
Datum: 06.06.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 W 11/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0606.2W11.13.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 12 O 53/13

Tenor:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 12. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 22.02.2013 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

- I. 1
- Die Antragsgegnerin betreibt auf dem Gemeindegebiet der Antragstellerin ein Wasserversorgungsnetz. Dem liegt ein zwischen den Parteien Ende 1979 geschlossener Konzessionsvertrag zu Grunde. Im März 2008 kündigte die Antragstellerin den Vertrag - unstreitig wirksam - zum 31.12.09. Ihr Rat fasste bereits am 06.11.08 und 29.01.09 Beschlüsse, nach denen unter ihrer Beteiligung eine Gesellschaft gegründet und dieser die Bereiche der Ver- und Entsorgung einschließlich der Versorgung mit Trinkwasser und Gas übertragen werden sollten [Schreiben der Antragstellerin vom 03.05.12 ASt33]. Die Gesellschaft (Wirtschaftsbetriebe T GmbH) wurde im Januar 10 (Gründungsvertrag vom 13.01.10 [ASt14]) unter Mehrheitsbeteiligung der Antragstellerin und einer Minderheitsbeteiligung der Antragsgegnerin gegründet. Im Anschluss daran erfolgten Planungen und Überlegungen, ob und wie das Versorgungskonzept der Antragstellerin - auch unter Einbindung der Antragsgegnerin als Gesellschafterin - verwirklicht werden könne. Die Überlegungen zu einer Einbindung der Antragsgegnerin zerschlugen sich im März/April 12. 3

Infolge dessen übertrug die Antragsgegnerin ihre Gesellschaftsanteile am 20.04.12 auf die Antragstellerin [ASt32]. Der Rat der Antragstellerin beschloss am 31.05.12 [ASt6], die Wasserversorgung an die Gesellschaft zu übergeben und einen Konzessionsvertrag mit Wirkung ab dem 01.06.12 mit der Gesellschaft zu schließen, was am 01.06.12 [ASt9] auch geschah. Zwei Wochen später, unter dem 15.06.12 schrieb die Antragstellerin der Antragsgegnerin [ASt6], wie dieser bekannt sei, legten Rat und Verwaltung der Stadt T Wert darauf, dass das Versorgungsnetz erworben werde und nicht im Rahmen einer Einbringung in die Gesellschaft erfolge. Seitens der Stadt T bestehe deshalb der Wunsch, die erforderlichen Verhandlungen zu Übernahme des Trinkwassernetzes kurzfristig aufzunehmen. Die Verhandlungen dazu scheiterten - unstreitig - am 12.11.12. In der Zwischenzeit wurden die Anteile an der Gesellschaft im September 12 [ASt10] auf die T GmbH übertragen, an der die Antragstellerin mit 51% beteiligt ist.

Mit am 15.02.13 beim Landgericht eingegangenen Antrag hat die Antragstellerin begehrt, der Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Verfügung aufzuerlegen, ihr das Netz zu übertragen. Das Landgericht hat das durch Beschluss vom 22.02.13 abgelehnt. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie ihr Anliegen mit gleichlautenden Anträgen, wie in erster Instanz, weiter verfolgt. 4

Sie beantragt abändernd zu erkennen: 5

Die Antragsgegnerin hat den Besitz an den in der Anlage Ast 1 näher bezeichneten Wasserversorgungsanlagen auf dem Gemeindegebiet der Antragstellerin mit Ausnahme der Leitungen, die ausschließlich der Versorgung von Abnehmern außerhalb des Gemeindegebietes dienen, dieser zur selbstständigen Wasserverteilung zu überlassen nebst sämtlicher dazu gehöriger Bestandteile, Zubehör und Nutzungsrechte sowie Dienstbarkeiten, ferner alle zur Erstellung von Wasserrechnungen erforderlichen Kundenunterlagen an die Antragstellerin herauszugeben, sämtliche dem Netz zuzuordnende Datenbestände (analog und digital), Informationen und bestehende Verträge, die die Antragstellerin für eine störungsfreie und betriebssichere Fortsetzung der Trinkwasserversorgung benötigt, auf diese zu übertragen, sowie eine messtechnische Entflechtung der in der Anlage Ast 1 aufgeführten Anlagegüter von ihrem Netz in Abstimmung mit der Antragstellerin durchzuführen. Die unmittelbar damit verbunden Kosten hat die Antragstellerin zu tragen. 6

