

Az.: 37 O 19383/10

[REDACTED]
Urkundsbeamtin



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]

wegen Übernahme

erlässt das Landgericht München I, 37. Zivilkammer, durch Vorsitzende Richterin am Landgericht W., Richterin am Landgericht L. und Richterin am Landgericht K aufgrund mündlicher Verhandlung vom 28.03.2012 am 01.08.2012 folgendes

Endurteil:

- I. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin.
- III. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

und folgenden

Beschluss:

Der Streitwert wird auf € 5.000.000,00 festgesetzt.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Übernahme eines Stromversorgungsnetzes.

Die Klägerin ist ein am 31.08.2009 neu gegründetes Unternehmen. Anfänglich wurden alle Anteile von der Stadtwerke S.-GmbH gehalten. Nach dem Vortrag der Klägerin erwarb die Stadt O. mit Wirkung zum 01.01.2011 51% der Anteile an der Klägerin. Unternehmensgegenstand ist der Betrieb von Strom- und anderen Energieversorgungsanlagen.

Die Beklagte betreibt regionale Stromverteilungsnetze. Sie ist ein Tochterunternehmen der X-Regional-AG. Deren Muttergesellschaft ist die X- AG.

Mit Datum vom 23.06.2000 schlossen die Stadt O. und die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die I-AG, einen als Zustimmungsvertrag bezeichneten Stromkonzessionsvertrag für das Stadtgebiet von O. (Anlage K 2, nachfolgend bezeichnet als Alt-Konzessionsvertrag). Der Alt-Konzessionsvertrag enthält in § 5 folgende Regelung:

„1. Wird dieser Vertrag nach seinem Ablauf nicht verlängert und wird die Gemeinde oder ein gemeindliches Unternehmen neues Energieversorgungsunternehmen, so gilt folgendes:

1.1 Die Gemeinde ist berechtigt, alle für die allgemeine Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen der I-AG zu erwerben, die ausschließlich der Stromversorgung des Gemeindegebietes dienen und bei rationeller Betriebsführung weiterverwendet werden können.
...“

Im Februar 2004 gab die Stadt O. das Auflaufen des Alt-Konzessionsvertrages zum 12.02.2005 in der Zeitschrift „EW-Energiewirtschaft“ bekannt. Zwischenzeitlich verlängerten die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten den Alt-Konzessionsvertrag bis 31.12.2006 (Nachtrag 1 zum Konzessionsvertrag vom 23.06.2000, Anlage K 2). Am 28.03.2008 machte die Stadt O. im elektronischen

Bundesanzeiger bekannt, dass sie beabsichtige, den mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten bestehenden Vertrag zu kündigen und einen neuen Strom-Konzessionsvertrag mit einem Netzbetreiber zu schließen (Anlage B 2). Welche Kriterien sie ihrer Auswahlentscheidung zugrunde zu legen beabsichtigte, teilte die Gemeinde nicht mit.

Die Stadt O. entschied in der Gemeinderatssitzung vom 14.05.2009, gemeinsam mit der Stadtwerke S.-GmbH die Klägerin zu gründen. Am 30.07.2009 wurden im Gemeinderat der Konzessionsvertrag mit der Klägerin und der Konsortialvertrag beschlossen. Der erste Bürgermeister erhielt den Auftrag, den Konsortialvertrag mit der Stadtwerke S.-GmbH und den Konzessionsvertrag mit der noch zu gründenden Klägerin zu schließen. Die Stadt machte ihre Entscheidung für die Klägerin am 11.09.2009 im elektronischen Bundesanzeiger öffentlich bekannt (Anlage B 3). Dort heißt es weiter wie folgt:

„Die Entscheidung wurde unter folgenden Gesichtspunkten getroffen:

- Aspekte der Wirtschaftlichkeit
- Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort
- Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur
- Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen
- Förderung des Klimaschutzes vor Ort“

Die Klägerin und die Stadt O. schlossen am 16.10.2009 einen Konzessionsvertrag (Anlage K 8, im Folgenden bezeichnet als Neu-Konzessionsvertrag) mit einer Vertragsdauer von 20 Jahren ab dem 01.01.2010. Dieser enthält unter anderem folgende Regelungen:

„§ 7 Zusammenarbeit mit der Gemeinde

- (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 konzessionsabgabenrechtlich Zulässigen einen Zuschuss zu gewähren.

- (3) Die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde wird dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, von der Gesellschaft unterstützt.

Die Gesellschaft verpflichtet sich, den von der Gemeinde oder von Dritten durch erneuerbare Energieträger erzeugten Strom abzunehmen und entsprechend der gesetzlichen Regelungen zu vergüten. Dies gilt auch für Strom aus Anlagen mit Kraft-Wärme-Kopplung.“

§ 10 Allgemeine Regelungen

- (1) Die Vertragsparteien sind berechtigt und verpflichtet, ihre Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen Nachfolger zu übertragen, der ihre Funktion bzw. Aufgabenstellung aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung übernommen hat. Der jeweils andere Vertragspartner ist zu informieren; er ist berechtigt, einer derartigen Übertragung zu widersprechen, wenn der Rechtsnachfolger keine Gewähr dafür bietet, dass er die aus diesem Vertrag resultierenden Pflichten in gleicher Weise wie der bisherige Vertragspartner erfüllt.
- (2) Eine Übertragung der Rechte und Pflichten an solche Gesellschaften ist unzulässig, an denen die X-AG, die Y-AG, die Z-AG, die W- AG oder mit diesen Gesellschaften im Sinne der §§ 15 ff AktG verbundene Unternehmen beteiligt sind. ...
- (5) Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages rechtsunwirksam sein oder werden, wird die Gültigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen davon nicht berührt. Die Vertragspartner verpflichten sich, die rechtsunwirksame Bestimmung durch eine ihr im wirtschaftlichen Erfolg möglichst gleichkommende Bestimmung zu ersetzen.“

Am 26.10.2009 schlossen die Stadtwerke S.-GmbH und die Stadt O. einen Konsortialvertrag (Mitteilung der Gemeinde, Anlage B 4) hinsichtlich der zu gründenden Klägerin.

In der Folgezeit verhandelten die Parteien über die Konditionen und den Umfang der Übertragung der Stromversorgungsanlagen in der Stadt O. auf die Klägerin.

Mit Vereinbarung vom 19.04./10.05.2010 trat die Stadt O. die ihr zustehenden Ansprüche gegen die Beklagte aus dem Alt-Konzessionsvertrag an die Klägerin ab.

Die Beklagte verfügt als Netzbetreiberin nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur über eine Effizienz von 100%, die Stadtwerke S.-AG, die Muttergesellschaft der Klägerin, über einen Effizienzwert von 90,60% (Anlage B 12).

Die Klägerin trägt vor, ihr sei von der Stadt O. auf der Grundlage des § 46 Abs. 2 bis Abs. 4 EnWG wirksam die Aufgabe übertragen worden, ab dem 01.01.2012 das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in O. zu betreiben. Um ihrer Verpflichtung zum Betrieb des Netzes nachkommen zu können, müsse die Klägerin die Anlagen, die das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in O. bilden, mitsamt den Grundstücken und bestehenden Grundstücksnutzungsrechten übernehmen. Die Stadt O. habe allen Bewerbern um den Neukonzessionsvertrag ihre Kriterien für die Neuvergabe in einem gleichlautenden Schreiben vom 06.07.2007 (Anlage K 44) mitgeteilt. Hierin habe die Stadt O. um Abgabe eines Angebots zur Gründung einer von ihr gewünschten Kooperationsgesellschaft gebeten, an welche die Stromkonzession vergeben werden sollte. Auch mit Schreiben vom 28.03.2009 habe die Stadt um die Beantwortung des darin enthaltenen Fragenkatalogs gebeten (Anlage K 46). Aus den von der Beklagten vorgelegten Unterlagen (Anlagen K 47, K 48) gehe hervor, dass das Angebot der Beklagten nicht den Anforderungen der Stadt O. entsprochen habe. So habe die Beklagte nur die Verpachtung des Netzes angeboten. Auch habe die Beklagte im Gegensatz zu den Stadtwerken S. keine Arbeitsplätze in O. schaffen wollen. Die Stadtwerke S. hätten eine für die Stadt vorteilhaftere Folgekostenregelung (§ 5 des Neukonzessionsvertrages, Anlage K 8) angeboten. Zudem habe das Angebot der Stadtwerke S. eine Endschaftsbestimmung enthalten, die der Stadt das Recht zum Erwerb des Eigentums an den Verteilungsanlagen einräume.

Die Klägerin ist der Auffassung, ihr stehe aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG und aus § 5 Zif. 1.1 des Alt-Konzessionsvertrages ein Anspruch auf Übereignung aller Anlagen des Stromnetzes der allgemeinen Versorgung innerhalb des Stadtgebiets von O. zu. Aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ergebe sich auch ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an gemischt genutzten Leitungen im Stadtgebiet O.. Dass diese auch für die Versorgung anderer Gebiete erforderlich seien, stehe dem

Übereignungsanspruch nicht entgegen. Die Klägerin habe Anspruch auf die Übereignung eines vollständigen Netzes, nicht lediglich auf die Übereignung einzelner Mittelspannungsleitungen und zahlreicher nicht zusammenhängender kleiner Niederspannungsnetze. Dass der Klägerin ein Übereignungs- und nicht nur ein Überlassungsanspruch zustehe, ergebe sich aus dem Zusammenhang der Regelung des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG a.F. Die Neufassung enthalte nur eine redaktionelle Klarstellung, soweit sie von Übereignung spreche. Dem Altkonzessionär stehe nach dem Auslaufen seines Konzessionsvertrages gegenüber der Gemeinde kein Wegenutzungsrecht für die Anlagen mehr zu, die Gemeinde könne sogar Entfernung der Anlagen vom Altkonzessionär verlangen.

