

4. Kein Anspruch auf Netzüberlegung aus § 46 Abs. 2 EnWG nach Auslaufen eines Konzessionsvertrags

EnWG §§ 46 Abs. 2; 113

Aus § 46 Abs. 2 EnWG ergibt sich kein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den zur allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen gegen den früheren Konzessionsnehmer. Unter „Überlassen“ kann nicht nur die Übertragung des Eigentums, sondern auch die bloße Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit zu verstehen sein. Unberührt bleiben allerdings vertragliche Eigentumsüberlassungsansprüche aus den Endschaftsbestimmungen des Konzessionsvertrags.

(Leitsatz der Redaktion)

OLG Frankfurt am Main, U. v. 29.01.2008 - 11 U 20/07 (Kart)

(vorgehend: LG Darmstadt)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Berechtigung der Klägerin zur Übernahme des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung auf dem Gebiet der Gemeinde O1. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die A AG, schloss 1991 mit der Gemeinde O1 einen bis 31.12.2010 befristeten Konzessionsvertrag. Der Vertrag enthält in Ziff. 16.1 eine Endschaftsbestimmung, nach der die Gemeinde bei Ablauf des Vertrags berechtigt ist, die im Gemeindegebiet vorhandenen Anlagen zur Verteilung der elektrischen Energie gegen Erstattung ihres Wertes zu erwerben. Im Dezember 2003 veröffentlichte die Gemeinde in lokalen Zeitungen (erstmalig) den Hinweis, dass der Stromkonzessionsvertrag mit der Beklagten am 31.12.2010 endet und die Gemeinde O1 erwäge, Verhandlungen über den Neuabschluss zu führen und ggf. einen Neuabschluss vorzunehmen. Diese Vorgehensweise war mit der Beklagten abgestimmt. Erstmals mit Schreiben vom 08.03.2004 bekundete die Klägerin gegenüber der Gemeinde ihr Interesse am Abschluss eines entsprechenden Konzessionsvertrages. Im März 2005 äußerte das Bundeskartellamt gegenüber der Gemeinde Bedenken im Hinblick auf die gewählte Verfahrensweise und verlangte u.a., etwaigen Wettbewerbern deutlich zu machen, dass die Gemeinde durch Mitwirkung der Beklagten in der Lage sei, den geltenden Konzessionsvertrag (vorzeitig) aufzulösen. Hierauf veröffentlichte die Gemeinde im Bundesanzeiger am 14.03.2005 (erneut) eine (modifizierte) Bekanntmachung und bat um Angebote bis 30.06.2005. Mit Schreiben vom 18.03.2005 erklärte die Beklagte gegenüber der Gemeinde „...dass wir zum 31.12.2005 den mit Ihnen bestehenden Strom-Konzessionsvertrag beenden werden, sofern Sie sich aufgrund eines bis zum 30.06.2005 eingegangenen Angebots für den Abschluss eines Strom-Konzessionsvertrages mit einem Dritten entscheiden“.

Unter dem 03./17.03.2005 unterbreitete die Klägerin der Gemeinde ein Angebot in Form eines Vertragsentwurfs. Die Klägerin und die Gemeinde O1 schlossen am 23.12.2005 einen ab 01.01.2006 geltenden Konzessionsvertrag. Weiter trat die Gemeinde ihre Ansprüche auf Erwerb der Stromanlagen aus dem Konzessionsvertrag mit der Beklagten an die Klägerin ab. Mit Schreiben vom selben Tag teilte die Gemeinde der Beklagten mit, dass die Gemeindevertreter beschlossen haben, das von der Beklagten gegenüber der Gemeinde eingeräumte Sonderkündigungsrecht zur Beendigung des bestehenden Stromkonzessionsvertrages auszuüben und den Stromkonzessionsvertrag zum 31.12.2005 zu beenden. Die Beklagte lehnte es ab, der Klägerin die zur Stromversorgung erforderlichen Anlagen zu übertragen.

