



IBRRS 2024, 0247

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Befristeter Gestattungsvertrag beendet: Anspruch auf Nutzungsrechte?

BGH

Urteil

vom 05.12.2023

KZR 101/20

GWB § 19 Abs. 2 Nr. 1

1. Dem Betreiber eines Fernwärmenetzes kann nach Beendigung eines befristeten Gestattungsvertrags ein Anspruch auf Einräumung von Nutzungsrechten an den im Eigentum einer Gemeinde stehenden Wegegrundstücken nur zustehen, wenn die technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten sämtlichen Interessenten den Bau paralleler Netzinfrastrukturen erlauben.*)

2. Eine Gemeinde kann von dem bisherigen Betreiber eines Fernwärmenetzes weder Verschaffung des Eigentums an den in ihren Grundstücken verlegten Leitungen noch Beseitigung der dadurch verursachten Beeinträchtigung ihres Eigentums verlangen, wenn die Gemeinde ein bereits begonnenes Auswahlverfahren für den Weiterbetrieb dieses Netzes nur ausgesetzt, aber nicht beendet hat und der bisherige Netzbetreiber an diesem Verfahren beteiligt ist.*)

BGH, Urteil vom 05.12.2023 - KZR 101/20

vorhergehend:

OLG Stuttgart, 26.03.2020 - 2 U 82/19

LG Stuttgart, 14.02.2019 - 11 O 225/16

Tenor

Die Revision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart - 2. Zivilsenat - vom 26. März 2020 insoweit aufgehoben und die Klage abgewiesen, als das Berufungsgericht die Beklagte zur Beseitigung des Störungszustands verurteilt hat (Tenor I. 1.).

Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Klägerin 2/3 und die Beklagte 1/3. Von den Kosten des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens tragen die Klägerin jeweils 3/4 und die Beklagte jeweils 1/4.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Die Klägerin ist die Landeshauptstadt Stuttgart. Sie ist Eigentümerin sämtlicher dort belegener Wegegrundstücke. Die Beklagte betreibt das Fernwärmenetz der Stadt.

- 2 Ursprünglich erschloss das Kommunalunternehmen "Technische Werke der Stadt Stuttgart AG" (nachfolgend: TWS) größere Gebiete für das Fernwärmenetz der Stadt Stuttgart. Im April 1994 schloss die Klägerin mit TWS einen "Konzessionsvertrag" unter anderem über die Fernwärmeversorgung im Stadtgebiet (im Folgenden: Konzessionsvertrag). Dieser hatte eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2013. TWS wurde darin insbesondere das Recht zum ober- und unterirdischen Bau und Betrieb von Versorgungsleitungen im öffentlichen Verkehrsraum für die Fernwärmeversorgung eingeräumt. Nach § 8 Abs. 1 des Konzessionsvertrags trug sie die Kosten der Herstellung, Veränderung, Wiederherstellung und Unterhaltung "ihrer Versorgungsleitungen". Eine Regelung über das Schicksal der Versorgungsanlagen nach Beendigung des Vertrags (sog. Endschaftsregelung) enthielt der Konzessionsvertrag nicht.
- 3 Der operative Geschäftsbetrieb der TWS wurde zum 1. Januar 1997 auf die "Neckarwerke Stuttgart AG" (NWS) übertragen, an der die Klägerin mit 42,5 Prozent beteiligt war. Mit Wirkung vom 15. Juli 2002 verkaufte die Klägerin diese Anteile an die Beklagte. Am 1. Januar 2003 wurde NWS in den Konzern der Beklagten eingegliedert. Während der Vertragsdauer baute die Beklagte das Fernwärmenetz weiter auf insgesamt 218 km aus. Etwa 18 Prozent des Stadtgebietes werden mit 1.100 Mio. kWh Fernwärme für rund 25.000 Haushalte, ca. 1.300 Unternehmen und 300 öffentliche Gebäude versorgt. Die Fernwärmeleitungen befinden sich zum größten Teil in oder auf Grundstücken der Klägerin; Anschlussleitungen liegen auf Grundstücken Dritter, und weitere Anlagen befinden sich auf Grundstücken der Beklagten, welche die Fernwärme im Wesentlichen durch drei von ihr betriebene Heizkraftwerke einspeist.
- 4 Im Jahr 2011 gab die Klägerin das bevorstehende Ende des Konzessionsvertrags am 31. Dezember 2013 bekannt. Verschiedene Unternehmen, unter anderem eine Rechtsvorgängerin der Beklagten, bekundeten ihr Interesse am Abschluss eines Konzessionsvertrags und/oder an der Gründung eines Kooperationsunternehmens mit der Klägerin. Im Juli 2012 richtete die Klägerin einen ersten Informationsbrief an diese Unternehmen, in dem sie die Absicht äußerte, die Entscheidung über die Vergabe in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu treffen, wobei das Ergebnis des Wettbewerbsverfahrens auch eine Rekommunalisierung sein könne. Im Juli 2013 beschloss der Gemeinderat der Klägerin, das Verfahren auszusetzen, und am 16. Februar 2016, dass die Klägerin das Eigentum am Fernwärmenetz und dessen Betrieb zum frühestmöglichen Zeitpunkt übernehmen solle. Die Klägerin forderte die Beklagte daraufhin erfolglos auf, ihr das Eigentum an den Anlagen des Fernwärmenetzes zu übertragen. Die Beklagte setzte die Fernwärmeversorgung zu den bisher geltenden Bedingungen fort. Eine Nachfolvereinbarung wurde nicht geschlossen.
- 5 Das Landgericht hat die auf Übereignung des Fernwärmetransportsystems und die daran anknüpfenden Folgeansprüche sowie die hilfsweise auf Entfernung der Fernwärmeversorgungsanlagen gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Widerklage hat es festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten ein Angebot auf Abschluss eines erneuten Gestattungsvertrages zum Betrieb des bereits verlegten Fernwärmenetzes für die Dauer von höchstens 20 Jahren zu unterbreiten. Im Übrigen hat es die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Landgerichts teilweise abgeändert. Es hat die Beklagte nach dem Hilfsantrag VII verurteilt, den Störungszustand zu beseitigen, der durch das Vorhandensein näher beschriebener Fernwärmeversorgungsanlagen in oder auf Grundstücken der Klägerin besteht. Den im Berufungsrechtszug auf Feststellung ihres Eigentums an dem Fernwärmetransportsystem seit dem 1. Januar 2014 gerichteten Hauptantrag I samt Nebenrechten (Anträge III, IV) sowie das mit der Berufung hilfsweise weiterverfolgte, auf Eigentumsverschaffung (Antrag II) samt Nebenrechten Zug um Zug gegen Zahlung des objektivierten Ertragswerts (Anträge III, IV) gerichtete Klagebegehren sowie den weiteren Feststellungsantrag der Klägerin zur Berechnung von Nutzungsentgelten (Antrag VI) hat das

Berufungsgericht ebenso wie die Widerklage abgewiesen. Die Anschlussberufung der Beklagten hat das Berufungsgericht ebenfalls zurückgewiesen.

- 6 Mit den vom Senat zugelassenen Revisionen verfolgen die Parteien ihre wechselseitigen Begehren nach den in der Berufungsinstanz gestellten Anträgen in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe

- 7 Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat sowohl den in der Hauptsache verfolgten Antrag I auf Feststellung des Eigentums der Klägerin an dem Fernwärmenetz sowie die auf Eigentumsverschaffung gerichteten Hilfsanträge II und IV als auch die mit den (Hilfs-)Anträgen III, IV und VI verfolgten Nebenansprüche zu Recht abgewiesen. Die Revision der Beklagten ist nur teilweise begründet. Sie hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Beseitigung des Störungszustands nach dem Hilfsantrag VII wendet. Soweit sie die Abweisung der Widerklage angreift, bleibt sie erfolglos.
- 8 A. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (RdE 2020, 322) im Wesentlichen ausgeführt:
- B.
- 9 Der Antrag der Klägerin auf Feststellung, dass sie seit dem 1. Januar 2014 Eigentümerin des Fernwärmetransportsystems ist, sei unbegründet. Bei den in den Grundstücken der Klägerin verlegten Leitungen des Fernwärmenetzes handele es sich um Scheinbestandteile im Sinne des § 95 BGB, weil sie nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden worden seien. Dafür spreche wegen der begrenzten Laufzeit des Konzessionsvertrags eine tatsächliche Vermutung. Die Vertragsparteien seien ausweislich § 8 des Konzessionsvertrags davon ausgegangen, dass die Versorgungsleitungen und die zugehörigen Anlagen Eigentum der Beklagten seien. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass das Eigentum während oder nach Beendigung des Konzessionsvertrags der Klägerin zugefallen sei.
- 10 Der Klägerin stünden auch die hilfsweise geltend gemachten Ansprüche auf Übereignung nicht zu. Weder ergebe sich ein solcher Anspruch aus einer ergänzenden Vertragsauslegung des Konzessionsvertrags, noch bestünden gesetzliche Ansprüche auf Eigentumsverschaffung aus §§ 552, 997 oder § 1004 BGB.
- 11 Die Klägerin könne jedoch nach § 1004 Abs. 1 BGB Beseitigung des Störungszustandes verlangen, der sich aus der Verlegung des Fernwärmetransportsystems auf und in ihren Grundstücken ergebe. Die Klägerin sei nicht - auch nicht aus kartellrechtlichen Gründen - zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet. Mit der Ausübung ihres Rechts aus § 1004 Abs. 1 BGB verstoße die Klägerin nicht gegen das Schikaneverbot aus § 226 BGB. Ein Anspruch der Beklagten aus § 19 Abs. 2 Nr. 1, 4 GWB auf erneute Einräumung von Wegenutzungsrechten bestehe nicht. Aus diesem Grund sei auch die Widerklage unbegründet.
- 12 B. Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage wendet. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, die Beklagte habe aus kartellrechtlichen Gründen keinen Anspruch auf die Feststellung, dass die Klägerin verpflichtet ist, ihr ein Angebot auf Vereinbarung von Gestattungsrechten für die in Rede stehenden Fernwärmeleitungen zu unterbreiten.

