

16 U (Kart) 22/12
14 O Kart. 83/10 Landgericht Kiel

verkündet am: 22. November 2012

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

hat der Kartellsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht, die Richterin am Oberlandesgericht und den Richter am Oberlandesgericht für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin vom 29. Februar 2012 gegen das Urteil der Kammer für Handelssachen I des Landgerichts Kiel vom 3. Februar 2012 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsrechtszugs trägt die Klägerin.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beklagte ist eine 100%ige Tochter der E und Rechtsnachfolgerin der S. Sie ist Eigentümerin des Stromversorgungsnetzes im Gebiet der Klägerin.

Die Parteien verband ein Wegenutzungsvertrag vom 3. Oktober 1988 (Anlage K 6), der der Beklagten gestattete, gegen sog. Konzessionsabgaben Stromversorgungsanlagen auf und unter den öffentlichen Wegen des Gemeindegebiets zu betreiben. Der zum Jahresbeginn 1989 in Kraft getretene Vertrag hatte eine Laufzeit von 20 Jahren und endete mithin mit Ablauf des Jahres 2008. § 9 des Vertrages, die sog. Endschaftsbestimmung, lautete:

1. Falls die Gemeinde nach Vertragsablauf das Vertragsverhältnis mit der S nicht fortsetzen will, ist die Gemeinde verpflichtet, die ausschließlich der Stromverteilung im Gemeindegebiet dienenden Anlagen zum Sachzeitwert zu übernehmen.

Am 30. Dezember 2006 machte die Klägerin das Vertragsende bekannt und setzte eine Frist für Angebote für den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags bis zum 30. April 2007 (Anlage K 7). Daraufhin bekundeten die Beklagte, aber auch ein anderer Bewerber Interesse.

Bei der Vorstellung des Angebots der Beklagten im März 2008 stellte die Klägerin Anforderungen (vgl. das Protokoll der Beklagten Anlage B 8): So wünschte sie die 100%ige Übernahme der Folgekosten bei Veränderungen oder Umlegungen von Versorgungsleitungen, eine Haftung für Schäden, die durch Versorgungsanlagen entstehen könnten, die Einräumung von vertraglichen Informationspflichten (z. B. bei Baumaßnahmen), eine Pflicht zur Erdverkabelung, eine Pflicht zum Rückbau stillgelegter Leitungen sowie Endschaftsklauseln mit Regelungen für den Übernahmepreis nach dem Sachzeit- oder dem Ertragswert nach Ablauf des Vertrags für den Fall der Rekommunalisierungsabsicht nebst eines Sonderkündigungsrechts nach 10 Jahren in diesem Fall. Die Beklagte passte, soweit nicht schon ursprünglich so vorgesehen, ihr Angebot weitestgehend an; in Bezug auf den Übernahmepreis sicherte sie

„im Falle einer Rekommunalisierung eine Überlassung der Verteilungsanlagen, die ausschließlich der Versorgung der Stadt dienen, gemäß EnWG § 46 Abs. 2, gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ zu.

Am 11. Dezember 2008 entschied der Stadtrat gemäß dem Auszug aus dem Sitzungsprotokoll (Anlage K 8)

nach Auswertung der Angebote der E und der Z unter Berücksichtigung der Kriterien

- Höhe der Konzessionsabgabe
- Höhe des sog. Kommunalrabatts
- Kostenverteilung für Leitungsumlegungen
- Laufzeit des Konzessionsvertrages
- sog. Endschaftsregelung
- Pflicht zur Erdverkabelung
- Rückbau stillgelegter Leitungen

keinem der Anbieter den Abschluss des Konzessionsvertrages für das Stromverteilungsnetz im Stadtgebiet anzubieten. Vielmehr solle das Netz unter Berücksichtigung der derzeit geltenden vertraglichen Vereinbarungen rekommunalisiert werden. Die Verwaltung werde gebeten, der Kommunalaufsicht unmittelbar die beabsichtigte Gründung der Stadtwerke H in der Rechtsform eines Eigenbetriebes anzuzeigen. Die nach der Betriebssatzung erforderlichen (zwei) Werksleiter wurden in der Sitzung bestellt und gebeten, bis zur nächsten Sitzung den Entwurf für einen Wirtschaftsplan für das Wirtschaftsjahr 2009 vorzulegen.

Mit Schreiben vom 29. Dezember 2008 (Anlage K 9) teilte das Kämmereiamt der Klägerin der Beklagten mit, dass die Stadtvertretung beschlossen habe, die Aufgabe zum Betrieb des Stromverteilungsnetzes eigenen Stadtwerken zu übertragen. Auf die näheren Gründe, die zu dieser Entscheidung geführt hätten, komme man zu einem späteren Zeitpunkt zurück. Für die Entscheidung des Betriebs durch eigene Stadtwerke bitte man um Verständnis.

Am 25. März 2009 machte die Klägerin ihre Entscheidung wie folgt amtlich bekannt:

Die Stadtvertretung hat beschlossen, mit dem Betrieb des Stromversorgungsnetzes die Stadtwerke H zu betrauen. Folgende Gründe sind für die Entscheidung maßgeblich gewesen:

Durch die Konzessionierung der Stadtwerke H als Eigenbetrieb wird der Stromnetzbetrieb der allgemeinen Versorgung im Stadtgebiet kommunalisiert. Die Stadt erwirbt hierdurch den größtmöglichen Einfluss auf den Betrieb des Stromverteilnetzes. Die Stadt ist davon überzeugt, dass durch die Konzessionierung der Stadtwerke für die Zukunft bessere Konditionenbedingungen (z. B. Einfluss der Stadt auf strategische Entscheidungen und auf das Netzeigentum, auch nach Ablauf der Konzessionierung, Flexibilität) erzielt werden können, als diese von den konkurrierenden Bewerbern angeboten werden.

Die Stadt H ist sich sicher, mit der Entscheidung für Stadtwerke die besten Voraussetzungen für eine zuverlässige, preisgünstige und umweltgerechte Stromversorgung geschaffen zu haben (Anlage K 10).

In der Folgezeit führten die Parteien Verhandlungen über eine Netzübernahme, konnten sich jedoch über den Umfang der zu übereignenden Anlagen und auch über den Kaufpreis nicht einigen, den die Beklagte gemäß dem Vertragswortlaut nach dem Sachzeitwert berechnet sehen wollte, während die Klägerin diesen Wert durch den Ertragswert begrenzt sehen wollte.

Die Klägerin hat vor dem Landgericht die Übertragung des Eigentums am örtlichen Stromversorgungsnetz nebst etwa erforderlichen schuldrechtlichen und dinglichen Grundstücksrechten sowie Auskunft über Bestandswerte, Strukturdaten und regulatorisch bedingte Informationen begehrt. Sie hat gemeint, ihr stehe aus der vertraglichen Endschaftsbestimmung ein Anspruch auf Übereignung aller für die Versorgung notwendigen Leitungen zu (und damit auch der sog. gemischt-genutzten, die nicht „*ausschließlich* der Stromverteilung im Gemeindegebiet dienen“, § 9 Nr. 1 des Konzessionsvertrags). Dafür müsse sie gemäß der – ihrer Ansicht nach fortgeltenden – sog. Kaufering-Entscheidung des BGH vom 16. November 1999 (BGHZ 143, 128) nur den Ertragswert (von ihres Erachtens 1,186 Mio. €) zahlen und nicht den sehr viel höheren und damit

kartellrechtswidrig „prohibitiv“ wirkenden Sachzeitwert (den die Beklagte auf rd. 5,012 Mio. € berechnet hatte).

Auf eine Übereignung (und nicht nur etwa auf eine Verpachtung) ziele auch ihr daneben bestehender gesetzlicher Anspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, und dies auch schon in der alten – eine „Überlassung“ vorsehenden - Fassung, wobei auch die dort genannte „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ hier nach dem vergleichsweise niedrigeren Ertragswert zu bemessen sei.

Die Beklagte hat sich dem entgegen gestellt. Die Endschaftsbestimmung ergebe keinen Anspruch der Klägerin auf Übereignung des Netzes, sondern lediglich eine Verpflichtung zur Übernahme, falls sie, die Beklagte, der Klägerin ihr Netz *andiene*. Der gesetzliche Anspruch scheitere daran, dass die Klägerin kein auf sachlichen Kriterien beruhendes Auswahlverfahren i. S. von § 46 Abs. 3 EnWG durchgeführt, sondern sich ohne vorherige Kommunikation des „Warum“ für eine Rekommunalisierung entschieden habe (Bl. 114).

Der vertragliche Anspruch beschränke sich nach dem klaren Wortlaut des Vertrages auch auf die „*ausschließlich* der Stromverteilung im Gemeindegebiet dienenden Anlagen“ und nicht auf gemischt-genutzte Mittelspannungsleitungen. Jedenfalls komme eine Übereignung, zu der sie ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage bereit sei, nur Zug um Zug gegen Zahlung des Sachzeitwertes in Frage. Die Vereinbarung des Verkaufs zum Sachzeitwert sei dem Kaufering-Urteil zufolge nicht AGB-widrig und auch sonst nicht schlechthin gesetzeswidrig. Für eine Deckelung aus kartellrechtlichen Gründen fehle es, nachdem nach dem Wegfall der §§ 103, 103 a GWB a. F. Konzessionsverträge nunmehr ohne weiteres § 1 GWB unterfielen, an einer rechtlichen Grundlage.

Die Klägerin könne ihren vermeintlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Netz auch nicht auf § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG stützen. Der Anspruch sei (in der allein maßgeblichen bisher geltenden Fassung des Gesetzes) nur auf *Überlassung* und auch nur auf eine solche *notwendiger* Verteilungsanlagen gerichtet und auch nur Zug um Zug gegen die Zahlung des Sachzeitwertes als der wirtschaftlich angemessenen Vergütung.

