

rechts im Originalzustand zurückzuschicken hat. Das schließt ein Widerrufsrecht im Falle des vorherigen Verbrauchs der Ware aus.

[18] c) Systematisch steht damit in Einklang, dass nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren sind. Damit könnte eine Wertersatzpflicht, wie sie nach nationalem deutschem Recht im Falle des Verbrauchs der Ware besteht (siehe oben unter 2 c), unvereinbar sein (vgl. Vorlagebeschluss des AG Lahr, MMR 2008, 270; MünchKommBGB/Masuch, 5. Aufl., §357 Rdnr. 5 f. m.w.N). Da aber ohne eine solche der Widerruf für den Unternehmer unzumutbar wäre, könnten Art. 6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie ebenfalls dafür sprechen, dass bei zum Verbrauch bestimmten und tatsächlich bereits verbrauchten Waren – und damit auch bei der leitungsgebundenen Lieferung von Strom und Gas – das Widerrufsrecht nach Art. 6 Abs. 3 Spiegelstrich 3 Fall 3 der Richtlinie ausgeschlossen ist.

[19] d) Jedoch besteht der Sinn und Zweck des Widerrufsrechts darin, dem Verbraucher nach der Lieferung der Ware ein Recht zur Lösung vom Vertrag zu geben, weil er vorher keine Möglichkeit hat, das Erzeugnis zu sehen (vgl. Erwägungsgrund 14 zur Richtlinie). Dieser Gesichtspunkt kommt grundsätzlich auch bei Waren zum Tragen, die zum Verbrauch bestimmt sind und deren Eigenschaften vom Verbraucher nur im Wege des jedenfalls teilweisen Verbrauchs geprüft werden können. Das betrifft zum Beispiel Erzeugnisse der Körperpflege, für die in Art. 12 Abs. 4 des Geänderten Kommissionsvorschlages (aaO) ursprünglich ein Ausschluss des Widerrufsrechts vorgesehen war, der aber im Laufe des Rechtssetzungsverfahrens aufgrund des Gemeinsamen Standpunkts des Rates (ABI. EG 1995 Nr. C 288/1, 12) gestrichen worden ist, weil er als nicht zweckmäßig angesehen worden ist.

[20] Unter Berücksichtigung von zum Verbrauch bestimmten Waren könnten Art. 6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie möglicherweise dahin ausgelegt werden, dass sie nur die Kosten im Zusammenhang mit der tatsächlichen Rücksendung der Ware regeln, dass aber darüber hinaus, insbesondere im Fall des Verbrauchs der gelieferten Ware, das nationale Recht Ausgleichsregelungen wie die des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB vorsehen kann. Dafür spricht, dass es nach Art. 14 der Erwägungsgründe Sache der Mitgliedstaaten ist, weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechtes festzulegen (vgl. Gesetzesbegründung zu § 357 BGB, BT-Drs. 14/6040, S. 199; Bamberger/Roth/Grothe, aaO, § 357 Rdnr. 12; Erman/Saenger, aaO, § 357 Rdnr. 16; Palandt/Grüneberg, aaO, § 357 Rdnr. 14; Lütcke, aaO, § 357 Rdnr. 28 f.; Staudinger/Kaiser, BGB (2004), § 357 Rdnr. 31).

[21] Der Sinn und Zweck des Widerrufsrechtes wird durch eine solche Lösung optimal verwirklicht, insbesondere wenn der Vertrag – wie hier – auf die wiederkehrende Lieferung gleichartiger Waren gerichtet ist und die Wertersatzpflicht wegen Verbrauchs nur für eine Teillieferung oder nur für einen Teil der gelieferten Ware eingreift. Allerdings steht dem Fernabsatzkäufer dann eine weitergehende Prüfungsmöglichkeit zu als sie jeder andere Käufer hat, der vor dem Erwerb von zum Verbrauch bestimmten Sachen auf eine bloße Inaugenscheinnahme der Kaufsache ohne (teilweisen) Verbrauch beschränkt ist (vgl. Becker/Föhlisch, aaO, S. 3753).

