



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

EnZR 86/13

Verkündet am:
7. Oktober 2014
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

Stromnetz Olching

KAV § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1; BGB § 134

Werden in einem Konzessionsvertrag nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Nebenleistungen vereinbart, so folgt daraus keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags gemäß § 134 BGB, wenn die unzulässigen Leistungen weder Kriterium für die Auswahl des Konzessionärs waren noch sich in anderer Weise auf die Auswahlentscheidung der Gemeinde ausgewirkt haben.

BGH, Urteil vom 7. Oktober 2014 - EnZR 86/13 - OLG München

LG München I

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 2014 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Dr. Raum und die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. September 2013 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Übereignung des Stromnetzes für die kommunale Versorgung im Gebiet der Gemeinde Olching.
- 2 An der Klägerin sind die Gemeinde Olching mit 51% und die Stadtwerke GmbH mit 49% beteiligt. Die Beklagte ist eine Konzerngesellschaft des E.-Konzerns. Ihre Rechtsvorgängerin, die I. AG, schloss im Jahr 2000 einen Stromkonzessionsvertrag mit der Gemeinde

Olching (nachfolgend "Alt-Konzessionsvertrag") ab. Der Vertrag enthält in § 5 folgende Regelung:

"1. Wird dieser Vertrag nach seinem Ablauf nicht verlängert und wird die Gemeinde oder ein gemeindliches Unternehmen neues Energieversorgungsunternehmen, so gilt Folgendes:

1.1 Die Gemeinde ist berechtigt, alle für die allgemeine Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen der I. zu erwerben, die ausschließlich der Stromversorgung des Gemeindegebietes dienen und bei rationeller Betriebsführung weiterverwendet werden können. ..."

3 Am 28. März 2008 machte die Gemeinde Olching im elektronischen Bundesanzeiger ihre Absicht bekannt, diesen Vertrag fristgemäß zu kündigen und einen neuen Stromkonzessionsvertrag mit einer Laufzeit von 20 Jahren abzuschließen. Netzbetreiber wurden zur Interessenbekundung aufgefordert.

4 In einer Gemeinderatssitzung vom 14. Mai 2009 entschied die Gemeinde Olching, gemeinsam mit der Stadtwerke GmbH die Klägerin zu gründen und mit dieser einen Konzessionsvertrag abzuschließen. Die Gründung der Klägerin erfolgte am 31. August 2009, wobei alle Anteile zunächst von der Stadtwerke GmbH gehalten wurden. Die Gemeinde Olching machte ihre Auswahlentscheidung für die Klägerin am 11. September 2009 im elektronischen Bundesanzeiger öffentlich bekannt. In der Bekanntmachung heißt es:

"Die Entscheidung wurde unter folgenden Gesichtspunkten getroffen:

- Aspekte der Wirtschaftlichkeit
- Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort
- Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur
- Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen
- Förderung des Klimaschutzes vor Ort."

5 Die Klägerin und die Gemeinde Olching schlossen am 16. Oktober 2009 einen Konzessionsvertrag (nachfolgend: KonzV), der unter anderem folgende Regelungen enthält:

§ 7 Zusammenarbeit mit der Gemeinde

(1) ...

(2) Die Gesellschaft wird die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten unterstützen. Sie wird die erforderlichen Daten zur Verfügung stellen. Wenn die Gemeinde die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts beauftragt, ist die Gesellschaft nach Abstimmung bereit, hierfür im Rahmen des konzessionsabgaberechtlich Zulässigen einen Zuschuss zu gewähren.

(3) Die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde wird dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, von der Gesellschaft unterstützt. ...

6 In der Folgezeit verhandelten die Parteien über Konditionen und Umfang der Übertragung der Stromversorgungsanlagen in der Gemeinde Olching auf die Klägerin.

7 Mit Vereinbarung vom 19. April/10. Mai 2010 trat die Gemeinde Olching ihre Ansprüche aus dem im Jahr 2000 abgeschlossenen Alt-Konzessionsvertrag an die Klägerin ab.

8 Zum 1. Januar 2011 erwarb die Gemeinde Olching eine Beteiligung von 51% an der Klägerin.

9 Die Klägerin ist der Auffassung, ihr stehe aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung (nachfolgend § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF) und aus § 5 Nr. 1.1 des Alt-Konzessionsvertrags ein Anspruch auf Übereignung des Stromversorgungsnetzes für das Stadtgebiet von Olching zu. Dementsprechend begehrt sie mit ihrer Klage von der Beklagten im

Wesentlichen die Übereignung des allgemeinen Stromversorgungsnetzes im Gebiet der Gemeinde Olching einschließlich der sowohl für die örtliche als auch die überörtliche Stromverteilung genutzten Anlagen.

