

Beschluss

Az. BK6-11-052

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Netzentflechtung infolge Konzessionsübergang

betreffend:

E.ON Mitte AG, Monteverdistraße 2, 34131 Kassel, gesetzlich vertreten durch den Vorstand,

– Betroffene –

Verfahrensbevollmächtigte: Kermel, Kanzlei von Rechtsanwälten, Rechtsanwältin Dr. Cornelia Kermel, Knesebeckstraße 3, 10623 Berlin

unter Beteiligung

der KBG Kraftstrom-Bezugsgenossenschaft Homberg eG, Ostpreußenweg 5, 34576 Kassel, gesetzlich vertreten durch den Vorstand

– Beigeladene –

Verfahrensbevollmächtigte: Boos Hummel & Wegerich, Rechtsanwalt Dr. Philipp Boos, Zimmerstraße 56, 10117 Berlin

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch den Vorsitzenden Matthias Otte,
die Beisitzerin Dr. Kathrin Thomaschki,
und die Beisitzerin Dr. Antje Becherer

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.07.2011

am 26.01.2012 beschlossen:

1. Die Betroffene wird verpflichtet, folgende, im Gebiet der Stadtteile der Stadt [REDACTED] belegene Mittelspannungsleitungen, in dem die Beigeladene ab dem 01.01.2012 Konzessionsnehmerin ist, jeweils bis zur Grenze des Konzessionsgebietes gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung an die Beigeladene nach deren Wahl zu übereignen oder den Besitz hieran zu verschaffen

- a. MS-Leitung UW [REDACTED] abgehend vom mittelspannungsseitigen Abgangsschaltfeld der Sammelschiene im Umspannwerk [REDACTED],
- b. MS-Leitung UW [REDACTED] abgehend von der Abgangssammelschiene im Umspannwerk [REDACTED],
- c. MS-Leitung UW [REDACTED] abgehend vom mittelspannungsseitigen Abgangsschaltfeld der Sammelschiene im Umspannwerk [REDACTED],
- d. MS-Leitung UW [REDACTED] abgehend vom mittelspannungsseitigen Abgangsschaltfeld der Sammelschiene im Umspannwerk [REDACTED],
- e. MS-Leitung UW [REDACTED]
- f. MS-Leitungen [REDACTED]
- g. MS-Leitung UW [REDACTED] abgehend vom mittelspannungsseitigen Abgangsschaltfeld der Sammelschiene im Umspannwerk [REDACTED].

Das [REDACTED] ist vom Besitzverschaffungs- bzw. Übereignungsanspruch nicht umfasst.

2. Abweichend vom Tenor zu 1 können die Betroffene und die Beigeladene einen von der Konzessionsgebietsgrenze verschiedenen Übergabepunkt vereinbaren, um die Netz-

trennung mit einfacheren Mitteln zu verwirklichen oder eine sinnvolle Netzstruktur zu bilden.

3. Die Betroffene hat zusammen mit der Beigeladenen unverzüglich ein Netzentflechtungskonzept zu erstellen, aus dem die genaue Aufteilung des gesamten zu überlassenden Verteilernetzes hervorgeht. Dabei sind für die Netzgrenzen geeignete Übergabepunkte und ihre technische Umsetzung zu bestimmen.
4. Die Betroffene hat der Beschlusskammer das Konzept bis zum 31.3.2012 zusammen mit einem Zeitplan für die weitere Umsetzung der Netzentflechtung vorzulegen. Die Netzanlagen hat die Betroffene der Beigeladenen bis zum 31.5.2012 zu übertragen oder Besitz hieran zu verschaffen.
5. Eine Entscheidung über die Kosten bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Das vorliegende Verwaltungsverfahren betrifft die Übertragung von Verteilungsanlagen im Gebiet der Stadtteile der Stadt [REDACTED] durch die Betroffene an die Beigeladene nach Maßgabe des § 46 Abs. 2 EnWG und die damit einhergehende Netzentflechtung.

Die Gemeinden schließen mit Energieversorgungsunternehmen Verträge über die Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Energieversorgungsleitungen (Konzessionsvertrag). Wechselt nach Ablauf eines Konzessionsvertrages der Konzessionsnehmer, sieht § 46 Abs. 2 EnWG den Übergang des örtlichen Versorgungsnetzes auf den neuen Konzessionsnehmer vor.

1. Die Betroffene betätigt sich als Energieversorgungsunternehmen in den Bereichen der örtlichen Versorgung. Unter anderem betreibt sie das Elektrizitätsverteilernetz im Gebiet der Stadtteile der Stadt [REDACTED]. Das Elektrizitätsverteilernetz im Bereich der Kernstadt [REDACTED] betreibt die Beigeladene.

Am [REDACTED] schloss die Betroffene mit der Stadt [REDACTED] einen Strom-Konzessionsvertrag, der am 31.12.2011 endete. Bereits im April 2009 schrieb die Stadt die Neuvergabe der Wegenutzungsrechte aus und wählte die Beigeladene als neuen Konzessionsvertragspartner. Aufgrund der Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung vom 05.11.2009 und vom 28.01.2010

schloss sie einen Konzessionsvertrag mit der Beigeladenen, dessen Laufzeit am 01.01.2012 beginnt.

Im März 2010 nahmen die Betroffene und die Beigeladene Verhandlungen über den Übergang des örtlichen Stromversorgungsnetzes (sogenannte Netzentflechtung) auf. Neben der Mitteilung der kalkulatorischen Restwerte und der Berechnung der angemessenen Vergütung war insbesondere der Umfang der zu übertragenden Verteilungsanlagen in der Mittelspannungsebene, die sowohl der regionalen als auch der überregionalen Versorgung dienen – sogenannte gemischt genutzte Leitungen („multifunktionale Leitungen“) - streitig. Einen Kompromissvorschlag vom 4.8.2010, in dem die Beigeladene der Betroffenen anbot, das Eigentum an den streitigen Anlagen zu übernehmen, die Betriebsführung aber bei der Betroffenen zu belassen, lehnte die Betroffene ab. Während sie die [REDACTED] bereitstellte, verweigert sie bis heute die Überlassung von gemischt genutzten Anlagen.

