

Ausfertigung

14 O Kart. 83/10

Verkündet am:
03.02.2012



Kaiser, Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDGERICHT KIEL

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

Stadt Heiligenhafen,

vertreten durch Werkleitung des Eigenbetriebes Stadtwerke Heiligenhafen,
die Herren Joachim Gabriel und Manfred Wohnrade,
Am Jachthafen 4 a, 23774 Heiligenhafen,

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Becker und Partner, Magazinstraße 15 - 16, 10179 Berlin
(04815-09)

g e g e n

Schleswig-Holstein Netz AG,

vertreten durch den Vorstand Hans-Jakob Tiessen und Klaus Lewandowski,
Schleswig-HeinGas-Platz 1, 25450 Quickborn,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Schulz Noack Bärwinkel, Baumwall 7, 20459 Hamburg
(1798/10SG61/SG/Fe)

1.) Bundeskartellamt,
Kaiser-Friedrich-Str. 16, 53113 Bonn;

- sonstige Beteiligte -

2.) Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen,
Tulpenfeld 4, 51113 Bonn,

- sonstige Beteiligte -

hat die Kammer für Handelssachen I des Landgerichts Kiel
auf die mündliche Verhandlung vom 04.01.2012
durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Heineke,
den Handelsrichter Voß und die Handelsrichterin Paulsen

für R e c h t erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von
110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vor-
läufig vollstreckbar.

T A T B E S T A N D

Die Klägerin begehrt Verurteilung der Beklagten zur Übertragung des Eigentums am örtlichen Stromversorgungsnetz.

Die Beklagte ist 100%ige Tochter der E.ON Hanse AG und Rechtsnachfolgerin der SCHLESWAG AG. Sie ist Eigentümerin des Stromversorgungsnetzes im Gebiet der Klägerin. Ihre Rechtsvorgängerin hatte mit der Klägerin am 17.12.1993 einen Wegenutzungsvertrag geschlossen, nach dessen Inhalt ihr die Klägerin das Recht einräumte, Anlagen für die unmittelbare öffentliche Versorgung von Letztverbrauchern mit Elektrizität im Gebiet der Gemeinde auf oder unter öffentlichen Wegen zu errichten und zu betreiben. Der Vertrag war für die Dauer von 20 Jahren abgeschlossen und sollte mit Wirkung vom 01.01.1989 in Kraft treten. § 9 des Vertrages lautet:

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

2, ...

3. Können sich die Vertragsparteien über den Sachzeitwert nicht einigen, so wird der Sachzeitwert der Anlagen durch Schiedsgutachter ermittelt...“

Wegen aller Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarungen wird auf die Anlage K 6 Bezug genommen.

Die Klägerin machte das Vertragsende am 30.12.2006 bekannt. Am folgenden Tag bekundete die Beklagte ihr Interesse an einer erneuten Konzessionierung und teilte der Klägerin auf deren Anforderung Netzdaten mit. Auch ein weiterer Bewerber bekundete sein Interesse. Im März 2008 stellte die Beklagte ihr Angebot der Stadtvertretung vor. Diese stellte im Folgenden bestimmte Anforderungen an das Angebot der Beklagten auf, u. a. eine 100%ige Übernahme der Folgekosten für künftige Veränderungen oder Umlegungen an den Versorgungsleitungen, eine Pflicht zur Erdverkabelung, Haftung für Schäden durch Versorgungsleitungen, die Übernahme einer Pflicht zum Rückbau stillgelegter Leitungen im Bedarfsfall sowie Endschaftsregelungen, falls die Stadt beabsichtigt, das Energieversorgungsnetz zu kommunalisieren. Wegen der Einzelheiten wird auf das Besprechungsprotokoll der Beklagten vom 02.04.2008, Anlage B 8, Bezug genommen. Die Beklagte passte ihr Angebot diesen Anforderungen an.

