



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 10/13

Verkündet am:
3. Juni 2014
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Stromnetz Homberg

EnWG § 46 Abs. 2 Satz 2 (in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung)

- a) Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen.
- b) Der Übereignungsanspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF umfasst gemischt genutzte Mittelspannungsleitungen jedenfalls dann, wenn an diese (Groß-)Kunden als Letztverbraucher angeschlossen sind.

EnWG § 65

Der Regulierungsbehörde steht bei der Frage, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen sie zur Einhaltung der sich aus dem Energiewirtschaftsgesetz ergebenden Verpflichtungen ergreift, nach § 65 Abs. 2 EnWG ein weites Ermessen zu. Die Verfolgung von Verstößen gegen Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes liegt grundsätzlich im öffentlichen Interesse.

BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck sowie die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. Dezember 2012 in der Fassung des Beschlusses vom 18. Februar 2013 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen werden der Beigeladenen auferlegt. Die Auslagen der Bundesnetzagentur trägt diese selbst.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 1.500.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Betroffene ist Eigentümerin des Elektrizitätsverteilernetzes im Gebiet der - mit der Kernstadt topographisch nicht verbundenen - Stadtteile der Stadt Homberg. Die Beigeladene, an der die Stadt Homberg beteiligt ist, betreibt das Elektrizitätsverteilernetz im Bereich der Kernstadt Homberg. Die Stadt Homberg hatte mit der Rechtsvorgängerin der Betroffenen im Jahr 1992 einen Konzessionsvertrag mit einer Laufzeit bis zum 31. Dezember 2011 geschlossen, der dieser gestattete, Stromversorgungsleitungen auf und unter den öffentlichen Wegen des Gemeindegebiets zu betreiben. Die Endschafftsbestimmung dieses Vertrags sieht vor, dass die Gemeinde, falls sie nach Vertragsablauf die örtliche Versorgung mit elektrischer Energie selbst übernehmen will, berechtigt und verpflichtet ist, die im Vertragsgebiet für die örtliche Versorgung notwendigen Anlagen zum Sachzeitwert zu übernehmen.

- 2 Am 29. April 2009 machte die Stadt Homberg das Vertragsende zum 31. Dezember 2011 im elektronischen Bundesanzeiger bekannt und setzte eine Frist für Angebote zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags bis zum 31. Juli 2009. Die Betroffene, die Beigeladene und mehrere andere Betreiber gaben Angebote ab. Der Stadtrat der Stadt Homberg entschied am 5. November 2009 und am 28. Januar 2010 für die Beigeladene. In der öffentlichen Bekanntmachung dieser Entscheidung vom 8. Februar 2010 wird zur Begründung ausgeführt:

"Der von der KBG Homberg angebotene Strom-Konzessionsvertrag ist für die Stadt Homberg (Efze) vorteilhaft (insbesondere bei Folgekosten und Endschafft).

Die KBG Homberg hat sich seit vielen Jahrzehnten als zuverlässige Betreiberin des Stromnetzes in der Kernstadt Homberg bewährt und bietet aufgrund des örtlichen Betriebssitzes Gewähr für einen schnellen und bürgernahen Netzservice.

Die Bürger von Homberg können Genossenschaftsmitglieder der KBG Homberg werden und dadurch die Geschäftspolitik in der Mitgliederversammlung beeinflussen sowie eine attraktive Dividende für ihre Einlage erzielen."

- 3 Die Stadt Homberg schloss mit der Beigeladenen einen Konzessionsvertrag, dessen Laufzeit am 1. Januar 2012 begann, und trat ihr die Ansprüche aus der Endschäftsbestimmung des bisherigen Konzessionsvertrags ab. In den anschließenden Verhandlungen über die Netzübernahme konnten sich die Betroffene und die Beigeladene weder über Umfang noch Kaufpreis der zu übereignenden Anlagen einigen. Dies betraf insbesondere die von der Beigeladenen verlangte Übereignung von sieben Mittelspannungsleitungen, die in das 20-kV-Netz der Betroffenen eingebunden sind. Diese verbinden Stadtteile der Stadt Homberg und Gemeinden in der Region und speisen das Niederspannungsnetz. Im Konzessionsgebiet versorgen sie ausgehend vom Umspannwerk Homberg die Stadtteile von Homberg und einzelne unmittelbar angeschlossene Letztverbraucher. Zugleich werden sie zur Versorgung angrenzender Gemeindegebiete und - bei planbaren Arbeiten oder im Störfall - als Reserveleitungen genutzt.
- 4 Im Januar 2011 bat die Beigeladene die Bundesnetzagentur um Unterstützung und stellte - nachdem ein von der Bundesnetzagentur durchgeführtes Vermittlungsgespräch ergebnislos geblieben war - einen Antrag auf Einleitung eines besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG. Die Bundesnetzagentur leitete daraufhin im Juni 2011 gegen die Betroffene ein Verfahren nach § 65 EnWG ein, an dem sie die Beigeladene gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG beteiligte. Im Oktober 2011 und Januar 2012 legte die damalige Muttergesellschaft der Betroffenen, die E.ON AG, dem Bundeskartellamt das Konzessionsverfahren für die Stadtteile der Stadt Homberg zur Überprüfung aus kartellrechtlicher Sicht vor; dieses lehnte die Einleitung eines Verfahrens im Rahmen seines Aufgreifermessens ab.
- 5 Mit Beschluss vom 26. Januar 2012 hat die Bundesnetzagentur die Betroffene verpflichtet, sieben näher bezeichnete, im Gebiet der Stadtteile der Stadt Homberg belegene Mittelspannungsleitungen jeweils bis zur Grenze des Konzessionsge-

biets gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung an die Beigeladene nach deren Wahl bis zum 31. Mai 2012 zu übereignen oder den Besitz hieran zu verschaffen. Sie hat ferner ausgesprochen, dass die Betroffene und die Beigeladene einen von der Konzessionsgebietsgrenze verschiedenen Übergabepunkt vereinbaren können, um die Netztrennung mit einfacheren Mitteln zu verwirklichen oder eine sinnvolle Netzstruktur zu bilden, und des Weiteren, dass die Betroffene zusammen mit der Beigeladenen ein Netzentflechtungskonzept zu erstellen und bis zum 31. März 2012 vorzulegen habe. Auf die dagegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht den Beschluss der Bundesnetzagentur aufgehoben. Dagegen wendet sich die Beigeladene mit der - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde.

II.

6 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Beschwerdegericht den angefochtenen Beschluss der Bundesnetzagentur aufgehoben.

7 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung (OLG Düsseldorf, RdE 2013, 128) im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Der Beschluss der Bundesnetzagentur sei rechtswidrig und daher aufzuheben. Die Bundesnetzagentur sei für den Erlass der angefochtenen Entscheidung zwar im Wege der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach § 65 Abs. 2 EnWG zuständig. Sie habe aber dabei die ihr eingeräumte Aufsichtsbefugnis nicht rechtsfehlerfrei ausgeübt. Voraussetzung für ein Einschreiten sei ein - konkret festzustellender - Verstoß gegen Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes. Der Erlass der Anordnungsverfügung stehe im Ermessen der Regulierungsbehörde, die nicht im Interesse eines Dritten, sondern nur im öffentlichen Interesse tätig werden dürfe. Bei Eingriffen in die Unternehmenssubstanz seien strenge Maßstäbe anzulegen. Nach diesen Grundsätzen habe die Bundesnetzagentur ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt. In der angefochtenen Entscheidung fehlten bereits nachvollziehbare Er-

wägungen dazu, aus welchem Grund die Anordnungsverfügung im öffentlichen Interesse erforderlich gewesen sei. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Regulierungsbehörde mit ihrer Verfügung an die Stelle der Zivilgerichte getreten sei und damit die Gefahr widersprechender Entscheidungen begründet habe, obwohl der Beigeladenen die selbständige Verfolgung ihrer Rechte im Zivilrechtsweg möglich sei. Demgegenüber sei ein öffentliches Interesse an der angefochtenen Verfügung nicht ersichtlich. Das von der Bundesnetzagentur angeführte Ziel der Schaffung von Wettbewerb erfordere ihr Eingreifen nicht zwingend.