2. Die Betroffene ist nach ihrem Netzentflechtungskonzept bereit, der Beigeladenen die der örtlichen Versorgung dienenden Anlagen

- der Niederspannungs- (1-kV-) netze (Ortsnetze)
- der Ortsnetzstationen mit Ausnahme der MS- Durchgangsschalter

[REDACTED]
zu überlassen. Eine Überlassung auch überregionalen Zwecken dienender Anlagen lehnt sie ab.

Die Beigeladene beruft sich auf Ansprüche sowohl aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG als auch aus den abgetretenen Endschaftsrechten des Alt-Konzessionsvertrages zwischen der Betroffenen und der Stadt wonach die Stadt, falls diese nach Ablauf des Vertrages die örtliche Versorgung mit elektrischer Energie selbst übernehmen will, berechtigt und auf Verlangen der Betroffenen verpflichtet ist, von der Betroffenen die im Vertragsgebiet vorhandenen, für die örtliche Versorgung bei rationeller Betriebsführung notwendigen Anlagen zu übernehmen. Sie verlangt von der Betroffenen auch die Übertragung folgender gemischt genutzter Anlagen

- MS-Leitung UW [REDACTED]
- MS-Leitung UW [REDACTED]
- MS-Leitung UW [REDACTED]
[REDACTED]
- MS-Leitung UW [REDACTED]
- MS-Leitung UW [REDACTED]
- MS-Leitungen [REDACTED]
[REDACTED]
- MS-Leitung UW [REDACTED]

sowie die Überlassung

- [REDACTED].

Das [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

[REDACTED]. Die Mittelspannungsleitungen sind in das 20 kV- Netz der Betroffenen eingebunden. Sie verbinden Stadtteile und Gemeinden in der Region und speisen das Niederspannungsnetz. Sie versorgen im Konzessionsgebiet ausgehend vom Umspannwerk [REDACTED] die Stadtteile von [REDACTED] mit Strom ebenso wie einzelne unmittelbar angeschlossene Letztverbraucher. Zugleich dienen sie auch Zwecken außerhalb des Versorgungsgebietes. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

3. Da eine Einigung über die Netzentflechtung zwischen den Beteiligten nicht zustande kam, wandte sich die Beigeladene im Januar 2011 zur Unterstützung an die Bundesnetzagentur. Nachdem eine Einigung auch im durch die Beschlusskammer am 10.05.2011 durchgeführten Vermittlungsgespräch nicht erzielt werden konnte, stellte die Beigeladene mit Schreiben vom 23.05.2011 einen „Antrag“ auf Einleitung eines Besonderen Missbrauchsverfahrens. Unter Hinweis auf die fehlende Antragsbefugnis nach § 31 EnWG hat die Beschlusskammer das Begehren der Beigeladenen im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens abgelehnt, da § 46 EnWG außerhalb der Abschnitte 2 und 3 des Teiles 3 des EnWG geregelt ist. Vielmehr hat sie den Antrag als eine Anregung auf ein Tätigwerden von Amts wegen gewertet und ein Verfahren nach § 65 EnWG eingeleitet.

Auf ihren Antrag vom 11.07.2011 ist die Beigeladene mit Beschluss vom 27.07.2011 gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG an diesem Verfahren beteiligt worden.

4. Am 28.07.2011 hat die Beschlusskammer eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

Auch in Stellungnahme auf die mündliche Verhandlung bleibt die Betroffene im Wesentlichen bei ihrem bisherigen Vortrag. Sie rügt zunächst die fehlende sachliche Zuständigkeit der Bundesnetzagentur. Diese sei nicht befugt über den Umfang der nach § 46 Abs. 2 EnWG zu überlassenden Anlagen zu entscheiden. Vorrangig zuständig seien die Zivilgerichte. Da in Rechtsprechung und Literatur umstritten sei, ob § 46 Abs. 2 EnWG auch die Überlassung multifunktionaler Leitungen umfasse, fehle es der Norm an hinreichender Bestimmtheit. Der Behörde sei es deshalb (Art. 20 Abs. 3 GG) verwehrt, diese Frage zu entscheiden. Zudem sei der zwischen der Stadt und der Beigeladenen geschlossene Konzessionsvertrag nichtig.

Der gesetzliche Überlassungsanspruch bestehe nur für Anlagen, die keinen überregionalen Versorgungscharakter haben. § 46 Abs. 2 EnWG sei als Ausnahmevorschrift eng auszulegen. Der Überlassungsanspruch wolle den „Wettbewerb um Netze“ gewährleisten. Dies gelte nur für Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet, nicht aber für Regionalnetze oder Übertragungsnetze. Diese enge Auslegung sei auch durch den Bedeutungsverlust der Norm geboten. Der Wettbewerb um Netze habe seine Bedeutung und innere Rechtfertigung dadurch verloren, dass seit 2005 der Netzzugang umfassend reguliert und so der Wettbewerb bereits *im* Netz gewährleistet sei. Zwar ordne § 46 Abs. 2 EnWG weiter den Wettbewerb um Netze an. Dies sei aber historisch bedingt und im Wesentlichen überholt.

Der Normwortlaut verlange nur die Übertragung der zur Versorgung „im Gemeindegebiet“ notwendigen Anlagen. Mit dem OLG Frankfurt (Urt. V. 11. Februar 1979, Az. 11 U (Kart) 38/96) sei anzunehmen, dass dies nur die „ausschließlich der Versorgung der Letztverbraucher im Gemeindegebiet dienenden“ Anlagen umfasse, nicht aber solche Betriebsmittel, die ganz oder teilweise auf fremden oder mehreren Gemeindegebieten angesiedelt seien und nur dem überörtlichen Netz zugeordnet werden könnten. Deren Überlassung sei auch nicht „notwendig“, da sich die Beigeladene auf die Gewährung diskriminierungsfreien Netzzugangs (Durchleitung) berufen könne.