Später – nach der Veröffentlichung des von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur herausgegebenen „Leitfadens zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ vom 15. Dezember 2010 (Anlage B 7) - hat die Beklagte dann hervorgehoben, die Klägerin habe sich erkennbar allein von dem politischen Wunsch einer Rekommunalisierung leiten lassen, die in Wahrheit eine Kommunalisierung sei. Dabei habe sie nicht nur ihre zuvor kommunizierten Auswahlkriterien missachtet, sondern auch ihren Eigenbetrieb ohne sachlichen Grund und entgegen der maßgeblichen Ziele von § 1 EnWG bevorzugt. Dies führe zur Unwirksamkeit der Auswahlentscheidung, womit die behaupteten Ansprüche der Klägerin entfielen.

Die Klägerin hat dem entgegengehalten, das „Thema Rekommunalisierung“ sei schon bei der Präsentation im März 2008 angesprochen worden; darauf beruhe die Einräumung eines einseitigen Sonderkündigungsrechtes nach 10 Jahren, von dem die Beklagte im Schreiben vom 10. März 2008 (Anlage K 62) noch zustimmend gesprochen habe. Über die maßgeblichen Kriterien sei nach der ersten Werberrunde in der Sitzung am 13. März 2008 beraten worden. Die Auswertung der nachgebesserten Vertragsangebote auf Grundlage der mitgeteilten Auswahlkriterien habe ergeben, dass die Vertragsentwürfe der Bewerber im Wesentlichen als inhaltlich gleichwertig anzusehen gewesen seien. Beide hätten insbesondere nur die „Überlassung“ der „ausschließlich“ der Verteilung im Stadtgebiet dienenden Anlagen angeboten und damit eine Regelung, die nach der Rechtsauffassung der Beklagten gar nicht zu der gewünschten Eigentumsübertragung des Netzes hätte führen können. Ebenso sei mit der Bestimmung der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ offensichtlich bewusst ein umstrittener Begriff gewählt worden (Bl. 181). Daher habe sich die Klägerin für die eigene Übernahme des Netzbetriebes entschieden. Sie habe lediglich ein transparentes Verfahren durchführen müssen und habe danach keine willkürliche Entscheidung treffen dürfen; zu einer reglementierten Ausschreibung mit konkreten und nachvollziehbaren Wertungskriterien nach dem Vorbild des Vergaberechts sei sie nicht gezwungen gewesen (Bl. 183), sondern habe vielmehr gemäß der Kaufering-Entscheidung „völlig frei und ungehindert

darüber entscheiden dürfen, welcher Partner fortan für die Energieversorgung zuständig sein“ solle, und auch, ob die Energieversorgung „durch die Kommune selbst fortgesetzt“ werden solle. Im Übrigen könne es für den Fall der Entscheidung zur eigenen Übernahme des Netzbetriebes auf die für eine Fremdkonzessionierung angesetzten Kriterien nicht in gleicher Weise ankommen; sonst könne eine Kommune nie selbst den Netzbetrieb übernehmen. Sie habe vielmehr einen grundgesetzlich und primärrechtlich geschützten Entscheidungsspielraum zur Eigenübernahme. Das bestätige sich auch in den europarechtlichen Grundsätzen der sog. In-House-Vergabe. Schließlich verhalte sich die Beklagte auch treuwidrig, wenn sie sich erst jetzt auf die angebliche Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung berufe (Bl. 193).

Nach der mündlichen Verhandlung vom 4. Januar 2012 hat die Klägerin weiter geltend gemacht, dass sich aus den Zielvorgaben des § 1 EnWG 2005 zum Zeitpunkt der Konzessionsvergabe keine Maßgaben für die Auswahl ergeben hätten. Die Berücksichtigung der Zielvorgaben sei erst in der Neufassung des § 46 EnWG 2011 enthalten; dies sei entgegen der Gesetzesbegründung keine „Klarstellung“. Außerdem seien die Ziele vorliegend ausreichend berücksichtigt worden. Aus der amtlichen Bekanntmachung vom 18. März 2009 ergebe sich, dass die Stadt „eine zuverlässige, preisgünstige und umweltgerechte Stromversorgung“ als Ziel berücksichtigt habe. An der Berücksichtigung weiterer Ziele sei sie nicht gehindert. Die Kriterien Konzessionsabgabe, Gemeinderabatt und Folgekostenübernahme hätten zwar unstreitig fiskalischen Bezug, es handele sich aber um von der KAV anerkannte Kriterien (Bl. 254). Die verkürzte Laufzeit des Vertrages ermögliche eine Flexibilisierung, die die Stadt in die Lage versetze, die Erfüllung der Ziele des § 1 EnWG zu prüfen und darauf zu reagieren. Mit den Endschaftsregelungen habe die Stadt eine klare und ausgewogene Regelung angestrebt, die Rechtsstreitigkeiten habe vermeiden und einen Konzessionswechsel habe erleichtern sollen. Geradezu vorbildhaft sei das Kriterium, einen Auskunftsanspruch zu Verteilungsanlagen für die allgemeine Versorgung zu verlangen; Netzdaten dienten der Transparenz und der Information der Gemeinden, damit diese in der Lage seien, einen versorgungssicheren und preisgünstigen Netzbetrieb festzustellen (Bl. 256). Das Kriterium der Erdver-

kabelung spiegele die Ziele der Verbraucherfreundlichkeit einerseits und der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Netzbetriebs andererseits wieder, das des Rückbaus stillgelegter Anlagen das Ziel einer sicheren und umweltverträglichen Energieversorgung, auch vermeide es Altlastproblematiken (Bl. 257).

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Der Klägerin stehe weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Stromnetz zu und daher auch kein Anspruch auf Erteilung der gewünschten Auskünfte hierüber.

Aus § 9 des Wegenutzungsvertrags lasse sich kein Übereignungsanspruch herleiten. Dieser regle seinem eindeutigen Wortlaut nach nur eine Verpflichtung der Stadt, auf Wunsch der Beklagten das Stromnetz für den Fall zu übernehmen, dass die Stadt den Vertrag mit der Beklagten nicht fortsetzen wolle, nicht aber ein Recht der Stadt auf den Erwerb. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus Sinn und Zweck, die darin lägen, die Beklagte für den Fall der Beendigung des Konzessionsvertrags abzusichern. Ohne die Regelung habe diese ihr Netz aus dem Gemeindegebiet entfernen müssen. Stattdessen dürfe sie es nach dem Vertrag der Klägerin anbieten. Daraus lasse sich aber nicht der Schluss ziehen, dass sie der Klägerin das Netz zwingend anzubieten habe, auch wenn dies wirtschaftlich die allein sinnvolle Lösung sein möge.

Es bestehe auch kein gesetzlicher Anspruch, weil die Entscheidung, das Netz künftig durch einen Eigenbetrieb zu betreiben gegen §§ 19, 20 GWB und § 46 Abs. 3 EnWG a. F. verstoßen habe. Das Gericht folge der Auffassung von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt aus dem „gemeinsamen Leitfaden“. Die Gemeinden seien in Ansehung der Vergabe der Wegenutzungsrechte absolut marktbeherrschend und demnach an das Kartellrecht gebunden. Auch aus dem Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG, einen Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen, ergebe sich, dass die Gemeinden bei der Auswahl des neuen Konzessionsträgers die Ziele des EnWG zu beachten hätten. Dem werde die Entscheidung der Klägerin nicht gerecht. Aus dem Besprechungsvermerk vom 2. April 2008 (Anlage B 8) ergebe sich, dass die Klägerin bei der Aufstellung der

Auswahlkriterien lediglich ihre eigenen kommunalen Interessen verfolgt habe; die Ziele des § 1 EnWG würden dort nicht einmal erwähnt. Darüber hinaus werde weder aus dem Stadtratsbeschluss noch aus dessen Bekanntgabe noch aus dem weiteren Vortrag der Klägerin deutlich, nach welchen konkreten Auswahlkriterien sie ihre Entscheidung getroffen habe und dass sie dabei die Ziele des EnWG berücksichtigt habe. Die Stärkung der Wirtschaftskraft und des kommunalen Einflusses der Gemeinden (so die Bekanntmachung) stellten jedenfalls keine aner kennenswerten Ziele dar, wie sich aus § 46 Abs. 4 EnWG ergebe, der gemeindliche Eigenbetriebe privaten Unternehmen gleichstelle.

Die Klägerin könne sich auch nicht auf die Grundsätze über das sog. In-House-Verfahren berufen. Aus § 46 EnWG ergebe sich der Wille des Gesetzgebers, die Netze nicht zwangsläufig den Kommunen zu überlassen, sondern einen an den Zielen des § 1 EnWG ausgerichteten Wettbewerb um diese zu ermöglichen und insoweit Eigenbetriebe nicht anders als private Betriebe zu behandeln.

Die Unwirksamkeit der Vergabeentscheidung rechtfertige sich gleichermaßen aus § 20 GWB. Die öffentliche Hand dürfe, wenn sie sich privatwirtschaftlich betätigen wolle, sich nicht einen unsachlichen Vorsprung vor Mitbewerbern dadurch verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen einsetze oder private Mitbewerber mit Mitteln verdränge, die diesen nicht zugänglich seien. Ein solches Vorgehen sei auch nicht durch das kommunale Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 Abs. 2 GG gerechtfertigt, das lediglich im Rahmen der geltenden Gesetze bestehe.

Der Verstoß der Klägerin gegen §§ 19, 20 GWB und § 46 Abs. 3 EnWG führe zur Nichtigkeit eines etwa mit dem Eigenbetrieb geschlossenen Konzessionsvertrages nach § 134 BGB. Wolle man die Konzessionsvergabe gleichwohl als wirksam ansehen, liefen die kartellrechtlichen Schutzbestimmungen leer.

Hiergegen wendet sich die Berufung der Klägerin.