Mit Stadtratsbeschluss vom 11.12.2008 entschied die Klägerin jedoch, keinem der Bewerber den Abschluss eines Konzessionsvertrages für das Stromverteilungsnetz anzubieten, sondern dieses zu „rekommunalisieren“. Die Aufgabe zum Betrieb des Stromverteilungsnetzes sollte eigenen Stadtwerken in der Rechtsform eines noch zu gründenden Eigenbetriebes übertragen werden. In der amtlichen Bekanntmachung der Entscheidung heißt es zur Begründung:

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

Die Stadt Heiligenhafen ist sich sicher, mit der Entscheidung für die Stadtwerke Heiligenhafen die besten Voraussetzungen für eine zuverlässige, preisgünstige und umweltgerechte Stromversorgung geschaffen zu haben".

Die Parteien führten im Anschluss daran Verhandlungen über eine Netzübernahme, konnten jedoch keine Einigkeit über den Umfang der zu übereignenden Anlagen und den zu zahlenden Kaufpreis erzielen. Die Beklagte verlangte den Sachzeitwert, die Klägerin dagegen vertritt die Auffassung, nur den Ertragswert zu schulden, soweit der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt.

Die Klägerin vertritt die Ansicht, ihr stehe sowohl aus § 9 des Wegenutzungsvertrages als auch aus § 46 Abs. 2 EnWG ein Anspruch auf Übereignung der in ihrem Stadtgebiet vorhandenen Niederspannungsleitungen sowie derjenigen Mittelspannungsleitungen, die überwiegend der Versorgung von Letztverbrauchern im Stadtgebiet dienen, zu. Die Regelung in § 9 des Wegenutzungsvertrages vom 17.12.1993 beinhalte nicht nur ein Andienungsrecht der Beklagten, sondern auch ein Erwerbsrecht für sie, die Stadt. Die dort getroffene Regelung über den Sachzeitwert sei kartellrechtswidrig, falls der Ertragswert des Netzes deutlich unter diesem Wert liege. Denn dann wirke der nach dem Sachzeitwert bemessene Kaufpreis prohibitiv und verhindere einen wirksamen Wettbewerb um die Netze. In diesem Fall müsse der Kaufpreis nach dem Ertragswert bemessen werden. Um einen etwaigen Anspruch auf Vertragsanpassung durchsetzen zu können, benötige sie die mit dem Antrag zu 3.) begehrten Auskünfte.

Ihr stehe aber auch ein gesetzlicher Übereignungsanspruch aus § 46 Abs. 2 EnWG zu. Der dort geregelte Anspruch auf „Überlassung“ bedeute die Übertragung des Eigentums. Die wirtschaftlich angemessene Vergütung sei nach dem Ertragswert des Netzes zu bemessen.

Sie vertritt die Ansicht, die Konzessionsvergabe an ihren Eigenbetrieb sei ordnungsgemäß erfolgt. Da es sich um eine „In-House-Vergabe“ gehandelt habe, sei sie nicht zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens verpflichtet gewesen. Tatsächlich sei das Verfahren aber auch transparent gewesen. Denn sie habe schon frühzeitig auf die Rekommunalisierungsbestrebungen verwiesen und ihre Entscheidung mit einem größeren Einfluss auf den Netzbetrieb, auf strategische Entscheidungen und auf das Netzeigentum sowie die damit einhergehende Erfüllung der Gewährleistungs-

verantwortung begründet. Da § 46 EnWG a. F. keine Auswahlkriterien vorgegeben habe, habe sie aufgrund des in Art. 28 Abs. 2 GG verankerten kommunalen Selbstverwaltungsrechts über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt.

Die Klägerin beantragt,

1.

Die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin das Eigentum an dem Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im gesamten Gebiet der Stadt Heiligenhafen,

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

zu übertragen.

a.

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

aa) Stufe 1:

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

bb) Stufe 2 (nach Erteilung der Auskunft):

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

2.

Die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin

a.

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

b.

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

c.

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

3.

Die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin, bezogen auf den letzten 01. Januar vor Rechtskraft des Urteils sowie bezogen auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe des in Ziffer 1. benannten Stromversorgungsnetzes Auskunft zu erteilen,

a.

