wegerechtsvertrags, etwa aufgrund geänderter Straßenführungen, verbundene finanzielle Belastungen durch Leitungsverlegungen, welche die Vorteilhaftigkeit des Geschäfts in Frage stellen können (vgl. Büdenbender, aaO S. 81).

78 bb) Zu Unrecht beanstandet das Berufungsgericht auch die Kriterien "Endschaftsbestimmung" (1.1) und "Kaufpreisregelung" (1.2), weil sie ganz offensichtlich darauf angelegt seien, einen möglichst einfachen und günstigen Weg des Netzerwerbs durch die jeweilige Gemeinde oder ein von ihr ausgewähltes Unternehmen zu sichern. Diese Würdigung entspricht zwar den Erläuterungen des Verfahrensbriefs und ist nicht zu beanstanden. Mit dieser Zielsetzung sind die beiden Kriterien aber zulässig. Sie haben einen eindeutigen sachlichen Bezug zum Konzessionsvertrag und dienen darüber hinaus gerade dazu, den Wettbewerb um das Netz zu fördern. Denn ein neues, diskriminierungsfreies Auswahlverfahren nach Ablauf des jetzt abzuschließenden Vertrags kann ohne weiteres von einem gemeindefremden Unternehmen gewonnen werden.

79 Die weitergehende Beurteilung des Berufungsgerichts, nach der Stoßrichtung des gesamten Konzepts solle auch mit den Kriterien "Endschaftsbestimmung" und "Kaufpreisregelung" ein Netzerwerb durch ein gemeindlich beherrschtes Unternehmen abgesichert werden, steht in Widerspruch zum zuvor festgestellten Inhalt dieser beiden Kriterien, die Umsetzung des Ergebnisses eines künftigen Auswahlverfahrens abzusichern.

80 cc) Auch die Vertragslaufzeit ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kein sachfremdes Entscheidungskriterium (vgl. EKartB BW, Musterkriterienkatalog, S. 6). § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG zwingt nicht zur Ausschöpfung der dort normierten zeitlichen Obergrenze. Soweit das Berufungsgericht davon ausgeht, dass eine kürzere Laufzeit als 20 Jahre eine frühere Kommunalisierung des Netzes ermöglichen solle, liegt darin kein Verstoß gegen § 46 EnWG. Der Wunsch nach einer baldigen, erneuten - diskriminierungsfreien - Entscheidung über die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Eine Diskriminierung könnte sich allenfalls ergeben, falls sich bestimmte potentielle Bewerber anders als etwa ein Eigenbetrieb nicht auf kurze Laufzeiten einlassen könnten. Dazu ist nichts festgestellt.

81 dd) Schließlich begegnen die vom Berufungsgericht nicht erörterten Bewertungskriterien "Auskunftsansprüche" (1.10) und - entsprechend dem Verfahrensbrief in den Grenzen des § 3 KAV - "Zusatzleistungen" (1.9) keinen rechtlichen Bedenken.

82 ee) Das Berufungsgericht hat aber zu Recht beanstandet, dass der Kriterienkatalog der Gemeinden schon deshalb unter einem erheblichen Mangel leidet, weil die Ziele des § 1 EnWG nicht oder jedenfalls nicht vorrangig berücksichtigt worden sind. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Verfahrensbrief.

83 (1) Der Gesetzeszweck der Versorgungssicherheit hat zwar, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, im Kriterium "Bemühung um stö-

rungsfreien Netzbetrieb" (1.13) Ausdruck gefunden. Seine Gewichtung mit maximal 10 von insgesamt 170 möglichen Punkten stellt aber eine willkürliche Mindergewichtung dar, die zu einer Unvereinbarkeit des Bewertungsverfahrens mit den Zielen des § 1 EnWG führt.