Sie rügt zunächst einen Verstoß gegen die Hinweispflicht aus § 139 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf die Ausführungen (U 13), dass es an Sachvortrag zu einer am EnWG orientierten Auswahlentscheidung fehle. Unter Berufung auf die Einvernahme des Bürgervorstehers und eines Stadtvertreters zu einer tatsächlich wettbewerbsgemäßen Entscheidung wiederholt sie im Wesentlichen ihren bisherigen Vortrag und macht geltend, dass die Beklagte nichts Gegenteiliges vorgetragen und im Termin sogar zugestanden habe, dass sie in H selbst über kein Netzcenter verfüge. Insgesamt sei die Klägerin zu der Auffassung gelangt, dass mit der Selbstvornahme der Stromverteilung im Stadtgebiet die Ziele des § 1 EnWG bestmöglich gewährleistet werden könnten (Bl. 346).

Es liege auch kein Verstoß gegen die §§ 19, 20 GWB vor. Die Stadt sei schon nicht Normadressat. Es sei, weil die Ausschreibung von Konzessionen kein Angebot der Gemeinde, sondern eine gesetzlich vorgeschriebene Pflicht sei, kein Angebotsmarkt für die Vergabe von Wegenutzungsrechten zugrunde zu legen, sondern richtigerweise ein Nachfragemarkt für die Erbringung der Netzinfrastrukturleistung. Auf diesem Markt träten die Gemeinden als Nachfrager auf. Es handele sich auch nicht um einen bloß lokalen, sondern um einen bundesweiten Markt mit überregionalen und teils sogar ausländischen Dienstleistungsanbietern (Bl. 357). Auch wenn man aber davon ausginge, dass die Gemeinden auf dem Konzessionsvergabemarkt marktbeherrschend seien, sei ein Verstoß gegen das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot nicht gegeben, da sich aus den kartellrechtlichen Vorschriften nicht ergebe, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Konzessionsträgers verpflichtet sei, *ausschließlich* die Ziele des § 1 EnWG zu berücksichtigen (Bl. 359, 360). Wirtschaftliche Gesichtspunkte seien mindestens daneben zulässig und daher eine genügende Entscheidung jedenfalls dann anzunehmen, wenn sie nicht willkürlich sei (Bl. 360, 361). Auch könne ein etwaiger Verstoß bei der Auswahlentscheidung nicht zur Nichtigkeit der Vergabe führen. Das hätte zur Folge, dass vermutlich im Ergebnis hunderte von bereits abgeschlossenen Konzessionsverfahren in Deutschland neu aufgerollt werden müssten (Bl. 369 f.), selbst solche, die die Beklagte selbst mit Gemeinden in Schleswig-Holstein abgeschlossen habe.

Die Klägerin beantragt,

(Änderungen gegenüber dem erstinstanzlichen Antrag auch im Original so gekennzeichnet)

1.
die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin das Eigentum an dem Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im gesamten Gebiet der Stadt H,

- bestehend aus Mittel- und Niederspannungsleitungen, Hausanschlüssen, Ortsnetzstationen/Umspannstationen von Mittel- auf Niederspannung inklusive Transformatoren, Signalkabeln inklusive Fernwirk- und Kommunikationsleitungen, Schaltstationen/Kabelverteilerschränke, Erdschlussspulen, Zählern, Schaltuhren und Messwandlern ~~sowie der Betriebsmittelausstattung der Übergabestationen sowie der Leitzentrale~~, die ausschließlich der örtlichen Stromverteilung in H dienen, und
- bestehend aus Mittelspannungsleitungen, die sowohl der örtlichen Stromverteilung in H als auch der überörtlichen Stromverteilung dienen (sog. gemischt genutzte Leitungen), und in westlicher Richtung aus D (Gemeinde G) kommend und in östlicher aus Richtung L (Gemeinde G) kommend zum Umspannwerk H führen (diese Leitungen sind in dem beigefügten Übersichtsnetzplan – Anlage K 2 – grün eingezeichnet und als Leitungen Nr. 25 und 55 gekennzeichnet),
- mit Ausnahme der sonstigen in Anlage K 2 grün eingezeichneten Mittelspannungsleitungen (Nrn. 165, 168, 169, 201) und des grün markierten Umspannwerks H,

zu übertragen.

a)

Hilfsweise zu 1. zweiter Spiegelstrich für den Fall, dass das Gericht zu der Auffassung gelangt, dass kein Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Alleineigentums an den gemischt genutzten Mittelspannungsleitungen in H besteht, wird die Klägerin im Rahmen einer Stufenklage (§ 254 ZPO) beantragen, die Beklagte zu verurteilen,

aa) Stufe 1:

der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welcher Anteil der Strommengen, die durch die Mittelspannungsleitungen fließen, die sowohl der örtlichen Stromverteilung in H als auch der überörtlichen Stromverteilung dienen (gemischt genutzte Leitungen), in einem durchschnittlichen Kalenderjahr jeweils in H an Verbraucher abgegeben werden und welche Strommengen in diesen Leitungen jeweils durch die Gemeindegebiete von H durchgeleitet werden.

bb) Stufe 2 (nach Erteilung der Auskunft):

der Klägerin Miteigentum an den Mittelspannungsleitungen zu verschaffen, die sowohl der örtlichen Stromverteilung in H als auch der überörtlichen Stromverteilung dienen (gemischt genutzte Leitungen), mit der Maßgabe, dass sich der zu übertragende Miteigentumsanteil nach dem Anteil der in einem durchschnittlichen Kalenderjahr insgesamt in diesen Leitungen transportierten Strommengen richtet, der in den Gemeindegebieten H an Verbraucher abgegeben wurde.

2.

die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin

a)

alle für das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in der Stadt H erforderlichen schuldrechtlichen und dinglichen Grundstücksnutzungsrechte (Anlage K 3), letztere zu Gunsten der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgänger, der E AG und der S AG, zu übertragen und ihre Zustimmung zur Eintragung der Klägerin in das Grundbuch zu erteilen;

b)

sämtliche Rechte und Pflichten zu übertragen, die sich aus bestehenden Verträgen mit Anschlussnehmern, Anschlussnutzern und Netznutzern ergeben, die an das Stromversorgungsnetz in H 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 zeitgleich 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 Verträge sind der Klägerin im Original zu übergeben;

c)

sämtliche bei der Beklagten vorhandenen Informationen und Unterlagen zu den nach Ziffern 1. und 2. a) sowie b) zu übertragenden Anlagen, Rechte und Pflichten, wie Netzpläne, eine digitalisierte technische und geographische Bestandsdokumentation (Abnahmeprotokolle, Prüfunterlagen, Störungsberichte und -protokolle sowie Schadensstatistiken) und Netzkundendaten jeweils in elektronischer und weiterverarbeitbarer sowie in andere Dateiformate konvertierbarer Form herauszugeben.

3.

die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin bezogen auf den letzten 1. Januar vor Rechtskraft des Urteils sowie 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 Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung in der Stadt H notwendigen Verteilungsanlagen (nachfolgend „Netzgebiet“ genannt) 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:

- (i) Mittel- und Niederspannungsleitungen,
- (ii) Hausanschlüssen,
- (iii) Ortsnetzstationen/Umspannstationen von Mittel auf Niederspannung inklusive Transformatoren,
- (iv) Schaltstationen/Kabelverteilerschränke,
- (v) Signalkabeln, inklusive Fernwirk- und Kommunikationskabel,
- (vi) Erdschlussspulen,
- (vii) Zähler, Schaltuhren und Messwandlern,
- (viii) der Betriebsmittelausstattung der Übergabestationen sowie der Leitzentrale,

b)

über die Verteilung der Grabenoberflächen für die unter a) genannten Anlagengüter auch zum Zeitpunkt ihrer Errichtung in den Gruppen:

- (i) Bitumen (Gehweg),
- (ii) Bitumen (Straße),
- (iii) (Verbund-)Pflaster,
- (iv) Gehwegplatten,
- (v) Rasen,
- (vi) Schotter und sonstige unbefestigte Oberflächen

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

c)

über die gemeinsame Verlegung der unter a) genannten Anlagengüter mit Gasleitungen, Wasserleitungen inklusive der Hausanschlussleitungen und/oder Telekommunikationslinien bzw. die mittlere Grabenlänge pro Leitungslänge;

d)

über vereinnahmte und nicht aufgelöste Ertragszuschüsse im Sinne von § 9 StromNEV für die oben unter a) genannten Anlagengüter, aufgegliedert nach deren Passivierungsjahr und -monat unter Angabe des angesetzten Auflösungszeitraumes sowie der verwendeten Auflösungsmethode;

e)

über die im jeweiligen Zeitpunkt ihrer Errichtung erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten (historische Anschaffungs- und Herstellungskosten) für die unter a) aufgeführten Anlagengüter mit Benennung des Aktivierungsjahrs und des Aktivierungsmonats;

f)

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) aufgeführten Anlagengüter;

g)

über die zuletzt von der zuständigen Regulierungsbehörde bei der unter f) bezeichneten Festlegung des Ausgangsniveaus für die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen gemäß § 6 ARegV herangezogenen Nutzungsdauern im Sinne von § 6 Abs. 5 StromNEV;

h)

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) aufgeführten Anlagengüter;

i)

über die Höhe der für das Gesamtnetz, aus dem das zu übernehmende Netz herausgelöst wird, in der aktuellen Regulierungsperiode der Anreizregulierung festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen mit der Benennung der darin jeweils enthaltenen;

(i) beeinflussbaren und vorübergehend nicht beeinflussbaren Kosten gemäß § 11 Abs. 3 und 4 ARegV,

(ii) dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten gemäß § 11 Abs. 2 ARegV anhand einer Darstellung der einzelnen Kosten- und Erlöspositionen,

(iii) Beträge aus der periodenübergreifenden Saldierung, der Mehrerlösabschöpfung sowie der Führung des Regulierungskontos,

(iv) Anpassungsbeträge durch die Genehmigung eines Erweiterungsfaktors,

(v) Erhöhungsbeträge aus der Genehmigung eines Investitionsbudgets oder eines pauschalierten Investitionszuschlags;

j)