Die Klägerin sei nicht verpflichtet, der Beklagten einen Kaufpreis für das Netz zu bezahlen, der den Ertragswert erheblich übersteige. Insoweit sei die Übernahme eines Netzes mit einem Unternehmenskauf vergleichbar. Der Erwerber könne das Netz bei Erwerb zum Sachzeitwert nicht wirtschaftlich betreiben, wenn dieser den Ertragswert erheblich übersteige. Zudem verbiete das Kartellrecht die Vereinbarung von Kaufpreisen, die einen Wettbewerb um die Netze verhinderten und denen somit prohibitive Wirkung zukäme. Die Beklagte habe daher Auskunft hinsichtlich aller für die Berechnung beider Werte relevanten Tatsachen zu erteilen.

Die Beklagte habe auch die Kosten der Netzentflechtung zu tragen. Die entgegenstehende Regelung im Altkonzessionsvertrag sei wegen Verstoßes gegen § 1 GWB unwirksam. Andernfalls seien hohe Netzentflechtungskosten faktisch geeignet, eine Netzübernahme auszuschließen.

Die Klägerin hat nach Neufassung der Anträge zuletzt beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin das Eigentum
 - a. an dem Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im gesamten Gebiet der Gemeinde O.
 - aa. bestehend aus Mittelspannungserdkabeln und –freileitungen inklusive Masten, Niederspannungserdkabeln und –freileitungen inklusive

Masten, 30/10 kV-Transformatorstationen, Hauptverteilerstationen, Ortsnetzstationen, Kundenstationen, Stationsgebäuden, Schalteinrichtungen, Rundsteuer-, Fernsteuer, Fernmelde-, Fernmess-, Automatanlagen, Strom- und Spannungswandler, Netzschutzeinrichtungen, Abnehmeranschlusskabeln und -freileitungen, Ortsnetz-Transformatoren, Kabelverteilerschränken, Zählern, Messeinrichtungen, Uhren, TFR-Empfängern, Fernsprechleitungen, die ausschließlich der örtlichen Stromverteilung in O. dienen, und

- bb. bestehend aus dem Umspannwerk O. (mit 110/30 kV Transformatoren) sowie Mittelspannungserdkabeln und Mittelspannungsfreileitungen inklusive Masten im Gebiet der Gemeinde O., die sowohl der örtlichen Stromverteilung in O. als auch der überörtlichen Stromverteilung dienen (nachfolgend zusammen „gemischt genutzte Anlagen“), wobei die Mittelspannungserdkabel und Mittelspannungsfreileitungen vom Umspannwerk O. in südwestlicher Richtung nach Emmering, in südlicher Richtung zum Umspannwerk Puchheim, in nordwestlicher Richtung nach Gernlinden-Ost sowie in nördlicher Richtung nach Bergkirchen verlaufen (diese Leitungen sind in dem der Klageschrift beigegefügt Übersichtslageplan – Anlage K 1 – fett und grün eingezeichnet; sie verlaufen vom Umspannwerk O. zur Gemeindegrenze, auf der Gemeindegrenze ist auf dem Übersichtslageplan ein gelber Ring eingezeichnet).

zu übertragen.

- b. Hilfsweise zu 2. bb für den Fall, dass das Gericht zu der Auffassung gelangt, dass kein Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Alleineigentums an den gemischt genutzten Anlagen in O. besteht, wird die Klägerin im Rahmen einer Stufenklage (§ 254 ZPO) beantragen, die Beklagte zu verurteilen,

aa. Stufe 1:

der Klägerin Auskunft zu erteilen, über die

- Strommengen (Arbeit) und die
- Jahreshöchstleistung (Leistung),

die in den letzten fünf Kalenderjahren (Angabe pro Kalenderjahr) über die gemischt genutzten Anlagen in Summe

- für Verbraucher im Gemeindegebiet O. transportiert, umgespannt bzw. bereitgestellt wurden sowie

- für Verbraucher außerhalb des Gemeindegebiets transportiert, umgespannt bzw. bereitgestellt wurden,

jeweils für jede Mittelspannungsleitung und jeden Transformator im Umspannwerk O..

bb. Stufe 2 (nach Erteilung der Auskunft):

die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben an Eides Statt zu versichern

cc. Stufe 3:

der Klägerin in einem nach Erteilung der Auskunft noch zu bestimmenden Umfang Miteigentum an den gemischt genutzten Anlagen zu verschaffen, die sowohl der örtlichen Stromverteilung in O. als auch der überörtlichen Stromverteilung dienen (gemischt genutzte Anlagen).

- c. Hilfsweise zu 1. b für den Fall, dass das Gericht zu der Auffassung gelangt, dass kein Anspruch der Klägerin auf das Alleineigentum oder Miteigentum an den gemischt genutzten Anlagen in O. besteht, wird die Klägerin beantragen, die Beklagte zu verurteilen,

der Klägerin die alleinige tatsächliche Gewalt (den Besitz im Sinne des § 854 BGB) über die gemischt genutzten Leitungen zu verschaffen, die sowohl der örtlichen Stromverteilung in O. als auch der überörtlichen Stromverteilung dienen.

- d. Hilfsweise zu 1. C. für den Fall, dass das Gericht zu der Auffassung gelangt, dass kein Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Alleineigentums, kein Anspruch der Klägerin auf Miteigentum und kein Anspruch der Klägerin Übertragung des vollständigen Besitzes an den gemischt genutzten Anlagen in O. besteht, wird die Klägerin im Rahmen einer Stufenklage (§ 254 ZPO) beantragen, die Beklagte zu verurteilen,

aa. Stufe 1:

der Klägerin Auskunft zu erteilen, über die

- Strommengen (Arbeit) und die
- Jahreshöchstleistung (Leistung),

die in den letzten fünf Kalenderjahren (Angabe pro Kalenderjahr) über die gemischt genutzten Anlagen in Summe

- für Verbraucher im Gemeindegebiet O. transportiert, umgespannt bzw. bereitgestellt wurden sowie
- für Verbraucher außerhalb des Gemeindegebiets transportiert, umgespannt bzw. bereitgestellt wurden,

jeweils für jede Mittelspannungsleitung und jeden Transformator im Umspannwerk O.

bb. Stufe 2 (nach Erteilung der Auskunft):

die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben an Eides Statt zu versichern

cc. Stufe 3:

der Klägerin in einem nach Erteilung der Auskunft noch zu bestimmenden Umfang Mitbesitz an den gemischt genutzten Anlagen zu verschaffen, die sowohl der örtlichen Stromverteilung in O. als auch der überörtlichen Stromverteilung dienen (gemischt genutzte Anlagen).

2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin

- a. die für das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in der Gemeinde O. erforderlichen schuldrechtlichen und dinglichen Grundstücksnutzungsrechte, letztere zu Gunsten der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin, der I-AG, eingetragen im Grundbuch

...
zu übertragen und ihre Zustimmung zur Eintragung der Klägerin in das Grundbuch zu erteilen.

b. im Wege der Stufenklage

aa) Stufe 1:

Auskunft über weitere zu Gunsten der Beklagten oder deren Rechtsvorgängerin an fremden Grundstücken im Gemeindegebiet von O. bestehenden schuldrechtlichen und dinglichen Leitungsrechte, unter Benennung der jeweiligen Adresse bzw. bei dinglichen Rechten unter Benennung des Flurstücks und des Grundbuchblatts, zu erteilen.

bb) Stufe 2 (nach Erteilung der Auskunft):

die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben an Eides Statt zu versichern.

aa) Stufe 3:

Abhängig von der Auskunft (Stufe 1), der Klägerin weitere schuldrechtliche und dingliche Leitungsrechte zu übertragen.

c. das Eigentum an den nachfolgend aufgezählten Grundstücken zu übertragen:

...

d. Hilfsweise zu 2 c, der Klägerin beschränkt persönliche Dienstbarkeiten an den unter 2 c. aufgeführten Grundstücken für die Dauer ihrer Konzessionierung durch die gEmeinde O. einzuräumen.

e. Hilfsweise zu 2 d, der Klägerin schuldrechtliche Nutzungsrechte an den vorgenannten Grundstücken für die Dauer ihrer Konzessionierung durch die Gemeinde O. einzuräumen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin

a. sämtliche Rechte und Pflichten zu übertragen, die sich aus bestehenden Verträgen mit Anschlussnehmern, Anschlussnutzern und Netznutzern ergeben, die an das Stromversorgungsnetz in O. angeschlossen sind, Anschlüsse an dieses Netz nutzen oder dieses Netz nutzen, soweit sich diese Verträge auf das Netzanschluss-, das Anschlussnutzungs- und das Netznutzungsverhältnis beziehen. Dabei gelten folgende Maßgaben: Die Rechte und Pflichten sind gleichzeitig mit der Übertragung des Netzes zu übertragen, die Beklagte hat die Klägerin von allen Verbindlichkeiten aus diesen Verträgen freizustellen, die bis zum Übertragungszeitpunkt entstanden sind und von der Beklagten nicht erfüllt wurden. Die Vertragsurkunden sind der Klägerin im Original zu übergeben.

b. sämtliche bei der Beklagten vorhandenen Informationen und Unterlagen zu den nach Ziffern 1. und 2. a), b) und c) zu übertragenden Anlagen, Rechten und Pflichten, d. h. Netzpläne, eine digitalisierte technische und geographische Bestandsdokumentation (Abnahmeprotokolle, Prüfunterlagen, Wartungsdokumentation, Störungsberichte und -protokolle sowie Schadensstatistiken) sowie Netzkundendaten jeweils in elektronischer und weiterverarbeitbarer sowie in andere Dateiformate konvertierbarer Form sowie Vertragsurkunden im Original zu übergeben.

4. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin bezogen auf den letzten 01. Januar vor Rechtskraft des Urteils sowie Veränderungen bezogen auf den Zeitpunkt

der tatsächlichen Übergabe des in Ziffer 1. benannten Stromversorgungsnetzes Auskunft zu erteilen,

- a. über den Bestand der für den Betrieb des Stromnetzes der allgemeinen Versorgung in der Gemeinde O. notwendigen Verteilungsanlagen durch die Vorlage eines vollständigen Mengengerüsts (GIS-Auszug, hinterlegte Betriebsmitteldaten) mit der Beschreibung der Anlagen nach Umfang (Anzahl bzw. Leitungslänge), Art, Baujahr, Hersteller, Typ, erwartete technische Restnutzungsdauer und Standort, gegliedert nach den Anlagengruppen der Anlage 1 zur Stromnetzentgeltverordnung in der jeweils gültigen Fassung sowie
 - gemischt genutzte Anlagen (solche Anlagen, die sowohl der Versorgung der Gemeinde O. als auch anderer Gemeindegebiete dienen),
 - im Falle von Freileitungen zusätzlich alle Masten je Spannungsebene und
 - Angaben über die Betriebsmittelausstattung der Übergabestationen;
- b. über die im jeweiligen Zeitpunkt ihrer Errichtung erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten (historische Anschaffungs- und Herstellungskosten) für die unter a) abgefragten Anlagengüter mit Benennung des Aktivierungsjahrs und -monats;
- c. über die zuletzt nach § 6 ARegV ermittelten und von der zuständigen Regulierungsbehörde bei der Festlegung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenze zugrunde gelegten kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens für die unter a) abgefragten Anlagengüter;
- d. über die zuletzt von der zuständigen Regulierungsbehörde bei der unter c) bezeichneten Festlegung des Ausgangsniveaus für die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen gemäß § 6 ARegV herangezogenen Nutzungsdauern im Sinne von § 6 Abs. 5 StromNEV;
- e. über die von der zuständigen Regulierungsbehörde bei der erstmaligen Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte gemäß § 32 Abs. 3 StromNEV zugrunde gelegten Nutzungsdauern für die unter a) abgefragten Anlagengüter;
- f. über vereinnahmte und nicht aufgelöste Ertragszuschüsse im Sinne von § 9 StromNEV für die unter a) abgefragten Anlagengüter, aufgegliedert nach deren Passivierungsjahr und -monat unter Angabedes

angesetzten Auflösungszeitraumes sowie der verwendeten Auflösungsmethode;

- g. über die Höhe der für das gesamte Stromnetz der Beklagten, aus dem das zu übernehmende Netz herausgelöst wird, in der aktuellen Regulierungsperiode der Anreizregulierung festgelegten kalenderjährlichen Erlösbergrenzen mit der Benennung der darin jeweils enthaltenen
- beeinflussbaren und vorübergehend nicht beeinflussbaren Kosten gemäß § 11 Abs. 3 und 4 ARegV
 - dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten gemäß § 11 Abs. 2 ARegV anhand einer Darstellung der einzelnen Kosten- und Erlöspositionen
 - Beträge aus der periodenübergreifenden Saldierung sowie der Mehrerlösabschöpfung
 - Anpassungsbeträge durch die Genehmigung eines Erweiterungsfaktors
 - Erhöhungsbeträge aus der Genehmigung eines Investitionsbudgets oder eines pauschalierten Investitionszuschlag;
- h. über die zuletzt nach § 6 ARegV ermittelten historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagengüter des gesamten Stromnetzes der Beklagten, aus dem das zu übernehmende Netz herausgelöst wird, mit Benennung des Aktivierungsjahrs und –monats;
- i. über die zur Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen zuletzt nach § 6 ARegV herangezogenen Nutzungsdauern im Sinne von § 6 Abs. 5 StromNEV für die einzelnen Anlagengüter des gesamten Stromnetzes der Beklagten, aus dem das zu übernehmende Netz herausgelöst wird;
- j. über folgende Strukturdaten des gesamten Stromnetzes der Beklagten sowie des nach Ziffer 1 herausverlangten Netzes nach Maßgabe des „Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösbergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV“ in der jeweils gültigen Fassung:
- Fläche des versorgten Gebietes,
 - Anzahl der Anschlusspunkte,

- Jahreshöchstlast,
 - Stromkreislänge (Freileitungen und Kabel),
 - Anzahl der Einspeisepunkte von dezentralen Erzeugungsanlagen,
 - Installierte Leistung der Umspannebene in kVA,
 - Anzahl der Umspannstationen,
 - Anzahl der Transformatoren,
 - Einwohnerzahl und
 - Amtlicher Gemeindeschlüssel;
- k. über die in der aktuell laufenden Regulierungsperiode bislang an die zuständige Regulierungsbehörde zur Führung des Regulierungskontos im Sinne des § 5 Abs. 1 ARegV übermittelten Differenzbeträge für die unter a) abgefragten Anlagengüter;
- l. über die Höhe der jährlichen Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen sowie geplanten Neuinvestitionen, die in dem gemäß § 6 ARegV zuletzt ermittelten Ausgangsniveau der Erlösobergrenze enthalten sind, und auf die unter a) abgefragten Anlagengüter entfallen;
- m. über das Instandhaltungskonzept (Inspektion, Wartung, Instandsetzung, Verbesserung, Schwachstellenanalyse) und die Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen für die unter a. abgefragten Anlagengüter nach Anlagengruppen, Maßnahme und Alter sortiert für die letzten drei Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das über die Investitionen für die unter a) abgefragten Anlagengüter sortiert für die letzten drei Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten fünf Geschäftsjahre;
- n. über die Investitionen für die unter a) abgefragten Anlagengüter sortiert für die letzten drei Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten fünf Geschäftsjahre;
- o. über die räumliche Lage des Hoch-, Mittel- und Niederspannungsnetzes durch Vorlage von topographischen Netzplänen sowie
- die Lastverläufe je Netz- und Umspannebene,

- die Lage der Sonderkunden im Sinne von § 19 StromNEV und
 - die Lage der dezentralen Erzeugungsanlagen je Netz- und Umspannebene sowie deren Leistung;
- p. über die Verteilung der Grabenoberflächen für die unter a) genannten Anlagengüter auch zum Zeitpunkt ihrer Errichtung in den Gruppen:
- Bitumen (Gehweg)
 - Bitumen (Straße)
 - (Verbund-) Pflaster
 - Gehwegplatten
 - Rasen
 - Schotter und sonstige unbefestigte Oberflächen

unter Angabe der Normgrabenprofile und Bodenklassen für die verschiedenen Rohrtypen und Straßenverhältnisse, einschließlich Erläuterung der Vorgehensweise bei der Herleitung der Oberflächenverteilung.

- q. über die gemeinsame Verlegung der unter a) genannten Anlagengüter mit Gasleitungen, Wasserleitungen inklusive der Hausanschlussleitungen und/oder Telekommunikationslinien bzw. die mittlere Grabenlänge pro Leitungslänge;
- r. über die nach § 27 Abs. 2 StromNEV für das mit Klageantrag zu 1 herausverlangte Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet von O. zu veröffentlichenden Strukturdaten.
5. Für den Fall, dass das Gericht dem Klageantrag unter Ziffer 1. ganz oder teilweise stattgibt, beantragt die Klägerin:
- a. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Kosten der Entflechtung des örtlichen Verteilnetzes der allgemeinen Versorgung in O. aus dem Gesamtnetz der Beklagten zu tragen hat. Zu den Entflechtungskosten gehören die Kosten der Errichtung und des Betriebs von Eingangs- und Ausgangsmesstationen für Summendifferenzmessungen.

- b. Hilfsweise zu a), für den Fall, dass das Gericht zu der Auffassung gelangt, dass die Beklagte die Kosten der Entflechtung nicht allein zu tragen hat, wird die Klägerin beantragen:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Kosten der Entflechtung des örtlichen Verteilnetzes der allgemeinen Versorgung in O. aus dem Gesamtnetz der Beklagten zur Hälfte zu tragen hat. Zu den Entflechtungskosten gehören die Kosten der Errichtung und des Betriebs von Eingangs- und Ausgangsmessstationen für Summendifferenzmessungen.

- c. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von den Rechtsanwaltsgebühren der Kanzlei Becker Büttner Held, Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater, Partnerschaft für das außergerichtliche Tätigwerden freizustellen. Für die Bemessung der Rechtsanwaltsgebühren ist als Gegenstandswert im Sinne von § 2 Abs. 1 RVG der für die Übertragung des in Ziffer 1. bezeichneten Stromversorgungsnetzes zu zahlende Übernahmepreis und für die Höhe der Vergütung gemäß § 2 Abs. 2 RVG i. V. m. Nr. 2300 der Anlage 1 zum RVG 2,5 Geschäftsgebühren in Ansatz zu bringen.
- d. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die Schäden zu ersetzen, die ihr in der Zeit ab Rechtshängigkeit der Klage durch die verzögerte oder unvollständige Erfüllung der in den Ziffern 1. bis 4. genannten Ansprüche entstanden sind.

