

# ***Newsletter***

## ***Inhalt***

<b>Neues Online-Angebot: „Energierecht am Nachmittag“</b>	<b>2</b>
<b>Konzessionen I: BGH bestätigt Anspruch auf Übereignung von Anlagen in Hochdruck- und Hochspannungsebene</b>	<b>2</b>
<b>Konzessionen II: OLG Düsseldorf zur rechtzeitigen Geltendmachung der Nichtigkeit eines Konzessionsvertrags</b>	<b>3</b>
<b>Konzessionen III: BGH konkretisiert Mitwirkungsverbot</b>	<b>4</b>
<b>Ihr Ansprechpartner</b>	<b>6</b>
<b>Bestellung und Abbestellung</b>	<b>6</b>

---

## **Neues Online-Angebot: „Energierrecht am Nachmittag“**

**Als eine unserer ersten Lehren aus dem Covid19-Kontext haben wir für Sie das Format „Energierrecht am Nachmittag“ entwickelt. Wir bieten Ihnen eine Online-Veranstaltung an, mit der Sie sich kurz und knapp sowie ohne Reisezeiten über aktuelle Themen des Energierrechts informieren können.**

Aus den stetigen Veränderungen im Energierrecht ergeben sich für Sie fortlaufend neue Rechtsfragen. Dies hat uns zum Konzept einer neuen Kurzveranstaltung inspiriert. Lassen Sie sich informieren und treten Sie in den Austausch mit Experten von PwC und anderen Vertretern aus der Energiewirtschaft. Wir laden sie ein am

**Donnerstag, den 25. Juni 2020 16 von 15:00 bis 16:00 Uhr**

zu unserem einstündigen Format „Energierrecht am Nachmittag“. Das Thema der Veranstaltung lautet:

**„Schutz von Geschäftsgeheimnissen in der Energiewirtschaft – wie geht das?“**

Die Veranstaltung besteht aus einem Impulsvortrag und einer anschließenden Diskussionsrunde. Daneben bieten wir Raum für Ihre Rückfragen. Für Ihre Teilnahme genügt eine E-Mail an Herrn RA Jens Ebbinghaus oder Herrn RA Henning Winkelmann. Sie erhalten dann die Einwahldaten und detaillierte Informationen. Wir freuen uns auf Sie!

Beachten Sie bitte unsere Einladung im Anhang zu diesem Newsletter.

Jens Ebbinghaus, Rechtsanwalt, Tel.: +49 521 964 - 97544  
E-Mail: jens.ebbinghaus@de.pwc.com

Henning Winkelmann, Rechtsanwalt, Tel.: +49 511 5357 - 5142  
E-Mail: henning.winkelmann@de.pwc.com

## **Konzessionen I: BGH bestätigt Anspruch auf Übereignung von Anlagen in Hochdruck- und Hochspannungsebene**

**Der BGH hat mit Urteil vom 7. April 2020 (Az. EnZR 75/18) die Entscheidung des OLG Stuttgart (Urt. v. 26. Juli 2018, Az. 2 U 4/17) bestätigt, dass ein neuer Konzessionsnehmer einen Anspruch auf Übereignung von Leitungsanlagen der Hochspannungs- oder Hochdruckebene gegen den Altkonzessionär hat, wenn die Anlage eine mehr als nur unwesentliche Funktion bei der örtlichen Versorgung besitzt und der Neukonzessionär seine Aufgabe ohne die Anlage nicht wie der frühere Netzbetreiber erfüllen könnte.**

Im zugrundeliegenden Sachverhalt wurden im Rahmen eines Konzessionsverfahrens dem Neukonzessionär alle Anlagen bis auf diejenigen der Hochspannung bzw. des Hochdrucks übereignet. Dagegen wehrte sich der Neukonzessionär.

---

Der BGH argumentierte entlang seiner bisherigen Rechtsprechung zu gemischt genutzten Leitungen: Diesbezüglich sei bereits in der Vergangenheit entschieden worden, dass diese vom Übereignungsanspruch erfasst sein können. Die Abgrenzung zwischen Verteilernetz und Durchgangsleitungen richte sich nicht nach der Spannungsebene, sondern nach der Funktion der konkreten Anlage. Notwendig seien alle Anlagen, die nicht hinweggedacht werden könnten, ohne dass der Neukonzessionär seine Versorgungsaufgabe nicht mehr wie der frühere Netzbetreiber erfüllen könnte. Der Begriff der notwendigen Verteilungsanlage sei eher weit auszulegen. Maßgeblich für eine Einstufung als notwendige Verteilungsanlage sei der Blick auf die Versorgungsfunktion hinsichtlich des gesamten Gemeindegebietes, nicht hinsichtlich des im Einzelfall an eine bestimmte Leitung angeschlossenen Letztverbrauchers. Würde es an letzterem fehlen, würde dies nicht gegen die Einstufung als notwendige Verteilungsanlage sprechen. Es käme bei gemischt genutzten Leitungen höherer Spannungsart vielmehr darauf an, dass diese dazu dienen, auf dem Gemeindegebiet belegene Niederdruck- und Niederspannungsanlagen so miteinander zu verbinden, dass diese als einheitliches örtliches Verteilernetz betrieben werden können. Ein überwiegend überörtlicher Versorgungscharakter stehe dem Übereignungsanspruch dabei nicht entgegen.