9 Davon abgesehen sei die angefochtene Missbrauchsverfügung auch materiell-rechtlich rechtswidrig. Für die angeordnete Übereignung fehle es an einer rechtlichen Grundlage. Maßgeblich sei insoweit § 46 Abs. 2 EnWG in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung, weil es für die Bestimmung des anwendbaren Rechts auf den Zeitpunkt der Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen der Betroffenen und der Beigeladenen ankomme, hier also auf den Abschluss des neuen Konzessionsvertrags im Jahr 2010; der zum 4. August 2011 in Kraft getretenen Neufassung des § 46 Abs. 2 EnWG komme keine Rückwirkung zu. Aus § 46 Abs. 2 EnWG aF lasse sich ein Übereignungsanspruch nicht herleiten. Gegen eine solche Verpflichtung spreche entscheidend die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, wonach im Gesetzgebungsverfahren eine diesbezügliche Klarstellung trotz einer entsprechenden Anregung unterblieben sei.

10 Ferner habe die Bundesnetzagentur die Wirksamkeit des zwischen der Stadt Homberg und der Beigeladenen geschlossenen Konzessionsvertrags zu Unrecht offengelassen. Vielmehr hätte sie im Rahmen eines Tätigwerdens nach § 65 Abs. 2 EnWG prüfen müssen, ob die Konzessionierung gegen die kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB, § 46 Abs. 3 EnWG verstoßen habe. Bei einer Nichtigkeit des Konzessionsvertrags liege nämlich kein Verstoß gegen § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG vor. Diese Frage müsse indes nicht aufgeklärt werden, weil der angefochtene Beschluss der Bundesnetzagentur bereits aus anderen Gründen rechtswidrig sei.

- 11 Die Bundesnetzagentur habe den Umfang des Überlassungsanspruchs unzutreffend beurteilt. Entgegen ihrer Auffassung würden die gemischt genutzten Mittelspannungsleitungen von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nicht erfasst. Für die Auslegung dieser Vorschrift lieferten zwar weder ihr Wortlaut, insbesondere das Kriterium der Notwendigkeit, noch die Gesetzssystematik oder die Gesetzeshistorie noch der Zweck der Vorschrift ein eindeutiges Ergebnis. Eine Beschränkung des Überlassungsanspruchs ergebe sich aber aus der gebotenen verfassungskonformen Auslegung im Lichte des Art. 14 GG. Da durch den Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG in eine grundrechtsrelevante Position des Altkonzessionärs eingegriffen werde, müsse im Rahmen der Abwägung den Interessen des bisherigen Eigentümers gegenüber denjenigen des Neukonzessionärs der Vorrang eingeräumt werden. Aufgrund dessen hätten Leitungen, die sowohl der örtlichen Versorgung als auch der überörtlichen Versorgung dienten, im Netzverbund des überörtlichen Netzbetreibers zu verbleiben.
- 12 Schließlich sei auch die von der Bundesnetzagentur angeordnete Überlassung gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung rechtlich unzulässig. Insoweit fehle es an der - erforderlichen - Einigung der Betroffenen und der Beigeladenen über Leistung und Gegenleistung, ob nun Kaufpreis oder Pacht, für die zu überlassenden Anlagen. Nichts anderes ergebe sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach ein Kaufvertrag wirksam zustande komme, wenn sich der Käufer, obwohl er den geforderten Kaufpreis für überhöht halte, den Preisvorstellungen des Verkäufers beuge und sich vertraglich vorbehalte, die Angemessenheit des Kaufpreises gerichtlich überprüfen zu lassen. Ein solcher Fall liege hier nicht vor. Davon abgesehen sei die Anordnung der Bundesnetzagentur auch zu unbestimmt, weil die Verpflichtung, eine "wirtschaftlich angemessene Vergütung" zu entrichten, nicht vollstreckbar sei. § 94 Satz 1 EnWG verweise auf die für die Vollstreckung von Verwaltungsmaßnahmen geltenden Vorschriften, hier also auf das Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes. § 6 Abs. 1 VwVG setze einen vollziehbaren Verwal-

tungsakt voraus. Danach müsse die für die Leistung des einen Teils vorgesehene Gegenleistung bestimmt oder bestimmbar sein, was hier nicht gegeben sei.

13 2. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in mehreren Punkten nicht stand.

14 a) Das Beschwerdegericht hat die Ermessensausübung der Bundesnetzagentur, die zum Erlass der angefochtenen Missbrauchsverfügung nach § 65 Abs. 2 i.V.m. § 54 Abs. 1 Halbs. 1 EnWG zuständig war, zu Unrecht als fehlerhaft angesehen.

15 aa) Nach § 65 Abs. 2 EnWG steht es im pflichtgemäßen Ermessen der Regulierungsbehörde, ob sie bei einem Verstoß gegen Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes ein Verfahren einleitet und gegebenenfalls Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtungen nach diesem Gesetz oder den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen anordnet. Dabei hat ihr der Gesetzgeber nach dem Wortlaut des § 65 Abs. 2 EnWG ein weites Ermessen eingeräumt. Dies betrifft sowohl die Frage, ob die Behörde ein Aufsichtsverfahren einleitet, als auch die Frage, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen sie ergreift. Die Ermessensentscheidung ist nach den - was § 83 Abs. 5 EnWG zeigt - auch im Energiewirtschaftsrecht geltenden allgemeinen Grundsätzen gerichtlich nur daraufhin überprüfbar, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten (Ermessensüberschreitung), ihr Ermessen überhaupt nicht ausgeübt (Ermessensnichtgebrauch) oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (Ermessensfehlgebrauch). Um diese Überprüfung zu ermöglichen, muss die Behörde ihre Ermessensausübung nachvollziehbar darlegen.

16 Eine darüber hinausgehende Einschränkung des Ermessensspielraums in dem Sinne, dass ein besonderes öffentliches Interesse am Erlass der Verfügung zu fordern sei, ergibt sich weder aus dem Wortlaut des § 65 Abs. 2 EnWG noch - was das Beschwerdegericht gemeint hat - aus dem Umstand, dass sich die Bundesnetz-

agentur mit der Missbrauchsverfügung an die Stelle der zur Entscheidung über die hier streitgegenständlichen Rechtsfragen berufenen Zivilgerichte gesetzt hat. Die Verfolgung von Verstößen gegen Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes liegt grundsätzlich im öffentlichen Interesse. Denn Ziel des Energiewirtschaftsgesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche und effiziente Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität (§ 1 Abs. 1 EnWG). Das öffentliche Interesse an der Verfolgung und Behebung von Missständen wird deshalb nicht dadurch in Frage gestellt, dass ein durch die Missbrauchsverfügung - mittelbar - begünstigter Dritter das mit der Verfügung erstrebte Ziel auch selbst auf dem Zivilrechtsweg erreichen könnte. Nach der Rechtsprechung des Senats zu Kartellrechtsverstößen hat dies lediglich zur Folge, dass der Dritte gegen die zuständige Behörde keinen Rechtsanspruch auf ein Tätigwerden hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. November 1968 - KVR 1/68, BGHZ 51, 61, 67 f. - Taxiflug - und vom 6. März 2001 - KVZ 20/00, ZIP 2001, 807 mwN). Ob die Behörde auf die Beschwerde eines Dritten gegen ein gerügtes Verhalten bestimmter Unternehmen vorgeht, steht dagegen in ihrem Ermessen. Nach dem Energiewirtschaftsgesetz gilt nichts anderes.

