

VG Berlin, Urteil vom 30.06.2017 - 4 K 16.15

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages vorläufig vollstreckbar

Tatbestand:

[1] Die Beteiligten streiten über einen Anspruch des Klägers auf Übernahme des Fernwärmeleitungsnetzes von der Beklagten.

[2] Die Beklagte ist eines von insgesamt 40 Fernwärmeversorgungsunternehmen in Berlin. Innerhalb der Landesgrenzen existieren 68 Fernwärmeteilnetze mit einer Ausdehnung von mehr als 2.000 km Länge, von denen auf die Beklagte über 1.700 km entfallen. Von diesem Leitungsnetz verlaufen 24,5 km auf Grundstücken der Beklagten. Ebenfalls auf Grundstücken der Beklagten befinden sich 85 zum Leitungsnetz gehörende und für den Netzbetrieb erforderliche technische Anlagen und sonstige Bauwerke auf einer überbauten Fläche von rund 2.800 m². Die Beklagte ist Rechtsnachfolgerin der Berliner Kraft- und Licht (Bewag)-Aktiengesellschaft (nachfolgend: BEWAG). Dabei handelte es sich um ein Unternehmen, das die Versorgung mit elektrischer Energie und Wärme betrieb. Mit diesem schloss der Kläger erstmals im Jahre 1931 einen Konzessionsvertrag, in dem er dem Versorgungsunternehmen das ausschließliche Recht verlieh, das Versorgungsgebiet mit elektrischer Energie zu versorgen und ihm hierfür das Recht einräumte, seine Grundstücke, Straßen usw. zum Zwecke der Versorgung mit elektrischer Energie und Wärme zu benutzen. Im Gegenzug verzichtete der Kläger darauf, im Versorgungsgebiet Erzeugungs- und Verteilungsanlagen für elektrische Energie selbst zu errichten oder zu betreiben. Von der BEWAG war eine Konzessionsabgabe zu entrichten. Seinerzeit war geregelt, dass die Konzession zu dem Zeitpunkt erlösche, an dem die Übergabe dieser Anlagen an den Kläger erfolge, nachdem dieser von seinem Recht auf Ankauf von „Anlagen“ der Gesellschaft im Sinne des § 22 ihres Gesellschaftsvertrages Gebrauch gemacht hatte. Diese Bestimmung führte im Einzelnen u.a. alle Anlagen auf, die der Erzeugung und Verteilung von elektrischer Energie und von Wärme des konzessionierten Versorgungsgebiets dienten.

[3] Ab 1991 verhandelten der Kläger und die BEWAG über einen neuen Konzessionsvertrag. Gegenstand des Vertrages war nach wie vor die Einräumung eines ausschließlichen Wege- und Versorgungsrechts für elektrische Energie, ein ergänzendes, nicht ausschließliches, Wegerecht für Fernwärmeleitungen, die (grundsätzliche) Unterlassung eigener Erzeugung und Verteilung von elektrischer Energie durch den Kläger und die Zahlung einer Konzessionsabgabe, die an die Stromversorgung anknüpfte. Die Endschaftsbestimmungen – Rechte und Pflichten der Vertragspartner für die Zeit nach der Beendigung des Vertrages – in einem Vertragsentwurf aus dem Jahre 1993 bezeichneten ein Übernahmerecht des Klägers in Bezug auf die für die Elektrizitäts- und

Fernwärmeversorgung des Vertragsgebietes notwendigen Anlagen sowie eine Option für den Kläger, die Übernahme auf die Elektrizitätsverteilungsanlagen zu beschränken. Als Verhandlungsposition der Beklagten ist dokumentiert, dass sich der Kläger bei Vertragsbeendigung verpflichten müsse, sämtliche Anlagen der BEWAG zu übernehmen, also auch die gesamte Fernwärmeversorgung. Die Beschränkung auf die Verteilungsanlagen für elektrische Energie würden der BEWAG die Existenzgrundlage entziehen und in Anbetracht der weitgehenden Kraftwerksstruktur in Gestalt der Kraft-Wärme-Kopplung in Berlin (West) eine Wärmeversorgung wirtschaftlich unmöglich machen. In einem Entwurf mit Anmerkungen der BEWAG wird in der Endschaftsbestimmung des § 16 des Konzessionsvertrages eine Übernahme auch derjenigen Anlagen, die der Fernwärme dienen, als zu klärender Punkt ausgewiesen. In dem am 15. März 1994 von den Beteiligten unterzeichneten Vertrag erhielt die Endschaftsbestimmung in dessen § 16 Abs. 1 folgende Fassung:

[4] „Soweit für die Zeit nach Ablauf dieses Vertrages kein neuer Konzessionsvertrag zwischen dem Land Berlin und der BEWAG geschlossen wird, ist das Land Berlin berechtigt – und soweit dies kartellrechtlich zulässig ist – auf Verlangen der BEWAG verpflichtet, von der BEWAG die im Versorgungsgebiet vorhandenen Energieversorgungsanlagen der BEWAG gegen Erstattung ihres angemessenen Wertes zu übernehmen.“

[5] Der Vertrag sah ein Inkrafttreten am 1. Januar 1995 und eine Beendigung nach Ablauf von 15 Jahren vor. Eine Verlängerung um fünf Jahre knüpfte daran an, dass der Vertrag nicht spätestens zwei Jahre vor Ablauf durch den Kläger gekündigt werde.

[6] Das Stromnetz des Westteils Berlins wurde Ende 1994 an das Verbundnetz der alten Bundesländer angeschlossen. Die Verknüpfung mit dem Stromnetz des Ostteils der Stadt erfolgte aufgrund von Spannungsproblemen erst im Jahre 1998.

[7] Als veränderte gesetzliche Rahmenbedingungen im Jahre 2005 für den Bereich der Elektrizitätsversorgung eine Trennung von Erzeugung, Netz und Vertrieb geboten, erfolgte im Jahre 2005 die Gründung zweier weiterer Gesellschaften – V... GmbH ...(nunmehr: 50Hertz Transmission GmbH) und V... GmbH (nunmehr: Stromnetz Berlin GmbH) –, denen jeweils das Stromübertragungsnetz und das Stromverteilernetz übertragen wurde. Sie traten in den Jahren 2005 und 2006 dem im Jahre 1994 geschlossenen Konzessionsvertrag bei. Am 2. Januar 2006 firmierte die BEWAG um in V...AG & Co KG, die Umwandlung in ihre jetzige Rechtsform erfolgte im Jahre 2009.

[8] Im Jahre 2005 entschied sich der Kläger dafür, von der Verlängerungsoption des Konzessionsvertrages Gebrauch zu machen. Es fanden Verhandlungen mit der Beklagten statt, die Fragen der Elektrizitäts- und der Fernwärmeversorgung betrafen. In einem Vermerk der Senatsverwaltung für Finanzen heißt es hierzu u.a., es solle im Rahmen der Nachverhandlungen das konzessionsvertragliche Wegenutzungsrecht auf Leitungen und Anlagen zur Versorgung mit elektrischer Energie eingeschränkt werden. Das Benutzungsrecht zur Wärmeversorgung solle zeitgleich in einem selbständigen Gestattungsvertrag geregelt werden. Hierfür könnten nach jüngst geschaffenen und noch zu erwartenden Rechtsvorschriften Sondernutzungsgebühren erhoben werden. Dies dürfe nicht an die Verlängerung des Konzessionsvertrages gekoppelt sein. Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung erklärte in einer Stellungnahme gegenüber der Senatsverwaltung für Finanzen, dass die gesamte Fernwärmeproblematik im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme öffentlichen Straßenlandes von einer konzessionsvertraglichen Regelung losgelöst

werden sollte. Da das Energiewirtschaftsgesetz nach wie vor keine Regelungen zur Fernwärme enthalte, handele es sich um Sondernutzung, für die ein Entgelt bzw. eine Gebühr zu entrichten sei. Die Erteilung von Einzelerlaubnissen sei die sachgerechteste Lösung, eine vertragliche Vereinbarung über die Höhe der Gebühren sei entbehrlich. Die anderen Fernwärmeanbieter zahlten seit jeher Sondernutzungsentgelte bzw. -gebühren für ihre Leitungen.

[9] Am 14. Dezember 2006 schlossen die Beteiligten zwei Ergänzungsvereinbarungen zum Konzessionsvertrag von 1994. Die 1. Ergänzungsvereinbarung regelte unter Verweis auf die zwischenzeitlich § 46 EnWG erfolgte gesetzliche Regelung zur Überlassung des Verteilungsnetzes für elektrische Energie, dass § 16 Abs. 1 des Konzessionsvertrages durch die folgende Regelung ersetzt wurde:

[10] *„(1) Im Rahmen des Unbundlings im Jahr 2006 sind die im Konzessionsvertrag in § 16 bezeichneten Energieversorgungsanlagen auf V...Berlin übertragen worden.*

[11] *(2) Soweit für die Zeit nach Ablauf des Konzessionsvertrages kein neuer Konzessionsvertrag zwischen dem Land Berlin und V... Berlin geschlossen wird, ist das Land Berlin berechtigt – und soweit dies kartellrechtlich zulässig ist – auf Verlangen d... Berlin verpflichtet, von der V... Berlin die im Versorgungsgebiet vorhandenen Energieversorgungsanlagen der V... Berlin nach diesem Absatz 1 gegen Erstattung ihres angemessenen Wertes zu übernehmen, sofern die Energieversorgungsanlagen nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Konzessionsvertrages mit einem anderen Energieversorgungsunternehmen diesem zu überlassen sind.*

[12] *(3) Sollten im Rahmen des Unbundling im Jahr 2006 einzelne dieser Anlagen von V... Berlin auf V... übertragen worden sein, ist das Land Berlin berechtigt – und soweit dies kartellrechtlich zulässig ist – auf Verlangen der V... verpflichtet, dies Anlagen nach Absatz 2 von der V... gegen Erstattung ihres angemessenen Wertes zu übernehmen, sofern die Energieversorgungsanlagen nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Konzessionsvertrages mit einem anderen Energieversorgungsunternehmen diesem zu überlassen sind.“*

[13] In der 2. Ergänzungsvereinbarung vom selben Tage kamen die Beteiligten überein, die Regelung zur Konzessionsabgabe im Konzessionsvertrag von 1994 wie folgt zu ändern:

[14] *„§ 13 des Konzessionsvertrages wird um den folgenden Absatz 6 ergänzt:*

[15] *...V... Berlin zahlt ab dem 01.01.2006 eine Sondernutzungsgebühr entsprechend den gesetzlichen Regelung gemäß dem Berliner Straßengesetz in Verbindung mit der Verordnung über die Erhebung von Gebühren für die Sondernutzung öffentlicher Straßen in der jeweils geltenden Fassung für die Sondernutzung durch in Betrieb befindliche und stillgelegte Fernwärmeleitungen der V... Berlin.“*

[16] Im März 2014 erstellte das Institut für ökologische Wirtschaftsforschung im Auftrag des Klägers einen Untersuchungsbericht zu der Frage, ob eine Betriebsführung und Steuerung des von der Beklagten betriebenen Berliner Fernwärmenetzes getrennt von der Wärmeerzeugung und dem Wärmevertrieb technisch und wirtschaftlich möglich und sinnvoll ist. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass eine Trennung grundsätzlich und mit mehrjährigem Vorlauf machbar sei. Problematisch sei bei Bestandsanlagen die sehr enge Verzahnung zwischen überwiegend der

Erzeugung und überwiegend dem Netz zugeordneten Anlagen. Auch seien Alternativstandorte für Erzeugungsanlagen in Berlin kaum vorhanden.

[17] Die Beteiligten verhandelten im Jahre 2014 über eine Verlängerung der den Bereich Fernwärme betreffenden Regelungen des Konzessionsvertrages über den Ablauf der zeitlichen Geltungsdauer des Vertrages (31. Dezember 2014) hinaus, gelangten jedoch nicht zu einer Einigung. Die Forderung der Beklagten, eine Vertragsbeendigung durch den Kläger daran zu knüpfen, dass sie im überwiegenden öffentlichen Interesse erforderlich sei, hielt der Kläger für nicht akzeptabel.

[18] Am 24. Dezember 2014 hat der Kläger Feststellungsklage erhoben. Er trägt im Wesentlichen vor: Sein Begehren richte sich dem Grunde nach auf die gerichtliche Klärung, ob das Merkmal „Energieversorgungsanlagen“ im Sinne des § 16 Abs. 1 des Konzessionsvertrages (im Folgenden: KV) in der Fassung vom 15. März 1994 auch „Fernwärmeversorgungsanlagen“ umfasse, wobei von letzteren „Fernwärmeerzeugungsanlagen“ abzugrenzen seien, mithin die Übernahme von Kraftwerken nicht begehrt werde.

[19] Das festzustellende Rechtsverhältnis sei hinreichend konkretisiert, da um einen Anspruch auf Übernahme des Fernwärmenetzes mit Ablauf des 31. Dezember 2014 gehe. Die Feststellungsklage sei nicht subsidiär zu einer Leistungsklage, da ihm, dem Kläger, der Bestand der Fernwärmeversorgungsanlagen im Einzelnen nicht bekannt sei. Zudem könne er ohne Gewissheit eines Übernahmeanspruches keine Neu-Konzessionierung vornehmen. Der Abschluss eines derartigen Konzessionsvertrages sei Ausdruck der Verantwortung der Gemeinde für die kommunale Energieversorgung, der ihm möglich sein müsse. Daraus resultiere zugleich sein Feststellungsinteresse. Die in § 16 Abs. 4 KV vorgesehene Bestellung von Gutachtern zur Ermittlung u.a. des Umfangs der zu übernehmenden Anlagen sei nicht vorgreiflich, da jene die im vorliegenden Verfahren begehrte rechtliche Feststellung voraussetze, ob Fernwärmeversorgungsanlagen vom Übernahmeanspruch umfasst seien. Der Ausgang des noch nicht abgeschlossenen Stromkonzessionsverfahrens habe wegen des Kopplungsverbots mit Leistungen der Fernwärmeversorgung für letztere keinerlei Bedeutung. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, dass die Beklagte sich an einer eventuellen Ausschreibung selbst beteiligen und den Zuschlag erhalten könne. Denn er habe keinen Leistungsanspruch auf Übereignung, sondern lediglich die Feststellung dieses Anspruches beantragt, weil dieser von der Beklagten bestritten werde.

[20] „Energie“-Versorgungsanlagen im Sinne des § 16 Abs. 1 KV umfassten neben elektrischer Energie auch Fernwärme. Dies entspreche dem allgemeinen Sprachgebrauch sowie den Begrifflichkeiten im Vergaberecht. Wäre eine Beschränkung auf Elektrizität gewollt gewesen, hätte eine Präzisierung des Merkmals nahegelegen. In systematischer Hinsicht sei zu beachten, dass der Konzessionsvertrag von 1994 – wie damals üblich – mit einem integrierten (d. h. Erzeugung, Vertrieb und Verteilung betreibenden) Versorgungsunternehmen für mehrere Sparten abgeschlossen worden sei. Die Einzelregelungen des Vertrages differenzierten im Wortlaut danach, ob nur elektrische Energie, nur Fernwärme, oder – wie hier – beides erfasst sein solle.

[21] Die Vertragsgenese bestätige dieses Ergebnis in Anbetracht der im Laufe der Verhandlungen veränderten Begrifflichkeit des § 16 KV, insbesondere des zuletzt erfolgten begrifflichen Wechsels von „Anlagen für die Versorgung mit elektrischer Energie und Fernwärme“ zu „Energieversorgungsanlagen“. Aus dem Verhältnis von § 15 KV, in dem es um den Abschluss eines

Konzessionsvertrages für elektrische Energie mit einem anderen Energieversorgungsunternehmen gehe, zu § 16 KV lasse sich entgegen der Auffassung der Beklagten nichts für einen Ausschluss der Fernwärme von der Endchaftsklausel herleiten, weil die Stromversorgung den Schwerpunkt des Vertrages gebildet, die Fernwärme sich hierzu aber als Einheit dargestellt habe. Daher sei es auch unschädlich, dass die Regelungen des § 16 Abs. 2 bis 4 KV für die Fernwärme keinen Anwendungsbereich hätten. Die Vorstellung, dass die Fernwärmeversorgung nach Ablauf des Vertrages unabhängig von der Stromversorgung durchgeführt werden würde, finde sich an keiner Stelle des Vertrages.

