

16 U (Kart) 21/12
14 O 12/11.Kart Landgericht Kiel

verkündet am: 22. November 2012

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

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

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

Die Kosten des Berufungsrechtszugs trägt die Klägerin.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

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

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin ist eine 100%ige Tochter der S GmbH, deren Anteile zu jeweils 1/3 von der Stadtwerke B, der Stadtwerke M und der Stadtwerke R als Eigenbetriebe bzw. Eigengesellschaften dieser drei Städte gehalten werden. Auf deren Gebieten betreibt die Klägerin bereits die örtlichen Stromverteilungsnetze.

Die Beklagte, Rechtsnachfolgerin der S AG, ist eine Tochter der E AG, deren Anteile zu rd. 74 % von der E AG und zu 26 % von 11 schleswig-holsteinischen Kreisen gehalten werden. Sie ist Eigentümerin und Betreiberin der Stromversorgungsnetze in den 36 Gemeinden der Ämter S und B. In den gleichlautenden Konzessionsverträgen der Beklagten mit diesen Gemeinden heißt es jeweils in § 9:

....1.

Falls das Vertragsverhältnis nach Vertragsablauf nicht fortgesetzt wird, ist die Gemeinde berechtigt und auf Verlangen der S verpflichtet, die ausschließlich der Stromverteilung im Gemeindegebiet dienenden Anlagen (...) zu erwerben. Kaufpreis ist der Sachzeitwert (...).

Nach Auslaufen der Wegenutzungsverträge (Ausnahme G mit einer Laufzeit bis zum 14. Dezember 2012) haben die Gemeinden die Vergabe der Wegerechte neu ausgeschrieben. Zur Abgabe eines Angebots wurde auch die Beklagte aufgefordert mit Schreiben des Amtes B vom 1. September 2009 (Anlage B 8, sog. Verfahrensbrief). Danach beabsichtigten die Gemeinden eine einheitliche Auswahlentscheidung. In dem Schreiben wurden die Kriterien mitgeteilt, nach denen die Angebote beurteilt werden sollten. Dort heißt es, dass

„neben dem Abschluss eines Wegenutzungsvertrages für die Gemeinden auch weitergehende Geschäftsmodelle, die eine deutlich erweiterte Einflussnahme und Mitbestimmung der Gemeinden sicherstellen und/oder dazu beitragen, die wirtschaftliche Situation der Gemeinden zu verbessern, vorstellbar“ sind.

Unter dem Stichwort „Unterlagen zur Netzgesellschaft“ wird ausgeführt, das Angebot möge „Angaben zu den kommunalen Mitgestaltungsrechten und Einflussmöglichkeiten“ machen, „Angaben zur Höhe der Kosten für den Netzerwerb“ unterbreiten, soweit sie die Gemeinden betreffen, „Angaben zur Vermögensentwicklung auf Seiten der Gemeinden“ machen. Die Angebote sollten auf der Basis der folgender Kriterien in der angegebenen Gewichtung bewertet und verglichen werden.

1. Wegenutzungsvertrag	100
1.1 Endschaftsbestimmung	15
1.2 Kaufpreisregelung	15
1.3 Konzessionsabgabe	5
1.4 Gemeinderabatt	5
1.5 Abschlagszahlungen	5
1.6 Folgekostenübernahme	5
1.7 Vertragslaufzeit	5
1.8 Beseitigung von Verteilanlagen	5
1.9 Zusatzleistungen	5
1.10 Auskunftsansprüche	10
1.11 Rechtsnachfolge	5
1.12 Regionale Präsenz	10
1.13 Bemühung um störungsfreien Netzbetrieb	10
2. Geschäftsmodell Netzgesellschaft	70
2.1 Höhe des kommunalen Anteils an Netzen	15
2.2 Mitgestaltungsrechte/Einflussmöglichkeiten	10
2.3 Kommunaler Vermögenszuwachs	10
2.4 Höhe des kommunalen Kapitaleinsatzes für den Netzerwerb	15
2.5 Höhe der wirtschaftlichen Risiken	10
2.6 Möglichkeiten der Geschäftsfelderweiterung	10

Neben der Beklagten und der Klägerin bewarb sich auch eine Reihe anderer Betreiber. Die Gemeinden erteilten jeweils der Klägerin den Zuschlag. In der öffentlichen Bekanntmachung der Ämter B und S vom 31. März 2010 (Anlage B 10) heißt es:

Fünf Bewerber sind zur Abgabe eines definitiven Angebotes aufgefordert worden; vier haben ein solches abgegeben. Die (Klägerin) hat bei der vergleichenden Bewertung die insgesamt höchste Punktzahl erhalten; sowohl die Gestaltung des Wegenutzungsvertrags als auch die des Geschäftsmodells der Netzgesellschaft wurden bei diesem Angebot als am vorteilhaftesten für die Gemeinden bewertet.

In der Folgezeit verhandelten die Klägerin, die sich die Ansprüche aus den bisherigen Konzessionsverträgen von den Gemeinden hatte abtreten lassen, und die Beklagte über eine Herausgabe der örtlichen Stromverteilungsnetze der Ämter. Dabei bestanden unterschiedliche Auffassungen über den Umfang des zu übertragenden Netzes, wobei sich die Beklagte auf den Standpunkt stellte, nur die jeweils für die *einzelnen Gemeinden* notwendigen Anlagen zu übertragen, während die Klägerin weitergehend auf die für den Betrieb des neuen „Netzgebietes“ *insgesamt* sinnvollen Anlagen abgestellt hat, eine Meinungsverschiedenheit, die sich auch in jeweils unterschiedlichen Entflechtungsplänen niederschlug und namentlich Teile der Mittelspannungsleitungen sowie Umspannwerke betraf. Streit bestand weiter über die Höhe der Vergütung für die Übereignung, die die Beklagte nach dem Sachzeitwert (auf 12,5 Mio. €, Bl. 26) bemessen sehen wollte, während die Klägerin sie nach dem Ertragswertverfahren hat berechnet haben wollen, wonach sie aufgrund des Alters der Netze einen deutlich niedrigeren Wert von rd. 10 Mio. € geschätzt hat. Uneinigkeit bestand schließlich in der Folge dieser unterschiedlichen Positionen über den Umfang der Daten, die die – in Grenzen auskunftsbereite - Beklagte der Klägerin mitzuteilen hatte; dies betraf Daten mit Relevanz für den technischen Netzbetrieb, die die Klägerin nach ihrer Meinung benötigte, um das Stromversorgungsnetz künftig technisch und organisatorisch nutzen zu können (vgl. den Antrag zu 1. lit. a – c und m – o), daneben Daten mit Relevanz für den wirtschaftlichen Netzbetrieb, namentlich für die Entgeltberechnung nach der StromNEV und der ARegV, und schließlich Daten für die Berechnung des Ertragswerts.

Mit der Klage hat die Klägerin die Erteilung dieser Auskünfte begehrt und für den Fall, dass das Gericht dem stattgibt, die Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung der Beklagten wegen verzögerter Auskünfte. Einen Anspruch auf Auskunft hat sie aus einer vertraglichen Nebenpflicht (§ 242 BGB) zum

gesetzlichen Übereignungsanspruch gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG hergeleitet, ferner aus gesetzlicher Sonderrechtsbeziehung (§ 26 Abs. 2 ARegV) und schließlich als Nebenpflicht zu einem Anspruch auf Vertragsanpassung hinsichtlich des konzessionsvertraglich (allein nach dem Sachzeitwert) bestimmten Übernahmepreises zu begründen gesucht.

Die Beklagte hat sich dem entgegengestellt. Sie hat – unstrittig erstmals im Prozess – geltend gemacht, es bestünden schon keine wirksamen neuen Wegerechtsverträge, weil die Vergabe an die Klägerin auf einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinden beruhe, eine unbillige Behinderung der Beklagten darstelle, insoweit gegen §§ 19, 20 GWB verstoße und deshalb gemäß § 134 BGB nichtig sei. Die Gemeinden hätten bei der Wahl der Vergabekriterien die Zielsetzungen des § 1 EnWG berücksichtigen müssen. Tatsächlich hätten, wie der Verfahrensbrief vom 1. September 2009 zeige, vorrangig fiskalische Interesse der Kommunen Berücksichtigung gefunden. Daneben meint die Beklagte, sie habe das Auskunftsbegehren erfüllt, ausgehend davon, dass den Gemeinden die übergreifenden Mittelspannungsleitungen und die Umspannwerke keinesfalls zu übertragen seien und *ihr* Entflechtungskonzept richtig sei, sowie davon, dass die Klägerin sowohl aus Vertrag als auch nach dem Gesetz ggf. den Sachzeitwert zu bezahlen habe.

Die Klägerin hat demgegenüber geltend gemacht, bei der Auswahl hätten keinesfalls fiskalische Interessen im Vordergrund gestanden. Das Kriterium der Endschaftsklausel und der Vergütung bei Übertragung solle das freie Auswahlermessen der Gemeinden nach Auslaufen der Konzessionsverträge und damit den Wettbewerb schützen. Die Höhe der Konzessionsabgaben, des Gemeinderabatts, die Modalitäten der Abschlagszahlung und die Behandlung von Folgekosten seien gemäß §§ 2, 3, 5 KAV zulässige Kriterien. Die regionale Präsenz sei auf eine verbraucherfreundliche und sichere Versorgung gemünzt. Auch das Moment des Einflusses der Gemeinden sei ein netzbezogenes Kriterium, wobei es freilich selbstverständlich *auch* um den kommunalen Vermögenszuwachs gegangen sei (Bl. 152). Die Beklagte, die diese Auswahlkriterien nicht gerügt, sondern im Gegenteil selbst finanzielle Gesichtspunkte werbend betont habe,

verhalte sich nunmehr widersprüchlich; sie habe nach der Aufforderung im Verfahrensbrief, etwaige Unklarheiten, Fehler oder Unzulänglichkeiten anzusprechen, keine Rüge ausgebracht (Bl. 153). Folge eines etwaigen kartellrechtlichen Verstoßes bei der Auswahl sei auch nicht die Nichtigkeit der Vergabe. In Fällen einer unterschiedlichen Behandlung durch Bevorzugung einzelner Marktteilnehmer reichten für die Durchsetzung der Interessen des Beeinträchtigten Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach § 33 GWB aus (Bl. 168). Der Konzessionsvertrag zwischen der Klägerin und den Gemeinden sei von der Nichtigkeitsfolge ohnedies nicht erfasst, weil die Klägerin nicht Adressat des Vorwurfs aus § 20 Abs. 1 GWB sei (Bl. 169).

