



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

EnZR 33/13

Verkündet am:  
18. November 2014  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Stromnetz Schierke

EnWG § 46 Abs. 3 Satz 3

- a) Die öffentliche Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags und des Vertragsendes hat nach § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger zu erfolgen.
- b) Konzessionsverträge, die unter Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG geschlossen worden sind, sind gemäß § 134 BGB grundsätzlich nichtig.

BGH, Urteil vom 18. November 2014 - EnZR 33/13 - OLG Celle  
LG Hannover

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 2014 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 23. Mai 2013 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1        Die Parteien streiten um die Wirksamkeit eines zwischen ihnen geschlossenen Konzessionsvertrags.
- 2        Die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: Klägerin) hatte mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der Gemeinde Schierke im Harz, am 7./19. Juni 1991 einen Konzessionsvertrag über die öffentliche Versorgung mit elektrischer Energie mit einer Laufzeit von 20 Jahren geschlossen. Im Juli 2006 vereinbarten die Klägerin und die Gemeinde Schierke in der Absicht, den Konzessionsvertrag vorzei-

tig zu verlängern, eine Beendigung dieses Vertrags mit Wirkung zum 31. Mai 2008. Dies gab die Gemeinde Schierke daraufhin im Deutschen Ausschreibungsblatt bekannt. Zugleich forderte sie darin Energieversorgungsunternehmen, die an dem Abschluss eines Wegenutzungsvertrags interessiert waren, zu einer Interessebekundung "innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Veröffentlichung der Bekanntmachung (bis 12. Februar 2007)" auf. Es meldete sich nur die Klägerin, woraufhin die Gemeinde Schierke mit ihr am 24. Mai/20. Juni 2007 einen neuen Konzessionsvertrag schloss, der wiederum eine Laufzeit von 20 Jahren hatte.

3           Am 1. Juli 2009 wurde die Gemeinde Schierke in die Beklagte eingemeindet. Mit Schreiben vom 15. September 2009 machte die Beklagte gegenüber der Klägerin die Unwirksamkeit des Konzessionsvertrags vom 24. Mai/20. Juni 2007 mit der Begründung geltend, die vorzeitige Beendigung des Vorgängervertrags sei nicht entsprechend den Vorgaben des § 46 Abs. 3 EnWG im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden. Im Mai 2010 machte die Beklagte im Bundesanzeiger bekannt, dass "der Konzessionsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes der allgemeinen Versorgung im Ortsteil Schierke vorzeitig ende(t)" und sie beabsichtige, zum 1. Januar 2011 einen neuen Stromkonzessionsvertrag für den Ortsteil abzuschließen. Am 9. Dezember 2010 beschloss der Stadtrat der Beklagten, die Stromkonzession für den Ortsteil Schierke an die Stadtwerke W.       GmbH zu vergeben. Dies teilte sie der Klägerin mit Schreiben vom 20. Dezember 2010 mit.

4           Mit ihrer im April 2011 erhobenen Klage begeht die Klägerin die Feststellung der Wirksamkeit des Konzessionsvertrags vom 24. Mai/20. Juni 2007. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begeht die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist unbegründet.

I.

6 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (OLG Celle, RdE 2013, 335) im Wesentlichen wie folgt begründet:

7 Die Feststellungsklage der Klägerin sei zwar zulässig, aber unbegründet. Der Konzessionsvertrag vom 24. Mai/20. Juni 2007 sei nach § 134 BGB unwirksam, weil die vorzeitige Beendigung des Vertrags vom 7./19. Juni 1991 nicht in der von § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG geforderten Form bekannt gemacht worden sei. Dies könne nämlich - wie im Fall des § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG - nur durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger erfolgen. Wie die Formulierung "öffentlich bekannt zu geben" in § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG zu verstehen sei, sei umstritten. Wortlaut und Gesetzesmaterien seien insoweit unergiebig. Eine systematische Auslegung ergebe jedoch, dass diese Formulierung genauso zu begreifen sei wie in § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG. Hierfür spreche auch der Sinn und Zweck der Vorschrift, der einen Wettbewerb um die Netze gewährleisten solle, weshalb für beide Fallkonstellationen des § 46 Abs. 3 EnWG dasselbe Veröffentlichungsmedium maßgebend sein müsse.