- 13 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Feststellungsklage sei zulässig. Der Beklagten stehe aber schon auf Grundlage ihres Vorbringens kein Anspruch auf Einräumung von Wegenutzungsrechten aus § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1, 4, § 33 Abs. 1 GWB zu. Der Umstand, dass die Klägerin ohne ein Auswahlverfahren die Beendigung der Versorgungstätigkeit der Beklagten verfolge und, nachdem sie von einem Auswahlverfahren Abstand genommen habe, stattdessen die Fernwärmeversorgung in eigener Regie übernehmen wolle, stelle sich nicht als unbillige Behinderung der Beklagten dar. Die Beklagte habe nicht behauptet, dass die Klägerin nach Beendigung des Konzessionsvertrages Wegenutzungsrechte vergeben werde. Schließe sie mit Dritten keine entsprechenden Verträge, biete sie keine Wegenutzungsrechte an und sei daher auch nicht unternehmerisch tätig.
- 14 Darüber hinaus lasse sich aus § 33 Abs. 1 BGB kein Kontrahierungszwang ableiten, weil es sich dabei nicht um den einzig sachgerechten Weg zur Beseitigung einer unterstellten unbilligen Behinderung handele. Die Beklagte weise zu Recht darauf hin, dass die Wegenutzungsrechte durch ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren vergeben werden könnten. Die Beklagte könne daher allenfalls eine Gleichbehandlung mit anderen Unternehmen verlangen, bei Durchführung eines Vergabeverfahrens mithin die Teilnahme an diesem und eine transparente und diskriminierungsfreie Gestaltung desselben. Es liege aber auch keine unbillige Behinderung der Beklagten vor. Bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen überwiegen diejenigen der Klägerin.
- 15 Eine missbräuchliche Verweigerung des Netzzugangs nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB sei ebenfalls nicht gegeben. Die Wegegrundstücke seien keine Infrastruktureinrichtungen. Für die Verlegung und Nutzung von Versorgungsleitungen bestehe noch keine Infrastruktur. Als ein Netz im Sinne der Vorschrift wäre allein das Fernwärmenetz zu betrachten. Zu diesem begehre die Beklagte aber keinen Zugang.
- 16 II. Das hält rechtlicher Überprüfung nur im Ergebnis stand.
- 17 1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, fehlt ihr nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Die Beklagte ist nicht auf die Möglichkeit einer Leistungsklage zu verweisen. Rechtlich und wirtschaftlich streiten die Parteien im Kern um eine Leistungspflicht der Klägerin. In diesen Fällen entspricht es den Grundsätzen der Prozessökonomie, den Rechtsstreit mit einer Feststellungsklage zu führen (BGH, Urteile vom 17. Januar 1979 - **KZR 1/78**, WuW/E BGH 1567 - Nordmende; vom 30. Juni 1981 - **KZR 19/80**, WuW/E BGH 1885 - Sportschuhe; vom 22. Januar 1985 - **KZR 35/83**, WuW/E BGH 2125 - Technics; vom 6. Oktober 2015 - **KZR 87/13**, **WRP 2016**, **229** Rn. 25 - Porsche-Tuning).
- 18 2. Die Klage ist jedoch, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, unbegründet.
- 19 a) Die Beklagte kann nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB die Unterbreitung eines Angebots zum Abschluss eines Gestattungsvertrags für das von ihr betriebene Leitungsnetz nicht verlangen. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe nicht als Unternehmen gehandelt, erweist sich zwar als rechtsfehlerhaft. Im Ergebnis mit Recht hat das Berufungsgericht aber angenommen, die Klägerin könne nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB allein zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens und damit zumindest unter den gegenwärtigen Bedingungen nicht zum Abschluss eines Konzessionsvertrags mit der Beklagten verpflichtet sein.
- 20 Nach § 19 Abs. 1 GWB ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen verboten. Ein Missbrauch liegt gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB insbesondere dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder

- mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen.
- 21 aa) Die Klägerin ist auf dem Markt für die Vergabe von Wegenutzungsrechten ein marktbeherrschendes Unternehmen. Aufgrund ihres Eigentums an den öffentlichen Wegen verfügt sie über ein auf das Stadtgebiet beschränktes Monopol (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - **KZR 65/12**; **RdE 2014, 191** Rn. 20 f. - Stromnetz Heiligenhafen). Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Das stellt die Klägerin nicht in Frage.
- 22 bb) Gemeinden handeln, wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt ebenfalls zutreffend angenommen hat, beim Abschluss von Konzessionsverträgen privatrechtlich und damit als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts (BGH, Beschlüsse vom 15. April 1986 - **KVR 6/85**, WuW/E BGH 2247 - Wegenutzungsrecht; vom 11. März 1997 - **KZR 2/96**, RdE 1997, 197, 198 - Erdgasdurchgangsleitung; Urteil vom 17. Dezember 2013 - **KZR 66/12**, **BGHZ 199, 289** Rn. 19 - Stromnetz Berkenthin; **RdE 2014, 191** Rn. 18 - Stromnetz Heiligenhafen).
- 23 (1) Das gilt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch dann, wenn sich die Gemeinde, wie hier, die Rekommunalisierung einer bereits auf Grund eines Konzessionsvertrags privatwirtschaftlich erfolgenden Energieversorgung vorbehält (vgl. **RdE 2014, 191** Rn. 18, 92 - Stromnetz Heiligenhafen). Der Unternehmensbegriff ist funktional auszulegen. Danach sind grundsätzlich jede Person und jeder Verband, die sich im geschäftlichen Verkehr und damit wirtschaftlich betätigen, als Unternehmen anzusehen. Dementsprechend können auch Körperschaften des öffentlichen Rechts Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sein, wenn und soweit sie wirtschaftlich tätig sind (BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011 - **KVR 9/11**, **WRP 2012, 557** Rn. 10 - Niederbarnimer Wasserverband).
- 24 Die Vergabe von Wegenutzungsrechten an den in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken dient dazu, den Betrieb von Leitungsnetzen zum Transport von Energie zu ermöglichen. Die Einräumung der Rechte erfolgt auf privatrechtlicher Grundlage. Da der Betrieb der Leitungsnetze ohne die Einräumung von (privatrechtlichen) Wegenutzungsrechten ausgeschlossen ist, handelt es sich um einen Vorleistungsmarkt für das Angebot von Energietransportleistungen. Die Vergabe von Nutzungsrechten selbst ist zweifellos unternehmerisches Handeln. Nichts anderes gilt, wenn die Gemeinde den Abschluss eines Gestattungsvertrags verweigert, sich vorbehält, ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens die Wegenutzungsrechte einem eigenen Unternehmen einzuräumen und in Vorbereitung dessen Ansprüche auf das Dritten zustehende Eigentum an den Netzleitungen zu erheben. Da die Gemeinde mit dem bisherigen Betreiber auf diesem Markt potentiell im Wettbewerb steht, handelt es sich dabei um eine unternehmerische Entscheidung (BGH, **RdE 2014, 191** Rn. 79 - Stromnetz Heiligenhafen; s.a. BGH, Urteil vom 9. März 2021 - **KZR 55/19**, WuW 2021, 586 Rn. 18 - Gasnetz Berlin).
- 25 Die im vorliegenden Rechtsstreit von der Klägerin verfolgten Ansprüche dienen der Erlangung der Verfügungsmacht über das Netz und damit zumindest auch der vorbehaltenen Möglichkeit, das Fernleitungsnetz ohne Auswahlverfahren zu betreiben. Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, kommt es nicht darauf an, dass keine dem § 46 EnWG entsprechende Pflicht zur Erteilung von Wegenutzungsrechten für den Bereich der Fernwärmeversorgung besteht. Maßgeblich ist allein, dass es eine tatsächliche Nachfrage für die Einräumung der Wegenutzungsrechte gibt und die Klägerin diese Nachfrage bislang auch bedient hat.
- 26 (2) Darüber hinaus hat die Klägerin ein Auswahlverfahren zur Vergabe der Wegenutzungsrechte begonnen, dieses noch nicht beendet und auch nicht ausgeschlossen, dass sie dieses Verfahren in Zukunft wieder aufnimmt. Auch vor diesem Hintergrund handelt die Klägerin, wenn sie der

Beklagten Wegenutzungsrechte verweigert, als Unternehmen.