Mit der Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die Beklagte zur Übertragung der notwendigen Verteilungsanlagen einschließlich der für die Versorgung erforderlichen, im Eigentum der Beklagten befindlichen Grundstücke verpflichtet ist. Ferner verlangt sie die Herausgabe erforderlicher Informationen und Daten sowie Auskunftserteilung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die in dem Konzessionsvertrag zwischen der Beklagten und der Gemeinde O1 enthaltene „Endschafts Klausel“ in Ziff. 16.1 sei mangels notarieller Beurkundung gem. § 311 b BGB formnichtig, weil sie eine Verpflichtung zum Erwerb bzw. zur Veräußerung von Grundstücken enthalte. Die Nichtigkeit des die Grundstücke betreffenden Teils ergreife nach § 139 BGB das ganze Rechtsgeschäft. Aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG könne die Klägerin keinen Anspruch auf Eigentumsübertragung herleiten, da die Bestimmung gegenüber dem bisherigen Nutzungsberechtigten lediglich einen Anspruch auf Überlassung der notwendigen Versorgungsanlagen enthalte. Ein Versorgerwechsel müsse nicht zwingend im Wege eines Eigentümerwechsels erfolgen, sondern könne auch über eine Nutzungsberechtigung gelöst werden. Im Hinblick auf § 113 EnWG könne der vertragliche Anspruch nach Inkrafttreten des § 46 EnWG keinen Erfolg mehr haben.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge in teilweise modifizierter Form weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache teilweise Erfolg.

1. Der Feststellungsantrag ist zulässig, weil ein Leistungsantrag auf Übertragung der Versorgungsanlagen an die Klägerin die von ihr zu erbringende Gegenleistung konkret beziffern, also die Zug-um-Zug-Einschränkung hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO benennen müsste (BGH, NJW 1993, 324).

Die Klägerin ist derzeit nicht in der Lage, den vertraglich bestimmten Kaufpreis oder die wirtschaftlich angemessene Vergütung im Sinne von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG konkret zu beziffern. Sie ist infolge dessen darauf angewiesen, den maßgeblichen Vertragsinhalt und die Rahmenbedingungen für die Festsetzung des Übernahme-preises durch eine Feststellungsklage zu klären (BGH NJW 2000, 577, 578).

2. In der Sache hat die Feststellungsklage Erfolg, soweit sie sich auf die Übertragung des Eigentums an den zur allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen richtet.

a) Der Anspruch ergibt sich allerdings nicht aus § 46 Abs. 2 EnWG.

Der Wortlaut dieser Bestimmung ist nicht eindeutig. Wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, kann unter „Überlassen“ nicht nur die Übertragung des Eigentums, sondern auch die bloße Einräumung der Nutzungsmöglichkeit zu verstehen sein.

Auch wenn Sinn und Zweck der Regelung nahe legen könnten, die Formulierung im Sinn einer Eigentumsüberlassung zu verstehen, insbesondere weil bei Abschluss eines Folgevertrages mit einem Neu-Konzessionär der bisherige Konzessionär als nur Nutzungsberechtigter schwerlich „seine Verteilungsanlagen“ dem neuen Energieversorgungsunternehmen „überlassen“ kann, so spricht doch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift gegen die Annahme, der Gesetzgeber habe zum Zwecke der Überlassung zwingend die Übertragung des Eigentums am Stromnetz und den Verteilungsanlagen auf den neuen Konzessionär vorschreiben wollen.

Schon zur gleichlautenden Vorgängerbestimmung in § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG (a.F.) wurde im Schrifttum erörtert, ob mit „Überlassen“ die Übertragung des Eigentums gemeint sei oder der Gesetzgeber eine bloße Einräumung der Verfügungsgewalt, etwa durch Pachtvertrag genügen lassen und die Beteiligten nicht in einer bestimmten Weise festlegen wollte (so Büdenbender, EnWG § 13 Rn. 58 ff). Hätte der Gesetzgeber die Bestimmung ausschließlich im Sinn einer Festlegung auf die Übertragung des Eigentums an den Anlagen verstehen wollen, so hätte er von vornherein eine präzisere Formulierung verwenden können, spätestens bei der Neufassung der Bestimmung in § 46 Abs. 2 EnWG anlässlich der Novellierung des EnWG 2005 hätte er jedoch Gelegenheit gehabt, seine Vorstellungen zu konkretisieren und eine striktere Formulierung zu wählen. Anlass dazu hätte umso mehr bestanden, weil während des Gesetzgebungsverfahrens eine Klarstellung in diesem Sinn von mehreren Seiten angeregt worden war. So beantragte die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetzeswortlaut, dass ein gesetzlicher Anspruch auf Übertragung des Eigentums bestehe (vgl. Verhandlungspunkte von Bündnis 90/Die Grünen v. 22.11.2004 vorgelegt als Anl. BB 4). Auch das Bundeskartellamt empfahl bei der Anhörung vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit eine entsprechende Klarstellung (Ausschussdrucksache 15/1520 v. 25.11.2004, S. 133).

Wenn der Gesetzgeber gleichwohl am bisherigen Wortlaut festgehalten und auf eine „Klarstellung“ verzichtet hat, spricht dies fraglos gegen das Verständnis, § 46 Abs. 2 EnWG gewähre einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums. Vielmehr bestätigt die Untätigkeit des Gesetzgebers die Auffassung, § 46 Abs. 2 EnWG verlange zur Überlassung nicht ausnahmslos eine Überlegung, sondern behalte die nähere Ausgestaltung den Parteien vor.