- 17 bb) Nach diesen Maßgaben lässt sich eine rechtsfehlerhafte Ausübung des Entschließungsermessens der Bundesnetzagentur nicht bejahen. Sie hat dies in der angefochtenen Verfügung nachvollziehbar damit begründet, dass der Konzessionsnehmerwechsel an der mangelnden Einigung der Beteiligten zu scheitern drohe und der Fall darüber hinaus in Bezug auf die in Rede stehende Überlassung sogenannter multifunktional genutzter Anlagen eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfe, deren Beantwortung für zahlreiche weitere Fälle von Interesse sei. Aus dem weiteren Inhalt der Verfügung ergibt sich, dass die Bundesnetzagentur die konkurrierende Zuständigkeit der Zivilgerichte in Betracht gezogen, dies jedoch nicht als Hinderungsgrund für den Erlass der Missbrauchsverfügung angesehen hat. Dagegen ist im Rahmen der beschränkten gerichtlichen Kontrolle der Ermessensentscheidung nichts zu erinnern. Dass die Bundesnetzagentur dem (öffentlichen) Interesse an einer Klärung der zentralen Streitfrage im Verfahren nach § 65 Abs. 2 EnWG den Vorrang vor einer solchen Entscheidung in einem zwar möglichen, aber ungewissen und zudem

von ihr nicht zu veranlassenden zivilgerichtlichen Verfahren eingeräumt hat, stellt entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts keinen Ermessensfehlergebrauch, sondern lediglich eine - der gerichtlichen Überprüfung nicht unterliegende - Zweckmäßigkeitserwägung dar.

18 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass die Bundesnetzagentur fehlerhaft § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in der seit dem 4. August 2011 geltenden Fassung und nicht - was richtig gewesen wäre - § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) angewendet hat.

19 Wie der Senat - nach Erlass der Beschwerdeentscheidung - entschieden hat, kommt es für den Inhalt des Anspruchs des neuen Energieversorgungsunternehmens auf das zur Zeit seiner Entstehung geltende Recht an (Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 60 und 70 - Stromnetz Berkenthin, für BGHZ bestimmt, und KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 57 - Stromnetz Heiligenhafen). Ein etwaiger Anspruch der Beigeladenen wäre hier mit Abschluss des Konzessionsvertrags zwischen ihr und der Stadt Homberg im Jahr 2010 entstanden, so dass § 46 Abs. 2 EnWG im Streitfall in der bis zum 3. August 2011 geltenden Fassung anzuwenden ist. Dass die Laufzeit des Vertrags erst am 1. Januar 2012 begonnen hat, ist unerheblich.

20 Anders als die Rechtsbeschwerde meint, kommt der Neufassung des § 46 Abs. 2 EnWG keine Rückwirkung zu. Dafür finden sich weder im Wortlaut des Änderungsgesetzes vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554) noch in den Gesetzesmaterialien hinreichende Anhaltspunkte.

21 c) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts kann der von der Beigeladenen geltend gemachte Übereignungsanspruch im Grundsatz aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF hergeleitet werden.

22

aa) In Instanzrechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF zugunsten des neuen Konzessionsinhabers einen Anspruch auf Übereignung der für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen begründet. Eine Auffassung entnimmt ihr keine Pflicht zur Übereignung (vgl. OLG Frankfurt, OLGR 2008, 561 f.; RdE 2011, 422, 426; OLG Koblenz, ZNER 2009, 146, 147 ff.; Säcker/Jaecks, BB 2001, 997, 999 ff.; Büdenbender, EnWG, § 13 Rn. 58 ff.; Salje, EnWG, § 46 Rn. 158 ff.; Berl-KommEnR/Wegner, 2. Aufl., EnWG § 46 Rn. 66 ff.; Lecheler in Ballwieser/Lecheler, Die angemessene Vergütung für Netze nach § 46 Abs. 2 EnWG, S. 35 f.; Kermel/Danzeisen, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap. 6 Rn. 12; Kermel, RdE 2005, 153, 157; Dodel, Das Verständnis des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG im Lichte seiner Vorgängerregelungen, S. 51 ff.; Braedel, Die Überlassung von Verteilungsanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG, S. 28 ff.; BNetzA bei BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rn. 33; vgl. Papier/Schröder, Wirtschaftlich angemessene Vergütung für Netzanlagen, S. 60). Die Gegenmeinung hingegen bejaht die inzwischen in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nF ausdrücklich angeordnete Übereignungspflicht schon nach altem Recht (OLG Schleswig, RdE 2006, 199, 203; Theobald in Danner/Theobald, Energierecht, Stand Sept. 2013, § 46 EnWG Rn. 44 ff.; Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 46 Rn. 77; Kühling/Hermeier, IR 2008, 173, 174 ff.; dies., Wettbewerb um Energienetze, S. 7 ff.; Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen im EnWG, S. 785 ff.; Reimann/Decker, RdE 2000, 16, 18 f.; Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 370 ff.; Theobald/Templin, Strom- und Gasverteilstellen im Wettbewerb, S. 30 ff.; Albrecht in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 9 Rn. 119 unter Hinweis auf Rn. 106 ff. der Voraufg.; Büttner/Templin, ZNER 2011, 121, 124 f.; BKartA bei BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rn. 33, Fn. 21). Der Senat hat die Streitfrage bislang offen gelassen (Urteil vom 29. September 2009 - EnZR 14/08, RdE 2010, 253 Rn. 17, 20 - Endschäftsbestimmung II).

23 bb) Der zweiten Ansicht ist zuzustimmen.

24 (1) Die Frage, ob nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF eine Übereignung oder nur eine Besitzverschaffung geschuldet ist, wird durch den Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig beantwortet. Danach ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Der Begriff "überlassen" könnte durchaus dahin verstanden werden, dass dem Schuldner vorbehalten bleiben soll, ob er nur Besitz oder auch Eigentum übertragen möchte. Er umfasst aber auch einen davon abweichenden Bedeutungsgehalt, wonach das neue Energieversorgungsunternehmen die Übereignung verlangen kann. Ein eindeutiger Hinweis auf einen bestimmten Bedeutungsgehalt ergibt sich aus dem Wortlaut selbst nicht. Dies wird durch einen Blick in das Bürgerliche Gesetzbuch bestätigt. Dort wird der Begriff "überlassen" teilweise im Sinne einer Eigentumsübertragung (vgl. etwa §§ 110, 1644 BGB), teilweise aber auch nur im Sinne einer Besitzverschaffung verstanden (vgl. etwa §§ 535, 536, 586, 596 Abs. 3, §§ 607, 732, 738 Abs. 1 BGB).

25 (2) Auf einen Übereignungsanspruch des neuen Netzbetreibers deuten indes die Gesetzesmaterialien der Vorgängerregelung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG hin. Der Gesetzgeber sah in § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998 offenbar wie selbstverständlich eine Regelung zum Schicksal des Netzeigentums. Nach der Gesetzesbegründung soll die wirtschaftlich angemessene Vergütung ermittelt werden, um prohibitive Kaufpreise zu verhindern (BT-Drucks. 13/7274, S. 21), während Pachtzinsen nicht erwähnt werden. Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber - wenn auch ohne nähere Erläuterung - die "Überlassung" von Eigentum meinte. Zudem waren bei Einführung der Regelung in § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998 Endschaftsbestimmungen üblich, die eine Eigentumsübertragung vorsahen (Sauer, aaO S. 792; Büdenbender, EnWG, § 13 Rn. 48). Fehlte es an Endschaftsbestimmungen, wurde allgemein gleichwohl ein lediglich in der Begründung umstrittener Anspruch der Gemeinde auf Eigentumsübertragung angenommen (Säcker/Jaecks, BB 2001, 997 mwN).