- 10 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (ZNER 2012, 643). Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG München - U 3587/12 Kart, juris). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

- 11 A. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Netzes aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG sowie aus dem abgetretenen Anspruch gemäß § 5 des Alt-Konzessionsvertrags verneint und deshalb auch die weiteren Klageanträge abgewiesen. Dazu hat es ausgeführt:

- 12 Ansprüche aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF stünden der Klägerin nicht zu, weil sie nicht "neues" Energieversorgungsunternehmen im Sinne dieser Vorschrift geworden sei. Denn der von der Klägerin und der Gemeinde Olching geschlossene Konzessionsvertrag sei wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV gemäß § 134 BGB nichtig. Die in § 7 Abs. 2 und 3 KonzV vereinbarte Pflicht der Klägerin, die Gemeinde Olching bei der Erstellung kommunaler Energiekonzepte zu unterstützen und die dafür erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, sowie die Pflicht, die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde zu unterstützen, seien nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Sachleistungen der Klägerin zugunsten der Gemeinde. Diese Pflichten seien "im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsver-

trägen" vereinbart worden, so dass die unter anderem zugunsten von Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler Energiekonzepte bestehende Ausnahme vom Sachleistungsverbot nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nicht greife. Der Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV führe zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags. Zwar handele es sich bei dieser Regelung um Preisrecht, das nach seinem ursprünglichen Gesetzeszweck allein die Verbraucher vor überhöhten Preisen schützen sollte. Nach der zwischenzeitlichen Eröffnung eines Wettbewerbs um Netze komme dem Verbot unzulässiger Sachleistungen jedoch wesentliche Bedeutung für den Schutz der Mitbewerber um eine Konzession zu.

13 Die Klägerin könne sich auch nicht auf den ihr von der Gemeinde abgetretenen vertraglichen Übereignungsanspruch aus der Endschaftsbestimmung des Alt-Konzessionsvertrags mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten berufen, denn diese Abtretung sei im Hinblick auf die besondere Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG unwirksam.

14 B. Die Revision der Klägerin hat im Ergebnis keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat zwar zu Unrecht angenommen, der Konzessionsvertrag sei insgesamt nichtig, weil er in mehrfacher Hinsicht gegen § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV verstoße (nachfolgend III.). Das Berufungsurteil erweist sich jedoch aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig, weil die Gemeinde Olching die Beklagte durch die Erteilung der Konzession an die Klägerin unbillig behindert und diskriminiert hat, woraus die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags und die Unbegründetheit der Klage folgt (nachfolgend IV.).

15 I. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass auf den Streitfall § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF anzuwenden ist. Anders als das Berufungsgericht offenbar meint, ist dafür allerdings nicht maßgeblich, dass die

Gemeinde Olching mit der Bekanntmachung am 28. März 2008 das Vergabeverfahren für den neuen Konzessionsvertrag eingeleitet hat. Für den Inhalt des Anspruchs des neuen Energieversorgungsunternehmens kommt es allein auf das Recht an, das zur Zeit seiner Entstehung gilt. Da ein etwaiger Anspruch der Klägerin auf Überlassung des Stromnetzes mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrags mit Wirkung ab 1. Januar 2010 entstanden wäre, ist § 46 Abs. 2 EnWG im Streitfall in der bis zum 3. August 2011 geltenden alten Fassung anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 60 - Stromnetz Berkenthin).

16 II. Zutreffend ist das Berufungsgericht ferner davon ausgegangen, dass für die Frage der Begründetheit des Anspruchs des "neuen Energieversorgungsunternehmens" gegen den bisherigen Nutzungsberechtigten aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF auch die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags zu prüfen ist. Ansprüche nach dieser Vorschrift stehen nur demjenigen zu, dem die Gemeinde das Wegerecht wirksam eingeräumt hat (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 62, 65 - Stromnetz Berkenthin).

17 III. Der Konzessionsvertrag zwischen der Klägerin und der Gemeinde Olching ist aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht deshalb insgesamt nichtig, weil er mit § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV unvereinbare Regelungen enthält.

18 1. Dabei kann offenbleiben, ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, in § 7 Abs. 2 und 3 KonzV seien nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Nebenleistungen vereinbart worden. § 7 Abs. 2 KonzV enthält zwar eine rechtlich bindende Verpflichtung der Klägerin, die Gemeinde Olching in bestimmter Weise bei der Erstellung kommunaler Energiekonzepte unentgeltlich zu unterstützen (nachfolgend a). Die Klägerin hat sich auch in § 7 Abs. 3 - aller-

dings möglicherweise ohne verbindliche Leistungspflichten - bereit erklärt, die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde unter Umständen zu unterstützen (nachfolgend b). Im Hinblick auf die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV getroffene Sonderregelung ist aber nicht frei von Zweifeln, ob derartige Verpflichtungen in einem Konzessionsvertrag verboten sind (nachfolgend c).

19 a) Zu Unrecht macht die Revision geltend, in § 7 Abs. 2 KonzV seien keine Leistungen der Klägerin im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vereinbart worden, weil es sich um bloße Absichtserklärungen handele, die nicht eingeklagt und vollstreckt werden könnten. Das Berufungsgericht hat § 7 Abs. 2 KonzV ohne Rechtsfehler die rechtsverbindliche Vereinbarung einer unentgeltlichen Nebenleistung entnommen.

20 aa) In § 7 Abs. 2 Satz 1 KonzV ist eine unbedingte Unterstützungspflicht der Klägerin gegenüber der Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten vereinbart worden. Satz 2 dieser Vertragsbestimmung nennt als eine geschuldete Unterstützungsmaßnahme beispielhaft die Bereitstellung der für kommunale Energiekonzepte erforderlichen Daten für die Gemeinde. Im letzten Satz des § 7 Abs. 2 KonzV erklärt die Klägerin ihre Bereitschaft, nach Abstimmung im Rahmen des konzessionsabgaberechtlich Zulässigen der Gemeinde einen Zuschuss zu gewähren, wenn diese einen Auftrag für die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts vergibt.