Außerdem beschränke § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG die zu überlassenden Anlagen auf solche, die der „unmittelbaren“ Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen, womit nach § 18 Abs. 1 EnWG nur Anlagen der Niederspannung gemeint seien. Dies werde darin bestätigt, dass historisch nur ausschließlich und unmittelbar der Letztverbraucherversorgung dienende Anlagen vom Kartellverbot nach §§ 103, 103a GWB freigestellt waren. Das Ziel des § 46 Abs. 2 EnWG, Ewigkeitsrechte an bestimmten Leitungen auszuschließen, bedeute nicht, dass nicht Ewigkeitsrechte an anderen, von § 46 Abs. 2 EnWG ausgenommenen Leitungen bestehen könnten.

Eine Überlassungspflicht ergebe sich ferner nicht aus der EG- Binnenmarktrichtlinie und verstoße gegen Art. 14 GG und das Übermaßverbot.

Schließlich widerspreche die Überlassung multifunktionaler Leitungen den Erfordernissen einer „ganzheitlichen Betriebsführung“ der überörtlichen Stromverteilungsanlagen und damit den Zielsetzungen einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit (§ 1 EnWG), dem Betrieb eines sicheren, zuverlässigen und leistungsfähigen Energieversorgungsnetzes (§ 11 Abs. 1 EnWG) sowie dem im Distribution Code bestimmten störungsfreien Betrieb und der Beherrschung möglicher Störfälle (§ 14 EnWG).

Ein den Zielen des EnWG und weiterer Gesetze, z.B. des EEG, entsprechendes einheitliches Betriebsführungskonzept könne nur gewährleistet werden, wenn Mittelspannungsanlagen mit überörtlichem Bezug in einem regionalen Verbundnetz, unabhängig von kommunalen Grenzen, zusammen gehalten werden. Folge einer Trennung der Betriebsverantwortung für die Mittelspannungsnetze mit überörtlichem Charakter wären dagegen eine reduzierte Versorgungszuverlässigkeit, die Gefährdung des Ausbaus regenerativer Energien und die Systemverantwortung könne nicht gewährleistet werden. Bisherige Synergien gingen zu Lasten der Endkunden verloren.

Im Einzelnen führt die Betroffene zur Begründung aus, dass es aufgrund des überregionalen Aufbaus der Mittelspannung kein autarkes und vollfunktionsfähiges Mittelspannungsnetz innerhalb einer Kommune gebe. Nur durch den Aufbau der Mittelspannung in vermaschter Betriebsweise und der in einheitlicher Betriebsweise geführten vermaschten Netzstruktur könnten das bestehende hohe Niveau der Versorgungszuverlässigkeit und –sicherheit sowie Netzqualität und Netzkapazität gewährleistet werden. Da die vermaschte Betriebsweise hohe technische Anforderungen an die Netzautomatisierung stelle, erfordere sie eine einheitliche Betriebsführung mit unmittelbarem Zugriff auf alle Betriebsmittel und einheitlichem Automatisierungskonzept im gesamten Umspannwerkbereich. Erst hierdurch würden Reservehaltung und die Vorhaltung eines Redundanzkonzeptes sowie ein effektives Handeln im Störfall und zur Krisenprävention möglich, da nur so die notwendigen Schaltungen im Netz nach einheitlichen technischen Regeln durchgeführt werden könnten. Voraussetzung hierzu sei eine einheitliche und klar abgegrenzte Systemverantwortung.

Jede Herauslösung eingebundener Mittelspannungsleitungen erfordere eine völlige Neustrukturierung und sei mit erheblichen Kosten und dem Aufbau von Redundanzen in der Infrastruktur verbunden. Der getrennte Ausbau überörtlicher Mittelspannungsnetze führe zu ineffizientem Netzbetrieb und einer höheren Kostenbelastung für Netzkunden, was die Effizienzziele des EnWG und der Anreizregulierung konterkarriere.

Die für den unverzüglichen und vorrangigen Anschluss von EEG-Anlagen erforderlichen Netzkapazitäten könnten nur durch die erhöhte Leistungsfähigkeit des Netzes aufgrund der in einheitlicher Betriebsweise geführten vermaschten Netzstruktur sichergestellt werden. Die vermaschte Betriebsweise ermögliche eine Erhöhung der Kapazität zur Aufnahme von durchschnittlich 36% mehr Erzeugungsleistung als bei Mittelspannungsstrahlennetzen.

Auch weitere gesetzlich angestoßene Entwicklungen wie das „smart grid“ setzten sinnvollerweise eine einheitliche Betriebsführung voraus. Das Einspeisemanagement nach § 11 EnWG könne in einer galvanischen Einheit „Mittelspannungsnetz“ technisch und betrieblich bedingt nur von einer verantwortlichen Stelle ausgeführt werden. Netzausbau und –planung seien angesichts

der Zunahme dezentraler Einspeisung und Einführung intelligenter Netze („smart Grid“) zwingend gesamtheitlich durchzuführen.