[22] Nach Sinn und Zweck sei von Anfang an eine einheitliche Regelung und nicht etwa ein isoliertes „Ewigkeitsrecht“ für Fernwärmeversorgungsanlagen für die Beklagte beabsichtigt gewesen. Dies werde durch die gesetzliche Ausgangslage bei Vertragsabschluss bestätigt. Denn im Jahre 1994 habe es noch eine Einheit von Stromerzeugung und -vertrieb gegeben; durch den Abschluss des Konzessionsvertrages sei auch der allgemeine Stromversorger bestimmt worden. Tatsächlich sei schon wegen des überwiegenden Betriebs von Kraftwerken mit Kraft-Wärme-Kopplung gleichzeitig Strom und Wärme produziert worden, so dass Strom- und Wärmeversorgung als Einheit angesehen worden sei. Auch bei der Wärmeversorgung habe die Beklagte nach dem Anschluss an leitungsgebundene Fernwärme ein faktisches Monopol gehabt, weil ein Wechsel der Wärmeversorgung jeweils für viele Jahre ausgeschlossen gewesen sei.

[23] Indes betreffe § 16 KV nur die Versorgungsanlagen im Sinne des Leitungsnetzes, nicht jedoch die Erzeugungsanlagen. Angelegt sei dieser Ausschluss in § 16 Abs. 2 KV in dessen Ursprungsfassung, in dem von der „Trennung der Netze“ die Rede sei. Da die BEWAG im Jahre 1994 über keine Stromversorgung außerhalb des Versorgungsgebietes verfüge, könne dies nur die Trennung der Netze von den Erzeugungsanlagen gemeint haben. Dies folge insbesondere aus einer nichtigkeitsvermeidenden Auslegung der Vertragsvorschrift. Denn es sei davon auszugehen, dass die Beteiligten keine wegen einer unterlassenen Beurkundung formnichtige Vereinbarung treffen wollten. Daher erfasse § 16 KV lediglich das beurkundungsfrei übertragbare Leitungsnetz mit Ausnahme der Grundstücke, auf denen sich die Erzeugungsanlagen befänden. Dem stehe nicht entgegen, dass einzelne Nebenanlagen des Netzes auf Grundstücken der Beklagten stünden. Die Rechtsprechung zu Strom- und Gasversorgungsnetzen sehe auch Nebenanlagen auf Privatgrundstücken vom Übertragungsanspruch als erfasst an. Für diese seien ggf. Dienstbarkeiten einzuräumen. In verschiedenen Städten im Bundesgebiet seien Fernwärmeversorgungsnetze von den Erzeugungsanlagen getrennt. Die rechtliche und tatsächliche Trennbarkeit werde auch gutachterlich bestätigt. Aus alledem folge ein Übernahmeanspruch, weil nach Ablauf des Konzessionsvertrages von 1994 kein neuer Konzessionsvertrag und auch kein Interimskonzessionsvertrag zustande gekommen sei.

[24] Der Anspruch sei auch nicht durch die 1. Ergänzungsvereinbarung aus dem Jahre 2006 untergegangen. Denn durch diese seien lediglich die Vereinbarungen über die Stromverteilungsanlagen modifiziert worden. Dafür spreche, dass der Begriff der Fernwärme in der 1. Ergänzungsvereinbarung nicht erwähnt sei. Die Anpassung sei ausweislich der Präambel lediglich mit Rücksicht auf gesetzliche Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes erfolgt. Danach sei lediglich die Entflechtung von Stromerzeugung, -vertrieb und -verteilung geboten gewesen, aber nicht diejenige des Betriebs von Strom und Fernwärme. Zudem seien die Änderungen für den Bereich der Fernwärme Gegenstand der 2. Ergänzungsvereinbarung. Aus dem Schriftverkehr zwischen den

Beteiligten sei auch ersichtlich, dass über eine Änderung der Endschaftsbestimmungen in Bezug auf Fernwärme nicht gesprochen worden sei. Die Formulierung in der 1. Ergänzungsvereinbarung, wonach § 16 Abs. 1 KV durch die nachfolgenden Bestimmungen „ersetzt“ werde, sei daher auf den Bereich der Stromverteilungsanlagen reduziert anzusehen. Den Beteiligten könne nicht unterstellt werden, dass auf eine Übernahme des Fernwärmenetzes verzichtet, oder – seitens der Beklagten – eine unbemerkte Vernichtung des Übernahmeanspruches durch die Formulierung der 1. Ergänzungsvereinbarung habe erwirkt werden sollen. Bei einer versehentlichen Streichung eines Übernahmerechts für Fernwärmeversorgungsanlagen sei im Wege ergänzender Vertragsauslegung der hypothetische Wille der Parteien maßgeblich. Da aber bereits im ursprünglichen Konzessionsvertrag ein Übernahmeanspruch bezüglich der Fernwärmeversorgungsanlagen geregelt gewesen sei, sei kein Grund ersichtlich, warum dieser gestrichen werden sollen.

[25] Eine Regelungslücke, die eine ergänzende Vertragsauslegung erst ermögliche, fehle auch nicht in Ansehung des Straßengesetzes, weil daraus kein Anspruch auf Gestattung der Straßennutzung für ein gesamtes Leitungsnetz folge. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Konzessionsvertrag ein auf das ganze Versorgungsgebiet bezogenes Nutzungsrecht vermittelt habe, die nach dem Straßengesetz erteilbaren Erlaubnisse aber den Bezirksämtern zugewiesen und daher auf bezirksübergreifende Leitungen nicht anwendbar seien. Unionsrechtliche Ausschreibungsverpflichtungen seien im Wege unionsrechtskonformer Auslegung des Ausschlusskriteriums entgegenstehender öffentlicher Interessen in § 12 Abs. 2 BerlStrG zu berücksichtigen. Zudem beziehe sich die Übergangsregelung des § 12 Abs. 12 BerlStrG nur auf Neuabschlüsse von Verträgen nach § 12 Abs. 1 BerlStrG und betreffe daher nicht die Nachwirkungen des Konzessionsvertrages von 1994. Eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen im Versorgungsgebiet tätigen Fernwärmeversorgern bestehe nicht, schon weil die anderen Netze nicht dieselbe wirtschaftliche Relevanz hätten.

[26] Das Übernahmeverlangen sei auch nicht vor dem Hintergrund des Straßengesetzes rechtsmissbräuchlich. Die Argumentation der Beklagten sei zirkelschlüssig, weil ein Anspruch auf Gestattung der Wegenutzung für das Fernwärmeleitungsnetz gerade voraussetze, dass kein Übernahmeanspruch bestehe.

[27] Gemäß § 19 Abs. 3 des im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch in Kraft gewesenen Berliner Energieeinspargesetzes – BEnSpG –, das sich auch auf Fernwärme beziehe, habe der Abschluss von Konzessionsverträgen der Zustimmung des Abgeordnetenhauses bedurft. Der Verzicht auf einen Übernahmeanspruch in Bezug auf das Fernwärmenetz hätte aber eine wesentliche Vertragsänderung dargestellt, auf die die Regeln des Vertragsabschlusses Anwendung gefunden hätten. In Ermangelung einer Befassung des Abgeordnetenhauses mit der 1. Ergänzungsvereinbarung sei daher anzunehmen, dass die Beteiligten, denen gesetzeskonformes Verhalten unterstellt werden dürfe, einen genehmigungsbedürftigen Verzicht mit der 1. Ergänzungsvereinbarung gerade nicht hätten vereinbaren wollen. Die Streichung eines Übernahmeanspruches für das Fernwärmenetz hätte zudem als wesentliche Vertragsänderung eine erneute Ausschreibungspflicht ausgelöst unabhängig von der Einordnung eines Fernwärmekonzessionsvertrages als Dienstleistungskonzession.

[28] Auch die Vielzahl der der Beklagten erteilten Sondernutzungserlaubnisse ersetze wegen deren partiellen Regelungsbereichs einen Konzessionsvertrag im Sinne des § 16 Abs. 1 KV nicht. Im Übrigen dürfe der Abschluss eines Konzessionsvertrages grundsätzlich erst nach Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens erfolgen. Es

handele sich bei einem Fernwärmekonzessionsvertrag um eine Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 GWB. Eine diesbezügliche Ausschreibungspflicht folge aus Diskriminierungsverboten des Unionsprimärrechts. Dies folge aus der Marktzugangsfunktion eines Fernwärmekonzessionsvertrages. Es handele sich beim Fernwärmeleitungsnetz um ein natürliches Monopol, da paralleler Leitungsbau wegen mangelnder Kapazitäten im Straßenraum nicht durchführbar sei. Auch wirtschaftlich sei ein solches Vorhaben nicht darstellbar. Deshalb vermittele ein Wegebenutzungsrecht für das vorliegende Fernwärmeleitungsnetz der Beklagten eine weitgehend ausschließliche Versorgerstellung.

[29] Eine fehlende Versorgungspflicht könne gegen die Einordnung als Dienstleistungskonzession nicht eingewendet werden, weil bei Fernwärmekonzessionsverträgen der Betreiber regelmäßig auch Wärmelieferant sei. Die fehlende Ausschließlichkeit spreche nicht gegen die Einordnung als Dienstleistungskonzession. Zudem belege die Begrenztheit des Straßenkörpers eine Knappheitssituation. Aus der Unanwendbarkeit der unionsprimärrechtlichen Diskriminierungsverbote auf sogenannte In-House-Situationen folge ferner, dass sie unabhängig von der grundsätzlichen Verpflichtung zur Durchführung eines Auswahlverfahrens die Möglichkeit habe, zum Zwecke der eigenen Durchführung der Fernwärmeversorgung die diesbezüglichen Versorgungsanlagen von der Beklagten zu erwerben.

[30] Ein gleichgerichteter Anspruch auf Übernahme des Fernwärmeversorgungsnetzes folge zudem aus § 1004 BGB bzw. §§ 552 Abs. 1, 997 Abs. 2 BGB analog. Denn nach Ende des Konzessionsvertrages lebten die Abwehrrechte gegen die Benutzung der gemäß § 10 Abs. 1 BerlStrG privatrechtliches Eigentum darstellenden Straßen wieder auf. Dies folge trotz der privatrechtlichen Anspruchsgrundlagen aus der Verweisungsnorm des § 62 Abs. 2 VwVfG, die bei öffentlich-rechtlichen Verträgen die ergänzende Anwendung der Bestimmungen des BGB vorsehe. Dem stehe kein Anspruch auf Wegenutzung aus dem Straßengesetz entgegen. Denn bei Abschluss des Konzessionsvertrages habe die Fernwärme einen gleichberechtigten Vertragsgegenstand dargestellt und sei deshalb in den Konzessionsvertrag aufgenommen worden. Er, der Kläger, habe sich im Rahmen der Daseinsvorsorge in gewissen zeitlichen Abständen ein Entscheidungs- und Gestaltungsrecht vorbehalten wollen. Einer zeitlich unbegrenzten Wegenutzung für das streitige Fernwärmeleitungsnetz stehe zudem deren Einordnung als Dienstleistungskonzession entgegen. Soweit der Bundesgesetzgeber Wegenutzungsverträge für Fernwärmeleitungen nicht als Anwendungsfall der Bestimmungen des § 105 GWB über die Vergabe von Konzessionen angesehen habe, sei dies rechtlich zweifelhaft. Jedenfalls könne das Sekundärrecht nicht das primäre Unionsrecht einschränken, aus dessen Gewährleistungen der Art. 18, 49 und 56 AEUV bei der Vergabe eines Fernwärmeleitungsnetzes die Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz zu beachten seien. Zudem seien die Regeln des § 46 Abs. 2 EnWG analog auf Fernwärmenetze anzuwenden.

[31] Aus dem Übernahmeanspruch in Bezug auf die Versorgungsanlagen folge auch ein Anspruch auf Übertragung der Versorgungsverträge. Denn der Konzessionsvertrag sei zu einer Zeit von geschlossenen Versorgungsverhältnissen und Versorgungsmonopolen geschlossen worden. Eine gesonderte Fernwärmeversorgung durch einen Dritten sei damals nicht möglich und daher von den Beteiligten auch nicht beabsichtigt gewesen. Die Übernahme allein der Versorgungsanlagen ohne die Kundenbeziehungen sei angesichts der Einheit von Netz und Lieferung ohne Entflechtungsverpflichtung nicht sinnvoll. Daher sei davon auszugehen, dass ein mit den

Versorgungsanlagen einhergehender Übergang der Kundenbeziehungen – stillschweigend – vereinbart worden sei. Einer Einigung nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme – AVBFernwärmeV – bedürfe es dafür gerade nicht, weil die gleichen Grundsätze gelten müssten wie sie in der Strom- und Gasversorgung von der Rechtsprechung gezogen worden seien. Danach sei nämlich in der nicht entflochtenen allgemeinen Versorgung der Netzbetreiber, nicht der Erzeuger Vertragspartner des Kunden.

[32] Die weiter begehrte Auskunft über den Bestand der Fernwärmeversorgungsanlagen benötige er als Grundlage für eine Neukonzeption und Ausschreibung einer Fernwärmeversorgungskonzession. Im Gegensatz zum hier im Rahmen der Feststellungsklage begehrten rechtlichen Umfang gehe es bei der gemäß § 16 Abs. 4 KV dem Gutachter zugewiesenen Ermittlung um den tatsächlichen Umfang der Anlagen.

[33] Der Kläger beantragt,

[34] 1. festzustellen, dass er gegen die Beklagte mit Ablauf des 31. Dezember 2014 einen Anspruch auf Übereignung der innerhalb des Versorgungsgebiets vorhandenen Fernwärmeverteilungsanlagen von der Beklagten gegen Erstattung ihres angemessenen Wertes hat,

[35] 2. festzustellen, dass die mit den nach der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme geschlossenen Verträge mit Fernwärmeversorgungskunden mit dem Übergang des Eigentums an den Anlagen auf ihn übergehen,

[36] 3. die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft über den Umfang der im Antrag zu 1) genannten Anlagen zu geben und ihm alle diejenigen Informationen über deren technische und wirtschaftliche Situation zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung derselben erforderlich sind.

[37] Die Beklagte beantragt,

[38] 1. die Klagen abzuweisen,

[39] 2. hilfsweise im Wege der Widerklage festzustellen, dass sie gegen den Kläger mit dem Ablauf des 31. Dezember 2014 einen Anspruch auf Übernahme des Eigentums an den innerhalb des Versorgungsgebietes vorhandenen Fernwärmeversorgungsanlagen (Fernwärmeleitungen, Fernwärmeerzeugungsanlagen) durch den Kläger gegen Erstattung des angemessenen Wertes hat.

[40] Der Kläger beantragt,

[41] die Hilfswiderklage abzuweisen.

[42] Die Beklagte trägt im Wesentlichen vor: Bereits begrifflich seien Fernwärmeversorgungsanlagen von § 16 Abs. 1 KV 1994 nicht umfasst. „Energie“ werde im Vertrag als Kurzbezeichnung für elektrische Energie verwendet. Aus der Vertragshistorie ergebe sich, dass in den Vertragsverhandlungen zuletzt die Einbeziehung von Fernwärmeversorgungsanlagen in die Endschäftsbestimmung des § 16 Abs. 1 KV als klärungsbedürftig ausgewiesen sei. Dem sei die endgültige Vertragsfassung gefolgt, die auf „Energieversorgungsanlagen“ laute. Jedenfalls gebe die Historie keinen Anhaltspunkt darauf, dass Fernwärmeversorgungsanlagen jemals in den Verhandlungen auf das Verteilungsnetz hätten beschränkt werden sollen, zumal man sich damals der fehlenden Trennbarkeit bewusst gewesen sei. Unter dem Gesichtspunkt des Parteiwillens sei zu

berücksichtigen, dass die Endschaftsbestimmung nicht nur ein Übernahmerecht, sondern auf Verlangen auch eine entsprechende Pflicht statuiere. Schon angesichts der erheblichen wirtschaftlichen Werte, die von einem Übernahmerecht bzw. einer korrespondierenden Pflicht betroffen sein könnten, sei anzunehmen, dass die Beteiligten nur etwas hätten vereinbaren wollen, was aus damaliger Sicht auch durchführbar gewesen sei. Dies treffe indes auf ein von den Fernwärmeerzeugungsanlagen getrenntes Netz jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht zu. Belegt werde dies durch den Umstand, dass der Kläger sogar noch im Jahre 2014 einen Anlass gesehen habe, die Durchführbarkeit einer solchen Trennung durch ein Gutachten klären zu lassen. Bestätigt werde ein auf Elektrizitätsversorgungsanlagen beschränkter Wille nachträglich durch den Wortlaut der 1. Ergänzungsvereinbarung. Denn danach seien die in § 16 KV bezeichneten Energieversorgungsanlagen auf eine Stromverteilnetzbetreiberin übertragen worden. Diese befasse sich aber offensichtlich nicht mit Fernwärmeversorgung.

