

Zur Wirksamkeit eines Konzessionsvertrags trotz Verstoßes gegen das Nebenleistungsverbot

Urteilsgründe der BGH-Entscheidung „Stromnetz Olching“ vom 07.10.2014 (EnZR 86/13) veröffentlicht

Sachverhalt: Der Bundesgerichtshof hatte im Verfahren „Stromnetz Olching“ im Rahmen einer Stromnetzübernahme erneut über die Wirksamkeit eines Konzessionsvertrags zu entscheiden. Der Altkonzessionär verweigerte die Herausgabe des Netzes mit der Begründung, ein Übereignungsanspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG bestehe nicht, da der neu abgeschlossene Konzessionsvertrag nichtig sei. Die Nichtigkeit begründete der Altkonzessionär damit, dass der Vertrag in § 7 folgende Regelungen enthielt, die gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV verstießen:

Abs. 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.“

Abs. 3: „Die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde wird dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, von der Gesellschaft unterstützt. ...“

Der neue Konzessionär klagte daraufhin gegen den Altkonzessionär und verlangte die Übereignung des Netzes.

Verfahrensgang: Sowohl das LG München (Az. 37 O 19383/10) als auch das OLG München (Az. U 3587/12 Kart) haben die Klage des neuen Konzessionärs abgewiesen. Sie folgten der Auffassung des abgebenden Netzbetreibers, § 7 Abs. 2 und 3 des Konzessionsvertrags verstießen gegen das Nebenleistungsverbot, was zu einer Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages führe.

Der BGH hat das Urteil des OLG München im Ergebnis zwar bestätigt, begründet die Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrags aber nicht mit Verstößen gegen das Nebenleistungsverbot, sondern mit anderen Fehlern im Konzessionsierungsverfahren, das den in seinen Urteilen KZR 65/12 und KZR 66/12 v. 17.12.2013 aufgestellten Anforderungen (siehe unser Mandantenrundbrief 1/2014) nicht entsprechen habe.

Keine generelle Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages bei Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot: Die Vereinbarung von nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässigen Nebenleistungen führt nach den Feststellungen des BGH nicht zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages (§ 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 (Leitsatz).

Im Fall der Gemeinde Olching sah der BGH keine Anhaltspunkte dafür, dass die möglicherweise unzulässigen Ne-

benleistungen kausal für die Auswahlentscheidung der Gemeinde waren.

Unentgeltliche oder zu einem Vorzugspreis erbrachte Leistungen: Der BGH hat präzisiert, wann eine Leistung „unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis“ i.S.d. § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV angeboten wird. Dies sei der Fall, wenn hierfür von der Gemeinde kein marktüblicher Preis als Gegenleistung zu zahlen ist. Wie hoch der Aufwand für die Erbringung der Leistung beim Energieversorgungsunternehmen ist, sei dabei nicht maßgeblich.

Umfang des Nebenleistungsverbots des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV: Der BGH scheint der Ansicht zu sein, dass ein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot nur dann in Betracht kommt, wenn eine Leistung angeboten wird, die nicht im Zusammenhang mit dem typischen Inhalt eines Konzessionsvertrages steht. Welche Leistungen das sind, wurde vom BGH nicht weiter konkretisiert.

Die Regelungen des § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 stellen nach BGH für die Gemeinde einen geldwerten Vorteil dar und verstoßen somit gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV. Zur Frage, ob § 7 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 ebenfalls unzulässige Nebenleistungen enthalten, legt sich der BGH nicht abschließend fest.

§ 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 2 KAV „nicht eindeutig“ (Rn. 28): Der BGH beschäftigt sich außerdem mit der Auslegung der in § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 2 KAV geregelten Ausnahme von der Ausnahme, ohne hierzu abschließend Position zu beziehen. Es sei nicht ausgeschlossen, dass es sich um „eine ohnehin überholte Regelung handelt, die ... keine Bedeutung mehr hat“ (Rn. 34).

Fazit: Zur Auslegung der Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV bringt das Urteil nur wenig Klärung. Anders als in den vorangegangenen Urteilen KZR 65/12, KZR 66/12 und EnVR 10/13 wollte der Senat offenbar zu diesen nicht entscheidungserheblichen Fragen keine Klarheit im Rahmen eines Obiter Dictum schaffen. Bei der Einschätzung, ob bestehende Konzessionsverträge wegen eines Verstoßes gegen das Nebenleistungsverbot nichtig sind, verbleibt ebenfalls eine erhebliche Rechtsunsicherheit, zumal die angegriffenen Regelungen bundesweit in zahlreichen Konzessionsverträgen enthalten sind.

Immerhin ist mit diesem Urteil klar, dass nicht alle Verstöße gegen das Nebenleistungsverbot automatisch zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen. Dies dürfte vielen Vertragspartnern eines Konzessionsvertrages neue Argumente an die Hand geben.

www.kbk-anwaelte.de
www.energienetzrecht.de
info@kbk-anwaelte.de