8 Der Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG habe zur Folge, dass der Konzessionsvertrag vom 24. Mai/20. Juni 2007 nach § 134 BGB unwirksam sei. Die Vorschrift des § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG wende sich zwar nur an einen Vertragspartner; es wäre aber mit dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift nicht vereinbar, einen unter Verstoß gegen die Vorschrift zustande gekommenen Vertrag Bestand haben zu lassen.

9        Die Beklagte könne sich auch auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen. Insbesondere stehe dem nicht der Einwand widersprüchlichen Verhaltens entgegen. Zwar habe die Rechtsvorgängerin der Beklagten die Nichtigkeit des Vertrags selbst herbeigeführt; die Regelung des § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG diene aber nicht dem Schutz der Kommunen, sondern dem Schutz Dritter. Des Weiteren könne der Beklagten nicht die Vorschrift des § 101b Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 GWB entgegengehalten werden, wonach in Vergabeverfahren später als sechs Monate nach Vertragsschluss die Unwirksamkeit von Verträgen nicht geltend gemacht werden könne. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift komme von vornherein nicht in Betracht. Eine entsprechende Anwendung scheitere am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke im Energiewirtschaftsgesetz.

## II.

10        Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Das Berufungsgericht hat zu Recht den zwischen den Parteien geschlossenen Konzessionsvertrag vom 24. Mai/20. Juni 2007 als nichtig angesehen.

11        1. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass die öffentliche Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags und des Vertragsendes nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger zu erfolgen hat. Dies folgt aus § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG.

12        a) Im Schrifttum ist umstritten, ob die öffentliche Bekanntgabe nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG ebenso zu erfolgen hat wie die Bekanntmachung des Vertragsendes eines Konzessionsvertrags nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG, d.h. durch Veröf-

fentlichung im Bundesanzeiger. Von der überwiegenden Auffassung wird die Frage im Hinblick auf den Zweck der Regelung bejaht (vgl. Albrecht in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 9 Rn. 100; Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 46 Rn. 64; BerlKommEnR/Wegner, 2. Aufl., EnWG, § 46 Rn. 110; Theobald in Danner/Theobald, Energierecht, Stand April 2014, § 46 EnWG Rn. 148; Dierkes, EnWZ 2013, 376; Nonnen, IR 2013, 157, 158; Pippke/Gaßner, RdE 2006, 33, 37; Thomale/Kießling, N&R 2008, 166, 173). Eine Gegenmeinung lehnt dies ab und hält im Rahmen des § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG eine Veröffentlichung in der örtlichen Presse oder im örtlichen Amtsblatt für ausreichend (vgl. Klemm, VersorgW 2005, 197, 201).

- 13                   b) Der herrschenden Ansicht ist zuzustimmen.
- 14                   aa) Die Frage, wie nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG die öffentliche Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags und des Vertragsendes zu erfolgen hat, wird durch den Wortlaut der Vorschrift nicht beantwortet. Danach sind diese beiden Umstände lediglich "öffentlich bekannt zu geben", ohne dass hierfür ein bestimmtes Medium genannt wird.
- 15                   bb) Für eine zwingende Veröffentlichung der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags im Bundesanzeiger spricht jedoch die Systematik des § 46 Abs. 3 EnWG. Diese Vorschrift regelt in den Sätzen 1 und 2 zunächst die Grundkonstellation des Ablaufs eines Konzessionsvertrags nach § 46 Abs. 2 EnWG. Danach hat die Gemeinde spätestens zwei Jahre vor Ablauf des Konzessionsvertrags das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt zu machen; bei Gemeinden mit mehr als 100.000 an das Versorgungsnetz unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. In den Sätzen 3 und 4 des § 46 Abs. 3 EnWG wird die davon abweichende Variante einer vorzeitigen Verlängerung des Konzessionsver-