[43] Einem Übernahmeanspruch stehe zudem der Verstoß gegen die Beurkundungspflicht entgegen. Zwar sei die Übertragung von Scheinbestandteilen – wozu Versorgungsleitungen u.a. für Fernwärme regelmäßig zählten – nicht beurkundungspflichtig. Doch übersehe der Kläger, dass bereits zum streitigen Fernwärmenetz notwendige Leitungsverläufe auf eigenen Grundstücken sowie Bauwerke auf eigenen Grundstücken der Beklagten gehörten.

[44] Jedenfalls sei ein Anspruch auf Übernahme des Fernwärmeleitungsnetzes mit der 1. Ergänzungsvereinbarung entfallen. Bereits der Wortlaut der Änderung mache deutlich, dass die Regelung des § 16 Abs. 1 KV in dessen Ursprungsfassung fortan nicht mehr habe gelten sollen. Auch das Argument des Klägers, er habe ihr, der Beklagten, im Jahre 2006 kein Ewigkeitsrecht an den Fernwärmeversorgungsanlagen einräumen wollen, überzeuge nicht. Denn sie habe die Anlagen vom Kläger erworben. Das Eigentum unterliege seiner Natur nach keiner zeitlichen Begrenzung. Die mit der 1. Ergänzungsvereinbarung im Jahre 2006 neu formulierte Endschaftsbestimmung enthalte keine zu füllende Regelungslücke. Für einen versteckten Einigungsmangel i.S.v. § 155 BGB genüge es im Übrigen nicht, dass der Kläger möglicherweise etwas anderes als sie gewollt habe. Immerhin stimmten die objektiven Erklärungen überein. Insofern komme nur eine Anfechtung gemäß § 119 BGB in Betracht, für deren Erklärung aber die Frist abgelaufen sei.

[45] Letztlich trage die Ergänzungsvereinbarung der Änderung des Straßengesetzes Rechnung. In dieses Gesetz sei zwischenzeitlich ein Anspruch auf unbefristete Sondernutzung für Versorgungsleitungen eingefügt worden, welcher ebenfalls dem begehrten Feststellungsanspruch entgegenstehe. Eine Ausklammerung des Fernwärmenetzes von einem Übernahmeanspruch sei auch nicht nachteilig für den Kläger, weil er dadurch Aufwendungen für ein isoliert nicht funktionsfähiges Netz erspare. Eine fehlende Zustimmung des Abgeordnetenhauses, die der Kläger einwende, betreffe lediglich das Innenverhältnis. Zudem habe es sich bei der 1. Ergänzungsvereinbarung von 2006 nicht um den Neuabschluss eines Konzessionsvertrages gehandelt, sondern um eine Änderung, für die der Konzessionsvertrag lediglich die Schriftform vorgesehen habe.

[46] Eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung sei in dem Umstand zu sehen, dass diverse andere Fernwärmeversorger vom Kläger einschränkungslose Sondernutzungserlaubnisse für ihr jeweiliges Fernwärmenetz erhalten hätten.

[47] Eines Ausschreibungsverfahrens bedürfe es für die hier streitigen nicht ausschließlichen Wegerechte gerade nicht. Es fehle bereits an einer für eine mögliche wettbewerbliche Diskriminierung notwendige Knappheitssituation. Denn es gehe nur um einfache Wegerechte und nicht um die Verschaffung einer Ausschließlichkeitsstellung etwa durch einen Anschluss- und Benutzungszwang, der eine parallele wirtschaftliche Betätigung von Konkurrenten praktisch ausschließe. Bei der Vergabe von einfachen Wegerechten handele es sich auch nicht um eine Dienstleistungskonzession. Denn hierfür fehle es an der Verpflichtung zur Leistungserbringung.

[48] Die vom Kläger angeführten Anspruchsgrundlagen aus dem BGB scheiterten am Fehlen einer Regelungslücke bzw. am ausdrücklichen Verweis des Konzessionsvertrages 1994 auf die Regelungen des Berliner Straßengesetzes. Die weiter geltend gemachten Ansprüche auf Kundenübergang und Auskunft schieden damit ebenfalls aus.

[49] Auf entsprechende Anträge der Beklagten haben die Bezirksämter auf Empfehlung der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt Sondernutzungserlaubnisse für das gesamte bestehende Fernwärmeleitungsnetz unter der auflösenden Bedingung erteilt, dass im vorliegenden Klageverfahren rechtkräftig zugunsten des Klägers ein Anspruch gegen die Beklagte auf Übernahme der vorhandenen Fernwärmeversorgungsanlagen – gegen Erstattung eines angemessenen Werts – festgestellt wird, und der Kläger das Übernahmerecht innerhalb von zwölf Monaten nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung gegenüber der Beklagten geltend macht.

[50] Über einen neuen Konzessionsvertrag im Bereich der Elektrizitätsversorgung war im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht abschließend entschieden.

[51] Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die Streitakte, die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Klägers (10 Leitzordner) sowie die beigezogene Streitakte des Verwaltungsgerichts Hamburg – 4 K 3046.10 – (4 Bände), die vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

[52] A. Die Klage des Klägers bleibt in allen Anträgen ohne Erfolg.

[53] I. 1. Die Klage zu 1) ist als Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO zulässig.

[54] a. Sie betrifft, wie von § 43 Abs. 1 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VwGO vorausgesetzt, die Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Darunter sind die rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft deren eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1996 – BVerwG 8 C 19.94 –, juris Rn. 10). Rechtliche Beziehungen haben sich dann zu einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO verdichtet, wenn die Anwendung einer bestimmten Norm des öffentlichen Rechts auf einen bereits übersehbaren Sachverhalt streitig ist (BVerwG, a.a.O.). So liegt es hier.

[55] Die Klage richtet sich auf die Feststellung eines Übereignungsanspruches – in erster Linie – aus dem zwischen den Beteiligten geschlossenen Konzessionsvertrag vom 15. März 1994. Dieser ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Denn prägend für diesen Vertrag ist die Einräumung von Wegerechten für Versorgungsleitungen, die sich in Berlin nach §§ 11, 12 des Berliner Straßengesetzes (BerlStrG) und damit – anders als in den meisten anderen Bundesländern mit Ausnahme von Hamburg (vgl. Übersicht bei Sauthoff, Öffentliche Straßen, 2. Aufl. 2010, Rn. 447) – nach öffentlichem Recht richtet (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 19. September 2011 – 4 So 52/11 –, S. 5 ff. des Entscheidungsabdrucks, zu einem Erwerbsanspruch der Freien und Hansestadt Hamburg in Bezug auf dortige Fernwärmeanlagen aus Konzessionsvertrag). Das Verhältnis ist hinreichend konkretisiert, weil der Kläger einen Anspruch aus der Endschaftsbestimmung des § 16 KV in ihrer Ursprungsfassung herleitet, die nach ihrem Wortlaut Rechtsfolgen an die – mit Ablauf des 31. Dezember 2014 eingetretene – Beendigung des Vertrages anknüpft. Dass es dem Kläger im Ergebnis um eine gerichtliche Klärung geht, ob die von ihm begehrten Fernwärmeverteilungsanlagen vom Merkmal der „Energieversorgungsanlagen“ des § 16 Abs. 1 KV umfasst sind, macht die Feststellungsklage nicht unstatthaft. Zwar sind bloße Elemente, unselbständige Teile oder Vorfragen von Rechtsverhältnissen als solche nicht feststellungsfähig (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. November 2003 – BVerwG 3 C 44.02 –, juris Rn. 18; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. Dezember 1994 – II ZR 269.93 –, juris Rn. 6 zu § 256 Abs. 1 ZPO). Doch nimmt dies dem vom Klageantrag bezeichneten Anspruch nicht – wie hier – die Feststellungsfähigkeit (vgl. Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 28).

[56] b. Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht nicht § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO entgegen, wonach die Feststellung nicht begehrt werden kann, soweit der Kläger seine Rechte u.a. durch eine Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Demgegenüber ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass § 43 Abs. 2 VwGO der Feststellungsklage nicht entgegensteht, wenn eine – hier nicht einschlägige – Umgehung der für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Bestimmungen über Fristen und Vorverfahren nicht droht oder die Feststellungsklage den effektiveren Rechtsschutz bietet (BVerwG, Urteil vom 29. April 1997 – BVerwG 1 C 2.95 –, juris Rn. 25). Nach diesem Maßstab kann der Kläger vorliegend nicht auf eine Leistungsklage, gerichtet auf Übereignung der streitigen Fernwärmeverteilungsanlagen, verwiesen werden. Denn eine solche Leistungsklage müsste wiederum den Maßgaben des § 82 Abs. 1 Satz 2 VwGO genügen, wonach die Klage einen bestimmten Antrag enthalten soll. Danach ist der Klageantrag bei einer Leistungsklage so zu fassen, dass er zu einer vollstreckungsfähigen Entscheidung führen könnte (Ortloff/Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Loseblattkommentar, Stand Oktober 2016, Rn. 7). Für die insoweit vergleichbare Vorschrift des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Bestimmtheit des Antrages nicht nur in Bezug auf den geltend gemachten Anspruch, sondern im Falle von Zug-um-Zug-Einschränkungen auch in Bezug auf ebendiese Einschränkung dergestalt einzuhalten ist, dass sie ihrerseits zum Gegenstand einer Leistungsklage gemacht werden könnte (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 – X ZR 122/07 –, juris Rn. 32).

[57] Einen diesen Maßgaben genügenden Antrag könnte der Kläger indes gegenwärtig nicht formulieren. Denn unabhängig von fehlenden Einzelinformationen zum genauen Umfang der begehrten Anlagen, jedenfalls soweit sich diese nicht im öffentlichen Straßenland befinden, haben die Beteiligten für die Bestimmung des Umfangs der vom Kläger zu übernehmenden Anlagen und die Höhe des Wertes dieser Anlagen in § 16 Abs. 4 KV eine Leistungsbestimmung durch Sachverständige vereinbart, von denen jeweils einer von jeder Vertragspartei bestellt wird. Eine derartige

Bestimmung hat aber noch nicht stattgefunden, zumal sich die Beklagte ohne rechtskräftig festgestellten Anspruch nach § 16 Abs. 1 KV auch zu einer Mitwirkung bei der Leistungsbestimmung nicht für verpflichtet hält. In dieser Situation käme die Verweisung des Klägers auf eine Leistungsklage einer bloßen Förmerei gleich (vgl. i.E. ebenso OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 29. Januar 2008 – 11 U 20/07 (Kart) –, juris Rn. 49; Greger, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 253 Rn. 13).

[58] c. Der Kläger besitzt auch ein Feststellungsinteresse. Das berechtigte Interesse schließt jedes als schutzwürdig anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art ein. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Feststellung geeignet erscheint, die Rechtsposition des Klägers in den genannten Bereichen zu verbessern (BVerwG, Urteil vom 16. März 2016 – BVerwG 6 C 66.14 –, juris Rn. 16). So liegt es hier, weil die begehrte Feststellung den Kläger in die Lage versetzt, einen Übereignungsanspruch zu konkretisieren, welches er insbesondere für eine Ausschreibung der Wegerechte für den Betrieb des zur Zeit von der Beklagten betriebenen Fernwärmeleitungsnetzes für notwendig erachtet, zu der er sich unionsrechtlich für verpflichtet hält. Ob und mit welchen Maßgaben eine solche Pflicht besteht, ist nicht im Rahmen der Zulässigkeit der Klage zu klären.

[59] d. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis wird nicht durch den Umstand ausgeschlossen, dass die Beteiligten im Jahre 2009 eine bis in das Jahr 2020 reichende Klimaschutzvereinbarung getroffen haben, die sich auch auf die Fernwärmeversorgung bezieht und in der eine intensive und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit gegenseitiger Rücksichtnahme und Unterstützung vorgesehen ist. Ebenso wenig steht die Vereinbarung in § 3 der 1. Ergänzungsvereinbarung zum Konzessionsvertrag vom 4. Dezember 2006 entgegen, wonach die Beteiligten auch weiterhin bei der Abwicklung des Konzessionsvertrages vertrauensvolle Zusammenarbeit vereinbarten. Denn diese allgemeinen Kooperationsvereinbarungen bieten gegenüber dem streitgegenständlichen konkreten Feststellungsbegehren keinen effektiveren Rechtsschutz.

[60] 2. Die Feststellungsklage ist jedoch unbegründet. Denn der behauptete Übereignungsanspruch lässt sich nicht festzustellen.

[61] a. Ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Übereignung der innerhalb des Versorgungsgebiets vorhandenen Fernwärmeverteilungsanlagen folgt nicht aus § 16 Abs. 1 KV in seiner Ursprungsfassung des Jahres 1994, worin es heißt:

[62] „Soweit für die Zeit nach Ablauf dieses Vertrages kein neuer Konzessionsvertrag zwischen dem Land Berlin und der BEWAG geschlossen wird, ist das Land Berlin berechtigt – und soweit dies kartellrechtlich zulässig ist – auf Verlangen der BEWAG verpflichtet, von der BEWAG die im Versorgungsgebiet vorhandenen Energieversorgungsanlagen der BEWAG gegen Erstattung ihres angemessenen Wertes zu übernehmen.“

[63] aa. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Es fehlt in dem für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung zwar nicht bereits an der Bedingung, dass für die Zeit nach Ablauf des im Jahre 1994 geschlossenen Vertrages kein neuer Konzessionsvertrag zwischen dem Kläger und seinem Vertragspartner – bzw. dessen Rechtsnachfolger – geschlossen sein darf. Dabei kommt es nicht darauf an, welcher genaue Inhalt dem zur Bedingung gemachten Konzessionsvertrag zuzumessen ist. Ob es sich dabei um einen Konzessionsvertrag betreffend elektrische Energie oder Fernwärme oder beides zu handeln hat, kann

auf sich beruhen. Denn jedenfalls im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung hat der Kläger für keine dieser Medien einen nachfolgenden Vertrag geschlossen.

[64] bb. Die Kammer konnte indes nicht zu der nach § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO erforderlichen Überzeugung gelangen, dass das Merkmal „Energieversorgungsanlagen“ in § 16 Abs. 1 KV (auch) die beanspruchten Fernwärmeverteilungsanlagen umfasst.

[65] Für öffentlich-rechtliche Verträge i.S.d. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. i.V.m. §§ 54 ff. VwVfG – wie den hier streitigen Konzessionsvertrag vom 15. März 1994 – gelten ergänzend die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend, soweit sich aus den §§ 54 ff. VwVfG oder aus den übrigen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes nichts Abweichendes ergibt. Danach ist auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen die Vertragsauslegung nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB vorzunehmen, wonach nicht bei dem Buchstaben des Vertragstextes stehenzubleiben, sondern der Sinn der vertraglichen Regelung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu erforschen ist (BVerwG, Urteil vom 19. Januar 1990 – BVerwG 4 C 21.89 –, juris Rn. 36).

[66] (1) Im Wege der Auslegung lässt sich der Endschaftsbestimmung des § 16 Abs. 1 KV der vom Kläger behauptete Inhalt nicht entnehmen.