Die Beklagte beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte trägt vor, die Stadt O. habe bei der Vergabe der Wegerechte die Klägerin ohne sachlichen Grund bevorzugt. Dies stelle einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Stadt dar. Die in der Bekanntmachung der Stadt O. vom 11.09.2009 (Anlage B 3) mitgeteilten Auswahlkriterien seien der Beklagten in keiner Form zuvor kommuniziert worden, weder in der Pflichtbekanntmachung vom 28.03.2008 noch individuell gegenüber der Beklagten. Aus der Mitteilung der Stadt O. vom 06.10.2009 (Anlage B 4) über die Beurkundung des Konzessions- und des Konsortialvertrages gehe hervor, dass zusätzlich zu den in § 3 des Konzessionsvertrages vereinbarten Konzessionsabgaben von der Klägerin weitere

Finanz- und Sachleistungen an die Gemeinde gewährt würden. Es handele sich um nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV verbotene Nebenleistungen.

Die Beklagte habe der Klägerin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht (Anlage K 11) alle erforderlichen Daten und Unterlagen zur Verfügung gestellt, um den Sachzeitwert der örtlichen Verteilungsanlagen zu ermitteln.

Die Beklagte ist der Auffassung, die Stadt habe die für die Vergabe von Wegerechtskonzessionen gemäß Art. 102 AEUV, §§ 19 Abs. 1 Nr. 4, 20 Abs. 1 GWB geltenden Grundsätze eines fairen und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens missachtet. Der mit der Klägerin geschlossene Konzessionsvertrag sei nichtig, die Klägerin sei nicht „neuer Energieversorgungsunternehmer“ i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG und könne daher auch keine Überlassungsansprüche gegen die Beklagte geltend machen.

Die Stadt habe bei Abschluss des Neukonzessionsvertrages gegen § 46 Abs. 3 EnWG verstoßen. Aus Gründen der Gleichbehandlung und der Transparenz des Verfahrens habe nicht nur eine Bekanntgabe des Auslaufens des Konzessionsvertrages stattzufinden, sondern auch eine Bekanntgabe der Auswahlkriterien, auf welche die Gemeinde ihre Vergabeentscheidung stützen wolle.

Auch ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB liege vor. Die Stadt O. sei für das Stadtgebiet Wegerechtsmonopolistin. Der Abschluss eines Konzessionsvertrages sei ein gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr. In diesem habe die Stadt im Zusammenwirken mit der Klägerin die Beklagte ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt. Die von der Stadt nachträglich verlautbarten Vergabekriterien könnten keinen sachlichen Grund für die Bevorzugung der Klägerin abgeben. Aspekte der Erzeugung könnten bei der Auswahlentscheidung für den Netzbetrieb nicht berücksichtigt werden. Dasselbe gelte für die Wirkungen des Netzbetriebs auf den Stromvertrieb („Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort“, die offensichtlich auf die Schaffung eines gemeindeeigenen Stromvertriebs abstelle). Die Ansiedlung von Arbeitsplätzen sei kein Ziel von § 1

EnWG, ebenso die Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur und der Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen oder die Förderung des Klimaschutzes vor Ort. Die Interessen einer umweltschonenden Energieerzeugung seien in den Spezialgesetzen der §§ 5, 8, 16 EEG und § 4 KWG mit der Verpflichtung des Netzbetreibers zum Netzanschluss, zur Abnahme und zur Vergütung des regenerativ erzeugten Stromes erfüllt. Die legitimen Interessen der Stadt seien durch die Konzessionsabgabe gewahrt. Der Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit werde von der Beklagten besser erfüllt als von der Klägerin. Der Abschluss des Konzessionsvertrages mit der Klägerin auf der Basis von Vergabekriterien, die nur mit der Klägerin erörtert worden seien, stelle auch eine unbillige Behinderung der Beklagten dar. Die Beklagte sei durch das Verhalten der Stadt faktisch vom Wettbewerb um den Abschluss des Wegenutzungsvertrages ausgeschlossen worden. Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 20 Abs. 1 GWB sei die Nichtigkeit des Konzessionsvertrages zwischen der Stadt O. und der Klägerin. Die Nichtigkeitssanktion sei hier ausnahmsweise auch bei der Bevorzugung eines einzelnen Marktpartners anzuwenden, da die Gleichstellung der Beklagten durch Abschluss eines ebenso günstigen Vertrages unmöglich sei. Die Klägerin sei an dem Kartellverstoß direkt beteiligt und deshalb könne die Beklagte dem Anspruch der Klägerin die der Beklagten zustehenden kartellrechtlichen Unterlassungsansprüche im Wege der Einrede entgegenhalten. Dem Auswahlverfahren fehle im Übrigen auch deshalb die notwendige Transparenz und Fairness, da die Prozessbevollmächtigten der Klägerin im Auswahlverfahren sowohl die Stadt O. als auch die Bewerberin Stadtwerke S. GmbH beraten hätten.

Der Konzessionsvertrag sei wegen Verstoß gegen § 3 KAV nichtig. Die aus der Entscheidungsbegründung hervorgehenden vertraglichen Leistungen der Klägerin an die Gemeinde „Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen“ und „Förderung der Klimaschutzes vor Ort“ seien unzulässige Leistungen, die nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 letzter Halbsatz KAV im Zusammenhang mit dem Abschluss des Konzessionsvertrages weder versprochen noch gewährt werden dürften. Weiter seien auch die in § 7 Abs. 2 des Neu-Konzessionsvertrages (Anlage K 8) genannten finanziellen Zuschüsse zur Erstellung eines kommunalen Energiekonzeptes und die

Unterstützung und Zurverfügungstellung von Daten nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 1 KAV verboten. Die Einschränkung auf das „konzessionsabgabenrechtlich Zulässige“ beziehe sich nur auf die unbezifferte Geldleistung und hebe sich letztendlich selbst auf. Es handele sich um eine verdeckte einschränkungslose Zusage. § 7 Abs. 2 S. 1 des Neukonzessionsvertrages enthalte eine Generalklausel, der zufolge weitere Sach- und Finanzleistungen als Ausprägung der Unterstützungspflicht vereinbart seien.

Die im Schreiben der Stadt vom 27.03.2009 (Anlage K 46) hinsichtlich Stromerzeugung mittels fossiler und regenerativer Energieträger an die Bewerber gestellten Fragen betrafen nicht den Stromnetzbetrieb. Soweit die Klägerin ihre Auswahlentscheidung auf die entsprechenden Antworten der Stadtwerke S. (Anlage K 50) gestützt habe, verstoße dies wiederum gegen § 3 KAV, der solche Leistungen im Zusammenhang mit dem Abschluss von Konzessionsverträgen verbiete. Der Verstoß führe auch zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Der Gesetzeswortlaut „vereinbart oder gewährt“ richte sich ausdrücklich gegen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft und sehe abweichend vom sonst geltenden Abstraktionsprinzip keinen Schutz des Rechtsverkehrs vor den Auswirkungen der Nichtigkeit schuldrechtlicher Verpflichtungsgeschäfte vor.

Zudem sei die Vorschrift des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG wegen Systemwechsels im Kartell- und Energierecht verfassungswidrig. Ursprünglicher Zweck der Vorgängerregelungen sei gewesen, eine Verbesserung der Versorgungsbedingungen der Stromkunden durch die Möglichkeit zu erreichen, den Versorger spätestens alle 20 Jahre zu wechseln, indem die Stadt nach Ablauf des Altkonzessionsvertrages einen neuen Konzessionsvertrag mit einem neuen oder dem bisherigen Versorger abschließe. Da der Stromkunde nunmehr seinen Stromanbieter frei auswählen könne, könne eine Verbesserung der Versorgungsbedingungen den Zwang zur Überlassung der Stromversorgungsanlage nicht mehr rechtfertigen. Aus volkswirtschaftlicher Sicht sei der Wettbewerb um das Netz kontraproduktiv wegen der oft hohen Kosten für die Netztrennung und Netzeinbindung, die über das Netznutzungsentgelt von den Netzkunden an den Stromverbraucher weitergegeben

würden. Durch die Zerstückelung von regionalen Verteilernetzen werde der Marktzugang der unabhängigen Stromhändler erschwert und deren Verwaltungskosten erhöht. Ein vergleichbarer Wettbewerb finde um die Leitungsnetze der Übertragungsnetzbetreiber für den Transport von Strom in Höchst- und Hochspannung nicht statt. Die Laufzeitbegrenzung zwingt Unternehmen, das Eigentum oder die Nutzung ihrer Investitionsgüter aufzugeben, ohne dass dadurch die gesetzgeberische Zielsetzung, die Verbesserung der Angebotsbedingungen erreicht werde. Zumindest gebiete eine verfassungskonforme Auslegung von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG, dass der Wegenutzungsvertrag mit dem bisherigen Netzinhaber zu verlängern sei, wenn dieser hierzu bereit sei. Zudem könne der vertraglich vereinbarte Sachzeitwert nicht mehr durch den Ertragswert gedeckelt sein, da sonst die Folgen des Eigentumseingriffs verschärft würden. Die Klägerin könne sich auch nicht auf die prohibitive Wirkung des Sachzeitwerts berufen, da sie den Neukonzessionsvertrag in Kenntnis der Sachzeitwertklausel abgeschlossen habe. Die rechtlich beratene Klägerin habe daher die Unsicherheit in Kauf genommen, eventuell zur Zahlung des Sachzeitwertes verpflichtet zu werden. Der Begriff der „Überlassung“ in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG a.F. könne verfassungskonform nur als Verpachtung ausgelegt werden. Entsprechendes gelte für den Begriff der „notwendigen“ Versorgungsanlagen.