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin im Gegenzug eine monatliche Nutzungsentschädigung i.H.v. 22.470 € zu zahlen. 7

Hilfsweise: 8

Die Übergabe erfolgt Zug um Zug gegen Zahlung eines Übernahmepreises i.H.v. 12.742.790,98 €, wobei diese Zahlung unter dem Vorbehalt erfolgt, dass eine aufgrund rechtskräftigen Urteils festgestellte Differenz zwischen dem vorbehaltlich geleisteten und nach dem rechtskräftigen Urteil tatsächlich für die Übernahme zu zahlenden Betrags an die Antragstellerin nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Entrichtung zurückzuzahlen ist. 9

Höchst hilfsweise: 10

Die Übergabe erfolgt Zug um Zug gegen Zahlung eines Übernahmepreises. Zur Ermittlung des Übernahmepreises wird die Antragsgegnerin verpflichtet, einen Gutachter zu bestimmen, der gemeinsam mit einem Gutachter der Antragstellerin einen Übernahmepreis der Regelung aus § 11 Abs. 3 des Konzessionsvertrags zur Wasserversorgung zwischen der 11

Antragstellerin und der Antragsgegnerin vom 22.12.1978 (siehe Anlage Ast 2) entsprechend für das streitgegenständliche Wassernetz ermittelt.	
Die Antragsgegnerin beantragt,	12
die Beschwerde zurückzuweisen.	13
Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und deren Anlagen verwiesen.	14
II.	15
Das Landgericht hat den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung zu Recht abgelehnt. Es fehlt nicht an seiner Zuständigkeit - und auch nicht an einer Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Hamm. Ein Verfügungsgrund - den das Landgericht mit knappen Gründen nicht zu erkennen vermochte - fehlt auch bei näherer Prüfung.	16
1.	17
Für die von der Klägern beantragte Verweisung an den Kartellsenat des OLG Düsseldorf besteht kein Anlass.	18
Dass es sich um eine Wettbewerbssache nach dem GWB (§§ 57 II 2, 63 IV, 83, 85, 86 GWB) handelte, ist seitens der Klägerin nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich. Das EnWG, auf dass die Klägerin abstellen möchte, gilt nicht für die - hier streitige - Wasserversorgung, § 106 EnWG.	19
Damit erübrigt sich gleichzeitig - unabhängig davon, welche Rechtsfolgen sie überhaupt zeitigen könnte - die Rüge der Klägerin, beim Landgericht habe nicht die für Kartellsachen zuständige Kammer und damit ein falsche Spruchkörper entschieden.	20
2.	21
In der Sache setzt die von der Klägerin verlangte einstweilige Regelung nach § 940 ZPO Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund voraus.	22
a.	23
Verfügungsanspruch	24
Ob der Klägerin ein Anspruch nach § 433 I BGB zur Seite steht, kann dahin stehen, weil es, wie noch ausgeführt wird, es jedenfalls an einem Verfügungsgrund fehlt. Angemerkt sei dazu nur, dass ein Anspruch auf Übernahme / Übergabe des Netzes frühestens mit der Ausübung der Option des Konzessionsvertrages entstanden sein kann, hier also frühestens mit dem Schreiben der Klägerin vom 15.06.12.	25
b.	26
Verfügungsgrund	27
Die Klägerin verlangt Übertragung des Besitzes am Netz. Sie möchte also eine Leistung der Beklagten, die jene als Teil ihrer Verpflichtung aus einem durch Optionsausübung ggf. zu Stande gekommenen Kaufvertrag zu erbringen hat, § 433 I 1 BGB.	28
	29