[67] (a) Der nach § 133 BGB nicht allein maßgebliche (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2001 – XII ZR 281/99 –, juris Rn. 19) Wortlaut der Vertragsbestimmung ist offen. Er schließt nicht aus, dass von Energieversorgungsanlagen auch solche umfasst sein sollten, die sich auf Fernwärme beziehen. Denn nach dem allgemeinen Sprachgebrauch umfasst „Energie“ u.a. Wärmeenergie (Deutsches Rechtslexikon, 3. Aufl. 2001, Bd. 1, S. 1600; Meyers Großes Taschenlexikon, 10. Aufl. 2006, Bd. 6 S. 1871; ebenso bereits: Meyers Enzyklopädisches Lexikon, 9. Aufl. 1973, Bd. 7, S. 768) und somit auch Fernwärme. Eine Begriffsbestimmung des Merkmals „Energieversorgungsanlagen“ enthält der Konzessionsvertrag indes nicht. Es fehlt an Anhaltspunkten dafür, dass die Vertragsparteien „Energie“ im umfassenden Sinne in Anlehnung an das – mittlerweile aufgehobene – Berliner Energieeinspargesetz vom 2. Oktober 1990 (GVBl. S. 2144; vgl. § 3 Abs. 1, Abs. 4 BEnSpG) bzw. die erst mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2546) eingeführte Regelung des § 98 Nr. 4 GWB a.F. verwendet haben. Gleichmaßen unklar ist, ob sie „Energie“ einschränkend vor dem Hintergrund des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13. Dezember 1935 (RGBl. I S. 1451), das unter „Energie“ nur Elektrizität und Gas versteht, verstanden wissen wollten. Danach ist es ebenso gut möglich, dass „Energie“ unter Einschluss von Fernwärme verwendet wurde, als auch, dass es sich lediglich um die sprachliche Verkürzung von „elektrischer Energie“ gehandelt hat.

[68] (b) Soweit nach allgemeinen Auslegungsregeln nicht nur eine streitige Einzelbestimmung, sondern der gesamte Wortlaut einer Vereinbarung in Blick zu nehmen ist, weil eine Einzelregelung im Zweifel im Zusammenhang mit anderen steht und hieraus ihre Zielsetzung erfährt (BVerwG, Urteil vom 19. Januar 1990, a.a.O., Rn. 38), ist nicht zwingend auf eine Einbeziehung von Fernwärme in die Vertragsbestimmung des § 16 Abs. 1 KV zu schließen. Zwar ist dem Kläger zuzugeben, dass der Konzessionsvertrag bei den Regelungen, die entweder elektrische Energie oder Fernwärme betreffen, sprachlich differenziert. So regelt etwa § 1 Abs. 1 KV die Übertragung des Rechts und die Übernahme der Verpflichtung, jedermann im Versorgungsgebiet an das Leitungsnetz anzuschließen und zu versorgen, nur bezogen auf elektrische Energie. Auch § 2 Abs. 1 Satz 2 KV regelt ein ausschließliches Benutzungsrecht für öffentliche Straßen, Wege und Plätze zum Betrieb von

Versorgungsanlagen ausdrücklich nur für elektrische Energie. Ähnliches findet sich etwa in § 5 Abs. 3 KV, wo von der Einräumung von Benutzungsrechten für Anlagen zur Übertragung von elektrischer Energie aus dem Versorgungsgebiet heraus oder über das Versorgungsgebiet hinweg die Rede ist. Andererseits regelt § 11 Abs. 2 KV Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Betrieb oder dem Bau von „Anlagen“ der BEWAG, womit ersichtlich keine Beschränkung solche für elektrische Energie oder Fernwärme verbunden ist. Daraus folgt indes nicht zwingend, dass „Energieversorgungsanlagen“ im Sinne des § 16 Abs. 1 KV sowohl Strom- als auch Fernwärmeanlagen erfasst. Denn mit der gleichen Berechtigung könnte dem entgegengehalten werden, dass der Vertrag zwischen (elektrischer) Energie und Wärme unterscheidet, in § 16 Abs. 1 KV jedoch nur das Merkmal „Energie“ verwendet wurde. Es kommt hinzu, dass der Vertrag verschiedentlich die Begriffe Strom bzw. elektrische Energie sowie kumulativ Wärme bzw. Fernwärme verwendet, wenn eine Regelung beide Medien betrifft (vgl. §§ 2 Abs. 1 Satz 1 KV, 10 Abs. 1 KV).

[69] Auch eine Zusammenschau mit § 15 KV erlaubt keinen zwingenden Schluss. Nach dieser Vorschrift ist der Kläger verpflichtet, dem Vertragspartner des Konzessionsvertrages Gelegenheit zur Abgabe eines Angebotes zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages zu geben, wenn während der Vertragsdauer oder nach Ablauf des Vertrages von einem anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein Angebot zum Abschluss eines Konzessionsvertrages gemacht wird oder der Kläger beabsichtigt, die Versorgung des Vertragsgebietes mit elektrischer Energie vollständig oder teilweise selbst aufzunehmen. Während die Beklagte aus diesem Zusammenhang ableitet, dass auch die Endschaftsbestimmung des § 16 KV nur die elektrische Energie betrifft, ließe sich mit dem Kläger entgegenhalten, dass nach der Vertragsgestaltung ein Wegerecht für Fernwärmeversorgungsleitungen nur einen Annex zur konzessionsvertraglichen Regelung für die Stromversorgung darstellt, so dass die ausschließliche Regelung von elektrischer Energie in § 15 KV naheliegt.

[70] In vergleichbarer Weise stehen sich die Argumente der Beteiligten in Bezug auf die Vorschrift des § 16 Abs. 2 und Abs. 3 des Konzessionsvertrages in seiner Ursprungsfassung gegenüber, ohne dass einer Seite zwingend der Vorzug zu geben wäre. Denn dem Argument der Beklagten, dass die Regelung des § 16 Abs. 2 KV zu Maßnahmen der Entflechtung und Einbindungsmaßnahmen der Netze sachlich nur elektrische Energie betreffen könnten, kann der Kläger entgegenhalten, dass ebendies keinen zwingenden Rückschluss auf den Inhalt des § 16 Abs. 1 KV gebiete. Ebenso verhält es sich mit der Regelung in § 16 Abs. 3 KV in seiner Ursprungsfassung, wonach Anlagen, die nicht der Energieversorgung des Landes Berlin dienen und von der BEWAG nicht zur Durchleitung benötigt werden, auf Verlangen des Klägers zu entfernen sind. Denn wenngleich mit der Beklagten argumentiert werden kann, dass eine „Durchleitung“ von Energie – zumal im Jahre 1994 – sachlich nur auf elektrische Energie anwendbar war, mag im Sinne des Klägers entgegengehalten werden, dass dies nicht zu einer auf elektrische Energie beschränkten Auslegung des Merkmals „Energieversorgungsanlagen“ in § 16 Abs. 1 KV zwingt, weil der erste Halbsatz in § 16 Abs. 3 KV – das fehlende Dienen zur Energieversorgung des Landes – einen Anwendungsbereich auch bei Fernwärmeanlagen haben kann.

[71] (c) Gegen die vorgenannten systematischen Erwägungen, soweit sie die Auffassung des Klägers stützen, spricht indes die ebenfalls bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigende Entstehungsgeschichte (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 2004 – IX ZR 152/00 –, juris Rn. 20). Denn das Merkmal der „Energieversorgungsanlagen“ in § 16 Abs. 1 KV fand Eingang in den Vertragsentwurf in

der letzten Verhandlungsrunde vor dem Unterzeichnungstermin (VV VIII Bl. 145, 155) und ersetzte die zuvor verwendete Formulierung der „im Versorgungsgebiet vorhandenen, der Elektrizitäts- und Fernwärmeversorgung des Vertragsgebietes dienenden Anlagen“ (VV VIII Bl. 129, 137). Anlass hierfür waren nach dem Inhalt des Verwaltungsvorgangs explizite Bedenken der Rechtsvorgängerin der Beklagten an der Einbeziehung von Fernwärme in die nach § 16 Abs. 1 KV zu übernehmenden Anlagen. Dieser Verlauf spricht dagegen, dass das Merkmal der „Energieversorgungsanlagen“ in § 16 Abs. 1 KV maßgeblich unter dem Gesichtspunkt einer Kongruenz zu den übrigen Vertragsbestimmungen auszulegen ist. Vielmehr lässt die Veränderung der bis dahin im Vertragsentwurf gebrauchten Formulierung, wenn sie doch auf Bedenken gegen die Einbeziehung von Fernwärme zurückging, darauf schließen, dass etwas anderes als das bisher Bezeichnete vereinbart werden sollte. Denn anderenfalls hätte es eines veränderten Wortlauts nicht bedurft.

[72] Aus dem Ablauf der Vertragsverhandlungen lässt sich auch nicht entnehmen, dass für die Vertragspartner die Einbeziehung von Fernwärme in den Konzessionsvertrag oder der sachliche Umfang von Energieversorgungsanlagen – insbesondere in Bezug auf Verteilungs- und/oder Erzeugungsanlagen – selbstverständlich waren. Dies folgt aus einem Vergleich der Entwurfsversionen des Konzessionsvertrages. Während sich eine frühe Version aus dem Jahre 1991 (K 20 Anlage 3, in diesem Sinne auch noch der behördliche Vermerk vom Dezember 1991, VV VIII Bl. 1 ff.) nur auf Wegerechte für Anlagen zur Versorgung mit elektrischer Energie bezog und in der Endschaftsbestimmung (seinerzeit § 18 Abs. 1) einen Übernahmeanspruch in Bezug auf „Verteilungsanlagen“ regelte, erstreckte sich eine spätere Version vom 10. Januar 1993 (K 20 Anlage 3, ebenso der behördliche Vermerk vom 20. Januar 1993, VV IX Bl. 440 ff.) auf Wegerechte sowohl für Anlagen der Strom-, als auch der Fernwärmeversorgung und regelte in der Endschaftsbestimmung (seinerzeit § 18 Abs. 1) einen Übernahmeanspruch für Anlagen der Elektrizitäts- und Fernwärmeversorgung, der eine Option des Klägers auf Beschränkung der Übernahme auf Elektrizitätsverteilungsanlagen enthielt. Diese Einschränkung findet sich in der nachfolgenden Entwurfsfassung vom 7. Dezember 1993 (VV VIII Bl. 81 ff.) nicht mehr. Während eine weitere Entwurfsfassung des Klägers vom 20. Januar 1994 (K 6, GA Bl. 85 ff.) einen Übernahmeanspruch nur auf Anlagen der Elektrizitätsversorgung regelt, bezeichnet bereits die Version vom 21. Januar 1994 (VV VIII Bl. 129 ff.) die Einbeziehung von Fernwärme als für die Rechtsvorgängerin der Klägerin problematisch. Nachdem die Rechtsvorgängerin der Beklagten ein Gespräch „auf höchster Ebene“ angeregt hatte, änderten die Vertragsparteien den Übernahmegegenstand in § 16 Abs. 1 KV in „Energieversorgungsanlagen“, wobei sich die Einzelumstände dieses Verhandlungsschrittes nicht mehr aufklären lassen. In gleicher Weise ersetzten die Vertragspartner die Formulierungen in § 16 Abs. 3 und Abs. 5 KV. Bei dieser Sachlage ist der Entstehungsgeschichte der Vertragsbestimmung zu entnehmen, dass die ausdrückliche Bezeichnung eines neben den Elektrizitäts- auch auf Fernwärmeversorgungsanlagen bezogenen Übernahmegegenstandes von den Vertragsschließenden nicht gewollt war. Dies spricht dagegen, dass Fernwärme zum Regelungsgegenstand eines Übernahmeanspruchs gemacht werden sollte. Dies wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich die BEWAG u.a. bei ihren Gegenvorschlägen zum Vertragsentwurf unter dem 20. Januar 1993 für eine „Komplettlösung“ ausgesprochen hatte, da eine Trennung von Erzeugung und Verteilung angesichts der ganz überwiegend auf gleichzeitiger Produktion von Strom und Wärme (sog. Kraft-Wärme-Kopplung) basierenden Kraftwerksstruktur eine Versorgung der Stadt wirtschaftlich unmöglich mache (VV IX Bl. 455). Denn es fehlt an Anhaltspunkten dafür, dass diese Erwägungen noch eine Rolle spielten, als die BEWAG Anfang des

Jahres 1994 Bedenken gegen die Einbeziehung von Fernwärme in die Endschaftsbestimmung anmeldete.

[73] Soweit das nachträgliche Verhalten der Partei in dem Sinne zu berücksichtigen ist, dass spätere Vorgänge Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der am Rechtsgeschäft Beteiligten zulassen können (BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2011 – VII ZR 222/10 –, juris Rn. 9), spricht dies gegen die Einbeziehung von Fernwärmeverteilungsanlagen in die Vertragsbestimmung des § 16 Abs. 1 KV. Denn in der 1. Ergänzungsvereinbarung vom 4. Dezember 2006 haben die Beteiligten in die Endschaftsbestimmung die Feststellung eingefügt, dass „im Rahmen des Unbundlings im Jahr 2006 [...] die im Konzessionsvertrag in § 16 bezeichneten Energieversorgungsanlagen auf V... Berlin übertragen worden“ (sind). Dies betraf jedoch unstreitig nur Anlagen, die der Versorgung mit elektrischer Energie dienen (im Einzelnen hierzu unten [4]).

[74] (d) Schließlich gebietet auch die Berücksichtigung der Interessenlage der Vertragspartner (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2000 – II ZR 194/98 –, juris Rn. 11) und des mit dem Rechtsgeschäft verfolgten Zwecks (BGH, Urteil vom 9. Juli 2001 – II ZR 228/99 – juris Rn. 8) nicht, eine Übernahme auch der Fernwärmeversorgungsanlagen im Rahmen des § 16 Abs. 1 KV als vereinbart anzusehen. Dieser Auslegungsgrundsatz bezweckt, die Abrede auf einen vertretbaren Sinngehalt zurückzuführen. Es geht hierbei nicht darum, dem Rechtsgeschäft zu dem Inhalt zu verhelfen, der dem Richter im Entscheidungszeitpunkt als interessengemäß erscheint. Maßgeblich ist vielmehr der Einfluss, den das Interesse der Parteien auf den objektiven Erklärungswert ihrer Äußerungen bei deren Abgabe hatte (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 – IX ZR 214/08 –, juris Rn. 14). Nach diesem Maßstab fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass die Beteiligten – wie vom Kläger behauptet – Fernwärme zum Gegenstand eines Übernahmeanspruches in § 16 Abs. 1 KV gemacht haben.

[75] Hinsichtlich der Interessenlage der Beteiligten ist für die Rahmenumstände des Vertragsschlusses vom 15. März 1994 Folgendes zu berücksichtigen: Durch die Einfügung des § 103a GWB durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. April 1980 (BGBl. I S. 458) wurde eine (künftige) Laufzeitbeschränkung von 20 Jahren für Verträge über die Versorgung mit Elektrizität oder Gas eingeführt (Abs. 1) und für bereits angemeldete und vor dem 1. Januar 1979 geschlossene Verträge dieser Art die nach § 103 GWB a.F. geltende Freistellung auf den 1. Januar 1995 begrenzt (Abs. 4). Nach § 103 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. waren Verträge mit Versorgungsunternehmen mit Gebietskörperschaften, in denen sich eine Gebietskörperschaft verpflichtete, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Versorgung mit Elektrizität, Gas oder Wasser ausschließlich einem Versorgungsunternehmen zu gestatten, von den Kartellverboten der §§ 1, 15 und 18 GWB freigestellt. Die daraus folgende zeitliche Begrenzung der Freistellung für den seit dem Jahre 1931 zwischen dem Kläger und der BEWAG bestehenden Konzessionsvertrag gab den Anlass für den Neuabschluss des hier streitigen Vertrages. Wenngleich der bis dahin bestehende Konzessionsvertrag neben ausschließlichen Wegerechten für Anlagen der Elektrizitätsversorgung auch einfache, nicht ausschließliche Wegerechte für Anlagen der Fernwärmeversorgung erfasste (für diese galt seit jeher das Kartellverbot, vgl. Fricke, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Loseblattkommentar, Stand April 2017, § 8 AVBFernwärmeV Rn. 81), bestand danach eine gesetzlich vorgegebene Notwendigkeit für einen neuen Vertragsschluss nur in Bezug auf den Strombereich. Dies mag es erklären, dass sich der älteste Konzessionsvertragsentwurf aus dem Jahre 1991 ausschließlich mit Elektrizität befasst.