[22] Sollte nach der Richtlinie grundsätzlich ein Widerrufsrecht auch bei zum Verbrauch bestimmten und (teilweise) bereits verbrauchten Waren bestehen, stellt sich sodann die weitere Frage, ob die Lieferung von Strom und Gas anders zu behandeln ist, weil der Verbraucher dabei in der Regel praktisch weder die Möglichkeit noch die Absicht haben wird, die gelieferte Ware vor einer endgültigen Entscheidung über das Festhalten am Vertrag näher zu prüfen.

[23] e) Falls ein Widerrufsrecht des Verbrauchers jedenfalls nach Aufnahme der Lieferung von Strom und Gas durch Art. 6 Abs. 3 Spiegelstrich 3 Fall 3 der Richtlinie ausgeschlossen ist, kommt es für den hier zu entscheidenden Fall schließlich auf die Frage an, ob ein Widerrufsrecht zumindest bis zu diesem Zeitpunkt besteht. Dafür könnte sprechen, dass der Eignung der Ware zur Rücksen-

dung vor Lieferung keine Bedeutung zukommt. Andererseits stellt Art. 6 Abs. 3 Spiegelstrich 3 Fall 3 der Richtlinie seinem Wortlaut nach nicht auf die Lieferung von nicht zur Rücksendung geeigneter Ware, sondern darauf ab, ob ein Vertrag zur Lieferung von Waren vorliegt, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind. Außerdem ist das Bestehen eines Widerrufsrechtes – nur – vor der Lieferung zur Verwirklichung des oben (unter d) beschriebenen Sinns und Zwecks des Widerrufsrechtes ungeeignet.

2. Stromeinspeisung durch öffentliche Verkehrswege: § 46 EnWG und kartellrechtliche Ansprüche

EnWG § 46 Abs. 1; GWB §§ 19, 20

1. Öffentliche Verkehrswege i.S. des § 46 Abs. 1 EnWG sind sämtliche Wege einer Gemeinde, auf denen tatsächlich der öffentliche Verkehr eröffnet ist. Auf eine straßenrechtliche Widmung kommt es nicht an.

2. Die Verlegung einer Leitung, mit der lediglich Strom in ein vorhandenes Netz eingespeist werden soll, dient nicht der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern und fällt daher nicht unter § 46 Abs. 1 EnWG.

3. Die Weigerung einer Gemeinde, es einem Erzeuger von Strom aus Erneuerbaren Energien zu gestatten, eine Leitung, mit der der erzeugte Strom in das allgemeine Versorgungsnetz eingespeist werden soll, in den öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinde zu verlegen, kann den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB oder eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 GWB darstellen.

(amtliche Leitsätze)

BGH, Urt. v. 11.11.2008 - KZR 43/07 (vorgehend: OLG Brandenburg, ZNER 2008, 109; LG Potsdam)

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin projiziert Windkraftanlagen und hat auf dem Gebiet der beklagten Gemeinde zwei Windkraftanlagen errichtet. Sie will den Anschluss ihrer beiden Windkraftanlagen an das Stromnetz des örtlichen Netzbetreibers herbeiführen. Zu diesem Zweck verlangt sie von der beklagten Gemeinde die Gestattung der Kabelverlegung auf einem im Eigentum der Gemeinde stehenden Weg, der in Ortsplänen die Bezeichnung „Neue Trift“ trägt und der Gemeinde durch Vermögenszuordnungsbescheid als „öffentlicher Weg“ zugewiesen wurde. Am westlichen Ende dieses Weges sollte die Leitung an das Stromnetz angeschlossen werden.

Die Klägerin stützt ihren Anspruch in erster Linie auf § 46 Abs. 1 EnWG. Sie meint, der Weg „Neue Trift“ sei ein öffentlicher Verkehrsweg im Sinne dieser Bestimmung. Deshalb habe sie – gegen Entgelt – einen Anspruch auf Gestattung der Verlegung ihrer Mittelspannungskabel. An diesem Anspruch halte sie fest, auch wenn sie mittlerweile die Windkraftanlagen mit Hilfe einer anderen – teureren – Leitung an das Stromnetz angeschlossen habe. Im Übrigen liege in der Verweigerung der Zustimmung ein Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

[4] Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[5] I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin aus § 46 Abs. 1 EnWG ebenso wie einen kartellrechtlichen Anspruch verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