Diese Grundsätze, die ursprünglich für § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a.F. entwickelt wurden, seien auch auf Leitungsanlagen der Hochspannungs- und Hochdruckebene anzuwenden. Dabei stellte der BGH klar, dass der Übereignungsanspruch nicht Gegenstand eines Konzessionsverfahrens sei, sondern nur eine Folge, die ausschließen solle, dass wegen des Netzeigentums eines bisherigen Versorgers ein Wechsel praktisch verhindert wird.

In dem Rechtsstreit erwies sich eine vertragliche Vereinbarung als vorteilhaft, die eine Übereignungspflicht für den Fall vorsah, dass ein rechtskräftiges Urteil die Erfassung weiterer Anlagen und Einrichtungen bestätigte. Neben einer Leistungsklage war daher ebenfalls eine Feststellungsklage zulässig, welche die strittigen Punkte prozesswirtschaftlich sinnvoller und günstiger klären konnte.

Björn Jacob, Rechtsanwalt, Tel.: +49 211 981 - 7259  
E-Mail: bjoern.jacob@pwc.com

## ***Konzessionen II: OLG Düsseldorf zur rechtzeitigen Geltendmachung der Nichtigkeit eines Konzessionsvertrags***

***Das OLG Düsseldorf hat im Rahmen seines Urteils vom 11. März 2020 (Az. VI-2 U 1/18) entschieden, dass ein unterlegener Bewerber jedenfalls eine Frist von maximal sechs Monaten nicht wesentlich überschreiten dürfe, wenn er gegen den Abschluss eines Konzessionsvertrags vorgehen wollte.***

Geklagt hatte ein unterlegener Bieter gegen die Vergabe einer Gaskonzession an ein drittes Unternehmen. Er hatte erfolglos Verfahrensrügen erhoben und unterlag 2015 in erster Instanz eines einstweiligen Verfügungsverfahrens, durch das er die Zuschlagserteilung an den Dritten verhindern wollte. Anfang 2016 schlossen die Stadt und der Dritte einen Konzessionsvertrag ab. Nachdem Verhandlungen über die Übernahme des Netzes gescheitert

---

waren und der Dritte die Herausgabe des Netzes verlangte, klagte der unterlegene Bieter erst 2017 stufenweise auf Einsicht in die Angebote und Feststellung der Nichtigkeit des Konzessionsvertrages zwischen dem Dritten und der Stadt. Das Landgericht hatte diese Klage abgewiesen (Urt. v. 21.12.2017, Az. 88 O (Kart) 45/17).

Das OLG Düsseldorf als Berufungsgericht bestätigte das angegriffene Urteil zunächst dahingehend, dass vorliegend kein Anspruch auf Einsichtnahme bestehe. Der § 47 Abs. 3 EnWG sei wegen des Stichtags nicht anwendbar. Auch aus anderen Rechtsgrundlagen könne ein Anspruch auf Einsichtnahme in der verlangten Form nicht hergeleitet werden.

Ein etwaiger Auskunftsanspruch scheitere zudem bereits an den Grundsätzen von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Da ein Auskunftsanspruch nur die Verfolgung materieller Rechtspositionen vorbereiten solle, sei er akzessorisch untrennbar mit dem Hauptanspruch (hier die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages) verbunden. Der Hauptanspruch sei aber schon nicht durchsetzbar, weil es dem unterlegenen Bieter nach Treu und Glauben nicht möglich sei, eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrages feststellen zu lassen. Denn der unterlegene Bieter habe selbst erheblich gegen eigene Pflichten verstoßen, indem er erst 1,5 Jahre nach dem Abschluss des Konzessionsvertrages durch Klageerhebung ausdrückte, diesen nicht zu akzeptieren. Mit zunehmendem Zeitabstand zum Vertragsschluss sei bei dem Dritten das Vertrauen entstanden, dass der unterlegene Bieter ihn als Neukonzessionär hinnehme. Dieser Wertung entspreche auch die spätere Einführung des § 47 EnWG aus Gründen der Stärkung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutzes.