26 Dass eine dahingehende Klarstellung im Wortlaut des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF mit dem Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts nicht erfolgt ist, erlaubt keine Rückschlüsse auf den Willen des Gesetzgebers zu § 13 EnWG 1998 oder § 46 EnWG 2005 (Hellermann, aaO; Kühling/Hermeier, IR 2008, 173, 174 f.; vgl. auch Ausschussdrucks. 15(9)1511, S. 133). Dasselbe gilt für einen erfolglosen Vorschlag im Gesetzgebungsverfahren zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (BT-Drucks. 13/9290), dessen Formulierung eine "Übertragung des Eigentums" vorsah, der aber in der Sache nicht die Überlassungsform, sondern die Gegenleistung zum Gegenstand hatte.

27 (3) Die Annahme eines Übereignungsanspruchs wird durch die Systematik der Vorschrift bestätigt. Sie ist auf einen regelmäßig wiederkehrenden Wettbewerb um das Netz ausgerichtet und geht davon aus, dass der zur Überlassung verpflichtete bisher Nutzungsberechtigte - gemeint ist nicht etwa ein dritter Netzeigentümer, sondern der bisher kraft Konzessionsvertrag Berechtigte (vgl. § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998: "das bisher versorgende Unternehmen") - Eigentum und Besitz an "seinen" Verteilungsanlagen innehat. Sollte aber zuletzt lediglich ein Besitzwechsel stattgefunden haben, ergäben sich erhebliche Abwicklungsschwierigkeiten bei künftigen erneuten Betreiberwechseln (vgl. Hellermann, aaO; Theobald, aaO Rn. 48 f.). Ein Anspruch gegen einen bisher Nutzungsberechtigten, der kein Besitzrecht mehr an dem (fremden) Netzeigentum hätte, ginge ins Leere; im Übrigen wäre unklar, welche "angemessene Vergütung" der neue Netzbetreiber dem bisher Nutzungsberechtigten zahlen sollte. Zugleich könnte der zuletzt nicht mehr netzbetreibende Eigentümer ohne Bindung an § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF über die Verwertung des Netzes entscheiden, sofern er nicht von der Gemeinde nach § 1004 BGB auf Entfernung in Anspruch genommen wird, was allerdings weder wirtschaftlich sinnvoll noch mit dem Gesetzeszweck vereinbar wäre (vgl. Templin, aaO S. 380 f.). Dem steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber in § 46 Abs. 2 Satz 3 EnWG nF dem neuen Energieversorgungsunternehmen die Möglichkeit eröffnet hat, statt der Übereignung nur die Besitzeinräumung verlangen zu können. Diese Regelung ist ersichtlich nur als Aus-

nahme zu der in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nF angeordneten Übereignungsverpflichtung des bisher Nutzungsberechtigten ausgestaltet.

28

(4) Schließlich gebietet der Zweck der Vorschrift die Bejahung eines Über eignungsanspruchs. Danach soll der Betreiberwechsel nicht am Netzeigentum des bisherigen Versorgers - als Hindernis für einen effektiven Wettbewerb um das Netz - scheitern (BT-Drucks. 13/7274, S. 21). Dieses Ziel kann zwar auch durch eine Besitzverschaffungspflicht (allerdings des Netzeigentümers, nicht des letzten Netzbetreibers) gefördert werden. Ihm liefe es aber zuwider, wenn das mögliche Auseinanderfallen von Netzeigentum und Besitz zu einer Verdoppelung derjenigen Personen führen könnte, die einen Betreiberwechsel erschweren könnten und sich in mehrpoligen Rechtsverhältnissen über die Überlassungsmodalitäten einigen müssten (Kühling/Hermeier, aaO, S. 175; Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, S. 804). Dem steht nicht entgegen, dass § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF das neue Versorgungsunternehmen nicht zwingt, das Eigentum zu erwerben (vgl. dazu Pippke/Gaßner, RdE 2006, 33, 35 mwN; siehe nun § 46 Abs. 2 Satz 3 EnWG 2011; vgl. auch § 4 Abs. 5 StromNEV). Erst ein Über eignungsanspruch stellt sicher, dass eine atypische bloße Besitzüberlassung zwischen wirtschaftlich unverbundenen Unternehmen in der Praxis nur dann vereinbart wird, wenn bei den Beteiligten Einvernehmen über deren rechtliche Konsequenzen besteht. Könnte der neue Netzbetreiber keine Übereignung der Anlagen verlangen, wäre etwa von weiteren Vereinbarungen mit dem Netzeigentümer abhängig, ob er über die zu Wartung und eventuellem Ausbau erforderlichen Entscheidungsbefugnisse über das Netz verfügt (Theobald/Templin, aaO S. 34). Schließlich wäre bei einem bloßen Besitzherausgabeanspruch die Bewerbung um das Wegerecht zumindest weniger attraktiv mit der Folge, dass ein Wettbewerb um die Netze gehemmt wäre, wenn ein Bewerber erwarten müsste, zur Bezahlung von Pachtzinsen für die Versorgungsanlagen aus den regulierten Netzentgelten gezwungen zu sein (vgl. Theobald/Templin, aaO S. 32 ff.).

- 29 (5) Das verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsrecht des bisherigen Netzbetreibers fordert keine andere Auslegung (so aber Säcker/Jaecks, BB 2001, 997, 1001 f.; vgl. Papier/Schröder, Wirtschaftlich angemessene Vergütung für Netzanlagen, S. 32 ff., 60). Die Pflicht zur Übereignung ist - im Vergleich zur bloßen Besitzherausgabepflicht - aus den vorstehenden Gründen eine zur effektiven Ermöglichung des Wettbewerbs um das Wegerecht im Interesse der Verbesserung der Versorgungsbedingungen, bei der es sich um ein legitimes Ziel handelt (vgl. Papier/Schröder, aaO S. 36 ff.), geeignete und erforderliche (Sauer, aaO S. 806 f.; aA Pippke/Gaßner, RdE 2006, 33, 38) Inhalts- und Schrankenbestimmung, die nicht gegen das Übermaßverbot verstößt. Die Interessen des bisherigen Netzbetreibers sind durch die ihm zustehende angemessene Vergütung gewahrt. Die gängige Vertragspraxis vor Inkrafttreten des § 13 EnWG 1998 zeigt, dass eine Übereignung dem Netzbetreiber nicht unzumutbar ist. Die Verfügungsgewalt über das Netzeigentum ist ihm im Fall des Betreiberwechsels auch bei bloßer Besitzüberlassung entzogen. Im Übrigen ist er nach Ablauf seiner Wegenutzungsberechtigung ohnehin Ansprüchen der Gemeinde nach § 1004 BGB ausgesetzt (vgl. Albrecht in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 9 Rn. 156 ff.). Die im Fall der Übereignung wegfallende Möglichkeit, anstelle eines angemessenen Kaufpreises laufende angemessene Pachtzinsen zu erwirtschaften, wäre von der Zustimmung des Wegeeigentümers abhängig und ist daher keine schützenswerte Rechtsposition.
- 30 d) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts erfasst der Übereignungsanspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF auch sogenannte gemischt genutzte Leitungen.
- 31 aa) Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift. Danach ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, dem neuen Energieversorgungsunternehmen seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen zu überlassen. Die Abgrenzung zwischen dem örtlichen Verteilernetz und Durchgangsleitungen erfolgt funktional, also nach der Funktion der konkreten Anlage, nicht etwa pauschal nach Spannungsebenen. Der Begriff der Ver-

