

### 1. Fehlerhafte Bekanntgabe eines vorzeitig beendeten Konzessionsvertrags führt zu Nichtigkeit des Folgevertrags § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG, § 134 BGB

*Die öffentliche Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags und des Vertragsendes hat nach § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger zu erfolgen.*

#### **Konzessionsverträge, die unter Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG geschlossen worden sind, sind gemäß § 134 BGB grundsätzlich nichtig.**

*(amtliche Leitsätze)*

*BGH, U. v. 18.11.2014, Az. EnZR 33/13 – Stromnetz Wernigerode*

*mit Anmerkung von RAin Dr. Anna Sachse*

#### **Aus dem Tatbestand:**

[2] Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hatte mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten [...] am 7/19. Juni 1991 einen Konzessionsvertrag über die öffentliche Versorgung mit elektrischer Energie mit einer Laufzeit von 20 Jahren geschlossen. Im Juli 2006 vereinbarten die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten in der Absicht, den Konzessionsvertrag vorzeitig zu verlängern, eine Beendigung dieses Vertrags mit Wirkung zum 31. Mai 2008. Dies gab die Rechtsvorgängerin der Beklagten daraufhin im Deutschen Ausschreibungsblatt bekannt. [...] [Auf die Bekanntmachung hin] meldete sich nur die Klägerin, [...] [die dann mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten] am 24. Mai/20. Juni 2007 einen neuen Konzessionsvertrag schloss, der wiederum eine Laufzeit von 20 Jahren hatte.

[3] [...] [Nach Eingemeindung machte die Beklagte] mit Schreiben vom 15. September 2009 gegenüber der Klägerin die Unwirksamkeit des Konzessionsvertrags vom 24. Mai/20. Juni 2007 mit der Begründung geltend, die vorzeitige Beendigung des [Konzessionsvertrags] sei nicht entsprechend den Vorgaben des § 46 Abs. 3 EnWG im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden. [...]

[4] Mit ihrer im April 2011 erhobenen Klage begehrt die Klägerin die Feststellung der Wirksamkeit des Konzessionsvertrags vom 24. Mai/20. Juni 2007. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### **Aus den Gründen:**

[5] Die Revision ist unbegründet.

[...]

[10] [...] Das Berufungsgericht hat zu Recht den zwischen den Parteien geschlossenen Konzessionsvertrag vom 24. Mai/20. Juni 2007 als nichtig angesehen.

[11] 1. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass die öffentliche Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags und des Vertragsendes nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger zu erfolgen hat. Dies folgt aus § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG.

[12] a) Im Schrifttum ist umstritten, ob die öffentliche Bekanntgabe nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG ebenso zu erfolgen hat wie die Bekanntmachung des Vertragsendes eines Konzessionsvertrags nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG, d.h. durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger. Von der überwiegenden Auffassung wird die Frage im Hinblick auf den Zweck der Regelung bejaht (vgl. Alb-

recht in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 9 Rn. 100; Hellermann in Britz/Hellermann/ Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 46 Rn. 64; BerlKommEnRIWegner, 2. Aufl., EnWG, § 46 Rn. 110; Theobald in Danner/Theobald, Energierecht, Stand April 2014, § 46 EnWG Rn. 148; Dierkes, EnWZ 2013, 376; Nonnen, IR 2013,157,158; Pippke/Gaßner, RdE 2006,33,37; Thomale/Kießling, N&R 2008,166,173). Eine Gegenmeinung lehnt dies ab und hält im Rahmen des § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG eine Veröffentlichung in der örtlichen Presse oder im örtlichen Amtsblatt für ausreichend (vgl. Klemm, VersorgW 2005,197,201).

[13] b) Der herrschenden Ansicht ist zuzustimmen.

[14] aa) Die Frage, wie nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG die öffentliche Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags und des Vertragsendes zu erfolgen hat, wird durch den Wortlaut der Vorschrift nicht beantwortet. Danach sind diese beiden Umstände lediglich „öffentlich bekannt zu geben“, ohne dass hierfür ein bestimmtes Medium genannt wird.