über den Bestand der für den Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung in der Stadt Heiligenhafen notwendigen Verteilungsanlagen (nachfolgend „Netzgebiet“ genannt) durch die Vorlage eines vollständigen Mengengerüsts (GIS-Auszug, hinterlegte Betriebsmitteldaten) mit der Beschreibung der Anlagen nach Umfang (Anzahl bzw. Leitungslänge), Art, Baujahr, Hersteller, Typ, erwartete technische Restnutzungsdauer und Standort, gliedert nach:

i.. Mittel- und Niederspannungsleitungen

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

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

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

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

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

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

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

f. über die zuletzt nach § 6 ARegV ermittelten und von der zuständigen Regulierungsbehörde bei der Festlegung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der Erlösobergrenze zugrunde gelegten kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens für die unter a) aufgeführten Anlagengüter,

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

h. über die von der zuständigen Regulierungsbehörde bei der erstmaligen Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte gemäß § 32 Abs. 3 StromNEV zugrunde gelegten Nutzungsdauern für die unter a) aufgeführten Anlagengüter,

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

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

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

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

iv. Anpassungsbeträge durch die Genehmigung eines Erweiterungsfaktors

v. Erhöhungsbeträge aus der Genehmigung eines Investitionsbudgets oder eines pauschalierten Investitionszuschlags,

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

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

l. über folgende Strukturdaten des Gesamtnetzes und des nach Ziffer 1. herausverlangten Netzes nach Maßgabe des „Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösbergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV“ in der jeweilig gültigen Fassung:

- i. Fläche des versorgten Gebietes
- ii. Anzahl der Anschlusspunkte
- iii. Jahreshöchstlast
- iv. Stromkreislänge (Freileitungen und Kabel)
- v. Anzahl der Einspeisepunkte von dezentralen Erzeugungsanlagen
- vi. installierte Leistung der Umspannebene in kA

- vii. Anzahl der Umspannstationen
- viii. Anzahl der Transformatoren
- ix. Einwohnerzahl
- x. Amtlicher Gemeindeschlüssel,

m.

über die Höhe der jährlichen Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen, die in dem gemäß § 6 ARegV zuletzt ermittelten Ausgangsniveau der Erlösbergrenze 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 5 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 veröffentlichen Strukturdaten für die unter a) benannten Anlagengüter.

4.

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

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die Schäden zu ersetzen, die ihr in der Zeit ab Rechtshängigkeit der Klage durch die verzögerte oder unvollständige Erfüllung der in den Ziffern 1. bis 3. genannten Ansprüche entstanden sind.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie vertritt die Ansicht, aus § 9 des Wegenutzungsvertrages ergebe sich kein Anspruch der Klägerin auf Übereignung des Netzes, sondern lediglich eine Verpflichtung zur Übernahme, falls sie, die Beklagte, ihr das Netz andiene. Ein Übereignungsanspruch der Klägerin ergebe sich auch nicht aus § 46 Abs. 2 EnWG. Die Konzessionierung des Eigenbe-

etriebes der Klägerin sei unwirksam. Es habe sich nicht um ein auf sachlichen Kriterien beruhendes Auswahlverfahren gehandelt. Vielmehr habe die Klägerin die von ihr zuvor kommunizierten Auswahlkriterien missachtet und ihren Eigenbetrieb ohne sachlichen Grund gegen die maßgeblichen Ziele des EnWG bevorzugt. Der Wunsch nach einer Kommunalisierung des Netzes sei kein Entscheidungskriterium nach dem EnWG. Vielmehr gehe es darum, den effizientesten Netzbetreiber zu finden. Darüber hinaus begründe § 46 Abs. 2 EnWG a. F. auch keinen Anspruch auf Übereignung, sondern lediglich auf Überlassung des Netzes durch Besitzeinräumung, z. B. durch Abschluss eines Pachtvertrages.

Wegen aller Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Klage ist insgesamt unbegründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem in ihrem Stadtgebiet vorhandenen Stromnetz sowie auf Erteilung der gewünschten Auskünfte hierüber zu.