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass in der Gesetzesbegründung von „prohibitiv hohen Kaufpreisen“, die Rede ist, an denen „die Netzübernahme nicht scheitern dürfe“. Aus dieser For-

mulierung lässt sich nicht ableiten, der Gesetzgeber habe die Überlassung der Anlagen ausschließlich mittels der Übertragung des Eigentums hieran zulassen wollen (so aber OLG Schleswig, Urt. vom 10.01.2006 – Az.: 6 U Kart 58/05). Vielmehr wird damit nur ein möglicher Hinderungsgrund bei der Netzübernahme erwähnt. Die Formulierung besagt indes nicht, dass er nur durch die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums beseitigt werden kann.

Da die Klägerin von der Beklagten die Übertragung des Eigentums an den Anlagen verlangt, kann sie ihren Anspruch nach allem nicht auf § 46 Abs. 2 EnWG stützen.

b) Die Klägerin hat aber aus abgetretenem Recht einen vertraglichen Anspruch auf Übertragung der zur Verteilung der elektrischen Energie im Gemeindegebiet vorhandenen Anlagen (Ziff. 16.1 des zwischen der Gemeinde und der Rechtsvorgängerin der Beklagten geschlossenen Konzessionsvertrags i.V.m. § 298 ZPO).

aa) Unzweifelhaft sieht der vertragliche Anspruch einen Erwerb der Anlagen durch die Gemeinde vor, ist also auf Übertragung des Eigentums gerichtet. Diese Endschaftsklausel ist nicht mangels notarieller Beurkundung nichtig. Gemäß § 311 b BGB (§ 313 BGB a.F.) bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Eine solche Verpflichtung ist in der Endschaftsklausel in Ziff. 16.1 des Konzessionsvertrages indes nicht enthalten. Vielmehr soll die Gemeinde lediglich berechtigt und auf Verlangen der Beklagten verpflichtet sein, die im Gemeindegebiet vorhandenen Anlagen zu erwerben. Von einer Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, ist dagegen nicht die Rede. Damit bestand keine Beurkundungspflicht nach §§ 313/311 b BGB, so dass auch für die Annahme einer Formunwirksamkeit kein Anhaltspunkt besteht.

Für die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit kommt es nicht darauf an, welche Ansprüche die Klägerin erhebt, sondern mit welchem Inhalt die Parteien den Vertrag geschlossen haben. Jedenfalls nach dem Wortlaut der Endschaftsklausel deutet nichts darauf hin, dass die Gemeinde einen Anspruch auf bzw. eine Verpflichtung zum Erwerb von Grundstücken haben sollte. Etwas anderes würde gelten, wenn der Vertrag im Wege der ergänzenden Auslegung dahingehend auszulegen wäre, dass auch die Übertragung von Grundeigentum an die Gemeinde erfasst sein sollte. Eine solche Auslegung verbietet sich aber schon deshalb, weil der Vertrag in diesem Fall der notariellen Beurkundung bedürftig wäre und die Endschaftsklausel somit formnichtig wäre. Im Zweifel gebührt aber der Auslegung der Vorrang, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet (Palandt/Heinrichs/Ellenberger, BGB, 67. Aufl. 2008, § 133 Rn. 25). Ungeachtet dessen spricht auch im Übrigen nichts dafür, dass die Vertragsparteien davon ausgegangen sein könnten, nach der Endschaftsklausel sei auch das Eigentum an Grundstücken auf die Gemeinde zu übertragen. Hierzu fehlt es schon an konkretem Vortrag dazu, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses überhaupt Grundstücke, die zur Verteilung der elektrischen Energie erforderlich sind, im Eigentum der Beklagten vorhanden waren.

Daraus folgt für die Klägerin ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung an den Anlagen, nicht jedoch an Grundstücken, die im Eigentum der Beklagten stehen und der Verteilung der elektrischen Energie im Gemeindegebiet dienen.

bb) Auch die weiteren Voraussetzungen, unter denen der Gemeinde ein Anspruch auf Erwerb der Verteileranlagen zustehen sollte, liegen vor.

[...]

bbb) Ob der zwischen der Klägerin und der Gemeinde O1 geschlossene Konzessionsvertrag wegen gravierender Verstöße gegen geltendes Energie- und Kartellrecht gem. § 134 BGB nichtig ist – wie die Beklagte meint –, kann dahinstehen.