[6] Es könne dahinstehen, ob die Regelung des § 46 Abs. 1 EnWG eine Einspeisung von Strom ins allgemeine Netz überhaupt erfasse oder ob den Erzeugern Erneuerbarer Energien das Zugangsrecht nach § 46 EnWG nicht deshalb zu gewähren sei, weil jedenfalls auch Letztverbraucher allgemein aus dem betreffenden Netz versorgt würden. Die Klage sei jedenfalls deshalb unbegründet, weil der Weg „Neue Trift“, auf den sich der geltend gemachte Anspruch beziehe, kein öffentlicher Verkehrsweg im Sinne des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG sei. Dieser Weg sei nie dem öffentlichen Verkehr gewidmet worden. Die Widmungsfiktion nach § 48 Abs. 7 des Brandenburgischen Straßengesetzes (BbgStrG) gelte hier nicht, weil bis zur Wiedervereinigung der Grund als Ackerfläche genutzt worden sei und dieser Weg erst später im Zuge der Parzellierung des landwirtschaftlich genutzten Grundes angelegt worden sei. Hieran ändere sich auch nichts, wenn der Weg – wie in den unter Beteiligung der Parteien ergangenen verwaltungsgerichtlichen Urteilen ausgeführt werde – das Grundstück der Klägerin erschließe. Die Erschließungsfunktion eines Weges begründe noch nicht seine Eigenschaft als öffentlicher Weg im Sinne der §§ 2, 3 BbgStrG. Bei dem im Eigentum der Beklagten stehenden Weg handele es sich deshalb nicht um eine öffentliche Sache, sondern um Fiskalvermögen. Dieses könne die Klägerin weder nach § 46 Abs. 1 EnWG noch aufgrund kartellrechtlicher Normen für ihre Zwecke in Anspruch nehmen. Eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten käme allenfalls in Bezug auf öffentliche Verkehrswege in Betracht. Zudem fehle es an einer unbilligen Behinderung, weil die Klägerin für den jetzt gewählten Anschluss über andere Grundstücke nur um ein Drittel höhere Kosten haben aufwenden müssen.

[7] II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht lehnt zwar im Ergebnis zutreffend einen Anspruch der Klägerin nach § 46 Abs. 1 EnWG ab. Die bislang getroffenen Feststellungen rechtfertigen indessen eine Verneinung kartellrechtlicher Ansprüche aus § 33 i.V. mit §§ 19, 20 GWB nicht. Die Revision führt daher zur Aufhebung und Zurückverweisung.

[8] 1. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht eine auf § 46 Abs. 1 EnWG gestützte Verpflichtung der Beklagten verneint, die Verlegung des Stromkabels in ihrem Wegegrundstück zu dulden.

[9] a) Das Berufungsgericht hat allerdings das Tatbestandsmerkmal der „öffentlichen Verkehrswege“ nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG unzutreffend ausgelegt.

[10] aa) Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben die Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet zur Verfügung zu stellen. Damit begründet diese Regelung einen Kontrahierungszwang zu Lasten der Gemeinden. Die besondere Inanspruchnahme des öffentlichen Wegenetzes für die Verlegung von Versorgungsleitungen erklärt sich in erster Linie damit, dass öffentliche Wege und Straßen schon immer die Funktion hatten, Träger des Leitungsnetzes zu sein, aus dem die Letztverbraucher versorgt werden. Der Kontrahierungszwang dient vor diesem Hintergrund dem Ziel, die faktisch starke Stellung der Gemeinden im Hinblick auf die Versorgung ihrer Einwohner mit Elektrizität zu begrenzen (Salje in Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, 2. Aufl., Kap. 58 Rdn. 27).

[11] bb) Öffentliche Verkehrswege im Sinne des § 46 Abs. 1 EnWG sind nicht nur die öffentlichen Straßen im Sinne der Landesstraßengesetze. Vielmehr reicht es für die Bejahung eines öffentlichen Verkehrsweges aus, dass die Gemeinde auf ihrem Grund den öffentlichen Verkehr eröffnet hat. Auch ohne dass eine Widmung vorliegt, wie sie die Landesstraßengesetze – etwa auch § 2 Abs. 1 BbgStrG – voraussetzen, kann die Gemeinde faktisch auf dem in ihrem Eigentum stehenden Weg den öffentlichen Verkehr zulassen. Ein Weg, der tatsächlich wie rechtlich die Möglichkeit eröffnet, an die einzelnen Grundstücke heranzufahren, kann für die verkehrsmäßige Erschließung ausreichen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.8.2000 – 11 B 48/00, NVwZ-RR 2001, 180 m.w.N.). Ob die