Dies ergibt sich – nach § 313 Abs. 3 ZPO kurz zusammengefasst – aus folgenden Erwägungen:

Aus § 9 des Wegenutzungsvertrages lässt sich kein Anspruch der Klägerin auf Übereignung des Stromnetzes herleiten. Darin ist nach dem eindeutigen Wortlaut lediglich eine Verpflichtung der Stadt geregelt, auf Wunsch der Beklagten das Stromnetz für den Fall zu übernehmen, dass sie den Vertrag mit der Beklagten nicht fortsetzen will, nicht aber ein Recht der Stadt auf den Erwerb.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Klägerin angeführten Umstand, dass der Städtebund Schleswig-Holstein und die Schleswig nach Vertragsschluss einen Musterkonzessionsvertrag ausgehandelt haben, der auch ein Erwerbsrecht der Gemein-

den vorsah. Denn dieser Musterkonzessionsvertrag ist von den Parteien dieses Rechtsstreits gerade nicht übernommen worden. Auch Sinn und Zweck der in § 9 des Wegenutzungsvertrages vom 17.12.1993 getroffenen Regelung lassen keine Auslegung dahingehend zu, dass ein Erwerbsrecht der Gemeinde begründet werden sollte. Sinn und Zweck der Regelung liegen erkennbar darin, die Beklagte für den Fall abzusichern, dass es zu keiner Fortsetzung oder Erneuerung des Konzessionsvertrages kommt. Denn in diesem Fall müsste sie ohne die Regelung ihr Netz aus dem Gemeindegebiet entfernen. Stattdessen darf sie es nach § 9 Ziffer 1 des Vertrages der Klägerin anbieten. Hieraus lässt sich aber nicht der Umkehrschluss ziehen, dass sie der Klägerin das Netz zwingend zum Erwerb anbieten oder ein entsprechendes Erwerbsangebot der Klägerin annehmen muss, auch wenn dies wirtschaftlich die allein sinnvolle Lösung sein mag.

Auch eine ergänzende Vertragsauslegung ist nicht geboten, etwa, um eine ansonsten drohende Zerstörung der Infrastruktur zu verhindern. Denn nach der Einführung des § 46 Abs. 2 EnWG steht dem neuen Konzessionsträger in jedem Fall ein gesetzlicher Herausgabeanspruch zu, so dass es zu einer wertzerstörenden Wegnahme nicht kommen kann.

Ein Anspruch der Klägerin auf Übereignung des Stromnetzes ergibt sich aber auch nicht aus § 46 Abs. 2 EnWG, weil die von ihr am 11.12.2008 getroffene Entscheidung, den Betrieb des Stromversorgungsnetzes künftig durch einen Eigenbetrieb vornehmen zu lassen, sowohl gegen allgemeine Vergabeprinzipien als auch gegen §§ 19, 20 GWB und § 46 Abs. 3 EnWG in der bis zum 03.08.2011 geltenden Fassung verstieß:

§ 46 Abs. 3 EnWG in der hier anwendbaren Fassung regelte im Gegensatz zur Neufassung zwar nicht ausdrücklich, nach welchen Kriterien die Gemeinden die Vergabeentscheidung zu treffen hatten.

Die Kammer folgt aber der Auffassung der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamtes, niedergelegt im „Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ vom 15.10.2010, dass die Neukonzessionierungen dem Kartellrecht und den aus den europäischen Grundfreiheiten folgenden allgemeinen Vergabeprinzipien unterliegen.

Danach muss die Vergabe transparent und nicht diskriminierend durchgeführt werden. Da die Disposition über die Neuvergabe der Konzessionen ausschließlich der Gemeinde zusteht, die die entsprechenden Wegennutzungsrechte zu vergeben hat, sind die Gemeinden darüber hinaus absolut marktbeherrschend und demnach an §§ 19, 20 GWB gebunden, d. h., sie dürfen diese Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen und andere Unternehmen nicht unbillig behindern. Schließlich ergibt sich nach Ansicht der Kammer aus dem Sinn und Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG, einen Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen, dass die Gemeinden bei der Auswahl des neuen Konzessionsträgers die Ziele des EnWG zu beachten haben, also das Erreichen einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltfreundlichen Energieversorgung. Dies hat der Gesetzgeber nunmehr in die Neufassung des § 46 Abs. 3 EnWG ausdrücklich als Verpflichtung der Gemeinden aufgenommen, wobei er in der Gesetzesbegründung ausgeführt hat, dass es sich hierbei lediglich um eine Klarstellung handelte (BT-Drucksache 17/6072 S. 88).

Gemessen hieran hat die Klägerin kein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchgeführt, ihre marktbeherrschende Stellung im Verhältnis zur Beklagten und dem Mitbewerber missbraucht, ihre Mitbewerber unbillig behindert und gegen die Ziele des § 1 EnWG verstoßen:

Eine transparente und diskriminierungsfreie Vergabe erfordert, dass die Auswahlentscheidung anhand der zuvor aufgestellten und kommunizierten Auswahlkriterien stattfindet.