84 Der bei der Bestimmung der Kriterien bestehende Entscheidungsspielraum der Gemeinden wird damit eindeutig überschritten. Der sichere Netzbetrieb mit den Teilaspekten Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 14) ist von fundamentaler Bedeutung für die Versorgungssicherheit. Dies muss bei der Bewertung angemessen berücksichtigt werden. Eine Orientierungshilfe dafür kann der Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg bieten. Danach ist die Netzsicherheit mit mindestens 25% der möglichen Gesamtpunktzahl zu gewichten, was im vorliegenden Fall 43 von 170 Punkten entsprochen hätte. Auch wenn es sich dabei um keine verbindliche Vorgabe handelt, ist eine um mehr als den Faktor vier niedrigere Gewichtung der Netzsicherheit unzulässig. Es ist unter keinem sachlichen Gesichtspunkt zu rechtfertigen, dem überragenden Ziel der Netzsicherheit lediglich dasselbe Gewicht beizumessen wie zum Beispiel einer sekundären Regelung des Konzessionsvertrags zu Auskunftsansprüchen über Bestand und Umfang der Verteilungsanlagen (Kriterium 1.10).

85 (2) Auch der Gesetzeszweck einer preisgünstigen Versorgung ist im Kriterienkatalog der Gemeinden rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt worden.

86 Dem Kriterium "Gemeinderabatt" mag zwar ein gewisser Bezug zu diesem Ziel entnommen werden, weil ein solcher Rabatt durch eine größere Leistungsfähigkeit der Gemeinden der Allgemeinheit zugutekommen könnte. Da der Preisnachlass für den Eigenverbrauch der Gemeinde aber nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV zu den Leistungen gehört, die neben oder anstelle von Konzessionsabgaben vereinbart werden dürfen, und damit zu den Gegenleistungen

für die Einräumung des Wegenutzungsrechts, kann seine Berücksichtigung die Bewertung eines Angebots im Hinblick auf den Gesetzeszweck einer preisgünstigen Versorgung nicht ersetzen.

87 Mit einer preisgünstigen Versorgung beim Netzbetrieb werden vielmehr die nicht rabattierten Netzentgelte angesprochen, bei denen trotz Regulierung erhebliche Unterschiede zwischen Bewerbern bestehen können, insbesondere, weil in die Regulierung der Effizienzwert des Netzbetreibers einfließt (vgl. Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 470). Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Netzentgelte bei den Auswahlkriterien der Gemeinden nicht berücksichtigt wurden. Wären sie dennoch bewertet worden, wie die Revisionsbegründung jetzt geltend machen will, läge darin ein weiterer Verstoß des Auswahlverfahrens gegen § 46 Abs. 1 EnWG, weil die erforderliche Offenlegung der Kriterien gegenüber den Bewerbern unterblieben wäre (vgl. nur BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2010 Rn. 22; Monopolkommission, 65. Sondergutachten Rn. 466).

88 (3) Die Ziele Effizienz und Verbraucherfreundlichkeit (dazu vgl. EKartB BW, Musterkriterienkatalog, S. 3 f.) kommen im Kriterienkatalog der Gemeinden überhaupt nicht vor.

89 (4) Ein Bezug zum Gesetzeszweck der Umweltverträglichkeit findet sich im Katalog der Gemeinden allenfalls beim Kriterium "Beseitigung stillgelegter Verteilanlagen". Damit ist aber dieses Ziel in Bezug auf den Netzbetrieb nicht annähernd vollständig berücksichtigt. Der Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg nennt in diesem Zusammenhang etwa noch Erdverkabelung, umweltverträglichen Netzbetrieb und Beratungsleistungen sowie Öffentlichkeitsarbeit zur umweltverträglichen Energieversorgung (aaO S. 4).

90 ff) Zu Recht hat das Berufungsgericht ferner das Kriterium der regionalen Präsenz (1.12) in seiner durch den Zusammenhang des Verfahrensbriefs gebotenen Auslegung beanstandet. Es hat ausgeführt, den Erläuterungen im Verfahrensbrief sei nicht zu entnehmen, dass es bei diesem Kriterium um örtliche Kundenbüros oder Netzstörungenstellen und damit um die in § 1 EnWG anerkannten Ziele der Sicherheit und Verbraucherfreundlichkeit des Netzbetriebs gehen könne. Vielmehr werde in den Erläuterungen das Interesse an regionaler Präsenz allein mit der Schaffung der Voraussetzungen für die Zahlung von Gewerbesteuer begründet.