[15] bb) Für eine zwingende Veröffentlichung der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags im Bundesanzeiger spricht jedoch die Systematik des § 46 Abs. 3 EnWG. Diese Vorschrift regelt in den Sätzen 1 und 2 zunächst die Grundkonstellation des Ablaufs eines Konzessions-Vertrags nach § 46 Abs. 2 EnWG. Danach hat die Gemeinde spätestens zwei Jahre vor Ablauf des Konzessionsvertrags das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt zu machen; bei Gemeinden mit mehr als 100.000 an das Versorgungsnetz unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. In den Sätzen 3 und 4 des § 46 Abs. 3 EnWG wird die davon abweichende Variante einer vorzeitigen

Verlängerung des Konzessionsvertrags geregelt. Dabei werden die Vorgaben der Sätze 1 und 2 lediglich dahingehend modifiziert, dass die vorzeitige Beendigung des Konzessionsvertrags und das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben sind und der neue Vertragsschluss frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen darf. Eine abweichende Bestimmung für die Form der öffentlichen Bekanntgabe enthalten diese Regelungen dagegen nicht, so dass davon auszugehen ist, dass es insoweit bei der Vorgabe der Sätze 1 und 2 bleiben soll.

[16] cc) Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Gesetzesmaterialien nicht in Frage gestellt, sondern eher noch gestützt. Die Revision weist zwar zu Recht daraufhin, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes den im weiteren Gesetzgebungsverfahren übernommenen Änderungsvorschlag zu § 46 Abs. 3 Satz 3 (im Entwurf noch Satz 2) damit begründet hat, „die Bekanntmachung über die Beendigung der Verträge sollte in geeigneter Form im Bundesanzeiger, Bundesanzeiger, Internet, mindestens aber in der überörtlichen Presse bekannt gemacht werden, damit eine möglichst breite interessierte Öffentlichkeit Zugang zu dieser Information erlangen kann-(BR-Drucks. 613/04 (Beschluss), S. 36). Diese Begründung ist aber durch den weiteren Gesetzgebungsverfahren überholt. Sie ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass in der Entwurfsfassung des § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG nur eine Bekanntgabe „in geeigneter Form“ vorgesehen war, die später durch den federführenden Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit in die Bekanntgabe „durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger“ und für Gemeindegebiete mit mehr als 100.000 Kunden durch „Bekanntmachung zusätzlich

im Amtsblatt der Europäischen Union konkretisiert wurde (BT-Drucks. 1516268, S. 54,122). Der Änderungsvorschlag des Bundesrates wurde insoweit zunächst nicht aufgegriffen, sondern erst im anschließenden Vermittlungsverfahren in § 46 Abs. 3 EnWG eingefügt. Dafür, dass der Gesetzgeber die Form der öffentlichen Bekanntgabe in § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG anders, d.h. weiter, verstanden wissen will als in dessen Satz 1, lassen sich den Gesetzesmaterialien keine Anhaltspunkte entnehmen.

[17] dd) Entscheidend für einen Gleichlauf der Form der Bekanntmachung in den beiden in § 46 Abs. 3 EnWG geregelten Fällen spricht schließlich der Zweck der Vorschrift. § 46 EnWG soll einen Wettbewerb um die Netze ermöglichen. Damit soll – was § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG zeigt – das energiewirtschaftsrechtliche Ziel des § 1 EnWG einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas erreicht werden. Vor diesem Hintergrund dienen die Bekanntmachungspflichten des § 46 Abs. 3 Satz 1 und 3 EnWG der Information der Öffentlichkeit, damit sich andere Unternehmen um die Wegenutzungsrechte bewerben können, um damit zugleich der Gemeinde eine Bestenauslese zu ermöglichen. Nur wenn bekannt ist, dass ein Wegenutzungsvertrag zum Neuabschluss ansteht, kann auch ein Wettbewerb entstehen (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 21). Insoweit hat sich der Gesetzgeber in § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG dafür entschieden, dass die Bekanntmachung (ausschließlich) im Bundesanzeiger und gegebenenfalls zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen hat. Damit können sich die interessierten Unternehmen bei der Suche nach neuen Konzessionsvergaben auf ein bzw. zwei Veröffentlichungsorgane beschränken.

[18] Dieser Gesetzeszweck gilt für die Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrags nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG gleichermaßen. Für eine unterschiedliche Behandlung besteht kein sachlicher Grund. Ein solcher wird auch von der Revision nicht auf gezeigt, Ganz im Gegenteil ist gerade im Hinblick auf die nach § 46 Abs.

3 Satz 4 EnWG abgekürzte Frist für den neuen Vertragsabschluss und die damit verbundene Gefahr einer Aushöhlung der in § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG vorgesehenen Laufzeitbeschränkung von 20 Jahren eine einheitliche Form der Bekanntgabe geboten.

[19] 2. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass der Konzessionsvertrag vom 24. Mai/20. Juni 2007 wegen Verstoßes gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG nach § 134 BGB nichtig ist.