Die Klägerin hat sich jedoch bei der Vergabe nicht an die von ihr zuvor aufgestellten Kriterien gehalten. Aus dem Besprechungsvermerk vom 02.04.2008, Anlage B 8, ergibt sich, dass sie von den Mitbewerbern u. a. eine 100%ige Übernahme der Folgekosten einer Veränderung oder Umlegung der Versorgungsleitungen oder -anlagen, eine Haftung für Schäden, die durch Versorgungsanlagen entstehen können sowie eine Pflicht zum Rückbau stillgelegter Leitungen gefordert hatte, um die Stadt künftig nicht mit Kosten zu belasten. Unstreitig hat die Beklagte diese Forderungen in ihrem Angebot auch berücksichtigt. Einem Eigenbetrieb der Klägerin ist es dagegen von vornherein gar nicht möglich, diesen Forderungen nachzukommen. Vielmehr wird die Gemeinde im Ergebnis selbst mit diesen Kosten belastet. Wenn die Klägerin daher dennoch ihren Eigenbetrieb konzessio-

nieren wollte, so bedeutet dies, dass sie von den zuvor von ihr aufgestellten Kriterien abgewichen ist.

Ferner ergibt sich aus dem Besprechungsvermerk vom 02.04.2008, Anlage B 8, dass die Klägerin bei der Aufstellung der Auswahlkriterien lediglich ihre eigenen kommunalen Interessen verfolgt hat, die Ziele des § 1 EnWG dort jedoch nicht einmal erwähnt werden.

Darüber hinaus wird auch weder aus dem Stadtratsbeschluss noch aus der Bekanntgabe des Beschlusses noch aus ihrem Sachvortrag im Rahmen des vorliegenden Verfahrens deutlich, nach welchen konkreten Auswahlkriterien die Klägerin ihre Entscheidung getroffen hat und dass sie dabei überhaupt die Ziele des EnWG berücksichtigt hat, nämlich die Sicherstellung einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltfreundlichen Energieversorgung. Die Stärkung der Wirtschaftskraft und des kommunalen Einflusses der Gemeinden, wie er in der Bekanntgabe des Beschlusses als Begründung für die Vergabeentscheidung zum Ausdruck kommt, stellt jedenfalls kein Ziel des EnWG dar, wie sich aus § 46 Abs. 4 EnWG ergibt, der die gemeindlichen Eigenbetriebe privaten Unternehmen gleichstellt.

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg auf die Grundsätze über das sog. „In-House-Verfahren“ berufen. Danach sind das europäische Vergaberecht und die Grundsätze der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit dann nicht anwendbar, wenn es um Beschaffungen eines Hoheitsträgers innerhalb seiner eigenen Aufgabenorganisation geht. Aus § 46 EnWG ergibt sich aber gerade der Wille des Gesetzgebers, die Netze nicht zwangsläufig den Kommunen zu überlassen, sondern einen an den Zielen des § 1 EnWG ausgerichteten Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen und insoweit die Eigenbetriebe nicht anders als private Betriebe zu behandeln. Dies ist nur mit Hilfe eines transparenten, diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens möglich.

Dies rechtfertigt sich gleichermaßen aus § 20 GWB. Die öffentliche Hand, die sich privatwirtschaftlich betätigen will, darf sich hierbei nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetzt oder die privaten Mitbewerber mit Mitteln verdrängt, die diesen nicht zugänglich sind, ihr

dagegen aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen (BGH, Urteil vom 24.09.2002, KZR 4/01 – Kommunaler Schilderprägebetrieb).