teilungsanlagen umfasst - was § 3 Nr. 37 EnWG zeigt - auch Mittelspannungsleitungen. Nach allgemeinem Sprachgebrauch sind "notwendig" alle Anlagen, die nicht hinweg gedacht werden können, ohne dass der neue Konzessionsnehmer seine Versorgungsaufgabe nicht mehr wie der frühere Netzbetreiber erfüllen könnte (OLG Frankfurt/Main, RdE 2011, 422, 423 f.; Albrecht in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 9 Rn. 123 ff.; Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 46 Rn. 74; Theobald, aaO Rn. 37; Embacher, EnWZ 2013, 275, 276; Klemm, CuR 2007, 44, 46; Lexow, IR 2013, 84; aA BerlKommEnR/Wegner, 2. Aufl., § 46 EnWG Rn. 62; Böwing in Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, 2. Aufl., Kap. 13 Rn. 28 aE; Lecheler, RdE 2007, 181, 182 ff.). Diese Voraussetzung ist hier gegeben. Anders als die Betroffene meint, sind unter notwendigen Anlagen nicht nur solche Anlagen zu verstehen, die "ausschließlich" der Stromversorgung im Konzessionsgebiet dienen (so aber Kermel, RdE 2005, 153, 156). Die Merkmale "notwendig" und "ausschließlich" sind zwei unterschiedliche Kriterien mit einem jeweils anderen Bedeutungsgehalt. Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF mit dem Kriterium der Notwendigkeit bestimmt. Dafür, dass er damit etwas anderes gewollt hat, nämlich eine Beschränkung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift auf solche Verteilungsanlagen, die ausschließlich der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienen, ist nichts ersichtlich.

32 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Überlassungsanspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF auf die "im Gemeindegebiet" gelegenen Verteilungsanlagen bezogen ist. Diese Voraussetzung kann im Zusammenhang mit dem Merkmal der Notwendigkeit nur in einem örtlichen Sinne dahin verstanden werden, dass Anlagen außerhalb des Gemeindegebiets, d.h. des Konzessionsgebiets, vom Überlassungsanspruch nicht erfasst werden, auch wenn sie für die Versorgung der Letztverbraucher innerhalb des Gemeindegebiets notwendig sind (vgl. Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 46 Rn. 56). Dies ergibt sich mittelbar auch aus § 3 Nr. 29c EnWG, wonach für die Abgrenzung der örtlichen Verteilernetze von den vorgelagerten Netzebenen auf das Konzessionsgebiet abgestellt

wird und zu den örtlichen Verteilernetzen auch die Leitungen gehören, die ein solches Netz mit einem benachbarten örtlichen Verteilernetz verbinden.

33 Anders als die Betroffene meint, steht dieser Auslegung nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht entgegen, dass die Beigeladene die Überlassung der gemischt genutzten Anlagen zur Erfüllung ihrer Versorgungsaufgabe nicht benötigte, weil sie gegenüber der Betroffenen nach § 20 Abs. 1 EnWG einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Netzzugang zwecks Durchleitung habe. Denn damit könnte der Netzübertragungsanspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF zur Gänze zu Fall gebracht werden, weil sich der Durchleitungsanspruch auf sämtliche Verteilungsanlagen sämtlicher Spannungsebenen bezieht (Theobald, aaO Rn. 38; Embacher, EnWZ 2013, 275, 276).

34 bb) Dieses Wortlautargument wird durch eine systematische Auslegung gestützt. Bei der Auslegung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF ist auch der Grundtatbestand des § 46 Abs. 1 EnWG zu berücksichtigen, der im Rahmen der diskriminierungsfreien Zurverfügungstellung von öffentlichen Verkehrswegen auf die unmittelbare Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet abstellt. Diese Voraussetzung ist jedenfalls dann erfüllt, wenn - wie hier - an die gemischt genutzten Mittelspannungsleitungen (Groß-)Kunden unmittelbar angeschlossen sind.

35 Wie der Senat bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt hat, ist der Begriff des (örtlichen) Energieversorgungsnetzes weit zu fassen. Die Bestimmung des Begriffs "Energieversorgungsnetz" in § 3 Nr. 16 EnWG erklärt den Netzbegriff nicht, sondern setzt ihn voraus. Seine Auslegung muss aus einer Zusammenschau der energiewirtschaftsrechtlichen Begriffsbestimmungen unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Gesetzes entwickelt werden. Besondere Bedeutung kommt dabei den Vorschriften der § 3 Nr. 29c und Nr. 36 EnWG zu. Die Regelung der Nr. 29c bezeichnet ein Netz, das überwiegend der Belieferung von Letztverbrauchern über örtliche Leitungen dient, als örtliches Verteilernetz. Die Bestimmung der Nr. 36 umschreibt näher, wann eine Versorgung mit Energie vorliegt. Danach stellen - neben

deren Gewinnung - der Vertrieb von Energie an Kunden und der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes eine Versorgung im Sinne des Energiewirtschaftsgesetzes dar. Dies verdeutlicht, dass der Begriff des Netzes vor dem Hintergrund seiner Versorgungsfunktion zu sehen ist. Werden durch die Anlage Dritte, insbesondere Verbraucher, mit Strom versorgt, ist der in § 1 Abs. 1 EnWG genannte Zweck des Gesetzes berührt, eine sichere, verbraucherfreundliche und effiziente Versorgung der Allgemeinheit mit leitungsgebundener Elektrizität zu gewährleisten. Es entspricht der Zielsetzung des im Jahre 2005 grundlegend novellierten Energiewirtschaftsgesetzes, dem Verbraucher Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich der Person seines Stromversorgers einzuräumen. Dies erfordert aber ein weites Verständnis des Netzbegriffs. Um die Belieferung mit Elektrizität durch jeden Anbieter zu ermöglichen, müssen grundsätzlich alle Anlagen, die einer Versorgung der Letztverbraucher dienen, dem Netzbegriff unterfallen. Für diese weite Auslegung sprechen im Übrigen auch die Regelungen des § 3 Nr. 16, 17 EnWG, die den Gesichtspunkt der Versorgung mit Energie in den Vordergrund rücken (vgl. Senat, Beschluss vom 18. Oktober 2011 - EnVR 68/10, juris Rn. 8 f.).

36 Nach diesen Maßgaben gehören zum Netz der allgemeinen Versorgung alle Anlagen, die für die Versorgung aller vorhandenen Netznutzer im Konzessionsgebiet notwendig sind. Dazu gehören auch Mittelspannungsleitungen jedenfalls dann, wenn daran Letztverbraucher unmittelbar angeschlossen sind, ohne dass es eine Rolle spielt, ob die Leitungen von einem vorgelagerten Netzbetreiber auch für andere Zwecke genutzt werden. Eine Beschränkung des Überlassungsanspruchs aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF auf die Niederspannungsebene - wie dies etwa in § 18 EnWG geregelt ist - oder auf nur ausschließlich für die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern genutzten Leitungen einer höheren Spannungsebene kann daraus nicht hergeleitet werden.

37 cc) Die Gesetzesmaterialien unterstreichen diese weite Auslegung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG. Dabei kann dahinstehen, ob es - wie das Beschwerdegericht ausgeführt hat - vor der Neufassung des Energiewirtschaftsgesetzes im Jahr 1998

eine konzessionsvertragliche Rechtstradition mit dem Inhalt gegeben hat, dass sich die vertragliche Übereignungspflicht nur auf solche Verteilungsanlagen bezogen hat, die ausschließlich der Verteilung der elektrischen Energie im Gemeindegebiet dienen (zu einer solchen Vertragsabrede siehe etwa Senatsurteil vom 29. September 2009 - EnZR 14/08, RdE 2010, 253 - Endschaftsbestimmung II, wonach die Anlagen, die der bisher Nutzungsberechtigte "zur Durchleitung benötigt", in dessen Eigentum verbleiben sollten, oder Senatsbeschluss vom 7. Februar 2006 - KZR 24/04, RdE 2006, 239 - Rückforderungsvorbehalt, wonach alle Anlagen zu übertragen waren, die "ausschließlich der Versorgung des Konzessionsgebiets dienen"). Dass der Gesetzgeber eine solche Rechtstradition, so es sie denn gegeben hat, fortführen wollte, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. Ganz im Gegenteil wollte er mit der Schaffung eines gesetzlichen Überlassungsanspruchs des neuen Energieversorgungsunternehmens in § 13 Abs. 2 EnWG 1998 verhindern, dass das Netzeigentum des bisherigen Versorgers einen Wechsel praktisch unmöglich macht und es zu wirtschaftlich unsinnigen Doppelinvestitionen kommt (BT-Drucks. 13/7274, S. 21; vgl. hierzu auch Senatsurteil vom 29. September 2009 - EnZR 14/08, aaO Rn. 15). Dieses Ziel, an dem sich durch § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG 2005 nichts geändert hat, ist nur durch eine Einbeziehung der multifunktional genutzten Leitung zu erreichen.