über die zuletzt nach § 6 ARegV ermittelten historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagengüter des Gesamtnetzes, aus dem das zu übernehmende Netz herausgelöst wird, mit Benennung des Aktivierungsjahrs und des Aktivierungsmonats;

k)

über die zur Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen zuletzt nach § 6 ARegV herangezogenen Nutzungsdauern für die einzelnen Anlagengüter des Gesamtnetzes, aus dem das zu übernehmende Netz herausgelöst wird;

l)

über folgende Strukturdaten des Gesamtnetzes und 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:

- (i) Fläche des versorgten Gebietes,
- (ii) Anzahl der Anschlusspunkte,
- (iii) Jahreshöchstlast,
- (iv) Stromkreislänge (Freileitungen und Kabel),
- (v) Anzahl der Einspeisepunkte von dezentralen Erzeugungsanlagen,
- (vi) Installierte Leistung der Umspannebene in kA,
- (vii) Anzahl der Umspannstationen,
- (viii) Anzahl der Transformatoren,
- (ix) Einwohnerzahl,
- (x) Amtlicher Gemeindeschlüssel;

m)

über die Höhe der jährlichen Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen, die in dem gemäß § 6 ARegV zuletzt ermittelten Ausgangsniveau der Erlösobergrenze enthalten sind und auf die nach a) bezeichneten Anlagengüter entfallen;

n)

über die Investitionen für die unter a) benannten Anlagengüter sortiert für die letzten drei Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten fünf Geschäftsjahre;

o)

über das Unterhaltungskonzept (Inspektion, Wartung, Instandhaltung) und die Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen für die unter a) benannten Anlagengüter nach Anlagengruppen, Maßnahme und Alter sortiert für die letzten drei Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten fünf Geschäftsjahre;

p)

über die in der laufenden Regulierungsperiode bislang an die zuständige Regulierungsbehörde zur Führung des Regulierungskontos im Sinne des § 5 Abs. 1 ARegV übermittelten Differenzbeträge für die unter a) benannten Anlagengüter;

q)

über die nach § 27 Abs. 2 StromNEV vom jeweiligen Netzbetreiber zu veröffentlichenden Strukturdaten für die unter a) benannten Anlagengüter.

4.

Für den Fall, dass das Gericht dem Klageantrag unter Ziffer 1. ganz oder teilweise stattgibt:

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 3. genannten Ansprüche entstanden sind **oder entstehen werden**.

Sollte der geltend gemachte Anspruch nach Ansicht des Gerichts nicht sachdienlich sein, werde die Klägerin hilfsweise zum Antrag zu 1.) beantragen, die Beklagte zu verurteilen,

der Klägerin das Eigentum und den Besitz an den Stromverteilungsanlagen gemäß Antrag zu 1. erster und zweiter Spiegelstrich zu übertragen

gegen Zahlung der Vergütung,

- die der vom Gericht noch zu bestellende Sachverständige als wirtschaftlich angemessen ansieht,
- in Gestalt einer Fortschreibung auf Basis der Datenlage zum Zeitpunkt der tatsächlichen Besitzüberlassung der zuvor bezeichneten Anlagen nach der vom Sachverständigen vorgegebenen Ermittlungsmethode und -matrix,

wozu die Beklagte

- mit der Eigentums- und Besitzüberlassung der zuvor bezeichneten Anlagen die Klägerin zur Generierung des maßgeblichen Stichtags in Vorleistung treten muss und
- der Klägerin unverzüglich nach Besitzüberlassung der zuvor bezeichneten Anlagen eine auf den Zeitpunkt der Besitzüberlassung bezogene aktualisierte Fassung der unter Antrag zu 1.) aufgeführten Informationen zu übermitteln hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Das Landgericht habe seine Hinweispflichten nicht verletzt; nach den Einwänden der Beklagten zur Kartellrechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung habe es keines gerichtlichen

Hinweises mehr darauf bedurft, dass zu den maßgeblichen Entscheidungskriterien vorzutragen war (Bl. 411).

Die Stadt *habe* den Zielen des § 1 EnWG keine hinreichende Beachtung geschenkt. Die Annahme der Klägerin, sie könne diese Ziele am besten sicherstellen, wenn sie den Netzbetrieb selbst übernehme, weil sie dann täglich auf die Einhaltung der Ziele des § 1 EnWG drängen könne, übersehe, dass die Verpflichtung der Klägerin auf diese Ziele der Kontrolle ihrer Entscheidung als Wegerechtsmonopolistin diene, nicht aber die Aufsicht über die Einhaltung dieser Ziele in ihre Hände legen solle (Bl. 419). Dass die Klägerin, die den Eigenbetrieb zur Zeit der Entscheidung erst gegründet habe, zum Netzbetrieb in der Lage sei, habe sie, die Beklagte sehr wohl bestritten (Bl. 419 mit Verweis auf Bl. 172).

II.

Die Berufung hat keinen Erfolg, § 513 Abs. 1 ZPO.

Die Klägerin kann die Übertragung des streitgegenständlichen Netzes und entsprechend auch die darauf bezogenen Auskünfte nicht verlangen.

Mit dem Landgericht ist der Senat der Meinung, dass die Stadt keinen gesetzlichen Anspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG geltend machen kann, weil die Vergabe der Wegerechte an sich selbst bzw. den neu gegründeten Eigenbetrieb am Maßstab des EnWG und des GWB kartellrechtswidrig und infolgedessen die Neukonzessionierung nichtig ist, § 134 BGB.

Der Klägerin steht auch kein vertraglicher Anspruch zu. Es kann dahingestellt bleiben, ob § 9 Nr. 1 des Wegenutzungsvertrages auch ein *Recht* auf Über-eignung (und nicht nur eine Übernahmeverpflichtung im Andienungsfalle) hergibt; jedenfalls verstieße die Geltendmachung eines solchen Anspruchs wiederum gegen allgemeines und besonderes Kartellrecht und stellte deshalb eine unzulässige Rechtsausübung dar.

A.

Ein Anspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a. F. auf Übereignung oder auch nur (in der Lesart der Beklagten) auf Verpachtung der notwendigen Verteilungsanlagen scheidet im Ergebnis daran, dass die Eigenkonzessionierung in Gestalt der Vergabe der Wegrechte an den neugegründeten Eigenbetrieb gegen die allgemeinen und besonderen kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 46 Abs. 3 EnWG und § 20 GWB verstoßen hat.

1.

Gemäß § 46 Abs. 3 EnWG in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung machen die Gemeinden spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Abs. 2 das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt. Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Abs. 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Abs. 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.

a)

Diese Bestimmungen sind durch Gesetz vom 26. Juli 2011 mit Wirkung zum 4. August 2011 durch einen neuen Satz 5 dahin ergänzt worden, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet ist. Nach § 1 Abs. 1 EnWG ist der Zweck des Gesetzes eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität (und Gas).

Die Parteien streiten darüber, ob, wovon der Gesetzgeber ausgeht, diese Einfügung lediglich eine Klarstellung ist (so die Beklagte) oder ob § 46 Abs. 3 EnWG in der zum Zeitpunkt der Konzessionsentscheidung geltenden Fassung des EnWG 2005 *keinen* Hinweis darauf enthalten habe, dass eine Gemeinde

bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 verpflichtet sei, sodass eine nachträgliche Verpflichtung in Bezug auf das abgeschlossene Konzessionsverfahren eine unzulässige Rückwirkung darstelle (so die Klägerin, etwa Bl. 246) und bis dahin die Gemeinden gemäß der Kaufering-Entscheidung des BGH (BGHZ 143, 128, Rn 53 bei juris) „völlig frei und ungehindert darüber sollen entscheiden können, welcher Partner fortan für die Energieversorgung zuständig sein solle“, was (a.a.O. Rn 51) die Freiheit zur Entscheidung einschlieÙe, „ob die Energieversorgung durch den bisherigen Vertragspartner, durch ein konkurrierendes Versorgungsunternehmen oder aber auch durch die Kommune selbst fortgesetzt werden“ solle.

b)

Der Senat hält die erstgenannte Position für vorzugswürdig.

aa)

Ein erster Anhaltspunkt dafür, dass eine Entscheidung unter Berücksichtigung allgemeiner und besonderer (d.h. energiewirtschaftlicher) kartellrechtlicher und also *wettbewerblicher* Gesichtspunkte zu treffen ist, ergibt sich aus § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Danach haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.

Das Gesetz geht damit davon aus, dass Verlegung und Betrieb von Leitungen Sache eines Netzbetreibers sind, während sich der Beitrag der Gemeinde darauf beschränkt, hierfür ihre Wege *zur Verfügung* zu stellen. Davon, dass die Gemeinden auch selbst Leitungen verlegen oder betreiben könnten, ist dort nicht die Rede.

Die vertragliche Nutzungsgewährung hat darüber hinaus *diskriminierungsfrei* zu erfolgen. § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG stellt insoweit den Grundtatbestand für die Vergabe von Konzessionen durch die Gemeinden dar und ist nicht etwa, wie teilweise vertreten wird, eine Spezialregelung nur für *einfache* Wegenutzungs-

verträge, insbesondere für Verträge über die Errichtung und den Betrieb von sog. Direktleitungen (vgl. dazu im Einzelnen Bündenbender, Materiell-rechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, hier Anlage B 15, S. 40ff.). Vom Wortlaut fällt der Regelungsgehalt von Konzessionsverträgen ohne jede Einschränkung auch unter § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG, weil auch mit diesen Verträgen seitens der Gemeinde Leitungsrechte für öffentliche Verkehrswege für die unmittelbare Versorgung von Netzverbrauchern im Gemeindegebiet eingeräumt werden. § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG stellt sich danach systematisch als ein Sondertatbestand für Konzessionsverträge mit zeitlichen Restriktionen dar. Vom Standpunkt des EnWG wäre auch kaum verständlich, dass das Diskriminierungsverbot nur für den wettbewerbspolitisch wenig bedeutsamen Bereich der Direktleitungen gelten sollte, nicht aber für die erheblich bedeutsameren gemeindlichen Konzessionsverträge, die praktisch das gesamte bundesdeutsche Verteilnetz betreffen.

Schon hieraus ergibt sich, dass die Gemeinde eine Konzessionierungsentscheidung zu treffen hat und diese an sachlich-wettbewerblichen Gesichtspunkten zu orientieren ist.

bb)

Das bestätigt sich mit Blick auf die Ziele, die in § 1 Abs. 1 EnWG aufgeführt sind.

Zwar ist eine Zielbestimmung nicht unmittelbar vollziehbar. Sie gibt jedoch als Formulierung des „Geistes des Gesetzes“ eine Leitlinie, die zur Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe und als Interpretationshilfe für die zahlreichen im EnWG enthaltenen unbestimmten Norm herangezogen werden kann und muss (Bündenbender, a. a. O., S. 37 f.; vgl. auch Britz et al.-*Hellermann*, EnWG, Kommentar, 2. Auflage, § 1 Rn. 40: § 1 determiniere die Auslegung und Anwendung spezieller EnWG-Normen). Selbstverständlich sind deshalb Zielvorgaben, wie § 1 Abs. 1 EnWG sie nennt und deren Umsetzung die näheren Bestimmungen des Gesetzes dienen, auch für Vorschriften in den Blick zu nehmen,

die die allgemeinen Haupt- und Obersätze nicht ausdrücklich wieder in Bezug nehmen (so auch Büdenbender, a. a. O., S. 38, mit dem Bemerkens, die Aufnahme des Verweises auf § 1 EnWG in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG ändere an der Rechtslage nur optisch, nicht aber in der Sache etwas).

cc)

Argumente für eine Verpflichtung der Gemeinde auf insbesondere energie-wirtschaftliche Kriterien lassen sich auch aus dem in § 46 Abs. 3 EnWG vorgeschriebenen Verfahren gewinnen.

Dass das Vertragsende mit einem immerhin zweijährigen Vorlauf bekannt gemacht werden soll und eine Entscheidung zwischen etwaigen verschiedenen Bewerbern zu treffen ist, macht nochmals deutlich, dass es vorliegend um eine *Öffnung des Wettbewerbs um das Netz* geht. Damit ist schlechterdings nicht vereinbar, dass eine Gemeinde ungeachtet solcher wettbewerblichen Aspekte einfach selbst eintritt.

dd)

Schließlich ergibt sich auch aus § 46 Abs. 4 EnWG, wonach die Absätze 2 und 3 des § 46 EnWG für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung finden, dass auch die Konzessionierung eines Eigenbetriebs daran gebunden ist, dass dieser den in den voranstehenden Bestimmungen vorgesehenen Wettbewerb besteht.

ee)

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Gemeinde dies nicht habe sehen müssen, sondern sich – gestützt auf die Kaufering-Entscheidung des BGH – darauf habe verlassen dürfen, dass sie „völlig frei“ über die Neukonzessionierung und einen etwaigen Selbsteintritt habe entscheiden dürfen. Nach Meinung des Senats kann die Kaufering-Entscheidung keine Geltung mehr beanspruchen.

Die Entscheidung bezieht sich auf einen Übernahmefall aus dem Jahr 1995. Seither hat sich die Rechtslage entscheidend geändert; danach trat das EnWG

1998 in Kraft. Nach dessen § 13 Abs. 1 Satz 1 galt (wie nach § 46 Abs. 1 EnWG n.F.), dass die Gemeinden öffentliche Verkehrswege für Leitungen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen hatten. Gleichermassen bestimmte § 13 Abs. 3 EnWG 1998, dass die Gemeinde das Vertragsende zwei Jahre vor Ablauf in geeigneter Form bekannt zu machen hatte und sie, sofern sich mehrere Unternehmen bewarben, bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen hatte. Auch der damalige § 1 EnWG 1998 bestimmte schon als Zweck des Gesetzes eine möglichst sichere, preisgünstige und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität und Gas im Interesse der Allgemeinheit. Jedenfalls seit 1998 war die mit der Neuausschreibung der Wegenutzungsverträge verbundene Maßgabe eines „Wettbewerbs um die Netze“ Gesetz.

Auch unabhängig von dieser neuen Rechtslage, auf die der BGH lediglich im Zusammenhang mit der Frage abstellt, ob die vertragliche Regelung des Netzerwerbs zum Sachzeitwert gesetzeswidrig sei (a.a.O., Rn. 41ff.), weist die Entscheidung nach Meinung des Senats einen unüberwindlichen Widerspruch auf. Dieser zeigt sich bei der Argumentation zu der dort nachfolgend aufgeworfenen (ausschlaggebenden) Frage, ob ein Netzkauf zum Sachzeitwert nicht doch kartellrechtswidrig sein könne. Die Antwort des BGH besteht darin, dass der Ansatz des Sachzeitwertes als eines anerkannten betriebswirtschaftlichen Verfahrens nicht grundsätzlich abgelehnt werden könne, jedoch im Einzelfall, nämlich dann, wenn dieser zu unsachgemäßen Ergebnissen führt, eine Korrektur am Maßstab des Ertragswerts vorgenommen werden soll, weil, so der BGH, der überhöhte Sachzeitwert „prohibitiv“ in dem Sinn wirken könne, dass die Gemeinde entgegen den kartellrechtlichen Vorschriften, §§ 1, 103a GWB a.F., länger als die maximal zulässigen 20 Jahre an den bisherigen Versorger gebunden bliebe. Gegen diese Argumentation spricht nach Meinung des Senats, dass in dem vom BGH als selbstverständlich angenommenen Fall, dass die Gemeinde selbst sich „völlig frei und ungehindert“ für einen Selbsteintritt entscheidet, der anfangs als Zweck der Limitierung der Vertragslaufzeit ausgemachte Schutz der Freiheit des Wettbewerbs (Rn 51) gar nicht erreicht wird,

weil im Falle eines ungebundenen Selbsteintritts ein solcher Wettbewerb eben gar nicht stattfindet.

In der juristischen Diskussion wurde ungeachtet der beiden vorgenannten Umstände – der Änderung der Rechtslage wie des aufgezeigten Widerspruchs – im Anschluss an die Entscheidung augenscheinlich als weitgehend selbstverständlich angesehen, dass die Gemeinde in ihrer Entscheidung zum Selbsteintritt frei sein sollte. Daraus erklärt sich auch, dass sich die Netzbetreiber (und so auch im vorliegenden Rechtsstreit die Beklagte) vorrangig auf der Rechtsfolgenseite gegen die Netzübertragung gewehrt haben, namentlich im Hinblick auf die Durchsetzung des für sie günstigen Sachzeitwertverfahrens, im Hinblick auf die Negierung einer Verpflichtung zur Übereignung des Netzes und im Hinblick auf ein enges Verständnis des vertraglichen Anspruchs, der auf die „*ausschließlich* der örtlichen Versorgung dienenden Anlagen“ beschränkt sein soll. Gleichwohl wird man vom juristischen Standpunkt aus sagen müssen, dass die Grundsätze der Kaufering-Entscheidung nicht fortgelten können und, was die Frage der Ausrichtung der Vergabeentscheidung angeht, die oben ausgeführte richtige Interpretation maßgeblich sein muss, weil sie eben im Gesetz schon immer – jedenfalls seit 1998 - angelegt gewesen ist. Darauf, dass dies erst später als richtig erkannt worden ist, kann sich der von dieser Erkenntnis nachteilig Betroffene ebenso wenig berufen wie sonst im Falle eines Wechsels der Rechtsprechung darauf, dass er nach der früheren noch Recht gehabt hätte.

c)

Nach alledem ist die Vergabeentscheidung *mindestens auch* und zwar vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG auszurichten.

Das bedeutet, dass bei der Auswahlentscheidung in erster Linie maßgeblich sein müssen das Niveau der erreichbaren Netzentgelte und die Effizienz eines Netzbetreibers. Das ergibt sich zwanglos aus den Zielen des EnWG, durch Wettbewerb eine möglichst preisgünstige Versorgung zu erreichen. Man mag insoweit darüber streiten können, ob der Leistungsstand eines Netzbetreibers ohne weiteres anhand seines *Effizienzwertes* objektiv messbar ist (so allerdings

Büdenbender, a. a. O., S. 47). Zu Recht wendet die Klägerin ein, dass die Effizienz eines Netzbetreibers in einem bestimmten Gebiet nicht notwendig etwas über seine Effizienz in einem anderen Gebiet aussagen muss. Treffend erscheint dem Senat auch der Hinweis darauf, dass gerade in dem hier in Rede stehenden Bereich „kleiner“ schleswig-holsteinischer Netzbetreiber ein verlässlicher Effizienzwert nicht besteht, weil praktisch alle Verteilnetzbetreiber am vereinfachten Verfahren teilgenommen haben und ihnen deshalb der in der ARegV festgelegte pauschale Wert einfach nur zugewiesen worden ist. Ebenso erscheint beachtlich, dass ein ausländischer Netzbetreiber, der dem deutschen Regulierungssystem nicht unterworfen ist, einen solchen Effizienzwert nicht beibringen kann. Das alles vermag aber nur Schwierigkeiten bei der Bewertung im Einzelfall zu begründen und die genaue objektive Messbarkeit der Effizienz in Frage zu stellen. Es ändert aber nichts daran, dass bei der Auswahlentscheidung maßgeblich darauf zu achten ist, wie der Netzbetreiber (ggf. anderenorts) „aufgestellt“ ist und wie (ggf. dort) vergleichsweise das Preisniveau war.