21 Das Berufungsgericht hat angenommen, dass jedenfalls die Pflicht, die für ein Energiekonzept erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, eine geldwerte Leistung beinhaltet. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Denn selbst dann, wenn es sich dabei grundsätzlich um bei der Klägerin vorhandene Daten handeln sollte, wird die Zusammenstellung dieser Daten zum Zweck der Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts bei der Klägerin personellen

Aufwand verursachen. Die Gemeinde Olching könnte sich diese Daten ohne Unterstützung durch die Klägerin allenfalls mit großem Aufwand beschaffen, so dass sie für die Gemeinde einen erheblichen geldwerten Vorteil darstellen. Wegen fehlenden Zusammenhangs mit dem typischen Inhalt eines Konzessionsvertrags handelt es sich auch nicht um Leistungen des Konzessionärs, die er schon ohne vertragliche Regelung als Nebenpflicht aus dem Konzessionsvertrag schuldet.

22 bb) Hinsichtlich der im ersten Satz des § 7 Abs. 2 KonzV vereinbarten Pflicht der Klägerin, die Gemeinde bei der Erstellung kommunaler Energiekonzepte zu unterstützen, ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, sie könne durch Beratungsleistungen oder eine Konzepterstellung erfüllt werden. In beiden Fällen verursache dies auf Seiten der Klägerin zumindest personellen Aufwand. Diese tatrichterliche Auslegung ist ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Auch wenn Art und Umfang der geschuldeten Unterstützungsleistungen nicht konkret bestimmt sind und infolgedessen zwischen den Parteien darüber Streit entstehen kann, gibt es jedenfalls einen Mindestumfang geschuldeter Unterstützungsleistungen, zu denen etwa die Teilnahme eines sachkundigen Vertreters der Klägerin an Beratungen über die Aufstellung eines Energiekonzepts gehören wird. Bei der Beurteilung dieser Vereinbarung ist zudem zu berücksichtigen, dass es zur Verhinderung von Umgehungen des Nebenleistungsverbots geboten ist, den Leistungsbegriff des § 3 Abs. 2 KAV grundsätzlich eher weit auszulegen.

23 cc) Die Zuschussvereinbarung in § 7 Abs. 2 Satz 3 KonzV steht zwar unter dem Vorbehalt einer noch fehlenden Abstimmung der Parteien sowie des konzessionsabgaberechtlich Zulässigen. Außerdem ist sie dadurch aufschiebend bedingt, dass die Gemeinde die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts beauftragt. Es ist jedoch klar vereinbart, dass im Fall eines entspre-

chenden Auftrags der Gemeinde von der Klägerin jedenfalls ein - der Höhe nach noch unbestimmter - Zuschuss, also eine geldwerte Leistung, zu gewähren ist.

24 dd) Das Berufungsgericht ist auch ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die von der Klägerin nach § 7 Abs. 2 KonzV geschuldeten Leistungen im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV "unentgeltlich" erbracht werden sollen. Ein besonderes Entgelt für diese Leistungen ist im Konzessionsvertrag nicht vereinbart worden. Unerheblich ist dabei, dass es sich um Leistungen handelt, die von der Klägerin für die Gewährung der Konzession erbracht werden. Denn nach dem Sinn und Zweck des § 3 KAV, bis auf die ausdrücklich geregelten Ausnahmen andere Leistungen als Konzessionsabgaben für die Konzessionsgewährung zu verbieten, ist die Formulierung "unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis" in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV im Sinne von "nicht zu marktüblichen Preisen" zu verstehen. Da es an der Vereinbarung marktüblicher Preise für die nach § 7 Abs. 2 KonzV geschuldeten Unterstützungsleistungen fehlt, ist das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV erfüllt.

25 b) Nach § 7 Abs. 3 KonzV wird die Klägerin zudem die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, unterstützen.

26 aa) Sofern dieser Regelung eine Verpflichtung der Klägerin zur Erbringung geldwerter Leistungen zu entnehmen sein sollte, mag sie mangels Freistellung nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV gegen das in § 3 KAV geregelte Nebenleistungsverbot verstoßen. Die Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz (Energieeffizienzrichtlinie) stünde dem jedenfalls nicht entgegen. Im Streitfall hat diese Richtlinie schon deshalb keine Bedeutung, weil sie nach ihrem Art. 28 Abs. 1 erst bis zum 5. Juni 2014 in das deutsche Recht umzusetzen war, der Konzessions-

sionsvertrag mit der Klägerin jedoch bereits am 16. Oktober 2009 für einen Vertragsbeginn ab 1. Januar 2010 abgeschlossen worden ist. Unabhängig davon ist die in § 7 Abs. 3 KonzV vorgesehene Unterstützung der Gemeinde bei der Eigenerzeugung von Strom auch keine Maßnahme zur Förderung der Energieeffizienz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Buchst. b) der Energieeffizienzrichtlinie. Sie betrifft weder Investitionen zur Verbesserung der Energieeffizienz - also des Verhältnisses von Ertrag zu Energieeinsatz (vgl. Art. 2 Nr. 4 der Energieeffizienzrichtlinie) - noch zur Minimierung der Lebenszykluskosten und auch keine Energieleistungsverträge oder andere Drittfinanzierungen mit langfristiger Vertragslaufzeit.

