

---

# **Verfahrensfehler und deren Rechtsfolgen im Konzessionsvergabeverfahren für Strom und Gas**

---

enreg. Institut für Energie- und Regulierungsrecht Berlin  
Workshop zum Energierecht

Berlin, 02.07.2013

Rechtsanwalt Dennis Tischmacher, Mag. rer. publ.

- BBH gibt es als Sozietät seit 1991.
- Wir sind eine Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern - mit Ingenieuren und weiteren Experten in unserer Becker Büttner Held Consulting AG.
- Über 500 Mitarbeiter, darunter mehr als 250 Berufsträger, arbeiten für Sie.
- Wir betreuen über 3.000 Mandanten.
- Wir sind die führende Kanzlei für die Energie- und Infrastrukturwirtschaft.
- BBH ist bekannt als „die“ Stadtwerke-Kanzlei. Tatsächlich sind wir das. Wir sind aber auch viel mehr. In Deutschland und auch in Europa.
- Die dezentralen Versorger, die Industrie, Verkehrsunternehmen, Investoren, Intermediäre sowie die Politik, z. B. die Europäische Kommission, die Bundesregierung, die Bundesländer und die öffentlichen Körperschaften u. v. a. m. schätzen BBH.

# Dennis Tischmacher, Rechtsanwalt



Dennis Tischmacher  
Rechtsanwalt



Counsel

Kontakt:

[dennis.tischmacher@bbh-online.de](mailto:dennis.tischmacher@bbh-online.de)

Tel.: 030/611 28 40-115

- geboren 1978 in Landau/Pfalz
- 1998 - 2004 Studium der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.
- 2004 - 2006 Referendariat in Frankenthal, Mannheim und Kapstadt
- 2007 - 2009 Justitiar und Dezernatsbeauftragter des Landkreises Südliche Weinstraße
- 2008 - 2009 Studium zum Magister der Verwaltungswissenschaften an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften
- seit 2009 Rechtsanwalt bei BBH Berlin

**Tätigkeitsschwerpunkte: Konzessionsvertragsrecht,  
Konzessionsabgabenrecht, Netzübernahmen sowie  
kommunales Wirtschaftsrecht**

- I. Typisiertes Konzessionsvergabeverfahren
- II. Potentielle Fehler im Verfahren
- III. Nichtigkeit des Konzessionsvertrages nach §134 BGB - Voraussetzungen
- IV. Verstoß gegen Verbotsgesetz?
- V. Abwägung im Rahmen des § 134 BGB
- VI. Fazit

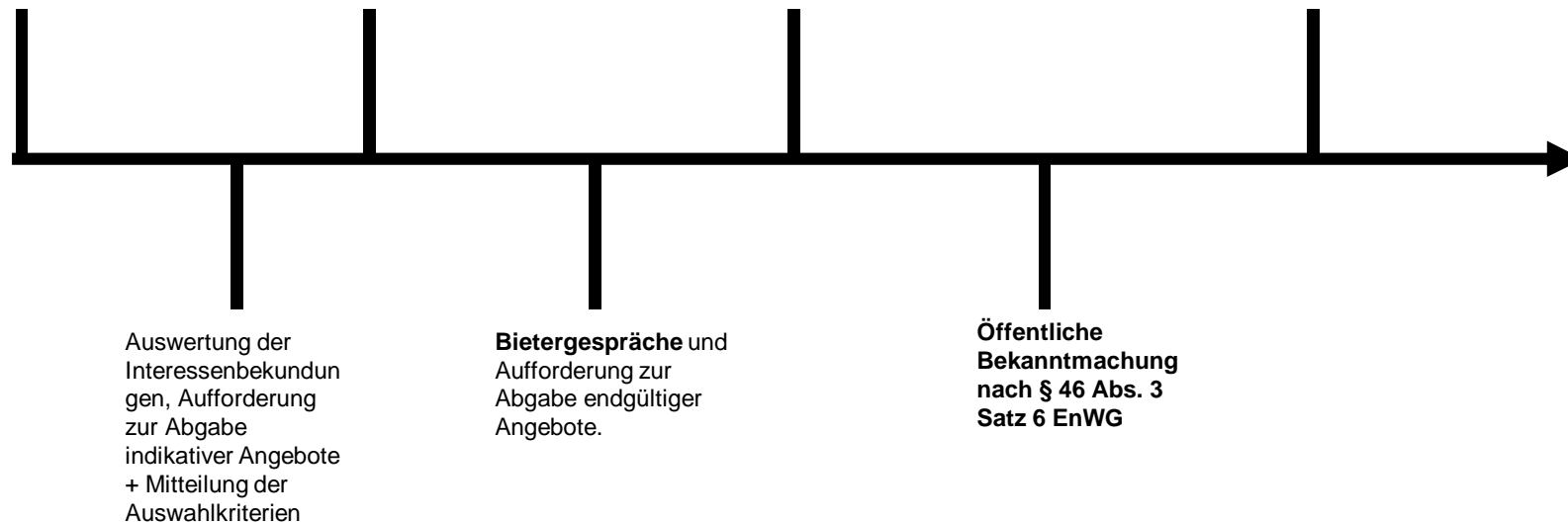
# Typisiertes Konzessionsvergabeverfahren