Schließlich ist das Vorgehen der Klägerin auch nicht durch das ihr nach Art. 28 Abs. 2 GG zustehende kommunale Selbstverwaltungsrecht gerechtfertigt. Dieses Recht besteht lediglich im Rahmen der geltenden Gesetze. Wie bereits ausgeführt, sieht § 46 Abs. 3 EnWG jedoch gerade kein vorrangiges Zugriffsrecht der Gemeinden auf die in ihrem Grund und Boden verlegten Stromnetze vor, sondern verpflichtet diese, unter Gleichbehandlung der kommunalen Eigenbetriebe mit privaten Unternehmen einen an den Zielen des § 1 EnWG ausgerichteten Wettbewerb um die Netze ermöglichen. Auch die aus Art. 28 Abs. 2 GG folgende Verpflichtung der Gemeinde, im Rahmen der Daseinsvorsorge die Stromversorgung sicherzustellen, rechtfertigt die Konzessionierung des Eigenbetriebes der Klägerin unter Missachtung der oben aufgeführten kartellrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Grundsätze sowie der Ziele des EnWG nicht. Es spricht nichts dafür, dass die Entscheidung zur Konzessionierung des Eigenbetriebes erforderlich gewesen wäre, um die Stromversorgung sicherzustellen. Dies wäre etwa denkbar gewesen, wenn keiner der Mitbewerber ausreichend leistungsfähig oder leistungswillig gewesen wäre. Hierzu fehlt es jedoch an jeglichem Sachvortrag der Klägerin.

Der Verstoß der Klägerin gegen die Vergabeprinzipien, §§ 19, 20 GWB sowie § 46 Abs. 3 EnWG führt zur Nichtigkeit eines etwa mit dem Eigenbetrieb geschlossenen Konzessionsvertrages nach § 134 BGB, jedenfalls aber dazu, dass sich die Klägerin zu ihren Gunsten gegenüber der Beklagten nicht auf eine wirksame Konzessionierung ihres Eigenbetriebes berufen kann. Ein Überlassungsanspruch aus § 46 Abs. 2 EnWG scheidet nach alledem aus.

Allerdings wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass in Fällen einer unterschiedlichen Behandlung durch Bevorzugung einzelner Marktpartner § 134 BGB auf die mit diesen geschlossenen Verträge nicht anwendbar ist, da in der Regel die Gleichbehandlung auch unter Aufrechterhaltung dieser Verträge durch Abschluss entsprechender Verträge mit den benachteiligten Unternehmen möglich ist und außerdem für die Durchsetzung der Interessen der Beeinträchtigten Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche ausreichen (vgl. die Nachweise bei Immenga/Mestmäcker-Markert, Wettbewerbsrecht, § 20 Rn. 229 Fn.

651). Auch kommt die Rechtsfolge des § 134 BGB regelmäßig dann nicht in Betracht, wenn das betreffende Verbot lediglich den einen Teil trifft.

Anders muss es aber jedenfalls dann sein, wenn das Verbot ohne die Nichtigkeitsfolge eines Verstoßes dagegen weitgehend leer liefe bzw. wenn der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen ist und die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung nicht hingenommen werden kann (vgl. BGH NJW 2003, 3692 und NJW 2000, 1186).

So liegt es hier. Mit ihrer Auswahlentscheidung haben die Gemeinden nicht nur die Beklagte als Mitbewerberin der Klägerin benachteiligt, sondern gegen den Zweck des EnWG verstoßen. Sinn und Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG liegen gerade darin, einen Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen, der letztlich der Förderung der Ziele des § 1 EnWG dienen soll. Dieser Zweck kann nicht erreicht werden, wenn die unter Außerachtlassung dieser Ziele allein oder jedenfalls überwiegend unter Berücksichtigung kommunaler Interessen getroffene Auswahlentscheidung dennoch für einen Zeitraum von bis zu 20 Jahren Bestand hat.

Die Klägerin kann sich insoweit auch nicht mit Erfolg auf die Grundsätze über die Verwirkung berufen, weil die Beklagte die Vergabeentscheidung nicht sogleich nach ihrer Bekanntmachung, sondern erst im Rahmen des vorliegenden Verfahrens angegriffen hat. Der Anwendung der Grundsätze über die Verwirkung eines Rechts steht schon entgegen, dass die Vorschriften, gegen die die Gemeinde bei der Entscheidung über die Vergabe der Konzession an ihren Eigenbetrieb verstoßen hat, nicht in erster Linie der Wahrung der Interessen der Mitbewerber dienen, sondern öffentlichen Interessen und Zielen. Sie sind daher jederzeit zu beachten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.



Ausgefertigt:
Kiel, 03. Februar 2012

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Marie Böhm".

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Landgerichts