

OLG München, Urteil vom 26.09.2013 - U 3587/12 Kart - n.rk.

Tenor:

- I. Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 01.08.2012 wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
- III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
- IV. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Parteien streiten um die Übernahme eines Stromversorgungsnetzes.

Unternehmensgegenstand der Klägerin ist der Betrieb von Strom- und anderen Energieversorgungsanlagen.

Die Beklagte betreibt regionale Stromverteilungsnetze. Sie ist ein Tochterunternehmen der E. ... B. Energie AG. Deren Muttergesellschaft ist die E. ... AG.

Mit Datum vom 23.06.2000 schlossen die Stadt O. und die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die I.-A. 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.-A. zu erwerben, die ausschließlich der Stromversorgung des Gemeindegebietes dienen und bei rationeller Betriebsführung weiterverwendet werden können. ...“

Im Februar 2004 gab die Stadt O. das Auslaufen 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 (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).

Die Stadt O. entschied in der Gemeinderatssitzung vom 14.05.2009, gemeinsam mit der Stadtwerke S. H. GmbH die Klägerin zu gründen. Am 30.07.2009 wurden im Gemeinderat der Konzessionsvertrag mit der Klägerin und ein Konsortialvertrag beschlossen. Der erste Bürgermeister erhielt den Auftrag, den Konsortialvertrag mit der Stadtwerke S. H. GmbH und den Konzessionsvertrag mit der noch zu gründenden Klägerin zu schließen. Am 31.08.2009 wurde die Klägerin gegründet. Alle Anteile wurden zunächst von der Stadtwerke S. H. GmbH gehalten. 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 konzessionsabgaberechtlich 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 E. ... B. AG, die EnBW AG, die R. AG, die V. Europe 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. H. GmbH und die Stadt O. den Konsortialvertrag (Mitteilung der Gemeinde, Anlage B 4) hinsichtlich der 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 aus dem Alt-Konzessionsvertrag an die Klägerin ab.

Mit Wirkung zum 01.01.2011 erwarb die Stadt O. 51% der Anteile an der Klägerin.

Die Beklagte verfügt als Netzbetreiberin nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur über eine Effizienz von 100%, die Stadtwerke S. H. 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 in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung (nachfolgend a. F.) wirksam die Aufgabe übertragen worden, ab dem 01.01.2010 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 27.03.2009 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. H. keine Arbeitsplätze in O. schaffen wollen. Die Stadtwerke S. H. hätten eine für die Stadt vorteilhaftere Folgekostenregelung (§ 5 des Neukonzessionsvertrages, Anlage K 8) angeboten. Zudem habe das Angebot der Stadtwerke S. H. 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 a. F. 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 a. F. ergebe sich auch ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an gemischt genutzten Leitungen im Stadtgebiet O. 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 seit dem 4. August 2011 geltende 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 Alt-Konzessionsvertrag sei wegen Verstoßes gegen § 1 GWB unwirksam. Andernfalls seien hohe Netzentflechtungskosten faktisch geeignet, eine Netzübernahme auszuschließen.

Die Klägerin hat in spezifizierter Form die Übertragung der Anlagen, der entsprechenden Grundstücke und Grundstücknutzungsrechte, der Rechte und Pflichten aus Verträgen sowie Auskunftserteilung beantragt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

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 mitgeteilt 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 in der bis zum 29. Juni 2013 geltenden Fassung (nachfolgend: a. F.) 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 a. F. und könne daher auch keine Überlassungsansprüche gegen die Beklagte geltend machen.

Die Stadt habe bei Abschluss des Neu-Konzessionsvertrages gegen § 46 Abs. 3 EnWG a. F. 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 in der bis zum 29. Juni 2013 geltenden Fassung (nachfolgend: a. F.) 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. H. 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. H. (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.

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.

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 § 101b 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.

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 a. F. 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 a. F. Der Neu-Konzessionsvertrag 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 a. F. 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 Neu-Konzessionsvertrages 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.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 01.08.2012, auf dessen tatsächliche Feststellungen Bezug genommen wird, abgewiesen. Nach Auffassung des Landgerichts verstoßen die in § 7 Abs. 2 und 3 des Neu-Konzessionsvertrags enthaltenen Regelungen ebenso wie die von der Gemeinde für die Vergabe der Konzession an die Klägerin veröffentlichten Gründe gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV, was gemäß § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags führe.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen erster Instanz und beruft sich auf Verfahrensfehler des Landgerichts. Zudem hebt sie hervor, dass die Regelung des § 7 Abs. 2 und 3 des Neu-Konzessionsvertrags wortgleich dem Musterkonzessionsvertrag des Gemeindetages Baden-Württemberg entspreche und auch nach wie vor im Musterkonzessionsvertrag Baden-Württemberg enthalten sei. Dies indiziere faktisch die Zulässigkeit der Vereinbarung. Gleichartige Klauseln befänden sich auch in zahlreichen weiteren Musterverträgen. Hätte das landgerichtliche Urteil Bestand, müssten mehrere tausend Konzessionsverträge in Deutschland für nichtig erklärt

Die Klägerin beantragt:

Unter Abänderung des am 01.08.2012 verkündeten Urteils des Landgerichts München, Az. 37 O 19383/10, die Beklagte zu verurteilen,

1. der Klägerin das Eigentum

a. an dem Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im gesamten Gebiet der Stadt 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 E., in südlicher Richtung zum Umspannwerk P., in nordwestlicher Richtung nach G.-Ost sowie in nördlicher Richtung nach B. verlaufen (diese Leitungen sind in dem der Klageschrift beigegefügtten 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 1. 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 auf 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. 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.-A. AG, eingetragen im