Weiter hat die Klägerin vorgebracht, die Kommunen hätten schon dann ordnungsgemäß entschieden, wenn nur ihr Verfahren transparent und nicht willkürlich gewesen sei. Schließlich sei auch die Auswahlentscheidung ordnungsgemäß erfolgt. Die Ziele des § 1 EnWG *könnten* zwar herangezogen werden; es liege aber nicht so, dass eine Auswahlentscheidung *nur* nach diesen Maßstäben gefällt werden könne. Die Kommunen seien schon nach den Gemeindeordnungen gehalten, die für sie wirtschaftlich beste Vertragslösung zu wählen. Im Übrigen liege – unstreitig - ihr Netzentgelt, bezogen auf einen Haushaltskunden mit 4.000 kwh Jahresverbrauch, sogar um 19 % geringer als das von der Beklagten verlangte Entgelt (Bl. 172 f.).

Später hat sie noch eingewandt, zum Zeitpunkt der Konzessionsentscheidung habe § 46 Abs. 3 EnWG keinen Hinweis auf die Verpflichtung der Gemeinden auf die Ziele des § 1 EnWG enthalten; eine nachträgliche Verpflichtung durch die Neufassung 2011 sei ausgeschlossen. Gemäß § 2 EnWG 2005 seien nur die Energieversorgungsunternehmen, nicht aber die konzessionsvergebenden Gemeinden an die Ziele des § 1 EnWG gebunden. Tatsächlich enthielten aber auch die Kriterien im Verfahrensbrief die Ziele des § 1 EnWG; nicht anders sehe es bei den Kriterien für die Bildung einer Netzgesellschaft aus.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Klägerin stünden weder vertragliche noch gesetzliche Ansprüche auf Übereignung oder Überlassung der

von ihr begehrten Stromverteilungsnetze im Gebiet der Ämter zu, sodass sie die geforderten Auskünfte ebenso wenig wie Schadensersatz verlangen könne.

Die neuen Konzessionsverträge seien unwirksam, weil die Vergabeentscheidungen der Gemeinden gegen §§ 46 Abs. 3 EnWG, 19, 20 GWB verstoßen hätten. Die Kammer folge der Auffassung der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamtes aus dem gemeinsamen Leitfaden vom 15. Oktober 2010. Daraus und aus Sinn und Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG, einen Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen, folge, dass die Gemeinden bei der Auswahl die Ziele des EnWG zu beachten hätten. Dem hätten die Gemeinden hier bei der Neuvergabe nicht ausreichend Rechnung getragen. Keines der Auswahlkriterien befasse sich mit den Effizienzwerten der einzelnen Bewerber. Vielmehr betrafen nahezu sämtliche Auswahlkriterien allein das fiskalische Interesse der Gemeinden und ließen die Ziele des § 1 EnWG völlig außen vor. Das gelte zum einen für die geforderte Ausgestaltung der abzuschließenden Wegenutzungsverträge, für die im Widerspruch zu § 46 Abs. 3 EnWG verlangt werde, dass den Gemeinden ein Erwerb der Anlagen möglichst gesichert würde und ihnen hinsichtlich des Erwerbs möglichst weitreichende Befugnisse verschafft werden sollten. Zum anderen gelte dies für die Forderungen nach möglichst hohen Konzessionsabgaben sowie Zusatzleistungen und Gemeinderabatten und der Folgekostenübernahme. Auch die Forderung regionaler Präsenz zur Schaffung der Voraussetzungen für die Zahlung von Gewerbesteuer betreffe in erster Linie das wirtschaftliche Interesse der Gemeinden und sei nicht zwangsläufig mit einer besonders effizienten und verbraucherfreundlichen Energieversorgung verbunden. Dass die Interessen der Gemeinden bei der Vergabeentscheidung einseitig in den Vordergrund gestellt worden seien, werde schließlich auch an dem im Rahmen des Auswahlverfahrens geforderten Geschäftsmodell Netzgesellschaft deutlich, das einen möglichst hohen Anteil der Gemeinden und einen kommunalen Vermögenszuwachs an den Stromverteilungsnetzen verlange. Daraus ergebe sich insgesamt, dass die Gemeinden bei ihrer Auswahlentscheidung ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hätten, um sich Vorteile zu verschaffen und private Mitbewerber, die die vorgegebenen Auswahlkriterien zwangsläufig nicht in gleicher Weise hätten erfüllen können

wie ein in kommunaler Hand befindliches Unternehmen, zu verdrängen. Die Verstöße der Gemeinden führten zur Nichtigkeit der getroffenen Vergabeentscheidungen. Zwar komme regelmäßig die Nichtigkeit nicht in Betracht, weil zumeist die Gleichbehandlung auch unter Aufrechterhaltung der Verträge durch Abschluss entsprechender Verträge mit den benachteiligten Unternehmen möglich sei und für die Durchsetzung der Interessen der Beeinträchtigten Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche ausreichen. Anders müsse es aber dann sein, wenn das Verbot ohne die Nichtigkeitsfolge im Falle eines Verstoßes weitgehend leer liefe bzw. wenn der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen sei und die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung nicht hingenommen werden könne. So liege es hier. Erachte man den Konzessionsvertrag für wirksam, habe die unrichtige Auswahlentscheidung bis zu 20 Jahre Bestand; es bedürfe daher der Nichtigkeitsfolge, um dem Gesetzeszweck Genüge zu tun. Der Beklagten sei es auch nicht verwehrt, sich auf einen solchen Verstoß zu berufen. Die Vorschriften dienen nicht in erster Linie der Wahrung der Interessen der ausgeschlossenen Mitbewerber, sondern öffentlichen Interessen und Zielen und seien daher jederzeit zu beachten.

Auch vertragliche Übereignungsansprüche der Klägerin aus abgetretenem Recht kämen im Ergebnis nicht in Betracht. § 46 Abs. 2 EnWG verdränge jedenfalls für den Fall eines Auseinanderfallens von Konzessionsträger und Gemeinde den vertraglichen Anspruch der Gemeinde. Wollte man der – nicht wirksam konzessionierten – Klägerin dennoch den abgetretenen vertraglichen Übereignungsanspruch zubilligen, hätte dies zur Konsequenz, dass sie das Netz trotz unwirksamer Konzessionsentscheidung im Ergebnis erhalten würde. Das entspreche aber gerade nicht dem Willen des Gesetzgebers.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die klagerweiternd nunmehr auch die Übertragung des Netzes im Umfang ihres Entflechtungskonzeptes verlangt. Sie macht geltend, das Landgericht habe mehrfach gegen § 286 ZPO verstoßen. Seine Feststellungen/Wertungen würden weder durch unstreitigen Sachvortrag noch durch das Ergebnis einer Beweisaufnahme getragen, offenbarten eine Verkennung der Beweislast, dokumentierten aber mindestens einen

Verstoß gegen die Hinweispflicht aus § 139 Abs. 1 ZPO. Die Klägerin, die an dem Vergabeverfahren nicht selbst entscheidend beteiligt gewesen sei, habe die von der Beklagten behauptete Missbräuchlichkeit in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten. Das Landgericht habe zum Nachteil der Klägerin und zugunsten der beweisbelasteten Beklagten bestrittene Tatsachen als richtig unterstellt. Es habe hierbei auch die Beweislast verkannt; denn, da vorliegend nicht die Klägerin die angebliche Ungleichbehandlung vorgenommen habe und auch nicht Normadressat der GWB-Bestimmungen sei, müsse die Beklagte im Verhältnis zu ihr, der Klägerin, den Missbrauchstatbestand beweisen. Außerdem habe das Landgericht die Klägerin darauf hinweisen müssen, dass sie ihr tatsächliches Vorbringen ergänzen und ggf. Beweis antreten müsse; dann hätte die Klägerin zwei (namentlich bezeichnete) Zeugen benannt, die bei der Durchführung des Vergabeverfahrens und der Gestaltung der Auswahlkriterien umfänglich beratend tätig geworden seien. Im Übrigen wiederholt und vertieft die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Die Klägerin beantragt,

(Änderungen gegenüber den erstinstanzlichen Anträgen im Original so hervorgehoben)

1.

Unter Abänderung des am 03.02.2012 verkündeten Urteils des Landgericht Kiel, Az.: 14 O 12/11. Kart die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin bezogen auf den letzten 1. Januar vor Rechtskraft des Urteils sowie bezogen auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe des Stromversorgungsnetzes der Gemeinden der Ämter S und B (B-dorf, B, B-torf, D, G, Ka, Kl, Kr, N/B, R, S, G, Groß B, Groß S, K, La, Li, Lü, S, Schi, Schö, Schü, S, Si, St, St, W, D, K, Kü, L, N, P, Po, R, W, nachfolgend „Netzgebiet“ genannt) Auskunft zu erteilen:

a. über den Bestand aller im Netzgebiet befindlichen Stromverteilungsanlagen, einschließlich der in der Anlage K 2 (Schematische Darstellung zum Entflechtungskonzept der Klägerin vom 23.07.2010) blau markierten Anlagen und der beiden Umspannwerke S und B, durch die Vorlage eines vollständigen Mengengerüsts (in Papierform oder digitalisiert) mit der Beschreibung der Anlagen nach Umfang

(Anzahl bzw. Leitungslänge), Art, Baujahr, Hersteller, Typ, technische Restnutzungsdauer und Standort, gegliedert nach:

- i. Umspannwerke, einschließlich Betriebsmittelausstattung
 - ii. Mittelspannungsleitungen; ausgenommen, die in der Anlage K 2 (Schematische Darstellung zum Entflechtungskonzept der Klägerin vom 23.07.2010) magenta markierten Leitungen
 - iii. Ortsnetzstationen von Mittel- auf Niederspannung inklusive Transformatoren
 - iv. Niederspannungsleitungen
 - v. Schaltstationen/Kabelverteilerschränke
 - vi. Hausanschlüssen
 - vii. Zählern, Schaltuhren und Messwandlern
 - viii. Signalkabeln, inklusive Fernwirk- und Kommunikationskabel zur Netzsteuerung
- b. über die Verteilung der Grabenoberflächen für die unter a) genannten Anlagengüter auch zum Zeitpunkt ihrer Errichtung in den Gruppen:
- i. Fahrbahnasphalt
 - ii. Radwegeasphalt
 - iii. Platten
 - iv. unbefestigt
- unter Angabe der Bodenklassen und der Normgrabenprofile für die verschiedenen Leitungstypen und Straßenverhältnisse, einschließlich Erläuterung der Vorgehensweise bei der Herleitung der Oberflächenverteilung.
- c. über die Mehrfachverlegung und die gemeinsame Verlegung der unter a) genannten Anlagengüter mit Gasleitungen, Wasserleitungen inklusive der Hausanschlussleitungen und/oder Telekommunikationslinien bzw. die mittlere Grabenlänge pro Leitungslänge.
- d. über vereinnahmte und nicht aufgelöste Ertragszuschüsse im Sinne von § 9 StromNEV für die oben unter a) genannten Anlagengüter, aufgegliedert nach deren Passivierungsjahr und -monat unter