Gemeinde als Straßenbaubehörde einen Weg als öffentliche Straße widmet oder ihn als Privatweg dem öffentlichen Verkehr zugänglich macht, obliegt ihrer Entscheidung. Diese Entscheidung kann jedoch keinen Einfluss auf ihre Gestattungspflichten gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben. Andernfalls könnte die Gemeinde durch die Bestimmung des rechtlichen Status ihrer Wege steuernd in die Energieversorgung eingreifen und sich ihrer gesetzlichen Verpflichtung aus § 46 Abs. 1 EnWG entziehen. Das Merkmal der „öffentlichen Verkehrswege“ ist daher in dem Sinne zu verstehen, dass es – ungeachtet einer Widmung – ausreicht, wenn der Verkehrsweg tatsächlich dem öffentlichen Verkehr eröffnet worden ist und in rechtlich zulässiger Weise zu Verkehrszwecken genutzt werden kann. Dies ist zu bejahen, wenn der fragliche Weg dazu dient, die Erschließung der angrenzenden Grundstücke sicherzustellen (Theobald in Danner/Theobald, EnWG, 56. Lfg., § 46 Rdn. 16; a.A. Salje, EnWG, § 46 Rdn. 24).

[12] Der Gemeinde ist es zuzumuten, auch in solchen Wegen die Leitungen von Stromversorgern zu dulden. Ebenso wie bei gewidmeten Straßen werden die berechtigten Interessen der Gemeinde in der Regel nicht dadurch berührt, dass in dem Wegegrundstück zusätzlich Versorgungsleitungen verlegt werden.

[13] cc) Wird dieses Verständnis zugrunde gelegt, handelt es sich bei der „Neue Trift“ nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen um einen öffentlichen Verkehrsweg im Sinne des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Dieser Weg verbindet nicht nur eine Land- mit einer Ortsstraße. Er erschließt auch die anliegenden (landwirtschaftlichen) Flurstücke. Der Weg ist an seinem östlichen Ende bebaut und verfügt über eine Straßenbeleuchtung. Hinzu kommt, dass der Beklagten das Eigentum an dem Wegegrundstück durch Vermögenszuordnungsbescheid der Oberfinanzdirektion Berlin vom 10. Dezember 2002 als Verwaltungsvermögen mit der Bezeichnung „öffentlicher Weg“ zugeordnet worden ist.

[14] b) Ein Anspruch der Klägerin nach § 46 Abs. 1 EnWG auf Duldung der Verlegung der Kabel scheidet aber dennoch aus, weil die von ihr beabsichtigte Kabelverlegung nicht der unmittelbaren Versorgung dient. Dabei kann offenbleiben, ob es sich bei dem Netz, in das die Klägerin ihren Strom einspeisen will, um ein überregionales Netz handelt, wie es an einer Stelle des Berufungsurteils anklängt. Jedenfalls beschränkt sich die Funktion des Kabels, mit dem die Verbindung zwischen einer Stromerzeugungsanlage einerseits und einem vorhandenen Netz andererseits hergestellt werden soll, auf die Einspeisung. Die Verlegung solcher Leitungen, mit denen lediglich ein Zugang zu einem vorhandenen Netz geschaffen werden soll, um Strom einzuspeisen, fällt nicht unter § 46 Abs. 1 EnWG, weil sie nicht der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dient (vgl. BGH, Urt. v. 1.10.2008 – VIII ZR 21/07, WM 2009, 184 Tz. 20). Dies gilt auch dann, wenn das Netz, in das der Strom eingespeist werden soll, seinerseits auf die unmittelbare Versorgung von Letztverbrauchern (§ 3 Nr. 25 EnWG) und nicht lediglich auf die Verteilung von Elektrizität (§ 3 Nr. 37 EnWG) ausgerichtet ist.

[15] 2. Gleichwohl hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen können kartellrechtliche Ansprüche der Klägerin (§§ 19, 20 i.V. mit § 33 GWB) nicht verneint werden.