- 27 cc) Der Markt für die Vergabe dieser Rechte ist auch für gleichartige Unternehmen, wie der Streitfall zeigt, zugänglich. Die Klägerin hat die Nachfrage der Beklagten nach Einräumung von Wegenutzungsrechten bislang bedient und zudem ein Auswahlverfahren für die zukünftige Vergabe dieser Rechte in Gang gesetzt.
- 28 dd) Ein Anspruch auf Einräumung von Nutzungsrechten kann sich nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB allerdings nur dann ergeben, wenn eine parallele Nutzung der städtischen Wege zum Aufbau von Fernwärmenetzen durch sämtliche Interessenten neben dem bereits bestehenden Fernwärmenetz möglich ist. Zu der danach entscheidenden Frage, ob und inwieweit dem bisherigen und zukünftigen Betreiber des Stuttgarter Fernwärmenetzes eine faktische Ausschließlichkeitsstellung zukommt, hat das Berufungsgericht keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen.
- 29 (1) Aus dem Vorbringen der Beklagten lässt sich eine ernsthafte und wirtschaftlich tragfähige Möglichkeit des Aufbaus paralleler Leitungsinfrastrukturen nicht entnehmen. Soweit die Beklagte mit ihrer Revision geltend macht, sie habe unter Beweisantritt vorgetragen, dass entgegen der klägerischen Behauptung der Straßenkörper durchaus regelmäßig in der Lage sei, mehrere Fernwärmeleitungen aufzunehmen, rügt sie dieses Vorbringen nicht ausdrücklich als übergangen. Aber selbst wenn zu ihren Gunsten unterstellt wird, dass es sich um eine den Voraussetzungen des § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b ZPO entsprechende Verfahrensrüge handelt, greift diese nicht durch. Das - unterstellt - als übergangen gerügte Vorbringen lässt schon nicht, wie erforderlich, erkennen, dass gerade in dem bereits von der Beklagten erschlossenen Versorgungsgebiet der Bau paralleler Netzinfrastrukturen technisch, vor allem aber auch wirtschaftlich möglich ist. Das ist auch sonst nicht ersichtlich (Bundeskartellamt, Abschlussbericht Sektorenuntersuchung Fernwärme, 2012, Rn. 226). Wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt ist, deutet bei bestehenden Netzinfrastrukturen wie der vorliegenden die ökonomische Erfahrung darauf hin, dass einem Wettbewerb durch parallele Infrastrukturen hohe Marktzutrittsschranken entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 1992 - **KZR 2/91**, **BGHZ 119**, **101** - Freistellungsende). Insofern gesteht auch die Revision der Beklagten ein, dass ein bestehendes Fernwärmenetz ein natürliches Monopol begründet.
- 30 (2) Es kann auch, anders als die Revision der Beklagten meint, nicht dem Wettbewerb überlassen bleiben, ob sich nach der Vergabe von einfachen Wegenutzungsrechten Wettbewerb entwickelt. Die Frage, ob weitere Netze wirtschaftlich zu betreiben sind, muss vor der Entscheidung der Frage beantwortet werden, ob Wegenutzungsrechte jedem Interessenten einzuräumen sind und ob ein wettbewerbliches Auswahlverfahren durchzuführen ist. Im Übrigen haben nach den Feststellungen des Berufungsgerichts acht Unternehmen ihr Interesse an dem Fernwärmenetz "und/oder" an der Stellung als Kooperationspartner der Klägerin bekundet. Die Revision der Beklagten lässt nicht erkennen, dass die städtischen Wege für sämtliche der Interessenten den Bau von Fernwärmenetzen erlauben.
- 31 ee) Die Revision kann auch nicht mit dem Einwand durchdringen, die Monopolstellung der Beklagten sei aus Rechtsgründen deshalb zu akzeptieren, weil diese das natürliche Monopol mit eigenen Ressourcen aufgebaut habe. Dabei übersieht sie, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, dass sie die Investitionen nur im Rahmen eines zeitlich befristeten Gestattungsvertrags und auf Grundlage von Wegenutzungsrechten vorgenommen hat, die sie im Streitfall von der öffentlichen Hand ableitet. Insoweit ist das von ihr erworbene Eigentum "belastet". Es kann der Klägerin aus kartellrechtlichen Gründen jedenfalls nicht verwehrt werden, in Anlehnung an die Regelung des § 46 EnWG im eigenen Interesse und in dem der Allgemeinheit

- Wegenutzungsrechte zeitlich begrenzt zu vergeben und einen Wettbewerb um das Netz mit dem Zweck zu organisieren, die wettbewerblichen Nachteile, die mit einem Leitungsmonopol verbunden sind, zumindest teilweise zu kompensieren. Ob die Klägerin weitergehend verpflichtet ist, ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen, bedarf hier keiner Entscheidung. Sie hat jedenfalls ein solches Auswahlverfahren begonnen und nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur ausgesetzt. Dass die Klägerin dieses Verfahren formell beendet hat, ergibt sich aus dem von der Revision der Beklagten in Bezug genommenen Vorbringen ebenso wenig wie ausgeschlossen ist, dass die Klägerin dieses Auswahlverfahren wieder aufnimmt. Der Umstand, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes ausdrücklich nicht auf den Bereich der Fernwärme erstreckt wissen wollte (Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 14. Oktober 2004, BT-Drucks. 15/3917, S. 47), schließt eine solche privatautonome Entscheidung der Klägerin zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens nicht aus, auch nicht, dass die Beklagte für den danach möglichen Rechtsverlust - ebenso wie es § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG vorsieht - zu entschädigen ist.
- 32 ff) Auf die weitergehende Frage, ob Art. 28 Abs. 2 GG oder das Eigentum an den Wegegrundstücken der Klägerin ein unbeschränktes Recht zur Gestaltung der Fernwärmeversorgung gewähren, kommt es nicht an. Ein Verstoß gegen eine etwaige Pflicht zur Durchführung eines Auswahlverfahrens kann den geltend gemachten Anspruch auf Einräumung von Nutzungsrechten nicht begründen.
- 33 gg) Dass es aufgrund der Entscheidung der Klägerin, entweder ein Auswahlverfahren durchzuführen oder die Netzinfrastruktur selbst zu betreiben, möglicherweise zu einer Entkoppelung von Wärmeproduktion und Wärmeherstellung kommt, hat das Berufungsgericht berücksichtigt. Rechtsfehler zeigt die Revision der Beklagten insoweit nicht auf.
- 34 b) Nach diesen Erwägungen steht der Beklagten auch aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kein Anspruch auf Abschluss eines Gestattungsvertrags zu.
- 35 C. Die Revision der Klägerin bleibt insgesamt ohne Erfolg.
- 36 I. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht den in der Hauptsache geltend gemachten Feststellungsantrag der Klägerin abgewiesen, sie sei seit 1. Januar 2014 Eigentümerin des Fernwärmetransportsystems (Antrag I). Es ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Hauptantrag zulässig ist (dazu 1.), die Klägerin mit Auslaufen des Konzessionsvertrages am 1. Januar 2014 indes kein Eigentum an den Netzanlagen erworben hat (dazu 2.). Weitergehende Feststellungen hat die Klägerin nicht begehrt (dazu 3.)
- 37 1. Der auf die Feststellung gerichtete Antrag, wonach die Klägerin zum 1. Januar 2014 das Eigentum an den Netzanlagen erworben hat, ist zulässig. Das in dieser Weise beschränkte Klagebegehren ist zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage.
- 38 Ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO wird durch die aus einem konkreten Lebenssachverhalt entstandenen Rechtsbeziehungen von Personen zu Personen oder Sachen gebildet (BGH, Urteil vom 18. April 2018 - XII ZR 76/17, NJW-RR 2018, 906 Rn. 65). Einzelne Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses, deren Vorliegen allein zu keinen bestimmten Rechtsfolgen führt, stellen hingegen kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis dar (BGH, Urteil vom 19. November 2014 - VIII ZR 79/14, NJW 2015, 873 Rn. 23). Gegenstand eines Feststellungsurteils können jedoch auch einzelne sich aus einem umfassenderen Rechtsverhältnis ergebende Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis sowie der Umfang und der Inhalt

- einer Leistungspflicht sein (BGH, Urteile vom 16. Februar 1967 - **II ZR 171/65, WM 1967, 419**; vom 12. Dezember 1994 - **II ZR 269/93, NJW 1995, 1097**; vom 7. März 2013 - **VII ZR 223/11, NJW 2013, 1744** Rn. 16; vom 2. März 2012 - **V ZR 159/11, WM 2013, 232** Rn. 16; **NJW 2015, 873** Rn. 24). Nach diesen Grundsätzen ist das Begehren der Klägerin, sie habe am 1. Januar 2014 mit dem Auslaufen des Konzessionsvertrags Eigentum an dem Fernwärmenetz erworben, ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.
- 39 2. Die Klägerin hat mit Beendigung des Konzessionsvertrags kein Eigentum an den Leitungen erworben. Sie macht nicht geltend, auf vertraglicher Grundlage zum 1. Januar 2014 Eigentum an den Netzanlagen erlangt zu haben. Ein Eigentumserwerb ergibt sich auch nicht aus Gesetz, insbesondere nicht aus § 12 Abs. 3 ErbbauRG.
- 40 § 12 Abs. 1 ErbbauRG bestimmt, dass ein auf Grund des Erbbaurechts errichtetes Bauwerk als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts gilt. Nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG werden die Bestandteile des Erbbaurechts wieder zu Bestandteilen des Grundstücks, wenn das Erbbaurecht erlischt. Diese Vorschrift findet auf den Streitfall keine unmittelbare Anwendung. Für eine analoge Anwendung besteht kein Bedürfnis. Weder liegt eine planwidrige Regelungslücke vor, noch ist die im vorliegenden Zusammenhang maßgebliche Interessenlage mit den Grundgedanken des § 12 Abs. 3 ErbbauRG vergleichbar.
- 41 a) Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen. Eine Analogie setzt daher voraus, dass die Übertragung der gesetzlichen Regelung auf den unregelmäßigten Fall nicht durch eine gesetzgeberische Entscheidung ausgeschlossen ist. Die Lücke muss demnach auf einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem - dem konkreten Gesetzgebungsvorhaben zugrundeliegenden - Regelungsplan beruhen, wie er sich aus dem Gesetz selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung ergibt. Dabei muss die Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden können. Weiter ist für eine Analogie erforderlich, dass die Interessenlage des gesetzlich geregelten Falls mit der des zu entscheidenden Falls übereinstimmt sowie die Wertungsgrundlage und die gesetzgeberische Interessenbewertung der Gesetzesnorm auf den zu entscheidenden Fall zutreffen (st. Rspr.; siehe nur BGH, Beschluss vom 28. März 2023 - **II ZB 11/22, WM 2023, 1230** Rn. 22 mwN).
- 42 b) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Klägerin macht ohne Erfolg geltend, sie habe mit Auslaufen des Konzessionsvertrags Eigentum an dem zuvor im Eigentum der Beklagten stehenden, nach § 95 BGB sonderrechtsfähigen Netzanlagen erworben.
- 43 aa) Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Die eigentumsrechtliche Zuordnung von Scheinbestandteilen richtet sich nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB und den dazu in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. Nach dieser Vorschrift gehören solche Sachen nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Die Übertragung des Eigentums an diesen Bestandteilen setzt eine rechtsgeschäftliche Übereignung voraus.
- 44 (1) Der Ausnahmetatbestand des § 95 Abs. 1 BGB dient dem Schutz des Interesses an einem Fortbestand des Eigentums an der beweglichen Sache. Der Gesetzgeber hat dieses Interesse bei einer Nutzung des Grundstücks zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines begrenzten Rechts am Grundstück als berechtigt anerkannt und ihm insoweit Vorrang vor dem