Angabe des angesetzten Auflösungszeitraumes sowie der verwendeten Auflösungsmethode

- e. über die im jeweiligen Zeitpunkt ihrer Errichtung erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten (historische Anschaffungs- und Herstellungskosten) für die unter a) aufgeführten Anlagengüter mit Benennung des Aktivierungsjahrs und des Aktivierungsmonats;
- f. über die zuletzt nach § 6 ARegV ermittelten und von der zuständigen Regulierungsbehörde bei der Festlegung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenze zugrunde gelegten kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens für die unter a) aufgeführten Anlagengüter;
- g. über die zuletzt von der zuständigen Regulierungsbehörde bei der unter f) bezeichneten Festlegung des Ausgangsniveaus für die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen gemäß § 6 ARegV herangezogenen Nutzungsdauern im Sinne von § 6 Abs. 5 StromNEV;
- h. über die von der zuständigen Regulierungsbehörde bei der erstmaligen Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte gemäß § 32 Abs. 3 StromNEV zugrunde gelegten Nutzungsdauern für die unter a) aufgeführten Anlagengüter;
- i. über die Höhe der für das Gesamtnetz, aus dem das zu übernehmende Netz herausgelöst wird, in der aktuellen Regulierungsperiode der Anreizregulierung festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen mit der Benennung der darin jeweils enthaltenen
 - i. beeinflussbaren und vorübergehend nicht beeinflussbaren Kosten gemäß § 11 Abs. 3 und 4 ARegV
 - ii. dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten gemäß § 11 Abs. 2 ARegV anhand einer Darstellung der einzelnen Kosten- und Erlöspositionen
 - iii. Beträge aus der periodenübergreifenden Saldierung, der Mehrerlösabschöpfung sowie der Führung des Regulierungskontos

- iv. Anpassungsbeträge durch die Genehmigung eines Erweiterungsfaktors
- v. Erhöhungsbeträge aus der Genehmigung eines Investitionsbudgets oder eines pauschalierten Investitionszuschlags;
- j. über die zuletzt nach § 6 ARegV ermittelten historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagengüter des Gesamtnetzes, aus dem das zu übernehmende Netz herausgelöst wird, mit Benennung des Aktivierungsjahrs und des Aktivierungsmonats;
- k. über die zur Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen zuletzt nach § 6 ARegV herangezogenen Nutzungsdauern für die einzelnen Anlagengüter des Gesamtnetzes, aus dem das zu übernehmende Netz herausgelöst wird;
- l. über folgende Strukturdaten des Gesamtnetzes und des Netzgebietes (Gebiet der Ämter S und B) nach Maßgabe des „Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV“ in der jeweils gültigen Fassung:
 - i. Fläche des versorgten Gebietes
 - ii. Anzahl der Anschlusspunkte
 - iii. Jahreshöchstlast oder Ersatzwert
 - iv. Stromkreislänge (Freileitungen und Kabel)
 - v. Anzahl der Einspeisepunkte von dezentralen Erzeugungsanlagen
 - vi. Installierte Leistung der Umspannebene in kVA
 - vii. Anzahl der Umspannstationen
 - viii. Anzahl der Transformatoren
 - ix. Einwohnerzahl
 - x. Amtlicher Gemeindeschlüssel;
- m. über die Höhe der jährlichen Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen, die in dem gemäß § 6 ARegV zuletzt ermittelten

Ausgangsniveau der Erlösobergrenze enthalten sind und auf die nach a) bezeichneten Anlagengüter entfallen;

- n. über die Investitionen für die unter a) benannten Anlagengüter sortiert für die letzten drei Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten fünf Geschäftsjahre;
- o. über das Unterhaltungskonzept (Inspektion, Wartung, Instandhaltung) und die Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen für die unter a) benannten Anlagengüter nach Anlagengruppen, Maßnahme und Alter sortiert für die letzten drei Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten fünf Geschäftsjahre;
- p. über die in der laufenden Regulierungsperiode bislang an die zuständige Regulierungsbehörde zur Führung des Regulierungskontos im Sinne des § 5 Abs. 1 ARegV übermittelten Differenzbeträge für die unter a) benannten Anlagengüter;
- q. über die nach § 27 Abs. 2 StromNEV vom jeweiligen Netzbetreiber zu veröffentlichenden Strukturdaten für die unter a) benannten Anlagengüter.

2.

Unter Abänderung des am 3. Februar 2012 verkündeten Urteils des Landgericht Kiel, Az.: 14 O 12/11.Kart für den Fall, dass das Gericht dem Klageantrag unter Ziffer 1. ganz oder teilweise stattgibt, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die Schäden zu ersetzen, die ihr in der Zeit ab Rechtshängigkeit der Klage durch die verzögerte oder unvollständige Erfüllung der Auskunftsansprüche zu den in Ziffer 1. genannten Netzdaten und/oder der Netzübertragungsansprüche der Klägerin zum Netzgebiet entstanden sind oder entstehen werden.

3.

Nach der erteilten Auskunft zu Ziff. 1 in der 2. Stufe **klageerweiternd**, die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin

Eigentum und Besitz an den nach der Erteilung der Auskunft zu Ziff. 1.a noch zu bezeichnenden für den Betrieb der Stromverteilnetze der allgemeinen Versorgung im Netzgebiet notwendigen Verteilungsanlagen zu übertragen

und zwar Zug um Zug

gegen Zahlung des nach der erteilten Auskunft zu Ziff. 1. ermittelten Netzkaufpreises.

Sollte der im Wege der Stufenklage geltend gemachte Anspruch nach Ansicht des Gerichts nicht sachdienlich oder sogar unzulässig sein,

beantragt die Klägerin hilfsweise zum Antrag zu 3., die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin

das Eigentum und den Besitz an allen im Netzgebiet (mit Ausnahme Groß Boden) i.S.d. Antrag zu 1.a. befindlichen Stromverteilungsanlagen i.S.d. Antrag zu 1.a.ii bis viii zu übertragen

gegen Zahlung der Vergütung,

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

wozu die Beklagte

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

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Das Landgericht habe nicht gegen seine Hinweispflichten verstoßen; die Klägerin habe die kartellrechtliche Problematik schon nach dem Hinweis der Beklagten genau erkannt. Das Landgericht habe auch nicht gegen § 286 ZPO verstoßen; im Kern gehe es nicht um streitigen oder unstreitigen Tatsachenvortrag, sondern um eine Bewertung der Auswahlkriterien aus dem Verfahrensbrief. Insoweit muteten die Versuche der Klägerin, einen Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG herzustellen,

geradezu grotesk an. Die Klägerin verkenne dabei insbesondere, dass die Gemeinden nach dem Gesetz nicht die geborenen Sachwalter der Ziele des § 1 EnWG seien, die deren Einhaltung in ihren Netzen in der täglichen Praxis zu überwachen hätten, sondern kartellrechtlichen Schranken unterworfenen Wege-rechtsmonopolisten, denen im gesetzlich festgelegten Turnus allein eine diskriminierungsfreie Auswahlentscheidung obliege.

II.

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

Die Klägerin kann Auskunft über sächliche und regulatorische Netzdaten nicht verlangen, weil sie im Ergebnis keinen Anspruch auf Übertragung der örtlichen Verteilnetze der Gemeinden hat; nur an einen solchen Übereignungsanspruch könnten die insoweit vorgelagerten Auskunftsansprüche anknüpfen. Daran scheitern auch der – bedingt gestellte - Antrag zu 2. auf Schadensersatz wegen verletzter Auskunftspflichten und das klagerweiternd in zweiter Stufe gestellte Übereignungsbegehren.

A.

Der Klägerin steht kein gesetzlicher Übereignungsanspruch zu, § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG.

1.

Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung ist, wenn Wegenutzungsverträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert werden, der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Vorliegend ist die Vorschrift in dieser alten Fassung anzuwenden; nach allgemeinem Zivilrecht hängt der Anspruchsinhalt von den zur Zeit der Entstehung anzuwendenden Vorschriften ab. Ob, worüber die Parteien streiten, das „Überlassen“ nach altem Recht schon ebenso die Eigentumsverschaffung hat bedeuten sollen wie es –

gemäß einer vom Gesetzgeber so bezeichneten Klarstellung – die seit dem 4. August 2011 geltende Fassung („übereignen“) ausdrückt, kann dahin gestellt bleiben. Ein Anspruch auf Übereignung der notwendigen Verteilungsanlagen scheidet im Ergebnis jedenfalls daran, dass die Konzessionierungen in Gestalt der Vergabe der Wegerechte an die Klägerin gegen die allgemeinen und besonderen kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 46 Abs. 3 EnWG und 20 GWB verstoßen haben, was - auch im Verhältnis der Parteien zueinander – ihre Nichtigkeit zur Folge hat.

a)

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

aa)

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

Die Parteien streiten darüber, ob, wovon der Gesetzgeber wiederum ausgeht, diese Einfügung lediglich eine Klarstellung ist (so die Beklagte) oder ob § 46

Abs. 3 EnWG in der zum Zeitpunkt der Konzessionsentscheidung geltenden Fassung des EnWG 2005 *keinen* Hinweis darauf enthalten habe, dass eine Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 verpflichtet sei, sodass eine nachträgliche Verpflichtung in Bezug auf das abgeschlossene Konzessionsverfahren eine unzulässige Rückwirkung darstelle (so die Klägerin, etwa Bl. 246) und bis dahin die Gemeinden gemäß der Kaufering-Entscheidung des BGH (BGHZ 143, 128, Rn 53 bei juris) „völlig frei und ungehindert darüber sollen entscheiden können, welcher Partner fortan für die Energieversorgung zuständig sein solle“, was (a.a.O. Rn 51) die Freiheit zur Entscheidung einschließe, ob die Energieversorgung durch den bisherigen Vertragspartner, durch ein konkurrierendes Versorgungsunternehmen oder aber auch durch die Kommune selbst fortgesetzt werden solle.

bb)

Der Senat hält die erstgenannte Position für vorzugswürdig.

(1)

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

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

Die vertragliche Nutzungsgewährung hat darüber hinaus *diskriminierungsfrei* zu erfolgen. § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG stellt insoweit den Grundtatbestand für die

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

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

(2)

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

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

wie § 1 Abs. 1 EnWG sie nennt und deren Umsetzung die näheren Bestimmungen des Gesetzes dienen, auch für Vorschriften in den Blick zu nehmen, die die allgemeinen Haupt- und Obersätze nicht ausdrücklich wieder in Bezug nehmen (so auch Büdenbender, a. a. O., S. 38, mit dem Bemerkung, die Aufnahme des Verweises auf § 1 EnWG in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG ändere an der Rechtslage nur optisch, nicht aber in der Sache etwas).