[76] Im Tatsächlichen waren die Rahmenumstände bei Vertragsschluss am 15. März 1994 dadurch geprägt, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten, deren Gesellschaftsanteile seinerzeit der Kläger zu mehr als 50 Prozent hielt, sowohl elektrische Energie als auch Fernwärme nicht nur produzierte und verteilte, sondern auch im Wesentlichen in Anlagen nach dem Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung parallel erzeugte, ohne dass es an dieser Stelle darauf ankommt, ob die Kraftwerke konzeptionell vorrangig auf die Strom- oder Wärmeerzeugung ausgelegt waren.

[77] Vor diesem Hintergrund sind die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten ausdrücklich geäußerten Widerstände gegen eine Endschäftsbestimmung nachvollziehbar, die eine Trennung von Erzeugungs- und Verteilungsanlagen zur Folge gehabt hätte. Für den hier streitigen Bereich der Fernwärme folgt dies ohne weiteres aus dem Umstand, dass es sich bei der Fernwärmeversorgung um physisch abgeschlossene Netzstrukturen handelt. Regelmäßig versorgen aufgrund entsprechender Planung bestimmte Kraftwerke über ein ihnen zugeordnetes Fernwärmenetz bestimmte Abnehmer. Eine solche Begrenzung ist ursächlich dadurch bedingt, dass sich Fernwärme – anders als Strom und Gas – nur über begrenzte Strecken transportieren lässt und sich die Verteilung als komplexe mechanische und steuerungstechnische Aufgabe darstellt (vgl. Bundeskartellamt, Sektorenuntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht August 2012, Rn. 224 f.; ferner zu allgemeinen technischen Gegebenheiten der Fernwärmeversorgung: Pritzsche/Vacha, Energierecht, 2017, S. 270 f.). Bei einem derartigen, geradezu symbiotischen Verhältnis von Kraftwerken und Netz drängt es sich auf, dass der Betreiber einer solchen Einheit kein Interesse daran haben kann, eine rechtliche Trennung von Erzeugung und Verteilung vornehmen zu müssen, die ihm fortan als reinem Wärmeerzeuger den eigenen Zugang zu den Abnehmern abschneidet und ihn hierfür auf einen einzigen nicht austauschbaren Netzbetreiber verweist.

[78] Demgegenüber ist vom Kläger weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, was auf ein im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehendes Interesse an der isolierten Übernahme des Fernwärmeleitungsnetzes hindeuten könnte. Der Verwaltungsvorgang enthält keine Hinweise auf eine damalige Planung, zu welchem Zweck und mit welchem Ziel eine solche Übernahme hätte verfolgt werden sollen. Soweit der Verwaltungsvorgang für die Zeit kurz vor Beendigung der (verlängerten) Vertragslaufzeit eine Übernahme des Fernwärmeleitungsnetzes zur Durchsetzung klimapolitischer Ziele erkennen lässt, gibt es keinen Anhaltspunkt für eine Anknüpfung an dahingehende bereits im Jahre 1994 bestehende Vorstellungen. Eher das Gegenteil belegt der Umstand, dass der Kläger Bedarf für eine extern im Jahre 2014 erstellte Studie sah, ob eine Betriebsführung und Steuerung des von der Beklagten betriebenen Berliner Fernwärmenetzes getrennt von der Wärmeerzeugung und dem Wärmevertrieb technisch und wirtschaftlich möglich und sinnvoll ist. Noch im Termin zur mündlichen Verhandlung hat der Kläger auf die Frage nach seinen Plänen für das begehrte Fernwärmenetz vorgetragen, es solle erst nach der gerichtlichen Klärung der rechtlichen Möglichkeiten eine Entscheidung über die Verwendung des Fernwärmeleitungsnetzes herbeigeführt werden. Dass der Kläger bereits im Jahre 1994 eine nunmehr vorgetragene unionsrechtliche Ausschreibungsverpflichtung für das Leitungsnetz im Sinn hatte, trägt er selbst nicht vor.

[79] Soweit der Kläger geltend macht, er habe sich beim Vertragsschluss im Jahre 1994 eine erneute Entscheidung über das Schicksal des Fernwärmeleitungsnetzes in regelmäßigen Abständen vorbehalten wollen, findet auch dies im Verwaltungsvorgang keine Stütze. Ohne dass es darauf ankäme, ließe sich ein solches Interesse auch nicht einer bis dahin bestehenden Praxis entnehmen.

Denn der Konzessionsvertrag aus dem Jahre 1931, der ein Erlöschen der Konzession zunächst an einen Ankauf der „Anlagen“ der BEWAG nach Maßgabe des § 22 deren Gesellschaftsvertrages knüpfte, wies seit 1964 zur Dauer des Vertrages lediglich die Maßgabe aus, dass dieser nur aus wichtigem Grunde gekündigt werden konnte.

[80] (e) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger schließlich auf Vorgaben des Abgeordnetenhauses gegenüber der Senatsverwaltung für den Inhalt des Konzessionsvertrages. So hatte das Abgeordnetenhaus von Berlin den Senat am 11. März 1993 zwar aufgefordert, unverzüglich Gespräche mit der BEWAG/EBAG über einen Konzessionsvertrag aufzunehmen und ihn beauftragt, sich von im Einzelnen dort genannten Zielvorstellungen leiten zu lassen (Abgeordnetenhaus von Berlin, Plenarprotokolle, 12. Wahlperiode, 45. Sitzung vom 11. März 1993, S. 3792). Doch bestimmt diese Beauftragung nicht den Inhalt der vom Kläger am 15. März 1994 bei der Unterzeichnung des Konzessionsvertrages abgegebenen Willenserklärung. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass die vollziehende Gewalt in den Händen der Regierung und der Verwaltung liegt (Artt. 3 Abs. 1 Satz 2, 58 Abs. 1 VvB) und im Außenverhältnis die für die jeweilige Sachaufgabe zuständige Behörde handelt (vgl. Musil/Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, 4. Aufl. 2017, Rn. 165ff.). Für die rechtsgeschäftliche Vertretung des Klägers regelt § 21 Nr. 2 AZG, dass jedes Mitglied des Senats in seinem Geschäftsbereich zuständig ist. Dementsprechend handelte seinerzeit für den Kläger die Senatsverwaltung für Wirtschaft und Technologie durch deren Staatssekretär. Den Vorgaben des Abgeordnetenhauses vom 11. März 1993 kommt danach allenfalls Bedeutung unter dem Gesichtspunkt eines „inneren Willens“ zu, der jedoch gegenüber dem erklärten, für den Vertragspartner erkennbar gewordenen Willen unbeachtlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 1987 – IX ZR 88/86 –, juris Rn. 24).

[81] Überdies lässt sich weder der Vorgabe des Abgeordnetenhauses der behauptete Inhalt entnehmen, noch ist etwas dafür ersichtlich, dass der Verhandlungsführer des Klägers eine inhaltlich unselbständige, ausschließlich den Vorgaben des Abgeordnetenhauses folgende Erklärung abgeben wollte. Denn die Aufforderung des Abgeordnetenhauses vom 11. März 1993 verhält sich, wie die Ausführungen zu den wesentlichen Elementen des Konzessionsvertrag zeigen, ausdrücklich nur zu elektrischer Energie, womit die Vorgabe zu Nr. 11 – „Eine Option zur Übernahme des Netzes durch das Land Berlin“ – sprachlich insoweit korrespondiert, als nur von einem Netz die Rede ist. Die Behauptung des Klägers, die Senatsverwaltung sei bei der Vertragsverhandlung lediglich Sprachrohr des Abgeordnetenhauses gewesen, wird durch die Senatsvorlage zur Beschlussfassung über den ausgehandelten Konzessionsvertrag vom 3. Mai 1994 (AH-Drs. 12/4316) widerlegt. Denn dort heißt es zur Begründung, der ausgehandelte Konzessionsvertrag sei in wesentlichen Teilen ein Kompromiss aus den teilweise gegenläufigen Maximalforderungen der Vertragspartner. Zu einzelnen Forderungen wird ausgeführt, weshalb ihnen in den Vertragsverhandlungen nicht habe entsprochen werden können. Auch soweit die Senatsverwaltung dort ohne Erläuterung ausführt, dass die Forderung Nr. 11 nach einer Option zur Übernahme „des Netzes“ durch § 16 KV erfüllt sei, ist eine Einbeziehung des Fernwärmeleitungsnetzes nicht erkennbar.

[82] (f) Ein für den Kläger günstigeres Ergebnis ergäbe sich auch nicht dann, wenn man annehmen wollte, die Vertragsparteien hätten beim Abschluss des Konzessionsvertrages am 15. März 1994 mit Rücksicht auf nicht zu überwindende Meinungsverschiedenheiten bewusst mit dem Merkmal „Energieversorgungsanlagen“ eine Formulierung gewählt, die die Einbeziehung von Fernwärme offenlässt. Eine solche Vorgehensweise erscheint deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen, weil

im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Kläger Mehrheitsgesellschafter der Rechtsvorgängerin der Beklagten war; im Termin zur mündlichen Verhandlung ließ sich den Ausführungen der Klägerseite entnehmen, dass der Kläger geneigt ist, mit „eigenen“ Unternehmen im Vertrauen auf eine künftige einvernehmliche Lösung Vertragsbestimmungen anderer Art zu vereinbaren als er dies mit „fremden“ tun würde.

[83] Indes läge in diesem Fall ein offener Dissens im Sinne von § 154 Abs. 1 BGB vor, wonach im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ist, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Denn in diesem Falle wären sich die Vertragsparteien darüber einig gewesen, in diesem Punkt keine Einigung gefunden zu haben („agreement to disagree“). Allerdings ist die Auslegungsregel (BGH, Urteil vom 25. Juni 1981 – III ZR 179/79 –, juris Rn. 20) des § 154 Abs. 1 BGB unanwendbar, wenn sich die Parteien trotz des offenen Punktes erkennbar vertraglich binden wollten, wobei die begonnene Vertragsdurchführung Anzeichen für den Bindungswillen darstellt (BGH, Urteil vom 30. September 1992 – VIII ZR 196/91 –, juris Rn. 23). So läge es hier, da die Vertragsparteien den Vertrag vom 15. März 1994 tatsächlich durchgeführt haben und der Streit lediglich die Rechtsfolgen für die Zeit nach Vertragsende betrifft.

[84] Wenngleich diese Betrachtungsweise die Wirksamkeit des Konzessionsvertrages vom 15. März 1994 im Übrigen unangetastet ließe, bliebe in Bezug auf § 16 Abs. 1 KV eine Lücke in Bezug auf einen Nebenpunkt (vgl. Busche, in: Münchner Kommentar, a.a.O., § 154 Rn. 3) des Konzessionsvertrages bestehen. Zwar kommt bei Ausbleiben einer von den Parteien erwarteten nachträglichen Einigung ein Lückenschluss insbesondere durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens in Betracht (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 – VII ZR 11/08 –, juris Rn. 44 ff.). Mit Rücksicht auf die Ausführungen zur Interessenlage der Vertragsparteien (vgl. oben (1 [d])) scheidet indes die Annahme eines übereinstimmenden hypothetischen Parteiwillens im Sinne des klägerischen Begehrens ebenso wie eine Lückenfüllung auf der Basis eines Leistungsbestimmungsrechts (vgl. Busche, a.a.O., § 154 Rn. 4 sowie unten (2 [b])) aus. Haben die Vertragsparteien einen Regelungspunkt wegen unüberwindlicher Differenzen zunächst offengelassen und gelingt auch später keine Einigung, so besteht nicht alleine deswegen ein Anspruch für einen der Vertragspartner, seine Position einseitig gerichtlich durchzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 17. April 2002 – VIII ZR 297/01 –, juris Rn. 27).

[85] (g) Soweit es an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür fehlt, dass die Vertragspartner Fernwärmeverteilungsanlagen zum Gegenstand der Endschaftsbestimmung des § 16 Abs. 1 KV gemacht haben, gehen verbliebene Zweifel nach den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung (vgl. Busche, in: Münchner Kommentar BGB, 7. Aufl. 2015, § 154 Rn. 10 m.w.N.) zu Lasten des Klägers, der sich auf diese für ihn günstige Vertragsbestimmung beruft. Bei dieser Sachlage kann es auf sich beruhen, ob dem streitigen Übereignungsanspruch zusätzlich ein Verstoß gegen die gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG maßgeblichen Formvorschriften der §§ 125, 311b BGB in der gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB anwendbaren Fassung des Gesetzes vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42) entgegenstünde.

[86] (2) Ungeachtet dessen muss der Antrag des Klägers ohne Erfolg bleiben, weil Fernwärmeversorgungsanlagen jedenfalls nur einen Teil der Energieversorgungsanlagen im Sinne von § 16 Abs. 1 KV darstellen. Denn wenn Fernwärme als vom Merkmal der Energieversorgungsanlagen erfasst anzusehen sein sollte, so wären Fernwärmeversorgungsanlagen

im Rahmen des § 16 Abs. 1 KV unter Berücksichtigung der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Gesamtumstände (vgl. oben [1]), insbesondere der Verknüpfung und gegenseitigen Bedingtheit von Erzeugungsanlagen und Verteilernetz (vgl. oben [1 d]) zur Überzeugung des Gerichts nur als Gesamtheit von Fernwärmeerzeugungs- und Fernwärmeverteilungsanlagen denkbar. Auf die isolierte Übereignung von Fernwärmeverteilungsanlagen hat der Kläger jedoch keinen Anspruch. Dabei kann es auf sich beruhen, ob eine Trennung des Leitungsnetzes von den Erzeugungsanlagen rechtlich und tatsächlich möglich ist.

[87] (a) Mit Rücksicht auf die unstreitig von § 16 Abs. 1 KV erfassten Versorgungsanlagen für elektrische Energie stellt die vom Kläger – zur Feststellung – begehrte Übereignung der Fernwärmeverteilungsanlagen eine Teilleistung bezogen auf den gemäß § 241 Abs. 1 BGB vereinbarten Leistungsgegenstand der „Energieversorgungsanlagen“ im Sinne des § 16 Abs. 1 KV dar. Zwar stünde diesem Begehren § 266 BGB nicht entgegen, wonach lediglich der Schuldner nicht einseitig berechtigt ist, Teilleistungen zu erbringen. Der Gläubiger kann grundsätzlich eine solche fordern (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 – Xa ZR 5/09 –, juris Rn. 23). Allerdings versteht der Kläger einen Übereignungsanspruch in Bezug auf das Fernwärmeleitungsnetz selbst nicht als bloße Teilleistung, wie sich bereits aus seinem Klageabweisungsantrag bezüglich der Hilfsfeststellungswiderklage ergibt. Denn damit bringt er zum Ausdruck, dass er insgesamt auch nur den angemessenen Wert der Fernwärmeverteilungsanlagen zu vergüten bereit ist.

[88] (b) Auch aus der dann verbleibenden Möglichkeit eines Leistungsbestimmungsrechts für den Kläger könnte dieser nichts herleiten. Zwar lässt es § 315 BGB zu, dass einer der Vertragsschließenden zur Bestimmung der Leistung berechtigt ist. Eine derartige Leistungsbestimmung ließe sich womöglich darin sehen, dass der Kläger den Leistungsgegenstand in Gestalt von Energieversorgungsanlagen auf Fernwärmeverteilungsanlagen beschränkt. Zwar würde es sich in diesem Fall nicht um eine Teilleistung handeln, doch spricht gegen ein solches Verständnis der Vertragsbestimmung des § 16 Abs. 1 KV, dass ein Leistungsbestimmungsrecht eine dahingehende positive Einigung voraussetzt (BGH, Urteil vom 25. November 2015 – VIII ZR 360/14 –, juris Rn. 20). Dagegen spricht jedoch zum einen, dass der Wortlaut der Vertragsbestimmung eine solche Unterwerfung der Beklagten unter ein Bestimmungsrecht des Klägers nicht enthält. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung im Wortlaut der Vereinbarung ist auch unter systematischen Gesichtspunkten von Bedeutung, da die Vertragsparteien in § 16 Abs. 4 KV ein Leistungsbestimmungsrecht für Dritte gemäß § 317 BGB ausdrücklich vereinbart haben. Denn danach sollen u.a. der Umfang der vom Kläger zu übernehmenden Anlagen und die Höhe des Wertes von Sachverständigen gutachterlich ermittelt werden. Auch die Vertragsgeschichte spricht gegen eine derartige Vereinbarung, weil ein ausdrückliches entsprechendes Beschränkungsrecht in der Vertragsversion vom 10. Januar 1993 enthalten, aber sodann gestrichen wurde. Schließlich ist für die Annahme eines dahingehenden übereinstimmenden Interesses der Vertragsschließenden danach kein Raum.