**Bekanntmachung**  
**§ 46 Abs. 3 S. 1**  
**EnWG** spät. 2 Jahre  
vor Ablauf des  
Alt.KonzVertrages,  
Aufforderung zur  
Abgabe Interessen-  
bekundung.  
Bereitstellung  
relevanter Netzdaten

Auswertung der  
indikativen Angebote  
und Einladung zu  
Bietergesprächen.

**Auswertung  
der Angebote  
und Auswahl-  
entscheidung**

**Abschluss neuer  
Konzessionsvertrag**



- Keine Bekanntmachung Vertragsende  
(*OLG Düsseldorf Urt. v. 12.3.08, Az. VI-2 U (Kart) 8/07*)
- Fehlerhafte Bekanntmachung  
(z.B. *OLG Celle, Urt. v. 23.05.2013, Az. 13 U 185/12 Kart*)
- Bekanntmachung, aber kein Verfahren (In-House?)  
(*BKartA Beschl. v. 21.11.11, Az. B10-17-11*  
(*Markkleeberg*))

- Materiell rechtswidrige Auswahlkriterien  
(*OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012, Az. 16 U (Kart) 21/11 und 22/11*)
- Keine klare, einheitliche Gewichtung und/oder Festlegung der Auswahlkriterien  
(*LG Mannheim, Urt. v. 03.05.2013, Az. 22 O 33/12 Kart; OVG NRW Beschl. v. 10.2.12, Az. 11 B 1187/11, EuGH, Urt.v. 18.11.2010, Rs C-226/09*)
- Vereinbarung unzulässiger Nebenleistungen i.S.d. § 3 KAV  
(*LG München, Urt. v. 01.08.2012, Az. 37 O 22218/11*)
- Fehlerhafte Auswertung durch die Gemeinde  
(*OLG Hamm, Urt.v. 26.09.2012, Az. I-12 U 142/12, LG Köln, Urt.v. 07.11.2012, Az. 90 O 59/12*)

- Relevanz der Rechtsverhältnisse: Wirksamkeit des Konzessionsvertrages wird derzeit regelmäßig im Rechtsverhältnis Neukonzessionär ↔ Altkonzessionär geprüft
  - aber: LG Mannheim (*Urt. v. 03.05.2013, Az. 22 O 33/12 Kart*): Gesetzgeberischer Wille aus §§ 101a, 101b GWB sieht Prüfung im Verhältnis Bewerber ↔ Auftraggeber vor
  
- **§ 134 BGB**: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein **gesetzliches Verbot** verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz **ein anderes** ergibt.