27 bb) Allerdings fehlt bei der Unterstützungspflicht der Klägerin gemäß § 7 Abs. 3 KonzV nicht nur jede Konkretisierung. Sie steht darüber hinaus unter dem Vorbehalt, dass es sich um eine ökologisch und wirtschaftlich sinnvolle Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde handeln muss, ohne festzulegen, wer auf welcher Grundlage diese Beurteilung vornehmen soll. Offen ist insbesondere, von wessen Standpunkt aus die Frage des ökologischen und vor allem wirtschaftlichen Sinns beurteilt werden soll. Was etwa aufgrund von Maßnahmen der Ökostromförderung für die Gemeinde wirtschaftlich sinnvoll sein kann, muss es für die Klägerin als Netzbetreiber keineswegs sein. Insbesondere weil es sich bei der Klägerin um ein Gemeinschaftsunternehmen der Gemeinde Olching und der Stadtwerke GmbH handelt, kann nicht ohne weiteres von einem Gleichlauf der wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und der Klägerin ausgegangen werden. Es spricht deshalb viel dafür, in § 7 Abs. 3 KonzV - anders als in § 7 Abs. 2 des Vertrags - lediglich eine allgemeine Absichtserklärung der Klägerin zu erkennen, die auch bei der gebotenen weiten Auslegung nicht als Leistungsverpflichtung im Sinne von § 3 KAV angesehen werden kann.

28 c) Ob danach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV die in § 7 Abs. 2 und 3 KonzV getroffenen Vereinbarungen verbietet, kann indes dahinstehen, weil auch aus einem unterstellten Verstoß gegen § 3 KAV keine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags folgen würde (dazu unten Rn. 37 bei 2.). Daher bedarf es keiner abschließenden Stellungnahme zur Auslegung des letzten Halbsatzes von § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 2 KAV. Der Inhalt der letztgenannten Bestimmung ist nach Auffassung des Senats auch nicht eindeutig.

29 aa) Die Konzessionsabgabenverordnung bestimmt, welche Gegenleistungen Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung einfacher oder ausschließlicher Wegerechte an die Gemeinde entrichten dürfen (vgl. § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 KAV). § 3 KAV regelt abschließend, welche anderen Leistungen als Konzessionsabgaben dafür zulässig sind. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV bleiben Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, von dem Nebenleistungsverbot "unberührt". Die in § 3 Abs. 2 KAV behandelten Leistungsvereinbarungen oder -gewährungen sind eindeutig auf § 3 Abs. 1 KAV rückbezogen und betreffen daher allein Leistungen, die für die Einräumung einfacher oder ausschließlicher Wegerechte von den Versorgungsunternehmen erbracht werden sollen. Das setzt voraus, dass die danach zulässigen Nebenleistungen in Konzessionsverträgen vereinbart werden können. Dennoch bestimmt der letzte Halbsatz von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV, dass von der Sonderregelung Leistungen nur erfasst werden sollen "so weit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen".

30 bb) Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, erfasst die am Satzende von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV stehende Einschränkung nach ihrem Wort-

laut die gesamte Ausnahmeregelung des vorstehenden Halbsatzes, also sowohl Leistungen bei der Aufstellung von Energiekonzepten als auch Maßnahmen zum rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart. Die dem mit "soweit" eingeleiteten abschließenden Satzteil der Norm vorangestellten Wörter "bleiben unberührt" beziehen sich eindeutig auf beide in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vom Nebenleistungsverbot ausgenommenen Leistungsarten, so dass auch die ihnen unmittelbar folgende, mit "soweit" beginnende Einschränkung grammatikalisch keinen anderen Bezug haben kann (so auch Dazert/Faber, ER 2013, 42, 43). Der Wortlaut der Norm legt danach nahe, dass die für die Vereinbarung von Leistungen für Energiekonzepte und bestimmte Energiesparmaßnahmen in Konzessionsverträgen in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV zunächst gewährte Privilegierung durch den letzten Halbsatz wieder vollständig aufgehoben wird. Damit bliebe der Ausnahme vom Nebenleistungsverbot in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV allerdings im Ergebnis kein Anwendungsbereich (vgl. Kahl/Schmidtchen, RdE 2012, 1, 7).

- 31 cc) Aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich keine tragfähigen Hinweise für die Auslegung des letzten Halbsatzes des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV. Nach dem ursprünglichen Regierungsentwurf zur Konzessionsabgabenverordnung sollten nur Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler Energieversorgungskonzepte sowie bei der Energiesparberatung vom Nebenleistungsverbot ausgenommen werden (BR-Drucks. 686/91, S. 4). Eine Einschränkung dieser Ausnahme war nicht vorgesehen. Erst auf Initiative des Bundesrates ist die Ausnahme vom Verbot auch auf Leistungen für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, erweitert worden (BR-Drucks. 686/91, Beschluss des Bundesrates, S. 4). Gleichzeitig hat der Bundesrat die Einschränkung der Ausnahme für Vereinbarungen "im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsabgabeverträgen"

vorgeschlagen. Eine Begründung für diesen Vorschlag fehlt. Insbesondere gibt es keinen Hinweis darauf, warum der Bundesrat die von der Bundesregierung einschränkungslos vorgeschlagene Ausnahme für Leistungen bei Energiekonzepten hätte beschränken wollen.