(3)

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

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

(4)

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

(5)

Es ist auch nicht zu sehen, dass sich, wie die Klägerin geltend macht, etwas daraus ergeben sollte, dass den Gemeinden gemäß Art. 28 Abs. 2 GG das Recht gewährleistet sein muss, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln.

Diese Gewährleistung besteht im Rahmen der Gesetze. Und das EnWG als ein solches Gesetz bestimmt, dass den Gemeinden auf dem Gebiet des Netz-

betriebs im Rahmen der Wegerechtsvergabe die Rolle zukommt, einen Wettbewerb um die auf ihrem Gemeindegrund liegenden Netze zu veranstalten. Es geht damit gerade nicht davon aus, dass die Gemeinden die Netze als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge selbst betreiben, und es weist auch die Kontrolle über den Netzbetrieb und dessen Kosten nicht den Gemeinden zu, sondern den Regulierungsbehörden.

(6)

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

Die Entscheidung bezieht sich auf einen Übernahmefall aus dem Jahr 1995. Seither hat sich die Rechtslage entscheidend geändert; danach trat das EnWG 1998 in Kraft. Nach dessen § 13 Abs. 1 Satz 1 galt (wie nach § 46 Abs. 1 EnWG n.F.), dass die Gemeinden öffentliche Verkehrswege für Leitungen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen hatten. Gleichermäßen bestimmte § 13 Abs. 3 EnWG 1998, dass die Gemeinde das Vertragsende zwei Jahre vor Ablauf in geeigneter Form bekannt zu machen hatte und sie, sofern sich mehrere Unternehmen bewarben, bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen hatte. Auch der damalige § 1 EnWG 1998 bestimmte schon als Zweck des Gesetzes eine möglichst sichere, preisgünstige und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität und Gas im Interesse der Allgemeinheit. Jedenfalls seit 1998 war die mit der Neuausschreibung der Wegenutzungsverträge verbundene Maßgabe eines „Wettbewerbs um die Netze“ Gesetz.

Auch unabhängig von dieser neuen Rechtslage, auf die der BGH lediglich im Zusammenhang mit der Frage abstellt, ob die vertragliche Regelung des Netz-

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

In der juristischen Diskussion wurde ungeachtet der beiden vorgenannten Umstände – der Änderung der Rechtslage wie des aufgezeigten Widerspruchs – im Anschluss an die Entscheidung augenscheinlich als weitgehend selbstverständlich angesehen, dass die Gemeinde in ihrer Entscheidung zum Selbsteintritt frei sein sollte. Daraus erklärt sich auch, dass sich die Netzbetreiber (und so auch im vorliegenden Rechtsstreit die Beklagte) vorrangig auf der Rechtsfolgenseite gegen die Netzübertragung gewehrt haben, namentlich im Hinblick auf die Durchsetzung des für sie günstigen Sachzeitwertverfahrens, im Hinblick auf die Negierung einer Verpflichtung zur Übereignung des Netzes und im Hinblick auf ein enges Verständnis des vertraglichen Anspruchs, der auf die „*ausschließlich* der örtlichen Versorgung dienenden Anlagen“ beschränkt sein soll. Gleichwohl wird man vom juristischen Standpunkt aus sagen müssen, dass die Grundsätze der Kaufering-Entscheidung nicht fortgelten können und, was die Frage der

Ausrichtung der Vergabeentscheidung angeht, die oben ausgeführte richtige Interpretation maßgeblich sein muss, weil sie eben im Gesetz schon immer – jedenfalls seit 1998 - angelegt gewesen ist. Darauf, dass dies erst später als richtig erkannt worden ist, kann sich der von dieser Erkenntnis nachteilig Betroffene ebenso wenig berufen wie sonst im Falle eines Wechsels der Rechtsprechung darauf, dass er nach der früheren noch Recht gehabt hätte.

cc)

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

Das bedeutet, dass bei der Auswahlentscheidung in erster Linie maßgeblich sein müssen das Niveau der erreichbaren Netzentgelte und die Effizienz eines Netzbetreibers. Das ergibt sich zwanglos aus den Zielen des EnWG, mittels der Durchsetzung von Wettbewerb eine möglichst preisgünstige Versorgung zu erreichen. Man mag insoweit darüber streiten können, ob der Leistungsstand eines Netzbetreibers ohne weiteres anhand seines *Effizienzwertes* objektiv messbar ist (so allerdings Büdenbender, a. a. O., S. 47). Zu Recht wendet die Klägerin ein, dass die Effizienz eines Netzbetreibers in einem bestimmten Gebiet nicht notwendig etwas über seine Effizienz in einem anderen Gebiet aussagen muss. Treffend erscheint dem Senat auch der Hinweis darauf, dass gerade in dem hier in Rede stehenden Bereich „kleiner“ schleswig-holsteiner Netzbetreiber ein verlässlicher Effizienzwert nicht besteht, weil praktisch alle Verteilnetzbetreiber am vereinfachten Verfahren teilgenommen haben und ihnen deshalb der in der ARegV festgelegte pauschale Wert einfach nur zugewiesen worden ist. Ebenso erscheint beachtlich, dass ein ausländischer Netzbetreiber, der dem deutschen Regulierungssystem nicht unterworfen ist, einen solchen Effizienzwert nicht beibringen kann. Das alles vermag aber nur Schwierigkeiten bei der Bewertung im Einzelfall zu begründen und die genaue objektive Messbarkeit der Effizienz in Frage zu stellen. Es ändert aber nichts daran, dass bei der Auswahlentscheidung maßgeblich darauf zu achten ist, wie der Netzbetreiber (ggf. anderenorts) „aufgestellt“ ist und wie (ggf. dort) vergleichsweise das Preisniveau war.

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

b)

Diesen Maßgaben werden die von den Ämtern angelegten Bewertungskriterien offensichtlich nicht gerecht.

Ausschreibung und Vergabe sind nicht - schon gar nicht in erster Linie - an der Auswahl des effizientesten Netzbetreibers ausgerichtet, sondern ganz offenbar an einer vorab getroffenen politischen Entscheidung zur Rekommunalisierung orientiert, die darauf abzielte, durch die Beteiligung am Netzbetrieb – wie es denn auch ausdrücklich schon im Verfahrensbrief heißt - *die wirtschaftliche Situation der Gemeinden zu verbessern*.

aa)

Das lässt sich schon daran ablesen, dass die Gemeinden sich zu einer *einheitlichen Vergabe* entschlossen haben, bei der das Moment der Netzgesellschaft (S. 2 des Verfahrensbriefs) eine entscheidende Rolle spielt.

Danach sind für die Gemeinden „Geschäftsmodelle, die eine deutlich erweiterte Einflussnahme und Mitbestimmung der Gemeinden sicherstellen und/oder dazu beitragen, die wirtschaftliche Situation der Gemeinden zu verbessern, vorstellbar“. Das Wort „vorstellbar“ mag auf erste Sicht dafür sprechen, dass die Verbesserung der gemeindlichen Finanzen nur ein Nebenaspekt sei. In diesem Sinne heißt es auch unter 2.2 des Verfahrensbriefs, das Angebot eines solchen Geschäftsmodells sei „nicht zwingend“. Andererseits heißt es aber auch, es wirke sich je nach der Wettbewerbssituation auf die Angebotsbewertung aus.

Für den kundigen Leser erschließt sich daraus, dass ein Angebot, das insoweit keine Vorschläge zu unterbreiten vermöchte, mit Sicherheit aus dem Rennen ist.

Auch in den Anforderungen zu den Angebotsunterlagen und dem Angebotsumfang (Ziff. 2 des Schreibens) nehmen die auf die Netzgesellschaft bezogenen Aspekte breiten Raum ein. Daraus ist zu ersehen, dass es maßgeblich um die gemeindliche Beherrschung des Netzes („Angaben zur Höhe des kommunalen Anteils an den Netzen“ gemäß Ziff. 2.2.2.1), um kommunale „Mitgestaltungsrechte und Einflussmöglichkeiten“ (Ziff. 2.2.2.2), die „zu erwartende Vermögensentwicklung auf Seiten der Gemeinden“ (Ziff. 2.2.2.4), die „mit einer Beteiligung verbundenen wirtschaftlichen Risiken“ (Ziff. 2.2.2.5), die Aussichten für eine Expansion des Unternehmens (Ziff. 2.2.2.6), Angaben zur „Möglichkeit der Geschäftsfelderweiterung“ und schließlich die „mit einem gemeindlichen Netzerwerb verbundenen Kosten“ (Ziff. 2.2.2.3) geht.

Dass die Ausschreibung nicht auf einen betriebswirtschaftlich ausgerichteten Wettbewerb um den besten Netzbetreiber zielt, sondern eine politische Vorentscheidung für die Stärkung der Gemeindefinanzen durch Beteiligung am Netzbetrieb umsetzt, lässt sich auch den Umständen entnehmen, die aus dem Beschluss der Bundesnetzagentur vom 19. Juni 2012, BK6-11-079 (Anlage B 80) ersichtlich werden. Daraus ergibt sich, dass die Klägerin zusammen mit der Regionalnetz Süd, den Gemeindewerken S, den Stadtwerken E und den Stadtwerken L die Umsetzung eines gemeinsamen Entflechtungskonzepts plant, das auf die Übernahme der wirtschaftlich hoch interessanten Mittelspannungsleitungen der Beklagten abzielt. Es liegt auf der Hand, dass eine derart geballte Initiative gemeindlicher Eigenbetriebe bzw. gemeindlich beherrschter Netzunternehmen kein bloßer Zufall oder ein unvorhergesehener Synergieeffekt aus unabhängig voneinander getroffenen Konzessionsentscheidungen ist, sondern einem auf höherer Ebene vorgefassten Plan folgt.

bb)

Die Ausrichtung auf eine möglichst weitgehende kommunale Beherrschung des Netzes zum Zwecke der Generierung von Einnahmen für die Gemeinden spiegelt sich in den im Verfahrensbrief angeführten Bewertungskriterien.

Insgesamt 70 von maximal erreichbaren 170 Punkten beschäftigen sich mit dem *Geschäftsmodell Netzgesellschaft* mit den soeben referierten Momenten. Die Versuche der Klägerin, diesen Kriterien nachträglich doch noch einen (vorrangigen) Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG zuzuweisen, gehen fehl.