Die Betroffene erklärt weiter, dass der von der Beigeladenen mit Schreiben vom 04.08.2010 vorgeschlagene Kompromiss insoweit nicht zur Lösung beitrage. Die Trennung von Eigentum und Betriebsführung würde die Erreichung der Ziele des EnWG nicht ausreichend sicherstellen und die Sicherheit der Versorgung würde durch den Verlust der klaren Systemverantwortung gefährdet. Es fehle bereits an einer klar definierten technischen Schnittstelle im Sinne einer Übergabe mit einer Energieflussrichtung. In sonstigen Betriebsführungskonstellationen, in denen die Betroffene das überörtliche Mittelspannungsnetz als Eigentümer betreibt, fände eine Netzführung in Zusammenarbeit mit Stadtwerken nur in betrieblich autarken Mittelspannungs-Stadtwerknetzen mit selektiver Übergabe über Leistungsschalter aus Umspannwerken oder Schaltstationen statt. Dabei bewirken auf ein Minimum begrenzte Mittelspannungs- Schnittstellen mit nur einer Energieflussrichtung eine klare Begrenzung der betrieblichen Verantwortungsbereiche. Die Teilung der Betriebsverantwortung auf Basis der Konzessionsgebietsgrenzen ließe hingegen eine große Zahl von Mittelspannungs- Schnittstellen mitten auf überörtlichen Leitungen entstehen, deren Energieflussrichtung vom jeweiligen Schaltzustand abhängen. Mangels selektiver Übergabestellen würden die Verantwortungsbereiche verwischt und seien betrieblich nicht beherrschbar. Die erforderlichen Absprachen und der zusätzliche Koordinierungsaufwand machten eine effektive und effiziente Störungsabwicklung und zuverlässige Versorgung unmöglich. [REDACTED]

5. Dem tritt die Beigeladene im Wesentlichen wie folgt entgegen.

Nach ihrer Ansicht umfasst der Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG auch gemischt genutzte Anlagen. Sämtliche von ihr beanspruchte Anlagen lägen im Konzessionsgebiet und seien für den Verteilnetzbetrieb „notwendig“ im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG. Die Mittelspannungsleitungen dienten überwiegend der örtlichen Versorgung, wie eine von ihr beauftragte Beurteilung der Leitungsfunktion zeige. Für [REDACTED] sieht sie ihre Ansicht durch eine Entscheidung des LG Hannover (Urt. v. 24.06.2010, Az. 18 O 260/08) bestätigt. Demzufolge stehe die Tatsache, dass [REDACTED], der Zuordnung zum Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in der Gemeinde nicht entgegen. Unter dem vom EnWG nicht anerkannten Begriff „Regionalnetze“ und dem vorgelieblichen Ziel der „ganzheitlichen Betriebsführung“ wolle die Betroffene gemischt genutzte Leitungen dem Wettbewerb entziehen. Im Ergebnis führe die Argumentation der Betroffenen dazu, „Ewigkeitsrechte“ an dem bislang von ihr konzessionierten Verteilnetzen zu sichern.

Die Beigeladene erklärt, die Betroffene betreibe das Mittelspannungsnetz als offene Ringe mit vereinzelt Stichen. Die vermaschte Betriebsweise sei allenfalls Zukunftsplanung und könne auch auf die durch den Netzübergang veränderte Situation angepasst werden. Infolge der Übertragung würden die Leitungen nicht an der Konzessionsgebietsgrenze abgeschnitten. Nach ihrem Netzentflechtungskonzept seien für die Netztrennung Eigentumsgrenzen nahe der Konzessionsgebietsgrenzen an geeigneter Stelle mit jeweils einer Messung und Lasttrennschalter für die eindeutige Zuordnung der Betriebsgrenzen vorgesehen. Die Anlagen würden zwar der Netzplanung durch die Betroffene entzogen, verlören aber nicht ihre Funktion für die überregionale Versorgungssicherheit. Seit 1929 betreibe sie das mit dem der Betroffenen galvanisch verbundene Mittelspannungsnetz in der Kernstadt [REDACTED], ohne dass es dadurch zu relevanten Störungen oder Abstimmungsproblemen gekommen sei, oder die Versorgungssicherheit Schaden genommen habe. Schließlich entspreche die einheitliche Mittelspannungsnetzplanung und Betriebsführung aller Mittelspannungsleitungen in einer Region bereits heute nicht der Realität.

6. Die Bundesnetzagentur hat die zuständige Landesregulierungsbehörde am 16.06.2011 gemäß § 55 Abs. 1 Satz 2 EnWG über die Verfahrenseinleitung informiert. Der Beschlussentwurf wurde der Landesregulierungsbehörde mit Schreiben vom 19.12.2011 in Erklärung der Absicht, das Verfahren abzuschließen, übersandt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Die Verfügung beruht auf § 65 Abs. 2 EnWG in Verbindung mit § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG.

1. Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde für die vorliegende auf § 65 Abs. 2 EnWG beruhende Entscheidung folgt aus § 54 Abs. 1 Hs. 1. Die Beschlusskammer ist zur Entscheidung gemäß § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG ermächtigt.

1.1. Die Ausführungen der Betroffenen, die hier eine alleinige Zuständigkeit der Zivilgerichte und allenfalls des Bundeskartellamtes annimmt, gehen fehl. Zwar fällt es grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde über das Bestehen oder Nichtbestehen zivilrechtlicher Ansprüche zu entscheiden. § 46 Abs. 2 EnWG verschafft jedoch einen gesetzlichen Anspruch (s. BGH Urt. v. 29.09.2009, Az. EnZR 14/08 sowie EnZR 15/08) auf Überlassung von Verteilungsanlagen beim Wechsel des Konzessionsnehmers, dessen Durchsetzung sowohl dem Grunde nach als auch über den materiell-rechtlichen Umfang durch die Bundesnetzagentur nach den Regelungen des EnWG zu überprüfen ist. Die Behauptung der Betroffenen einer möglichen Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrages vermag hieran vorliegend nichts zu ändern. Der schlichte Vortrag, der Wechsel des Konzessionsnehmers füge sich nicht in das wirtschaftli-

che Konzept der Betroffenen ein, vermag nicht einmal den Anschein einer Nichtigkeit zu begründen. Sofern die Rechtmäßigkeit der Konzessionsvergabe im anhängigen Verfahren bezweifelt wird, so hat es die Betroffene bisher offensichtlich versäumt, diesen Einwand bei den zuständigen Kartellbehörden geltend zu machen.