Die Beklagte hat ihre Bereitschaft zu einer vorzeitigen Vertragsbeendigung nicht vom Abschluss eines wirksamen Konzessionsvertrags, sondern lediglich davon abhängig gemacht, dass sich die Gemeinde für den Abschluss eines Strom – Konzessionsvertrags mit einem Dritten entscheidet. Selbst wenn der mit der Klägerin

abgeschlossene Konzessionsvertrag kartellnichtig wäre, könnte sich die Beklagte hierauf nicht berufen und ihr Einverständnis zur Vertragsbeendigung verweigern. Vielmehr wäre es allein Sache der Vertragsparteien, insoweit bestehende Zweifel und Bedenken zu beseitigen.

Im Ergebnis dürften die von der Beklagten aufgezeigten Bedenken ohnehin nicht durchgreifen.

(a) Inwieweit § 1 Abs. 2 und 3 des Konzessionsvertrages, wonach sich die Gemeinde verpflichtet, neben dem Konzessionsvertrag bestehende Konzessionsverträge innerhalb des Gemeindegebietes zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu beenden, gegen das Verbot der diskriminierenden Vergabe gem. § 46 Abs. 1 EnWG verstoßen soll, ist nicht ersichtlich. Denn zulässiger und bezweckter Ausgangspunkt ist die Geltung des Konzessionsvertrages für das gesamte Gemeindegebiet, wogegen grundsätzlich keine kartell- und energie-wirtschaftsrechtlichen Bedenken geltend gemacht werden können.

(b) Auch gegen die in § 10 enthaltene Regelung eines Rabatts auf den Eigenverbrauch der Gemeinde einschließlich der von ihr beherrschten Unternehmen bestehen im Ergebnis keine Bedenken, weil insoweit die Unterscheidung zwischen Eigenbetrieb und eigenständiger juristischer Person nicht von erheblicher Bedeutung erscheint.

(c) Zweifelhaft erscheint zwar, inwieweit in § 11 Abs. 3 ein Übernahmeentgelt im Verhältnis der Klägerin zu dem späteren Übernehmer wirksam geregelt werden kann. Diese Bestimmung dürfte daher von vornherein ins Leere gehen, was indes nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages gem. § 134 BGB führen kann. Vielmehr enthält § 15 Abs. 1 eine salvatorische Klausel, nach der die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen durch die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen nicht berührt wird, so dass von einer Unwirksamkeit des gesamten Vertrages selbst bei Nichtigkeit der von der Beklagten gerügten Bestimmungen nicht auszugehen ist.

c) Nach allem sind die Voraussetzungen, unter denen sich die Beklagte zu einer vorzeitigen Beendigung des Alt-Konzessionsvertrages bereiterklärt hat, gegeben. Der Einwand der Beklagten, der Alt-Konzessionsvertrag sei noch nicht wirksam beendet, vermag jedenfalls im Ergebnis nicht durchzugreifen, weil der Gemeinde O1 zumindest ein Anspruch auf Aufhebung des Vertrages entsprechend der Erklärung der Beklagten vom 18.03.2005 zusteht, den sie jederzeit geltend machen kann.

d) Dem vertraglichen Eigentumsüberlassungsanspruch steht weder die Bestimmung des § 4 EnWG (a.F.) noch § 113 EnWG (n.F.) entgegen. Zu Unrecht hat das Landgericht gemeint, im Hinblick auf § 113 EnWG könne der vertragliche Anspruch keinen Erfolg mehr haben. Gemäß § 113 EnWG (2005) bleiben laufende Wegenutzungsverträge einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben unbeschadet ihrer Änderung durch die §§ 36, 46 und 48 im Übrigen unberührt. Daraus folgt, dass bei Inkrafttreten des EnWG 2005 (13.07.2005) laufende Verträge wie vereinbart weiter gelten. Allerdings ist zu prüfen, ob wegen des neuen Rechts insbesondere in §§ 36, 46 und 48 einzelne Regelungen des Alt-Vertrages außer Kraft getreten sind oder modifiziert werden müssen (Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 113 Rn. 5). Entgegenstehende Vertragsklauseln treten außer Kraft, Endschaftsklauseln können auf den neuen Gesetzeswortlaut umgestellt werden (Salje a.a.O., Rn. 8). Die Endschaftsklausel steht § 46 Abs. 2 EnWG nicht entgegen, zumal der Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung der Überlassung der Anlagen den Parteien überlassen hat. Auch wenn die Übertragung des Eigentums daran nicht zwingend ist, ist sie eine mögliche Form der Überlassung. Beide Ansprüche bestehen deshalb nebeneinander. Die Gemeinde konnte den eigenen Anspruch mithin an die Klägerin abtreten (vgl. auch Büdenbender a.a.O. § 13 Rn. 71).

Die Beklagte kann auch nicht nach § 313 BGB eine Anpassung des Konzessionsvertrags dahingehend verlangen, dass der vertragliche Anspruch auf Übereignung entfällt. Anpassung eines Vertrags kann nur verlangen, wem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der gesetzlichen und vertraglichen Risikoverteilung das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht

zugemutet werden kann, weil es zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde. Daran fehlt es hier schon deshalb, weil eine über viele Jahre hinweg geübte, von der Rechtsprechung akzeptierte und in der Sache sinnvolle Vertragspraxis für eine Partei nicht dadurch unzumutbar wird, dass der Gesetzgeber entsprechende Vereinbarungen weiterhin gestattet, daneben aber auch andere Möglichkeiten zur Überlassung der Versorgungsnetze anerkennt.

e) Der Feststellungsantrag zu 1. b) ist unbegründet.

Die Klägerin hat weder einen vertraglichen noch einen gesetzlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an Grundstücken. Aus der Endschaftsklausel lässt sich ein solcher Anspruch – wie dargelegt – nicht herleiten. § 46 Abs. 2 EnWG gibt keinen Anspruch auf Übertragung des Eigentums. Der Senat kann deshalb offenlassen, inwieweit nach § 46 Abs. 2 EnWG überhaupt Grundstücke, auf denen Anlagen als wesentliche Bestandteile vorhanden sind, „überlassen“ werden müssen.

f) Der Antrag zu 1 c) ist begründet. Er ergibt sich aus einer Nebenverpflichtung zum Anspruch auf den Erwerb der Anlagen. Soweit die an die Klägerin zu übereignenden Anlagen über Grundstücke Dritter verlaufen und zu ihrer Nutzung schuldrechtliche oder dingliche Grundstücksbenutzungsrechte erforderlich und bestellt sind, hat die Beklagte der Klägerin als Zessionarin diese Nutzungsrechte zu übertragen bzw. ihr – soweit eine Übertragung nicht möglich sein sollte – zur Ausübung zu überlassen, da andernfalls die Nutzung der Anlagen nicht ungestört möglich ist. Wegen der Formfreiheit des Grundgeschäftes steht die fehlende notarielle Beurkundung der Annahme einer wirksamen Nebenverpflichtung nicht entgegen.

g) Der Antrag zu 1 d) ist begründet. Die Beklagte schuldet die Herausgabe aller für den Betrieb des Stromnetzes der allgemeinen Versorgung notwendigen Unterlagen inkl. aller Netzpläne und einer digitalisierten technischen und geographischen Bestandsdokumentation, Abnahmeprotokolle, Prüfunterlagen, Störungsberichte und –protokolle sowie analogen Netzplänen des Niederspannungs- und Mittelspannungsnetzes als selbstverständliche Nebenpflicht (ähnlich OLG Schleswig, a.a.O., Urteilsdruck S. 16). Dass die geforderten Unterlagen zum Netzbetrieb erforderlich sind, ergibt sich nicht zuletzt aus § 2 des Entwurfs eines Pachtvertrags, den die Beklagte der Klägerin unter dem 26.04.2006 angeboten hatte, wo die Übergabe entsprechender Unterlagen ebenfalls vorgesehen war.

h) Der Feststellungsantrag zu 1. e) ist unbegründet.

Ob die Vertragsverhältnisse zwischen dem bisherigen Versorger und dessen Tarifkunden mit dem Übergang des Versorgungsnetzes auf den neuen Versorger übergehen bzw. dieser einen Anspruch auf Vertragsübernahme hat, wird bislang in Rechtsprechung und Schrifttum uneinheitlich gesehen (befürwortend OLG Stuttgart, ZNER 05, 234; OLG Schleswig, a.a.O.; LG Köln ZNER 03, 42, im Ergebnis auch Klemm, Anm. zu OLG Stuttgart a.a.O.; Hellermann, ZNER 02, 70 a.A. LG Stuttgart ZNER 05, 78 m.w.N.; Büdenbender, a.a.O. § 13 Rn. 69 f; Säcker/Dörmer RdE 02, 161; Salje a.a.O. § 46 Rn. 129).

Da die Frage nicht gesetzlich geregelt ist, kommt es darauf an, welche Vereinbarungen die Parteien getroffen haben. Eine ausdrückliche Vereinbarung findet sich in der hier zu beurteilenden Endschaftsklausel nicht. Gegenteiliges hat die Klägerin auch nicht dargelegt. Das OLG Schleswig hat den Übergang der Tarifkundenvertragsverhältnisse auf den neuen Energieversorger als für die Vertragspartner so selbstverständlich angesehen, dass sie darüber keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen hätten (a.a.O.). Es hat indes Anhaltspunkte im Vertrag selbst gefunden, die diese Annahme individuell zu stützen geeignet waren.

Das OLG Stuttgart hat dieses Ergebnis aus dem mutmaßlichen Willen der Tarifkunden hergeleitet. Mit der Aufgabe des Netzes durch das alte Versorgungsunternehmen habe dieses aufgrund seiner Vertragspflicht dem Kunden gegenüber konkludent darin eingewilligt, den Kunden jenem Versorgungsträger zuzuführen, der ihm die Stellung eines Tarifkunden vermitteln könne (a.a.O.). Gegen dieses Ergebnis bestehen jedenfalls im Hinblick auf das Energie-

wirtschaftsrecht 2005 Bedenken. Zwar stehen §§ 414, 415 BGB der Annahme einer Übertragung von Kundenbeziehungen nicht entgegen, weil eine entsprechende Genehmigung bereits in § 32 Abs. 6 AVBELV enthalten ist, so dass es einer nachträglichen Zustimmung zum Vertragsübergang nicht bedarf.

Von einer stillschweigenden, da selbstverständlichen Vereinbarung kann der Senat indes mangels irgendwelcher Anhaltspunkte nicht ausgehen. Weist der Vertrag insoweit eine Lücke auf, so kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Die Frage, was die Parteien des Konzessionsvertrages vereinbart haben würden, wenn sie bei Vertragsschluss hätten absehen können, dass es einmal zu einer Trennung von Netz und Kunden kommt und mit der Übergabe des Netzes nicht zwangsläufig eine Übergabe der Kunden verbunden ist, lässt keine eindeutige Antwort zu. Zwar mag einiges dafür sprechen, dass die Parteien vereinbart hätten, dass die Kunden mit dem Netz auf den neuen Konzessionsnehmer übergehen (so Klemm a.a.O.). Diese Auslegung stellt aber einseitig auf die Interessen der Kommune ab und trägt dem Umstand keine Rechnung, dass im liberalisierten Markt und infolge einer Trennung von Netz- und Versorgungsbetreiber für einen Übergang der Vertragsverhältnisse auf den Netzbetreiber kein Raum mehr besteht. Denn weder obliegt dem Netzbetreiber die (alleinige) Versorgung, noch ist die Beklagte nicht mehr zur Versorgung ihrer Kunden im Wege der Durchleitung in der Lage. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, dem Kunden den neuen Netzbetreiber als Energielieferanten aufzudrängen (so schon Büdenbender a.a.O. § 13 Rn. 70 zum EnWG 1998; Salje a.a.O. § 46 Rn. 129). Die dem Wettbewerbsprinzip Rechnung tragende Trennung von Netz und Energieversorger rechtfertigt vielmehr die Annahme, dass Laufzeit und Bestand von Energiebezugsverträgen vom Ende des Konzessionsvertrages unabhängig sind und sich die Abnehmer frei entscheiden können, bei wem sie künftig ihren Strom beziehen wollen. Unter Berücksichtigung der heutigen Verhältnisse auf einem liberalisierten und entflochtenen Energiemarkt erscheint eine ergänzende Vertragsauslegung der Endschaftsklausel im Sinne der Klägerin daher nicht mehr angemessen.

i) Soweit die Klägerin in ihren Feststellungsantrag die Gegenleistung für die Eigentumsübertragung aufgenommen hat, war dem nur mit dem in der mündlichen Verhandlung gestellten zweiten Hilfsantrag zu entsprechen. Die Klägerin hat – derzeit - keinen Anspruch auf die Überlassung der Anlagen gegen Zahlung eines nach Maßgabe der gesetzlichen Vorgaben für die Netzentgeltberechnung zu bestimmenden Entgelts, womit sie auf den Ertragswert abzielt. Soweit sie hilfsweise Überlassung Zug um Zug gegen Zahlung des Sachzeitwertes beantragt hat, sofern dieser den Ertragswert nicht oder nur unerheblich übersteigt, dürfte der Antrag mangels ausreichender Bestimmtheit unzulässig sein. Jedenfalls aber ist er unbegründet, weil die Klägerin überhaupt keinen Anspruch hat, hinsichtlich der Bestimmung der Gegenleistung Vorgaben zu machen. Da sie einen Anspruch auf Eigentumsübertragung nur aus abgetretenem Recht in Verbindung mit der vertraglichen Endschaftsklausel hat, bestimmt sich auch die Gegenleistung nach der Vereinbarung der Vertragsparteien. In 16.1 des Vertrags ist nur von der Erstattung des Wertes der Anlagen die Rede. In 16.2 ist die Berücksichtigung von Baukostenzuschüssen und Finanzierungshilfen die Rede. Schließlich haben sich die Vertragsparteien in 16.6 des Vertrages auf die gutachtliche Ermittlung des Wertes durch Sachverständige geeinigt, wobei gegebenenfalls ein Obmann für beide Vertragspartner verbindlich entscheidet, wenn sich die Sachverständigen nicht einigen können.