32 dd) Das vom Ordnungsgeber verfolgte Ziel gibt ebenfalls keinen eindeutigen Aufschluss über die Bedeutung des letzten Halbsatzes von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV.

33 (1) Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ist es, aus energie- und umweltpolitischen Gründen den Versorgungsunternehmen Leistungen bei der Aufstellung kommunaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen zu ermöglichen, die einem rationellen, sparsamen und ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen (vgl. Begründung der Bundesregierung zur Konzessionsabgabenverordnung, BR-Drucks. 686/91, S. 18; Beschluss des Bundesrates zur Konzessionsabgabenverordnung, BR-Drucks. 686/91, S. 4), und dadurch die Zusammenarbeit zwischen Versorgungsunternehmen und Gemeinden zu fördern. Sinn und Zweck von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ließen sich daher möglicherweise für eine enge Auslegung des letzten Halbsatzes dieser Norm anführen, wonach die Ausnahmebestimmung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nur auf solche Leistungen nicht anzuwenden ist, die während der Laufzeit eines Konzessionsvertrags für dessen Verlängerung erbracht werden oder die den Abschluss eines späteren, neuen Konzessionsvertrags vorbereiten oder ihm zugrunde liegen sollen. Dafür könnte auch die gegenüber der Konzessionsabgabenverordnung höherrangige Zweckbestimmung des § 1 Abs. 1 EnWG sprechen, die im Konzessionsabgabenrecht als Teil des Energiewirtschaftsrechts (vgl. § 48 Abs. 2 EnWG) zu berücksichtigen ist. Die Leistungen, die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vom Nebenleistungsverbot ausgenommen sind, dienen dazu, im Interesse der Allgemeinheit einen effizienten und umweltverträglichen Netz-

betrieb im Sinne von § 1 Abs. 1 EnWG zu gewährleisten (vgl. Templin, ZNER 2012, 570, 578).

34 (2) Allerdings scheint auch nicht ausgeschlossen, dass es sich bei der Ausnahmebestimmung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV um eine ohnehin überholte Regelung handelt, die jedenfalls seit der Entflechtung von Energieversorgung und Netzbetrieb keine Bedeutung mehr hat.

35 Die Bestimmung ist zum 1. Januar 1992 in Kraft getreten und damit zu einem Zeitpunkt, in dem in Deutschland Stromlieferung und Netzbetrieb in geschlossenen Versorgungsgebieten aus einer Hand erfolgten. Der Konzessionär der Wegerechte war daher stets zugleich der kommunale Stromversorger. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesrat die von ihm gewünschte Erweiterung der Ausnahme vom Nebenleistungsverbot in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV damit begründet, dass das Energieversorgungsunternehmen als langfristig versorgungsberechtigtes und versorgungsverpflichtetes Unternehmen entsprechende Leistungen erbringen können müsse (BR-Drucks. 686/91, Beschluss des Bundesrates, S. 4).

36 Nach der Entflechtung von Netzbetrieb und Stromversorgung kann der Konzessionär aber keine Stellung als "langfristig versorgungsberechtigtes und versorgungsverpflichtetes Unternehmen" mehr haben, so dass die wesentliche Motivation für die Privilegierung bestimmter Leistungen in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV möglicherweise entfallen ist. Das könnte es nahelegen, die unveränderte Fortgeltung der in sich widersprüchlichen Ausnahmeregelung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV als Versehen bei der Novellierung des Energiewirtschaftsrechts anzusehen. Dann mag es hinzunehmen sein, wenn die Norm jedenfalls inzwischen entsprechend ihrem Wortlaut keinen Anwendungsbereich mehr hätte. Dies bedarf indes im Streitfall keiner Entscheidung.

37 2. Selbst im Fall eines Verstoßes von § 7 Abs. 2 und 3 KonzV gegen § 3 KAV wäre der Konzessionsvertrag entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht insgesamt nichtig.

38 a) Anders als das Berufungsgericht meint, kann sich aus § 134 BGB in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV keine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags ergeben.

39 aa) Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ist zwar ein gesetzliches Verbot, das bestimmte Leistungen des Versorgungsunternehmens als Gegenleistung für die Einräumung der Konzession verbietet (vgl. Theobald/Templin in Danner/Theobald, Energierecht, Stand Okt. 2011, KonAV § 3 Rn. 202; Templin, ZNER 2012, 570, 579; Kahl/Schmidtchen, RdE 2012, 1, 5; zum Verbotscharakter des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV vgl. auch Bachert, RdE 2006, 76, 78; Scholz/Stappert/Haus, RdE 2007, 106, 107). Damit handelt es sich aber um eine Höchstpreisregelung, also eine Bestimmung des Preisrechts (Theobald/Templin in Danner/Theobald, aaO KonAV § 3 Rn. 214). Das hat in einer früheren Entscheidung auch das Berufungsgericht angenommen (OLG München, Urteil vom 24. Mai 2012 - U 4936/11 Kart, juris Rn. 45) und im Streitfall zu Recht nicht in Frage gestellt.