Ebenso sind Qualitätskriterien wie etwa die Umweltverträglichkeit, die Sicherung des störungsfreien Netzbetriebes beachtlich (das betrifft gerade den vorliegenden Fall eines nach der Behauptung der Klägerin veralteten Netzes), aber auch etwa Momente des von dem Betreiber jeweils einkalkulierten Eigenkapitalzinssatzes. Erst in zweiter Linie können, wenn denn die Entscheidung der Kommune eine am Wettbewerb ausgerichtete sein soll, die fiskalischen Interessen eine Rolle spielen wie die Höhe der Konzessionsabgabe, die Höhe des sog. Kommunalrabatts und die Kostenverteilung für Leitungsumlegungen.

d)

Gemessen an diesem Maßstab genügt die Auswahlentscheidung der Klägerin offensichtlich den gesetzlichen Anforderungen nicht.

aa)

Die Klägerin hat in ihrer ersten Reaktion auf den Vorhalt der kartellrechtlich ungenügenden Auswahlentscheidung selbst vorgetragen, dass sie bereits in

den ersten Präsentationsrunden das „Thema Rekommunalisierung“ zur Sprache gebracht habe und aus diesem Grund mit der Beklagten über kürzere Laufzeiten des Konzessionsvertrags diskutiert worden sei (Schriftsatz vom 23. März 2011, S. 3, Bl. 180). Wenig später (a. a. O., S. 4, Bl. 181) ist von „zunehmenden Rekommunalisierungserwägungen der Klägerin nach den Kommunalwahlen im Mai 2008“ die Rede. Damit gesteht die Klägerin praktisch zu, dass, wie die Beklagte ihr vorhält, die Entscheidung für einen kommunalen Eigenbetrieb vor allem eine unter dem Stichwort der Rekommunalisierung firmierende *politische* Entscheidung gewesen ist und nicht das Ergebnis einer an den rechtlich maßgeblichen Kriterien orientierten sachlichen Abwägung. Davon, dass sich die Klägerin bei dieser Rekommunalisierungsentscheidung auch nur am Rande mit Fragen des Preisniveaus oder der Effizienz auseinandergesetzt hätte oder dass die Entscheidung auf einem Ungenügen der Angebote der Bewerber beruht habe, ist dort nicht mit einem Wort die Rede.

bb)

Das erscheint auch nicht als ein bloßes Versehen in der Sachdarstellung. Vielmehr spiegelt es sich auch in den vorliegenden Unterlagen.

In dem Termin der Parteien vom 2. April 2008 ging es gemäß dem in seinem Inhalt unstreitigen Gesprächsprotokoll der Beklagten (Anlage B 8) um die Punkte Kostenverteilung für Leitungsumlegungen, Laufzeit des Konzessionsvertrags, sog. Endschaftsregelung, Pflicht zur Erdverkabelung und Rückbau stillgelegter Leitungen; dabei steht - vgl. ebd. Nr. 7 – insbesondere das von der Stadt nach 10 Jahren gewünschte Sonderkündigungsrecht im Falle einer Rekommunalisierung ersichtlich unter dem Vorzeichen einer so ausgerichteten politischen Entscheidung. Eine Thematisierung sachlich-wettbewerblicher Aspekte in dem oben (zu c) angeführten Sinn ergibt sich daraus mit keinem Wort.

Auch nach dem Ergebnis der Sitzung der Stadtvertretung vom 11. Dezember 2008 (Anlage K 8) sollten - in dieser Reihenfolge – maßgeblich sein die Kriterien Höhe der Konzessionsabgabe, Höhe des sog. Kommunalrabatts, Kostenverteilung für Leitungsumlegungen, Laufzeit des Konzessionsvertrags, sog.

Endschaftsregelung, Pflicht zur Erdverkabelung und Rückbau stillgelegter Leitungen. Auch hier sucht man nach der – zumal vorrangigen – Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG vergebens. Vielmehr heißt es in dem Auszug der Sitzungsniederschrift ohne jede nähere Orientierung an Preis- oder Effizienzkriterien, dass keinem der Anbieter der Abschluss eines Konzessionsvertrages angeboten, sondern das Stromverteilungsnetz rekommunalisiert werden solle. Dass hierbei vergleichsweise Effizienzerwägungen oder Interessen der Letztverbraucher keine Rolle gespielt haben können, ergibt sich auch daraus, dass der Eigenbetrieb, dem die Konzession übertragen werden soll, zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal gegründet gewesen ist. Ein Wirtschaftsplan, aus dem sich angepeilte Netzpreise und eine betriebswirtschaftlich genügende Führung jedenfalls in Grundzügen hätte ablesen lassen können, hat noch gar nicht vorgelegen; vielmehr wird die in der Sitzung neu gewählte Werkleitung gerade erst gebeten, den Entwurf eines Wirtschaftsplanes zur nächsten Sitzung der Stadtvertretung vorzulegen.

Auf der genau gleichen Linie liegt auch das Schreiben des Kämmereiamtes an die Beklagte vom 29. Dezember 2008 (Anlage K 9). Demzufolge sollte auf die näheren Gründe, die zu der Entscheidung geführt haben, zu einem späteren Zeitpunkt zurückgekommen werden und wurde „für die Entscheidung der Stadtvertretung, das Stromnetz in H durch eigene Stadtwerke betreiben zu lassen, um Verständnis“ gebeten. Daraus ist nicht ansatzweise eine an den Kriterien des EnWG orientierte Entscheidung zu ersehen, sondern wiederum nichts anderes als der fiskalisch motivierte politische Wille, das Netz fürderhin selbst zu betreiben.

Bestätigt wird dies schließlich auch durch die amtliche Bekanntmachung der Klägerin vom 18. März 2009 in der „Her Post“ vom 25. März 2009 (Anlage K 10). Danach werden als ausschlaggebende Erwägungen der Einfluss der Stadt auf strategische Entscheidungen und auf das Netzeigentum, auch nach Ablauf der Konzessionierung, sowie ein weder dort noch später näher erörtertes Merkmal der Flexibilität genannt. In erster Linie wird eine Entscheidung für die Kommunalisierung erklärt mit dem Zusatz, dass die Stadt hierdurch den größt-

möglichen Einfluss auf den Betrieb des Stromverteilungsnetzes erwerbe. Zwar heißt es am Ende auch, die Stadt H sei sich sicher, mit der Entscheidung für die Stadtwerke die besten Voraussetzungen für eine zuverlässige, preisgünstige und umweltgerechte Stromversorgung geschaffen zu haben; argumentativ wird das aber nicht ansatzweise eingelöst, und das kann es, wenn man wie vorstehend den Gang der Entscheidung nachvollzieht, auch nicht werden.

cc)

Die Versuche der Klägerin, ihre Entscheidung im Nachhinein noch als eine EnWG-konforme darzustellen, gehen fehl.

Auch wenn ein Teil der von ihr herangezogenen Kriterien – namentlich die Erdverkabelung und die Rückbaufrage - mit den Zielen des EnWG in Verbindung gebracht werden können, ist doch nicht ersichtlich, dass diese Fragen für die Entscheidung leitend gewesen wären.

Ebenso wenig leuchtet ein, dass, wie die Klägerin im Senatstermin noch geltend gemacht hat, die Entscheidung für den Selbsteintritt aus der Not geboren worden wäre, einen vertragslosen Zustand zu vermeiden, der sonst deshalb eingetreten wäre, weil die Angebote der Bewerber im Hinblick auf die Laufzeit und die Endschaftsregelungen inakzeptabel gewesen wären. Beide Kriterien stehen nach dem vorstehend dargestellten Gesamtzusammenhang nicht im Kontext einer wettbewerblich orientierten Auswahl des besten Netzbetreibers, sondern verstehen sich unter dem Vorzeichen der ohne Rücksicht auf solche Kriterien vorab getroffenen Entscheidung für einen eigenen Erwerb des Netzes.

Letzterer lässt sich schließlich auch nicht damit rechtfertigen, dass er der Stadt, wenn sie denn das Netz erst einmal habe, ermögliche, die Erfüllung der Ziele des § 1 EnWG durch den neuen Betreiber zu prüfen und darauf zu reagieren. Dabei verkennt die Klägerin, dass ihre Aufgabe nicht die tägliche Kontrolle der Einhaltung dieser Ziele ist, sondern sie nach dem Gesetz allein dazu berufen ist, turnusmäßig den Wettbewerb um ihr Netzgebiet zu eröffnen und über den Zuschlag nach wettbewerblichen Gesichtspunkten zu entscheiden.

dd)

Nach alldem liegt auf der Hand, dass die Stadt das Erfordernis, sich primär an solchen Kriterien zu orientieren, gar nicht gesehen hat.

Zu Unrecht wendet die Berufung (Berufungsbegründung S. 11 ff., Bl. 335 ff.), was diese Feststellung angeht, ein, das Landgericht habe seiner Hinweispflicht nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu rechtzeitigen und vollständigen Erklärungen über alle Tatsachen nicht genügt. Im Anschluss an den Schriftsatz der Beklagten vom 28. Dezember 2010, mit dem diese die kartellrechtliche Argumentation stark gemacht und den Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vorgelegt hat, war es offensichtlich, dass die Frage der Richtigkeit der getroffenen Auswahlentscheidung ein gravierendes rechtliches Problem darstellte. Die Klägerin hat das auch erkannt und dazu - im Schriftsatz vom 23. März 2011 (Bl. 178) und im Schriftsatz vom 25. Januar 2012 (Bl. 242), letzterer nach der mündlichen Verhandlung vom 4. Januar 2012, in der ausweislich der Einleitung des Schriftsatzes („nehmen wir zu den richterlichen Hinweisen aus der mündlichen Verhandlung ... Stellung“) die kartellrechtliche Problematik erörtert worden ist - ausführlich vorgetragen. Eines besonderen weiteren Hinweises des Gerichts zur Notwendigkeit von Vortrag in dieser Richtung bedurfte es schon deswegen nicht mehr. Wenn es zu dem Vorbringen der Klägerin im angefochtenen Urteil (U 13) heißt, dass aus dem Sachvortrag nicht deutlich werde, nach welchen konkreten Kriterien die Klägerin ihre Entscheidung getroffen habe, so ergibt sich daraus nicht, dass die Klägerin zu dieser Frage „zu wenig“ vorgetragen hätte, sondern vielmehr, dass das, was sie dazu vorgetragen hat, nicht genügt, weil es die von ihr getroffene Entscheidung rechtlich nicht trägt. Darüber hinaus vermag die Klägerin zu dem angesprochenen Problemkreis auch in der Berufung ihren bisherigen Ausführungen im Tatsächlichen nichts hinzuzufügen. Vielmehr werden zumeist wortwörtlich die bereits in den o. g. Schriftsätzen enthaltenen Passagen wiederholt. Neu ist lediglich das Angebot eines Zeugenbeweises, auf den es aber nicht ankommt, weil die Darstellung in der Sache eine an den Zielen des EnWG zureichend ausgerichtete Entscheidung schon nicht ergibt.