In dem Kriterium „Höhe des kommunalen Anteils an den Netzen“ zeigt sich nichts anderes als das Interesse der Gemeinden, die Verfügungsgewalt über das Netzeigentum zu erlangen. Zur Erläuterung des Kriteriums (S. 9 des Verfahrensbriefes) heißt es, dass in Abhängigkeit von dem jeweiligen Geschäftsmodell und der Kaufkraft der Kommunen diese bis zu 100% des Netzeigentums sollten erwerben können; der Anteil der Gemeinden am Netzeigentum sei darzustellen; je höher der Anteil, desto höher sei die Bewertung. Dass, wie es etwa in der Berufungsbegründung (S. 27, Bl. 333) heißt, die Verfügungsgewalt dazu auch eingesetzt werden könne, eine verbraucherfreundliche, umweltgerechte, sichere, preisgünstige und effiziente Energieversorgung umzusetzen, hat bei der Auswahl des Kriteriums offensichtlich keine Rolle gespielt. Es erschließt sich aus dem Verfahrensbrief nicht ansatzweise, dass damit ein Interesse am „Ausbau und an individuellen Investitionen in Stromverteilnetze“ (Berufungsbegründung a. a. O.) gemeint sein könnte. Auch ist, wie bereits erwähnt, die Durchsetzung eines effizienten Netzbetriebs in der täglichen Praxis, den die kommunale Beherrschung vorgeblich ermöglichen soll, schon im Ansatz gar nicht die Sache der Gemeinde. Die Regulierung, für die ein ausgefeiltes Instrumentarium entwickelt worden ist, fällt vielmehr in den Zuständigkeitsbereich der Netzagenturen. Die Aufgabe der Gemeinden besteht nach dem Gesetz allein darin, in einem bestimmten Turnus einen Wettbewerb um ihre jeweils regionalen Netze zu veranstalten. Es stellt eine unzulässige Verschiebung dieser Kompetenzordnung dar, wenn die Gemeinden sich ohne weiteres selbst zu den Kontrolleuren des Netzbetriebs aufwerfen wollten.

Ebenso sieht es mit dem Kriterium „Mitgestaltungsrechte/Einflussmöglichkeiten in Gremien“ aus. Schon der Umstand, dass ausweislich der Beschreibung des Kriteriums (Verfahrensbrief S. 9) die Zuweisung der vorgesehenen Punktzahl an der Höhe des kommunalen Anteils am jeweiligen Geschäftsmodell orientiert ist, zeigt, dass es nur darum geht, möglichst weitgehend das Netz in die Hand zu bekommen.

Was den kommunalen Vermögenszuwachs, die Höhe des kommunalen Kapitaleinsatzes für den Netzerwerb und die Höhe der wirtschaftlichen Risiken angeht, muss selbst die Klägerin einräumen, dass es sich um rein fiskalische Kriterien handelt.

Nichts anderes gilt aber auch für das letzte Kriterium der Möglichkeit der Geschäftsfelderweiterung. Dass es insoweit um Effizienz, namentlich durch die „Realisierung von Synergien“ (Berufungsbegründung S. 28, Bl. 334) gehen könnte, ist aus dem Verfahrensbrief nicht ersichtlich und tatsächlich abwegig, nachdem das Moment der Effizienz in den aufgestellten Kriterien überhaupt nicht vorkommt. Vielmehr ist nach der Erläuterung des Kriteriums (S. 11 des Verfahrensbriefes), wonach die Zuweisung der Punktzahl von dem Umfang abhängt, den das Angebot den Kommunen an zusätzlichen Möglichkeiten der Zusammenarbeit eröffnet, wiederum offensichtlich, dass es nur um eine mögliche Einnahmesteigerung geht.

cc)

Weiter haben auch die an den Wegenutzungsvertrag selbst angelegten Kriterien (100 von insgesamt 170 Punkten) wenn auch nicht ausschließlich, so doch ganz vorrangig fiskalische Interessen der Gemeinden zum Gegenstand:

Für die Kriterien Konzessionsabgabe, Gemeinderabatt, Abschlagszahlungen und Folgekostenübernahme, zusammen 20 von 100 Punkten, ist das evident.

Nicht anders ist es mit dem mit 10 Punkten bewerteten Kriterium der regionalen Präsenz. Den Erläuterungen im Verfahrensbrief (hier S. 8) ist nicht ansatzweise

zu entnehmen, dass es bei diesem Kriterium um eine örtliche Anwesenheit durch Kundenbüros und Netzstörungenstellen und damit um einen kundennahen und persönlichen (und also verbraucherfreundlichen und sicheren) Stromnetzbetrieb gehen könnte (so aber Berufungsbegründung S. 21, Bl. 327). Vielmehr wird das gemeindliche Interesse an einer regionalen Präsenz einzig und allein damit begründet, dass die Schaffung von Voraussetzungen für die Zahlung von Gewerbesteuer in den Gemeinden erwünscht ist, weshalb auch die Bewertung desto höher ausfällt, je weiter die diesbezüglichen Bindungen reichen. Vor dem Hintergrund des Interesses der Gemeinden an einer „Netzgesellschaft“ ist es verfehlt anzunehmen, dass das Moment der Kundenfreundlichkeit in dem Kriterium eine Selbstverständlichkeit sei und lediglich der Aspekt der Gewerbesteuer um der Klarheit willen habe erwähnt werden müssen, wie aber die Berufungsbegründung (a. a. O.) vorgibt.

In diesem Zusammenhang sind dann auch die Kriterien Endschaftsbestimmung und Kaufpreisregelung, die an erster Stelle genannt sind und mit je 15 Punkten am höchsten bewertet werden, ganz offensichtlich darauf angelegt, einen möglichst einfachen und möglichst günstigen Weg des „Erwerbs der der Verteilung in den Gemeindegebieten dienenden Anlagen durch die jeweilige Gemeinde oder ein von ihr ausgewähltes Unternehmen“ - nach der Stoßrichtung des gesamten Konzepts: eines gemeindlich beherrschten Unternehmens – zu erleichtern und zu sichern.

Dazu passend ist auch das Kriterium der Vertragslaufzeit mitnichten darauf gemünzt, kürzerfristig als binnen 20 Jahren die Erreichung der Ziele des EnWG zu überprüfen (was ohnedies nicht der Gemeinde zukommt); die Zielrichtung ist vielmehr, je nach der Finanzlage der Gemeinde auch schon vor Ablauf von 20 Jahren einen weiter gehenden Erwerb des Netzes zu ermöglichen.

dd)

Die gesamte Argumentation der Klägerin ist, zusammenfassend, der untaugliche Versuch zu erklären, dass es nicht so sei, wie es offensichtlich aussieht. Sie geht im Wesentlichen darauf hinaus, dass die Gemeinden sich – natürlich -

um die Ziele des EnWG schon noch bemühen würden, wenn sie denn das Netz erst einmal hätten. Damit verfehlt das Vergabeverfahren grundlegend das gesetzlich vorgegebene Ziel.

Selbst wenn man, was nur mit größten Anstrengungen möglich erscheint, dafür halten wollte, dass in den genannten Kriterien – mit Ausnahme des insoweit eindeutigen Kriteriums „Bemühung um störungsfreien Netzbetrieb“ (10 von 100 Punkten) – den Zielen des § 1 EnWG zumindest *auch* Rechnung getragen werden sollte, so sind doch die diesbezüglichen Momente gegenüber dem politisch-fiskalischen Aspekt der Rekommunalisierung zur gemeindlichen Einnahmenerzielung derartig nachrangig, dass sie den Anforderungen des § 46 Abs. 3 EnWG nicht zu genügen vermögen.

Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass unstreitig die Netzentgelte, die die Klägerin anbieten kann, niedriger liegen als die Netzentgelte der Beklagten (Bl. 173 u. ö.). Die Höhe der Netzentgelte spiegelt sich nicht ansatzweise in den Auswahlkriterien und kann daher für die Entscheidung der Gemeindevertreter auch nicht maßgeblich gewesen sein. Abgesehen davon leuchtet auch nicht ein, dass dieser Umstand den Gemeinden bei der Konzessionsentscheidung bekannt gewesen wäre (so aber Berufungsbegründung S. 18, Bl. 324), wenn sich die Klägerin zum Beleg dafür auf ihr Preisblatt vom 1. Januar 2011 und eines der Beklagten vom 3. Dezember 2010 bezieht, also auf Unterlagen, die erst weit nach den Konzessionierungsentscheidungen erstellt worden sind.

Schließlich kann sich die Klägerin auch nicht, wie sie neu noch im Senatstermin vorgebracht hat, darauf berufen, dass in den Anhörungen zu den Angeboten der Bewerber auch jeweils Effizienzkriterien abgefragt worden wären (etwa das Vorhandensein eines Kunden-Centers und von Störungsstellen sowie das Preisniveau- und –tableau, wobei in letzterer Hinsicht bekannt gewesen sein soll, dass die Klägerin niedrigere Entgelte als die Beklagte und ein einheitliches Netzentgelt anbiete). Selbst wenn es (was die Beklagte bestritten hat) insoweit eine gleichmäßige Abfrage bei allen Bewerbern gegeben haben sollte, ist auszuschließen, dass den darauf erfolgten Angaben maßgebende Bedeutung

beigemessen worden ist. Derlei Fragen kommen in dem Kriterienkatalog nicht vor, und es spricht nach dem insoweit sorgsam betriebenen Ausschreibungsverfahren nichts dafür, dass - was schon als solches die Vergabeentscheidung in Frage stellen müsste - von diesem abgewichen worden wäre; vielmehr heißt es in der Bekanntmachung der Vergabeentscheidung vom 31. März 2010 (Anlage B 10), dass sie darauf beruhe, das im Hinblick sowohl auf die Gestaltung des Wegenutzungsvertrags (!) als auch des Geschäftsmodells der Netzgesellschaft (!) das Angebot der Klägerin als „am vorteilhaftesten für die Gemeinden“ bewertet wurde, und mit den Vorteilen für die Gemeinde sind nach allem nicht etwa die Vorteile für die Bewohner der Gemeinde als Stromverbraucher, sondern die Vorteile für den Gemeindehaushalt gemeint.

d)

Unter den gegebenen Umständen geht auch der Einwand der Berufung fehl, die Annahmen des Landgerichts seien weder durch unstreitigen Sachvortrag noch durch das Ergebnis der Beweisaufnahme getragen, verkennten die Beweislast und dokumentierten mindestens einen Verstoß gegen die Hinweispflicht aus § 139 Abs. 1 ZPO.

Dass sich die Gemeinden nicht, schon gar nicht vorrangig, an den Zielen des EnWG, sondern an ihren eigenen wirtschaftlichen Interessen orientiert haben, ist bei verständiger Lektüre der Ausschreibungskriterien, ihrer Begründung, der Bekanntmachung und nicht zuletzt des skizzierten politischen Zusammenhangs offenkundig. Was aber offenkundig ist, bedarf keines Beweises, § 291 ZPO.

Die Entscheidung beruht auch nicht auf einem Verstoß gegen die Hinweispflicht. Die Klägerin hat, nachdem die Beklagte den kartellrechtlichen Einwand erhoben hatte, schon in erster Instanz umfangreich, wiederholt und seither nahezu ausschließlich zu dieser Frage vorgetragen. Dass sie im Berufungsverfahren ihr bisheriges diesbezügliches Vorbringen praktisch nur wiederholt, zeigt zudem, dass sie in erster Instanz schon alles vorgetragen hat, was sie dazu hat vortragen können. Das reicht indes nicht, um auch nur einen Zweifel an dem oben gefundenen Ergebnis zu begründen. Entsprechend kann es auch

auf die von ihr jetzt angebotenen Beweismittel (der beiden Zeugen, die die Ausschreibung beratend begleitet haben) nicht ankommen.