Die alle 20 Jahre stattfindende Neuvergabe des Netzbetriebs sei im Gegensatz zur Organisation des Wettbewerbs im Netz nicht europarechtlich vorgegeben und widerspreche dem europäischen Binnenmarktkonzept. Die Rolle der Stadt als „Vergabebehörde“ in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG sei europarechtlich unzulässig. Durch die Auswahl des Netzbetreibers wachse der Gemeinde materiell Regulierungsfunktion zu, obwohl sie von den Interessen der Elektrizitätswirtschaft i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 2 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie nicht vollkommen unabhängig sei. Dem EuGH sei daher im Wege der Richtervorlage die Frage vorzulegen, ob § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG mit der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie vereinbar sei.

Aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ergebe sich kein Anspruch auf Übereignung der für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen. Dieser erstrecke sich auch nicht auf die gemischt genutzten Anlagen.

Die Klägerin könne auch nicht aus abgetretenem Recht gegen die Beklagte vorgehen. Der im Vertrag vorgesehene Erwerbsanspruch sei an die Klägerin nicht abtretbar gewesen, da nach dem Vertragstext Erwerber nur die Gemeinde oder ein gemeindliches Unternehmen, also ein Unternehmen, das zu 100% der Gemeinde gehöre, sein könne.

Sofern der Klägerin ein Übertragungsanspruch zustehe, ergebe sich ein Anspruch der Beklagten auf Bezahlung des Sachzeitwertes. Die Beklagte könne sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB und analog § 320 BGB berufen.

Die Klägerin tritt dem entgegen. Die Beklagte habe das Konzessionierungsverfahren erstmalig in der Klageerwiderung und damit über 18 Monate nach der Bekanntmachung der Auswahlentscheidung der Gemeinde O. am 11.09.2009 als diskriminierend und nicht transparent beanstandet. Die Beklagte habe während der zuvor andauernden Verhandlungen immer zum Ausdruck gebracht, dass sie die Auswahlentscheidung gegen sich gelten lasse. Auch sei der Einwand gemäß § 101 b Abs. 2 S. 1 GWB analog nicht mehr zu beachten. Der Sinn und Zweck dieser Regelung, dass nach Ablauf einer gewissen Zeit der Grundsatz der Rechtssicherheit überwiegt, so dass auch vergaberechtswidrig abgeschlossene Verträge wirksam sind, sei auch hier anwendbar. Auch bei der Vergabe von Stromkonzessionen überwiege ab einem gewissen Zeitpunkt das Interesse der Stadt, des obsiegenden Bewerbers und vor allem des Rechtsverkehrs an Rechtssicherheit. Eine planwidrige Regelungslücke ergebe sich daraus, dass der Gesetzgeber die Vergabe der Strom- und Gaskonzession insgesamt nur unzureichend geregelt habe und derzeit eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten zu diesem Themenkreis rechtshängig seien.

Eine Ungleichbehandlung der Beklagten liege jedenfalls nicht vor. Maßgeblicher Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich sei, sei nicht der Betrieb der allgemeinen Stromversorgungsanlagen im Stadtgebiet O., sondern die Bewerbung um die Konzession der Gemeinde. Die Beklagte habe selbst eine Reihe von nach § 3 KAV unzulässiger Nebenleistungen angeboten, so habe die Beklagte angeboten, die örtlichen Stromverteilungsanlagen unter einem erheblichen Preisnachlass an die neu zu gründende Gesellschaft zu verkaufen (Anlage K 52). Auch habe die Beklagte angeboten, die Straßenbeleuchtungsanlagen zu einem wesentlich unter dem von ihr bezifferten Wert liegenden Preis an die Kooperationsgesellschaft zu übertragen.

Soweit das Gericht der Auffassung sei, dass die Netzentflechtungskosten ganz oder teilweise von der Klägerin zu tragen seien, beantragt die Klägerin, eine Stellungnahme der Bundesnetzagentur gemäß § 104 Abs. 2 EnWG einzuholen.

Ein etwaiger Verstoß des Neukonzessionsvertrages gegen Kartellrecht oder § 3 KAV führe wegen der salvatorischen Klausel in § 10 Abs. 5 des Vertrages (Anlage K 8) jedenfalls nicht zur Gesamtnichtigkeit des Neu-Konzessionsvertrages. Ein Verstoß gegen § 20 GWB führe nur dann zur Gesamtnichtigkeit eines Vertrages, wenn dies erforderlich sei, um Beeinträchtigungen der Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Wettbewerb entgegenzuwirken. Dies sei hier jedenfalls nicht so, für die Durchsetzung eventuell beeinträchtigter Interessen seien Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus § 33 GWB ausreichend. Diese Rechte habe die Beklagte nicht zeitnah geltend gemacht. Die Klägerin sei gerade nicht Adressat des Vorwurfs aus § 20 GWB. Der Neukonzessionsvertrag mit der Klägerin sei ein Folgevertrag mit einem Dritten, der wirksam sei und von der Rechtsfolge des § 134 BGB nicht erfasst werde. Ein kollusives Zusammenwirken der Klägerin mit der Stadt O. liege nicht vor.

Aus § 46 Abs. 3 EnWG ergebe sich keine Verpflichtung der Stadt, die Auswahlkriterien vorab öffentlich bekannt zu machen. Sie unterliege lediglich den allgemeinen Vorgaben des Wettbewerbs- und Kartellrechts, diskriminierungsfrei und

transparent zu vergeben. Die Klägerin sei nicht beweispflichtig dafür, dass die Stadt die Vergabe transparent und diskriminierungsfrei durchgeführt habe.

Die Regelungen in § 7 des Neukonzessionsvertrages verstießen nicht gegen § 3 KAV. Es handele sich lediglich um Absichtserklärungen. Es sei auch keine unentgeltliche Unterstützung und Zurverfügungstellung von Daten vereinbart. Die Klausel habe vielmehr nur das konkrete Entgelt offen gelassen. Die Einschränkung, dass die Maßnahmen nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss von Konzessionsverträgen stehen dürften, sei auf Leistungen, die der Aufstellung von kommunalen Energiekonzepten dienen, ohnehin nicht anzuwenden. Denn nach Abschluss des Konzessionsvertrages bestehe für den Konzessionsnehmer kein Anreiz mehr, dahingehende Vereinbarungen mit der Gemeinde abzuschließen.

Auf die Einrede des § 320 BGB könne sich die Beklagte nicht berufen, da die Beklagte die ihrer Auffassung nach zu erbringende Gegenleistung nicht beziffert habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die wechselseitigen Schriftsätze samt Anlagen und die Sitzungsniederschriften vom 29.06.2011, Bl. 447/449, und 28.03.2012, Bl. 644/646, Bezug genommen. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung gingen die Schriftsätze der Klägerin vom 13.04.2012 und 09.07.2012 ein.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist hinsichtlich aller geltend gemachter Ansprüche auf Übertragung des Eigentums/Besitzeinräumung an den Stromversorgungsanlagen im Stadtgebiet O., Erteilung von Auskünften, Übertragung von Grundstücksrechten, Übertragung vertraglicher Rechte und Pflichten sowie Feststellung unbegründet, sie war daher abzuweisen. Die Klägerin stützt die geltend gemachten Ansprüche einerseits auf § 46 Abs. 2 EnWG a.F., andererseits auf abgetretene vertragliche Rechte. Der Klägerin stehen Ansprüche gegen die Beklagte unter beiden Gesichtspunkten nicht zu.

A.

- I. Der Klägerin stehen gesetzliche Ansprüche gegen die Beklagte nicht zu.

Der Klägerin stehen gegen die Beklagte keine Ansprüche aus § 46 Abs. 2 EnWG a.F. zu (hier anzuwendenden ist die bis 03.08.2011 geltende Fassung, wobei der Gesetzgeber in den hier entscheidungserheblichen Passagen keine Änderungen vorgenommen hat). Nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG dürfen Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz gehören, höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen.

Die Klägerin ist nicht neue Energieversorgerin im Sinne von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG geworden. Ein Überlassungsanspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG besteht für den „neuen Energieversorger“. Die Position als „neuer Energieversorger“ setzt einen wirksamen Vertrag dieses Unternehmens mit der betroffenen Gemeinde nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG über die Einräumung entsprechender Wegenutzungsrechte (Konzessionsvertrag) voraus. Andernfalls fehlt dem Energieversorger der für den Betrieb des Netzes erforderliche Duldungsanspruch hinsichtlich der Versorgungsleitungen im öffentlichen Straßen- und Wegenetz gegen die Gemeinde. Eine Überlassung der Versorgungsanlagen an einen Dritten, der zum Betrieb des Netzes rechtlich nicht in der Lage ist, ist vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Vorliegend fehlt es an einem wirksamen Konzessionsvertrag zwischen der Klägerin und der Gemeinde.