[89] (3) Selbst wenn die in § 16 Abs. 1 KV genannten Energieversorgungsanlagen die Fernwärmeverteilungsanlagen ursprünglich erfasst haben sollten, so haben die Vertragspartner einen daraus folgenden Übereignungsanspruch des Klägers jedenfalls durch die mit der 1. Ergänzungsvereinbarung (im Folgenden: EV) vom 4. Dezember 2006 vorgenommene Vertragsänderung beseitigt. Denn die Parteien haben den ursprünglichen Wortlaut des § 16 Abs. 1 KV durch eine neue Regelung ersetzt, wonach sich ein Anspruch auf Übernahme der in § 16 KV

bezeichneten Energieversorgungsanlagen hernach gegen die V... Berlin GmbH richtet, auf die – so wird in der geänderten Vertragsfassung festgestellt – diese Anlagen übertragen worden sind. Danach steht außer Streit, dass § 16 KV in der Fassung der 1. EV keine taugliche Anspruchsgrundlage für den streitigen Anspruch bietet, schon weil sie einen von der Beklagten abweichenden Anspruchsgegner bezeichnet.

[90] Der Kläger vermag mit seinem Ansatz, die 1. EV habe § 16 Abs. 1 KV nur in Bezug auf Versorgungsanlagen für elektrische Energie ersetzt, die Ursprungsfassung jedoch in Bezug auf Fernwärmeversorgungsanlagen unangetastet gelassen, nicht durchzudringen.

[91] (a) Zur Überzeugung des Gerichts lässt der Wortlaut der 1. EV, worin ausdrücklich davon die Rede ist, dass die ursprüngliche Vertragsfassung des § 16 Abs. 1 KV durch eine neue „ersetzt“ werde, keinen Zweifel daran, dass maßgeblicher Vertragswortlaut nach Abschluss der 1. EV in Bezug auf § 16 Abs. 1 KV nur noch der in der 1. EV genannte sein soll. Dieses Verständnis des Wortes „ersetzen“ deckt sich nicht nur mit dem allgemeinen Sprachgebrauch, sondern auch mit dessen Verwendung durch den Gesetzgeber bei der Änderung von Vorschriften. Für das vom Kläger behauptete Verständnis einer lediglich partiellen Ersetzung kann dieser zwar die in der 1. EV bezeichnete Motivation für die 1. Ergänzungsvereinbarung anführen, dass nämlich eine Veränderung der bundesgesetzlichen Regelungen im Energiewirtschaftsgesetz diese Anpassung erforderlich gemacht habe. Das genügt jedoch nicht. Denn es ist in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Gesetzen anerkannt, dass deren Entwurfsbegründung den entsprechenden Niederschlag im Gesetzeswortlaut nicht zu ersetzen vermag (vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 2017 – BVerwG 1 C 3.16 –, juris Rn. 33). Der mit der 1. EV neugefasste Wortlaut der Endschaftsbestimmung lässt jedoch einen vom Kläger behaupteten Vorbehalt bzw. eine inhaltliche Beschränkung nicht erkennen.

[92] (b) In systematischer Hinsicht steht einem solchen Verständnis des Merkmals „ersetzen“ zudem entgegen, dass die Beteiligten in der am selben Tage getroffenen 2. EV für die Abänderung der Vereinbarungen über eine Gegenleistung für die Straßennutzung das Merkmal „ergänzen“ verwendet haben. Daraus ist zu schließen, dass die Vertragsparteien die Ergänzungsvereinbarungen durchaus mit Blick auf den Umfang der Fortgeltung des Vertragswortlauts von 1994 formuliert haben. Dies wiederum steht einer Auslegung entgegen, die dem Merkmal „ersetzen“ eine andere Bedeutung beimisst als den (vollständigen) Austausch einer Formulierung durch eine andere.

[93] Der Kläger vermag auch nicht zu überzeugen, wenn er vorträgt, die behauptete inhaltliche Beschränkung auf Anlagen der Versorgung mit elektrischer Energie in der 1. EV folge aus der korrespondierenden Beschränkung der 2. EV auf Fernwärme. Denn allein der Umstand, dass mit der 2. EV Sondernutzungsgebühren für die Wegenutzung für Fernwärmeleitungen vereinbart wurde, zwingt nicht zu dem Schluss, dass die veränderte Fassung der Endschaftsbestimmung in der 1. EV die Fernwärme gänzlich ausnehmen wollte.

[94] Überdies spricht die Schlussformel in der 1. EV gegen eine partielle Fortgeltung des § 16 Abs. 1 KV in seiner Ursprungsfassung. Denn dort heißt es, dass „die übrigen“ Vorschriften des Konzessionsvertrages unverändert fortgelten sollen. Das rechtfertigt den Umkehrschluss, dass eine partielle Fortgeltung der durch die 1. EV ersetzten Regelung des § 16 Abs. 1 KV gerade nicht gewollt war.

[95] (c) Auch aus den Begleitumständen der Ergänzungsvereinbarungen vom 4. Dezember 2006 ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vertragspartner die Endschaftsklausel des § 16 Abs. 1 KV nur in Bezug auf Anlagen für die Versorgung mit elektrischer Energie anpassen, in Bezug auf Anlagen für die Fernwärmeversorgung aber unverändert lassen wollten. Zwar war Anlass für diese in § 17 Abs. 2 KV vorgesehene Anpassung von Vertragsbestimmungen die Änderung der rechtlichen Verhältnisse. Diese Veränderungen betrafen wesentlich die durch das Energiewirtschaftsgesetz geregelten Rahmenbedingungen für die Elektrizitätsversorgung, die sich durch das Änderungsgesetz vom 13. Juli 2005 (BGBl. S. 1970) ergeben hatten. Es bestand Anpassungsbedarf, weil gemäß § 7 EnWG 2005 vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen insbesondere den Betrieb des Verteilernetzes von den anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung zu trennen hatten. In Umsetzung dieser Verpflichtung war das Verteilernetz für elektrische Energie auf die V... Berlin GmbH übertragen worden. Doch dies allein gebietet nicht die vom Kläger behauptete inhaltliche Beschränkung.

[96] Der Geschehensablauf, wie er sich im Verwaltungsvorgang darstellt, vermittelt den Eindruck, dass die Beteiligten, insbesondere der Kläger, bei den Verhandlungen anlässlich der Verlängerung des Konzessionsvertrages nicht etwa die Vorstellung hatten, dass die Fernwärmeverteilungsanlagen bei Vertragsende vom Kläger übernommen würden, sondern dass die künftige Nutzung durch die Beklagte auf der Grundlage eines – gesonderten – gebührenpflichtigen Sondernutzungsverhältnisses zu regeln sei.

[97] Dies folgt im Einzelnen aus dem Umstand, dass der Kläger ab 2005 durchaus Überlegungen anstellte, mit welchen Maßgaben bei einer Verlängerung des ursprünglich auf 15 Jahre geschlossenen aber mit einer Verlängerungsoption um weitere 5 Jahre versehenen Konzessionsvertrages der Bereich der Fernwärme zu behandeln sei (vgl. VV I Bl. 157). Die derzeitigen Prozessbevollmächtigten führten seinerzeit in einer gutachterlichen Stellungnahme gegenüber dem Kläger aus, dass Konzessionsabgaben für Fernwärmeleitungen bislang nicht üblich seien, doch zunehmend Gestattungsverträge für Fernwärmeleitungen unter Vereinbarung eines Gestattungsentgelts erhoben würden. Der Abschluss eines solchen Gestattungsvertrages sollte künftig angedacht werden. Im Rahmen der Nachverhandlungen des Vertrages mit der BEWAG bzw. eines Neuabschlusses sollte das konzessionsvertragliche Wegenutzungsrecht auf Leitungen zur Versorgung mit elektrischer Energie eingeschränkt und das Benutzungsrecht zur Wärmeversorgung zeitgleich in einem selbständigen Gestattungsvertrag geregelt werden, der auch ein angemessenes Gestattungsentgelt enthalten könne. Das Gestattungsentgelt dürfe allerdings nicht als Gegenleistung für die Verlängerung des Konzessionsvertrages gestaltet, sondern müsse separat vereinbart werden (VV I Bl. 280, 308). Zu Beginn des Jahres 2006 begann eine entsprechende verwaltungsinterne Meinungsbildung (VV II 416, 418), in dessen Folge nach Verhandlungen über deren Wortlaut am 4. Dezember 2006 die 1. und 2. Ergänzungsvereinbarung abgeschlossen wurden.

[98] Dies mag sogar als Ausdruck dafür gesehen werden, dass die Beteiligten von vornherein Fernwärme als nicht von § 16 Abs. 1 KV erfasst betrachtet haben. Unterstellt man eine solche Erfassung jedoch, so deutet jedenfalls nichts darauf hin, dass die Beteiligten die Vorstellung hatten, mit der 1. Ergänzungsvereinbarung die Endschaftsbestimmung isoliert für Versorgungsanlagen für elektrische Energie anzupassen und einen Übernahmeanspruch gegen die Beklagte für Fernwärmeversorgungsanlagen gleichzeitig fortbestehen zu lassen.

[99] (d) Die Interessenlage der Beteiligten deckt sich, soweit aus dem Verwaltungsvorgang ersichtlich, mit den am 4. Dezember 2006 geschlossenen Ergänzungsvereinbarungen. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger über einen Gestattungsvertrag für Fernwärmeverteilungsanlagen hinaus die Möglichkeit der Übernahme des Fernwärmeverteilungsnetzes erwog, sind nicht ersichtlich. Insbesondere finden sich keine Hinweise für die Behauptung des Klägers, er habe im Zuge der Änderungsvereinbarungen ein Übernahmerecht für das Fernwärmeverteilungsnetz nicht aufgeben wollen. Insofern gilt nichts anderes als das zur Situation bei Vertragsabschluss im Jahre 1994 Ausgeführte.

[100] (e) Auf einen angeblich bei Abschluss der Ergänzungsvereinbarungen im Jahre 2006 fehlenden Willen, einen Übernahmeanspruch in Bezug auf das Fernwärmeleitungsnetz aufzugeben, beruft sich der Kläger zudem deshalb ohne Erfolg, weil dies der allgemeinen Auslegungsregel der §§ 133, 157 BGB, der zufolge grundsätzlich nicht auf den inneren Willen des Erklärenden, sondern auf das Verständnis des objektiven Erklärungsinhalts nach dem Empfängerhorizont abzustellen ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22. Mai 2017 – BVerwG 8 B 57.16 –, juris Rn. 10; Beschluss vom 31. August 2011 – BVerwG 2 B 68.10 –, juris Rn. 6), zuwiderliefe. Objektiv aus der Sicht des Erklärungsgegners (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2017 – EnZR 56/15 –, juris Rn. 22) war die Erklärung des Klägers bei Abschluss der 1. Ergänzungsvereinbarung in Ermangelung eines erkennbaren sachlichen Ausschlusses für Fernwärme jedoch nur dahin zu verstehen, dass eine vollständige Ersetzung des Vertragswortlauts des § 16 Abs. 1 KV durch den entsprechenden Wortlaut der 1. EV gewollt war.

[101] Für einen offenen Dissens im Sinne des § 154 Abs. 1 BGB ist nichts ersichtlich, weil es an Anhaltspunkten dafür fehlt, dass die Beteiligten in dem Bewusstsein handelten, sich nicht geeinigt zu haben. Auch ein versteckter Einigungsmangel im Sinne des § 155 BGB liegt nicht vor. Denn ein solcher ist nur gegeben, wenn sich – anders als hier – die Erklärungen der Parteien ihrem Inhalt nach nicht decken; es genügt nicht, dass die Parteien Verschiedenes (innerlich) gewollt haben (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 – III ZR 30/91 –, juris Rn. 18). Sollte der Kläger meinen, dass er sich beim Abschluss der 1. EV in einem Irrtum über die Erklärungshandlung befunden habe, so wäre er mit diesem Vorbringen auf die Anfechtbarkeit der Willenserklärung gemäß § 119 Abs. 1 BGB verwiesen (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 25. Mai 2016 – 4 U 82/15 –, juris Rn. 58; Bork, in: Staudinger, BGB (2003), § 155 Rn. 3). Ob die Voraussetzungen für eine Anfechtung überhaupt vorlagen, muss indes nicht geklärt werden, weil der Kläger seine Erklärung nicht angefochten hat und dies nach Ablauf der 10-jährigen Frist des § 121 Abs. 2 BGB auch nicht mehr wirksam erfolgen könnte.

[102] (f) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger im Übrigen auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung mit der Behauptung, durch die 1. Ergänzungsvereinbarung sei ein Übernahmeanspruch für Fernwärmeverteilungsanlagen versehentlich gestrichen worden, wenn denn Fernwärme nicht von vornherein vom sachlichen Anwendungsbereich der 1. EV ausgeschlossen sei. Dem Kläger kann nicht gefolgt werden, wenn er daraus den Schluss zieht, diese Lücke sei unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens im Sinne einer partiellen Fortgeltung des § 16 Abs. 1 KV in seiner Ursprungsfassung zu schließen.

[103] Es ist bereits zweifelhaft, ob überhaupt eine zu schließende Lücke vorliegt, also eine planwidrige Unvollständigkeit in den Bestimmungen des Rechtsgeschäfts, die ihrerseits Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1996 –

V ZR 259/95 –, juris Rn. 11). Denn zweifellos waren die Vertragsparteien nicht gehindert, die Endschaftsbestimmung des § 16 Abs. 1 KV mit der 1. EV im Jahre 2006 so umzugestalten, dass sie Fernwärme nicht – mehr – umfasste. Doch selbst bei Annahme einer versehentlichen Streichung eines Übernahmeanspruches für Fernwärmeverteilungsanlagen würde dies den Kläger nicht zum Erfolg führen.

[104] Es lässt sich nämlich nicht feststellen, dass der in diesem Falle maßgebliche hypothetische Parteiwille im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 2017, – XI ZR 508/15 –, juris Rn. 26) darauf gerichtet war, eine – unterstellt – ursprüngliche Einbeziehung von Anlagen zur Fernwärmeverteilung auch im Zeitpunkt der Ergänzungsvereinbarungen aufrechtzuerhalten. Denn die gesetzlichen Rahmenumstände im Zeitpunkt der Ergänzungsvereinbarungen am 4. Dezember 2006 wichen wesentlich von denen im Zeitpunkt des ursprünglichen Abschlusses des Konzessionsvertrages am 15. März 1994 ab. So folgte aufgrund von Änderungen im Energiewirtschaftsgesetz (zuletzt vor Abschluss der Änderungsvereinbarungen: § 46 EnWG in der Fassung des Gesetzes vom 7. Juli 2005 – BGBl. I S. 1970, vgl. bereits oben [3 c]) das Schicksal des Versorgungsnetzes für elektrische Energie nach Ablauf des jeweiligen Konzessionsvertrages nunmehr eigenen Regeln, getrennt schon von den übrigen Wertschöpfungsstufen der zuvor vertikal integrierten Versorgungsunternehmen für elektrische Energie (§ 7 EnWG), erst recht vom Schicksal derjenigen Versorgungsanlagen, die – wie hier – ein zuvor auch horizontal integriertes Versorgungsunternehmen in Bezug auf Fernwärme betrieb.