38 dd) Schließlich spricht auch der Zweck des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG für eine Einbeziehung von gemischt genutzten Leitungen in den Netzübertragungsanspruch.

39 Die Vorschrift bezweckt die Sicherung des effektiven Wettbewerbs um das örtliche Verteilernetz. Um dieses Ziel zu erreichen, ist der Begriff der notwendigen Verteilungsanlagen eher weit auszulegen. Eine generelle Ausnahme für gemischt genutzte Anlagen würde zu einer Zersplitterung der Netze der allgemeinen Versorgung und zu einer - unter Umständen kostenaufwändigen - Entwicklung von Parallelstrukturen führen, von denen die Netze der allgemeinen Versorgung nach längstens 20 Jahren einem Konzessionswettbewerb unterlägen, während das Parallelnetz einer Ewigkeitsgarantie unterfiele, wobei letzteres unter Umständen die besonders at-

traktiven Netzanschlusskunden, nämlich die industriellen (Groß-)Kunden anziehen würde. Dies lässt sich mit dem von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF/nF verfolgten Zweck nicht vereinbaren.

40 Die dagegen von der Betroffenen geäußerte Befürchtung, eine weite Auslegung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG lasse bei einer - wie hier - gleichzeitigen "Komunalisierung" der örtlichen Verteilernetze neue "Ewigkeitsrechte" entstehen und führe zu einer Einschränkung des Wettbewerbs um die Netze, trifft nicht zu. Dem steht entgegen, dass die Gemeinden bei jeder Neuvergabe das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten haben und dadurch die Konzessionsvergabe strengen Vorgaben unterliegt (vgl. hierzu Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 24 ff., 43 ff. - Stromnetz Heiligenhafen und KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 25 ff., 34 ff. - Stromnetz Berkenthin).

41 ee) Das verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsrecht des bisherigen Netzbetreibers fordert keine andere Auslegung. Insoweit gilt nichts anderes als - wie oben dargelegt - zur Verfassungsmäßigkeit des Übereignungsanspruchs als solchen. Allein der Umstand, dass auch die Betroffene die streitgegenständlichen Mittelspannungsleitungen weiterhin zur Durchleitung nutzen muss, steht dem nicht entgegen, weil ihre Interessen durch den Anspruch auf Durchleitung nach § 20 EnWG hinreichend geschützt sind. Die von der Betroffenen in diesem Zusammenhang angeführten Gesichtspunkte der Versorgungszuverlässigkeit, des optimalen Ausbaus der Netze zur maximalen Aufnahme regenerativer Energien, der Gewährleistung der Systemsicherheit und der Effizienz der Betriebsführung sind für die verfassungsrechtliche Bewertung ohne Belang, weil diese allenfalls die Zweckmäßigkeit der gesetzlichen Regelung berühren, nicht aber deren Verfassungsgemäßheit in Frage stellen können.

42 e) Schließlich wendet sich die Rechtsbeschwerde auch zu Recht gegen die Auffassung des Beschwerdegerichts, dass die von der Bundesnetzagentur angeordnete Überlassung gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung rechtlich unzuläs-

sig sei, weil im Streitfall noch keine Einigung der Betroffenen und der Beigeladenen über die zu erbringende Gegenleistung erfolgt und außerdem die Anordnung mangels Bestimmtheit nicht vollstreckbar sei.

43 aa) Die fehlende Einigung der Betroffenen und der Beigeladenen über den Kaufpreis des zu übereignenden Netzes kann die Zulässigkeit der angefochtenen Missbrauchsverfügung nicht in Frage stellen, weil diese eine solche Einigung mit den Mitteln des Verwaltungsrechts gerade erst herbeiführen will. Insoweit ist zwar zutreffend, dass eine Vereinbarung betreffend die Übertragung eines Energieversorgungsnetzes nicht zustande kommt, solange die Vertragsparteien keine Einigung über die Höhe der Gegenleistung erzielt haben (vgl. dazu BGH, Urteil vom 7. Februar 2006 - KZR 24/04, RdE 2006, 239 Rn. 21 - Rückforderungsvorbehalt); in einem solchen Fall kann der abgebende Netzbetreiber einem Anspruch auf Überlassung des Netzes nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ein Leistungsverweigerungsrecht entgegenhalten. Anders liegt es aber, wenn sich der neue Konzessionsnehmer den Preisvorstellungen des alten Netzbetreibers beugt, obwohl er den geforderten Kaufpreis für überhöht hält, sich aber eine gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit des Kaufpreises vertraglich vorbehält, um gegebenenfalls das zu viel Gezahlte zurückzufordern; in diesem Fall kommt der Kauf - wenn auch unter Vorbehalt - zu dem vom Verkäufer geforderten Kaufpreis zu Stande (vgl. Senatsurteil, aaO). Mit der Missbrauchsverfügung soll die Betroffene zu einer solchen Verfahrensweise veranlasst werden.

44 bb) Die Missbrauchsverfügung genügt den Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit von Verwaltungsakten, die auch für Verfügungen der Bundesnetzagentur gelten (§ 37 Abs. 1 VwVfG; vgl. nur BGH, Beschluss vom 19. Juni 2007 - KVR 17/06, BGHZ 172, 368 Rn. 36 mwN - Auskunftsverlangen). Das Bestimmtheitsgebot verlangt, dass der Adressat in die Lage versetzt wird, zu erkennen, was von ihm gefordert wird (Senatsbeschluss, aaO mwN). Es reicht aus, wenn sich die Regelung aus dem gesamten Inhalt des Bescheids, insbesondere seiner Begründung sowie den weiteren, den Beteiligten bekannten oder ohne weiteres erkennbaren Umständen unzweifelhaft erkennen lässt (vgl. BVerwGE 114, 160, 164; 119, 282,

284). Im Einzelnen sind die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit eines Verwaltungsaktes aus dem Regelungsgehalt der jeweiligen gesetzlich vorgesehenen Maßnahme und dem mit ihr verfolgten Sinn und Zweck herzuleiten (vgl. BGH, Beschluss vom 24. September 2002 - KVR 15/01, BGHZ 152, 84, 92 - Fährhafen Puttgarden I; BVerwGE 119, 282, 284). Daran gemessen ist der angefochtene Bescheid der Bundesnetzagentur nicht zu beanstanden.

45 Die Betroffene hat der Beigeladenen nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF die in der Missbrauchsverfügung im Einzelnen aufgeführten Verteilungsanlagen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Nach den Maßgaben des Senatsurteils vom 7. Februar 2006 (KZR 24/04, RdE 2006, 239 Rn. 21 - Rückforderungsvorbehalt) muss sie es hinnehmen, wenn die Beigeladene den geforderten Preis für überhöht hält, sich diesem aber unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Prüfung beugt. Zur Berechnung der Vergütung können - worauf in der angefochtenen Missbrauchsverfügung zu Recht abgestellt wird - nach den Grundsätzen des Senatsurteils vom 16. November 1999 (KZR 12/97, BGHZ 143, 128 - Endschäftsbestimmung I) sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert zu Grunde gelegt werden, es sei denn, dass der Sachzeitwert den Ertragswert des Versorgungsnetzes nicht unerheblich übersteigt (aaO S. 152 ff.).