[20] Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Konzessionsvertrag nach § 134 BGB nichtig, wenn die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen nicht genügt und damit eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vorliegt, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (vgl. Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, BGHZ 199,289 Rn. 54 ff. und 101 ff. – Stromnetz Berkenthin – und KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 50 ff. – Stromnetz Helligenhafen; Senatsbeschluss vom 3. Juni 2014 – EnVR 10/13, WuW/E DE-R 4322 Rn. 53 – Stromnetz Homberg). Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG führen zu einem langfristigen faktischen Ausschluss aller anderen Bewerber um den Netzbetrieb. Es ist nicht möglich, während der Laufzeit entsprechende Verträge mit weiteren Bewerbern abzuschließen. Eine mit dem Abschluss dieser Verträge verbundene Diskriminierung oder unbillige Behinderung kann dann nur durch ihre Nichtigkeit beseitigt werden. Denn der Konzessionsvertrag als solcher führt die Marktwirkungen des Verbotsverstoßes herbei (Senatsurteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, BGHZ 199,289 Rn. 105 mwN – Stromnetz Berkenthin).

[21] Dies gilt auch im Falle eines Verstoßes gegen die Bestimmung des § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG über die Form der Bekanntgabepflicht. Wie oben dargelegt, dient die Form der Bekanntgabe der Ermöglichung eines Wettbewerbs um die Netze, deren ordnungsgemäße Erfüllung das aus dem Diskriminierungs-

verbot folgende Transparenzgebot verlangt. Nur wenn bekannt ist, dass ein Wegenutzungsvertrag zum Neuabschluss ansteht, kann auch ein Wettbewerb entstehen. Dazu müssen sich interessierte Unternehmen darauf verlassen können, dass der

Ablauf eines Konzessionsvertrags oder seine vorzeitige Beendigung in dem gesetzlich vorgesehenen Veröffentlichungsorgan bekannt gemacht werden. Entgegen der Auffassung der Revision kann daher der Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG weder durch die Veröffentlichung in einem anderen Veröffentlichungsmedium – unabhängig von dessen Verbreitung – als geheilt oder als unerheblich angesehen werden noch die Nichtigkeitsfolge mit dem Hinweis auf die Möglichkeit kommunalaufsichtsrechtlicher Maßnahmen verneint werden. Anders als die Revision meint, musste das Berufungsgericht auch keine Feststellungen dazu treffen, ob sich der Verstoß gegen die Bekanntgabepflicht konkret ausgewirkt hat. In der vorliegenden Konstellation kommt eine Feststellung, dass sich der Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG zweifelsfrei nicht auf das Auswahlergebnis auswirken konnte (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, BGHZ 199,289 Rn. 99 – Stromnetz Berkenthin), von vornherein nicht in Betracht. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass sich bei ordnungsgemäßer Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung des Konzessionsvertrags im Bundesanzeiger weitere Unternehmen um die Konzession beworben hätten, die Chancen auf den Zuschlag gehabt hätten. [...]

[22] 3. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass sich die Beklagte auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags vom 24. Mai/20. Juni 2007 berufen kann.

[23] a) Der Nichtigkeitseinwand ist nicht wirksam. Die Beklagte ist nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens daran gehindert, die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags geltend zu machen. Eine nach § 134 BGB im öffentlichen Interesse, hier dem des Wettbewerbs um das Wegerecht zwecks Verbesserung der Versorgungsbedingungen, angeordnete Nichtigkeit kann allenfalls in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden (vgl. Senat, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, BGHZ 199,289 Rn. 119 mwN – Stromnetz Berkenthin; Beschluss vom 3. Juni 2014 – EnVR 10/13, WuW/E DE-R 4322 Rn. 65 – Stromnetz Homberg). Die Voraussetzungen dafür liegen hier nicht vor.

[24] b) Ein Einwendungsausschluss zulasten der Beklagten ergibt sich auch nicht aus einer entsprechenden Anwendung der vergaberechtlichen Präklusionsvorschriften, wie etwa des § 101b Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 GWB. Diese sind Bestandteil eines gesetzlich geregelten Vergabeverfahrens und können nicht isoliert auf das – nicht näher geregelte – Verfahren der Konzessionsvergabe übertragen werden (Senat, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, BGHZ 199,289 Rn. 112 – Stromnetz Berkenthin; Beschluss vom 3. Juni 2014 – EnVR 10/13, WuW/E DE-R 4322 Rn. 61 – Stromnetz Homberg).