Die Klägerin verkennt nicht, dass die Auferlegung einer Leistung im Wege einstweiligen Rechtsschutzes besonderen Schranken unterliegt. Allgemein wird dazu gefordert, dass der Gläubiger auf die Leistung dringend angewiesen ist, was insbesondere bei Not- oder Zwangslagen oder auch bei Existenzgefährdung der Fall sein kann, Zöller/Vollkommer, ZPO, § 940 Rz. 6. Ob das durch die von der Antragstellerin herangezogene Entscheidung des OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.01.1997 - U (Kart) 27/96 - , welches dort einen Verfügungsgrund annimmt, wenn der Antragsteller so dringend auf die Erfüllung des Leistungsanspruchs angewiesen ist und sonst so erhebliche wirtschaftliche Nachteile erleiden würde, dass ihm ein Zuwarten oder die Verweisung auf Schadenersatzansprüche nicht zumutbar ist, einer gewissen Relativierung unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten unterworfen werden soll und ob dem ggf. zu folgen wäre, kann dahin stehen. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass die Antragstellerin auf eine Übertragung des Wassernetzes dringend angewiesen wäre, so dass sich die Frage, ob ein Zuwarten unzumutbar wäre und sich darüber das mit den Begriffen Not- oder Zwangslage oder auch Existenzgefährdung plastisch gemachte Dringlichkeitserfordernis für eine Leistungsverfügung relativieren lässt, erst gar nicht stellt.	
Dafür, auf die Übertragung des Netzes dringend angewiesen zu sein, macht die Antragstellerin zwei Gründe geltend. Zum einen erleide sie, wenn sie ein Hauptsacheverfahren abwarten müsse, Einnahmeausfälle. Zum anderen drohe die Übernahme des Netzes insgesamt zu scheitern, wenn ein Hauptverfahren abgewartet werden müsse.	30
(1.)	31
Einnahmeausfälle während eines Hauptverfahrens	32
(1.1)	33
Höhe von Einnahmeausfällen	34
Zur Höhe von Einnahmeausfällen während eines Hauptsacheverfahrens trägt die Antragstellerin lediglich vor, sie erleide während eines mehrjährigen Hauptsacheverfahrens, wobei ihr offenbar die vom OLG Düsseldorf in der genannten Entscheidung angesetzte Dauer von fünf Jahren über mehrere Instanzen vorschwebt, Verluste im sicherlich oberen sechsstelligen Bereich. Dazu hat sie die Anlage ASt 11 vorgelegt. Dabei handelt es sich um ein Blatt, welches in tabellarischer Form eine Gewinn und Verlustrechnung des Wasserversorgers aufmacht, als "Struktur-GuV" bezeichnet ist und offenbar als Anlage 4 zu einem nicht überreichten Wirtschaftlichkeitsgutachten gehört.	35
Es erschließt sich schon nicht, warum, was Einnahmeausfälle während der Dauer eines Hauptsacheverfahrens angeht, auf einen Rechtsstreit über mehrere Instanzen abgestellt werden sollte. Ist der Anspruch der Antragstellerin berechtigt, erhält sie bereits in erster Instanz ein vorläufig vollstreckbares Urteil. Für die Nachteile, die die Antragstellerin durch Abwarten eines Hauptsacheverfahrens erleidet, kann deshalb nur auf die Dauer eines Hauptsacheverfahrens in erster Instanz abgestellt werden, die mit zwei Jahren bemessen werden mag.	36
Unabhängig davon ist der Vortrag zu den vermeidbaren Verlusten anhand der Anlage ASt11 aber auch nicht nachvollziehbar.	37
Legt man die Struktur-Gut [ASt 11] zu Grunde, entgingen dem Versorger in den ersten beiden Jahren gut 500.000,00 €. Für die Antragstellerin, die am Versorger (Stadtwerke GmbH) mit	38