1. Verstoß gegen § 3 KAV

Die Klägerin und die Stadt O. haben bei Abschluss des Konzessionsvertrages mehrfach gegen § 3 KAV verstoßen (a). Dies führt auch zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrages (c).

a) Die Regelungen von § 7 Abs. 2 und Abs. 3 des Neukonzessionsvertrages verstoßen in mehrfacher Hinsicht gegen § 3 KAV.

Gemäß § 3 KAV dürfen Versorgungsunternehmen und Gemeinde für einfache und ausschließliche Wegerechte nur die in Abs. 1 der Vorschrift genannten Leistungen (bestimmte Vergütungselemente) vereinbaren. Gemäß Abs. 2 Ziff. 1 und 2 der Vorschrift dürfen insbesondere sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden, und die Verpflichtung zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt nicht vereinbart werden. Leistungen der

Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung von kommunalen und regionalen Energiekonzepten oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, sind nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nur zulässig, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen.

Dabei ist in der Literatur teilweise umstritten, ob das nach seinem Wortlaut weite Verbot teleologisch einzuschränken ist, um Aspekte des Umweltschutzes bei dem Abschluss von Konzessionsverträgen besser berücksichtigen zu können. So fordern beispielsweise Kahl/Schmidtchen (RdE 2012, 1ff, S. 8; siehe auch Lehnert/Templin/Theobald, VerArch 2011, S. 83 ff) eine Reduzierung des Verbots auf solche Nebenleistungsvereinbarungen, die faktisch bewirken, dass der Altkonzessionär auch zukünftig als Vertragspartner ausgewählt werden wird. Alle anderen Nebenleistungsvereinbarungen werden pauschal aus Gründen des Umweltschutzes für zulässig erachtet. Weniger weit geht eine andere Ansicht (Feuerborn/Riechmann, KAV, 1994, § 3 Rz. 14 f.; Säcker/Kermel, Berliner Kommentar zum Energierecht, Anhang zu § 48 EnWG, Rz. 30), die das Verbot aus Gründen der Verordnungsgeschichte nur auf finanzielle Leistungen erstrecken will.

Den Ansichten, die eine Einschränkung des in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV enthaltenen Verbots hinsichtlich aller dem Umweltschutz und dem sparsamen Umgang mit Energie dienlichen Maßnahmen fordern, ist nicht zu folgen. Zum einen enthält der Wortlaut von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV keinerlei Unklarheit, die überhaupt Raum für eine derartige Auslegung lassen würde. Nach dem klaren Wortlaut sind die ausnahmsweise zulässigen Leistungen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Konzessionsvertrages eben gerade nicht zulässig. Zum anderen verkennt diese Ansicht jedoch die systematische Stellung

von § 3 Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 KAV. Es handelt sich bei § 3 Abs. 2 Nr. 1 Hs. 1 KAV rechtstechnisch nicht um eine Erweiterung der zulässigen Nebenleistungen mit gleichzeitiger Einschränkung des Anwendungsbereichs der Erweiterung (so aber Lehnert/Templin/Theobald, a.a.O., 99). Hätte der Ordnungsgeber die Maßnahmen und Leistungen des § 3 Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 KAV als ebenso zulässig wie die Nebenleistungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 ansehen wollen, so hätte er diese als Nr. 4 in den ersten Absatz aufnehmen müssen. Denn durch die Aufnahme im zweiten Halbsatz von Abs. 2 ist der Anknüpfungspunkt für die Leistungen und Maßnahmen nicht die Zulässigkeit der Nebenleistung (Abs. 1), sondern vielmehr das Verbot von Nebenleistungen (Abs. 2). Rechtstechnisch stellt Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 daher keine Erweiterung der zulässigen Nebenleistungen dar, sondern eine Ausnahme vom Nebenleistungsverbot. Als Ausnahmen sind die nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV zulässigen Maßnahmen nach allgemeinen Grundsätzen der Auslegung eng auszulegen (Kermel/Schöne, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap 3 Rz. 106).

Der Gesetzgeber hat mit dem gewählten Wortlaut und der gewählten Systematik seinen grundsätzlichen Verbotswillen klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht. Die pauschale Berufung auf „Gründe des Umweltschutzes“ ist nicht ausreichend, um eine Norm gegen ihren klaren Wortlaut auszulegen. Auch nach dem Sinn und Zweck der Norm ist eine solche Auslegung gegen den Wortlaut nicht angezeigt. Zweck von § 3 KAV ist es, den Stromkunden nicht mit vermeidbaren Kosten des Versorgungsunternehmens zu belasten, sowie der Schutz der Anbieter vor Wettbewerbsverzerrungen (Säcker/Kermel, ebda., Rz. 28). Den Anliegen des ressourcenschonenden Umgangs mit Energie und des Umweltschutzes soll nach diesem Wortlaut nur in solchen Vereinbarungen Rechnung getragen werden, die nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss von Konzessionsverträgen stehen.

Soweit darauf Bezug genommen wird, dass es außerhalb von Konzessionsvertragsverhandlungen schwer sein dürfte, den Netzbetreiber zu solchen Leistungen zu bewegen (Kahl/Schmidtchen, a.a.O.), zeigt diese Argumentation ja gerade, dass hier unter dem Druck der Vergabeentscheidung dem potentiellen Netzbetreiber über die zulässigen Konzessionsabgaben hinaus weitere Leistungen abgenötigt werden sollen. Dass dies unter dem Gesichtspunkt des Umweltschutzes gerechtfertigt sein soll, vermag de lege lata nicht zu überzeugen (so auch Kermel/Schöne, a.a.O., Kap 3 Rz. 104). Wollte man den Gesichtspunkt des Umweltschutzes in dieser Weise stärken, ist nach Auffassung der Kammer ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich. Eine Ausnahme kann angesichts der damit verbundenen Vorteile für den Verbraucher wohl nur für reine Beratungsleistungen ohne weitere Sach- oder Finanzleistungen gemacht werden (Kermel/Schöne, a.a.O., Rz. 99).

aa) Die in § 7 Abs. 2 S. 2 des Neukonzessionsvertrages enthaltene Verpflichtung der Klägerin, der Stadt O. die für die Erstellung eines kommunalen Energiekonzeptes erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, enthält eine unzulässige sonstige unentgeltliche Sachleistung. Die Zurverfügungstellung entsprechender Daten begründet nach dem diesbezüglich unwidersprochenen Vortrag der Beklagten einen erheblichen Arbeitsaufwand und damit eine Sachleistung. Der Verpflichtung der Klägerin zu dieser Leistung steht nach dem Vertrag nicht etwa eine noch zu bestimmende Gegenleistung der Stadt O. gegenüber, sondern ein Entgelt ist nach dem klaren Vertragswortlaut nicht vorgesehen. Die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vorgesehene Ausnahme für Leistungen bei der Aufstellung von kommunalen Energiekonzepten greift nicht, da die hier gegenständliche Leistung bei Abschluss eines Konzessionsvertrages (sogar in demselben) vereinbart wurde.

bb) Einen weiteren Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV stellt die Zusage der Klägerin in § 7 Abs. 2 S. 3 des Neukonzessionsvertrages dar. Dort verpflichtet sich die Klägerin, der Gemeinde, so diese die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts beauftragt, im Rahmen des konzessionsabgabenrechtlich Zulässigen einen (der Höhe nach nicht bestimmten) Zuschuss zu gewähren.

Dies stellt eine verdeckte unbedingte Zusage eines solchen (finanziellen) Zuschusses dar. Konzessionsabgabenrechtlich zulässig ist nach dem oben ausgeführten keinerlei finanzielle Zusage im oder bei Abschluss des Konzessionsvertrages. Die Klägerin und die Stadt O. haben die gegenständliche Zusage trotz des konzessionsabgabenrechtlichen Verbots bewusst in den Neukonzessionsvertrag aufgenommen. In diesem Zusammenhang kann die Formulierung nur als Versuch der Umgehung des Verbotes von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV aufgefasst werden. Durch die Einschränkung sollen eventuelle Nichtigkeitsfolgen vermieden werden, tatsächlich soll aber ein Anspruch der Stadt O. auf einen solchen Zuschuss begründet werden.

cc) Auch die Zusage des § 7 Abs. 2 S. 1 des Neukonzessionsvertrages verstößt gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV. Nach § 7 Abs. 2 S. 1 des Neukonzessionsvertrages wird die Klägerin die Stadt O. bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten unterstützen. Hier sind also weitere, im Einzelnen noch unbestimmte Sach- oder Finanzleistungen der Klägerin vorgesehen, die allesamt unzulässig sind (s.o.).

dd) Die Vereinbarung in § 7 Abs. 3 S. 1 des Neukonzessionsvertrages verstößt ebenfalls gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV. Darin heißt es, dass die Klägerin die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde unterstützt. Es bleibt zwar offen, wie genau und in welcher Form diese

Unterstützung erfolgen soll, also ob als finanzielle oder sachliche Unterstützung. Dass es sich dabei aber nicht nur um ideelle Leistungen handelt, ergibt sich aus dem Gesamtkontext des Vertrages. Hinzu kommt, dass die Leistung der Stromerzeugung gerade nicht Gegenstand des Konzessionsvertrages und somit sachfremd ist. Es sind keine Gründe erkennbar, weshalb die sachfremde Unterstützungsleistung rein ideeller Natur und ohne Vermögenswert sein soll. Typischerweise werden solche Leistungen gegen Entgelt am Markt angeboten.