trags geregelt. Dabei werden die Vorgaben der Sätze 1 und 2 lediglich dahingehend modifiziert, dass die vorzeitige Beendigung des Konzessionsvertrags und das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben sind und der neue Vertragsschluss frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen darf. Eine abweichende Bestimmung für die Form der öffentlichen Bekanntgabe enthalten diese Regelungen dagegen nicht, so dass davon auszugehen ist, dass es insoweit bei der Vorgabe der Sätze 1 und 2 bleiben soll.

16 cc) Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Gesetzesmaterialien nicht in Frage gestellt, sondern eher noch gestützt. Die Revision weist zwar zu Recht darauf hin, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes den im weiteren Gesetzgebungsverlauf übernommenen Änderungsvorschlag zu § 46 Abs. 3 Satz 3 (im Entwurf noch Satz 2) damit begründet hat, "die Bekanntmachung über die Beendigung der Verträge sollte in geeigneter Form im Bundesausschreibungsblatt, Bundesanzeiger, Internet, mindestens aber in der überörtlichen Presse bekannt gemacht werden, damit eine möglichst breite interessierte Öffentlichkeit Zugang zu dieser Information erlangen kann" (BR-Drucks. 613/04 (Beschluss), S. 35). Diese Begründung ist aber durch den weiteren Gesetzgebungsverlauf überholt. Sie ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass in der Entwurfsversion des § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG nur eine Bekanntgabe "in geeigneter Form" vorgesehen war, die später durch den federführenden Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit in die Bekanntgabe "durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger" und für Gemeindegebiete mit mehr als 100.000 Kunden durch "Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union" konkretisiert wurde (BT-Drucks. 15/5268, S. 54, 122). Der Änderungsvorschlag des Bundesrates wurde insoweit zunächst nicht aufgegriffen, sondern erst im anschließenden Vermittlungsverfahren in § 46 Abs. 3 EnWG eingefügt. Dafür, dass der Gesetzgeber die Form der öffentlichen Bekanntgabe in § 46

Abs. 3 Satz 3 EnWG anders, d.h. weiter, verstanden wissen will als in dessen Satz 1, lassen sich den Gesetzesmaterialien keine Anhaltspunkte entnehmen.

17 dd) Entscheidend für einen Gleichlauf der Form der Bekanntmachung in den beiden in § 46 Abs. 3 EnWG geregelten Fällen spricht schließlich der Zweck der Vorschrift. § 46 EnWG soll einen Wettbewerb um die Netze ermöglichen. Damit soll - was § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG zeigt - das energiewirtschaftliche Ziel des § 1 EnWG einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas erreicht werden. Vor diesem Hintergrund dienen die Bekanntmachungspflichten des § 46 Abs. 3 Satz 1 und 3 EnWG der Information der Öffentlichkeit, damit sich andere Unternehmen um die Wegenutzungsrechte bewerben können, um damit zugleich der Gemeinde eine Bestenauslese zu ermöglichen. Nur wenn bekannt ist, dass ein Wegenutzungsvertrag zum Neuabschluss ansteht, kann auch ein Wettbewerb entstehen (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 21). Insoweit hat sich der Gesetzgeber in § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG dafür entschieden, dass die Bekanntmachung (ausschließlich) im Bundesanzeiger und gegebenenfalls zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen hat. Damit können sich die interessierten Unternehmen bei der Suche nach neuen Konzessionsvergaben auf ein bzw. zwei Veröffentlichungsorgane beschränken.

18 Dieser Gesetzeszweck gilt für die Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG gleichermaßen. Für eine unterschiedliche Behandlung besteht kein sachlicher Grund. Ein solcher wird auch von der Revision nicht aufgezeigt. Ganz im Gegenteil ist gerade im Hinblick auf die nach § 46 Abs. 3 Satz 4 EnWG abgekürzte Frist für den neuen Vertragsabschluss und die damit verbundene Gefahr einer Aushöhlung der in § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG vorgesehenen Laufzeitbeschränkung von 20 Jahren eine einheitliche Form der Bekanntgabe geboten.