Grundbuch von E., Blatt ...38, Gemarkung E., Flurstück-Nr. 1 (Trafostationserrichtungsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. 63, Blatt ...19, Gemarkung E., Flurstück-Nr. 123 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. 24, Blatt ...75, Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...44 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. 34, Blatt ...53-...56, Gemarkung E..., Flurstück-Nr. ...85 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. 17, Blatt ...51, Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...10 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. 59, Blatt ...98, Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...50/31 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. k.A., Blatt k.A., Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...05/1 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. k.A., Blatt k.A., Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...16/7 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. 30, Blatt ...77, Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...23/...29 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. 69, Blatt ...97, Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...60/65 (Trafostationsrecht für I...-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. 18, Blatt ...76, Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...66/4 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Bd. 32, Blatt ...52, Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...86/6 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 23, Blatt ...84, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...49 (Mastenerrichtungsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 31, Blatt ...34, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...49 (Starkstromleitungsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 24, Blatt ...22, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...26/23 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 29, Blatt ...85, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...47 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 43, Blatt ...56, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...81 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 38, Blatt ...83, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...62 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 22, Blatt ...07, Gemarkung G., Flurstück-Nr. .16 (Gittermastenstationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 23, Blatt ...08, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...04 (Gittermastenstationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 31, Blatt ...38, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...42/2 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 31, Blatt ...38, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...47/4 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 48, Blatt ...55, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...48/21 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Bd. 32, Blatt ...89, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...75/2 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von E., Blatt ...24, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...75/30 (Trafostationsrecht für E. Bayern AG)
Grundbuch von G., Blatt ...42, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...75/30 (Trafostationsrecht für E. Bayern AG)
Grundbuch von G., Blatt ...25, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...76/...08 (Trafostationsrecht für E. Bayern AG)
Grundbuch von G., Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...77/12 neu ...83/60
Grundbuch von G., Bd. 15, Blatt ...48, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...77/2 (Gittermastenstationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Blatt ...03, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...33/13 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von G., Blatt ...64, Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...50/2 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 210, Blatt ...56, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...26 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 198, Blatt ...40-...86, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...61 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 41, Blatt ...56, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...98 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. ...40/...41, Blatt ...03-...41, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...23 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 93, Blatt ...82, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...34 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 93, Blatt ...63, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...97 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 189, Blatt ...31, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...25/1 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 72, Blatt ...21, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...43 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Blatt ...73, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...39 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 140, Blatt ...18, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...63 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 201, Blatt ...36, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...81/7 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 150, Blatt ...77, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...85 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 99, Blatt ...64, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...83 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 99, Blatt ...64, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...83 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 43, Blatt ...43, Gemarkung O., Flurstück-Nr. 906 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. k.A., Blatt k.A., Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...24 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 91, Blatt ...05, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...15 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)

Grundbuch von O., Blatt ...959, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...46/5 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Blatt ...359, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...2/7 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Blatt ...024, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...45/35 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Blatt ...082, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...49/102 (Trafostationsrecht für E. AG)
Grundbuch von O., Bd. k.A., Blatt k.A., Gemarkung O., Flurstück-Nr. 1120/3 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 172, Blatt ...19, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...33/16 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 146, Blatt ...31, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...28/3 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 168, Blatt ...07, Gemarkung O., Flurstück-Nr. 1345/2 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Blatt ...82, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...35/2 und ...37/5 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 108-115, Blatt ...10 und weitere, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...09/1 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 115-117, Blatt ...50, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...09/2 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 100, Blatt ...07, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...37/5 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 51, Blatt ...95, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...11/4 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 70, Blatt ...62, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...23/6 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 149, Blatt ...26, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...09/9 und ...09/20 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Blatt 4251, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...46/1 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 96, Blatt ...67, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...86/...17 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 137, Blatt ...05, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...86/...87 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. 154, Blatt ...13, Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...86/...92 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)
Grundbuch von O., Bd. k.A., Blatt k.A., Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...96/5 (Trafostationsrecht für I.-A. AG)

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.

cc. 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:

Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...69/2, E.weg, Grundbuch von E., Bd. 66, Blatt ...25
Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...16/25, S.straße 11, Grundbuch von E., Bd. 66, Blatt ...25
Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...96/1, D.str. 44, Grundbuch von E., Bd. 66, Blatt ...38
Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...23/...44, W.straße, Grundbuch von E., Bd. 98, Blatt ...69
Gemarkung E., Flurstück-Nr. ...43/9, S.straße, Grundbuch von E., Bd. 55, Blatt ...63

Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...05/...33, MEA an ...05/...47, Prof.-S.-Straße, Grundbuch von G., Bd. 34, Blatt ...54
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...17/7, H.-B.-Str. 2, Grundbuch von G., Bd. 34, Blatt ...54
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...47/6, A.weg, Grundbuch von G. (G.), Blatt ...29
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...47/12, S.eck, Grundbuch von G. (G.), Blatt ...29
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...75/11, F.straße bei Nr. 85, Grundbuch von G., Bd. 34, Blatt 1554,
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...92/17, N.straße 1, Grundbuch von G., Bd. 18, Blatt ...52,
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...72/3, G. Straße 41, Grundbuch von G., Bd. 18, Blatt ...44,
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...27/1, Beim H., Grundbuch von G., Bd. 34, Blatt ...54,
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...50/2, F. Straße, Grundbuch von G., Bd. 34, Blatt ...54,
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. 46/28, S.straße, Grundbuch von G., Bd. 34, Blatt ...54,
 Gemarkung G., Flurstück-Nr. ...35/6, B.straße, Grundbuch von G., Bd. 18, Blatt ...44
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...47/79, H.weg, Grundbuch von O., Bd. 64, Blatt ...88
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...60/2, B.straße 20, Grundbuch von U., Gem. O., Bd. 160, Blatt ...06,
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...79/3 und ...26/7, M.straße, Grundbuch von O., Bd. 148, Blatt ...07,
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...61/11, J.-S.-B.-Straße, Grundbuch von O., Bd. 64, Blatt ...88,
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...62/15, H.straße, Grundbuch von O., Bd. 148, Blatt ...07,
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...10/71, H.-H.-Straße, Grundbuch von O., Bd. 64, Blatt ...88
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...87/88, P.straße, Grundbuch von O., Bd. 64, Blatt ...88
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. 429/2, Roßhaupter Platz, Grundbuch von U., Bd. 160, Blatt ...06
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...66/3, W.-v.-S.-Straße, Grundbuch von O., Bd. 178, Blatt ...45
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...78/4, W.-v.-S.-Straße, Grundbuch von O., Bd. 178, Blatt ...45
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...87/25, S.straße, Grundbuch von O., Bd. 64, Blatt ...88
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...26/14, R.straße, Grundbuch von O., Bd. 64, Blatt ...88
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...49/4, J.-G.-G.-Straße, Grundbuch von O., Bd. 178, Blatt ...45
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...52/4, G.-D.-Straße, Grundbuch von O., Bd. 178, Blatt ...45
 Gemarkung O., Flurstück-Nr. ...86/...80, I.weg, Grundbuch von O., Bd. 178, Blatt ...45