- b) Da die Stadt O. die Vergabe des Konzessionsvertrages nur unter Beteiligung an dem neu zu gründenden Energieversorgungsunternehmen angeboten hat, gilt die Regelung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV auch für die bei Abschluss dieses Vertrages gewährten oder vereinbarten Leistungen. So führt z.B. Kermel in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Aufl., Anhang zu § 48 Rz. 29 aus, dass nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV eine unzulässige Nebenleistung auch dann vorliegen kann, wenn sie im Zusammenhang mit einer Vereinbarung zwischen der Gemeinde und einem Dritten über eine gemeinsame Gesellschaft, die wiederum Vertragspartner des Konzessionsvertrages ist, vereinbart oder gewährt wird (so auch Kermel/Schöne, a.a.O., Kap. 3 Rz. 124). Hiervon geht auch die Klägerin aus, die das Angebot unzulässiger Nebenleistungen durch die Beklagte in deren Beteiligungsangebot rügt.

So handelt es sich auch bei den in der Entscheidungsbegründung der Gemeinde vom 11.09.2009 im elektronischen Bundesanzeiger (Anlage B 3) genannten Aspekten des Angebots der Stadtwerke S. GmbH „Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort“ (vgl. auch Antwort der Stadtwerke S. GmbH vom 02.04.2009 auf den Fragenkatalog der Stadt O., Anlage K 50), Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen, Förderung des Klimaschutzes vor Ort und „Einflussnahme auf die

kommunale Infrastruktur“ um Leistungen der Stadtwerke S., denen im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV keine angemessene Gegenleistung der Gemeinde gegenübersteht.

Naheliegender ist auch, dass der von der Klägerin nicht vorgelegte Konsortialvertrag zwischen der Stadtwerke S. GmbH und der Stadt O. weitere unzulässige Nebenleistungen der S. GmbH enthält, so z.B. die Zurverfügungstellung von Energieerzeugungsanlagen, vgl. Artikel im Tagblatt vom 06.11.2009 (Anlage B 4). Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 21.04.2011 (S. 21, Bl. 260 d.A.) beantragt, der Gemeinde O. nach § 142 Abs. 1 ZPO aufzugeben, den am 26.10.2009 beurkundeten Konsortialvertrag zwischen ihr und der Stadtwerke S. GmbH und das ungekürzte Sitzungsprotokoll und die Beschlussunterlagen der Gemeinderatssitzung vom 14.05.2009 und 30.07.2009 vorzulegen.

Die Kammer hat jedoch angesichts der bereits im Neukonzessionsvertrag enthaltenen Verstöße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV davon abgesehen, der Klägerin nach § 142 Abs. 1 ZPO die Vorlage des Konsortialvertrages aufzugeben.

- c) Diese Verstöße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV führen gemäß § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Neukonzessionsvertrages.

Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Der Begriff des Gesetzes in § 134 BGB deckt sich mit dem des Art. 2 EGBGB, nach dem Gesetz jede Rechtsnorm ist. Verbotsgesetze können sich daher nicht nur Gesetze im formellen Sinn, sondern auch aus Verordnungen wie § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ergeben (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 134 Rz. 2). Dass gegen § 3 KAV verstoßende Abreden trotz des Verstoßes wirksam sein sollen, ergibt sich aus der Vorschrift nicht.

Die Nichtigkeitsfolge erstreckt sich in der Regel auf das Rechtsgeschäft im Ganzen (a.a.O., Rz. 13; Staudinger/Sack/Seibl, BGB, 13. Aufl., § 134 Rz. 58). Der Gedanke, die Nichtigkeit grundsätzlich auf den Anspruch auf die verbotene Leistung zu beschränken, wird von der Literatur und Rechtsprechung abgelehnt (vgl. Münchner Kommentar zum BGB/Armbrüster, 5. Aufl, § 134 Rz. 106; Staudinger, a.a.O., Rz. 65 mit Nachweisen zur Rechtsprechung). Nur wenn die Rechtsfolge der vollen Nichtigkeit dem Normzweck des verletzten Gesetzes nicht gerecht wird oder als unbillig erscheint, wird die Nichtigkeitsanktion von Rechtsprechung und Literatur auf einzelne Vertragsteile beschränkt. Ist nur ein Teil des Vertrages verbotswidrig und nichtig, so entscheiden über die Wirksamkeit der übrigen Vertragsklauseln nicht nur die zu § 139 BGB entwickelten Regeln, sondern wiederum auch Sinn und Zweck des verletzten Verbotsgesetzes (Staudinger, a.a.O., Rz. 88).

Maßgeblich für die Frage, ob hier der gesamte Neukonzessionsvertrag von der Nichtigkeitsfolge betroffen ist, ist daher in erster Linie der Sinn und Zweck von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV. Erst in zweiter Linie kommt es nach § 139 BGB die hypothetische Frage an, ob die Parteien des Konzessionsvertrages diesen auch ohne die gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV verstoßenden Bestimmungen abgeschlossen hätten. Die im Neukonzessionsvertrag enthaltene salvatorische Klausel ist lediglich bei der Auslegung des Vertrages zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens von Bedeutung. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 29.09.2009 (Az. EnZR 14/08), lediglich zur Auslegung des konkret dort zu prüfenden Vertrages Stellung genommen.

Dabei fordert § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nach seinem Sinn und Zweck im Falle der Vereinbarung unzulässiger Nebenleistungen die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages (und auch des eventuell

verbundenen Gesellschaftsvertrages, vgl. Kermel/Schöne, a.a.O., Kap. 3 Rz. 124). Zwar wäre die verbotene Leistung von dem Rest des Konzessionsvertrages ohne weiteres abtrennbar. Auch könnte der preisrechtliche Charakter der KAV für eine bloße Teilnichtigkeit angeführt werden (vgl. Münchner Kommentar zum BGB/Armbrüster, a.a.O., Rz. 107).

Sinn und Zweck der Regelung ist jedoch zum einen, dass die Energieverbraucher nicht mit vermeidbaren Kosten des Netzbetreibers belastet werden, die sich die Gemeinde als Gebietsmonopolist aufgrund ihrer überlegenden Verhandlungsposition versprechen lässt. Zweck der Vorschrift ist es aber auch, private Anbieter von Finanz- und Sachleistungen vor Wettbewerbsverzerrungen zu ihren Lasten zu schützen (vgl. Feuerborn/Riechmann, a.a.O., Rz. 13). Ausweislich der Verordnungsbegründung dienen die Regelungen des § 3 KAV nicht zuletzt auch dem Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen (BR-Drucks. 686/91, S. 18 f.).

Eine Reduzierung der Nebenleistungsvereinbarungen auf das Maß des gerade noch Zulässigen ist, sofern überhaupt möglich, in diesen Fällen nicht sachgerecht (Kermel/Schöne, a.a.O., Kap. 3 Rz. 128). Die Vorschrift soll auch einen faireren Wettbewerb für die Bewerber um die Wegerechte gewährleisten. Beim Wettbewerb um das Netz ist der Spielraum für unterschiedliche Angebote der Energieversorgungsunternehmen durch die Regeln der KAV sehr eng gesteckt. Wenn die Kommunen bei der Zahlung der Konzessionsabgaben die Höchstsätze wie selbstverständlich voraussetzen, rückt damit die Nebenleistung als maßgebliches Unterscheidungskriterium der Angebote in den Fokus der gemeindlichen Entscheidung, mit welchem Wettbewerber der neue Konzessionsvertrag abgeschlossen werden soll. Angesichts dieser Tragweite der Nebenleistung für die Entscheidung der Gemeinde kann ihre Vereinbarung nicht isoliert betrachtet, sondern muss zwingend im

Gesamtkontext mit dem Abschluss des Konzessionsvertrages gesehen werden (Kermel/Schöne, a.a.O., Kap. 3 Rz. 119).

Diesen Anforderungen ist durch eine Teilnichtigkeit nicht Genüge getan. Bereits für den Schutz des Verbrauchers ist eine bloße Teilnichtigkeit der betreffenden Leistungsklauseln nicht ausreichend. Denn es hinge dann vom Konzessionsnehmer ab, ob er sich gegen die Leistungsforderung der Gemeinde auf diese Teilnichtigkeit beruft oder dies aus anderen Gründen (beispielsweise um sich den Goodwill der Gemeinde für eine anstehende Neuvergabe der Rechte zu erhalten) unterlässt. Ganz entscheidend erfordert jedoch der Schutz der unterlegenen Wettbewerber des Konzessionärs die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages. Diese sind vor an rein fiskalischen Eigeninteressen der Gemeinde orientierten und gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV verstoßenden Vergabeentscheidungen der Gemeinde nur geschützt, wenn sie sich anschließend auch auf die Nichtigkeit eines entsprechenden Vertrages berufen können. Denn auch in diesem Zusammenhang steht es wiederum im Belieben des Vertragspartners der Gemeinde, ob dieser eine Teilnichtigkeit der Nebenleistungsverpflichtung der Gemeinde gegenüber überhaupt geltend macht oder aus taktischen Gründen unterlässt. Verstöße mit wettbewerblicher Relevanz führen zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrages (Kermel/Schöne, a.a.O., Kap. 3 Rz. 120). Für eine Gesamtnichtigkeit spricht zudem auch der Wortlaut von § 3 KAV, „vereinbart oder gewährt“, der nicht nur das Verpflichtungsgeschäft sondern im Gegensatz zu den meisten anderen vergleichbaren Regelungen auch das Erfüllungsgeschäft mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit belegt.