### Anmerkung von Rechtsanwältin Dr. Anna Sachse, Berlin

I. Die Entscheidung des BGH ist zu begrüßen. Der BGH stellt einen Gleichlauf der Bekanntmachung der vorzeitigen Vertragsbeendigung zu der regulären Bekanntmachung her. In beiden Fällen hat die Bekanntmachung in dem in § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG ausdrücklich vorgeschriebenen Medium – dem Bundesanzeiger – zu erfolgen.

II. Die Auslegung der Vorgaben des § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG zur vorzeitigen Beendigung durch den BGH folgt dabei der herrschenden Meinung, wonach jede Bekanntgabe einer Vertragsbeendigung im Bundesanzeiger zu erfolgen hat. Sie wird insbesondere dem Zweck der Verfahrenstransparenz gerecht, der in § 46 Abs. 3 EnWG enthalten ist. Eine fehlerhafte Bekanntmachung wiegt

schwerer als Fehler, die im Lauf des Konzessionierungsverfahrens auftreten, da der Wettbewerb von vornherein nicht stattfindet. Folgerichtig unterlässt der BGH eine weitere Prüfung der Kausalität.

III. Mit der Nichtigkeit ordnet der BGH die einzig logische Rechtsfolge an, denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich weitere Unternehmen bei ordnungsgemäßer Bekanntgabe um die Konzession beworben hätten. Eine Bekanntgabe „nuP“ im Deutschen Ausschreibungsblatt hat daher dieselbe Rechtsfolge wie das völlige Ausbleiben einer Bekanntmachung. Für letzteren Fall hatte das OLG Düsseldorf bereits mit Urteil vom 12.03.2008 (Az.: VI-2 U (Kart) 8107) die Unwirksamkeit des neu abgeschlossenen Vertrages festgestellt.

IV. Die Anforderungen an die Verfahrenstransparenz sind im Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung sogar noch bedeutender als im Fall der regelmäßigen Konzessionslaufzeit. Die vorzeitige Vertragsbeendigung gemäß § 46 Abs. 3 Satz 3,4 EnWG ist für Außenstehende unvorhersehbar. Zu Recht betont der BGH daher, dass eine mangelhafte Bekanntgabe die Laufzeitbeschränkung von Konzessionsverträgen auszuhöhlen droht.

V. Die vom BGH angeordnete Rechtsfolge der Nichtigkeit ist angesichts der langen Vertragsdauer folgerichtig und entspricht dem Urteil des BGH vom 17.12.2013 (BGHZ 199,289), nach dem ein Konzessionsvertrag nichtig ist, wenn die Konzessionsvergabe den Anforderungen aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG nicht genügt und damit eine unbillige Behinderung der Bewerber vorliegt. Zurecht verneint der BGH auch eine Verwirkung oder Präklusion. Wurde der Wettbewerb vollständig umgangen, muss dies auch noch nachträglich geltend gemacht werden können.

VI. Das Urteil ist eine Grundsatzentscheidung zur Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG, die Auswirkung auf zahlreiche Konzessionsverträge haben kann. Die Ausschreibung in anderen Medien als dem Bundesanzeiger ist kein Einzelfall. Kommunen müssen insofern prüfen, ob sie ihre neu abgeschlossenen Konzessionsverträge ordnungsgemäß bekannt gemacht haben. Anderenfalls erfolgt der Netzbetrieb sowie auch die Konzessionsabgabenzahlung ohne rechtliche Grundlage und es besteht Handlungsbedarf.

*Rechtsanwältin Dr. Anna Sachse, Becker Büttner Held Berlin*

## 2. Folgen unzulässiger Nebenleistungen für die Wirksamkeit eines Konzessionsvertrages

*EnWG § 46; KV § 3; BGB § 134*

**Werden in einem Konzessionsvertrag nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Nebenleistungen vereinbart, so folgt daraus keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags gemäß § 134 BGB, wenn die unzulässigen Leistungen weder Kriterium für die Auswahl des Konzessionärs waren noch sich in anderer Weise auf die Auswahlentscheidung der Gemeinde ausgewirkt haben**  
(amtlicher Leitsatz)

*BGH, U. v. 07.10.2014 – EnZR 86/13 –, vorgehend OLG München, U. v. 26.09.2013 – U 3587-12 Kart –, LG München I, Urt. v. 01.08.2012, 37 O 19383/10*

*mit Anmerkung von Rechtsanwälten Dr. Martin Düwel und Jakob Stasik*

### Aus dem Tatbestand:

[1] Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Übereignung des Stromnetzes für die kommunale Versorgung im Gebiet der Gemeinde Olching.