- durch § 94 Abs. 1 BGB geschützten Interesse des Verkehrs mit Grundstücken an Klarheit und Publizität der Rechtsverhältnisse zuerkannt (vgl. BGH, Urteile vom 2. Dezember 2005 - **V ZR 35/05, BGHZ 165, 184**; vom 7. April 2017 - **V ZR 52/16, RdE 2018, 429** Rn. 21; vom 22. Oktober 2021 - **V ZR 69/20, BGHZ 231, 310** Rn. 41). Eine Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck ist dann gegeben, wenn ihre spätere Aufhebung von Anfang an beabsichtigt ist. Maßgeblich ist danach der innere Wille des Einfügenden im Zeitpunkt der Verbindung der Sache (BGH, **RdE 2018, 429** Rn. 14 bis 23). Dieser muss zudem mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen sein (vgl. BGH, Urteile vom 4. Juli 1984 - **VIII ZR 270/83, BGHZ 92, 70**; vom 20. Mai 1988 - **V ZR 269/86, BGHZ 104, 298**; vom 26. November 1999 - **V ZR 302/98, NJW 2000, 1031**; vom 23. September 2016 - **V ZR 110/15**, Grundeigentum 2017, 825 Rn. 16).
- 45 (2) Ebenso, wie die ursprüngliche Eigentumszuordnung bei der Verbindung des Bestandteils von dem Willen desjenigen abhängt, der die Sache mit dem Grundstück verbindet, setzt auch die Umwandlung eines Scheinbestandteils in einen wesentlichen Bestandteil die Zustimmung des Einfügenden und weitergehend eine Übereignung dieses Bestandteils voraus.
- 46 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Scheinbestandteil nach § 95 BGB nicht ohne Weiteres zu einem wesentlichen Bestandteil des Grundstücks werden. Die Umwandlung eines Scheinbestandteils in einen wesentlichen Bestandteil bedarf aus Gründen der Publizität vielmehr eines nach außen in Erscheinung tretenden Willens des Eigentümers des Scheinbestandteils. Aus diesem Willen muss erkennbar werden, dass die Verbindung mit dem Grundstück nunmehr auf Dauer gewollt ist; diese Umwandlung wird entsprechend § 929 Satz 2 BGB durch die Einigung herbeigeführt, dass mit dem Übergang des Eigentums zugleich der Zweck der Verbindung geändert und die bisher als Scheinbestandteil rechtlich selbständige Sache künftig ein Bestandteil des Grundstücks sein soll (vgl. **BGHZ 165, 184**; Urteil vom 21. Dezember 1956 - **V ZR 245/55, BGHZ 23, 57; BGHZ 231, 310** Rn. 36). Der Regelung des § 95 BGB liegt daher die Annahme zugrunde, dass die rechtliche Zuordnung eines in das Grundstück eingefügten Bestandteils vom Willen des Einfügenden im Zeitpunkt der Verbindung abhängt und weder die Änderung der Zweckbestimmung noch allein das Erlöschen des - schuldrechtlichen oder dinglichen - Nutzungsrechts an dem Grundstück für die Umwandlung eines ursprünglich sonderrechtsfähigen Scheinbestandteils in einen wesentlichen Bestandteil genügt. Ein Scheinbestandteil ist vielmehr wie eine bewegliche Sache zu behandeln, was zur Folge hat, dass sich der Eigentümer des Scheinbestandteils und der Grundstückseigentümer über den Eigentumsübergang rechtsgeschäftlich einigen müssen (BGH, Urteil vom 31. Oktober 1986 - **V ZR 168/85, MDR 1987, 394** mwN; **BGHZ 165, 184**; Stresemann in MünchKommBGB, 9. Aufl., § 95 Rn. 13; Ellenberger in Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 95 Rn. 4; krit. zur Scheinbestandteilseigenschaft und zur Rechtsänderung bei unterirdisch verlegten Versorgungsleitungen Stieper in Staudinger, BGB, Neubearb. 2021, § 95 Rn. 12a, 15a). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat der Gesetzgeber lediglich in § 12 Abs. 3 ErbbauRG für den Fall des Erlöschens des Erbbaurechts normiert.
- 47 bb) Eine Übertragung des darin liegenden Rechtsgedankens auf die vorliegende Fallgestaltung (s. dazu Stieper, EnWZ 2020, 339, 346) kommt nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber des Energiewirtschaftsgesetzes die Regelung des § 95 BGB zugrunde gelegt hat, wonach Scheinbestandteile nur bei nach außen erkennbarer Willensbetätigung zu wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks werden. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG sieht in seinem auf Strom- und Gasleitungsnetze beschränkten Anwendungsbereich vor, dass bei Ablauf der Konzession der bisherige Nutzungsberechtigte verpflichtet ist, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen oder nach Wahl des Neukonzessionärs Besitz daran einzuräumen. Insofern besteht kein Grund für die Annahme, der Gesetzgeber hätte für die vorliegende Konstellation im Falle der

Beendigung des schuldrechtlichen Gestattungsvertrags einen gesetzlichen Erwerbstatbestand zugunsten des Grundstückseigentümers vorsehen wollen.

- 48 cc) Zudem ist auch die Interessenlage bei der Neuvergabe von Wegenutzungsrechten für den Betrieb von Versorgungsnetzen nicht mit derjenigen vergleichbar, die der Regelung des § 12 Abs. 3 ErbbauRG zugrunde liegt. Das zeigt ein Vergleich mit der Vorschrift des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG. § 12 Abs. 3 ErbbauRG regelt für den Sonderbereich des Erbbaurechts das bilaterale Verhältnis zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigtem im Hinblick auf die eigentumsrechtliche Zuordnung auf dem Grundstück errichteter Bauwerke bei Erlöschen des Erbbaurechts. Demgegenüber schließt sich nach Auslaufen eines wegerechtlichen Gestattungsvertrages nach § 46 Abs. 3 EnWG im Bereich der Strom- und Gasversorgungsnetze verpflichtend - und wie es die Klägerin über den Anwendungsbereich der Vorschrift hinaus im Streitfall auch für das städtische Fernwärmenetz beabsichtigt hat - eine Vergabe im Wettbewerb an. Dabei kann es zu einem mehrseitigen Verhältnis zwischen Grundstückseigentümer, Alt- und Neukonzessionär kommen, in dem nur der Neukonzessionär, nicht aber der Grundstückseigentümer die Verfügungsmacht über das Leitungsnetz benötigt. Wie § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zeigt, besteht ein praktisches Bedürfnis, demjenigen das Eigentum an den Netzleitungen zuzuweisen, der zukünftig die Versorgungsaufgabe übernimmt. Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs war bereits vor Einführung des § 13 Abs. 2 EnWG 1998 (jetzt § 46 Abs. 2 EnWG) anerkannt, dass aus Gründen der effizienten Versorgung der Abnehmer mit Energie der Aufbau eines zweiten Versorgungsnetzes regelmäßig ausscheidet, weil der Wettbewerber die dadurch entstehenden Kosten über den Energiepreis ebenfalls auf die Verbraucher abwälzen würde, und daher der Wechsel von einem Wettbewerber zum anderen nicht möglich ist, ohne dass der bisherige Konzessionär seine Versorgungsanlagen gegen Entgelt auf den Nachfolger überträgt (BGH, Urteil vom 22. März 1994 - **KZR 22/92**, WuW/E BGH 2914 - Nachvertragliche Konzessionsabgabe).
- 49 Allerdings besteht erst nach (bestands- und rechtskräftigem) Abschluss des Auswahlverfahrens Klarheit darüber, wer Inhaber der Nutzungsrechte ist und damit Betreiber des Leitungsnetzes sein kann. Das kann, muss aber nicht der Grundstückseigentümer sein. Diese Interessenlage steht einem gesetzlichen Eigentumsübergang zugunsten des Grundstückseigentümers durch analoge Anwendung des § 12 Abs. 3 ErbbauRG entgegen. Nicht nur würde damit im Bereich der vom Energiewirtschaftsgesetz erfassten Versorgungsleitungen das Regelungskonzept des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in Frage gestellt, nach dem nur der Neukonzessionär, nicht aber die Gemeinde als Grundstückseigentümer einen Eigentumsverschaffungsanspruch gegenüber dem Altkonzessionär hat. Es bestünde auch die Gefahr eines umständlichen und mit erheblichen Transaktionskosten verbundenen Kettengeschäfts. Die Inhaberschaft von Wegenutzungsrechten und das Eigentum an den Netzleitungen, zumindest aber der Besitz daran, sollen nach dem Regelungskonzept des § 46 Abs. 2 Nr. 2 EnWG ohne Zwischenerwerbsschritte in einer Hand zusammengeführt werden (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 6. Juni 2011, BT-Drucks. 17/6072, S. 88). Diese Interessenlage ist bei der Neuvergabe von Wegenutzungsrechten für den Betrieb von Fernwärmenetzen, sofern die Gemeinde ein transparentes und nichtdiskriminierendes Auswahlverfahren durchführt, nicht anders.
- 50 Vor diesem Hintergrund kann die Klägerin im Streitfall auch nichts daraus ableiten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die erforderliche (oben Rn. 45 f.) Übereinstimmung zwischen dem Willen desjenigen, der die Verbindung mit dem Straßengrundstück herbeigeführt hat, das Eigentum an den Rohrleitungen zu übertragen, einerseits und dem nach außen erkennbaren Sachverhalt andererseits dann gegeben ist, wenn die Versorgungsaufgaben auf ein anderes Unternehmen übertragen und im Zusammenhang damit die Leitungen an dieses übereignet werden (**BGHZ 165, 184**). Es fehlt im Streitfall bereits an einer vertraglichen

Eigentumsverschaffung. Zudem steht auch nicht fest, wer in Zukunft das Fernwärmenetz der Stadt betreiben soll. Die Klägerin hat das Auswahlverfahren mit einer Vielzahl von Bewerbern, darunter auch der Beklagten, bislang nur ausgesetzt, jedoch nicht beendet. Sollte sie sich - etwa aus den von ihr selbst erwogenen kartellrechtlichen Gründen - dazu entscheiden, das Auswahlverfahren weiterzuführen, so ist derzeit nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte oder aber ein Dritter die Versorgungsaufgabe übernimmt.