91 Das lässt im Ergebnis keinen Rechtsfehler erkennen. Die trichterliche Auslegung des Verfahrensbriefs, wonach im Streitfall kein Zusammenhang zwischen dem Kriterium regionaler Präsenz und den Zielen des § 1 EnWG besteht, ist nicht zu beanstanden. Dann wäre das Kriterium nur zulässig, wenn es im sachlichen Zusammenhang mit dem Konzessionsvertrag stünde. Dies ist indes bei der Erzielung von Gewerbesteuereinnahmen als solcher nicht der Fall, weil hierdurch nicht ortsansässige Bewerber diskriminiert werden (aA offenbar EKartB BW, Musterkriterienkatalog, S. 5).

92 Dementsprechend dürfen beim Kriterium "Rechtsnachfolge" (1.11), das grundsätzlich einen ausreichenden sachlichen Bezug zum Konzessionsvertrag aufweist, nicht solche Angebote höher bewertet werden, nach denen die Gemeinde ihre Zustimmung zu einer Rechtsnachfolge auf Seiten des Konzessionärs davon abhängig machen darf, dass der Rechtsnachfolger über eine bestimmte - gegebenenfalls noch aufzubauende - regionale Präsenz im Gemeindegebiet verfügt. Denn damit würde das unzulässige Kriterium der regionalen Präsenz erneut in die Wertung einbezogen.

93 gg) Zutreffend hat das Berufungsgericht schließlich die Kriterien zum Geschäftsmodell für unzulässig gehalten, auf die insgesamt 70 von 170 bei der Angebotsbewertung höchstens erreichbaren Punkten entfielen.

94 (1) Mit den Kriterien "Höhe des kommunalen Anteils an Netzen" (2.1), "Kommunaler Vermögenszuwachs" (2.3) und "Höhe des kommunalen Kapitaleinsatzes für den Netzerwerb" (2.4) wollen die Gemeinden bei der Konzessionsvergabe allein fiskalische Interessen verfolgen, die über das nach der Konzessionsabgabenverordnung erlaubte Maß hinausgehen. Dies ist unzulässig (vgl. Büdenbender, aaO S. 80; aA Brucker in Kermel/Brucker/Baumann, aaO S. 86; Hellermann, EnWZ 2013, 147, 153; wohl auch Templin, IR 2009, 125, 127). Da der Erwerb des Netzes nach Ablauf des Konzessionsvertrags bereits bei der Endschaftsbestimmung (1.1) gesondert bewertet wird, können sich die Kriterien 2.1, 2.3 und 2.4 nur auf eine kommunale Beteiligung an den Netzen während der Vertragslaufzeit beziehen. Das wird durch ihre Einordnung unter die Überschrift "Geschäftsmodell Netzgesellschaft" belegt.

95 Die Kriterien 2.1, 2.3 und 2.4 dienen auch nicht dazu, legitime Einflussmöglichkeiten der Gemeinden auf den Netzbetrieb zu sichern (vgl. oben Rn. 52 f.). Bei ihrer Beschreibung im Verfahrensbrief ist davon keine Rede. Vielmehr werden die Mitgestaltungsrechte und Einflussmöglichkeiten der Gemeinden nur im Zusammenhang mit dem Kriterium 2.2 behandelt. Die Bereitschaft eines Bewerbers, die das Wegerecht anbietende Gemeinde wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich am Netzbetrieb zu beteiligen, ist aber, wie oben zu Rn. 53 ausgeführt, jedenfalls für sich genommen kein sachliches Kriterium für dessen Bevorzugung (Höch, RdE 2013, 60, 64 f.; Sauer, EWeRK 2013, 28, 40; vgl. Büdenbender, aaO S. 80; aA VG Oldenburg, ZNER 2012, 541, 545; Theobald, DÖV 2009, 356, 358; Hellermann, EnWZ 2013, 147, 152 f.; EKartB BW, Musterkriterienkatalog, S. 5).

96 (2) Auch das Kriterium "Möglichkeiten der Geschäftsfelderweiterung" (2.6) ist unzulässig. Laut Verfahrensbrief geht es dabei um zusätzliche Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit dem künftigen Konzessionär, die nicht in sachlichem Zusammenhang mit dem Konzessionsvertrag stehen. Möglichkeiten der

Geschäftsfelderweiterung lassen sich keinem zulässigen Auswahlkriterium zuordnen.