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

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

3. 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. 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 Stadt 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 Olching 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 Angabe des 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 Erlösobergrenzen 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 Erlösobergrenzen 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 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 im Stadtgebiet Olching durch Vorlage von topographischen Netzplänen sowie über

- 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 Olching 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 Olching aus dem Gesamtnetz der Beklagten zu tragen hat. Zu den Entflechtungskosten gehören die Kosten der Errichtung und des Betriebs von Eingangs- und Ausgangsmessstationen 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 Be. Bü. H., 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 unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags erster Instanz, die Berufung zurückzuweisen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.09.2013 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche nicht zu, weil der zwischen ihr und der Gemeinde O. abgeschlossene Konzessionsvertrag nichtig ist und die Beklagte sich auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen kann. Die Klägerin ist nicht neues Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a. F. geworden. Auch abgetretene vertragliche Ansprüche stehen der Klägerin nicht zu.

I. Der Klägerin stehen keine Ansprüche aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung zu. Diese ist maßgeblich, da die Gemeinde O. mit der Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger am 28.03.2008, dass sie beabsichtigte, den bestehenden Vertrag zu kündigen und einen neuen Strom-Konzessionsvertrag abzuschließen, das Vergabeverfahren für den neuen Konzessionsvertrag eingeleitet hat (Anlage B 2) und der Neu-Konzessionsvertrag am 16.10.2009 mit Wirkung ab 01.01.2010 geschlossen wurde.

Die Klägerin ist nicht neues Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a. F. geworden, weil der von der Klägerin mit der Gemeinde O. geschlossene Konzessionsvertrag wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV gemäß § 134 BGB nichtig ist.

1. Die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags ist entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur (Beschluss vom 19.06.2012, Az. BK6-11-079) auch im Rahmen des Anspruchs des „neuen Energieversorgungsunternehmens“ aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a. F. gegen den bisherigen Nutzungsberechtigten zu prüfen. Anspruchsinhaber ist nur der wirkliche neue Konzessionsinhaber und nicht ein etwaiger von der Gemeinde als solcher bezeichneter

Dritter (so auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2012, Az. VI-3 Kart 137/12 (V), BeckRS 2013, 07754). Dies ergibt sich zum einen schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, denn nur durch einen wirksamen Vertrag mit der Gemeinde kann ein Unternehmen zum „neuen Energieversorgungsunternehmen“ und somit zum Inhaber des Anspruchs aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a. F. werden. Zum anderen ergibt sich dies auch aus dem Zweck der Regelung, nach dem der wirkliche neue Konzessionsinhaber durch die Übertragung der Verteilungsanlagen in die Lage versetzt werden soll, seinem neuen Versorgungsauftrag nachzukommen, ohne ein neues Verteilungsnetz aufbauen zu müssen. Der nur vermeintliche Konzessionsinhaber benötigt die Verteilungsanlagen nicht und der Übertragungsanspruch des wirklichen Konzessionsinhabers wird durch die Übertragung an einen Dritten als vermeintlichen Konzessionsinhaber gefährdet.

2. Der Ordnungsgeber hat durch Erlass der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) von der Ermächtigung zur Regelung der Zulässigkeit und Bemessung von Konzessionsabgaben in § 48 EnWG Gebrauch gemacht und in § 2 KAV Höchstsätze für die zwischen den Gemeinden und den Energieversorgungsunternehmen zu vereinbarenden Konzessionsabgaben festgelegt. Flankierend enthält § 3 KAV ein sog. Nebenleistungsverbot, das abschließend regelt, welche Leistungen neben oder anstelle von Konzessionsabgaben von Versorgungsunternehmen und Gemeinden für einfache oder ausschließliche Wegerechte vereinbart oder gewährt werden dürfen.

In § 3 Abs. 1 Satz 1 KAV ist geregelt, welche Nebenleistungen zulässig sind, und in § 3 Abs. 2 KAV sind nicht zulässige Nebenleistungen beispielhaft durch den Zusatz „insbesondere“ aufgeführt. Gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 1 KAV dürfen sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden, nicht vereinbart oder gewährt werden. § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 2 KAV enthält zu diesem speziell geregelten Verbot eine Ausnahme und statuiert, dass Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, unberührt bleiben, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift bezieht sich die am Satzende stehende Einschränkung auf den gesamten vorstehenden Halbsatz. Unberührt vom Verbot bleiben sollen bestimmte Leistungen der Versorgungsunternehmen, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen, nämlich einerseits Leistungen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte und andererseits Leistungen für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen. Dass sich das Zulässigkeitsmerkmal des Fehlens eines Zusammenhangs mit Konzessionsverträgen lediglich auf die Leistungen bei der Aufstellung von Energiekonzepten bezieht, nicht aber auf Leistungen für Maßnahmen der dargestellten Art, ist mit dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 2 KAV nicht vereinbar.

Gleichwohl wird in der Literatur im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Norm die Auffassung vertreten, dass sich die Einschränkung der Ausnahme von dem Verbot „soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen“ nur auf „Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen

sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen“ beziehe, nicht aber auch auf „Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte“ (so z. B. Templin, ZNER 2012, 570, 577 m.w.N.). Begründet wird dies damit, dass nach dem ursprünglichen Regierungsentwurf zur KAV nur „Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler Energieversorgungskonzepte oder für die Beratung für einen rationellen und sparsamen Umgang mit Energie“ von dem Verbot ausgenommen sein sollten (BR-Drucksache 686/91 vom 08.11.1991) ohne die Einschränkung, dass dies nicht für Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsabgabenverträgen gelten sollte. Erst auf die Initiative des Bundesrates ist dann die Ausnahme von dem Verbot auch auf Leistungen für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, mit der Begründung erweitert worden, dass das Energieversorgungsunternehmen als langfristig versorgungsberechtigtes und versorgungsverpflichtetes Unternehmen entsprechende Leistungen erbringen können muss (vgl. BR-Drucksache 686/1/91 vom 09.12.1991 zu § 3 Abs. 2). Gleichzeitig ist aber vom Bundesrat die Einschränkung der Ausnahme von dem Verbot für Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsabgabenverträgen vorgeschlagen worden. Dass sich diese Einschränkung nur auf die nach Auffassung des Bundesrates neu in die Ausnahme mit aufzunehmenden Maßnahmen beziehen sollte, lässt sich der Begründung des Vorschlags nicht entnehmen. Die Begründung geht auf die vorgeschlagene Einschränkung vielmehr nicht gesondert ein. Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt sich diese mit dem Wortlaut der Vorschrift unvereinbare Auslegung somit nicht. Motive, die im Gesetzeswortlaut keinen Ausdruck gefunden haben, können die vorrangig am objektiven Sinn und Zweck des Gesetzes zu orientierende Auslegung nicht binden (vgl. BGH NJW 2012, 2958 – *Alles kann besser werden* Tz. 30).

Auch Sinn und Zweck des Nebenleistungsverbot des § 3 KAV gebieten keine Auslegung dahingehend, dass unentgeltliche oder zu Vorzugspreisen erbrachte Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen zulässig sein sollten, sie stehen einer solchen Auslegung vielmehr entgegen. Sinn und Zweck des Nebenleistungsverbot ist es, Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt der Nebenleistungen zu verhindern (vgl. Templin, ZNER 2012, 570, 571; Lehnert/Templin/Theobald, VerWA 2011, 83, 97; BR-Drucksache 686/91 vom 08.11.1991) sowie eine Aushöhlung der Höchstsätze für Konzessionsabgaben des § 2 KAV zu verhindern (vgl. BGH NJW 1996, 3409, 3410), was im Rahmen des Wettbewerbs um die Netze ebenfalls Verzerrungen entgegenwirkt und einen Wettbewerb um die höchsten Unterstützungsleistungen verhindern soll (*Albrecht* in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 9 Rn. 219). Diese Ziele können am besten erreicht werden, wenn Ausnahmen vom grundsätzlichen Nebenleistungsverbot – wie auch generell bei Ausnahmenvorschriften geboten – eng ausgelegt werden.

Auch eine Auslegung des § 3 KAV am Maßstab höherrangigen Rechts gebietet nicht etwa eine den Wortlaut erweiternde Auslegung der Ausnahme vom Nebenleistungsverbot dahingehend, dass unentgeltliche oder zu Vorzugspreisen gewährte Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung von Energiekonzepten auch im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen zulässig seien, oder sogar dahingehend, dass dem Umweltschutz dienende Nebenleistungsvereinbarungen grundsätzlich oder zumindest in noch weitergehendem Ausmaß zulässig seien (vgl. dazu Templin, ZNER 2012, 570, 578; Kahl/Schmidtchen, RdE 2012, 1 ff., 8).

In § 1 EnWG ist festgelegt, dass mit dem Gesetz neben der umweltverträglichen auch eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche und effiziente Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität bezweckt ist. Weiter hat der Gesetzgeber in § 48 Abs. 2 EnWG dem Verordnungsgeber gestattet, die Zulässigkeit und Bemessung von Konzessionsabgaben zu regeln und Höchstsätze festzusetzen. Dem EnWG mit seinen verschiedenen im Spannungsverhältnis zu-einander stehenden Zielen kann nicht entnommen werden, dass Ausnahmen vom Verbot der Nebenleistungen und damit eine Aufweichung der Höchstsätze für Konzessionsabgaben insbesondere im Zusammenhang mit dem Abschluss von Konzessionsverträgen aus Gründen des Umweltschutzes erweiternd auszulegen sind. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Gebot des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen gemäß Art. 20a GG.

Ein Gebot zur erweiterten Auslegung der Ausnahmen vom Verbot der Nebenleistungen ergibt sich auch nicht aus Art. 28 GG. Das Recht zur Selbstverwaltung der Gemeinden besteht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG nach Maßgabe der Gesetze. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden wird nicht dadurch verletzt, dass ihnen verboten ist, über die Konzessionsabgaben hinaus für die Vergabe von Wegerechten an öffentlichen Straßen unbegrenzt Nebenleistungen zu fordern. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden umfasst nicht das Recht, sich beliebig neue Einnahmequellen zu verschaffen; vielmehr folgt aus Art. 28 Abs. 2 GG - über das in Satz 3 der Vorschrift Gewährleistete hinaus - keine bestimmte Ausgestaltung des kommunalen Einnahmesystems (vgl. BVerfG NVwZ 2010, 895 Tz. 67). Die Finanzhoheit der Gemeinden wird durch das Nebenleistungsverbot nicht verletzt. Ebenso wenig wird die Planungshoheit der Gemeinde dadurch verletzt, dass sie den Konzessionsnehmer nicht danach aussuchen darf, wer ihr bei Vertragsabschluss die attraktivsten Nebenleistungen anbietet.

3. Ausgehend von dieser Auslegung verstoßen die Vereinbarungen in § 7 Abs. 2 und 3 des Konzessionsvertrags gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV.

a) Die in § 7 Abs. 2 Satz 1 des Konzessionsvertrags normierte Pflicht der Klägerin, die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten zu unterstützen, stellt eine unzulässige Sachleistung im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV dar.

Finanz- und Sachleistungen im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV sind jegliche Leistungen geldwerter oder vermögensrechtlicher Art (Templin ZNER 2012, 570, 574 m.w.N.). Die Pflicht der Klägerin, die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten zu unterstützen, ist eine Leistung vermögensrechtlicher Art. Die Unterstützung kann in Form von reinen Beratungsleistungen oder auch in Form einer Konzepterstellung erfolgen. Beides erfordert auf Seiten der Klägerin jedenfalls einen personellen Aufwand. Dass in den Vertrag die Unterstützungspflicht nur generalklauselmäßig aufgenommen wurde und die einzelnen konkret zu erbringenden Leistungen noch nicht aufgeführt sind, steht der Vereinbarung einer Leistung im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nicht entgegen. Die generalklauselmäßige Leistungsverpflichtung gibt der Gemeinde die Möglichkeit, die Unterstützungsleistungen erst während der Vertragslaufzeit näher zu konkretisieren. Im Streitfall wäre dann jeweils zu prüfen und ggf. durch die Gerichte zu klären, ob die von der Gemeinde konkret geforderte Unterstützungsleistung von der generell vereinbarten Unterstützungspflicht umfasst ist. Wie sich aus der Veröffentlichung des Verhandlungsführers für den Gemeindetag Baden-Württemberg (Anlage B 38) ergibt, ist die Aufnahme konkreterer Unterstützungsleistungen in den Musterkonzessionsvertrag gerade im Hinblick auf das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unterblieben, ohne das deswegen mit Nachteilen in der praktischen Umsetzung

gerechnet wurde. Eine geldwerte Leistungsverpflichtung liegt aber unabhängig davon vor, ob im Konzessionsvertrag die Leistungspflichten des Energieversorgers schon im Einzelnen spezifiziert sind oder nur eine generelle Unterstützungspflicht im Hinblick auf kommunale Energiekonzepte aufgenommen ist.

b) Auch die Verpflichtung, die erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, verstößt gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV. Welche Daten im Einzelnen zur Verfügung zu stellen sind, ist wiederum im Konzessionsvertrag noch nicht genau geregelt. Die Pflicht ist aber nach der Vereinbarung nicht auf Daten beschränkt, die bei der Klägerin ohnehin bereits aus einem anderem Grund zusammengestellt wurden und der Gemeinde daher ohne weiteren Aufwand zur Verfügung gestellt werden können, sondern erstreckt sich auch auf für ein zu erstellendes Energiekonzept „erforderliche“ Daten, die die Klägerin zwar liefern kann, die sie aber auch erst selbst zusammenstellen muss und deren Zusammenstellung somit eines personellen Aufwands bedarf. Auch die Pflicht, die für ein Energiekonzept erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, beinhaltet somit eine geldwerte Leistung. Ob für die Zurverfügungstellung der Daten ein Markt vorhanden ist, ist nicht entscheidend. Auch wenn es sich um Daten handelt, die nur von der Klägerin und nicht auch von anderen Marktteilnehmern zusammengestellt werden können, liegt ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vor, denn - wie ausgeführt – dient das Nebenleistungsverbot auch dem Zweck, dass die für die Konzessionsabgaben festgelegten Höchstsätze nicht ausgehöhlt werden sollen. Dieser Schutzzweck ist auch dann berührt, wenn ein Markt für die vereinbarte Nebenleistung nicht existiert.

c) Die Nebenleistungen der Klägerin sollen nach dem Konzessionsvertrag unentgeltlich erfolgen. Die Auffassung der Klägerin, für die Nebenleistungen sollte gemäß §§ 612, 632 BGB die übliche Vergütung gezahlt werden, geht fehl. Abgesehen davon, dass diese Vorschriften Verträge voraussetzen, bei denen die Dienst- oder Werkerbringung eine Hauptleistungspflicht darstellt, ergibt sich die Unentgeltlichkeit der Nebenleistungen aus der Gesamtschau der in § 7 Abs. 2 Satz 1-3 des Konzessionsvertrags getroffenen Bestimmungen. Neben der Unterstützungspflicht bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten und der Datenüberlassungspflicht ist in § 7 Abs. 2 Satz 3 des Konzessionsvertrags noch geregelt, dass die Klägerin nach Abstimmung bereit ist, hierfür im Rahmen des konzessionsabgabenrechtlich Zulässigen einen Zuschuss zu gewähren, wenn die Gemeinde die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts beauftragt. Soweit die Gemeinde sich also dafür entscheiden sollte, das Energiekonzept von einem Dritten erstellen zu lassen, wodurch sich der nach § 7 Abs. 2 Satz 1 des Konzessionsvertrags vorgesehene Unterstützungsaufwand verringern würde, sollte dies durch einen entsprechenden Zuschuss ausgeglichen und die Mehrkosten der Gemeinde verringert werden. Es wäre widersinnig, wenn die Gemeinde als Gegenleistung für diesen Zuschuss eine Vergütung erbringen müsste. Aus der Vereinbarung eines Zuschusses im Falle der Beauftragung eines Dritten ergibt sich daher, dass im Falle der umfassenden Leistungserbringung der Klägerin keine marktübliche Vergütung vorgesehen war. Dies entspricht auch dem Verständnis der Beteiligten bei der Erstellung des Mustervertrages, die im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV davon abgesehen hatten, die Unterstützungspflichten weiter zu konkretisieren (Anlage B 38). Denn soweit die Unterstützung zu marktüblichen Preisen hätte erfolgen sollen, wäre das Verbot des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nicht berührt.

d) Sowohl die Unterstützung der Gemeinde bei der Erstellung eines Energiekonzepts als auch die Zurverfügungstellung der für ein Energiekonzept erforderlichen Daten wurden im Zusammenhang mit dem Abschluss des Konzessionsvertrags, nämlich in diesem selbst, vereinbart. Entgegen der Auffassung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 26.09.2013 kommt es nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV gerade nicht darauf an, ob zwischen der angebotenen Nebenleistung und der Auswahlentscheidung der Gemeinde ein Kausalzusammenhang nachgewiesen wird. Die Vereinbarung der Leistungen ist gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unabhängig davon unzulässig, ob diese nachweislich bei der Auswahlentscheidung von Bedeutung waren.

e) Die Zuschussvereinbarung in § 7 Abs. 2 Satz 3 des Konzessionsvertrags selbst stellt keinen eigenständigen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV dar, da der Zuschuss nur im Rahmen des konzessionsabgabenrechtlich Zulässigen gezahlt werden sollte. Da der Zuschuss tatsächlich konzessionsabgabenrechtlich nicht zulässig ist und die Parteien dem durch die Einschränkung Rechnung getragen haben, ist im Ergebnis kein Zuschuss vereinbart und liegt insoweit kein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot vor.

f) Die in § 7 Abs. 3 Satz 1 des Konzessionsvertrags getroffene Vereinbarung, dass die Klägerin die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, unterstützt, ist nicht nur im Hinblick auf die vom Gesetzgeber in §§ 6 ff. EnWG angeordnete Entflechtung von Netzbetrieb und Stromerzeugung sachfremd, sondern verstößt auch gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV. Zwar sind wiederum keine konkreten Handlungspflichten der Klägerin aufgeführt, es ist jedoch eine generelle Leistungsverpflichtung der Klägerin geregelt. Nach der Vertragsgestaltung ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln, ob von der Gemeinde an die Klägerin herangetragenem Anliegen aufgrund der übernommenen generellen Unterstützungspflicht zu entsprechen ist. Dafür, dass diese Unterstützungspflicht sich auf rein ideelle Leistungen beschränken und nicht ggf. auch Sach- oder Finanzleistungen umfassen soll, ist nichts ersichtlich, eine dahingehende Einschränkung enthält die Regelung nicht. Eine Gegenleistung ist für die Unterstützungspflicht nicht vereinbart und ergibt sich auch nicht aus §§ 612 Abs. 1, 632 Abs. 1 BGB. Nach diesen Vorschriften wird eine Vergütungsvereinbarung fingiert, wenn die Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die Unterstützungspflicht der Klägerin wurde hier im Konzessionsvertrag geregelt, der die Pflichten der Gemeinde in § 2 ausdrücklich regelt. Eine darüberhinausgehende von der Gemeinde zu zahlende Vergütung für die von der Klägerin nach dem Vertrag zu erbringenden Leistungen konnte diese ohne ausdrückliche Regelung im Vertrag nicht erwarten. Von einer Vergütungspflicht ist auch der baden-württembergische Gemeindetag, wie sich aus Anlage B 38 ergibt, nicht ausgegangen.

g) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergeben sich dagegen aus den im Bundesanzeiger bekannt gemachten Gründen für die Auswahlentscheidung keine konkreten Verstöße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV. Verpflichtungen der Klägerin, der Gemeinde

unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis Finanz- oder Sachleistungen zukommen zu lassen, lassen sich den veröffentlichten Gründen für die Auswahlentscheidung nicht entnehmen.

h) Da bereits Verstöße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV feststehen, hat der Senat davon abgesehen, dem Antrag der Beklagten, der Klägerin die Vorlage des Konsortialvertrages und des ungekürzten Sitzungsprotokolls und der Beschlussunterlagen der Gemeinderatssitzungen vom 14.05.2009 und vom 30.09.2009 gemäß § 142 Abs. 1 ZPO aufzugeben, zu entsprechen, auch wenn sich aus dem Artikel im F. Tagblatt vom 06.11.2009 (Anlage B 4) Hinweise auf weitere unzulässige Nebenleistungen, etwa die Zurverfügungstellung von Energieerzeugungsanlagen, ergeben.

4. Die Verstöße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV führen zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags gemäß § 134 BGB.

a) Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Ob ein Verstoß zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, hängt vom Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes ab (vgl. BGH NJW 2013, 3167 Tz. 15), wobei bei beiderseitigen Verbotsgesetzen in der Regel anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft nichtig sein soll (vgl. BGH NJW-RR 2008, 1050 Tz. 9; Palandt-*Ellenberger*, BGB, 72. Aufl., § 134, Rn. 8 m.w.N.). Das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV richtet sich ausdrücklich an beide Vertragspartner, an Versorgungsunternehmen und Gemeinde, sonstige Finanz- und Sachleistungen dürfen nicht vereinbart und nicht gewährt werden. Gründe dafür, die Nebenleistungsvereinbarungen trotz der sich an beide Vertragsparteien richtenden Verbotsnorm aufrechtzuerhalten, bestehen nicht.

Die Verstöße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV führen nicht nur zur Nichtigkeit der Nebenleistungsvereinbarungen, sondern zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags. Die Nichtigkeit erstreckt sich in der Regel auf das Rechtsgeschäft im Ganzen. Eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolge auf die verbotene Regelung ist nur dann anzunehmen, wenn sich dies aus dem Zweck der Verbotsnorm ergibt (Palandt-*Ellenberger* a.a.O. Rn. 13).

Bei Verstößen gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV erfordert der Schutz der Mitbewerber die Nichtigkeit des Konzessionsvertrag im Ganzen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nicht dem Schutz der Mitbewerber diene. Zwar gab es bei Einführung des Nebenleistungsverbots noch keinen Wettbewerb um die Netze. Eine Aushöhlung der Höchst-sätze für Konzessionsabgaben durch Nebenleistungen sollte vielmehr ursprünglich verhindert werden, um die Letztverbraucher vor überhöhten Energiepreisen zu schützen. Ohne das Nebenleistungsverbot bestand die Gefahr, dass die Gemeinden sich von den Energieversorgungsunternehmen erhebliche Nebenleistungen versprechen ließen und die Energieversorgungsunternehmen die Kosten dafür über die Energiepreise an die Letztverbraucher weitergaben. Zum Schutz der Verbraucher vor überteuerten Energiepreisen ist eine Nichtigkeit des Gesamtvertrages bei Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot nicht (mehr) erforderlich, da seit Einführung des Systems der Netzentgeltregulierung die Gefahr nicht mehr gegeben ist, dass unangemessene Kostenbestandteile des Netzbetreibers in die Netzentgelte zu Ungunsten der Netznutzer einfließen. Die Weitergabe unzulässiger Kosten ist spätestens seit der Einführung der ex-ante-Entgeltkontrolle im Jahr 2005 nicht mehr möglich (Templin ZNER 2012, 570, 571). Der Ordnungsgeber hat sich gleichwohl dafür

entschieden, das Nebenleistungsverbot trotz Einführung des Wettbewerbs um die Netze und der Regulierung der Netzentgelte unverändert zu lassen. Durch diese Strukturänderungen des Energiewirtschaftsrecht hat die Vorschrift, die ursprünglich nur die Letztverbraucher und Anbieter von Nebenleistungen schützen sollte, erhebliche wettbewerbliche Relevanz für die Mitbewerber um das Netz bekommen (vgl. auch OLG Bamberg, Urt. v. 3. November 2010 – 3 U 92/10, juris, dort Tz. 88 zu § 3 KAV als Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG und *Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers*, 2010, Rn. 22, 2. Aufzählungspunkt). Mitbewerber, die sich gesetzeskonform verhalten und unter Beachtung vom § 3 KAV keine unzulässigen Nebenleistungen anbieten, sind nur bei einer Gesamtnichtigkeit des Vertrags gegen das verbotswidrige Verhalten ihres Mitbewerbers geschützt. Würde man nur von einer Teilnichtigkeit der verbotenen Regelung ausgehen, würde der Mitbewerber, der unter Verstoß gegen § 3 KAV Vertragspartner der Gemeinde geworden ist, nicht nur die Konzession erhalten, sondern er müsste, wenn er sich auf die Teilnichtigkeit beruft, sogar für diese weniger leisten, als er der Gemeinde angeboten hat. Er würde für sein gesetzeswidriges Verhalten somit doppelt belohnt. Beruft sich das Unternehmen nicht auf die Teilnichtigkeit des Vertrags, würde auch die Gemeinde für ihr gesetzeswidriges Verhalten belohnt, da sie sich zusätzliche finanzielle Vorteile verschaffen konnte. Würde der Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nicht zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags führen, könnten beide Vertragsparteien, insbesondere der Versorger auf Kosten der um ihre Marktzutrittschancen gebrachten gesetzestreuen Mitbewerber, von einem Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV nur profitieren. Das wäre ein Ergebnis, das dem Sinn eines an beide Parteien gerichteten Verbots offensichtlich widerspricht.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es sich bei § 3 KAV um Preisrecht handle und Verstöße gegen Preisrecht nicht zur Nichtigkeit des Vertrags führten (vgl. BGH NZBau 2008, 65 Tz. 14 m.w.N.). Dies gilt, wenn das Preisrecht Höchstsätze für die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung enthält, wie die HOAI (vgl. BGH a.a.O.). Ist ein überhöhter Preis vereinbart, so gebietet es der Schutz des hierdurch benachteiligten Vertragspartners regelmäßig, den Vertrag im Übrigen, d.h. ohne die Preisabrede, aufrechtzuerhalten (Münchener Kommentar - Armbrüster, BGB, 6. Aufl., § 134 Rn. 107). Die Preisvorschrift des § 3 KAV richtet sich aber an beide Vertragspartner; weder der Schutz der den überhöhten Preis fordernden Gemeinde, noch der Schutz des den überhöhten Preis anbietenden Energieversorgers gebieten die Aufrechterhaltung des Vertrags.

b) Die in den Vertrag aufgenommene salvatorische Klausel hätte nur dann Bedeutung, wenn sich die Gesamtnichtigkeit des Vertrags nicht aus § 134 BGB ergeben würde, denn nur dann wäre gemäß § 139 BGB zu prüfen, ob die Parteien den Restvertrag aufrechterhalten – und damit den Ausschluss gesetzestreuer Mitbewerber perpetuieren - wollen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.09.2009 (NJW-RR 2010, 1070 - *Endschaftsbestimmung II*) steht dem nicht entgegen, da sie sich mit einer Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB nicht befasst hat.

c) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Konzessionsvertrags auch nicht unverhältnismäßig. Die Klägerin stützt die vermeintliche Unverhältnismäßigkeit der Nichtigkeit darauf, dass die streitigen Regelungen dem Musterkonzessionsvertrag Baden-Württemberg entnommen wurden und es an einem

kollusiven Zusammenwirken der Klägerin mit der Gemeinde O. fehle. Auch Regelungen, die in Musterverträgen enthalten sind, sind der gerichtlichen Überprüfung jedoch nicht entzogen und die Frage, ob die Gemeinde O. die Nichtigkeit hätte erkennen müssen, spielt im vorliegenden Rechtsstreit keine Rolle.

5. Der Beklagten ist die Einwendung der Nichtigkeit des Konzessionsvertrags nicht abgeschnitten.

a) Eine Unzulässigkeit der Geltendmachung erst im vorliegenden Rechtsstreit ergibt sich nicht aus einer entsprechenden Anwendung der für das formelle Vergabeverfahren geltenden Rügefristen, insbesondere § 101b Abs. 2 GWB. Die §§ 97 ff. GWB finden nach einhelliger Auffassung auf die Vergabe von Verträgen nach § 46 EnWG keine Anwendung, da die Vergabe der Konzession kein Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB ist (vgl. Schüttpelz, VergabeR 2013, 361, 362 m.w.N., Anlage BK 22).

Für eine entsprechende Anwendung fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke zumal die Beklagte nicht auf ein formelles Nachprüfungsverfahren verwiesen werden kann, wie es § 101b GWB voraussetzt. § 46 EnWG a. F. enthält in Abs. 2 Satz 4, Abs. 3 Satz 1 und Satz 4 verschiedene zeitliche Vorgaben. Rügeausschlussfristen sind aber gerade nicht aufgenommen worden. Dass es sich hierbei um eine planwidrige Lücke handelt, ist in keiner Weise ersichtlich.

b) Die Beklagte hat ihr Recht, sich auf die Unwirksamkeit des Konzessionsvertrags zu berufen, auch nicht gemäß § 242 BGB verwirkt.

Eine Rechtsposition ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (vgl. BGH, Urt. v. 29. Januar 2013 – EnZR 16/12, juris, Tz. 13 m. w. N.).