- 19           2. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass der Konzessionsvertrag vom 24. Mai/20. Juni 2007 wegen Verstoßes gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG nach § 134 BGB nichtig ist.
- 20           Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Konzessionsvertrag nach § 134 BGB nichtig, wenn die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen nicht genügt und damit eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vorliegt, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (vgl. Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 54 ff. und 101 ff. - Stromnetz Berkenthin - und KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 50 ff. - Stromnetz Heiligenhafen; Senatsbeschluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13, WuW/E DE-R 4322 Rn. 53 - Stromnetz Homberg). Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG führen zu einem langfristigen faktischen Ausschluss aller anderen Bewerber um den Netzbetrieb. Es ist nicht möglich, 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 (Senatsurteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 105 mwN - Stromnetz Berkenthin).
- 21           Dies gilt auch im Falle eines Verstoßes gegen die Bestimmung des § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG über die Form der Bekanntgabepflicht. Wie oben dargelegt, dient die Form der Bekanntgabe der Ermöglichung eines Wettbewerbs um die Netze, deren ordnungsgemäße Erfüllung das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt. Nur wenn bekannt ist, dass ein Wegenutzungsvertrag zum Neuabschluss ansteht, kann auch ein Wettbewerb entstehen. Dazu müssen sich interessierte Unternehmen darauf verlassen können, dass der Ablauf eines Konzessionsvertrags oder seine vorzeitige Beendigung in dem gesetzlich vor-

gesehenen Veröffentlichungsorgan bekannt gemacht werden. Entgegen der Auffassung der Revision kann daher der Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG weder durch die Veröffentlichung in einem anderen Veröffentlichungsmedium - unabhängig von dessen Verbreitung - als geheilt oder als unerheblich angesehen werden noch die Nichtigkeitsfolge mit dem Hinweis auf die Möglichkeit kommunalaufsichtsrechtlicher Maßnahmen verneint werden. Anders als die Revision meint, musste das Berufungsgericht auch keine Feststellungen dazu treffen, ob sich der Verstoß gegen die Bekanntgabepflicht konkret ausgewirkt hat. In der vorliegenden Konstellation kommt eine Feststellung, dass sich der Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG zweifelsfrei nicht auf das Auswahlergebnis auswirken konnte (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 99 - Stromnetz Berkenthin), von vornherein nicht in Betracht. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass sich bei ordnungsgemäßer Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung des Konzessionsvertrags im Bundesanzeiger weitere Unternehmen um die Konzession beworben hätten, die Chancen auf den Zuschlag gehabt hätten.

22           3. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass sich die Beklagte auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags vom 24. Mai/20. Juni 2007 berufen kann.

23           a) Der Nichtigkeitseinwand ist nicht verwirkt. Die Beklagte ist nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens daran gehindert, die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags geltend zu machen. 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. Senat, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 119 mwN - Stromnetz Berkenthin; Be-

schluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13, WuW/E DE-R 4322 Rn. 65 - Stromnetz Homberg). Die Voraussetzungen dafür liegen hier nicht vor.

- 24 b) Ein Einwendungsausschluss zulasten der Beklagten ergibt sich auch nicht aus einer entsprechenden Anwendung der vergaberechtlichen Präklusionsvorschriften, wie etwa des § 101b Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 GWB. Diese sind Bestandteil eines gesetzlich geregelten Vergabeverfahrens und können nicht isoliert auf das - nicht näher geregelte - Verfahren der Konzessionsvergabe übertragen werden (Senat, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 112 - Stromnetz Berkenthin; Beschluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13, WuW/E DE-R 4322 Rn. 61 - Stromnetz Homberg).

Limperg

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 12.09.2012 - 21 O 16/12 -  
OLG Celle, Entscheidung vom 23.05.2013 - 13 U 185/12 (Kart) -