[2] An der Klägerin sind die Gemeinde Olching mit 51 % und die Stadtwerke GmbH mit 49 % beteiligt. Die Beklagte ist eine Konzerngesellschaft des E.-Konzerns. Ihre Rechtsvorgängerin, die I. AG, schloss im Jahr 2000 einen Stromkonzessionsvertrag mit der Gemeinde Olching (nachfolgend „Alt-Konzessionsvertrag“) ab. Der Vertrag enthält in § 5 folgende Regelung:

1. Wird dieser Vertrag nach seinem Ablauf nicht verlängert und wird die Gemeinde oder ein gemeindliches Unternehmen neues Energieversorgungsunternehmen, so gilt Folgendes:

1.1 Die Gemeinde ist berechtigt, alle für die allgemeine Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen der I. zu erwerben, die ausschließlich der Stromversorgung des Gemeindegebietes dienen und bei rationeller Betriebsführung weiterverwendet werden können....“

[3] Am 28. März 2008 machte die Gemeinde Olching im elektronischen Bundesanzeiger ihre Absicht bekannt, diesen Vertrag fristgemäß zu kündigen und einen neuen Stromkonzessionsvertrag mit einer Laufzeit von 20 Jahren abzuschließen. Netzbetreiber wurden zur Interessenbekundung aufgefordert.

[4] In einer Gemeinderatssitzung vom 14. Mai 2009 entschied die Gemeinde Olching, gemeinsam mit der Stadtwerke GmbH die Klägerin zu gründen und mit dieser einen Konzessionsvertrag abzuschließen. Die Gründung der Klägerin erfolgte am 31. August 2009, wobei alle Anteile zunächst von der Stadtwerke GmbH gehalten wurden. Die Gemeinde Olching machte ihre Auswahlentscheidung für die Klägerin am 11. September 2009 im elektronischen Bundesanzeiger öffentlich bekannt. In der Bekanntmachung heißt es:

„Die Entscheidung wurde unter folgenden Gesichtspunkten getroffen:

Aspekte der Wirtschaftlichkeit Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen Förderung des Klimaschutzes vor Ort.“

[5] Die Klägerin und die Gemeinde Olching schlossen am 16. Oktober 2009 einen Konzessionsvertrag (nachfolgend: KonzV), der unter anderem folgende Regelungen enthält:

§ 7 Zusammenarbeit mit der Gemeinde

(1) ...

(2) Die Gesellschaft wird die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten unterstützen. Sie wird die erforderlichen Daten zur Verfügung stellen. Wenn die Gemeinde die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts beauftragt ist die Gesellschaft nach Abstimmung bereit hierfür im Rahmen des konzessionsabgaberechtlich Zulässigen einen Zuschuss zu gewähren.

(3) Die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde wird dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, von der Gesellschaft unterstützt....

[6] In der Folgezeit verhandelten die Parteien über Konditionen und Umfang der Übertragung der Stromversorgungsanlagen in der Gemeinde Olching auf die Klägerin.

[7] Mit Vereinbarung vom 19. April/10. Mai 2010 trat die Gemeinde Olching ihre Ansprüche aus dem im Jahr 2000 abgeschlossenen Alt-Konzessionsvertrag an die Klägerin ab.

[8] Zum 1. Januar 2011 erwarb die Gemeinde Olching eine Beteiligung von 51 % an der Klägerin.

[9] Die Klägerin ist der Auffassung, ihr stehe aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung (nachfolgend § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF) und aus § 5 Nr. 1.1 des Alt-Konzessionsvertrages ein Anspruch auf Übereignung des Stromversorgungsnetzes für das Stadtgebiet von Olching zu. Dementsprechend begehrt sie mit ihrer Klage von der Beklagten im Wesentlichen die Übereignung des allgemeinen Stromversorgungsnetzes im Gebiet der Gemeinde Olching einschließlich der sowohl für die Örtliche als auch die überörtliche Stromverteilung genutzten Anlagen.

[10] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (ZNER 2012, 643). Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG München – U 3587/12 Kart, juris).

[...]

### Aus den Gründen:

[11] A. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin auf Übertragung des Netzes aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG sowie aus dem abgetretenen Anspruch gemäß § 5 des Alt-Konzessionsvertrags verneint und deshalb auch die weiteren Klageanträge abgewiesen. Dazu hat es ausgeführt:

[12] Ansprüche aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF stünden der Klägerin nicht zu, weil sie nicht „neues“ Energieversorgungsunternehmen im Sinne dieser Vorschrift geworden sei. Denn der von der Klägerin und der Gemeinde Olching geschlossene Konzessionsver-