Die Beklagte hat nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidung am 11.09.2009 und bis heute keine rechtlichen Schritte gegen die Gemeinde unternommen und sich vorprozessual auch gegenüber der Klägerin nicht auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags berufen. Hieraus konnte die Klägerin jedoch nicht schließen, dass die Beklagte, falls keine Einigung über den Preis für die Stromverteilungsanlagen erzielt werden würde, nicht die Übertragungspflicht als solche in Frage stellen würde. Da die Beklagte Eigentümerin der Stromverteilungsanlagen im Gebiet der Gemeinde O. ist, konnte ein Wechsel des Netzbetreibers ohne ihre Einbindung nicht erfolgen. Der neue Energieversorger oder die Gemeinde mussten wegen der Übertragung der Verteilungsanlagen mit ihr in Verhandlungen treten, wie es die Klägerin ja auch getan hat. Da ein Wechsel des Versorgers ohne Einbindung der Beklagten als Eigentümerin der Verteilungsanlagen nicht vollzogen werden konnte, kann aus dem Umstand, dass die Beklagte nicht selbst aktiv gegen die Vergabeentscheidung der Gemeinde

vorgegangen ist, nicht geschlossen werden, dass sie dessen Wirksamkeit nicht in Frage stellt. Dass die Beklagte sich nicht schon vorprozessual gegenüber der Klägerin auf die Unwirksamkeit des neuen Konzessionsvertrags berufen hat, führt ebenfalls nicht zur Verwirkung, zumal die Beklagte den Vertrag bis zur Klageerhebung gar nicht kannte. Die Beklagte hat in den vorprozessualen Verhandlungen zum Ausdruck gebracht, dass sie zur Übertragung der Anlagen zu gewissen Bedingungen, insbesondere zu einem ihren Vorstellungen entsprechenden Preis, bereit ist. Damit hat sie aber nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie sich gegen eine Übereignung der Anlagen zu einem deutlich niedrigeren, nicht ihren Vorstellungen entsprechenden Preis nicht mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln wehren würde und insbesondere nicht die Übereignungspflicht als solche in Frage stellen würde. Mangels Umstandsmoments ist für die Annahme einer Verwirkung somit kein Raum.

c) Der Berufung der Beklagten auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags steht auch nicht entgegen, dass nach Auffassung der Klägerin auch in den von der Beklagten vorgelegten Angeboten nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Nebenleistungen enthalten gewesen sein sollen, denn die Nichtigkeit des mit der Klägerin abgeschlossenen Konzessionsvertrags führt nicht dazu, dass nunmehr automatisch die Beklagte die neu zu vergebende Konzession erhält.

6. Da sich die Nichtigkeit des Vertrages bereits aus den Verstößen gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ergibt, kann dahinstehen, ob der Neu-Konzessionsvertrag darüber hinaus auch wegen Verstößen gegen § 46 Abs. 1, Abs. 3 EnWG a. F., §§ 19, 20 GWB a. F. nichtig ist. Insofern ist insbesondere zweifelhaft, ob den Interessenten die Auswahlkriterien und deren Gewichtung mit dem Schreiben vom 06.07.2007 (Anlage K 44) und dem Fragenkatalog vom 27.03.2009 (Anlage K 44) vor der Bewerbung hinreichend mitgeteilt wurden, was für eine diskriminierungsfreie Vergabe der Konzession gemäß § 46 Abs. 1 EnWG a. F. erforderlich ist (vgl. *Albrecht* in *Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft*, 4. Aufl., § 9 Rn. 88; vgl. auch *Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers*, 2010, Rn. 15). Zudem ist fraglich, ob in den Schreiben vom 06.07.2007 und 27.03.2009 auf zulässige Auswahlkriterien abgestellt wird, da die in der Anlage K 46 gestellten Fragen zu einem nicht unerheblichen Teil die Stromerzeugung und nicht den Netzbetrieb betreffen.

II. Die Klägerin hat auch keinen vertraglichen Anspruch auf Übereignung der Verteilungsanlagen.

1. Nach der in § 5 des Alt-Konzessionsvertrags getroffenen Regelung besteht ein Erwerbsrecht der Gemeinde nur, wenn diese oder ein gemeindliches Unternehmen „neues Energieversorgungsunternehmen“ geworden ist. Es ist schon zweifelhaft, ob es sich bei der Klägerin um ein „gemeindliches Unternehmen“ in diesem Sinne handelt. Zum Zeitpunkt der Abtretung hielten die Stadtwerke S. H. GmbH 100 % der Anteile der Klägerin und auch seitdem hat die Gemeinde nur einen Teil, nämlich 51 % der Anteile erworben. Jedenfalls ist aber weder die Gemeinde, noch die Klägerin „neues Energieversorgungsunternehmen“ geworden, da dies den Abschluss eines wirksamen Konzessionsvertrags voraussetzen würde und ein solcher – wie dargelegt – nicht zustande gekommen ist.

2. Die Abtretung der vermeintlichen Ansprüche der Gemeinde ist auch aufgrund der Spezialregelung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a. F. unwirksam. Zwar stehen der vertragliche Anspruch aus dem bisherigen Konzessionsvertrag und der gesetzlichen Anspruch aus § 46 Abs. 2 EnWG a. F. grundsätzlich nebeneinander (BGH NJW-RR 2010, 1071 Tz. 12 – *Endschaftsbestimmung II*). Dies gilt aber nicht in Bezug auf die Anspruchsinhaberschaft (insoweit vom BGH ausdrücklich offengelassen, BGH a.a.O. Tz. 20). Denn wäre der bisherige Konzessionsinhaber aufgrund der Abtretung des (vermeintlichen) vertraglichen Anspruchs der Gemeinde verpflichtet, die Verteilungsanlagen an einen Dritten zu übereignen, könnte er seine gesetzlichen Pflichten aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a. F. zur Überlassung der Verteilungsanlagen an den tatsächlichen neuen Konzessionsnehmer nicht mehr erfüllen.

III. Da der Übereignungsanspruch nicht besteht, sind auch die daneben geltend gemachten weiteren Ansprüche nicht begründet.

C.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision war zuzulassen. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).