- 51 3. Die Klägerin hat, anders als die Revision meint, mit ihrem Hauptantrag keine über den Eigentumserwerb zum 1. Januar 2014 hinausgehende Feststellung beantragt. Auf Grundlage der gewählten Antragsfassung und des klägerischen Parteivorbringens ergibt eine interessengerechte Auslegung des Berufungsvorbringens (vgl. BGH, Urteil vom 23. Mai 2023 - **XI ZR 272/22**) nicht, dass die Klägerin ihr Eigentum "spätestens" seit 1. Januar 2014 festgestellt wissen wollte. Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Klägerin im Lichte des Feststellungsantrags zutreffend bewertet und festgestellt, die Klägerin habe selbst nicht in Frage gestellt, dass es sich bei den Leitungen um Scheinbestandteile handele. Die Klägerin hat sich im Berufungsverfahren auf den rechtlichen Standpunkt gestellt, sie habe mit Auslaufen des Konzessionsvertrags Eigentum an den Leitungen erworben. Bis zu diesem Zeitpunkt sei die Beklagte Eigentümerin der Leitungen gewesen. Das hat die Klägerin in ihrem Feststellungsantrag auch zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht. Darin hat sie die Feststellung begehrt, "dass die Klägerin seit dem 01.01.2014 Eigentümerin des bis zu diesem Zeitpunkt im Eigentum der Beklagten befindlichen Fernwärmetransportsystems in Stuttgart" sei. Damit hat sie einen Eigentumserwerb mit Beendigung des Konzessionsvertrags zum 1. Januar 2014 in verfahrensrechtlich zulässiger Weise zum Gegenstand der Feststellungsklage gemacht und den Streitgegenstand entsprechend eingeschränkt. Insofern hat sich das Berufungsgericht, anders als die Revision meint, auch nicht durch eine rechtliche Wertung der Klägerin gebunden gesehen, sondern den prozessualen Erklärungsgehalt ihres Vorbringens zutreffend ermittelt.
- 52 Das Berufungsgericht hat vor diesem Hintergrund weder den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör noch Hinweispflichten verletzt. Dem Vorbringen der Klägerin lässt sich entgegen der Auffassung der Revision auch in seiner Gesamtheit nicht entnehmen, die Klägerin habe ohne zeitliche Beschränkung feststellen lassen wollen, dass ihr das Eigentum an dem Fernwärmenetz zusteht. Auf die Frage eines ursprünglichen Eigentumserwerbs bei Verbindung der Netzleitungen mit den Grundstücken der Klägerin kommt es daher nach dem Klagebegehren nicht an.
- 53 II. Das Berufungsgericht hat weiter mit Recht angenommen, dass der Klägerin gegen die Beklagte weder vertragliche (dazu 1.) noch gesetzliche Ansprüche (dazu 2.) auf Verschaffung des Eigentums an den Netzanlagen Zug um Zug gegen Zahlung des objektivierten Ertragswerts zustehen (Hilfsanträge II, IV).
- 54 1. Die Klägerin hat auf Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Konzessionsvertrags keinen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an den Netzanlagen.
- 55 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, es bestehe bereits keine Regelungslücke, weil sich das Regelungsziel des Vertrags in der Einräumung von Wegenutzungsrechten für den Aufbau und den Betrieb eines Fernwärmenetzes erschöpft habe. Dieses Vertragsziel habe auch ohne Regelung einer Übertragung des Eigentums an die Klägerin erreicht werden können. Auch wenn die Aufnahme einer Endschaftsregelung in den Vertrag sinnvoll gewesen wäre und offensichtlich keine der Vertragsparteien über die Einstellung der Fernwärmeversorgung oder die Entfernung der intakten Anlagen nachdenke, handele es sich bei der Übertragung des Eigentums am Netz nach Ablauf des Konzessionsvertrags um ein eigenständiges Regelungsziel, welches keiner notwendigen Regelung im Konzessionsvertrag bedürft habe, sondern ebenso gut in einem

- gesondert abzuschließenden Kaufvertrag auch noch nach Ablauf der Konzession hätte geregelt werden können.
- 56 Selbst wenn eine Regelungslücke im Vertrag anzunehmen sei, fehle es an tragfähigen Anhaltspunkten dafür, dass die Vertragsparteien von den gesetzlich vorgesehenen Folgen für die Abwicklung eines beendeten Konzessionsvertrags hätten abweichen wollen. Insbesondere sei nicht zweifelsfrei erkennbar, dass sie bei Abschluss des Konzessionsvertrags die Anwendung des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB nicht gewollt hätten. Als Alternative komme eine Übertragung des Eigentums auf die Klägerin oder auf einen Dritten oder auch die Einräumung von Nutzungsrechten an dem Netz gegen Entgelt in Betracht. Für welche dieser Möglichkeiten sich die Parteien entschieden hätten, wenn sie eine unterstellte Lücke erkannt hätten, lasse sich nicht feststellen. Desweiteren sei offen, ob sie sich auf eine Übertragung zum Ertragswert oder zum Sachzeitwert geeinigt hätten.
- 57 b) Das lässt Rechtsfehler jedenfalls im Ergebnis nicht erkennen. Nach den für die ergänzende Vertragsauslegung geltenden Maßstäben ergibt sich vor dem Hintergrund des von der Klägerin eingeleiteten und noch nicht formell abgeschlossenen transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens kein vertraglicher Anspruch auf Eigentumsverschaffung.
- 58 aa) Die für eine ergänzende Vertragsauslegung erforderliche Regelungslücke ist gegeben, wenn ein Vertrag eine planwidrige Unvollständigkeit aufweist (vgl. nur BGH, Urteil vom 27. April 2023 - **VII ZR 144/22**, **NJW-RR 2023**, **901** Rn. 24 mwN). Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung ist zudem, dass die planwidrige Regelungslücke nicht durch das dispositive Recht geschlossen werden kann (BGH, Urteil vom 19. März 1975 - **VIII ZR 262/73**, **NJW 1975**, **1116**; Beschluss vom 22. Februar 2022 - **VIII ZR 38/20**, **NJW 2022**, **2191** Rn. 19). Ob eine solche Regelungslücke gegeben ist, bestimmt sich durch Auslegung des Vertrags (BGH, Urteil vom 20. April 2017 - **VII ZR 194/13**, **BGHZ 214**, **340** Rn. 25).
- 59 Grundlage für eine Ergänzung des Vertragsinhalts ist der hypothetische Wille der Vertragspartner, wobei darauf abzustellen ist, was diese bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicher Weise im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten; dabei ist zunächst an den Vertrag selbst anzuknüpfen, dessen Regelungen und Wertungen sowie Sinn und Zweck Ausgangspunkt der Vertragsergänzung sind (BGH, **NJW 2022**, **2191** Rn. 19 mwN).
- 60 bb) Nach diesen Maßstäben kann sich auf Grundlage des Vorbringens der Klägerin aus einer etwaigen ergänzenden Vertragsauslegung für sie kein Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an den Netzanlagen ergeben. Dabei kann offenbleiben, ob eine Regelungslücke besteht, ob die Parteien die Anwendung des dispositiven Rechts nicht gewollt haben und ob eine ergänzende Vertragsauslegung wegen unterschiedlicher Gestaltungsmöglichkeiten ausgeschlossen ist.
- 61 (1) Das Berufungsgericht hat im Zusammenhang mit den Möglichkeiten, die der Beklagten zur Störungsbeseitigung nach § 1004 BGB zustehen, angenommen, es komme auch in Betracht, dass sie der Klägerin Nutzungsrechte an den Netzleitungen einräumt. Die Revision der Klägerin lässt bereits nicht erkennen, weshalb eine solche, im Wege der Verpachtung mögliche Zusammenführung von Wegerechten und Verfügungsmacht über das Leitungsnetz, die das Eigentum der Beklagten vorbehält und damit für diese weniger belastend ist, dem hypothetischen Willen redlicher Vertragsparteien nicht entspreche. Eine solche Gestaltungsalternative nach Wahl des Neukonzessionärs sieht in seinem auf Strom- und Gasnetze beschränkten Anwendungsbereich auch § 46 Abs. 2 Satz 3 EnWG vor (vgl. BT-Drucks. 17/6072, S. 88).

- 62 (2) Jedenfalls aber entspricht es - was das Berufungsgericht nicht hinreichend in den Blick genommen hat - schon auf Grundlage des von der Klägerin vorgetragene Sachverhalts eindeutig nicht dem hypothetischen Willen redlicher Vertragsparteien, nach Beendigung des Konzessionsvertrags die Netzleitungen an die Klägerin zu übereignen, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Beklagte nach Fortsetzung des Auswahlverfahrens den Zuschlag für die Wegerechte erhält und damit in Zukunft die Netzanlagen selbst betreiben kann. Das kann der Senat selbst entscheiden, da insoweit keine weiteren Feststellungen zu erwarten sind (vgl. BGH, **NJW-RR 2023, 901** Rn. 21).
- 63 (a) Die Klägerin hat ein wettbewerbliches Auswahlverfahren in Gang gesetzt und dieses nach eigenem Vorbringen bislang weder formell beendet noch durch einen Zuschlag zum Abschluss gebracht. Sie hat einen ersten Verfahrensbrief bekanntgemacht, mit dem sie ihre Absicht bekundete, ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren zur Vergabe der Wegenutzungsrechte für den Betrieb des Fernwärmenetzes durchzuführen. Dieses Verfahren hat sie - wie sie selber vorträgt und wie das Berufungsgericht auch festgestellt hat - bislang nur ausgesetzt. Nach Aussetzung des Auswahlverfahrens hat der Gemeinderat der Klägerin am 18. Februar 2016 beschlossen, die Klägerin solle zum frühestmöglichen Zeitpunkt sowohl das Eigentum am Stuttgarter Fernwärmenetz als auch den Betrieb dieses Netzes übernehmen, und die Verwaltung beauftragt, die dafür notwendigen Schritte in die Wege zu leiten. Die Klägerin hat ausweislich der Feststellungen des Berufungsgerichts vorgebracht, sie verfolge ein zweistufiges Vorgehen, wonach sie zunächst den Anspruch auf Übereignung des Netzes erlangen wolle, um dann in einem zweiten Schritt unter Beteiligung des Bundeskartellamts zu klären, ob eine Ausschreibungspflicht bestehe oder auch eine "in house"-Vergabe möglich sei. Auch im Revisionsverfahren hat die Klägerin darauf hingewiesen, dass das Verfahren nur ausgesetzt sei.
- 64 (b) Unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben widerspricht ein Anspruch der Klägerin auf Übereignung der Netzleitungen dem hypothetischen Willen redlicher Vertragsparteien, wenn nicht feststeht, wer zukünftig das Fernwärmenetz betreibt. Die Klägerin will sich mit der gewählten Verfahrensweise einerseits vorbehalten, den Betrieb des Leitungsnetzes ohne Berücksichtigung von Wettbewerbern, insbesondere der Beklagten, selbst zu übernehmen. Andererseits hat sie nicht ausgeschlossen, das bereits begonnene Auswahlverfahren fortzuführen, so dass auch die Möglichkeit besteht, dass die Beklagte selbst oder ein Dritter den Zuschlag für die Wegenutzungsrechte erhält. Es kann aber nicht angenommen werden, dass es im wohlverstandenen Interesse beider Vertragsparteien liegt, die Beklagte zur Übereignung des Netzes an die Klägerin zu verpflichten, wenn die Beklagte selbst künftige Betreiberin des Fernwärmenetzes sein könnte.
- 65 Es wäre somit nicht ausgeschlossen, dass es zukünftig zu einer weiteren Übereignung an einen Dritten oder zu einer Rückübereignung an die Beklagte kommen müsste oder jedenfalls der Beklagten oder einem Dritten Nutzungsrechte einzuräumen wären. Redliche Vertragsparteien würden nach angemessener Abwägung ihrer Interessen und unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben solche Kettengeschäfte, die mit erheblichen Transaktionskosten verbunden sind, vermeiden. Warum eine vertragszweckgerechte Lösung einzig und allein darin liegen könnte, das Schicksal des Fernwärmenetzes für die Zeit ab 2014 in die Hände der Klägerin zu legen und dieser ein Übernahmerecht einzuräumen, ist angesichts der von ihr gewählten Vorgehensweise nicht erkennbar, solange das Auswahlverfahren wiederaufgenommen werden kann. Auch sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, weshalb ein Zwischenerwerb der Klägerin erforderlich sein sollte, da die Beklagte möglicherweise verpflichtet wäre, einem Neukonzessionär die Verfügungsmacht über das Leitungsnetz zu verschaffen.

- 66 (c) Eine Pflicht zur Übereignung der auf den Grundstücken der Beklagten oder Dritter stehenden Anlagen (Antrag II i.V.m. I 1 bis 3) ergibt sich aus dem Konzessionsvertrag damit ebenso wenig.
- 67 2. Das Berufungsgericht ist auch mit Recht davon ausgegangen, dass der Klägerin gesetzliche Ansprüche auf Übereignung der Netzleitungen weder in entsprechender Anwendung der § 997 Abs. 2, § 552 Abs. 1 BGB noch aus § 1004 Abs. 1 BGB zustehen.
- 68 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, eine entsprechende Anwendung der Regelungen des § 552 Abs. 1 BGB, § 997 Abs. 2 BGB komme nicht in Betracht, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke des Gesetzes fehle. Der Gesetzgeber habe sich bewusst entschlossen, Fernwärmenetze vom Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes und damit auch von der Bestimmung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG auszunehmen. Bei der in Bezug genommenen mietrechtlichen Vorschrift handele es sich um eine Sonderbestimmung, die auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen beschränkt sei und auf die Miete von Grundstücken keine Anwendung finde. Sie diene überwiegend dem Schutz der Interessen des Mieters, weshalb es auch an einer vergleichbaren Interessenlage fehle.
- 69 Auch der Vorschrift des § 997 Abs. 2 BGB liege eine andere Interessenlage zugrunde. Diese Bestimmung schließe eine Lücke, die sich daraus ergebe, dass der Besitzer nicht stets alle Verwendungen ersetzt erhalte. Der Vorschrift könne nicht entnommen werden, dass sie einen Übereignungsanspruch zur Vermeidung einer wertzerstörenden Trennung verbundener Sachen begründe. Auch lasse sich aus dem Gesetz kein Grundsatz ableiten, wonach der Eigentümer der Hauptsache, die mit einer anderen Sache verbunden sei, immer entweder die Trennung verlangen oder Eigentümer der verbundenen Sache werden könne.
- 70 Aus § 1004 Abs. 1 BGB ergebe sich ebenfalls kein Anspruch der Klägerin auf Übereignung der Netzanlagen. Der Anspruch sei auf Beseitigung und damit schon nach dem Wortlaut nicht auf Übereignung gerichtet. Es bleibe dem Störer überlassen, diejenigen Maßnahmen auszuwählen, die er zur Beseitigung der Beeinträchtigung für richtig erachte. Im Streitfall stünden der Beklagten auch unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung, die Störung zu beseitigen. Zum einen könne die Beklagte die Anlagen beseitigen, zum anderen könne sie diese an die Klägerin übereignen oder ihr Nutzungsrechte gegen Entgelt einräumen. Aus diesem Grund konzentriere sich der Beseitigungsanspruch nicht auf eine bestimmte Beseitigungsart, wie es in besonders gelagerten Fällen anerkannt sei.
- 71 b) Das lässt keine Rechtsfehler erkennen.
- 72 aa) Im Hinblick auf die Vorschriften der § 997 Abs. 2, § 552 Abs. 1 BGB kann offenbleiben, ob sich daraus ein allgemeiner Werterhaltungsgedanke mit der Rechtsfolge ableiten lässt, dass die Beklagte zur Übereignung der in ihrem Eigentum stehenden Netzanlagen verpflichtet wäre (bejahend Albrecht/Pöhl in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl., § 10 Rn. 126; Wolkenhauer, EnWZ 2020, 178; Riedel/Albrecht, EWeRK 2016, 190, 197; a.A. Raff in MünchKommBGB, 9. Aufl., § 997 Rn. 20; Fricke, RdE 2020, 291, 294; Körber, RdE 2020, 333, 335). Jedenfalls kann die Klägerin nach diesen Vorschriften nicht Übereignung verlangen, wenn nicht feststeht, wer das Fernwärmenetz in Zukunft betreiben soll (s.o. Rn. 49). Weil die Interessenlage der Parteien insoweit nicht mit derjenigen vergleichbar ist, die den Regelungen der § 997 Abs. 2, § 552 Abs. 1 BGB zugrunde liegt, kommt eine analoge Anwendung im Streitfall nicht in Betracht. Insofern kann auch offenbleiben, ob ein solcher Anspruch überhaupt auf Verschaffung des Eigentums oder nur auf Besitzeinräumung für die Zwecke des Betriebs des Fernleitungsnetzes gerichtet wäre.

- 73 bb) Auch § **1004** Abs. 1 BGB gewährt der Klägerin, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, keinen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an den Netzleitungen.
- 74 (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beeinträchtigen fremde, über das Grundstück verlaufende Versorgungsleitungen die Rechtsposition des Eigentümers (BGH, Urteil vom 10. Juni 2010 - **V ZR 233/10**). Das gilt auch für Fernwärmeleitungen (vgl. zu stillgelegten Leitungen BGH, Urteil vom 24. Januar 2003 - **V ZR 175/02, NJW-RR 2003, 953**).
- 75 (2) Diese Beeinträchtigung begründet jedoch keinen Anspruch auf Übereignung der Netzanlagen, weil der Störer regelmäßig zwischen verschiedenen zur Abhilfe geeigneten Maßnahmen wählen kann. Es bleibt grundsätzlich ihm überlassen, auf welchem Weg er die Eigentumsbeeinträchtigung abwendet (vgl. BGH, Urteile vom 17. Dezember 1982 - **V ZR 55/82, MDR 1983, 476**; vom 11. November 1983 - **V ZR 231/82, NJW 1984, 1242**; vom 20. November 1992 - **V ZR 82/91, BGHZ 120, 239**), weil die Rechte des Störers nicht weitergehend eingeschränkt werden sollen, als dies der Schutz des Berechtigten vor Beeinträchtigungen seines Eigentums erfordert (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2003 - **V ZR 98/03, NJW 2004, 1035**). Der Verurteilung zu einer konkreten Maßnahme steht jedoch nichts im Wege, wenn nur diese den Nichteintritt der drohenden Beeinträchtigung gewährleistet (BGH, **NJW 2004, 1035**). Von diesen Maßstäben ist auch das Berufungsgericht ausgegangen und hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass im Streitfall mehrere Möglichkeiten zur Beseitigung der Beeinträchtigung bestehen.
- 76 III. Hat die Klägerin weder Ansprüche auf Feststellung des Eigentums noch auf Übereignung, sind - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - auch die mit dem Anträgen III, IV und VI geltend gemachten Ansprüche, unter anderem gerichtet auf Übertragung von (Neben-)rechten und Mitwirkung, unbegründet. Über den Feststellungsantrag V (Pflicht zur Übereignung des Fernwärmesystems), den die Klägerin für den Fall der Unzulässigkeit des hilfsweisen Leistungsantrags II gestellt hat, hat das Berufungsgericht zurecht nicht entschieden, weil die prozessuale Bedingung nicht eingetreten ist.
- 77 D. Die Revision der Beklagten hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Beseitigung des durch das Fernwärmesystem verursachten Störungszustands richtet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte aus § **1004** Abs. 1 BGB kein Anspruch auf Beseitigung dieser Beeinträchtigungen zu (Antrag VII).
- 78 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin könne Beseitigung der Beeinträchtigungen nach § **1004** Abs. 1 BGB verlangen, die sich aus der Verlegung des Fernwärmesystems auf und in ihren Grundstücken ergeben. Nach Ablauf der Gestattung der Wegenutzung habe der vormals Berechtigte die Nutzung einzustellen und die eingebrachten Anlagen zu beseitigen. Die Klägerin habe das berechtigte Interesse, die durch die Entfernung von überalterten oder schadstoffbelasteten Leitungen entstehenden Kosten abzuwenden. Im Hinblick auf die noch verwendungsfähigen Teile bestehe unter Ausschöpfung ihrer Eigentumsrechte ebenfalls ein Beseitigungsanspruch, selbst wenn die Klägerin ihn derzeit wegen ihres Interesses am Weiterbetrieb des Fernwärmenetzes nicht durchsetzen würde. Die Klägerin sei auch nicht zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet, weil der Beklagten auf kartellrechtlicher Grundlage kein Anspruch auf Einräumung von Wegenutzungsrechten zustünde. Mit der Ausübung ihres Rechts aus § **1004** Abs. 1 BGB verstoße die Klägerin nicht gegen das Schikaneverbot aus § **226** BGB.
- 79 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Klage ist auch insoweit zulässig, aber unbegründet.

- 80 1. Anders als die Revision der Beklagten meint, fehlt es der Klägerin allerdings nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis.
- 81 a) Nur unter ganz besonderen Umständen kann einem Rechtssuchenden der Zugang zu einer sachlichen Prüfung seines Begehrens durch die Gerichte verwehrt werden. Grundsätzlich hat er einen Anspruch darauf, dass die staatlichen Gerichte sein Anliegen sachlich prüfen und darüber entscheiden. Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses soll verhindern, dass Rechtsstreitigkeiten in das Stadium der Begründetheitsprüfung gelangen, für die eine solche Prüfung nicht erforderlich ist. Daher fehlt das Rechtsschutzbedürfnis im Allgemeinen dann, wenn eine Klage oder ein Antrag objektiv schlechthin sinnlos ist, wenn also der Kläger oder Antragsteller unter keinen Umständen mit seinem prozessualen Begehren irgendeinen schutzwürdigen Vorteil erlangen kann. Darüber hinaus kann das Rechtsschutzbedürfnis ausnahmsweise dann fehlen, wenn das verfolgte Begehren auf einem einfacheren Weg zu erlangen ist (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 21. September 2017 - **I ZR 58/16, WRP 2017, 1488** Rn. 37 - Sicherung der Drittauskunft; vom 8. Dezember 2020 - **KZR 60/16, WRP 2021, 1184** Rn. 14 - Stornierungsentgelt II, jeweils mwN).
- 82 b) Nach diesen Grundsätzen kann der Klägerin ein Rechtsschutzbedürfnis nicht abgesprochen werden. Dass ihr angesichts einer fehlenden vertraglichen Endschaftsregelung nach Beendigung des Konzessionsvertrags ein Beseitigungsanspruch aus § **1004** Abs. 1 Satz 1 BGB zusteht, liegt jedenfalls weder fern, noch ist eine darauf bezogene Klage schlechthin objektiv unsinnig. Die von der Revision der Beklagten ins Feld geführten besonderen Grundsätze, die für Vollstreckungsabwehrklagen gegen verjährte Grundschuldzinsen gelten (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2016 - **V ZR 230/15, NJW 2017, 674** Rn. 23 bis 29), sind auf die vorliegende Sachverhaltsgestaltung nicht übertragbar.
- 83 2. Ein Beseitigungsanspruch nach § **1004** Abs. 1 BGB steht der Klägerin indes nicht zu.
- 84 a) Zwar beeinträchtigen die Netzleitungen das Grundstückseigentum der Klägerin (s.o. Rn. 74). Angesichts der im Streitfall gegebenen Besonderheiten ist die Klägerin jedoch aufgrund von Rücksichtnahme- und Treuepflichten gemäß § **241** Abs. 2, § **242** BGB zur Duldung des fremden Eigentums in ihren Grundstücken nach § **1004** Abs. 2 BGB verpflichtet, weil das Fernwärmenetz auch in Zukunft weiterbetrieben werden soll, zudem unklar ist, wer es zukünftig betreiben wird und darüber hinaus nicht ausgeschlossen ist, dass die Beklagte auch weiterhin Betreiberin sein wird.
- 85 aa) Zwischen den Parteien bestehen Sonderrechtsverbindungen. Diese beruhen einerseits auf dem zwischen den Parteien geschlossenen und faktisch fortgesetzten Konzessionsvertrag, andererseits auf dem von der Klägerin begonnenen transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren, an dem die Beklagte beteiligt ist. In diesen Sonderrechtsverhältnissen hat die Klägerin den allgemein - und gleichermaßen auch im Auswahlverfahren (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - **X ZB 14/06, BGHZ 169, 131** Rn. 23 - Polizeianzüge, zum Vergabeverfahren) - geltenden Grundsatz von Treu und Glauben ebenso wie Rücksichtnahmepflichten gemäß § **241** Abs. 2 BGB zu beachten.
- 86 Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ **242** BGB) verbietet in bestimmten Fällen die Durchsetzung eines Anspruchs. Er bildet nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung und setzt der auch gesetzlich zulässigen Rechtsausübung dort Schranken, wo sie zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit offensichtlich unvereinbaren Ergebnissen führt (BGH, Urteil vom 18. März 2021 - **VIII ZR 305/19, BGHZ 229, 139** Rn. 81 mwN). Er verbietet daher die Durchsetzung eines Anspruchs unter anderem dann, wenn der Gläubiger das Erlangte wieder an den Schuldner herauszugeben

- hätte (dolo agit, st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2022 - **II ZR 81/21, ZIP 2022, 1695** Rn. 17; **NJW-RR 2023, 901** Rn. 32, jeweils mwN). Es fehlt dann an einem schutzwürdigen Eigeninteresse des Gläubigers an der Durchsetzung der ihm formal zustehenden Rechtsposition (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2023 - **VI ZR 203/22, NJW 2023, 1361** Rn. 50 mwN). Entsprechendes gilt, wenn eine Partei einen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch geltend macht, obwohl die Gegenseite einen Anspruch auf Einräumung einer Rechtsposition hat, die diesen Anspruch ausschließt (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2014 - **V ZR 36/14, NJW 2015, 1750** Rn. 13). Darüber hinaus kann eine Rechtsausübung unzulässig sein, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar ist und die Interessen der Gegenpartei im Hinblick hierauf vorrangig schutzwürdig erscheinen (BGH, Urteil vom 11. September 2019 - **IV ZR 20/18, NJW-RR 2019, 1369** Rn. 20 mwN). Schließlich kann Ansprüchen aus dem Eigentum - ausnahmsweise - der Einwand des Rechtsmissbrauchs unter dem Gesichtspunkt eines fehlenden schutzwürdigen Eigeninteresses entgegengehalten werden (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juni 2012 - **II ZR 241/10, MDR 2012, 1156** Rn. 12).
- 87 Gemäß § **241** Abs. 2 BGB hat der Vertragspartner darüber hinaus - auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses - solche Handlungen zu unterlassen, durch die dem anderen die ihm durch den Vertrag gewährten Vorteile wieder entzogen oder wesentlich geschmälert werden würden (vgl. **RGZ 111, 298, 303; 161, 330, 338**; BGH, Urteile vom 14. Dezember 1954 - **I ZR 65/53, BGHZ 16, 4** - Damenmäntel; vom 26. Oktober 1966 - **Ib ZR 140/64, GRUR 1967, 533** - Myoplastik).
- 88 bb) Nach diesen Grundsätzen kann die Klägerin auf Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Beseitigung des Störungszustandes, der mit den in ihren Grundstücken verlegten Netzleitungen verbunden ist, allein wegen des Auslaufens des Gestattungsvertrages nicht verlangen. Das kann der Senat selbst entscheiden, da insoweit keine weiteren Feststellungen zu erwarten sind (§ **563** Abs. 3 ZPO).
- 89 (1) Die Klägerin duldet nach Auslaufen des Konzessionsvertrags den Betrieb des Fernwärmenetzes durch die Beklagte. Dementsprechend setzt diese die Fernwärmeversorgung auch zu den Bedingungen des Konzessionsvertrags fort. Die Klägerin ist zudem am Weiterbetrieb des Netzes interessiert und hat vorgebracht, die Versorgung der Stadt mit Fernwärme nicht gefährden zu wollen. Darüber hinaus hat die Klägerin ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren in Gang gesetzt, an dem sich auch die Beklagte beteiligt hat. Das begonnene Auswahlverfahren hat die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen und den Feststellungen des Berufungsgerichts bislang nicht abgeschlossen, sondern nur ausgesetzt und sich zudem vorbehalten, das Fernwärmenetz selbst zu betreiben. Aufgrund der von ihr gewählten Verfahrensweise ist es damit nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte das Netz zukünftig betreibt und ihr daher erneut Wegerechte einzuräumen sind.
- 90 (2) Bei dieser Sachlage nimmt die Klägerin, ohne dass abschließend geklärt wäre, wer den Betrieb des Fernwärmenetzes in Zukunft übernehmen soll, mit dem Beseitigungsverlangen für sich eine lediglich formale Rechtsposition in Anspruch, deren Durchsetzung den schutzwürdigen Interessen der Beklagten als Eigentümerin des Fernwärmenetzes und als Beteiligte des Auswahlverfahrens zuwiderläuft.
- 91 Die Beklagte hat auf Grundlage des bisherigen Konzessionsvertrags das Fernwärmenetz errichtet und konnte dadurch Eigentum an Leitungen erwerben, die in Grundstücken der Klägerin verlaufen. Ein solches Eigentum ist mit Auslaufen des Vertrages nicht ipso iure an die Klägerin gefallen (oben Rn. 45 ff.). Da die Klägerin den Betrieb des Fernwärmenetzes bislang zu den Konditionen des Konzessionsvertrags geduldet hat, zudem an einer Versorgung der Stadt mit Fernwärme festhält