# Nichtigkeit des Konzessionsvertrages, Voraussetzungen des § 134 BGB

## Konsequenz:

### Nichtigkeit (+),

falls Verstoß gegen **Verbotsgesetz**

- Untersagung bestimmter Rechtsgebiete oder Handlungen
- Zwingender Charakter nur Indizfunktion
- Auslegung erforderlich
- vergaberechtliche Bestimmungen grundsätzlich keine Verbotsgesetze

und

„sich nicht **ein anderes** ergibt“

Fallgruppen durch Rechtsprechung entwickelt:

- Zweiseitiges Verbotsgesetz  
➔ Rechtsgeschäft i. d. R. nichtig
- Einseitiges Verbotsgesetz  
➔ Rechtsgeschäft i. d. R. wirksam, nur ausnahmsweise nichtig, **wenn es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen** (BGHZ, 65, 370, st. Rspr.)

1. Liegt überhaupt Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vor?
2. Ist Verstoß zweiseitig (d.h. Gemeinde und Neukonzessionär)?
3. Ist es bei nur einseitigem Verstoß ausnahmsweise gerechtfertigt, dennoch die Nichtigkeit des neu geschlossenen Konzessionsvertrages anzunehmen (**Abwägung**)?

Fehler („formeller Art“)	Verletzte Norm	Norm = Verbotsgesetz?	einseitig/ zweiseitig
Keine Bekanntmachung	§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG §§ 19, 20 GWB	✓ ✓	einseitig
Fehlerhafte Bekanntmachung	§ 46 Abs. 3 Satz 1, 3 EnWG §§ 19, 20 GWB	✓ ✓	einseitig
Bekanntmachung, aber kein Verfahren	§§ 19, 20 GWB	✓	einseitig

# Verbotsgesetze

Fehler („materieller Art“)	Verletzte Norm	Norm = Verbotsgesetz?	einseitig/ zweiseitig
unklare Gewichtung / Nachträgliche Änderung d. Auswahlkriterien	§§ 19, 20 GWB	✓	einseitig
Ziele § 1 EnWG nicht ausreichend beachtet	§ 46 Abs. 3 S. 5 i.V.m. § 1 EnWG §§ 19, 20 GWB	(-) nur dahingehend, §1 überhaupt zu beachten	einseitig
Diskriminierende Auswahlkriterien	§§ 19, 20 GWB § 46 Abs. 1 EnWG ?	✓	einseitig
Unzulässige Nebenleistungen in Vertrag vereinbart	§ 3 KAV	✓	<b>zweiseitig</b>

- Nur bei Verstoß gegen § 3 KAV liegt zweiseitiger Verstoß gegen Verbotsgesetz vor.
  - ⇒ Nichtigkeit (+)
  - ⇒ Teilnichtigkeit durch salvatorische Klausel?
  
- Bei allen anderen aufgeführten Fehlern verstößt alleine Gemeinde gegen Verbotsgesetz.
  - ⇒ Nichtigkeit ausnahmsweise nur, falls Abwägung dies ergibt.
  - ⇒ Abwägung durch Gericht: OLG Schleswig (-)  
LG Mannheim (+)  
OLG Düsseldorf 2008 (+)

- **Zweck** des Verbotsgesetzes:
  - § 46 EnWG: Erleichterung des Wettbewerbs (BT-Drs. 13/72 74, S. 13)
  - § 19 GWB: Angehörige der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen (= Bewerber) sollen in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit vor der Machtausübung der marktbeherrschenden Unternehmen (= Gemeinde) geschützt werden
  - § 20 GWB: Gerichtet gegen Störungen des Marktgeschehens durch Behinderung und Diskriminierung
  - § 3 KAV: Wettbewerbsschutz?
- **Interessen** der anderen Vertragspartei (Neukonzessionär) als unbeteiligten Dritten
- Verbotsgesetz betrifft nur Art des Zustandekommens, nicht Inhalt des Vertrages
- **Rechtsschutzmöglichkeiten** der unterlegenen Bewerber / Wird Zweck des Verbotsgesetzes auf „mildere Weise“ erwirkt?