51% beteiligt ist, machten das - vollständige Gewinnausschüttung einmal unterstellt - gut 250.000,00 € und damit etwa 125.000,00 € pro Jahr. Warum die Antragstellerin auf diesen Betrag bei einem Haushaltsvolumen [ASt 12] von gut 60 Mio. € dringend angewiesen sein solle, erschließt sich nicht und ist auch mit der Pauschalbegründung, sie müsse ihre Aufgaben vernachlässigen, nicht erklärt. Nichts anderes ergibt sich, wenn man einen längeren Zeitraum betrachtet. Nach der Struktur-GuV beläuft sich der Gewinn des Versorgers in den ersten drei Jahren auf durchschnittlich rund 256.000,00 € $((288 + 245 + 237 \text{ TEUR})/3)$ mit auch danach weiter fallender Tendenz, was über die Jahre angesichts der Beteiligung der Antragstellerin am Versorger ebenfalls nur einen Deckungsbeitrag für den Haushalt von etwa 125.000,00 € pro Jahr ausmacht. Warum die Antragstellerin auf einen solchen jährlichen Deckungsbeitrag dringend angewiesen sein sollte, erschließt sich, gemessen an ihrem Haushalt, wie gesagt nicht. Nimmt man hinzu, dass die Struktur-GuV lediglich eine Konzessionsabgabe von 109.000,00 € pro Jahr ausweist, während die Antragstellerin zur Zeit nach den unwidersprochenen Angaben der Antragsgegnerin im Termin mehr als 300.000,00 € erhält, stünde sie bei Übertragung des Netzes sogar schlechter, als wenn es bei der Antragsgegnerin verbliebe.

In der Verhandlung vor dem Senat hat die Antragstellerin die überreichte Anlage ASt 11 als falsch und überholt bezeichnet und zur Verdeutlichung von Verlusten während eines Hauptsacheverfahrens eine Struktur-GuV überreicht, die andere Zahlen aufweist, sowie eine tabellarische Aufstellung, die mit Entwicklung der Wertschöpfung für die Stadt T überschrieben ist. Bei beiden Aufstellungen handelt es sich offenbar um Anlagen eines nach wie vor nicht vorgelegten Wirtschaftlichkeitsgutachtens. Aus den Zahlen der Aufstellungen ergibt sich ein Einnahmeverlust der Antragstellerin bei Abwarten des Hauptsacheverfahrens von in etwa 356.000,00 € im ersten Jahr mit fallender Tendenz in den Folgejahren. Ob ein derartiger Einnahmeverlust die Annahme, die Antragstellerin sei darauf dringend angewiesen, angesichts ihres Haushaltsvolumens überhaupt nahe legen könnte, kann dahin stehen. Denn die Antragstellerin hat einen entsprechenden Verlust - die Zahlen der im Senatstermin vorgelegten "Wertschöpfungsrechnung" sind bestritten - jedenfalls nicht glaubhaft gemacht. Die Übergabe tabellarischer Übersichten, zu denen nicht nachvollzogen werden kann, auf welchen Annahmen sie beruhen und die zudem ohne erkennbare Gründe ein besseres Ergebnis zeitigen, als es der Ursprungsvortrag der Antragstellerin mit der Überreichung der Anlage ASt 11 hergibt, ist jedenfalls nicht geeignet, die Höhe des behaupteten Verlustes während der Dauer eines Hauptsacheverfahrens glaubhaft zu machen.

(1.2) 40

Angewiesen sein auf Einnahmen 41

Abgesehen davon, dass sich ohnehin nicht feststellen lässt, in welcher Höhe der Antragstellerin Einnahmen entgehen, wenn ein Hauptsacheverfahren durchgeführt wird, und sich damit schon deshalb nicht feststellen lässt, dass die Antragstellerin auf eine Übertragung des Netzes dringend angewiesen wäre, widerlegt das eigene Verhalten der Antragstellerin - das hat das Landgericht zu Recht angenommen - dass die Antragstellerin zwecks der Erzielung von Einnahmen - in welcher Höhe auch immer - aus finanziellen Gründen auf die Übertragung des Netzes dringend angewiesen wäre. 42

Dabei kommt es auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob der Zeitraum von etwa drei Monaten zwischen Scheitern der Verhandlungen und Antragstellung Dringlichkeit widerlegt, nicht an. Jedenfalls verbietet der gesamte Zeitablauf die Annahme, die Antragstellerin sei aus finanziellen Gründen dringend auf die Übertragung des Netzes angewiesen. 43