Björn Jacob, Rechtsanwalt, Tel.: +49 211 981 - 7259

E-Mail: bjoern.jacob@pwc.com

## ***Konzessionen III: BGH konkretisiert Mitwirkungsverbot***

***Der BGH hat in seinem Urteil vom 28. Januar 2020 (Az. EnZR 99/18) bestätigt, dass grundsätzlich Personen, die bei einem Bewerber gegen Entgelt beschäftigt sind oder bei diesem als Mitglieds eines Organs tätig sind, nicht am Konzessionsverfahren mitwirken dürfen. Er konkretisiert dabei aber die Bedingungen, unter denen eine Mitwirkung trotz Doppelmandat zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags führen könne.***

Im zugrundeliegenden Sachverhalt beabsichtigte eine Stadt, mit einer Gesellschaft, an der sie selbst beteiligt war, einen neuen Gaskonzessionsvertrag zu schließen. An der Entscheidung des Stadtrats wirkten auch zehn Stadträte mit, die die Stadt als Mitglieder in den Aufsichtsrat der Gesellschaft entsandt hatte. Mit unter anderem diesem Argument wehrte sich der Altkonzessionär gegen den Vertragsschluss.

Der BGH stellte klar, dass wesentlicher Gesichtspunkt für ein Mitwirkungsverbot die Möglichkeit sei, auf das Verfahren und die Entscheidung Einfluss zu nehmen. Eine abstrakte Möglichkeit der Einflussnahme genüge nicht, um die Nichtigkeitsfolge auszulösen. Dies widerspräche der Wertung des Gesetzgebers, kommunale Eigenbetriebe am Wettbewerb zu beteiligen. Allerdings bestünde durch die gleichzeitige Stellung als Vergabestelle und Bieter bei der Gemeinde ein Interessenkonflikt. Daraus ergebe sich das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bieter, dass durch eine entsprechende Trennung in der Gemeindeverwaltung umgesetzt werden könne. Auch sei bei

---

den verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen auf die Einhaltung des Diskriminierungsverbots und Neutralitätsgebots zu achten.

Der BGH differenzierte zwischen der bloßen Teilnahme an der abschließenden Beschlussfassung und der Teilnahme am vorgelagerten Verfahren: Halte die Gemeinde die oben genannten Anforderung ein, folge allein aus der Teilnahme eines vom Mitwirkungsverbot betroffenen Gemeinderats an dem abschließenden Beschluss keine unbillige Behinderung. Letztere käme nur in Betracht, wenn die konkrete Möglichkeit feststehe, dass das Doppelmandat die Vergabe beeinflusst habe.

Sei allerdings ein vom Mitwirkungsverbot betroffener Gemeinderat im vorgelagerten Verfahren – insbesondere bei Bestimmung und Ausgestaltung der Vergabekriterien – tätig geworden, könne eine unbillige Behinderung bereits vorliegen, wenn die Ausgestaltung eine Einflussnahme im Vorfeld eröffnet habe. Auch konkrete Handlungen des einzelnen Gemeinderats im Vorfeld könnten eine Einflussnahme möglich erscheinen lassen.

Dabei habe grundsätzlich der Bewerber, der eine unbillige Benachteiligung geltend macht, diese darzulegen und zu beweisen. Im Fall einer Beteiligung über die abschließende Beschlussfassung hinaus habe jedoch die Gemeinde darzulegen und zu beweisen, dass weder ein Interessenkonflikt bestand noch sich die konkrete Tätigkeit auf die Entscheidung ausgewirkt habe.

Björn Jacob, Rechtsanwalt, Tel.: +49 211 981 - 7259  
E-Mail: [bjoern.jacob@pwc.com](mailto:bjoern.jacob@pwc.com)

---

## ***Ihr Ansprechpartner***

RA Peter Mussaeus  
Düsseldorf  
Tel.: +49 211 981 - 4930  
[peter.mussaeus@pwc.com](mailto:peter.mussaeus@pwc.com)

RA Michael Küper  
Düsseldorf  
Tel.: +49 211 981 – 5396  
[michael.kueper@pwc.com](mailto:michael.kueper@pwc.com)

## ***Bestellung und Abbestellung***

Wenn Sie den PDF-Newsletter *Legal News Energierecht* bestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile “Bestellung” an:  
[SUBSCRIBE\\_News\\_Energierecht@de.pwc.com](mailto:SUBSCRIBE_News_Energierecht@de.pwc.com).

Wenn Sie den PDF-Newsletter *Legal News Energierecht* abbestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile “Abbestellung” an:  
[UNSUBSCRIBE\\_News\\_Energierecht@de.pwc.com](mailto:UNSUBSCRIBE_News_Energierecht@de.pwc.com).

Die Beiträge sind als Hinweise für unsere Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Teile dieser Veröffentlichung/Information dürfen nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung durch den Herausgeber nachgedruckt und vervielfältigt werden. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© Juni 2020 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft. Alle Rechte vorbehalten. „PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.

Datenschutz: Hinweise zur Datenverarbeitung bei PwC Legal AG finden Sie unter [Datenschutzhinweise PwC Legal](#)