- 97 (3) Das Kriterium "Mitgestaltungsrechte/Einflussmöglichkeiten" (2.2) ist zwar nach den Ausführungen zu Rn. 52 f. als solches nicht von vornherein unzulässig. Aus der Erläuterung des Kriteriums im Verfahrensbrief und der Einordnung in die Nummer 2 "Geschäftsmodell Netzgesellschaft" ergibt sich jedoch, dass allein der durch eine kommunale Beteiligung an der Netzbetreiber-gesellschaft vermittelte Einfluss in Gremien bewertet werden soll. Dadurch werden im vorliegenden Fall in unzulässiger Weise Angebote mit einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung für die Gemeinden ohne erkennbaren sachlichen Grund gegenüber solchen mit vertragsrechtlichen Regelungen bevorzugt.
- 98 (4) Auf die "Höhe der wirtschaftlichen Risiken" (2.5) als Kriterium darf es schließlich nur ankommen, soweit diese Risiken mit zulässigen Bewertungskriterien verbunden sind. In diesem Umfang ist eine Berücksichtigung der Risiken bei der Angebotsbewertung aber auch geboten.
- 99 hh) Das Auswahlverfahren der Gemeinden verstößt somit in mehrfacher Hinsicht gegen das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG. Es stellt damit zugleich eine unbillige Behinderung der Mitbewerber um die Konzession gemäß § 20 Abs. 1 GWB aF dar. Eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren ist zwar 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 (im Ergebnis ebenso Höch/Stracke, RdE 2013, 159, 162). Das kommt etwa bei einer geringfügigen Fehlgewichtung im Kriterienkatalog in Betracht, die ersichtlich keinen Einfluss auf die Platzierung der Bewerber haben konnte. Davon kann im Streitfall aber nicht ausgegangen werden.

100 Das Angebot der Klägerin hat zwar nicht nur insgesamt, sondern auch in der größtenteils sachgemäßen Kriteriengruppe "Wegenutzungsvertrag" die vorteilhafteste Bewertung erhalten. Da der Kriterienkatalog im Hinblick auf die Ziele des § 1 EnWG aber gravierend unvollständig war, ist völlig offen, ob sich die Klägerin auch bei einer ordnungsgemäßen Bewertung gegenüber ihren Mitbewerbern durchgesetzt hätte. Außerdem sind alle Mitbewerber bei der Angebotsabgabe durch die unzulässigen Kriterien zum Geschäftsmodell und zur regionalen Präsenz beeinflusst worden, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt eine Verschiebung der Rangfolge bei einwandfreier Bewertung nicht ausgeschlossen werden kann.

101 d) Die unbillige Behinderung der Mitbewerber durch das Auswahlverfahren führt im Streitfall zur Unwirksamkeit des mit der Klägerin abgeschlossenen neuen Konzessionsvertrags.

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

103 bb) 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 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).

104 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. Rechtsge-
schäfte, durch die Marktpartner unterschiedlich behandelt werden, bleiben da-
gegen wirksam, wenn die Beseitigung unbilliger Behinderung oder die Gleich-
behandlung durch Änderung oder Neuabschluss von Vereinbarungen möglich
ist und dem Beeinträchtigten Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche zur
Durchsetzung seiner Interessen ausreichen (vgl. nur Loewenheim in Loewen-
heim/Meessen/Riesenkampff, *GWB*, 2. Aufl., § 20 Rn. 110; Markert in Immen-
ga/Mestmäcker, *GWB aaO* Rn. 229; OLG Karlsruhe, *WuW/E DE-R* 59, 60).

105 Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG führen aber zu einem
langfristigen faktischen Ausschluss aller anderen Bewerber um den Netzbe-
trieb. Es ist ausgeschlossen, während der Laufzeit entsprechende Verträge mit
weiteren Bewerbern abzuschließen. Eine mit dem Abschluss dieser Verträge
verbundene Diskriminierung oder unbillige Behinderung kann dann nur durch
ihre Nichtigkeit beseitigt werden. Denn der Konzessionsvertrag als solcher führt
die Marktwirkungen des Verbotsverstoßes herbei (vgl. Nothdurft in Langen/
Bunte, *Kartellrecht*, 11. Aufl., *GWB* § 20 Rn. 207 mwN).