Unrichtig ist auch der Einwand der Klägerin (Berufungsbegründung S. 13, Bl. 373), die Beklagte habe, was die angeblich getroffene Entscheidung für eine „zuverlässige, preisgünstige und umweltgerechte Stromversorgung“ (amtliche Bekanntmachung) angehe, nichts Gegenteiliges vorgetragen. Das hat sie eben doch, nämlich schon in der Klagerwiderung (Bl. 114), in der es heißt, es habe sich um eine politische Entscheidung für die Rekommunalisierung ohne nachvollziehbare Gründe gehandelt. Darüber hinaus fasst die Klägerin selbst im Schriftsatz vom 25. Januar 2012, S. 2 (Bl. 243), das Vorbringen der Beklagten aus der mündlichen Verhandlung und deren Schriftsatz vom 2. Januar 2012 dahin zusammen, dass diese u. a. der Ansicht sei, die Klägerin habe nicht vorrangig die Leistungsfähigkeit und die Effizienz des Netzbetriebes der Beklagten berücksichtigt.

ee)

Fehlen damit maßgebliche, ja zentrale Abwägungsgesichtspunkte, ist die Ausübung des der Gemeinde zustehenden Auswahlermessens schon deshalb fehlerhaft gewesen.

Dass unter diesem vorrangigen Aspekt mit Rücksicht auf die übrigen Gesichtspunkte allein die Eigenkonzessionierung in Betracht gekommen (also das Ermessen im Ergebnis auf null reduziert) wäre, behauptet die Klägerin selbst nicht und kann sie auch nicht behaupten, wenn sie nähere Prüfungen zur Rentabilität des Eigenbetriebes noch gar nicht angestellt hatte. Insbesondere kann sich eine überlegene Effizienz des Eigenbetriebes nicht schon allein daraus ergeben, dass dieser – insoweit unstreitig – über ein örtliches Netzcenter verfügen würde, das die Beklagte nicht bietet.

2.

Die Missachtung der primär zu beachtenden Maßgaben des EnWG hat die Nichtigkeit der Konzessionsvergabe zur Folge, § 134 BGB.

a)

Der Verstoß gegen die Maßgaben des § 46 Abs. 3 EnWG stellt sich als ein Verstoß gegen das in § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG verankerte Diskriminierungsverbot dar. Zugleich liegt darin ein Verstoß gegen die allgemeine kartellrechtliche Verbotsnorm des § 20 GWB.

Nach § 20 GWB dürfen marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

aa)

Die Klägerin ist ein Unternehmen im Sinne von § 20 GWB.

Der Begriff muss zur Vermeidung kartellrechtlicher Schutzlücken weit aus ausgelegt werden. Nur hoheitliche Tätigkeiten und das Handeln privater Verbraucher sind vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff ausgeschlossen (vgl. Büdenbender, a. a. O., S. 67, 68; Immenga/Mestmäcker-Zimmer, GWB, Deutsches Kartellrecht, Kommentar, 4. Auflage, § 1 Rn 27ff.).

Zu einer bloß hoheitlichen Tätigkeit zählt der Abschluss von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen seitens der Kommunen nicht. Diese Verträge sind ungeachtet der vorgelagerten Entscheidung im Gemeinderat von zivilrechtlicher Natur, und die Kommunen werden erst durch den Abschluss der Verträge mit Außenwirkung tätig (Büdenbender, ebd.). Die unternehmerische Stellung ergibt sich auch daraus, dass die Kommunen mit der Vergabe der Wegerechte und der Erzielung von Konzessionsabgaben eine wirtschaftliche Verwertung ihrer Straßen, Wege und Plätze vornehmen. Die Unternehmereigenschaft bestätigt sich im Übrigen durch § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB a. F.; danach wurden die Wegeverträge von der Anwendung des Kartellverbots nach § 1 GWB ausgeschlossen, was nur dann nötig gewesen sein kann, wenn der Gesetzgeber der Meinung gewesen ist, dass die Kommunen beim Abschluss von Konzessionsverträgen unternehmerisch handeln (vgl. Büdenbender, a. a. O., S. 68, 69;

im Ergebnis ebenso Bundesnetzagentur, Bundeskartellamt, Gemeinsamer Leitfaden vom 15. Dezember 2010, Anlage B 7, Rn 16 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 11. November 2008, WuW/DE-R 2581 – neue Trift).

bb)

Die Klägerin ist auch marktbeherrschend im Sinne von § 20 GWB.

Der sachlich und örtlich relevante Markt ist derjenige des örtlichen Verteilnetzbetriebes: Wer als Verteilnetzbetreiber in der Gemeinde tätig werden will, kann dies nur durch den Abschluss eines Konzessionsvertrages mit dieser erreichen. Die Gemeinde ist insoweit ein Monopolist; nur sie ist in der Lage, einem Interessenten die für den örtlichen Verteilnetzbetrieb erforderlichen Leitungsrechte zu verschaffen.

Zu Unrecht macht die Klägerin (Berufungsbegründung S. 32, Bl. 356) geltend, die BGH-Entscheidung „Neue Trift“ sei nicht übertragbar, weil es dort nur um die Erteilung eines Einzelwegerechts gegangen sei. Das ändert nichts daran, dass die jeweilige Gemeinde auf ihrem Gebiet für Leitungsrechte, seien dies Einzelwegerechte oder komplexe Netznutzungsrechte, der einzige Anbieter ist.

Die Klägerin kann auch nicht gut argumentieren, es bestehe wegen der gesetzlichen Pflicht zur Ausschreibung der Konzessionen kein Angebotsmarkt (Berufungsbegründung S. 32, 33, Bl. 356, 357) und es müsse auf einen Nachfragemarkt für die Erbringung der Netzinfrastrukturleistungen des Elektrizitätsnetzbetriebes abgestellt werden, auf dem die Gemeinden als Nachfrager für die Erbringung von Netzinfrastrukturleistungen aufträten. Dieser Ansatz geht fehl. Der Markt ist der Sache nach so zu bestimmen, dass damit das relevante kartellrechtliche Problem erfasst wird. Hier ist offensichtlich nicht das Problem, dass es auf dem Markt des Betriebs örtlicher Verteilnetze marktstarke Betreiber gibt, die andere Unternehmen auf diesem Markt behindern. Die Frage ist vielmehr, unter welchen Randbedingungen Kommunen wie die Klägerin, die über ein exklusives Gut, nämlich die Leitungsrechte auf ihrem Gemeindegrund, ver-

fügen, *diskriminierungsfrei* darüber entscheiden, welcher der verschiedenen unternehmerischen Bewerber den Zuschlag erhalten soll.

Aus *dieser* Problemlage ergibt sich auch ganz zwanglos, dass, was die Klägerin (ebd.) gleichfalls in Frage stellen möchte, der relevante Markt der jeweils *lokale* Markt des Gemeindegebietes ist (so im Ergebnis auch ganz selbstverständlich Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt, Leitfaden Rn 17ff.).

cc)

Ebenso liegt auf der Hand, dass eine kommunale Entscheidung, die die maßgeblichen energiewirtschaftlichen Kriterien missachtet bzw. hintanstellt, sachwidrig und leistungsfremd ist.

Das gilt allemal, wenn die Gemeinde ihre Marktmacht dazu ausnutzt, um einen kommunal-eigenen Netzbetreiber ohne akzeptable Argumentation und Entscheidungsgrundlage zu Lasten anderer Interessenten zu bevorzugen (vgl. Büdenbender, a. a. O., S. 71).

b)

Der Verstoß gegen die §§ 46 Abs. 3 EnWG, 20 GWB hat auch die Nichtigkeit der „Vergabe“-Entscheidung zur Folge, § 134 BGB.

Nach § 134 BGB sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, unwirksam.

Zwar führt im Allgemeinen die aus § 20 Abs. 1 GWB resultierende Verbotswirkung - weil sie allein das marktbeherrschende Unternehmen, nicht aber den Vertragspartner trifft, der sachwidrig begünstigt wird - grundsätzlich *nicht* zur Unwirksamkeit der so zustande gekommenen Verträge, sondern nur zu einem Anspruch auf Gleichbehandlung der negativ betroffenen Dritten (vgl. Immenga/Mestmäcker-*Markert*, § 20, Rn 229). Allerdings ist im Fall der sachwidrigen Begünstigung eines kommunaleigenen Netzbetreibers zu beachten, dass infolge des aus § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB resultierenden Gedankens der wirt-

schaftlichen Einheit von Gemeinde und ihrem Netzbetreiber letzterer sich den Rechtsverstoß seiner Mutter, der Kommune, wie einen eigenen zurechnen lassen muss (vgl. Büdenbender, a. a. O., S. 88).