§ 46 Abs. 2 EnWG verschafft einen gesetzlichen Anspruch (s. BGH Urt. v. 29.09.2009, Az. EnZR 14/08 sowie EnZR 15/08) auf Überlassung von Verteilungsanlagen beim Wechsel des Konzessionsnehmers, dessen Durchsetzung sowohl dem Grunde nach als auch über den materiell-rechtlichen Umfang durch die Bundesnetzagentur überprüft werden kann. Dass der gesetzliche Überlassungsanspruch nicht in den EG- Binnenmarkttrichtlinien vorgesehen ist, bedeutet dabei nicht, dass der nationale Gesetzgeber ihn nicht regeln durfte. Die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde zur Aufsicht reicht soweit wie der gesetzlich geregelte Anspruch, der hier die Überlassung der zum Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen anordnet. Dafür ist auch unabdingbar, über den Umfang der zu überlassenden Verteilungsanlagen entscheiden zu können.

1.2. Auch die Tatsache, dass ein Altkonzessionsvertrag existiert, dessen Auslegung von den Zivilgerichten zu überprüfen wäre, führt nicht zu einer Unzuständigkeit der Bundesnetzagentur. Die Aufsichtsbefugnis der Regulierungsbehörde wird durch eine gleichzeitige Zuständigkeit der Zivilgerichte nicht ausgeschlossen.

Wie der BGH bereits in seinen oben genannten Entscheidungen (Urt. v. 29.09.2009, Az. EnZR 14/08 sowie EnZR 15/08) festgestellt hat, besteht ein etwaiger konzessionsvertraglicher Herausgabeanspruch unabhängig neben dem gesetzlichen Anspruch aus § 46 Abs. 2 EnWG. Für die Prüfung des gesetzlichen Anspruchs durch die Bundesnetzagentur ist dabei nicht maßgeblich, dass überhaupt ein vertraglicher Anspruch aus der Endschaftsbestimmung des Altkonzessionsvertrags besteht. Weiterhin lässt sich ein Vorrang des Zivilrechtsweges weder durch die Tatsache begründen, dass die Beigeladene sich neben dem Anspruch aus § 46 Abs. 2 EnWG zugleich auf abgetretene vertragliche Ansprüche aus dem Altkonzessionsvertrag beruft, noch durch die (zusätzliche) Möglichkeit der zivilgerichtlichen Durchsetzung konzessionsrechtlicher Ansprüche.

1.3. Der Betroffenen wurde im Verfahren der Regulierungsbehörde auch in nicht zu beanstandender Art und Weise Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 67 Abs. 1 EnWG gegeben und somit ihr Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt. Die Betroffene wurde in der mündlichen Verhandlung vom 28.07.2011 sowie schriftlich angehört und erhielt damit hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme.

2. Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht greifen die Argumente der Betroffenen vorliegend nicht durch.

Durch die nicht erfolgte Überlassung von Verteilnetzanlagen der Betroffenen an die Beigeladene verstößt die Betroffene gegen die gesetzlichen Vorgaben zur Überlassung der für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen im Sinne der Regelung des § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG und kommt somit ihren gesetzlichen Verpflichtungen nicht nach.

Die Betroffene hat die streitigen Mittelspannungsleitungen im Gemeindegebiet [REDACTED] der Beigeladenen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen oder auf deren Verlangen den Besitz hieran zu verschaffen. Der gesetzliche Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG umfasst unabhängig von ihrer Spannungsstufe und sonstiger Zweckbindung grundsätzlich sämtliche Anlagen des Verteilernetzes im Konzessionsgebiet, die der neue Konzessionsnehmer als örtlicher Netzbetreiber zur Kundenversorgung benötigt.

2.1. Gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG 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. Statt der Übereignung kann das neue Energieversorgungsunternehmen verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird, § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG. Insoweit hat der Gesetzgeber mit Neufassung des EnWG zum 5.8.2011 die Rechtsposition des neuen Konzessionsnehmers im Gegensatz zur alten Rechtslage deutlich gestärkt und den zur alten Rechtslage herrschenden Streit um das Verständnis der „Überlassungspflicht“ durch diese Klarstellung beendet. Der neue Konzessionsnehmer hat nunmehr die Wahl, nicht nur Besitzverschaffung sondern auch Eigentumsübertragung zu verlangen. Obwohl das Verfahren gegen die Betroffene bereits am 15.06.2011 eingeleitet wurde, ist diese Rechtsänderung für die Entscheidung beachtlich, da für die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Entscheidung grundsätzlich auf die Rechtslage zum Zeitpunkt ihres Erlass abzustellen ist (vgl. BGH Beschl. v. 28.06.2011, Az. EnVR 48/10).

2.2. Die Betroffene ist bislang Konzessionsnehmerin gegenüber der Stadt [REDACTED] und damit die bisher Berechtigte der Wegenutzung im Gemeindegebiet [REDACTED] i.S.v. § 46 Abs. 2 EnWG. Ihre Stellung als Nutzungsberechtigte löst die Beigeladene als neues Energieversorgungsunternehmen ab. Das Wegenutzungsrecht wurde der Beigeladenen mit Beschlüssen vom 05.11.2009 und 28.01.2010 durch die Gemeinde übertragen. Damit tritt die Beigeladene in die Rechte der Betroffenen als neue Konzessionsnehmerin ein. Folge dieses Wechsels des Konzessionsnehmers ist, dass mit dem Recht der Wegenutzung auch der Betrieb des Netzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet auf die Beigeladene übergeht. Um mit dem Wechsel des Konzessionsnehmers auch den Wechsel des örtlichen Netzbetreibers zu gewährleisten, verpflichtet § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG den alten Konzessionsnehmer, seine zum Be-

trieb der Netze der allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen zu übertragen.

2.3. Zu den zu übertragenden, zum Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen zählen auch die streitigen Mittelspannungsleitungen.