[16] a) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zum relevanten Markt getroffen. Vielmehr hat es die Normadressateneigenschaft der Beklagten schon deswegen verneint, weil eine Marktbeherrschung von vornherein nur hinsichtlich öffentlicher Verkehrswege in Betracht komme, nicht aber hinsichtlich des Fiskalvermögens, dem der Weg „Neue Trift“ zuzurechnen sei. Dieser Beurteilung kann schon deswegen nicht beigetreten werden, weil es sich bei dem fraglichen Wegegrundstück der Beklagten – wie dargelegt – um einen öffentlichen Verkehrsweg handelt.

[17] b) Kartellrechtliche Ansprüche der Klägerin können auch nicht aus anderen Gründen verneint werden. Es spricht viel dafür, dass für die von der Klägerin nachgefragte Leistung – die Duldung der Verlegung eines Stromkabels – von vornherein auf einen nur die

öffentlichen Wege umfassenden Markt abzustellen ist, auf dem die Beklagte ohnehin die einzige Anbieterin sein dürfte. Selbst wenn bei der Marktabgrenzung auch die Möglichkeit, auf andere Grundstücke auszuweichen, berücksichtigt wird, würde sich doch an der beherrschenden Stellung der Beklagten als Eigentümerin der öffentlichen Wege nichts ändern, weil für die Verlegung von Versorgungsleitungen im Hinblick auf die ansonsten damit verbundenen Nutzungseinschränkungen in erster Linie öffentliche Wegegrundstücke in Betracht kommen.

[18] c) Ist die Beklagte Normadressatin, kann nicht ausgeschlossen werden, dass in ihrer Weigerung, die Verlegung des Stromkabels in dem fraglichen Wegegrundstück zu gestatten, ein Missbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB oder eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 GWB liegt. Dabei muss sich die Klägerin nicht von vornherein entgegenhalten lassen, dass es ihr unter Inkaufnahme höherer Kosten möglich war, das Kabel für den einzuspeisenden Strom über andere Grundstücke zu verlegen. Die Parteien haben streitig dazu vorgetragen, ob die Klägerin auch jetzt noch auf eine Verlegung des Kabels in dem Weg „Neue Trift“ angewiesen ist. Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang geltend gemacht, dass es sich bei der inzwischen im Interesse der Schadensminderung realisierten Lösung nur um ein Provisorium handele, das die Einspeisung nicht an der Einmündung des Weges „Neue Trift“ in die Landstraße, sondern an einer 200 m davon entfernten Stelle ermögliche, die nicht „die kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage“ (§ 4 Abs. 2 EEG a.F.) aufweise. Von diesem Vorbringen muss in Ermangelung anderer Feststellungen im Revisionsverfahren ausgegangen werden.

[19] III. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren werden die Parteien ergänzend dazu vortragen können, ob die Klägerin auch heute noch auf die Verlegung des Kabels im Wegegrundstück angewiesen und ob es der Beklagten zuzumuten ist, die Verlegung des Stromkabels in dem Wegegrundstück zu gestatten. Dabei wird das Berufungsgericht die gesetzgeberische Wertung zu beachten haben, die im Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) vom 25. Oktober 2008 ihren Niederschlag gefunden hat. Danach sind Netzbetreiber verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien vorrangig anzuschließen (§ 5 Abs. 1 EEG; vgl. § 4 Abs. 1 EEG a.F.) und diesen Strom vorrangig abzunehmen (§ 8 Abs. 1 EEG; vgl. § 4 Abs. 1 EEG a.F.); diese Verpflichtung trifft denjenigen Netzbetreiber, zu dessen Netz die kürzeste Entfernung besteht (§ 5 Abs. 1 EEG; vgl. § 4 Abs. 2 EEG a.F.; ferner dazu BGH WM 2009, 184 Tz. 11 ff.). Sollte sich herausstellen, dass die Klägerin die Gestattung im Hinblick auf den vorhandenen Anschluss nicht (mehr) beanspruchen kann, wird das Berufungsgericht zu klären haben, ob die Klägerin ihren als Hilfsantrag angefügten, aber bislang nicht gestellten Antrag verlesen möchte, mit dem sie die Zahlung der Mehrkosten verlangt hat, die ihr für die Verlegung des Stromkabels über andere Grundstücke als das fragliche Wegegrundstück entstanden sind.