Es besteht kein Grund, dieses vertraglich vorgesehene Verfahren nicht einzuhalten oder dadurch zu modifizieren, dass die Klägerin den Sachverständigen einseitig bestimmte Vorgaben macht. Insbesondere folgt aus § 46 Abs. 2 EnWG nichts anderes. Dort ist nur von der Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung die Rede. Eine Festlegung auf eine bestimmte Art der Wertermittlung kann darin schon deshalb nicht gesehen werden, weil die Bestimmung – wie dargelegt – nicht nur die Übertragung des Eigentums als zulässige Form des Überlassens vorsieht, sondern der wirtschaftlich angemessene Wert auch im Rahmen eines Miet- oder Pachtverhält-

nisses zu bestimmen sein kann.

Im Hinblick auf die Überlassungsform „Veräußerung“ kommen dagegen Sachzeitwert, kalkulatorischer Restwert oder Ertragswert in Betracht (Salje a.a.O. § 46 Rn. 164), ohne dass der Entscheidung der zu berufenden Sachverständigen insoweit vorgegriffen werden müsste. Insoweit bedarf es auch keiner Korrektur der vertraglichen Vereinbarung im Hinblick auf die spätere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Da in der vertraglichen Vereinbarung nur von dem Wert der Anlage die Rede ist, ist ein Sachverständiger nicht gehindert, die vom Bundesgerichtshof seiner Entscheidung vom 16.11.1999 für notwendig erachteten Modifikationen des Sachzeitwertes durch den Ertragswert zu berücksichtigen (BGHZ 143, 128). Ermöglichen mithin die Bestimmungen des Konzessionsvertrags die Ermittlung einer angemessenen Vergütung, so werden sie weder von § 46 Abs. 2 EnWG verdrängt, noch besteht Anlass für eine Anpassung des Vertrags gem. § 313 BGB.

3. Die mit dem Klageantrag zu 2.) geltend gemachten Auskunftsansprüche sind weitgehend begründet.

Die Klägerin kann die begehrte Auskunft insoweit nach § 242 BGB verlangen. Aus Treu und Glauben ergibt sich eine Auskunftspflicht, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer erteilen kann. Dass zur geschuldeten käuflichen Übernahme der technischen Einrichtungen für die Stromversorgung die Herausgabe einer vollständigen Netzdokumentation zum Stichtag, eines Netzplans und eines vollständigen Mengengerüsts zum Stichtag gehört, hat die Beklagte letztlich nicht bestritten, sondern ist dem Auskunftsanspruch nur mit dem Einwand entgegengetreten, der Klägerin stehe kein Anspruch auf Eigentumsübertragung zu. Dass auch die Beklagte selbst grundsätzlich von der Notwendigkeit der verlangten Auskünfte ausgeht, zeigt wiederum ihr Entwurf eines Pachtvertrags vom 27.04.2006, der entsprechende technische Informationen, aber auch Informationen zu den Grundstücksnutzungsrechten vorsieht.

Unbegründet ist der Antrag, soweit er sich auf die Auskunft über Grundstücke bezieht. Die Klägerin ist auf diese Auskünfte nicht angewiesen, weil ihr insoweit kein Anspruch auf Übertragung des Eigentums zusteht.

Auch das Auskunftsverlangen nach dem Antrag 2. c) ist begründet. Zwar ist die Klägerin nicht auf die begehrte Auskunft zur Ermittlung der angemessenen Vergütung nach dem Ertragswert angewiesen, weil ihr – wie dargelegt – kein Anspruch auf Überlassung der Anlagen zum Ertragswert zusteht. Sie hat indes – unwidersprochen – vorgetragen, sie benötige die Auskünfte auch zur Vorbereitung eines Antrags nach § 23 a EnWG auf Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang.

4. [...] Die Revision war zuzulassen, soweit der Senat einen Anspruch auf Übertragung von Grundstücken gem. dem Klageantrag zu 1) b gem. § 46 Abs. 2 EnWG und auf Übertragung der Tarifkundenverhältnisse gem. Antrag zu 1 e) abgelehnt hat, weil er insoweit von dem Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 10.01.2006 (Az: 6 U Kart 58/05) abweicht. Im Übrigen hat der Senat nur anerkannte Rechtsgrundsätze auf den Einzelfall angewandt.