40 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt ein Verstoß gegen Preisvorschriften nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags, sondern in Anwendung der in § 134 2. Halbs. BGB normierten Ausnahmeregelung nur zur Teilnichtigkeit der Preisabrede. An die Stelle der unzulässigen Preisvereinbarung tritt der gesetzlich zulässige Preis (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Januar 1984 - VIII ARZ 13/83, BGHZ 89, 316, 319; Urteil vom 23. Juni 1989 - V ZR 289/87, BGHZ 108, 147, 150; Urteil vom 11. Oktober 2007

- VII ZR 25/06, NJW 2008, 55 Rn. 14; ebenso die allgemeine Meinung im Schrifttum, vgl. nur MünchKomm.BGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 134 Rn. 63, 107; Erman/A. Arnold, BGB, 14. Aufl., § 134 Rn. 49 f.; jurisPK-BGB/Nassall, Stand Okt. 2014, § 134 Rn. 157).

41 Zu Unrecht hält das Berufungsgericht diese ständige Rechtsprechung im Streitfall für nicht anwendbar, weil sich die Preisvorschrift des § 3 KAV an beide Vertragspartner richte und weder der Schutz der Gemeinde, die den überhöhten Preis fordert, noch der Schutz des den überhöhten Preis anbietenden Energieversorgers die Aufrechterhaltung des Konzessionsvertrags geböten. Allerdings ist in der Regel anzunehmen, dass ein Rechtsgeschäft nichtig sein soll, wenn sich ein Verbot gegen beide Vertragsparteien richtet (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1991 - VIII ZR 296/90, BGHZ 115, 123, 125; Urteil vom 14. Dezember 1999 - X ZR 34/98, BGHZ 143, 283, 287; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 134 Rn. 8). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr kann sich gemäß § 134 2. Halbs. BGB aus dem Gesetz, also aus Sinn und Zweck der Verbotsnorm, etwas anderes ergeben. Das ist bei preisrechtlichen Bestimmungen der Fall. Vorschriften des Preisrechts wollen nur die Vereinbarung eines unzulässigen Preises verhindern, nicht jedoch insgesamt das Rechtsgeschäft, auf das sich die Parteien geeinigt haben (vgl. Erman/A. Arnold, aaO § 134 BGB Rn. 49; MünchKomm.BGB/Armbrüster, aaO § 134 BGB Rn. 107). Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Verstößen gegen preisrechtliche Vorschriften auch nicht darauf abgestellt, ob es sich um ein- oder zweiseitige Verbote handelt (vgl. etwa BGHZ 89, 316, 319; 108, 147, 150; BGH, NJW 2008, 55 Rn. 14).

42 bb) Anders als die Revisionserwiderung meint, ist ein abweichendes Ergebnis nicht im Hinblick auf den Schutzzweck des § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV geboten. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist auch der Konzessionär,

der durch die Vereinbarung einer nach Konzessionsabgabenrecht unzulässigen Leistungspflicht belastet ist, schutzbedürftig. Im Hinblick auf ihre marktbeherrschende Stellung bei der Konzessionsvergabe (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 16 - Stromnetz Berkenthin) besteht das grundsätzliche Risiko, dass Gemeinden versucht sein können, unangemessene Gegenleistungen für die Gewährung der Wegenutzungsrechte zu verlangen (vgl. Bachert, RdE 2006, 76, 78; Scholz/Stappert/Haus, RdE 2007, 106, 107). Zum Schutz des Konzessionärs ist es deshalb geboten, den Konzessionsvertrag ohne die Verpflichtung zu unzulässigen Nebenleistungen aufrechtzuerhalten.

43 Im Übrigen dient das Höchstpreisrecht der Konzessionsabgabenverordnung auch dem Schutz der Verbraucher vor überhöhten Netzentgelten, da der Konzessionär seinen Aufwand für die Einräumung der Wegerechte auf die Netzentgelte umlegen wird. Dieses Schutzziel der Konzessionsabgabenverordnung wird inzwischen zwar grundsätzlich bereits durch die Regulierung der Netzentgelte erreicht (vgl. Templin, ZNER 2012, 570, 571). Das verändert indes nicht das gesetzgeberische Ziel der Konzessionsabgabenverordnung, die weiterhin - ebenfalls - den Schutz der Energieverbraucher bezweckt.

44 cc) Sofern § 7 Abs. 2 und 3 KonzV überhaupt die Vereinbarung einer unzulässigen Nebenleistung durch die Klägerin enthalten sollten, wären somit allein diese Vertragsklauseln nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV, § 134 BGB nichtig, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts jedoch nicht der Konzessionsvertrag insgesamt.

45 b) Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann sich im Streitfall eine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags auch nicht aus § 139 BGB ergeben. Danach ist bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch

ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Die Parteien haben in § 10 Abs. 5 des Konzessionsvertrags indes eine salvatorische Klausel aufgenommen.