# Fehlende Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG

<b>Zweck des Gesetzes</b>	§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG	Förderung von Wettbewerb (BT-Drs. 13/2724, S. 21) - hat keine Chance (OLG Düsseldorf 12.03.2008) - wird vollständig unterbunden
	§§ 19, 20 GWB	– wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Bewerbers völlig unterbunden (§ 19 GWB) – Markt, der nicht gestört werden darf, wird von vorneherein nicht geschaffen (§ 20 GWB)
<b>übrige Abwägungsgründe</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Mangels Kenntnis von Verfahren keine Rechtsschutzmöglichkeiten interessierter anderer EVU</li> <li>– Kein schützenswertes Interesse der anderen Vertragspartei</li> </ul>	

 Nichtigkeit 

<b>Zweck des Gesetzes</b>	§ 46 Abs. 3 Satz 1, 3 EnWG	Förderung von Wettbewerb (BT- Drs. 13/2724, S. 21) -hat keine Chance, falls unbekanntes Ausschreibungsmedium (OLG Celle, 23.05.2013) - Einschränkung bei lediglich zeitlichem Verzug?
	§§ 19, 20 GWB	Störungen des Marktgeschehens einzelfallabhängig
<b>übrige Abwägungsgründe</b>		vgl. Folie Zuvor

 Nichtigkeit , (-) [einzelfallabhängig]



<b>Zweck des Gesetzes</b>	§§ 19, 20 GWB	<ul style="list-style-type: none"><li>– Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit ( § 19 GWB), da zielgerichtete Bewerbung unmöglich</li><li>– Störung des Marktgeschehens, da Markt erst im Wettbewerb entsteht (§ 20 GWB), vgl. auch BKartA, Markleeberg Beschluss</li></ul>
<b>übrige Abwägungsgründe</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>– kein Verfahren = sichtbarer Fehler auch für Neukonzessionär, weniger schutzwürdig</li><li>– Rechtsschutzmöglichkeiten für andere Bewerber sowohl <u>vor</u>, als auch <u>nach</u> Abschluss neuer Konzessionsvertrag</li></ul>	

 Nichtigkeit , trotz bestehender Rechtsschutzmöglichkeiten, Ausnahme In-House?


# Unklare Gewichtung/nachträgliche Änderung der Auswahlkriterien

<p><b>Zweck des Gesetzes</b></p>	<p>§§ 19,20 GWB</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, Bewerber bei intransparenter Änderung keine Möglichkeit der zielgerichteten Bewerbung</li> <li>– Störung des Marktgeschehens</li> <li>– Wettbewerb entsteht grundsätzlich, kann sich nicht optimal „entfalten“</li> </ul>
<p><b>übrige Abwägungsgründe</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Fehler sichtbar, Neukonzessionär weniger schutzwürdig</li> <li>– Rechtsschutzmöglichkeiten der Bewerber (+)</li> <li>– fehlende Gewichtung weniger erheblich als stillschweigende Änderung der Kriterien → Einzelfallabwägung</li> <li>– Fehler trifft nur Art des Zustandekommens, nicht Inhalt des Vertrages</li> <li>– KartellR: §§ 97 ff. GWB: grundsätzlich keine Nichtigkeit, Zweck der Vorschriften erfordert es nicht, dass geschlossener Vertrag nichtig ist → Rechtssicherheit vor Rechtmäßigkeit</li> </ul>	



Nichtigkeit ✓, (-) [einzelfallabhängig]

