

## BGH nimmt zum Umfang des Übertragungsanspruchs aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG Stellung

Beschlussgründe der BGH-Entscheidung vom 03.06.2014 zur Netzübernahme veröffentlicht (EnVR 10/13)

**Verfahrensgang:** Nach Konzessionierung im Jahr 2010 hatte sich die KBG Homberg im Rahmen der Netzübernahme mit dem Bestandsanbieter nicht über den zu übertragenden Anlagenumfang und den Kaufpreis einigen können. Die Bundesnetzagentur (BNetzA) hatte daraufhin ein Missbrauchsverfahren nach § 65 EnWG gegen den Bestandsanbieter eingeleitet und ihn mit Beschluss vom 26.01.2012 (Az. BK6-11-052) u.a. verpflichtet, streitige Mittelspannungsleitungen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung nach Wahl der KBG Homberg zu übereignen oder ihr Besitz hieran zu verschaffen.

Hiergegen legte der Bestandsanbieter beim OLG Düsseldorf Beschwerde ein, das den Bescheid der BNetzA mit Beschluss vom 12.12.2012 (Az. VI-3 Kart 137/12) aufgehoben hat. Dagegen hatte die KBG Homberg beim BGH Rechtsbeschwerde eingelegt. Der BGH weist mit seinem Beschluss vom 03.06.2014 die Rechtsbeschwerde zwar zurück, führt dabei aber aus, dass der Beschluss des OLG Düsseldorf der rechtlichen Nachprüfung in mehreren Punkten nicht standhalte.

**Ermessensspielraum der Regulierungsbehörden bei Missbrauchsverfügungen nach § 65 Abs. 2 EnWG:** Der BGH stellt klar, dass keine über die allgemeinen Grundsätze hinaus gehenden Einschränkungen des Ermessensspielraums der Regulierungsbehörde für das Aufgreifermessen bestünden. Anders als das OLG Düsseldorf, vertritt der BGH die Ansicht, dass das Aufgreifermessen von der BNetzA ermessenfehlerfrei ausgeübt worden sei. § 65 Abs. 2 EnWG räume der Regulierungsbehörde ein weites Ermessen ein. Darüber hinaus läge die Verfolgung von Verstößen gegen das EnWG grundsätzlich im öffentlichen Interesse.

**Übereignungsanspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG 2005:** Im Jahr 2011 hat der Gesetzgeber klargestellt, dass § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nicht nur einen Anspruch auf Besitzüberlassung, sondern auch auf Eigentumsübertragung beinhaltet. Dies war in der Fassung des EnWG aus dem Jahr 2005, die im zu entscheidenden Fall anzuwenden war, noch umstritten. Der BGH hat diesen langjährigen Streit nun beendet und entschieden, dass bereits die Alt-Regelung neben der Besitzübertragung auch einen Anspruch auf Übereignung der Versorgungsanlagen beinhalte.

**Umfang des Überlassungsanspruchs:** Unabhängig von der Fassung des EnWG ist umstritten, ob sog. gemischt genutzte Anlagen nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu übertragen sind. Dies sind Anlagen, die neben der Versorgung von Letztverbrauchern im Konzessionsgebiet weitere Funktionen erfüllen (z.B. Durchleitung von Energie in andere Gebiete).

Nach der Entscheidung des BGH sind gemischt genutzte Anlagen ebenfalls zu übertragen. Dabei grenzt der BGH

nicht pauschal nach Spannungsebenen, sondern funktional ab. Zu übertragen sind danach alle im Konzessionsgebiet gelegenen, für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen. Mittelspannungsleitungen seien jedenfalls dann zu übertragen, wenn daran Letztverbraucher unmittelbar angeschlossen sind. Dabei spiele es keine Rolle, ob die Leitungen von einem vorgelagerten Netzbetreiber auch für andere Zwecke genutzt werden. Der BGH unterstreicht in seiner Argumentation mehrfach, dass der Übertragungsgegenstand so bestimmt werden muss, dass damit ein effektiver Wettbewerb um die Netze sichergestellt sei.

**Vorbehaltskauf, Bestimmung Kaufpreis:** Zum Thema Vorbehaltskauf führt der BGH aus, dass der übertragungspflichtige Bestandsanbieter kein Leistungsverweigerungsrecht habe, wenn sich der Übernehmer dessen (überhöhten) Preisvorstellungen beuge, sich aber die gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit des Kaufpreises vorbehalte. Zur Bestimmung des Kaufpreises könne entsprechend der sog. Kaufering-Entscheidung aus dem Jahr 1999 (Az. KZR 12/97) sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert zugrunde gelegt werden, es sei denn, dass der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteige.

**Rechtmäßigkeit des Konzessionierungsverfahrens:** Die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde begründet der BGH allein damit, dass das Konzessionierungsverfahren der Stadt Homberg den rechtlichen Anforderungen aus den Urteilen KZR 65/12 und KZR 66/12 vom 17.12.2013 nicht entsprochen habe und der Konzessionsvertrag deshalb nichtig sei. Die BNetzA habe in dieser Verfahrenskonstellation die Aufgabe, auch die Rechtmäßigkeit des Konzessionierungsverfahrens zu prüfen.

Von besonderer Bedeutung ist dabei folgende Klarstellung: Der BGH hatte in den vorgenannten Urteilen ausgeführt, dass eine „Heilung“ eines fehlerhaften Verfahrens möglich sei, wenn die Gemeinde, in Anlehnung an den § 101a GWB zugrunde liegenden Rechtsgedanken, alle Bewerber über die beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung dieser Information abgeschlossen hat. Dieses Privileg soll nach dem BGH nur für zukünftige Konzessionierungsverfahren gelten.

**Fazit:** Der BGH hat durch sein Urteil einige wesentliche Streitfragen bei Netzübernahme geklärt. An einer eindeutigen Definition des zu übertragenden Anlagenumfangs fehlt es leider weiterhin.

www.kbk-anwaelte.de  
www.energienetzrecht.de  
info@kbk-anwaelte.de