2. Ob neben dem Verstoß gegen § 3 KAV wegen Mängeln beim Verfahren der Auswahl durch die Stadt O. auch ein Kartellverstoß vorliegt – der ebenfalls zur Nichtigkeit des Konsortial- und Konzessionsvertrages führen könnte (vgl. LG Kiel, Urt. vom 03.02.2012, Az. 14 O 83/10 und 14 O 12/11) –, kann im Ergebnis offen bleiben, wenn auch hierfür einiges spricht. So hat die Stadt O., wie sich aus der Begründung ihrer Entscheidung und aus der von ihr im Verfahren vorgetragenen Argumentation ergibt, den Zielen des § 1 EnWG im Verfahren keine Bedeutung zugemessen, sondern im Wesentlichen nur ihre eigenen fiskalischen Interessen berücksichtigt. Auch sind die von den Wettbewerbern zu beantwortenden Fragen im Schreiben der Stadt O. vom 27.03.2009 (Anlage K 46) für die Auswahl eines Netzbetreibers nach den Kriterien des EnWG nicht geeignet, da sie im Wesentlichen Fragen der Stromerzeugung und nicht des Netzbetriebs betreffen. Insbesondere hat die Stadt O. das nach EnWG überragend wichtige Kriterium der Effizienz des Netzbetreibers in ihre Abwägung nicht erkennbar einbezogen. Zudem könnte hier aufgrund des von der Stadt O. gewählten Beteiligungsmodells auch eine unzulässige Kopplungsbindung vorliegen, die Frage bedarf jedoch vorliegend keiner Entscheidung.

Für eine gezielte Benachteiligung der Beklagten im Rahmen des Auswahlverfahrens durch die Stadt O. und die Stadtwerke S. GmbH spricht im Übrigen auch das in § 10 Abs. 2 des Neukonzessionsvertrages vereinbarte Abtretungsverbot. Nach § 10 Abs. 1 des Neukonzessionsvertrages sind die Rechte beider Seiten aus diesem Vertrag grundsätzlich auf jeden beliebigen Rechtsnachfolger einseitig übertragbar. Der Vertragspartner hat lediglich ein eng umgrenztes sachliches Widerspruchsrecht nach Abs. 1 S. 2. Aus der unübersehbaren Vielzahl möglicher Rechtsnachfolger ist jedoch ausgerechnet eine Übertragung der Vertragsstellung auf die Beklagte (und Angehörige des Mutterkonzerns der Beklagten sowie der Konzerne Y-AG, Z-AG und W-AG) nach Abs. 2 ausdrücklich ausgeschlossen.

3. Die Beklagte kann sich auch noch auf die Nichtigkeit des Neukonzessionsvertrages berufen.

a) Zwar ist eine Treuwidrigkeit der Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nach § 242 BGB grundsätzlich denkbar (vgl. Staudinger, a.a.O., Rz. 186 ff). Hierzu ist es jedoch nicht ausreichend, dass die Beklagte bereits über einige Monate Verhandlungen mit der Klägerin über die Modalitäten einer Netzübernahme geführt hat. Insbesondere waren der Beklagten wichtige Informationen, die erst die Bewertung des Konzessionsvertrages als nichtig ermöglichen, vor Beginn des gerichtlichen Verfahrens überhaupt nicht zugänglich. So hatte die Beklagte beispielsweise vor Übermittlung der Klageschrift keinen Zugang zu dem rechtswidrigen Neukonzessionsvertrag, in dem die gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV verstoßenden Nebenleistungspflichten der Klägerin vereinbart sind.

Zudem steht der Anwendung der Grundsätze der Verwirkung im vorliegenden Fall entgegen, dass die Vorschriften des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV, gegen die die Gemeinde bei der Entscheidung über die Vergabe der Konzession verstoßen hat, nicht nur den Interessen der Beklagten als unterlegender Mitbewerberin dienen, sondern auch öffentlichen Interessen und Zielen und daher jederzeit zu beachten ist.

b) Auch eine entsprechende Anwendung von § 101 b Abs. 2 S. 1 GWB mit der Folge, dass die Beklagte mit ihren Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Neukonzessionsvertrages nicht mehr gehört werden könnte, kommt hier nicht in Betracht. Gemäß § 101 b Abs. 2 S. 1 GWB kann die Unwirksamkeit einer Vertrages im förmlichen Vergabeverfahren nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist.

Der Beklagten stand hier schon kein förmliches Nachprüfungsverfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Stadt O. zur Verfügung. Der Sinn und Zweck der Regelung, dass nach Ablauf einer gewissen Zeit der Grundsatz der Rechtssicherheit überwiegt, so dass auch vergaberechtswidrig abgeschlossene Verträge wirksam sind, ist nicht einfach auf eine Vergabeentscheidung außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens übertragbar. Ein Überwiegen des Interesses der Stadt, des obsiegenden Bewerbers und vor allem des Rechtsverkehrs an Rechtssicherheit ist vorliegend nicht festzustellen. Insbesondere haben hier die Stadt O. und die Klägerin der Beklagten vor dem hiesigen Verfahren die Urkunden nicht zugänglich gemacht, aus denen sich die Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit des Neukonzessionsvertrages ergibt. Eine entsprechende Anwendung von § 101 b Abs. 2 S. 1 GWB kann daher allenfalls bei solchen Konzessionsentscheidungen in Betracht kommen, bei denen strikte Transparenz eingehalten wird und allen Bewerbern auch wirklich alle Unterlagen zugänglich gemacht werden. Zudem bestand Kenntnis im Sinne von § 101 b Abs. 2 S. 1 GWB auf Seiten der Beklagten, wie oben ausgeführt, ohnehin erst nach Zustellung der Klageschrift.

c) Schlussendlich steht der Berufung der Beklagten auf die Nichtigkeit des Neukonzessionsvertrages auch nicht entgegen, dass in den von ihr vorgelegten Angeboten zum Abschluss des Konsortialvertrages nach Auffassung der Klägerin ebenfalls nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Nebenleistungen enthalten waren. Denn die Nichtigkeit des mit der Klägerin abgeschlossenen Konzessionsvertrages führt nicht zu einem automatischen Eintreten des unterlegenen Bewerbers in die Vertragsstellung.

II. Der Klägerin stehen auch vertragliche Ansprüche gegen die Beklagte nicht zu.
Die Klägerin hat keine Rechte aus dem Altkonzessionsvertrag erworben.

1. Nach § 5 Zif. 1.1 des Altkonzessionsvertrages steht der Gemeinde zwar das Recht zu, alle für die allgemeine Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen zu erwerben, die ausschließlich der Stromversorgung des Gemeindegebiets dienen. Dieses Erwerbsrecht setzt jedoch nach § 5 Zif. 1. voraus, dass der Altkonzessionsvertrag nach seinem Ablauf nicht verlängert wird (wie tatsächlich geschehen) und dass die Gemeinde oder ein gemeindliches Unternehmen neues Energieversorgungsunternehmen wird. Auch der vertragliche Anspruch setzt daher – unabhängig von der Frage seiner Abtretbarkeit an die Klägerin als „gemeindliches Unternehmen“ – voraus, dass bereits ein neuer Konzessionsvertrag mit dem gemeindlichen Unternehmen besteht. Ein solcher ist hier jedoch, wie unter Ziffer I. ausgeführt, gerade nicht wirksam zustande gekommen.
2. Im Übrigen erfasst die Unwirksamkeit des Konzessionsvertrages wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nach dem oben Ausgeführten (Zif. I.1.c) auch die im Zusammenhang abgeschlossenen Verträge, hier also auch den Abtretungsvertrag zwischen Klägerin und Gemeinde hinsichtlich der vertraglichen Erwerbsrechte aus dem Altkonzessionsvertrag.

B.

Da die Klägerin aus § 46 Abs. 2 EnWG keine Rechte gegen die Beklagte herleiten kann, war die Frage der Verfassungsmäßigkeit, die von der Beklagten gerügt wurde, in diesem Verfahren nicht zu prüfen. Eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zu der Frage, ob die Vorschrift gegen europäisches Recht verstößt, konnte daher ebenfalls unterbleiben. Ebenso war nicht zu prüfen, welches Entgelt vom Erwerber bei verfassungskonformer Auslegung möglicherweise zu entrichten ist.

Da das Gericht über die Pflicht zur Tragung der Netzentflechtungskosten nicht zu entscheiden hatte, erübrigte sich auch die von der Klägerin beantragte Einholung einer Stellungnahme der Bundesnetzagentur.

Die nachgereichten Schriftsätze der Klägerin vom 13.04.2012 und 09.07.2012 enthalten keinen neuen Sachvortrag, eine Wiedereröffnung der Verhandlung nach § 156 ZPO hinsichtlich des neuen Vortrags war nicht geboten (vgl. auch BGH NJW 2000, 142 f. und Zöller/Greger, ZPO, 28. Auflage, § 156 Rdnr. 4).

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Nebenentscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in § 709 S. 1 und 2 ZPO.

Der Streitwert wurde gemäß §§ 3, 5 ZPO festgesetzt.

W

Vorsitzende Richterin
am Landgericht

L

Richterin
am Landgericht

K

Richterin
am Landgericht