46 Insoweit begegnet es auch keinen Bedenken, dass die Bundesnetzagentur die Bestimmung der angemessenen Gegenleistung den Beteiligten überlassen hat. Dies entspricht der Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF und stellt gegenüber der Betroffenen - im Vergleich zu der alternativ in Betracht kommenden Entgeltbestimmung durch die Bundesnetzagentur oder durch die Beigeladene - das mildere Mittel dar. Dies liegt sowohl im Interesse der Regulierungsbehörde als auch im Interesse der Betroffenen. Denn ihr soll so weit wie möglich der Einfluss auf die Entscheidung über die Höhe der Gegenleistung erhalten werden. Dieser Schutzgedanke könnte nicht erfüllt werden, wenn die missbrauchsaufsichtsrechtliche Verfügung nach § 65 Abs. 2 EnWG schon Angaben zur Höhe des von dem neuen Konzessionsinhaber zu fordernden Entgelts enthalten müsste (vgl. dazu auch BVerwGE 114, 160,

165 f. zur Bestimmtheit einer Aufsichtsmaßnahme nach § 33 Abs. 2 Satz 1 TKG aF). Eine konkrete Festlegung vertraglicher wie sonstiger Bedingungen durch die Regulierungsbehörde kann hiernach nur dann in Betracht kommen, wenn dazu auf übliche Bedingungen zurückgegriffen werden könnte, von denen zugunsten des verpflichteten Unternehmens nicht abgewichen werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 24. September 2002 - KVR 15/01, BGHZ 152, 84, 95 - Fährhafen Puttgarden I zur Bestimmtheit einer kartellrechtlichen Untersagungsverfügung). Wo dies, wie im Streitfall, nicht möglich ist, weil das Netzentflechtungskonzept noch nicht erstellt ist und sich dessen Inhalt nach den Umständen des Einzelfalls richtet, besteht entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts auch keine Notwendigkeit, das angemessene Entgelt oder sonstige Maximalbedingungen festzusetzen, zu denen der bisherige Konzessionsnehmer dem neuen Konzessionsinhaber das Netz jedenfalls überlassen muss. Zwar mag eine solche Festsetzung im Einzelfall geeignet sein, ein weiteres regulierungsbehördliches Verfahren oder eine zivilrechtliche Auseinandersetzung zwischen den beteiligten Unternehmen über die angemessene Höhe des von dem neuen Konzessionsnehmer zu zahlenden Entgelts auszuschließen. Dieser Vorteil müsste jedoch vielfach durch eine erhebliche zusätzliche Belastung des Ausgangsverfahrens erkaufte werden. So bedürfte es unter Umständen der Einholung eines Sachverständigengutachtens durch die Bundesnetzagentur, um die Angemessenheit eines für das zu überlassende Netz zu zahlenden Entgelts zu ermitteln. Ein derartiger Aufwand und die damit verbundene zeitliche Verzögerung wären unabhängig davon aufzubringen, ob sich die Beteiligten nicht viel besser im Verhandlungswege über die angemessenen Bedingungen verständigen könnten, sofern erst verbindlich feststeht, welche Verteilungsanlagen der Überlassungsanspruch des neuen Konzessionsnehmers umfasst. Diesem würde damit zugleich die Möglichkeit abgeschnitten, auch eine überhöhte Entgeltforderung - gegebenenfalls unter dem Vorbehalt der Rückforderung - zu akzeptieren, um (zunächst) das begehrte örtliche Netz zu erhalten (vgl. BGH, Beschluss vom 24. September 2002 - KVR 15/01, BGHZ 152, 84, 95 f. - Fährhafen Puttgarden I).

47 cc) Die von der Bundesnetzagentur angeordnete Maßnahme weist nach den oben unter II 2 a aa dargestellten Maßgaben auch keinen Ermessensfehler auf. Ein solcher wird von der Betroffenen nicht geltend gemacht. Die getroffene Maßnahme stellt ihr gegenüber insbesondere im Vergleich zu der alternativ in Betracht kommenden Entgeltbestimmung durch die Bundesnetzagentur das mildere Mittel dar.

48 3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich jedoch aus anderen Gründen im Ergebnis gleichwohl als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO analog).

49 Die streitgegenständliche Missbrauchsverfügung ist nach § 65 Abs. 2 EnWG mangels rechtlicher Grundlage rechtswidrig. Der von der Stadt Homberg mit der Beigeladenen abgeschlossene neue Konzessionsvertrag ist gemäß § 134 BGB nichtig, so dass es an einer Überlassungsverpflichtung der Betroffenen gegenüber der Beigeladenen aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF fehlt. Die Konzessionsvergabe ist nicht in einem transparenten Verfahren erfolgt und hat damit die Mitbewerber im Sinne des - hier anwendbaren - § 20 Abs. 1 GWB aF unbillig behindert.

50 a) Wie das Beschwerdegericht zu Recht beanstandet hat, hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des § 46 Abs. 2 EnWG zu Unrecht nicht geprüft, ob der Konzessionsvertrag zwischen der Beigeladenen und der Stadt Homberg rechtswirksam ist. Voraussetzung des Überlassungsanspruchs nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ist ein wirksamer Konzessionsvertrag mit dem neuen Konzessionsinhaber. Nur dann hat dieser als "neues Energieversorgungsunternehmen" einen Anspruch auf Überlassung der für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen. Diese Voraussetzung ist nicht nur in einem zivilgerichtlichen Verfahren zwischen altem und neuem Konzessionsinhaber zu prüfen, sondern auch von der Regulierungsbehörde im allgemeinen Missbrauchsverfahren nach § 65 Abs. 2 EnWG, weil nur dann das von der Missbrauchsverfügung betroffene Unternehmen einer Verpflichtung nach dem Energiewirtschaftsgesetz nicht nachgekommen ist. Wie der Senat - nach Erlass der Beschwerdeentscheidung - entschieden und im Einzelnen begründet hat, genügt es für den Anspruch nach § 46

Abs. 2 Satz 2 EnWG nicht, dass die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung durch den Abschluss eines Konzessionsvertrags zum Ausdruck gebracht hat und die Vergabe nicht an einem offensichtlichen und schwerwiegenden Mangel leidet (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 63 ff. - Stromnetz Berkenthin, für BGHZ bestimmt).

51 Nach der Rechtsprechung des Senats sind die Gemeinden als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG in ihrem Gebiet gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 17 ff. - Stromnetz Berkenthin, für BGHZ bestimmt). Wie der Senat in dieser Entscheidung im Einzelnen begründet hat (aaO Rn. 30 ff.), steht die Pflicht der Gemeinden zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs insbesondere mit dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) in Einklang.

52 Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren. Das Auswahlverfahren muss so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (vgl. Senatsurteile vom

17. Dezember 2013 - KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 35 ff. - Stromnetz Berkenthin - und KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 44 ff. - Stromnetz Heiligenhafen).

53 Genügt die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (vgl. Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 54 ff. - Stromnetz Berkenthin - und KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 50 ff. - Stromnetz Heiligenhafen). Dies hat zur Folge, dass der neue Konzessionsvertrag nach § 134 BGB nichtig ist (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 101 ff. - Stromnetz Berkenthin).