# Materiell rechtswidrige Auswahlkriterien – Ziele § 1 EnWG nicht ausreichend beachtet

<b>Zweck des Gesetzes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• § 46 Abs. 3 Satz 5, § 1 EnWG grds. <b>kein Verbotsgesetz</b></li> </ul>	<p>(-) (Ausnahme ggf. dort, wo Kriterien den Zielen des § 1 EnWG zuwiderlaufen)</p>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• §§ 19, 20 GWB</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• wirtschaftliche Bewegungsfreiheit nicht betroffen: Wettbewerb kann sich anhand übriger Kriterien entwickeln</li> <li>• Störung des Marktgeschehens nicht betroffen, s.o.</li> </ul> <p> Zweck des § 46 Abs. 3 Satz 5 darf nicht in Abwägung bei §§ 19, 20 GWB hineingetragen werden. Unzulässige Vermengung von Verbotsgesetz und Zweck eines Nicht-Verbotsgesetzes!</p>
<b>übrige Abwägungsgründe</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fehler zwar sichtbar, jedoch bei derzeitigem Stand von Rechtsprechung/Behördenentscheidungen unklar, ob Kritik tatsächlich rechtswidrig, umfassende rechtl. Prüfung erforderlich, nicht leistbar → anderer Vertragspartner schützenswert</li> <li>• Rechtsschutzmöglichkeiten d. Bewerber (+)</li> <li>• Zudem: Fehler betrifft lediglich Art d. Zustandekommens, nicht Vertrag selbst</li> </ul>	

➔ Wichtigkeit (-), anderes Ergebnis, falls Ziele § 1 EnWG überhaupt nicht beachtet? – wohl ja!

# Materiell rechtswidrige Auswahlkriterien – diskriminierende Kriterien

<b>Zweck des Gesetzes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• §§ 19, 20 GWB</li> </ul>	Störung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit + des Marktgeschehens erheblich, diskriminierte Bewerber haben „keine Chance“
<b>übrige Abwägungsgründe</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rechtsschutzmöglichkeiten diskriminierter Bewerber (+)</li> <li>• Fehler betrifft lediglich Art d. Zustandekommens, nicht Vertrag selbst</li> <li>• KartellR: SEA gegenüber dem diskriminierenden Marktteilnehmer (Gemeinde) i.d.R. ausreichend</li> </ul>	

➔ Nichtigkeit (-), wohl anderes Ergebnis, falls ausschließlich/überwiegend diskriminierende Kriterien!

- Grundannahme: Nichtigkeit des (gesamten) Folgevertrages bei einseitigem Verstoß der Gemeinde ist Ausnahme
- Verfahrensfehler fast ausnahmslos einseitiger Verstoß der Gemeinde ⇒ **Einzelfallabwägung** anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen erforderlich
- Steht Wettbewerb wirklich „über allem“?
  - Trias aus Einzelfallgerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit!

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Ansprechpartner:  
Rechtsanwalt Dennis Tischmacher

---

**BBH**  
*Becker Büttner Held*

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

**BBH Berlin**  
Magazinstraße 15-16  
10179 Berlin  
Tel.: 030 611 28 40 0  
Fax: 030 611 28 40 99  
berlin@bbh-online.de

BBH Brüssel  
Avenue Marnix 28  
1000 Brüssel/Belgien  
Tel.: +32 2 204 44 00  
Fax.: +32 2 204 44 99  
bruessel@bbh-online.be

BBH Hamburg  
Kaiser-Wilhelm-Str. 93  
20355 Hamburg  
Tel.: 040 341 069 0  
Fax: 040 341 069 22  
hamburg@bbh-online.de

BBH Köln  
KAP am Südkai  
Agrippinawerft 30  
50678 Köln  
Tel.: 0221 6 50 25 0  
Fax: 0221 6 50 25 299  
koeln@bbh-online.de

BBH München  
Pfeufferstraße 7  
81373 München  
Tel.: 089 23 11 64 0  
Fax: 089 23 11 64 570  
muenchen@bbh-online.de

BBH Stuttgart  
Industriestraße 3  
70565 Stuttgart  
Tel.: 0711 722 47 0  
Fax: 0711 722 47 499  
stuttgart@bbh-online.de

---

[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)  
[www.DerEnergieblog.de](http://www.DerEnergieblog.de)