106 cc) Der Nichtigkeitsfolge steht im Streitfall auch nicht entgegen, dass sich
das Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 *GWB aF* nur an die Gemeinde als
Normadressaten und nicht an den neuen Konzessionsvertragspartner richtet.

107 (1) Ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, dessen Vornahme nur einem Betei-
ligten verboten ist, ist in der Regel gültig (vgl. etwa Jauernig, *BGB*, 14. Aufl.,
§ 134 Rn. 11 mwN). Nichtigkeit nach § 134 *BGB* tritt nur ein, wenn einem sol-
chen einseitigen Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der die Nichtigkeit des gan-
zen Rechtsgeschäfts erfordert, weil er nicht anders als durch dessen Annullie-
rung zu erreichen ist und die getroffene Regelung nicht hingenommen werden

kann (vgl. nur BGHZ 152, 10, 11 f.; BGH, Urteil vom 13. Oktober 2009 - KZR 34/06, K&R 2010, 349 Rn. 12 f. - Teilnehmerdaten I; jeweils mwN). Ein wirksamer Konzessionsvertrag schließt den mit § 46 Abs. 1 EnWG bezweckten und durch das Verbot des § 20 Abs. 1 GWB aF abgesicherten Wettbewerb um die Wegerechte langfristig aus. Das kann grundsätzlich nicht hingenommen werden, wenn der Vertrag eine diskriminierende Auswahlentscheidung umsetzt.

108 (2) Eine andere Beurteilung kommt nur dann in Betracht, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht nutzen. In diesem Fall kann und muss die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden.

109 Dies wird insbesondere dann in Betracht zu ziehen sein, wenn die Gemeinde - in Anlehnung an den auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedanken - alle Bewerber um die Konzession in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt.

110 Da die Gemeinden nicht in dieser Weise verfahren sind, kann die diskriminierende Auswahlentscheidung im Streitfall indes nicht hingenommen werden, so dass der Konzessionsvertrag nach § 134 BGB nichtig ist.

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

112 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.

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

114 Die Revision verweist dazu auf Nummer 3 des Verfahrensbriefs. Danach hat der Bewerber die für die Gemeinden handelnden Ämter auf etwaige Unklarheiten, Fehler oder Unzulänglichkeiten in dem Verfahrensbrief unverzüglich, spätestens bis eine Woche vor Ablauf der Angebotsfrist, hinzuweisen und soll sich ein Bieter, der Unklarheiten, Fehler oder Mängel erkennt, aber den unverzüglichen Hinweis unterlässt, später nicht auf diese berufen können. Diese Regelung kann dem Nichtigkeitseinwand jedenfalls im Streitfall nicht entgegengehalten werden.

115 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.).

116 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 Gemeinden die Konzession fehlerfrei neu ausgeschrieben hätten, wenn die Beklagte im Vergabeverfahren die im Rechtsstreit geltend gemachten Rügen erhoben hätte.

117 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.

118 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.

119 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.

120 III. Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht vertragliche Übereignungsansprüche verneint hat, weil die Klägerin aus kartellrechtlichen Gründen an ihrer Geltendmachung gehindert sei. 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. - Endschaftsbestimmung II). Die Klägerin muss sich aber nach § 404 BGB entgegenhalten lassen, dass die Beklagte bei der Konzessionsvergabe unbillig behindert worden ist.

121 Die Abtretung der Ansprüche auf Netzübertragung aus den Endschaftsbestimmungen erfolgte nach Abschluss des Auswahlverfahrens und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem die auf die unbillige Behinderung durch die rechtlich fehlerhaften Auswahlkriterien gestützten Einwendungen der Beklagten bereits entstanden waren.

122 Der Durchsetzung des Anspruchs aus einer Endschaftsbestimmung steht 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). Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob der Klägerin bereits die Aktivlegitimation für den vertraglichen Anspruch fehlt, weil die Abtretung der Rechte aus den alten Konzessionsverträgen als einheitliches Geschäft von der Nichtigkeit der neuen Konzessionsverträge erfasst wird (vgl. § 139 BGB; BGH, Urteil vom 24. Oktober 2006 - XI ZR 216/05, NJW-RR 2007, 395 Rn. 17 mwN).

123

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 12/11. Kart -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 22.11.2012 - 16 U (Kart) 21/12 -