Zwischen der Beschlussfassung des Rates der Antragstellerin Ende 2008/Anfang 2009, wonach die Versorgung in eine von ihr getragene Gesellschaft überführt werden sollte, und dem Scheitern der Verhandlungen im November 2012 sind rund vier Jahre vergangen, in denen die Antragstellerin - der Konzessionsvertrag war zur Zeit der Ratbeschlüsse bereits mit Schreiben vom 25.03.08 zum 31.12.09 gekündigt - die von ihr jetzt verlangte Übertragung des Netzes voran treiben konnte. Schritte dazu in der Zeit zwischen den Ratsbeschlüssen und dem Ende des Konzessionsvertrages sind nicht vorgetragen. Danach ging es um die Umsetzung des Gesamtversorgungskonzeptes der Antragstellerin, wobei der Gesellschaft ausweislich des in § 2 ausgewiesenen Gesellschaftszwecks [ASt14] die Aufgabe zufallen sollte, Abwasser- und Abfallentsorgung, Gas-, Wasser- und Stromversorgung, Straßenreinigung, Grünflächen-, Sport- und Spielflächenunterhalt, Straßen- und Wegeunterhalt sowie die Erbringung von sonstigen kommunalen Dienstleistungen zu übernehmen. Entsprechend verhalten sich die überreichten Besprechungsprotokolle [ASt15ff] über die Umsetzung und Machbarkeit einschließlich einer möglichen Einbindung der Antragsgegnerin, wobei wohl eine Einbringung des Netzes in die Gesellschaft im Raum stand. Übertragung des Netzes auf sich hat die Antragstellerin frühestens mit dem Schreiben vom 15.06.12 verlangt. Die bis zum Übernahmeverlangen verstrichene Zeit lässt die Annahme, die Übernahme sei nunmehr dringlich, als unmöglich erscheinen. Wer dringend auf Einnahmen aus der Wasserversorgung angewiesen ist, leitet unmittelbar nach Beschlussfassung zur Übernahme der Versorgung Schritte zur Übernahme des Wassernetzes ein und verhandelt auch nicht nach Ende des Konzessionsvertrages zum 31.12.09 zweieinhalb Jahre mit ungewissem Ergebnis über die Umsetzung, bevor er das Übernahmeverlangen stellt. Der der genannten Entscheidung des OLG Düsseldorf zu Grunde liegende Sachverhalt lag anders. Die dortigen Parteien hatten bereits unmittelbar nach dem entsprechenden Ratsbeschluss Verhandlungen zur Übertragung aufgenommen und dabei im Wesentlichen lediglich um die für die Preisfindung maßgebliche Bewertung gestritten.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Mit den vorstehenden Ausführungen ist keine Kritik an der Vorgehensweise der Antragstellerin verbunden. Sie führt lediglich dazu, dass sich die für eine einstweilige Regelung erforderliche Dringlichkeit nicht feststellen lässt. 45

(2.) 46

Drohendes Scheitern der Übernahme 47

Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Gesellschaft könne nicht über Jahre Personal und Dienstleistungen vorhalten, ist nicht vorgetragen, welches Personal und welche Dienstleistungen die Gesellschaft, die nach den Angaben im Senatstermin Abwasserentsorgung und Abfallentsorgung übernommen hat, für eine Trinkwasserversorgung überhaupt vorhält. Sollte das der Fall sein, wäre das angesichts dessen, dass die Übertragung des Netzes nicht geregelt ist, wirtschaftlich auch wohl kaum vertretbar und deshalb ungeeignet, Dringlichkeit zu begründen. 48

Soweit die Antragstellerin geltend macht, das Finanzierungskonzept der Gesellschaft drohe zu scheitern, weil es an die Laufzeit des Konzessionsvertrages von 20 Jahren ab dem 01.06.2010 angepasst sei, kann das nicht dazu führen, Dringlichkeit anzunehmen. Denn diese Sachlage haben die Antragstellerin und die Gesellschaft selbst geschaffen, indem sie den Konzessionsvertrag vom 01.06.10 geschlossen haben, also noch bevor die Antragstellerin ihre Kaufoption mit Schreiben vom 15.06.12 überhaupt ausgeübt hat. Ein Sachzwang, in den sich ein Antragsteller bzw. sein Vertragspartner selbst hinein begibt, ist ungeeignet, Dringlichkeit zu begründen. 49

c.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 6 ZPO. Eine Entscheidung über die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, § 542 II 1 ZPO. 51