2.

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

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

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

a)

Die Gemeinden sind Unternehmen i. S. von § 20 GWB. Der Begriff muss zur Vermeidung kartellrechtlicher Schutzlücken weit ausgelegt werden. Nur die hoheitliche Tätigkeit und das Handeln privater Verbraucher sind vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff ausgenommen (vgl. Büdenbender, a. a. O., S. 67, 68; Immenga/Mestmäcker-Zimmer, Wettbewerbsrecht, GWB, Deutsches Kartellrecht, Kommentar, 4. Auflage, § 1 Rn 27ff.). Zu einer bloß hoheitlichen Tätigkeit zählt der Abschluss von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen seitens der Kommunen nicht, da diese Verträge (ungeachtet der vorgelagerten Entscheidung im Gemeinderat) zivilrechtlicher Natur sind und die Kommunen erst durch den Abschluss der Verträge mit Außenwirkung tätig werden (Büdenbender, a. a. O.). Die unternehmerische Stellung ergibt sich auch daraus, dass die Kommunen mit der Vergabe von Wegerechten und der Erzielung von Konzessionsabgaben eine *wirtschaftliche Nutzung* ihrer Straßen, Wege und Plätze vornehmen. Im Übrigen bestätigt sich die Unternehmereigenschaft durch

§ 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB a. F.; danach wurden die Wegerechtsverträge von der Anwendung des Kartellverbots nach § 1 GWB ausgeschlossen, was nur dann nötig gewesen sein kann, wenn der Gesetzgeber der Meinung gewesen ist, dass die Kommunen beim Abschluss von Konzessionsverträgen unternehmerisch handeln (vgl. Büdenbender, a. a. O., S. 68, 69; im Ergebnis ebenso Bundesnetzagentur, Bundeskartellamt, Gemeinsamer Leitfaden vom 15. Dezember 2010, Rn 16 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 11. November 2008, WuW/DE-R 2581 – neue Trift).

b)

Die Gemeinden sind auch marktbeherrschend im Sinne von § 20 GWB.

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

Zu Unrecht macht die Klägerin (Berufungsbegründung S. 38, Bl. 344) geltend, die BGH-Entscheidung „Neue Trift“ (a.a.O.) sei nicht übertragbar, weil es dort nur um die Erteilung eines Einzelwegerechts gegangen sei. Das ändert nichts daran, dass die jeweilige Gemeinde auf ihrem Gebiet für Leitungsrechte, seien dies Einzelwegerechte oder komplexe Netznutzungsrechte, der einzige Anbieter ist.

Die Klägerin kann (so aber Berufungsbegründung S. 38f., Bl. 344f.) auch nicht gut argumentieren, es bestehe wegen der gesetzlichen Pflicht zur Ausschreibung der Konzession kein Angebotsmarkt und es müsse auf einen Nachfragemarkt für die Erbringung von Netzinfrastrukturleistungen des Elektrizitätsnetzbetriebs abgestellt werden, auf dem die Gemeinden als Nachfrager für die Erbringung von Netzinfrastrukturleistungen aufträten. Dieser Ansatz geht fehl. Der Markt ist der Sache nach so zu bestimmen, dass damit das relevante kar-

tellrechtliche Problem erfasst wird. Hier ist offensichtlich nicht das Problem, dass es auf dem Markt des Betriebs örtlicher Verteilnetze marktstarke Betreiber gibt, die andere Unternehmen auf diesem Markt behindern. Die Frage ist vielmehr, unter welchen Randbedingungen Kommunen wie die Klägerin, die über ein exklusives Gut, nämlich die Leitungsrechte auf ihrem Gemeindegrund, verfügen, *diskriminierungsfrei* darüber entscheiden, welcher der verschiedenen unternehmerischen Bewerber den Zuschlag erhalten soll.

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

c)

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

Das muss gelten, wenn die Gemeinde ihre Marktmacht dazu ausnutzt, um einen kommunaleigenen Netzbetreiber ohne akzeptable Argumentation und Entscheidungsgrundlage zu Lasten anderer Interessenten zu bevorzugen (vgl. Büdenbender, a. a. O., S. 71). Und es gilt gleichermaßen, wenn es darum geht, im eigenen wirtschaftlichen Interesse einen kommunal beherrschten Betreiber gleichsam in den Sattel zu heben.

d)

Der Verstoß gegen die §§ 46 Abs. 3 EnWG, 20 GWB hat im vorliegenden Fall die Nichtigkeit der Vergabeentscheidung zur Folge, § 134 BGB.

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

aa)

Zwar führt im Allgemeinen die aus § 20 Abs. 1 GWB resultierende Verbotswirkung grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit der aufgrund der sachwidrigen Auswahl zustande gekommenen Folgeverträge, sondern nur zu einem Anspruch auf Gleichbehandlung der negativ betroffenen Dritten. Das liegt darin begründet, dass sich das Verbot allein an den marktbeherrschenden Akteur, nicht aber gegen seine(n) Vertragspartner richtet, Vielmehr soll regelmäßig § 134 BGB insoweit nicht anwendbar sein, da die Gleichbehandlung auch unter Aufrechterhaltung dieser Verträge durch Abschluss entsprechender Verträge mit benachteiligten Unternehmen möglich ist und für die Durchsetzung der Interessen der Beeinträchtigten Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche ausreichen (vgl. Immenga/Mestmäcker-*Markert*, § 20 Rn 229). Als problematisch bei einem „Durchschlagen“ auf einen bloßen „Folgevertrag“ wird insoweit auch angesehen, dass die Nichtigkeit häufig in Rechtspositionen Dritter eingreift, die an dem Gesetzesverstoß selbst nicht beteiligt sind (so insbesondere Bechtold, Kartellrecht, GWB-Kommentar, 5. Auflage, § 20 Rn 64). Hier muss aber anderes gelten:

Davon, dass eine Kompensation der Ungleichbehandlung durch Abschluss von Verträgen mit dem benachteiligten Unternehmen möglich wäre, kann hier schon im Ansatz keine Rede sein. Naturgemäß kann nur *ein* Unternehmen zukünftig die Wegerechte innehalten. Ebenso gehen Unterlassungsansprüche fehl - worauf sollten diese gerichtet sein? Schadensersatzansprüche sind zwar theoretisch vorstellbar, aber praktisch schon deshalb kaum, weil nur mit größter Mühe zu beweisen sein wird, welches Ergebnis ein ordnungsgemäß ausgerichtetes Vergabeverfahren gehabt hätte; im Übrigen führten solche Schadensersatzansprüche, insbesondere wenn der entgangene Gewinn – sei es stetig als Dauerschaden oder als Einmalzahlung - liquidiert werden sollte, zu ersichtlich nicht sinnvollen Ergebnissen.

Die Klägerin erscheint überdies nur als eingeschränkt schutzwürdig. Das Argument, dass der Dritte – hier die Klägerin – an dem rechtswidrigen Handeln der Gemeinde „nicht beteiligt“ gewesen wäre, passt in Fällen, in denen ein am Kar-

tell beteiligtes Unternehmen in Ausführung einer verbotenen Absprache Verträge mit Dritten schließt, ohne dass diese über die Motive und Grundlagen des Handelns des Unternehmens im Bilde wären (und aus dem Kreis der Verstöße gegen § 1 GWB ist die Figur der Wirksamkeit der „Folgeverträge“ denn auch entlehnt). Das ist hier aber jedenfalls insoweit anders, als dass die Klägerin die Ausschreibungskriterien genau gekannt hat. Zwar besteht mit den Gemeinden (anders als im Fall 16 U(Kart) 22/12, in dem die Konzession an einen Eigenbetrieb vergeben worden ist) keine eigentliche Konzernidentität; gleichwohl stehen die „V... Stadtwerke“ - insbesondere in ihrer erweiterten Gestalt, die unzweifelhaft auch die Beteiligung der neu hinzugekommenen Gemeinden vorsehen wird – den sie beherrschenden Gemeinden so nahe, dass dies im Ergebnis der wirtschaftlichen (Teil-)Identität eines Konzerns als nicht ganz unähnlich erscheint.

Schon diese Umstände – keine zureichende Kompensation durch Beteiligungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche und eingeschränkte Schutzwürdigkeit - sprechen dafür, im vorliegenden Fall einen Durchgriff der Nichtigkeit auch auf den Abschluss des neuen Konzessionsvertrags anzunehmen.

bb)

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH zu den weiteren Nichtigkeitsfolgen eines Gesetzesverstößes.

Dem BGH (Urteil vom 17. Oktober 2003, NJW 2003, 3692, Rn 18 bei juris) zufolge ordnet § 134 BGB für ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nicht ausnahmslos die Nichtigkeit an. Während die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ohne weiteres zu dessen Nichtigkeit führt (§ 138 BGB), macht § 134 BGB diese Rechtsfolge davon abhängig, dass sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. § 134 BGB kann daher nicht ohne Rückgriff auf das verletzte Verbot angewendet werden. Ordnet das Verbot selbst eine Rechtsfolge an, so ist diese maßgeblich. Fehlt eine verbotseigene Rechtsfolgeregelung, sind Sinn und Zweck des verletzten Verbots entscheidend. Dies erfordert eine normbezogene Abwägung dahin, ob es mit dem Sinn und Zweck

des Verbots vereinbar oder unvereinbar ist, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen bzw. bestehen zu lassen. Dabei ist (vgl. Rn 19 und auch BGH, Urteil vom 14. Dezember 1999, NJW 2000, 1186, Rn 19 bei juris) der Umstand, dass sich eine Vorschrift nicht gegen den Inhalt des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes richtet, sondern gegen die Umstände seines Abschlusses, ein Argument gegen die Nichtigkeit des verbotswidrig zustande gekommenen Rechtsgeschäfts. Ebenso liegt es (vgl. BGH NJW 2003, 3692 Rn 19; BGH NJW 2000, 1186 Rn 20), wenn sich das Verbot nicht an die Beteiligten des Rechtsgeschäftes richtet, sondern nur einseitig an einen der Vertragsschließenden. Mit dem letztgenannten Gedanken wird auch spezifisch kartellrechtlich zwischen „Ausführungsverträgen“ (solchen, die innerhalb eines Kartells oder durch den Beitritt eines Dritten zum Kartell geschlossen werden) und „Folgeverträgen“ (solchen, bei denen ein kartellfremder Dritter vertraglich gebunden wird) unterschieden (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Juli 1987, WuW/EOLG 4182). In solchen Fällen soll dem BGH zufolge (Urteil vom 14. Dezember 1999, Rn 18 bei juris) die in § 134 BGB vorgesehene Rechtsfolge nur in Betracht kommen, wenn dem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der gleichwohl die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäft (also ausnahmsweise auch des „Folgegeschäfts“) erfordert.