[105] Vor diesem Hintergrund würde es sich bereits nicht erschließen, weshalb der hypothetische Parteiwille gerade auf die isolierte Fortgeltung des § 16 Abs. 1 KV in seiner Ursprungsfassung für Fernwärmeverteilungsanlagen gerichtet gewesen sein soll. Denn ein Übernahmeanspruch des Klägers nach dieser Regelung knüpft an die Bedingung an, dass kein neuer „Konzessionsvertrag“ mit dem bisherigen Konzessionsnehmer geschlossen wird. Es spricht indes alles dafür, dass die Vertragsparteien mit dem Merkmal „Konzessionsvertrag“ einen solchen in Bezug auf die Gewährung einer Wegenutzung für die Versorgung mit elektrischer Energie gemeint haben. Auf dessen Schicksal kommt es jedoch – zwischen den Beteiligten unstrittig – für den hier betroffenen Übereignungsanspruch bezüglich Fernwärmeverteilungsanlagen nicht (mehr) an, nachdem der Gesetzgeber die Maßgaben für den Übergang von Elektrizitätsversorgungsanlagen eigenständig geregelt hat.

[106] Das Merkmal „Konzessionsvertrag“ war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht durch Rechtsvorschrift definiert. Als wesentliche Elemente eines Konzessionsvertrages in der Versorgungswirtschaft wurden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses neben einer Wegebenutzungsklausel u.a. die Verpflichtung zur Aufnahme des Versorgungsbetriebs, die Zubilligung eines alleinigen Versorgungsrechts, die Verpflichtung des Versorgungsunternehmens, jedermann im Rahmen seiner Versorgungsbedingungen anzuschließen und zu beliefern sowie eine Abgabeklausel, die der Gebietskörperschaft ein Entgelt für die Wegebenutzung und die Zubilligung der ausschließlichen Versorgung sicherte, angesehen (vgl. Tettinger, Grundlinien des Konzessionsvertragsrechts, DVBl. 1991, 786, 787). Diese Elemente wurden für elektrische Energie durch § 1 Abs. 1 KV in Bezug auf die Versorgungspflicht, durch § 2 Abs. 1 KV in Bezug auf das Wegebenutzungsrecht, durch §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 KV in Bezug auf die Ausschließlichkeit der Versorgung und durch § 13 Abs. 1 KV in Bezug auf die Konzessionsabgabe abgebildet, welche sich gemäß § 13 Abs. 2 KV nach der gelieferten Strommenge richtete.

[107] Dass die Beteiligten mit dem Merkmal „Konzessionsvertrag“ die wechselseitigen Beziehungen in Bezug auf die Versorgung mit elektrischer Energie gemeint haben, wird auch durch § 15 KV bestätigt. Nach dieser Vertragsbestimmung war der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin Gelegenheit zur Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages zu geben, wenn während der Vertragsdauer oder nach Ablauf dieses Vertrages von einem anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein Angebot auf Abschluss eines für die Zeit nach Beendigung dieses Vertrages geltenden Konzessionsvertrages unterbreitet werden würde oder der Kläger beabsichtigte, die Versorgung des Vertragsgebietes mit elektrischer Energie vollständig oder teilweise selbst aufzunehmen. Ein solches Verständnis lag ferner den Vertragsverhandlungen zugrunde. Denn die Beklagte wehrte sich mit dem Argument gegen ein lediglich einfaches Wegerecht für Elektrizitätsleitungen, dass es sich dann um keinen eigentlichen Konzessionsvertrag mehr handele (VV IX Bl. 388). Ein dahingehendes Verständnis spiegelt sich auch im Vertragstext der 2. Ergänzungsvereinbarung wider. Denn als Gegenleistung für die Wegenutzung für Fernwärmeleitungen wurde ausdrücklich keine Konzessionsabgabe vereinbart, sondern die Erhebung von straßenrechtlichen Sondernutzungsgebühren. Es ist jedoch nicht plausibel, dass ein Übernahmeanspruch für Fernwärmeverteilungsanlagen unverändert an einen Umstand anknüpfen sollte, der wegen Veränderung der rechtlichen Rahmenumstände jedoch gerade unmaßgeblich geworden und dies sogar Anlass für die besagte Vertragsänderung war.

[108] Es würde auch nicht weiterführen, wenn man annehmen wollte, dass „Konzessionsvertrag“ im Sinne des § 16 Abs. 1 KV ab dem Zeitpunkt der Ergänzungsvereinbarungen vom 4. Dezember 2006 ein einfaches Wegenutzungsrecht für Fernwärmeverteilungsanlagen ohne ausschließliches Versorgungsrecht und ohne Versorgungspflicht erfassen sollte. Denn in diesem Falle würde es sich gerade nicht um eine unveränderte Fortgeltung, sondern um eine Vereinbarung mit abweichendem Inhalt handeln. Für ein derartiges beiderseitig verändertes Interesse der Parteien ist jedoch nichts vorgetragen. Auch zwingen die Gesamtumstände nicht zur Annahme einer solchen Interessenlage. Vielmehr stellt sich die Sachlage im Zeitpunkt der Ergänzungsvereinbarungen rückschauend so dar, dass ein zunächst – unterstellt – gegebener nachvollziehbarer Grund, das Schicksal der Fernwärmeverteilungsanlagen demjenigen der konzessionsvertraglich geregelten Anlagen der Elektrizitätsversorgung folgen zu lassen, weil sowohl Strom als auch Fernwärme von einem einzigen Unternehmen hergestellt und verteilt wurde, mit dem gesetzlich angeordneten „Unbundling“ entfallen war. Gleichzeitig gestalteten die Vertragspartner die ursprünglich mitabgegoltene Wegenutzung für Fernwärmeverteilungsanlagen durch Erhebung einer darauf bezogenen Sondernutzungsgebühr als eigenständige gegenseitige Hauptpflicht aus. Dass in einer solchen Situation ein – durch Gesetz nicht gebotener – nunmehr eigenständiger Übereignungsanspruch hinsichtlich Fernwärmeverteilungsanlagen dem hypothetischen übereinstimmenden Parteiwillen entsprochen haben soll, hätte jedoch gewichtigerer Anhaltspunkte bedurft als der substanzarmen Behauptung des Klägers, er habe sich eine regelmäßige Entscheidung über das Schicksal des Fernwärmenetzes vorbehalten wollen.

[109] Überdies würde sich ein Ansinnen der Behörde im Zeitpunkt der Ergänzungsvereinbarungen im Jahre 2006, in regelmäßigen Abständen erneut über das Schicksal des Fernwärmenetzes entscheiden zu wollen, nicht (mehr) mit den Vorgaben des Gesetzgebers decken. Das Berliner Straßengesetz hatte bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahre 1994 in der Nutzung öffentlicher Wege durch Versorgungsleitungen eine Sondernutzung gesehen. Hierfür war gemäß § 12 Abs. 2 BerlStrG (in der

Fassung des Gesetzes vom 28. Februar 1985 – GVBl. S. 518 –, im Folgenden: BerlStrG 1985) eine Sondernutzungserlaubnis zu erteilen, wenn der Gemeingebrauch nicht wesentlich oder nur vorübergehend beeinträchtigt wurde. Schon damals war die Erlaubnis grundsätzlich unbefristet auf Widerruf zu erteilen (§ 12 Abs. 3 BerlStrG 1985). Doch erlaubte § 12 Abs. 11 BerlStrG 1985, dass der Konzessionsvertrag zwischen dem Kläger und der BEWAG in seiner jeweils geltenden Fassung von den Vorschriften des § 12 Abs. 2-10 BerlStrG 1985 (generell) abwich, mithin auch von der grundsätzlich unbefristet vorgesehenen Erteilungsdauer.

[110] Mit Änderungsgesetz vom 13. Juli 1999 (GVBl. S. 380) fasste der Landesgesetzgeber diese Ausnahmenvorschrift als § 12 Abs. 12 BerlStrG allerdings wie folgt:

[111] „Von den Absätzen 2 bis 10 abweichende Regelungen in bestehenden Konzessionsverträgen bleiben während der Laufzeit dieser Konzessionsverträge unberührt. Bei künftigen Vertragsabschlüssen mit Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist die Einhaltung der Absätze 2 bis 11 zu vereinbaren.“

[112] Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfes diente diese Änderung der Gleichbehandlung (AH-Drs. 13/3641 vom 20. April 1999, S. 12). Dies erklärt sich vor dem Hintergrund, dass die Beklagte nicht die einzige Fernwärmeversorgerin ist, die für ihr Leitungsnetz auf die Benutzung öffentlicher Wege angewiesen ist. Vielmehr ist sie eines von etwa 40 gleichartig tätigen Unternehmen, von denen allerdings alle anderen im Vergleich weitaus kleinere Netze betreiben. Doch hat ihnen der Kläger unbefristete Sondernutzungserlaubnisse erteilt. Eine Übernahme jener Netze oder eine regelmäßige Entscheidung über den Betreiber der Netze wurde vom Kläger bislang nicht beansprucht. War aber nach der Neufassung der Ausnahmenvorschrift des § 12 Abs. 12 BerlStrG nach Ablauf des Konzessionsvertrages vom 15. März 1994 auch im Rahmen eines neuen öffentlich-rechtlichen Vertrages, den der Kläger gemäß § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. i.V.m. § 54 S. 2 VwVfG über straßenrechtliche Sondernutzungen abschließen kann anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, die Sondernutzungserlaubnis für Wegenutzung für Versorgungsleitungen unbefristet zu erteilen, so war bei Abschluss der Ergänzungsvereinbarungen im Jahre 2006 außerhalb der vom Straßenrecht vorgegebenen Maßgaben kein Raum (mehr) für eine regelmäßige Neuentscheidung über einen Betrieb des Fernwärmenetzes der Beklagten.

[113] Ohne Erfolg beruft sich der Kläger in diesem Zusammenhang auf die durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung (vgl. grundlegend BVerfG, Beschluss vom 23. November 1988 – 2 BvR 1619/83 u.a. –, juris Rn. 40 ff., 59) geschützte Aufgabe u.a. der örtlichen Energieversorgung als Gegenstand der Daseinvorsorge (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Mai 1989 – 1 BvR 705/88 –, NJW 1990, 1783). Denn unabhängig davon, ob sich der Kläger als Stadtstaat auf diese Bestimmung überhaupt berufen kann (verneinend Mehde, in: Maunz-Dürig, GG, Loseblattkommentar, Stand November 2012, Art. 28 Abs. 2 Rn. 15; bejahend Musil/Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, 4. Aufl. 2017, Rn. 14 mit Verweis auf BerlVerfGH, Urteil vom 19. Oktober 1992 – VerfGH 36/92 –, LVerfGE 1, 33, 37), verpflichtet diese Vorschrift lediglich staatliche Stellen (Mehde, a.a.O. Rn. 48) und vermag daher staatliche Interessen gegenüber Privaten nicht zu stützen.

[144] (g) Einer nachträglichen Beseitigung eines – unterstellt – ursprünglich auf die Übereignung von Fernwärmeanlagen gerichteten Übereignungsanspruches durch die 1. EV stünden auch keine

Wirksamkeitsbedenken entgegen. Zwar bestimmt § 20 Abs. 5 KV, dass der Konzessionsvertrag erst dann wirksam wird, wenn ihm die Hauptversammlung der BEWAG und das Abgeordnetenhaus von Berlin zustimmen. Entsprechend regelte § 19 Abs. 3 BEnSpG (vgl. nunmehr: § 17 Abs. 3 S. 1 des Berliner Energiewendegesetzes vom 22. März 2016 [GVBl. S. 122] – EWG), dass der Abschluss eines Konzessionsvertrages der (vorherigen) Zustimmung des Abgeordnetenhauses bedurfte. Soweit der Kläger meint, eine derartige nachträgliche Aufhebung eines Übereignungsanspruches unterfalle als wesentliche Vertragsänderung den Maßgaben für das Inkrafttreten des Konzessionsvertrages, kann ihm nicht gefolgt werden. Die hier betroffene nachträgliche Änderung von Maßgaben für die Zeit nach Ablauf eines Konzessionsvertrages stellt nicht den Abschluss desselben dar. Entgegen der Auffassung des Klägers wären § 20 Abs. 5 KV bzw. § 19 Abs. 3 BEnSpG auch nicht über ihren Wortlaut hinaus auf die 1. EV anzuwenden. Dies folgt für § 20 Abs. 5 KV bereits aus dem Umstand, dass der Konzessionsvertrag durchaus die Möglichkeit einer Vertragsänderung behandelt, für diese jedoch lediglich gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 KV die Schriftform anordnet. Für § 19 Abs. 3 BEnSpG ließe sich die Position des Klägers nicht auf die im Zivilrecht überwiegend vertretene Auffassung stützen, dass der gesetzliche Formzwang eines Rechtsgeschäfts auch für spätere Änderungen und Ergänzungen gelte (vgl. zum Meinungsstand: J. Mayer, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2013, § 311b Rn. 203). Denn die Zustimmung (vgl. § 182 BGB) ist kein Formerfordernis in diesem Sinne (vgl. Hertel, in: Staudinger, BGB, 2004, § 125 Rn. 4 ff.). Ohne Erfolg beruft sich der Kläger im Übrigen auf eine unionsrechtlich gebotene Neuausschreibungspflicht bei wesentlichen Vertragsänderungen. Denn die Einräumung von Wegenutzungsrechten für Fernwärmeleitungen, die im Eigentum des privaten Betreibers stehen – wie hier – stellen gebieten keine Beteiligung potentiell interessierter Konkurrenzunternehmen (s.u. [c. cc.]). Vor diesem Hintergrund kann es auf sich beruhen, ob die Änderung der Endschaftsbestimmung in Bezug auf Fernwärme überhaupt als eine derart wesentliche Änderung des im Kern die Elektrizitätsversorgung betreffenden Konzessionsvertrages anzusehen wäre, dass sie mit dem Abschluss dieses Vertrages gleichgesetzt werden müsste.

[115] b. Ein Übereignungsanspruch des Klägers in Bezug auf die von der Beklagten betriebenen Fernwärmeverteilungsanlagen folgt auch nicht aus einer Anwendung des Rechtsgedankens, der den Regelungen zu einem Abwendungsrecht in den §§ 547a II a.F. (jetzt: § 552 Abs. 1), 997 II BGB zugrunde liegt (vgl. zu diesem Ansatz OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 11. Februar 1997 – 11 U (Kart) 38/96 –, NJWE-WettbR 1997, 135, 137). Nach § 552 Abs. 1 BGB kann der Vermieter die Ausübung des Wegnahmerechts des Mieters nach § 539 Abs. 2 BGB durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung abwenden, wenn nicht der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme hat. Gemäß § 539 Abs. 2 BGB ist der Mieter berechtigt, eine Einrichtung wegzunehmen, mit der er die Mietsache versehen hat. Nach § 997 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Besitzer eine Sache, die er mit einer anderen Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat, abtrennen und sich aneignen. Dieses Recht ist gemäß § 997 Abs. 2 BGB jedoch u.a. dann ausgeschlossen, wenn dem Besitzer mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach seiner Abtrennung für ihn haben würde. Der in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke eines Rechts auf Abwendung der Wegnahme von Einrichtungsgegenständen des Mieters bzw. auf Abtrennung durch den Besitzer gibt bereits nichts für die vorliegende Konstellation her. Denn die Beklagte hat nicht vor, die streitigen Fernwärmeverteilungsanlagen zu entfernen.

[116] Jedenfalls aber fehlt es an einer Regelungslücke, die einer – grundsätzlich durch § 62 Abs. 2 Satz 2 VwVfG vorgesehenen – Ausfüllung durch das Zivilrecht bedürfte. Die Regelung des § 2 Abs. 1 S.

3 KV verweist wegen des (Wege-) Benutzungsrechts auf die Vorschriften des Berliner Straßengesetzes, soweit in diesem Vertrag nichts Abweichendes vereinbart ist. Dieser Verweis erfasst auch die Frage eines fortbestehenden Benutzungsrechts für die Zeit nach Ablauf des Konzessionsvertrages erfasst, auf dessen Fehlen sich der Kläger zur Begründung des zur Feststellung begehrten Übereignungsanspruches stützt. Von einer fehlenden (ergänzenden) Anwendbarkeit zivilrechtlicher Wertmaßstäbe auf öffentlich-rechtliche Sondernutzungsverhältnisse geht im Übrigen auch das Berliner Straßengesetz selbst aus. Denn in der Begründung des Gesetzentwurfs, mit dem der Landesgesetzgeber vom Erfordernis einer bis dahin geregelten zusätzlichen zivilrechtlichen Erlaubnis des Straßeneigentümers abrückte, sollte die Beteiligung Berlins als Straßeneigentümer im Zusammenhang mit Sondernutzungen auf das Recht beschränkt werden, für zugelassene Sondernutzungen Entgelte zu erheben (AH-Drs. 9/1820 vom 8. Juni 1984, S. 7).

[117] c. Auch aus dem gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 KV ergänzend anzuwendenden Berliner Straßengesetz folgt der geltend gemachte Übereignungsanspruch nicht. Hierfür könnte allenfalls § 11 Abs. 6 Satz 1 i.V.m. 12 Abs. 1 BerlStrG in Betracht kommen. Danach hat der Erlaubnisnehmer auch im Falle der Sondernutzung zu Zwecken der öffentlichen Versorgung – wie hier in Bezug auf Fernwärmeleitungen – nach Erlöschen der Erlaubnis unverzüglich etwa vorhandene Anlagen zu beseitigen. Dabei kann es aber auf sich beruhen, ob diese auf die Entfernung der Anlagen gerichtete Rechtsgrundlage überhaupt auf eine Herausgabe der Fernwärmeleitungen gegen Wertersatz reduziert werden kann. Denn in jedem Fall mangelt es hierfür am zwingend vorausgesetzten Fehlen einer Erlaubnis. Denn die Beklagte ist in dem hierfür maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im Besitz von auf § 12 Abs. 2 BerlStrG beruhenden straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnissen, die ihr die Berliner Bezirksämter nach Auslaufen des Konzessionsvertrages flächendeckend für das gesamte Fernwärmeleitungsnetz erteilt haben, auf die sie einen Anspruch hat und die auch nicht nachträglich weggefallen sind.

[118] aa. § 12 Abs. 2 BerlStrG ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht deswegen ausgeschlossen, weil sich die Fernwärmeverteilungsanlagen der Beklagten nicht auf einzelne bezirksinterne Leitungsabschnitte beschränken, sondern eine berlinweite Ausdehnung besitzen. Dafür ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Vorschrift etwas noch aus dem Verhältnis zu § 12 Abs. 12 S. 1 BerlStrG. Nach dieser Vorschrift bleiben von den Absätzen 2 bis 10 des § 12 BerlStrG abweichende Regelungen in bestehenden Konzessionsverträgen während der Laufzeit dieser Konzessionsverträge unberührt. Gerade die Ausnahmvorschrift des § 12 Abs. 12 Satz 1 BerlStrG widerlegt einen solchen Ausschluss. Denn dieser Regelung bedürfte es nicht, wenn die Vorschrift im Übrigen auf öffentlich-rechtliche Verträge über berlinweite Wegennutzungen von vornherein nicht anwendbar wäre.

[119] bb. Der Anspruch aus § 12 Abs. 2 BerlStrG ist für die Beklagte auch nicht ausgeschlossen, weil der Konzessionsvertrag vom 15. März 1994 in der Gestalt der Änderungsvereinbarungen vom 4. Dezember 2006 befristet war. Dem Kläger kann nicht gefolgt werden, wenn er meint, ein solcher Ausschluss sei zwingend, weil anderenfalls die Befristung eines Konzessionsvertrages durch einen davon unabhängigen Anspruch auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen unterlaufen werden könnte. Denn es ist zu unterscheiden zwischen einem Übereignungsanspruch in Bezug auf Versorgungsleitungen – etwa aus der Endschaftsbestimmung eines Vertrages oder aus Gesetz (vgl. § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG für Elektrizitätsversorgungsleitungen) – und einem Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für den Betrieb solcher Leitungen. Letzterer wird durch § 12 Abs. 2 BerlStrG gerade normiert. Der Ausschluss dieses Rechtsanspruches allein durch die Befristung eines

Konzessionsvertrages wäre unzulässig. Denn gemäß § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG ist ein Vertrag im Sinne von § 54 Satz 2 VwVfG – wie hier – nichtig, wenn sich die Behörde eine nach § 56 unzulässige Gegenleistung versprechen lässt. Der Ausschluss eines künftigen Rechtsanspruches auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis würde indes eine solche unzulässige Gegenleistung darstellen. Besteht nämlich auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte (§ 56 Abs. 2 VwVfG). § 36 Abs. 1 VwVfG regelt indes, dass ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden darf, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Während die zweite Variante dieser Vorschrift die vorliegende Konstellation schon nicht betrifft, ist die erste nicht erfüllt. Denn § 12 Abs. 12 Satz 1 BerlStrG lässt Ausnahmen von § 12 Abs. 2 bis 10 BerlStrG nur (noch) während der Laufzeit des Konzessionsvertrages vom 15. März 1994 zu, nicht jedoch für die – hier betroffene – Zeit nach Ablauf des Vertrages.

[120] cc. Die Beklagte hat auch einen Anspruch auf die Sondernutzungserlaubnisse. Denn abgesehen davon, dass sich die Beteiligten hierauf mittelbar in der 2. Ergänzungsvereinbarung verständigt haben, indem sich die Beklagte zur Zahlung einer Sondernutzungsgebühr „entsprechend den gesetzlichen Vorschriften“ verpflichtet hat, liegen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des Gesetzes hierfür vor. Denn nach § 12 Abs. 2 BerlStrG ist die Sondernutzung zu Zwecken der öffentlichen Versorgung zu erlauben, soweit sie den Gemeingebrauch nicht dauerhaft beeinträchtigt oder andere überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen und nach den örtlichen Gegebenheiten eine Unterbringung der Anlagen im Straßengrund möglich ist. Dies ist hier der Fall.

[121] Die genannten tatbestandlichen Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 BerlStrG für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen sind für die Fernwärmeverteilungsanlagen und damit um solche, die der öffentlichen Versorgung dienen, erfüllt. Nicht zweifelhaft und zwischen den Beteiligten nicht streitig ist auch der Umstand, dass der Gemeingebrauch durch das Leitungsnetz nicht dauerhaft beeinträchtigt wird, da sie im Straßengrund verlaufen. Die Möglichkeit der Unterbringung im Straßengrund ist offensichtlich gegeben, da die streitigen Leitungen bereits verlegt sind.

[122] Entgegen der Auffassung des Klägers stehen der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis keine anderen überwiegenden öffentlichen Interessen entgegen. Insbesondere bilden die Maßgaben des Unionsrechts, soweit sie das sogenannte Transparenzgebot betreffen (vgl. Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, 8. Auflage 2014, § 54 Rn. 164), das bestimmte Verfahrensvoraussetzungen – z.T. als ungeschriebene Rechtsgrundsätze – (Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., EuR Rn. 93 ff.) für Verteilungssituationen (vgl. Stelkens, a.a.O., § 35 Rn. 160 ff.) vorsieht, keine solchen Interessen. Der Kläger geht fehl, wenn er meint, er sei an einer Erteilung der Erlaubnisse gehindert, weil er den Betrieb des Fernwärmeverteilungsnetzes zunächst auszuschreiben habe und für diesen Zweck der Verfügungsgewalt über dieses Netz bedürfe.

[123] Zwar hat nach der Rechtsprechung des EuGH der Staat, wenn der Dienstleistungskonzessionen vergibt, das Transparenzgebot zu beachten (EuGH, Urteil vom 13. April 2010, Rs. C-91/08, Rn. 33, juris - Wall). Ohne zwangsläufig eine Ausschreibung vorzuschreiben, verpflichtet das Transparenzgebot die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potenziellen Konzessionsnehmer einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der

Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (EuGH, Urteil vom 13. November 2008, Rs. C-324/07, Rn. 25, juris – Coditel Brabant; vgl. auch Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattkommentar, Stand Juni 2016, Teil H.IV Rn. 168 m.w.N.; eine Ausschreibungspflicht für Fernwärme-Gestattungsverträge generell verneinend: Topp, in Danner/Theobald, Energierecht, Loseblattkommentar, Stand Januar 2016, FernwärmeR Rn. 77).

[124] Doch bildet die hier zu betrachtende Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen keinen Anwendungsfall für das Transparenzgebot. Denn dieses gilt, wenn die betreffende Dienstleistungskonzession für ein Unternehmen von Interesse sein kann, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem diese Konzession erteilt wird, ansässig ist (EuGH, Urteil vom 21. Juli 2005, Rs. C-231/03, Rn. 17, juris – Coname). Unabhängig vom Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezuges ist jedoch nicht ersichtlich, unter welchem Gesichtspunkt die Erteilung der streitigen Sondernutzungserlaubnisse für ein anderes Unternehmen als die Beklagte wirtschaftlich von Interesse sein könnte. Denn die Verteilungsanlagen, auf die sich die Erlaubnisse beziehen, stehen allein in ihrem Eigentum, so dass Konkurrenzunternehmen darauf bezogene Sondernutzungserlaubnisse nicht verwerten könnten.

[125] Es kommt daher nicht darauf an, ob es vorliegend für die Anwendbarkeit des Transparenzgebotes auch an der Voraussetzung eines ausschließlichen Rechts zur Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 3. Juni 2010, Rs. C-203/08, Rn. 47, juris – Sporting Exchange) fehlt, das nach den – von der Beklagten bestrittenen – Behauptungen aus der Enge des Straßenbettes folge, das die Aufnahme eines parallelen Fernwärmeleitungsnetzes nicht zulasse. Auch kann es auf sich beruhen, ob es sich bei der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen für den Betrieb eines Fernwärmeverteilungsnetzes überhaupt um eine Dienstleistungskonzession handelt. Daran hat das Gericht allerdings erhebliche Zweifel. Denn bei einer Dienstleistungskonzession handelt es sich gemäß Art. 5 UAbs. 1 lit. b) der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. EU Nr. L 94/1 – RL 2014/23/EU, mittlerweile umgesetzt in § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB) um einen entgeltlichen Vertrag, mit dem ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. Die hier in Rede stehende bloße Vergabe eines Wegerechts, gleichviel, ob zur Nutzung für Versorgungsleitungen, lässt sich allerdings darunter nicht fassen. Denn durch das Wegerecht wird der Wegerechtsinhaber nicht mit der Erbringung und der Verwaltung einer Dienstleistung, nämlich dem Betrieb (hier) eines Fernwärmeversorgungsnetzes betraut. Das liegt daran, dass mit dem vorliegend betroffenen einfachen Wegerecht für die Fernwärmeversorgung keine Versorgungsverpflichtung einhergeht und auch in der Vergangenheit nicht einhergegangen ist. Dies wird durch Erwägungsgrund Nr. 16 der RL 2014/23/EU bestätigt, wo es heißt:

[126] „Außerdem sollten Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten, sofern derartige Vereinbarungen weder eine

Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.“

[127] Ob eine andere Beurteilung geboten ist, wenn der Begünstigte eines Wegerechts für den Betrieb von Fernwärmeleitungen von einem Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme (vgl. § 23 Abs. 1 des mit Gesetz vom 22. März 2016 [GVBl. S. 122] aufgehobenen BEnSpG, vgl. zur künftigen entsprechenden Ergänzung des Berliner Energiewendegesetzes vom 22. März 2016 [GVBl. S. 122]: AH Drs. 18/0329 vom 9. Mai 2017) profitieren kann (vgl. Körber, Die Fernwärmenetze zwischen Wettbewerbs- und Klimaschutz, RdE 2012, 372, 377), bedarf keiner Entscheidung. Denn einen solchen hat der Kläger nicht erlassen.

[128] Der Kläger missversteht den Schutz, den das unionsrechtliche Transparenzgebot für die freie wirtschaftliche Betätigung vorsieht, wenn er sich in einer wettbewerbsrechtlich irrelevanten Situation für verpflichtet hält, die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Transparenzgebotes erst selbst zu schaffen. Dem Unionsrecht lässt sich kein allgemeiner Grundsatz entnehmen, es sei zur Förderung des Wettbewerbs geboten, dass ein Unternehmer, der Investitionen – hier in Gestalt von Versorgungsleitungen – getätigt hat, das Ergebnis dieser Tätigkeit an den Staat abgeben müsste, damit dieser dann selbiges an ihn und seine Konkurrenten zur Bewirtschaftung im staatlichen Auftrag ausschreibt.

[129] Wenn es erforderlich ist, in das nach dem Unionsrecht (Art. 17 GRC) in vergleichbarer Weise wie nach dem Grundgesetz (Art. 14 GG) geschützte unternehmerische Eigentum an Versorgungsanlagen durch Auferlegung von Übereignungspflichten einzugreifen, so kann dies auch bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmung – wie hier (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014 – EnVR 10/13 –, juris Rn. 29; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Dezember 2012 – VI-3 Kart 137/12 (V) –, juris Rn. 173) – nur durch Gesetz erfolgen (vgl. Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRC; Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). In dieser Weise ist der Bundesgesetzgeber verfahren, als er eine entsprechende Regelung mit § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG erlassen hat. Doch bezieht sich diese Vorschrift dem Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes entsprechend lediglich auf Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze (§ 1 Abs. 2 EnWG). In Anbetracht des sachlich ausdrücklich beschränkten sachlichen Anwendungsbereichs dieses Gesetzes verbietet sich entgegen der Auffassung des Klägers eine verallgemeinernde Anwendung auch auf Fernwärmeversorgungsnetze.

[130] Vor dem Hintergrund der unionsrechtlich anerkannten Bedeutung der Daseinsvorsorge (vgl. zu sogenannten Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Art. 14 AEUV) und deren besonderer unionsrechtlicher Position (vgl. Art. 106 Abs. 2 AEUV) vermag der Kläger für den behaupteten Übereignungsanspruch keine Grundlage unmittelbar aus dem Unionsrecht herzuleiten. Denn die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt (Art. 345 AEUV). Sie gebieten insbesondere nicht die Rekommunalisierung von Unternehmen der Daseinsvorsorge (Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblattkommentar, Stand April 2017, Art. 345 AEUV Rn. 5).

[131] dd. Da das Gericht dem Kläger den mit dem Antrag zu 1. geltend gemachten Anspruch nicht zuspricht und die Anspruchsvoraussetzungen des § 12 Abs. 2 BerlStrG gegeben sind, vermag die auf den (positiven) Ausgang des vorliegenden Klageverfahrens bezogene auflösende Bedingung in den Sondernutzungserlaubnissen dem Kläger hier ebenso wenig zum Ziel zu verhelfen. Ungeachtet

dessen ist der Kläger darauf zu verweisen, dass er selbst bei Nichtvorliegen der Anspruchsvoraussetzungen des § 12 Abs. 2 BerlStrG einen etwaigen (modifizierten) Entfernungsanspruch durch Erlass eines Verwaltungsakts selbst geltend machen könnte und müsste und er deshalb keinen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen könnte.

[132] II. Die Klage zu 2), die sich auf die Feststellung richtet, dass die mit den nach der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme geschlossenen Verträge mit Fernwärmeversorgungskunden mit dem Übergang des Eigentums an den Anlagen auf den Kläger übergehen, muss danach ebenfalls ohne Erfolg bleiben, weil sie einen Erfolg des Klageantrages zu 1) voraussetzt.

[133] III. Gleichermaßen verhält es sich mit der Klage zu 3) mit der der Kläger die Feststellung begehrt, die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft über den Umfang der im Antrag zu 1) genannten Anlagen zu geben und ihm alle diejenigen Informationen über deren technische und wirtschaftliche Situation zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung derselben erforderlich sind. Denn auch dieser vertragliche Informationsanspruch rechtfertigt sich allein über das Bestehen eines Übereignungsanspruches hinsichtlich der Anlagen, deren anlassbezogene Spezifizierung der Kläger begehrt.

[134] B. Ein Ausspruch zu der von der Beklagten erhobenen Hilfswiderklage ist entbehrlich, da es an der hierfür erforderlichen innerprozessualen Bedingung des Erfolgs des Klageantrages zu 1) fehlt.

[135] C. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1 VwGO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 167 VwGO, 709 S. 1 f. ZPO.