2.3.1. Neben den hier unstreitigen Niederspannungsleitungen sind auch Mittelspannungsleitungen dem Grunde nach vom Anspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG umfasst.

Bereits aus der Formulierung des Anspruchs in § 46 Abs. 2 Satz 2, der allgemein von einer Übereignung der „im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen“ spricht, lässt sich eine Beschränkung auf Niederspannungsleitungen nicht entnehmen. Zwar ist der Begriff der Verteilungsanlage gesetzlich nicht definiert, erschließt sich aber aus dem Wortlaut als eine Einrichtung zur Verteilung von Energie. Verteilung ist in § 3 Nr. 37 Hs. 1 EnWG bestimmt als der Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niederer Spannung über Elektrizitätsverteilernetze, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen, nicht jedoch die Belieferung der Kunden selbst. In Abgrenzung dazu stehen die Anlagen des Übertragungsnetzes, welche die Energie über ein Höchstspannungs- oder Hochspannungsverbundnetz einschließlich grenzüberschreitender Verbindungsleitungen zum Zweck der Belieferung von Letztverbrauchern oder Verteilern transportieren, vgl. § 3 Nr. 32 EnWG. Im Ergebnis kommen danach sämtliche Vorrichtungen des Verteilernetzes zur Überlassung als Verteilungsanlage nach § 46 Abs. 2 EnWG in Betracht, unabhängig davon, welcher Spannungsebene sie zuzurechnen sind.

Dem entsprechen die streitigen Mittelspannungsleitungen, da sie als technische Einrichtungen des Verteilernetzes dem Energietransport zur Versorgung von unmittelbar angeschlossenen Letztverbrauchern im Konzessionsgebiet sowie zahlreicher an die Mittelspannung angeschlossener Niederspannungsnetze dienen. Schließlich betreibt die Betroffene die Anlagen als Verteiler- und nicht als Übertragungsnetz.

2.3.2. Die Mittelspannungsleitungen sind weiterhin auch für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendig.

Nach der Definition aus § 3 Nr. 17 EnWG sind „Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung“ solche, die der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen. Ausgeschlossen werden damit Anlagen, die nicht dem für jeden Letztverbraucher zugänglichen Verteilernetz zugehören, wie beispielsweise geschlossene Verteilernetze. „Notwendig“ zum Betrieb der jedermann zugänglichen Netze im Ge-

meindegebiet ist eine Verteilungsanlage, wenn sie für die Gewährleistung der Versorgung im Gemeindegebiet erforderlich ist, also zumindest dann, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Versorgung im Gemeindegebiet und damit die Versorgung bestimmter Letztverbraucher ausgeschlossen würde. Im Zweifel trifft dies für sämtliche Anlagen des Verteilernetzes zu, jedenfalls aber für die Mittelspannungsleitungen. Unstreitig werden diese Anlagen zur unmittelbaren und mittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern über das öffentliche Netz genutzt. Sie könnten nicht weggedacht werden, ohne dass die Versorgung im Gemeindegebiet zumindest teilweise entfiel.

2.3.3. Soweit die Betroffene davon ausgeht, dass schon dann eine Mittelspannungsleitung schon nicht mehr vom Anspruch des § 46 EnWG umfasst ist, wenn diese auch zur Durchleitung dient, so kann dies nicht überzeugen. Wäre diese Annahme richtig, müsste ausgehend vom Übertragungsnetz eine Infrastruktur bis hin zum Letztverbraucher im Eigentum eines einheitlichen Konzessionärs stehen. Dies würde eine Neuvergabe von Konzessionsgebieten weitgehend leerlaufen lassen und verkennt den in § 20 EnWG verankerten Netzzugangsanspruch, der die Frage der Netznutzung gerade von der Frage der Konzessionsinhaberschaft losgelöst hat.

2.3.4. Eine Einschränkung erfährt der Überlassungsanspruch durch das Kriterium der Versorgung des Gemeindegebietes. Der örtliche Bezug (siehe hierzu auch die Definition des „örtlichen Verteilernetzes“ in § 3 Nr. 29b EnWG) lässt zum einen den Schluss zu, dass grundsätzlich nur die räumlich im Konzessionsgebiet der Gemeinde belegenen Verteilungsanlagen zu überlassen sind. Zum anderen ist eine Anlage nur dann zu überlassen, wenn der neue Konzessionsnehmer sie gerade *für die örtliche Versorgung im Konzessionsgebiet* benötigt.

Maßgeblich ist hierfür, dass der neue Konzessionsnehmer die Anlage zur Kundenversorgung über ein zusammenhängendes, sicheres und zuverlässiges Verteilernetz im Konzessionsgebiet benötigt. Er muss eigenständig über die zur lokalen Versorgung erforderlichen Anlagen verfügen können. Dem wird eine Überlassung einzelner Netzfragmente ebenso wenig gerecht wie die Vorenthaltung zentraler Betriebsmittel. Vielmehr werden regelmäßig sämtliche Anlagen der Niederspannung und Mittelspannung im Konzessionsgebiet zur örtlichen Kundenversorgung genutzt. Sie bilden das Verteilernetz, welches der örtliche Netzbetreiber benötigt, um die örtliche Versorgung zu gewährleisten. Anlagen mit rein überörtlichem Charakter, wie beispielsweise reine Transitleitungen, die das Konzessionsgebiet lediglich queren und nicht in die örtliche Versorgung eingebunden sind, sind hingegen grundsätzlich von der Überlassungspflicht ausgenommen. Auch Anlagen der Hochspannungsebene werden in der Regel nicht für die örtliche Kundenversorgung benötigt. Die Hochspannungsebene dient meistens nur der Zuleitung des Stroms und ermöglicht lediglich mittelbar die örtliche Versorgung.