Dem kann die Klägerin auch nicht entgegenhalten, dass sie nach Maßgabe der Grundsätze über die Zulässigkeit des sog. In-House-Verfahrens für den Fall von kartellrechtlichen Anforderungen freigestellt wäre, dass sie die Konzession an eine Gesellschaft vergibt, über die sie die Kontrolle ausübt (etwa Berufungsbegründung S. 23 ff., Bl. 347 ff.). Zwar sind nach dem Urteil des EuGH vom 13. Oktober 2005 („Parking Brixen“) vergaberechtliche Vorschriften dann nicht anzuwenden, wenn eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllt, ohne sich an externe Einrichtungen zu wenden. Eine solche Konstellation ist hier indessen nicht gegeben. Die Verpflichtung öffentlicher Stellen zur Ausschreibung entfällt dann, wenn der Auftragnehmer seine Tätigkeit nur für den Auftraggeber ausübt. In solchen Fällen handelt es sich wirtschaftlich um einen Fall der *Selbstversorgung* durch Nutzung eigener Ressourcen, der nicht mit einem Zwang zur Bedienung durch den Markt belastet werden soll (das Standardbeispiel ist die Ausbesserung von Straßenschäden durch einen rechtlich verselbstständigten Bauhof einer Gemeinde). Bei der hier in Rede stehenden Leistung des Netzbetriebs liegen die Voraussetzungen eines In-House-Geschäftes indes nicht vor, weil der örtliche Netzbetreiber quantitativ und qualitativ ganz überwiegend seine Netzdienstleistungen gerade nicht für die Kommune, sondern für die Energienachfrager in der Gemeinde erbringt. Auch liegt es nicht so, dass die Kommune den Zuschlag an ein bereits bei ihr bestehendes, schon mit der Aufgabe befasstes Unternehmen vergibt; vielmehr tritt der Eigenbetrieb als Netzbetreiber erst im Moment der Rechtevergabe als ein neues Unternehmen (oder jedenfalls als Unternehmen mit einer neuen Sparte) auf den Plan.

Selbst wenn man dies anders bewerten wollte, so würde, worauf die Beklagte (Schriftsatz vom 2. Januar 2012, S. 6, Bl. 231) zutreffend hinweist, die Klägerin insoweit nur von spezifisch *vergaberechtlichen* Anforderungen, nicht aber von

den energie- und kartellrechtlichen Anforderungen an das Auswahlverfahren befreit. Wenn denn die Gemeinde nach diesen Vorschriften unter wettbewerblich-wirtschaftlichen Voraussetzungen einen Wettbewerb um ihr Netz veranstalten soll, so kann sie es nicht ohne Rücksicht auf solche Kriterien und unter Ausschaltung des Wettbewerbs einfach selbst übernehmen.

3.

Schließlich ist die Vergabeentscheidung auch nicht etwa deshalb als wirksam anzusehen, weil der Beklagten die Berufung auf die Kartellrechtswidrigkeit wegen Verwirkung versagt wäre, § 242 BGB.

Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde. Die Verwirkung ist ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens. Der Verstoß gegen Treu und Glauben liegt in der illoyalen Verspätung der Rechtsausübung (vgl. nur Palandt/*Grüneberg*, BGB, Kommentar, 71. Auflage, § 242 Rn 87).

Um einen solchen Sachverhalt geht es hier vorliegend nicht. Zwar trifft zu, dass die Beklagte auf den Gesichtspunkt der energie- bzw. kartellrechtlichen Unzulässigkeit der Auswahlentscheidung erst spät verfallen ist. Gleichwohl war zu keiner Zeit eine Lage gegeben, in der die Klägerin rundheraus erwarten konnte, dass die Beklagte ihr Netz der Klägerin zu den von dieser gewünschten Konditionen übereignen würde. Zu einer Übereignung war die Beklagte (und ist sie noch) nur gegen Zahlung des Sachzeitwerts bereit. Einen vertraglichen Anspruch auf die Übertragung hat sie ebenso in Frage gestellt wie einen gesetzlichen Anspruch auf die Eigentumsübertragung. Sie hat sich lediglich im Rahmen der Durchsetzung ihrer Position erst später auf den auch erst später bekannt gewordenen Gesichtspunkt der Kartellrechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung berufen. Es ist nicht illoyal und auch nicht widersprüchlich,

sondern gang und gäbe, dass eine Partei im Laufe der Auseinandersetzung ihre rechtliche Argumentation ausweitet, wenn das ihre Position stützt.

Im Übrigen trifft – mit dem Landgericht (U 15) - auch zu, dass der Einwand der Treuwidrigkeit auch deshalb fehl geht, weil es sich bei den kartellrechtlichen Maßgaben um solche handelt, die nicht in erster Linie die Mitbewerber schützen sollen, sondern objektiven öffentlichen Interessen und Zielen dienen und die daher – zumal von einer öffentlichen Stelle - jederzeit zu beachten sind.

B.

Die Klägerin kann sich auch nicht auf einen vertraglichen Anspruch aus dem abgelaufenen Wegenutzungsvertrag stützen.

Ob ein solcher Anspruch hier besteht oder nicht, kann dahin gestellt bleiben, weil jedenfalls die Klägerin aus kartellrechtlichen Gründen an der Geltendmachung des vertraglichen Anspruchs gehindert wäre.

Wenn sie, wie zu A. ausgeführt, ohne eine an wettbewerblichen Grundsätzen orientierte Auswahlentscheidung eine Übertragung des Netzbetriebs auf einen Eigenbetrieb nicht vornehmen darf, so kann ihr dies auch nicht auf der Grundlage eines vertraglichen Anspruchs gestattet sein. Vielmehr stellt sich die Ausübung der vertraglichen Rechte als ein Verstoß gegen das gesetzliche Diskriminierungsverbot dar. Anders gesagt, das „Ausspielen der vertraglichen Karte“ oder das „Ziehen der vertraglichen Option“ stellt sich als eine Umgehung der gesetzlichen Pflichten und damit als eine unzulässige Rechtsausübung dar. Wenn ein Marktverhalten kartellrechtswidrig ist, kann es auch nicht auf vertraglicher Basis zulässig sein.

Nach Meinung des Senats ist dies Ergebnis zwingend. Es steht auch nicht zu der bislang ergangenen BGH-Rechtsprechung in Widerspruch. Der BGH hat zwar in einem auch von den Parteien diskutierten Urteil vom 29. September 2009, EnZR 15/08 (IR 2010, 84, hier Anlage K 43) ausgesprochen, dass der gesetzliche Anspruch nach allgemeinen Regeln selbstständig *neben* die konzess-

sionsvertragliche Vereinbarung trete (Rn 13 bei juris). Das heißt dann an sich natürlich auch umgekehrt, dass der vertragliche Anspruch selbstständig neben dem gesetzlichen stünde. Dass lässt sich aber auf den vorliegenden Fall so nicht übertragen. In dem zu entscheidenden Fall des BGH ging es darum, dass der abgebende Netzbetreiber eine Verpflichtung aus dem Konzessionsvertrag zur „Übertragung“ des Eigentums nach Maßgabe des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in eine „Überlassung“ (gemeint auch dort eine Pacht) hat modifiziert sehen wollen. Dem hat der BGH wie auch in der Vorinstanz das OLG Frankfurt widersprochen und dabei u. a. darauf hingewiesen, dass nach § 113 EnWG laufende Wegenutzungsverträge, einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben, unbeschadet ihrer Änderung durch die §§ 36, 46 und 48 EnWG im Übrigen unberührt bleiben (ebd). Wörtlich heißt es, der Gesetzgeber habe eine Änderung bestehender vertraglicher Endschaftsbestimmungen nicht beabsichtigt. Das passt indes nicht auf die vorliegende Fallkonstellation, in der es nicht (wie dort) um eine Anpassung des vertraglichen Anspruchsinhalts an gesetzliche Regelungen, sondern um die tiefgreifende Frage geht, ob im Lichte des Gesetzes der einmal vertraglich bestimmte Anspruch als solcher überhaupt bestehen bleiben darf. Die Ratio des Gesetzes erzwingt, dass Letzteres nicht sein kann. Insbesondere kann der Sinn des § 113 EnWG bei richtiger Betrachtung nicht entgegenstehen. Zwar legt der Wortlaut zunächst nahe, dass die laufenden Wegenutzungsverträge „unbeschadet ihrer Änderung durch die §§ 36, 46 und 48“ in ihrem sonstigen Inhalt unangetastet bleiben. Wie auch schon in der weiter geltenden Vorgängerregelung des Art. 4 § 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes vom 24. April 1998 (wonach laufende Konzessionsverträge einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben von der EnWG Novelle 1998 trotz Wegfalls der Ausschließlichkeit unberührt geblieben sind), zielt die Bestimmung aber nur auf die Auswirkungen, die das kartellrechtliche Verbot der ausschließlichen Bindung an nur einen zentralen Versorger auf die *bestehenden* Verträge mit diesem haben konnte: Es sollte vor allem sichergestellt werden, dass die vereinbarten Konzessionsabgaben trotzdem weiterhin in voller Höhe vereinnahmt werden konnten (vgl. BGH, a. a. O., Rn 16 mit Hinweis auf BT-Drs. 13/7274, S. 26). Daher muss man § 113 EnWG dahin verstehen, dass an dem Bestand von rechtswirksam ge-

schlossenen und noch nicht ausgelaufenen Verträgen *für die Zeit ihrer Geltung* nichts geändert werden soll. Dies kann jedoch sinnvollerweise nicht gleichermaßen für die Modalitäten von anschließenden Konzessionierungen gelten. Sollten die alten Konzessionsverträge auch im Hinblick auf den Eigentumsübertragungsanspruch nach ihrem Auslaufen unberührt bleiben, hätte es jede Gemeinde in der Hand, durch die Geltendmachung des vertraglichen Anspruchs den an sich vorgesehen Wettbewerb um die Netze auszuschalten. Das kann unmöglich richtig sein. Entsprechend hat man auch § 113 EnWG im Lichte der Ziele des EnWG wie vorstehend auszulegen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat lässt die Revision zu, § 543 ZPO. Die hier angesprochenen Fragen der an die Konzessionierungsentscheidung zu stellenden Anforderungen und der Folgen ihrer Verfehlung bedürfen der höchstrichterlichen Klärung.