46 Eine solche salvatorische Klausel entbindet zwar nicht von der nach § 139 BGB vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten. Sie weist aber demjenigen, der entgegen der Erhaltensklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält, hierfür die Darlegungs- und Beweislast zu (BGH, Urteil vom 24. September 2002 - KZR 10/01, WuW/E DE-R 1031, 1032 - Tennishallenpacht; Urteil vom 29. September 2009 - EnZR 14/08, WuW/E DE-R 2921 Rn. 30 - Endschaftsbestimmung II). Das Berufungsgericht hat dazu - von seinem Standpunkt aus zu Recht - keine Feststellungen getroffen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich aber jedenfalls, dass den Klauseln über die Unterstützung der Gemeinde bei der Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts (§ 7 Abs. 2 KonzV) und bei der Eigenerzeugung von Strom (§ 7 Abs. 3 KonzV) im Rahmen des Konzessionsvertrags lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Hauptsächlicher Regelungsinhalt des Konzessionsvertrags sind die Einräumung der Wegerechte sowie die Verpflichtung zum Netzbetrieb gegen Entrichtung der dafür in § 3 des Vertrags vereinbarten Konzessionsabgaben. Die in § 7 unter der Überschrift "Zusammenarbeit mit der Gemeinde" aufgeführten weiteren Leistungen des Netzbetreibers sind diesen wesentlichen Regelungen eindeutig nachgeordnet. Auch sind von vornherein die Möglichkeiten eines Netzbetreibers äußerst beschränkt, die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde über die bestehenden gesetzlichen Netzanschlusspflichten hinaus zu fördern. Entscheidend gegen eine Gesamtnichtigkeit spricht schließlich, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 KonzV vereinbarten Klauseln im Falle ihrer Unzulässigkeit mit keinem Netzbetreiber hätten vereinbart werden dürfen, die Gemeinde aber gleichwohl auf jeden Fall zum

Abschluss eines Konzessionsvertrags verpflichtet gewesen wäre, um den Betrieb des Stromnetzes in der Gemeinde zu gewährleisten.

47 Die Klägerin und die Gemeinde Olching hätten den Konzessionsvertrag daher auch ohne die Bestimmungen zur Unterstützung der Gemeinde bei einem Energiekonzept und bei der Eigenerzeugung von Strom abgeschlossen.

48 c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts erfordert schließlich der Schutz der Mitbewerber nicht schon dann die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags, wenn ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vorliegt. Vielmehr tritt diese Rechtsfolge nur dann ein, wenn die unzulässige Leistung kausal für die Auswahlentscheidung war. Das Berufungsgericht hat aber weder festgestellt, dass die Klauseln zum Energiekonzept und zur Eigenerzeugung ein Auswahlkriterium waren, noch dass sie sich in anderer Weise auf die Vergabeentscheidung ausgewirkt haben.

49 Soweit in der Bekanntmachung der Auswahlentscheidung durch die Gemeinde Olching als einer von fünf Gesichtspunkten für die Auswahl des Konzessionärs der "Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen" genannt wurde, liegt nahe, darunter die Förderung der Stromerzeugung durch erneuerbare Energien oder Kleinkraftwerke in Gewerbebetrieben und Privathaushalten des Gemeindegebiets zu verstehen und nicht eine - dann doch wieder auf das Gemeindegebiet bezogen zentrale - Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde. Es ist auch nicht festgestellt oder von der Klägerin geltend gemacht, dass wegen der Bestimmungen des § 7 Abs. 2 und 3 KonzV Bewerber um die Konzessionsvergabe abgelehnt wurden oder kein Angebot abgegeben haben.

50 Hat sich ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV aber nicht auf die Konzessionsvergabe ausgewirkt, so kann der Schutz der Mitbewerber auch nicht die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags erfordern.

51 Dabei kann dahinstehen, ob der Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV aufgrund der zwischenzeitlichen Änderungen der energiewirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen nunmehr auch die Funktion zukommt, Mitbewerber um die Konzessionsvergabe zu schützen, oder ob einem solchen Verständnis - wie die Revision meint - der Umstand entgegensteht, dass ein solcher Schutzzweck bei Erlass der Konzessionsabgabenverordnung im Jahr 1992 nicht beabsichtigt war. Selbst wenn § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV eine Mitbewerber um die Konzession schützende Funktion beigemessen werden könnte, würden sich daraus für sie keine über § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) hinausgehenden Ansprüche ergeben.

52 IV. Damit hält das Berufungsurteil mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auch wenn § 7 Abs. 2 und 3 KonzV gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV verstoßen würden, führte dies auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags. Gleichwohl hat die Revision im Ergebnis keinen Erfolg. Denn das Berufungsurteil stellt sich aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

53 1. Die Konzessionsvergabe an die Klägerin beruht nicht auf einem diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahren. Dadurch ist die Beklagte, die sich ebenfalls um die Konzession beworben hatte, gem. § 20 GWB aF (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB) unbillig behindert worden. Diese Unbilligkeit führt, wie der Senat nach dem Urteil des Berufungsgerichts entschieden hat, im Streitfall zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags (vgl. BGHZ 199,

289 Rn. 99, 101 - Stromnetz Berkenthin). Das kann das Revisionsgericht auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

54 a) Das für die Konzessionsvergabe geltende Transparenzgebot verlangt, dass allen Bewerbern die von der Gemeinde angewandten Auswahlkriterien und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 44 bis 48, 72 f. - Stromnetz Heiligenhafen). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, dass dies bei dem Verfahren der Konzessionsvergabe durch die Gemeinde Olching nicht der Fall war. Die Aufforderung zur Interessenbekundung vom 28. März 2008 enthielt keine Angaben zu den Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung.