Neben dem Wortlaut, der die Überlassung der zum Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung „im Gemeindegebiet“ notwendigen Verteilungsanlagen fordert, ist dieser eingrenzende örtliche Bezug dem Ziel ebenso wie dem Sinn und Zweck der Norm zu entnehmen. § 46 Abs. 2 EnWG soll einen Konzessionsnehmerwechsel und Wechsel des örtlichen Netzbetreibers herbeiführen. Ziel der Regelung ist es, Wettbewerb um die örtlichen Verteilernetze zu schaffen (vgl. BT Drs. 13/ 7274 S. 20, zu § 8). Dies impliziert, dass ausschließlich überörtliche Strukturen nicht berührt werden sollen. Schließlich bedeutet die Überlassungspflicht einen Eingriff in die Eigentumsrechte des abgebenden Netzbetreibers, dessen Grenze im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Sind Anlagen nicht bedeutsam im Wettbewerb um lokale Verteilernetze und werden für die örtliche Versorgung nicht benötigt, verliert der Eingriff seine Berechtigung.

2.3.5. Diesem Verständnis folgend ist [REDACTED] im Gegensatz zu den streitigen Mittelspannungsleitungen nicht an den neuen Konzessionsnehmer zu übertragen. [REDACTED]

2.3.6. Anderes gilt für die hier streitigen Leitungen der Mittelspannung. Zum einen werden über die Leitungen auch unmittelbar Letztverbraucher im Gemeindegebiet versorgt. Zum anderen ist ihre Überlassung zum Betrieb eines zusammenhängenden Netzes zur Kundenversorgung im Konzessionsgebiet notwendig. Die Leitungen werden als zentrales Bindeglied für die örtliche Versorgung im Gemeindegebiet genutzt. Aus den vorliegenden Netzplänen ist ersichtlich, dass die fraglichen Mittelspannungsleitungen zahlreiche kleinere Wohngebiete versorgen. Sie führen das örtliche Verteilernetz zu einer einheitlichen örtlichen Netzstruktur im Konzessionsgebiet der Gemeinde [REDACTED] zusammen, indem sie die zahlreichen isolierten Niederspannungsnetze im Gemeindegebiet verbinden. Ohne die Leitungen könnte die Beigeladene lediglich über einen Flickenteppich nicht zusammenhängender Niederspannungsnetze und einzelner Leitungen der Mittelspannung verfügen. Erst durch die Mittelspannungsleitungen wird die lokale Netzstruktur zusammengeführt und entsteht ein zusammenhängendes Versorgungsgebiet. Zudem werden durch die Überlassung der Leitungen die Übergabestellen zum vorgelagerten Netzbetreiber re-

duziert. Ihre Vorenthaltung würde unzählige Schnittstellen zum vorgelagerten Netz entstehen lassen, deren hohe Zahl als Indiz für die Einbindung der Leitungen ins lokale Netz zu sehen ist.

3. Der Pflicht zur Übertragung der Mittelspannungsleitungen steht weiterhin nicht die Tatsache entgegen, dass es sich dabei um sogenannte gemischt genutzte Leitungen („multifunktionale Leitungen“) handelt, die neben der Versorgung von Letztverbrauchern im Konzessionsgebiet noch weiteren Zwecken dienen, wie hier insbesondere dem Transport von Energie in anliegende Gemeindegebiete. Die fraglichen Leitungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht ausschließlich in den Grenzen des Konzessionsgebietes liegen, sondern die Gemeindegebietsgrenzen überschreiten. Dennoch handelt es sich unstreitig nicht um reine Transitleitungen. Sie versorgen vielmehr sowohl unmittelbar angeschlossene Letztverbraucher und Niederspannungsnetze im Gemeindegebiet als auch außerhalb der Gemeinde liegende Versorgungsstrukturen.

3.1. Die Betroffene folgt der irrigen Annahme, eine enge Normauslegung, wonach überregionalen Zwecken dienende Anlagen von der Überlassung ausgenommen seien, sei aus einem Bedeutungsverlust der Norm herzuleiten. Zuzugeben ist, dass sich infolge der Regulierung des Netzzugangs ein Wettbewerb im Netz etabliert. Hieraus vermag die Beschlusskammer aber nicht den Schluss zu ziehen, dass ein Wettbewerb um das Netz selber keine Rechtfertigung mehr habe. Der Gesetzgeber hat die Rechte des neuen Konzessionsnehmers und damit die Bedeutung des Konzessionsnehmerwechsels anlässlich der EnWG-Novelle zum 5.8.2011 sogar noch gestärkt, indem er den Überlassungsanspruch als einen Anspruch auf Eigentumsübertragung bestimmt hat. Es handelt sich schließlich um zwei völlig verschiedene, voneinander unbedingte Instrumente, die der Gesetzgeber zur Liberalisierung einsetzt.

3.2. Die Betroffene folgt weiter der Auffassung, dass multifunktionale Leitungen von der Überlassung ausgenommen seien, da sich die Überlassungspflicht nur auf die unmittelbar und ausschließlich zur Letztverbraucherversorgung notwendigen Anlagen beschränke.

3.2.1. Sofern die Betroffene rügt, die streitbefangenen gemischt genutzten Leitungen seien schon deshalb nicht zu übereignen, weil sie zur Versorgung der Letztverbraucher nicht unmittelbar benötigt würden, vermag dies die Kammer nicht zu überzeugen. Die Frage, ob gemischt genutzte Leitungen vorrangig im Eigentum der Neukonzessionärin oder der Betroffenen zu stehen haben, ist keine Frage der Unmittelbarkeit der Nutzung der Leitung, sondern der Ausschließlichkeit. Die Betroffene kann nicht geltend machen, die Leitungen seien für die Versorgung des Gemeindegebiets durch die Beigeladene nur mittelbar erforderlich, vielmehr rügt sie, dass auch sie selbst auf eine Nutzung dieser Leitung angewiesen sei, stellt somit die implizite These auf, nur ausschließlich von der Neukonzessionärin genutzten Leitungen dürften auch in ihr Eigentum übergehen. Hierfür bietet die Regelung des § 46 Abs.2 jedoch keinerlei Anhaltspunkt.