Im vorliegenden Fall ist entsprechend diesen Grundsätzen nach Auffassung des Senats bei einem Verstoß der Wegerechtsvergabe gegen die Maßgaben des § 46 Abs. 3 EnWG die Nichtigkeit auch des neu abgeschlossenen Wegerechtsvertrags anzunehmen. Das Gesetz sieht nicht nur die Durchführung eines entsprechenden Verfahrens, sondern ausdrücklich vor, dass die Wegerechte diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen sind. Vergabe und Abschluss des neuen Vertrags bauen aufeinander auf und sind eng aneinander gekoppelt. Wie schon ausgeführt, ist dem benachteiligten Unternehmen eine spätere Beteiligung nicht möglich und sind Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche ebenfalls ausgeschlossen bzw. unpraktikabel. Maßgeblich ist schließlich, dass ein aufrecht erhaltenes Folgegeschäft offensichtlich dem Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG zuwiderliefe. Danach soll ein Wettbewerb um die Netze ermöglicht werden, den die Gemeinden zu veranstalten haben. Kommt

es zu einer wettbewerbswidrigen Vergabe, würde, wenn der Folgevertrag mit dem neuen Betreiber aufrechterhalten bliebe, der wettbewerbswidrige Zustand bis zu 20 Jahre Bestand haben. Es erscheint auch als durchaus möglich, dass sich in dieser Zeit die Verhältnisse so verändert und verfestigt haben, dass eine Rückgabe der Netze an den bisherigen Eigentümer sinnvoll gar nicht mehr in Betracht kommt. Tatsächlich bliebe ohne die Nichtigkeitsannahme der Verstoß gegen die wettbewerblichen Vorschriften im Ergebnis sanktionslos (so auch Bündenbender, a. a. O., S. 89).

cc)

Der vorstehenden Beurteilung steht auch nicht etwa die Entscheidung des OLG Hamm vom 26. September 2012, U 142/12 (Anlage BK 15) entgegen, auf die sich die Klägerin noch im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16. November 2012 bezogen hat. Der dortige Fall unterscheidet sich von dem vorliegenden schon im Tatsächlichen dadurch, dass die dortige Gemeinde bei der Vergabe der streitgegenständlichen Trinkwasserkonzession wesentlich auf wettbewerbliche Aspekte abgestellt hatte. Zum Kriterienkatalog gehörten (vgl. etwa Rn. 22) die Momente „Wassernetzbetrieb/Netzsicherheit/Wasserqualität und Preisgünstigkeit/Verbraucherfreundlichkeit“.

3.

Der Beklagten ist die Berufung auf den Einwand der Nichtigkeit auch nicht etwa wegen Verwirkung verwehrt, § 242 BGB.

Zutreffend hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass es sich bei den §§ 46 Abs. 3 EnWG, 20 GWB um Vorschriften handelt, die jederzeit – und auch und gerade von öffentlichen Stellen - zu beachten sind. Maßgeblich ist, wie zuvor abgehandelt, ob die Normen ein Verbot erfordern. Ist das der Fall, kann es auf den Zeitablauf und das Verhalten des Benachteiligten nicht ankommen.

B.

Der Klägerin steht auch kein (abgetretener) vertraglicher Anspruch zu.

Ein solcher Anspruch ist zwar nach dem zugrunde liegenden Wegenutzungsvertrag gegeben (1.), womöglich auch wohl ohne strikte Bindung an einen nach Maßgabe des Sachzeitwert ermittelten Preis (2.). Letzteres kann jedoch - wie auch die in diesem Fall schwierige Frage, wie das zu übertragende Netz „zuzuschneiden“ wäre - dahingestellt bleiben, weil die Klägerin aus kartellrechtlichen Gründen an der Geltendmachung des vertraglichen Anspruchs gehindert ist (3.).

1.

Die Gemeinden haben aus dem Wegenutzungsvertrag durchaus einen Anspruch auf Übereignung der Stromverteilungsanlagen, den sie – wie üblich - an die Klägerin abgetreten haben.

Hier ist (anders als im Fall 16 U(Kart) 22/12) in den jeweils gleichlautenden Konzessionsverträgen in § 9 ganz unzweideutig ein Recht der Gemeinden auf Erwerb statuiert („ist die Gemeinde berechtigt,“).

2.

Nach Auffassung des Senats spricht auch viel dafür, dass die Gemeinden vom Standpunkt des Vertrages aus eine Übertragung des Netzes im Wesentlichen ohne Bindung an den Sachzeitwert verlangen können müssen.

a)

Die Frage ist für den *gesetzlichen* Anspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, der eine Übereignung (bzw. vormals Überlassung) „gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ vorsieht und damit etwas unscharf ist, hoch streitig. Wie stets werden die der jeweiligen Interessenlage entsprechenden Positionen eingenommen. So optieren die mit der Übertragung belasteten Netzbetreiber (und vorliegend auch die Beklagte) für den regelmäßig höheren Sachzeitwert. Dagegen optiert die Erwerberseite (wie hier die Klägerin) regelmäßig für den typischerweise niedriger anzusetzenden Ertragswert. Letzterer Auffassung hat sich, gestützt auf die Ausführungen des BGH in der Kaufering-Entscheidung, etwa auch der Leitfaden von Bundesnetzagentur und Bundes-

kartellamt (Anlage B 7, Rn 41 ff.) angeschlossen. Für einen „objektivierten Ertragswert nach Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft“ spricht sich weiter das OLG Frankfurt (Urteil vom 14. Juni 2011, ZNER 2012, 188, Rn 75, 81 f. bei juris) aus.

b)

Der gleichen Auffassung ist, nunmehr für eine *vertragliche* Preisbestimmung, etwa das OLG Koblenz (Beschluss vom 11. November 2010, RdE 2011, 191), dabei davon ausgehend, dass die Maßgaben des Kaufering-Urteils im Hinblick auf die wettbewerblich prohibitive Wirkung von Sachzeitwertbestimmungen in einer Endschaftsklausel fortgälten.

Auch das OLG Düsseldorf (Urteil vom 16. Juni 2004, ZNER 2004, 291) hat bei einer Klausel, die die Berechnung des Kaufpreises nach Maßgabe des „zu ermittelnden Wiederbeschaffungswerts unter Berücksichtigung des Alters und des Zustands der Anlagen“ vorsah, versucht, den Unternehmenspreis nach Maßgabe des „objektiven Werts“ (in diesem Fall des sachverständig zu ermittelnden Ertragswerts) zu bemessen, was es darauf gründete, dass die vertragliche Klausel mangels der im Vertrag vorausgesetzten *Kündigung* der Gemeinde für den gegebenen Fall der *einvernehmlichen Beendigung* des Konzessionsvertrages nicht anwendbar sei. Der BGH (Urteil vom 7. Februar 2006, RdE 2006, 239, Anlage K 31) hat der Auffassung, es bestehe für die Bewertungsmethode in diesem Fall eine Regelungslücke, eine Absage erteilt und gemeint, die Umstände, insbesondere die Formulierungen in einer späteren Abwicklungsvereinbarung, ergäben, dass primär nach dem Sachzeitwert zu rechnen sei. Gleichwohl hat er am Ende die „Segelanweisung“ erteilt, dass es auch weiterer tatsächlicher tatrichterlicher Feststellungen zu dem bislang nur näherungsweise festgestellten Ertragswert bedürfe, dem nach seiner Rechtsprechung als kartellrechtlich relevante Grenze der Preisgestaltung bei der Übertragung von Stromversorgungsnetzen entscheidende Bedeutung zukomme (Rn 28).

c)

Dem kann man entnehmen, dass die Rechtsprechung auch in den Fällen, in denen die Berechnung des Unternehmenskaufs nach dem Buchstaben des Vertrags nach Maßgabe des Sachzeitwertes vorzunehmen ist, eine korrigierende Betrachtung durch den Ertragswert präferiert. Dem würde der Senat folgen wollen. Allerdings erscheint die Begründung, die der BGH in der Kaufvering-Entscheidung gegeben hat, als fraglich und unter den jetzt rechtlichen Bedingungen nicht recht tragfähig.

Der BGH hat zunächst ausgeführt, dass eine Klausel in einer Endschaftsbestimmung, die die Berechnung nach dem Sachzeitwert vorsieht, am Maßstab der AGB-Kontrolle wirksam sei und auch ansonsten die Sachzeitwertberechnung nicht schlechthin gesetzeswidrig, sondern wirtschaftlich durchaus angemessen. Er hat dann aber ausgeführt, dass es Fälle geben könne, in denen der Sachzeitwert erheblich über dem Ertragswert liege, also dem Wert, den ein Investor unter dem Aspekt zukünftiger Gewinne für das Unternehmen zu zahlen bereit wäre. Dieser Betrag müsse als „Deckel“ für den Sachzeitwert fungieren. Begründet hat er das damit, dass ansonsten in einer Endschaftsklausel der Sachzeitwert prohibitiv wirken könne, weil er den Eintritt der Gemeinde zu einem angemessenen Preis verhindere und diese dadurch faktisch länger als die gesetzlich vorgegebene Höchstfrist von 20 Jahren an das bisherige Versorgungsunternehmen binde. Das erscheint dem Senat unter zwei Gesichtspunkten als fragwürdig.

Eine vertragliche Endschaftsbestimmung dürfte heute schon deswegen nicht mehr prohibitiv d. h. wettbewerbshindernd wirken können, weil unabhängig von dem vertraglichen Anspruch jedenfalls der gesetzliche Anspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG besteht. Der neue Netzbetreiber wäre also, wenn er die Übereignung des Netzes begehrt, gar nicht darauf angewiesen, dies auf vertraglichem Wege mittels des abgetretenen Anspruchs zu bewerkstelligen.

Grundlegender scheint dem Senat aber eine zweite Erwägung zu sein: Der BGH legitimiert die Korrektur durch den Ertragswert mit einer wettbewerblichen

Überlegung, wobei er aber gleichzeitig davon ausgeht, dass die Gemeinde „völlig frei und ungehindert“ sich auch für einen Selbsteintritt entscheiden könnte. Wie schon oben (zu A. 1. a. bb. (6)) ausgeführt, kann der Senat unter dem sowohl in § 46 EnWG 2005/2011 als auch schon in § 13 EnWG 1998 enthaltenen Gesichtspunkt, dass die Gemeinden einen Wettbewerb um die Netze veranstalten sollen, nicht recht erkennen, was es mit Wettbewerb zu tun haben soll, wenn die Gemeinde sich „völlig frei und unabhängig“ von irgendeiner wettbewerblichen Überlegung aus kommunalpolitischen Erwägungen für den Selbsteintritt entscheidet. Tragfähig wird der Gedanke einer wettbewerbs-hindernden Preisbestimmung nur dann, wenn – wie hier vertreten – die Abtretung des vertraglichen Anspruchs mit einer wettbewerblich orientierten Vergabe einher geht.