5. Zur Vergütung von Photovoltaikanlagen mehrerer Anlagenbetreiber auf *einem* Gebäude nach § 11 Abs. 6 EEG

EEG §§ 3 Abs. 2; 11 Abs. 6

Mehrere Photovoltaikanlagen, die auf *einem* Gebäude angebracht sind, gelten nach § 11 Abs. 6 EEG zum Zwecke der Ermittlung der Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG für die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Anlage auch dann als *eine* Anlage, wenn der Betreiber der zuletzt in Betrieb genommenen Anlagen nicht identisch ist mit dem Betreiber der bereits vorhandenen Anlagen.

(Leitsatz der Redaktion)

OLG Frankfurt am Main, U. v. 21.05.2007 - 1 U 201/06

Zum Sachverhalt: Zwischen den Parteien besteht Streit über die Höhe der von der Beklagten geschuldeten Vergütung für in ihr Netz eingespeisten Strom, welcher mittels einer von dem Kläger seit dem 12.5.2005 auf dem Dach einer Scheune betriebenen Fotovoltaikanlage erzeugt wird. Der Eigentümer des Scheunengrundstücks, Herr A, nahm am selben Tag zeitlich vor dem Kläger ebenfalls eine auf dem Dach der Scheune installierte Fotovoltaikanlage in Betrieb. Jede dieser Fotovoltaikanlagen, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild einheitlich gestaltet sind, besteht aus 171 baugleichen Einzelanlagen und bringt eine Leistung von 29,93 Kilowatt. Die Vergütung für Strom aus im Jahre 2005 in Betrieb genommenen Anlagen beträgt bis einschließlich einer Leistung von 30 Kilowatt 54,53 Cent pro Kilowattstunde und ab einer Leistung von 30 Kilowatt 51,88 Cent pro Kilowattstunde. Die Beklagte vergütete dem Kläger für im Jahre 2005 erzeugten Strom 51,88 Cent pro Kilowattstunde. Dabei ging sie davon aus, dass die beiden auf dem Scheunendach befindlichen Anlagen gemäß § 11 Abs. 6 EEG als eine Anlage gelten.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Leistungen der von ihm und Herrn A betriebenen Anlagen seien nicht zur Berechnung der Vergütungshöhe zu addieren; § 11 Abs. 6 EEG betreffe mehrere Fotovoltaikanlagen *eines* Anlagenbetreibers. Der Kläger hat auf dieser Grundlage 604,29 Euro für von ihm im Jahre 2005 in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom nachgefordert und die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet sei, in der Zeit vom 1.1.2006 bis zum 31.12.2025 für in der von ihm betriebenen Anlage erzeugten und von der Beklagten abgenommenen Strom 54,53 Cent pro Kilowattstunde zu zahlen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil wendet der Kläger sich mit seiner Berufung.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Urteil des Landgerichts, durch das es die Klage auf eine weitere Vergütung für von dem Kläger im Jahre 2005 in der von ihm betriebenen Fotovoltaikanlage erzeugten und in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom und auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, in der Anlage des Klägers erzeugten und von der Beklagten abgenommenen Strom mit einem Betrag von 54,53 Cent pro Kilowattstunde zu vergüten, abgewiesen hat, beruht im Ergebnis nicht auf einer Rechtsverletzung.

A. Die dem Kläger zustehende Vergütung für in der von ihm betriebenen Anlage erzeugten, von der Beklagten abgenommenen Strom ist nach § 11 Abs. 2 Ziffer 2, Abs. 5 Satz 1 EEG mit 51,88 Cent pro Kilowattstunde zu berechnen. Dieser Vergütungssatz gilt für Anlagen ab einer Leistung von 30 Kilowatt.

Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, dass die auf dem Dach der im Eigentum des Herrn A stehenden Scheune installierten Fotovoltaikanlagen zusammen eine Leistung von mehr als 30 Kilowatt erbringen. Die Anlagen gelten nach § 11 Abs. 6 EEG zum Zwecke der Ermittlung der Vergütungshöhe nach § 11 Absatz 2 EEG für die jeweils zuletzt in Betrieb genommene Anlage - das ist die des Klägers - als eine Anlage. Dies folgt aus dem Inhalt der Regelung in § 11 Abs. 6 EEG, wie er sich anhand einer Auslegung nach dem Wortlaut, dem Sinnzusammenhang, in den die Vorschrift hineingestellt ist, und dem Zweck der Norm ergibt (vgl. BVerfG NJW 1973, 1491, 1494).