- und zu diesem Zweck ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren begonnen hat, darf sie diese auf Grundlage des Konzessionsvertrags erworbene Rechtsposition der Beklagten nicht ohne Weiteres beeinträchtigen. Jedenfalls dann, wenn vor Abschluss oder Beendigung eines Auswahlverfahrens die Verantwortlichkeit für den Betrieb des Netzes ungeklärt und damit nicht ausgeschlossen ist, dass die Beklagte das Fernwärmenetz auch in Zukunft betreiben wird, besteht kein schutzwürdiges Bedürfnis der Klägerin, die Verfügungsgewalt über das Netz zu erhalten.
- 92 Zugleich ist es der Klägerin bei dieser Fallgestaltung aufgrund des im Auswahlverfahren zu beachtenden Grundsatzes von Treu und Glauben untersagt, mit der Geltendmachung des Anspruchs aus § **1004** BGB die Wettbewerbsposition der Beklagten in dem noch nicht beendeten Verfahren zu schmälern. Überdies setzt sich die Klägerin mit dem Vorbehalt, das Fernwärmenetz ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens selbst zu betreiben, und der zu diesem Zweck erhobenen Klage - zum Nachteil der Beklagten und aller anderen Teilnehmer des Auswahlverfahrens - auch in Widerspruch zu dem von ihr begonnenen Verfahren und dem damit verfolgten Ziel, im Wettbewerb zu ermitteln, wer das Netz zukünftig betreiben soll. Sofern die Beklagte oder ein Dritter den Wettbewerb für sich gewinnt, wäre die Klägerin schließlich gezwungen, die Verfügungsmacht über das Netz für die Zwecke des Betriebs wieder an die Beklagte oder den Dritten zu übertragen.
- 93 In dieser Situation kann auch der Umstand, dass die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts das Auswahlverfahren deswegen ausgesetzt hat, weil die Beklagte dafür nicht die von den Bietern zur Angebotsabgabe benötigten Informationen zur Verfügung gestellt habe, eine Durchsetzung des Anspruchs aus § **1004** Abs. 1 BGB nicht rechtfertigen. Die Beklagte wendet zu Recht ein, die Klägerin hätte die Möglichkeit gehabt, einen etwaigen Auskunftsanspruch gerichtlich geltend zu machen. Das Interesse der Klägerin, einem Bürgerbegehren Rechnung zu tragen, kann nur im Rahmen des rechtlich Möglichen verfolgt werden.
- 94 cc) Die Beklagte hat sich auch der Sache nach auf die Einrede nach § **242** BGB berufen, indem sie auf das Schikaneverbot, auf die Pflicht der Beklagten zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens sowie auf die Unzulässigkeit eines Zwischenerwerbs verwiesen hat.
- 95 b) Soweit dem angefochtenen Urteil zu entnehmen ist, dass sich der geltend gemachte Beseitigungsanspruch auch auf die Entfernung der Leitungen aus den Grundstücken erstreckt, steht dem auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach § **242** BGB entgegen. Die Klägerin beabsichtigt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die Stadt auf Grundlage des bestehenden Leitungsnetzes weiterhin mit Fernwärme zu versorgen. Eine Einstellung der Versorgung plant sie nicht. An der Durchsetzung der dazu in unauflösbarem Widerspruch stehenden, aus dem Eigentum an den Wegegrundstücken folgenden formalen Rechtsposition besteht daher im Streitfall kein schutzwürdiges Interesse, zumal die Beseitigung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit einem erheblichen wirtschaftlichen Aufwand verbunden ist. Zudem würde die Versorgung der an das Leitungsnetz angeschlossenen Wärmekunden gefährdet, was nach § **242** BGB unabhängig davon zu berücksichtigen ist, ob die Klägerin, wie die Revision der Beklagten meint, einer Infrastrukturverantwortung aus Art. **28** Abs. 2 GG unterliegt. Insbesondere kann die Klägerin kein berechtigtes Interesse für sich in Anspruch nehmen, soweit sie vorbringt, eine auf Beseitigung der Beeinträchtigung gerichtete Verurteilung der Beklagten eröffne ihr vermutlich Verhandlungsmöglichkeiten, weil sie das Fernwärmenetz entwerte.

- 96 c) Keine abweichende Beurteilung ergibt sich auch insoweit, als sich der von der Klägerin geltend gemachte Beseitigungsanspruch auf die Entfernung von stillgelegten, schadhafte oder veralteten Leitungen bezieht. Die Klägerin hat insoweit keine über das fremde Eigentum an den Netzleitungen hinausgehende konkrete Beeinträchtigung ihres Grundstückseigentums zum Gegenstand ihrer Klage gemacht. Vielmehr hat sie nur ergänzend auf in der Zukunft eintretende mögliche Nachteile durch stillgelegte, schadhafte oder veraltete Netzleitungen verwiesen. Eine solche sich - nach dem Antrag VII - auf das gesamte Fernwärmenetz erstreckende Beseitigung auf Vorrat kann die Klägerin nicht verlangen. Vielmehr hat sie in der hier vorliegenden Fallgestaltung wegen der noch ungeklärten Verantwortlichkeit für den Netzbetrieb sämtliche Fernwärmeleitungen zu dulden (s.o. Rn. 84 ff.). Insoweit gilt nichts anderes als bei einer durch Gestattungsvertrag begründeten Duldungspflicht.
- 97 aa) Soweit sich das Berufungsgericht darauf gestützt hat, dass nach Auffassung der Klägerin Teile des Netzes wegen Überalterung oder Schadstoffbelastung auszutauschen seien, hat die Klägerin offengelassen, welche konkreten Teile des Netzes davon betroffen sein sollen. Feststellungen dazu hat auch das Berufungsgericht nicht getroffen. Die Klägerin verfolgt insoweit nach den Feststellungen lediglich das Interesse, mit Blick auf eine drohende Verjährung diesbezüglicher Ansprüche die mit der Entsorgung solcher Netzleitungen in Zukunft verbundenen Kosten abzuwenden, ohne jedoch konkrete Störungszustände zu benennen. Ein weitergehendes Interesse hat die Klägerin mit dem von ihr im Revisionsverfahren in Bezug genommenen Vorbringen nicht dargelegt. Sie hat nur geltend gemacht, die Fernwärmeleitungen müssten zukünftig ("irgendwann") entfernt, der anfallende Schrott und Abfall umweltgerecht entsorgt und die Wegeoberflächen wiederhergestellt werden, wofür Kosten in dreistelliger Millionenhöhe entstünden. Solange aber die Beklagte für den Betrieb des Fernwärmenetzes verantwortlich ist und keine konkreten Gefahren für die Grundstücke der Klägerin drohen, ist es allein Sache der Beklagten, die in ihrem Eigentum stehenden schadhafte oder überalterten Leitungsteile auszutauschen. Das Interesse der Klägerin, etwaige Beseitigungsansprüche im Hinblick auf anfallende Beseitigungskosten nicht verjähren zu lassen, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Ist die Beklagte zur Duldung des fremden Eigentums in ihren Grundstücken nach § 1004 Abs. 2 BGB verpflichtet, bestehen noch keine Beseitigungsansprüche und können solche auch nicht verjähren. Sollten in Zukunft gegebenenfalls konkrete Gefahren für die Grundstücke der Klägerin aus einzelnen schadhafte oder veralteten Leitungsteilen resultieren, denen die Beklagte nicht schon selbst abhilft, wird die Klägerin die Beklagte insoweit auf Beseitigung oder auf Unterlassung nach § 1004 Abs. 1 BGB in Anspruch nehmen können.
- 98 bb) Ein Anspruch auf Entfernung sämtlicher oder eines Teils der Leitungen ergibt sich, anders als die Revision der Klägerin meint, auch nicht daraus, dass Baumaßnahmen durch das bestehende Leitungsnetz, insbesondere aufgrund von stillgelegten Leitungen, behindert würden, falls die Klägerin wegen einer fehlenden Einigung mit der Beklagten gezwungen wäre, ein neues Fernwärmenetz zu errichten. Die Klägerin vermutet dabei zum einen nur, dass sich in ihren Wegegrundstücken zahlreiche stillgelegte Leitungen befinden. Konkrete Leitungen, die stillgelegt sind, hat die Beklagte nicht bezeichnet. Im derzeitigen Stadium des Auswahlverfahrens ist zum anderen offen, ob die Klägerin zukünftig ein neues Netz errichten wird. Die Klägerin hat auch nicht geltend gemacht, dass stillgelegte Fernwärmeleitungen anderen Bauvorhaben im Weg stehen. Vielmehr hat sie vorgetragen, dass man stillgelegte Leitungen, solange sie nicht störten oder keine Gefahren von ihnen ausgingen, häufig in den Wegegrundstücken beließe, um Beseitigungskosten zu vermeiden und die Nutzung der Verkehrswege nicht zu beeinträchtigen. Konkrete Anhaltspunkte für eine über das fremde Eigentum an den Leitungen hinausgehende Störung hat die Klägerin nicht benannt, sondern nur darauf verwiesen, dass die Beklagte für stillgelegte Leitungen keine Wegerechte mehr benötige. Da die Klägerin wegen der ungeklärten Verantwortlichkeit für den zukünftigen Netzbetrieb nach § 1004 Abs. 2 BGB verpflichtet ist, das fremde Eigentum in ihren

Grundstücken zu dulden und sich dieser Anspruch auf das gesamte Netz erstreckt (oben Rn. 84 ff.), ergibt sich daraus in der hier vorliegenden Fallgestaltung kein hinreichend schutzwürdiges Interesse der Klägerin an einer Entfernung stillgelegter Leitungen. Auch das Interesse, zukünftige Kosten zu vermeiden und diesbezügliche Ansprüche nicht verjähren zu lassen, rechtfertigen die Durchsetzung eines solchen Anspruchs nicht (oben Rn. 97).

- 99 cc) Im Übrigen hat die Klägerin den in erster Linie verfolgten Anspruch auf Eigentumsverschaffung auf das gesamte Leitungsnetz und damit auch auf etwaige stillgelegte, schadhafte oder überalterte Leitungen erstreckt. Das lässt erkennen, dass ein hinreichend schutzwürdiges Interesse an der physischen Beseitigung des Störungszustands, der von solchen Leitungen ausgeht, gegenwärtig nicht besteht.
- 100 d) Ist die Klägerin zur Duldung nach § **1004** Abs. 2 BGB verpflichtet, kann die mögliche Reichweite eines Beseitigungsanspruchs offenbleiben. Insbesondere braucht nicht entschieden zu werden, in welcher Form ein Neukonzessionär, der bei einer Übereignung oder Nutzungsrechtseinräumung aufgrund der wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeit der Netzleitungen mehr erhalte als eine bloße Beseitigung durch Entfernung der Leitungen, die Beklagte für den dann eintretenden Rechtsverlust angemessen zu entschädigen hätte.
- 101 E. Die Verurteilung der Beklagten zur Beseitigung des Störungszustands (Tenor I 1) kann danach keinen Bestand haben (§ **562** Abs. 1 ZPO). Das Urteil erweist sich insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ **563** Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil sie zur Endentscheidung reif ist (§ **563** Abs. 3 ZPO). Die Klage ist auch insoweit abzuweisen. Über den Antrag IX war nicht zu entscheiden, da dieser nur hilfsweise für den Fall gestellt war, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten ein Angebot für den Abschluss eines Gestattungsvertrags anzubieten. Diese prozessuale Bedingung ist nicht eingetreten.
- 102 F. Die Kostenentscheidung beruht auf § **92** Abs. 1 ZPO.

(Hinweis der Redaktion: Die Randnummern sind amtlich und damit besonders zitiergeeignet.)