Stärker (und zielführend, weil sie zugleich auch für den gesetzlichen Anspruch zutrifft und zu einer Parallelität der Rechtsfolgen bei beiden Ansprüchen führt), erscheint es dem Senat, den „Abschied vom Sachzeitwert“ damit zu begründen, dass dieser Bewertungsmaßstab eine überholte Betrachtungsweise ist. Nach Wöhe (Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 23. Auflage, S. 566, Kapitel: Die Unternehmensbewertung) kann, wird ein Unternehmen zum Verkauf angeboten, ein Kaufinteressent das Unternehmensvermögen unter dem Aspekt entweder (1.) der Einzelveräußerung der Vermögensteile oder (2.) der Fortführung der Unternehmenstätigkeit begutachten. Die Verwendungsvariante (1.) führt zur Einzelbewertung. Nach diesem Bewertungsgrundsatz ist der handelsrechtliche Jahresabschluss aufzustellen. Bei der Verwendungsvariante (2.) soll das Unternehmen dagegen dem Erwerber als Einkommensquelle erhalten bleiben. Maßgeblich für den Wert des Unternehmens ist dann nicht die Summe der Einzelwerte der Vermögensgegenstände; maßgeblich ist vielmehr der Wert der Einkommensquelle. So wie in der Verwendungsvariante (2.) liegt es ganz offensichtlich auch beim Netzkauf. Es ist dem genannten Standardlehrbuch zufolge mit dem investitionstheoretischen Konzept des Zukunftserfolgswertes - mit der discounted cash flow-Methode - zu arbeiten. Selbst das klassische Ertragswertverfahren, nach dem aus der Vergangenheit auf Zukunftsgewinne prognostiziert wird, wird als unzureichend angesehen. Erst

recht wird das Substanzwertverfahren abgelehnt (S. 579), dies im Übrigen auch vom Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) gemäß dem Leitfaden IDW S 1. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Bewertung nach dem Substanzwert in der Regel deshalb abgelehnt wird, weil sie zu zu niedrigen Werten führt. Vorliegend besteht die Besonderheit, dass der Substanzwert mutmaßlich deutlich höher ist als der Ertragswert, was u.a. an den verordnungsrechtlichen Abschreibungsmaßgaben liegt, die zu einer kurzfristigen Abschreibung auf null führen, wohingegen bei der Sachzeitwertmethode sinnvollerweise für Anlagen, die dessen ungeachtet noch funktionieren, ein sog. Anhaltewert angesetzt wird. Die genannte Besonderheit (Ertragswert vorliegend tendenziell niedriger) vermag aber nichts daran zu ändern, dass für den Fall der Fortführung der Unternehmenstätigkeit sinnvollerweise auf Verfahren abzustellen ist, die das Unternehmen unter dem Aspekt einer Einkommensquelle analysieren.

Verfehlt erscheint dem Senat jedenfalls der Versuch, den Rekurs auf den Sachzeitwert mit dem grundgesetzlich geschützten Eigentumsrecht des Netzbetreibers rechtfertigen zu wollen (so etwa jüngst Papier/Schröder, Wirtschaftlich angemessene Vergütung für Netzanlagen, RdE 2012, 125). Der Netzbetrieb ist kein Gegenstand persönlichen Affektionsinteresses, sondern sowohl für den Erwerber als auch für den bisherigen Eigentümer - zumal dann, wenn das Netz wie hier konzerngebunden geführt wird - allein als ein Instrumentarium interessant, das Gewinne generiert. Wenn und soweit Anlagen abgeschrieben sind, hat ein Netzbetreiber seine Investitionen in das Netz amortisieren können (was sich im Übrigen auch als die natürliche Folge seiner jahrzehntelangen unregulierten Monopolstellung versteht). Es besteht dann kein guter Grund, ihn nochmals im Verkaufsfall mit einem wirtschaftlich unangemessenen Kaufpreis zu privilegieren.

Um auch für den hier in Rede stehenden vertraglichen Anspruch zu diesem - vernünftig erscheinenden - Ergebnis zu kommen, kann man auf eine ergänzende Vertragsauslegung abstellen. Es mag dann zwar sein, dass der Vertrag ausdrücklich (zunächst) auf den Sachzeitwert abstellt. Es ergibt sich dann aber

eine Regelungslücke, wenn sich zeigt, dass der Sachzeitwert zu einem wirtschaftlich unangemessenen Betrag führt. Dann kann redlicherweise dieser Betrag nicht mehr verlangt werden, sondern hat eine Anpassung nach Maßgabe angemessener Verfahren stattzufinden. Man könnte in diesem Zusammenhang auch den Gedanken heranziehen, dass sich die Parteien eine derartige Anpassung unter dem Aspekt der Treue im Rahmen der Vertragsabwicklung schulden. Dabei erscheint auf Seiten der Beklagten wiederum beachtlich, dass sie ihre Investitionen durch jahrzehntelange weitgehend „ungedeckelte“ Strompreise längst refinanziert hat.

3.

Für den vorliegenden Fall kann dies indes dahin gestellt bleiben. Denn, wenn (wie zu A. ausgeführt) dem neuen Konzessionär ein gesetzlicher Anspruch auf Übertragung des Netzbetriebs ohne eine an wettbewerblichen Grundsätzen orientierte Auswahlentscheidung nicht zusteht, so kann er das nämliche Begehren auch nicht auf dem Weg einer Abtretung vertraglicher Ansprüche durchsetzen dürfen. Vielmehr stellt sich die Ausübung der vertraglichen Rechte als ein Verstoß gegen das gesetzliche Diskriminierungsverbot dar. Anders gesagt stellt sich das „Ausspielen der vertraglichen Karte“ oder das „Ziehen der vertraglichen Option“ durch die Gemeinde als eine Umgehung ihrer gesetzlichen Pflichten und als unzulässige Rechtsausübung dar, und dies bezieht - wie beim gesetzlichen Anspruch - auch die Klägerin als Empfängerin der Abtretungserklärung mit ein.

Nach Meinung des Senats ist dies Ergebnis zwingend. Es steht auch nicht zu der bislang ergangenen BGH-Rechtsprechung in Widerspruch. Der BGH hat zwar in einem auch von den Parteien diskutierten Urteil vom 29. September 2009, EnZR 15/08 (IR 2010, 84, hier Anlage K 43) ausgesprochen, dass der gesetzliche Anspruch nach allgemeinen Regeln selbstständig *neben* die konzessionsvertragliche Vereinbarung trete (Rn 13 bei juris). Das heißt dann an sich natürlich auch umgekehrt, dass der vertragliche Anspruch selbstständig neben dem gesetzlichen stünde. Das lässt sich indes auf den vorliegenden Fall nicht übertragen.

In dem zu entscheidenden Fall ging es darum, dass der abgebende Netzbetreiber eine Verpflichtung aus dem Konzessionsvertrag zur „Übertragung des Eigentums“ nach Maßgabe des (Alt-Konzessionärs-typischen) Verständnisses des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in eine „Überlassung“ (gemeint auch dort eine Pacht) hat modifiziert sehen wollen. Dem hat der BGH wie auch in der Vorinstanz das OLG Frankfurt widersprochen und dabei u. a. darauf hingewiesen, dass nach § 113 EnWG laufende Wegenutzungsverträge, einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben, unbeschadet ihrer Änderung durch die §§ 36, 46 und 48 EnWG im Übrigen unberührt bleiben (ebd). Wörtlich heißt es, der Gesetzgeber habe eine Änderung bestehender vertraglicher Endschafftsbestimmungen nicht beabsichtigt.

Dies passt indes nicht auf die vorliegende Fallkonstellation, in der es nicht (wie dort) um eine Anpassung des vertraglichen Anspruchsinhalts an gesetzliche Regelungen, sondern um die tiefergreifende Frage geht, ob im Lichte des Gesetzes der einmal vertraglich bestimmte Anspruch als solcher überhaupt bestehen bleiben darf. Anders gesagt, ging es in der BGH-Entscheidung um die Frage, ob eine Angleichung der Rechtsfolgen zweier je für sich in ihren Voraussetzungen gegebener Ansprüche (eines vertraglichen und eines gesetzlichen) geboten ist, während es hier um die Frage geht, ob ein an sich gegebener vertraglicher Anspruch anzuerkennen ist, wenn der parallele gesetzliche Anspruch zu verneinen ist. Die Ratio des Gesetzes erzwingt, dass in diesem Fall auch der vertragliche Anspruch ausgeschlossen sein muss. Der Sinn des § 113 EnWG kann bei richtiger Betrachtung auch nicht entgegenstehen. Zwar legt der Wortlaut zunächst nahe, dass die laufenden Wegenutzungsverträge „unbeschadet ihrer Änderung durch die §§ 36, 46 und 48“ in ihrem sonstigen Inhalt unangestastet bleiben. Wie auch schon in der weiter geltenden Vorgängerregelung des Art. 4 § 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes vom 24. April 1998 (wonach laufende Konzessionsverträge einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben von der EnWG Novelle 1998 trotz Wegfalls der Ausschließlichkeit unberührt geblieben sind), zielt die Bestimmung aber nur auf die Auswirkungen, die das kartellrechtliche Verbot der ausschließlichen Bindung an nur einen zentralen Versorger auf die *bestehenden* Verträge mit

diesem haben konnte: Es sollte vor allem sichergestellt werden, dass die vereinbarten Konzessionsabgaben trotzdem weiterhin in voller Höhe vereinbart werden konnten (vgl. BGH, a. a. O., Rn 16 mit Hinweis auf BT-Drs. 13/7274, S. 26). Daher muss man § 113 EnWG dahin verstehen, dass an dem Bestand von rechtswirksam geschlossenen und noch nicht ausgelaufenen Verträgen *für die Zeit ihrer Geltung* nichts geändert werden soll. Dies kann jedoch sinnvollerweise nicht gleichermaßen für die Modalitäten von anschließenden Konzessionierungen gelten. Sollten die alten Konzessionsverträge auch im Hinblick auf den Eigentumsübertragungsanspruch nach ihrem Auslaufen unberührt bleiben, hätte es jede Gemeinde in der Hand, durch die Geltendmachung des vertraglichen Anspruchs den an sich vorgesehen Wettbewerb um die Netze auszuschalten. Das kann unmöglich richtig sein. Entsprechend hat man auch § 113 EnWG im Lichte der Ziele des EnWG wie vorstehend auszulegen.

C.

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

D.

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