55 Das von der Klägerin angeführte Schreiben der Gemeinde Olching vom 6. Juli 2007, mit dem diese allen Bewerbern um den neuen Konzessionsvertrag ihre Kriterien für die Neuvergabe mitgeteilt haben soll, ist für eine transparente Information aller potentiellen Bewerber schon deshalb ungeeignet, weil es vor der Bekanntmachung vom 28. März 2008 versandt wurde und deshalb alle diejenigen Interessenten, die sich aufgrund der Bekanntmachung zu einer Interessenbekundung veranlasst sahen, nicht erreichen konnte. Im Übrigen wird in diesem Schreiben allein das Interesse an einer Beteiligung an einer kommunalen Gesellschaft abgefragt, die den Netzbetrieb in Olching übernehmen soll. Mit dem aus § 46 Abs. 1 EnWG folgenden Gebot diskriminierungsfreier Vergabe ist es aber unvereinbar, den Kreis möglicher Konzessionäre von vornherein auf kommunale Beteiligungsgesellschaften zu beschränken (vgl. BGH, WuW/E DE-R 4139 Rn. 31 bis 42 - Stromnetz Heiligenhafen; BGHZ 199, 289 Rn. 95 - Stromnetz Berkenthin). Durch Erläuterungen zu einem unzulässigen Auswahl-

verfahren können bei der Konzessionsvergabe bestehende Informationspflichten nicht erfüllt werden.

56 Dem mit Schreiben vom 27. März 2009 übermittelten Fragenkatalog, den die Gemeinde Olching nach Vortrag der Klägerin auch der Beklagten übersandt haben soll, sind die laut der Bekanntmachung der Gemeinde Olching vom 11. September 2009 bei der Vergabeentscheidung angewandten Kriterien und ihre Gewichtung ebenfalls nicht zu entnehmen. Es kommt hinzu, dass ein erheblicher Teil der dort gestellten Fragen sachwidrig ist, weil er - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - keinen Bezug zum Netzbetrieb aufweist und allein den Energievertrieb oder die Energieerzeugung betrifft.

57 b) Unabhängig davon sind die von der Gemeinde Olching lt. Bekanntmachung vom 11. September 2009 bei der Konzessionsvergabe angewandten Kriterien weitgehend unzulässig und im Übrigen unvollständig.

58 So betrifft das Kriterium "Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort" weder konzessionsabgabenrechtlich zulässige Nebenleistungen noch steht es mit der Ausrichtung des Netzbetriebs auf die Ziele des § 1 EnWG in Zusammenhang (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 47 - Stromnetz Berkenthin). Das beim Netzbetrieb vorrangige Ziel der Versorgungssicherheit (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 83 f. - Stromnetz Berkenthin) fehlt bei den veröffentlichten Entscheidungskriterien vollständig. Schließlich spricht bei dem Kriterium "Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur" viel dafür, dass danach allein Angebote mit einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung für die Gemeinde Olching berücksichtigt werden sollten, ohne dass erkennbar ist, warum berechnigte Interessen der Gemeinde hinsichtlich der Einflussnahme auf den Netzbetrieb nicht auch durch vertragsrechtliche Regelungen hätten gewahrt werden können (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 97 - Stromnetz Berkenthin).

59 c) Diese Fehler bei der Konzessionsvergabe führen im Streitfall zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags. Infolgedessen ist die Klägerin nicht "neues Energieversorgungsunternehmen" im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF geworden. Ihr stehen aus dieser Vorschrift keine Ansprüche gegen die Beklagte zu.

60 d) Der Nichtigkeitseinwand ist nicht verwirkt. Dabei kann weiterhin dahinstehen, ob Einwendungen aus § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. § 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. 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; BGHZ 199, 289 Rn. 118 f. - Stromnetz Berkenthin). Die Voraussetzungen hierfür liegen im Streitfall schon angesichts der bis zu den Entscheidungen des Senats vom 17. Dezember 2013 in den Verfahren "Stromnetz Berkenthin" (BGHZ 199, 289) und "Stromnetz Heiligenhafen" (WuW/E DE-R 4139) unklaren Rechtslage nicht vor.

61 2. Die Klägerin hat auch keine Ansprüche gegen die Beklagte aus abgetretenen Rechten der Gemeinde Olching aus der Endschaftsbestimmung in § 5 Nr. 1.1 des Alt-Konzessionsvertrags.

62 Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, fehlt es bereits an der Voraussetzung für die Entstehung des vertraglichen Rechts, das gemeindliche Stromnetz zu erwerben, weil weder die Gemeinde noch "ein gemeindliches Unternehmen neues Energieversorgungsunternehmen" geworden

ist. Denn der neue Konzessionsvertrag ist unwirksam, so dass die Klägerin nicht "neues Energieversorgungsunternehmen" ist.

63 Zudem steht der Durchsetzung des Anspruchs aus einer Endschaftsbestimmung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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 (BGHZ 199, 289 Rn. 122 - Stromnetz Berkenthin). Der an die Klägerin abgetretene Anspruch war schon vor der Abtretung mit diesem Einwand behaftet, weil die Abtretung am 10. Mai 2010 erfolgte, also erhebliche Zeit nach Abschluss des Auswahlverfahrens für den neuen Konzessionär und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem die auf die unbillige Behinderung durch die rechtlich fehlerhaften Auswahlkriterien gestützten Einwendungen der Beklagten und der anderen Mitbewerber bereits entstanden waren.

64 V. Die Revision ist somit auf Kosten der Klägerin zurückzuweisen.

Limperg

Raum

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 01.08.2012 - 37 O 19383/10 -

OLG München, Entscheidung vom 26.09.2013 - U 3587/12 Kart -