3. Kein gesetzlicher Anspruch auf Netzübergabe aus § 46 Abs. 2 EnWG

EnWG §§ 46 Abs. 2; 113

1. Ein konzessionsvertraglicher Anspruch der Gemeinde auf Übergabe des Verteilungsnetzes nach Ablauf des Konzessionsvertrags bleibt durch das Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 unberührt.

2. Die in § 46 Abs. 2 EnWG geregelte Verpflichtung, die Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen zu überlassen, ist nicht dahin zu verstehen, dass das alte Energieversorgungsunternehmen auch die Übertragung des Eigentums schulde.

(Leitsätze der Redaktion)

OLG Koblenz, Grund- und Teilurteil v. 23.04.2009 - U 646/08.Kart

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Übergabe der in deren Eigentum stehenden Gasverteilungsanlagen und Betriebsgebäude in den Gemeindegebieten

A und B, Übertragung dazu gehörender Rechte sowie bestimmte Auskünfte. Zwischen der Beklagten und den Gemeinden A und B bestanden seit 1988 bzw. 1982 Gasversorgungsverträge, in denen jeweils unter Punkt 9 vereinbart ist, dass die Gemeinde bei Beendigung des Vertrages berechtigt ist, die Verteilungsanlagen käuflich zum Sachzeitwert zu erwerben. Diese Verträge endeten aufgrund der Laufzeitbeschränkung in § 13 Abs. 2 Satz 1 EnWG a. F., § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG n. F. zum 31.12.2006. Die Gemeinden verlängerten die Verträge mit der Beklagten nicht, sondern schlossen unter dem Datum vom 08./10.03.2006 bzw. 05.05.2006 entsprechende Wegenutzungsverträge mit der Klägerin. Mit schriftlichen Vereinbarungen vom 08./10.03.2006 bzw. 05./09.2006 traten die Gemeinden ihre Ansprüche auf Erwerb der Anlagen des örtlichen Gasverteilungsnetzes sowie alle diesbezüglichen Rechte an die Klägerin ab. Eine Einigung zwischen den Parteien über den Kauf der Anlagen kam nicht zustande. Die Klägerin hat die Klageforderung, insbesondere den von ihr geltend gemachten Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den für den Betrieb des Gasnetzes der allgemeinen Versorgung in den Gemeindegebieten notwendigen Verteilungsanlagen, in erster Linie auf Punkt 9 der Gaskonzessionsverträge i. V. m. den Abtretungsvereinbarungen, hilfsweise auf § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG gestützt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Ein vertraglicher Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den Gasnetzanlagen bestehe nicht, weil Punkt 9 der Gasversorgungsverträge durch das Energiewirtschaftsgesetz von 2005 außer Kraft gesetzt worden sei. § 46 Abs. 2 EnWG gebe lediglich einen Anspruch auf Überlassung des Besitzes, nicht aber auf Übergabe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin trägt zur Begründung ihrer Berufung vor, die Auffassung des Landgerichts, dass Punkt 9 Ziff. 1 der Gasversorgungsverträge mit den Gemeinden durch § 46 Abs. 2 EnWG abgeändert worden und dadurch ein Anspruch auf Übergabe der Netzanlagen entfallen sei, beruhe auf einer fehlerhaften Auslegung von § 113 EnWG. Das Gleiche gelte für die Rechtsansicht des Landgerichts, dass sich aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG kein Übergabeanspruch ergebe.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig. Das Rechtsmittel hat dem Grunde nach zum überwiegenden Teil Erfolg.

A. Der Klageantrag zu 1. Buchst. a) und b) ist zulässig und begründet. Der Antrag zu 1. Buchst. a) ist bestimmt i. S. des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Dem steht nicht entgegen, dass darin auf die Anlagen K 2 und K 3 Bezug genommen wird. Denn diese sind mit der Klageschrift zu den Akten gereicht und der Beklagten zugeleitet worden (vgl. dazu z. B. BGH NJW 2001, 445, 447).

Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht nach Punkt 9 des Gasversorgungsvertrages mit der Gemeinde A und nach Punkt 9 des Gasversorgungsvertrages mit der Gemeinde B Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den für den Betrieb der Gasversorgungsnetze erforderlichen Anlagen und Betriebsgebäuden in den Gemeindegebieten A und B.

1. Der Gasversorgungsvertrag zwischen der Beklagten und der Gemeinde A enthält unter Punkt 9 Ziff. 1 folgende Regelung: