

Konzessionsverträge

OLG setzt strenge Maßstäbe

Fehlerhafte Bekanntmachung kann Vertrag nichtig machen

Von Dr. Ute Jasper und Frank Seidel, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

Ein Urteil des OLG Düsseldorf zum Stromkonzessionsvertrag einer Gemeinde macht die hohen Anforderungen des Wettbewerbs deutlich. Der Wettbewerb zwingt die Gemeinden zur Transparenz und damit zur Bekanntmachung ihrer Verträge. Verzichten sie darauf, gehen sie das Risiko der Nichtigkeit ein. Dies gilt nicht nur im Strombereich, sondern auch für den Nahverkehr.

Nähern sich Konzessionsverträge dem Ende ihrer Laufzeit, müssen Gemeinden dies spätestens zwei Jahre vor Ablauf des Vertrags bekannt machen. Zweck dieser Bekanntmachungspflicht ist es, Wettbewerb zwischen Energieversorgern zu ermöglichen. Das OLG Düsseldorf hat über einen Fall entschieden, in dem eine Gemeinde drei Jahre vor Ablauf des Konzessionsvertrags mit dem gleichen Energieversorger einen neuen Vertrag abgeschlossen hatte, ohne dies zuvor öffentlich bekannt zu machen (Az.: VI-2 U (Kart) 8/07). Diesen neuen Vertrag hat das OLG als nichtig angesehen. Die Begründung des Gerichts für dieses Ergebnis ist von erheblicher Bedeutung für die kommunale Praxis. Zunächst hat das Gericht festgestellt, dass die Bekanntmachungspflicht für Gemeinden auch bei einer vorzeitigen Beendigung des Konzessionsvertrags besteht.

Aus dem Zweck der Bekanntmachungspflicht, Wettbewerb zu ermöglichen, hat das OLG eine weitreichende wie konsequente Folge abgeleitet. Verweigert sich eine Gemeinde der Transparenz und schließt einen Vertrag ohne vorherige Bekanntmachung ab, ist dieser Vertrag nichtig. Die entsprechende Vorschrift über die Bekanntmachungspflicht – seinerzeit § 13 Abs. 3 EnWG 1998 – stellt ein Verbotsgesetz dar. Verstößt ein Vertrag gegen ein solches Verbotsgesetz, kann dies seine Nichtigkeit zur Folge haben, wenn der Zweck des Verbotsgesetzes nur durch eine solche Nichtigkeit erreicht werden kann. Genau dies hat das OLG aufgrund des Wettbewerbszwecks angenommen. Denn der gewünschte Wettbewerb könne nicht entstehen, wenn ein Konzessionsvertrag trotz Verstoßes gegen die Bekanntmachungspflicht bestehen bleiben dürfte. Zwar hatte die Ge-

meinde den Abschluss des Vertrags noch nachträglich bekannt gemacht. Dies hat das OLG jedoch nicht ausreichen lassen.

Zwar ist die Vorschrift des § 13 Abs. 3 EnWG 1998 nicht mehr in Kraft. Sie wurde durch § 46 Abs. 3 EnWG 2005 ersetzt. Das OLG hat jedoch klargestellt, dass seine Erwägungen auch für diese Nachfolgeregelung gelten. Denn hierbei handele es sich nicht um eine gegenüber der Vorgängernorm neue Regelung. Die Entscheidung ist mittlerweile rechtskräftig. Zum einen zeigt sie, wie wichtig ein rechtzeitiges und rechtssicheres Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren für Gemeinden sein kann. Denn im Falle der Nichtigkeit eines Vertrags drohen nicht nur Streitigkeiten über bereits erbrachte Zahlungen, für die dann der Rechtsgrund fehlt. Auch ein möglicherweise notwendiger Wechsel des Vertragspartners kann zu hohen Folgekosten führen, gerade im Falle einer Netzübernahme. Schließlich ist auch ein ggf. erneut durchzuführendes Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren nicht nur lästig, sondern auch mit zusätzlichem personellen, zeitlichen und finanziellen Aufwand verbunden.

Zum anderen lässt sich die Argumentation des OLG auch auf andere Bereiche übertragen. Zu denken ist hier insbesondere an die Direktvergaben im Öffentlichen Nahverkehr (ÖPNV). Denn nach der neuen EU-Verordnung 1370/2007 muss ein Aufgabenträger, der ÖPNV-Leistungen direkt vergeben will, die Direktvergabe mindestens ein Jahr zuvor im EU-Amtsblatt veröffentlichen. Die VO 1370/2007 dient erklärtermaßen der Schaffung bzw. Verstärkung des Wettbewerbs im ÖPNV. Vor diesem Hintergrund soll die Bekanntmachungspflicht potentiellen Betreibern die Möglichkeit geben, auf einen entsprechenden Bedarf reagieren zu können. Zudem soll bei Direktvergaben für größere Transparenz gesorgt werden. Die Bekanntmachungspflicht dient somit auch hier dem Schutz Dritter. Es liegt nahe, dass es auch hier mit dem Zweck der Bekanntmachungspflicht unvereinbar wäre, einen unter Verstoß gegen diese Pflicht geschlossenen Vertrag bestehen zu lassen.