54 b) Nach diesen Maßgaben steht der Beigeladenen gegen die Betroffene kein Anspruch auf Überlassung oder Übereignung der zum Netzbetrieb notwendigen Verteilungsanlagen gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu. Das Verfahren der Stadt Homberg bei der Entscheidung über den künftigen Netzbetreiber erfüllt bereits grundlegende Anforderungen des Transparenzgebots nicht. Das Beschwerdegericht hat zwar - aus seiner Sicht nachvollziehbar - von einer eigenen rechtlichen Bewertung dessen abgesehen, ob auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen der neue Konzessionsvertrag rechtswirksam oder rechtsunwirksam ist. Diese Frage kann der Senat indes selbst entscheiden (§ 88 Abs. 5 i.V.m. § 83 Abs. 1 EnWG). Der Konzessionsvertrag ist nach § 134 BGB nichtig.

55 In der Bekanntmachung vom 8. April 2009 wurden keine Entscheidungskriterien genannt. Erst in der öffentlichen Bekanntmachung über den Beschluss des Stadtrats vom 28. Januar 2010 werden drei Kriterien angegeben, die für die Auswahlentscheidung der Beigeladenen maßgeblich gewesen sein sollen. Daraus ergibt sich, dass die Stadt Homberg die Neukonzessionierung von unzulässigen Kriterien abhängig gemacht hat. Das Kriterium der Gewähr für einen schnellen und bürgernahen Netzservice ist zwar im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden; unzulässig ist

aber insoweit die bloße Anknüpfung an den örtlichen Betriebssitz der Beigeladenen, weil dadurch ortsfremde Konzessionsbewerber von vornherein ohne Sachgrund benachteiligt werden. Ebenfalls unzulässig ist das Kriterium einer attraktiven Dividende für die Genossenschaftsmitglieder der Beigeladenen, weil die Stadt Homberg damit wirtschaftliche Interessen verfolgen will, die im Rahmen der für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Rechtsnormen nicht berücksichtigt werden dürfen.

56 Aufgrund dessen kommt es nicht darauf an, ob den Konzessionsbewerbern nach ihrer Interessebekundung ein detaillierter Kriterienkatalog ausgehändigt oder ob ihnen vor der verbindlichen Vergabeentscheidung rechtzeitig eine Vorabinformation über die für die Vergabe maßgeblichen Kriterien erteilt worden ist. Soweit die Beteiligten vorgebracht haben, die Stadt Homberg habe der Betroffenen nach Einreichung des Angebots bestimmte Anforderungen in einer Besprechung mitgeteilt, ist dies ebenfalls unerheblich. Dies genügt bereits deshalb den Anforderungen des Transparenzgebots nicht, weil die Betroffene keine Gelegenheit hatte, ihr Angebot von vornherein auf die Forderungen der Stadt Homberg auszurichten. Zudem sind mündliche Angaben per se ungeeignet, einen einheitlichen Informationsstand aller Bewerber zu gewährleisten (Senatsurteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 73 - Stromnetz Heiligenhafen).

57 Das Auswahlverfahren der Klägerin verstößt somit wegen Verletzung des Transparenzgebots gegen das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG. Es stellt damit zugleich eine unbillige Behinderung der Beklagten gemäß § 20 Abs. 1 GWB aF dar. Die unbillige Behinderung der Betroffenen durch das Auswahlverfahren führt im Streitfall nach § 134 BGB zur Unwirksamkeit des zwischen der Beigeladenen und der Stadt Homberg abgeschlossenen neuen Konzessionsvertrags.

58 c) Eine andere Beurteilung kommt zwar - wie der Senat mit Urteil vom 17. Dezember 2013 (KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 108 f. - Stromnetz Berkenthin, für BGHZ bestimmt) entschieden hat - dann in Betracht, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu

wahren, diese Möglichkeit aber nicht nutzen. In diesem Fall kann und muss die fort-dauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden. Dies wird insbesondere dann in Betracht zu ziehen sein, wenn die Gemeinde - in Anlehnung an den auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedanken - alle Bewerber um die Konzession in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt.

59 Ob dies hier der Fall gewesen ist, kann indes dahinstehen. Auf die vorstehend dargestellte Rechtsauffassung des Senats kann sich die Rechtsbeschwerde bereits deshalb nicht berufen, weil diese Möglichkeit einer "Heilung" eines fehlerhaften Auswahlverfahrens nur für zukünftige Konzessionsvergaben gilt. Denn erst mit Bekanntwerden des vorgenannten Senatsurteils vom 17. Dezember 2013 haben die unterlegenen Bewerber Kenntnis erhalten, welche Funktion die Unterrichtung über die beabsichtigte Auswahlentscheidung hat und welche Rechtsbehelfe ihnen gegen diese zustehen.

60 d) Die Betroffene ist nicht gehindert, sich gegenüber der Bundesnetzagentur im Missbrauchsverfahren oder gegenüber der Beigeladenen auf deren fehlende Anspruchsinhaberschaft zu berufen.

61 aa) Ein Einwendungsausschluss zulasten der Betroffenen ergibt sich nicht aus einer entsprechenden Anwendung der vergaberechtlichen Präklusionsvorschriften (§ 107 Abs. 3 GWB). Diese sind Bestandteil eines gesetzlich geregelten Vergabeverfahrens und können nicht isoliert auf das - nicht näher geregelte - Verfahren der Konzessionsvergabe übertragen werden (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 112 - Stromnetz Berkenthin). Dem Interesse an Rechtssicherheit bei der Konzessionsvergabe kann durch die den Gemeinden eröffnete Möglichkeit zur Vorabinformation über die Auswahlentscheidung ausreichend

entsprochen werden (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 108 f. - Stromnetz Berkenthin).

62 bb) Eine unzulässige Rechtsausübung der Betroffenen folgt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch nicht aus einer Verletzung vorvertraglicher Rückpflichten.

63 Die Rechtsbeschwerde verweist ohne Erfolg darauf, dass die Betroffene bereits im Auswahlverfahren auf etwaige Verstöße hätte hinweisen müssen und seit der Bekanntmachung der Auswahlentscheidung ein wesentlicher Zeitraum verstrichen sei. Abgesehen davon, dass angesichts der ungeklärten Rechtslage fraglich erscheint, ob die Betroffene die grundsätzlichen Mängel der Ausschreibung erkennen musste, kann sich hieraus eine unzulässige Rechtsausübung schon deshalb nicht ergeben, weil nichts dafür festgestellt oder geltend gemacht worden ist, dass die Stadt Homberg die Konzession fehlerfrei neu ausgeschrieben hätte, wenn die Betroffene Mängel der Ausschreibung schon im Vergabeverfahren gerügt hätte.

64 cc) Der Nichtigkeitseinwand ist nicht verwirkt. Dabei kann dahinstehen, ob - wie das Beschwerdegericht angenommen hat - Einwendungen aus § 20 Abs. 1 GWB aF, § 46 Abs. 3 EnWG von vornherein nicht der allgemeinen Verwirkung nach § 242 BGB unterliegen. Jedenfalls hat das Beschwerdegericht eine Verwirkung im Ergebnis zu Recht verneint.

65 Eine nach § 134 BGB im öffentlichen Interesse, hier dem des Wettbewerbs um das Wegerecht zwecks Verbesserung der Versorgungsbedingungen, angeordnete Nichtigkeit kann allenfalls in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, WuW/E DE-R 4159 Rn. 119 mwN - Stromnetz Berkenthin). Die Voraussetzungen hierfür liegen im Streitfall schon angesichts der bis zu der vorgenannten Entscheidung unklaren Rechtslage nicht vor. Aufgrund dessen kommt es nicht darauf an, dass die damalige Muttergesellschaft der Betroffenen erst mit Schreiben vom

4./5. Oktober 2011 und vom 16. Januar 2012 dem Bundeskartellamt das Konzessionsverfahren zur Überprüfung aus kartellrechtlicher Sicht vorgelegt hat.

III.

66 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Meier-Beck

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 12.12.2012 - VI-3 Kart 137/12 (V) -