Selbst wenn man mit der Betroffenen unterstellte, dass diese Frage in dem Merkmal der „Unmittelbarkeit“ ihren Niederschlag gefunden haben sollte, spricht hier bereits der Wortlaut des § 46 gegen ein Hindernis für die Übereignung. Das Merkmal der Unmittelbarkeit findet sich nur in § 46 Abs. 1 EnWG, nicht hingegen in Absatz 2 der Norm. Es ist auch nicht zwingend auf Abs. 2 zu übertragen, denn Absatz 2 hat einen eigenständigen, von Absatz 1 verschiedenen Regelungsgehalt. Absatz 1 regelt das Wegenutzungsrecht allgemein, also die Pflicht der Gemeinde, ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von – einzelnen - Energieversorgungsleitungen zu Verfügung zu stellen. Hingegen bezieht sich Absatz 2 auf sogenannte qualifizierte Wegenutzungsverträge, also Verträge zwischen Energieversorgungsunternehmen und der Gemeinde über die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören und deren Nichtverlängerung die Überlassung der „Netze“ zur Folge hat. Der Anwendungsbereich des Absatzes 2 bezieht sich also auf das gesamte örtliche Verteilernetz und nicht nur auf einzelne Leitungen. Diese Systematik geht auch aus der Gesetzesbegründung (BT- Drs. 13/7274, S.21) hervor, in der es zu Absatz 2 heißt, dass die Pflicht zur Überlassung des Netzes doppelten Leitungsbau vermeiden soll. Die Regelung in Absatz 1 soll den Bau einzelner Parallelleitungen dagegen gerade ermöglichen. Praktisch macht es auch keinen Sinn, die zu überlassenden Leitungen danach zu bestimmen, ob sie unmittelbar zur Letztverbraucherversorgung genutzt werden. Für die Zugehörigkeit einer Leitung zum örtlichen Versorgungsnetz ist nicht erforderlich, dass an die Leitung bereits ein Letztverbraucher angeschlossen ist. Es genügt vielmehr, dass an die Leitung potentiell ein Letztverbraucher angeschlossen werden kann. Ansonsten könnte sich die Überlassungspflicht hinsichtlich einer Leitung durch den Neuanschluss oder die Beendigung eines Netzanschlussverhältnisses jederzeit ändern, was zu willkürlichen Ergebnissen führen würde.

Entscheidend für die Überlassung ist danach nicht die Funktion der Anlage im Sinne einer ausschließlichen oder gemischten Nutzung zur Letztverbraucherversorgung, sondern allein die Frage, ob die Anlage als Teil des zusammenhängenden örtlichen Verteilernetzes im Konzessionsgebiet zumindest auch für die örtliche Versorgung benötigt wird. Der Gesetzgeber hat die zu überlassenden Netzanlagen gerade nicht als solche bestimmt, die ausschließlich und unmittelbar der Letztverbraucherversorgung dienen, wie es häufig in konzessionsvertraglichen Endchaftsklauseln vertraglich vereinbart wird und nach Auffassung der Betroffenen auch für den gesetzlichen Überlassungsanspruch gelten soll. Hätte der Gesetzgeber den Überlassungsanspruch derart eng fassen wollen, hätte er dies in Kenntnis der gebräuchlichen konzessionsvertraglichen Klauseln regeln können.

3.2.2. Damit vermag die Beschlusskammer auch der historischen Auslegung der Betroffenen nicht zu folgen. Zur Ausnahme multifunktionaler Leitungen von der Überlassungspflicht beruft sich die Betroffene, einer Entscheidung des OLG Frankfurt aus dem Jahr 1997 (OLG Frankfurt, Ur. v. 11.02.1997, ZNER 1998) folgend, auf die Reichweite der Freistellung der Konzessions-

verträge insbesondere vom Kartellverbot (§ 1 GWB) in § 103 Abs. 1 Nr.2 GWB a.F.. Nach § 103 GWB a.F. seien nur die der unmittelbaren Versorgung dienenden Anlagen von dem zur Versorgung eingeräumten Recht zur ausschließlichen Wegenutzung erfasst worden, hingegen nicht die mittelbaren Leitungen. Selbst wenn die Ausnahme vom Kartellverbot für die mittelbare Versorgung ohne Abgabe von Energie an Kunden keine Anwendung gefunden haben, bedeutete die Aufgabe der kartellrechtlichen Freistellung nicht den Umkehrschluss, dass die im EnWG eingeführte Überlassungspflicht nur ausschließlich genutzte und ggf. nach altem Rechtsregime freigestellten Leitungen umfasst. Mit Einführung des neuen Wegenutzungsrechts hat eine grundlegende Abkehr von der kartellrechtlichen Ausnahme der Wegenutzung stattgefunden. Der Gesetzgeber war frei in der Wahl der Mittel, die er zur Erlangung der mit § 46 Abs. 2 EnWG verfolgten Zielsetzung für erforderlich hielt ebenso wie in der Bestimmung des erforderlichen Umfangs einer Netzüberlassungspflicht. Ein notwendiger und insoweit begrenzender Zusammenhang zwischen der alten GWB-Regelung und der Regelung im EnWG ist nicht erkennbar.

Vielmehr lässt die Gesetzeshistorie darauf schließen, dass einschließlich der multifunktionalen alle im Gemeindegebiet liegenden Verteilungsanlagen, die der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen, überlassen werden müssen. Ursprünglich galt die Pflicht zur Überlassung für die zur „allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen“. Die Bestimmung der zu überlassenden Anlagen konnte entsprechend dem Energievertrieb erfolgen, da zu diesem Zeitpunkt Netzbetrieb und Vertrieb noch in einer Hand des Energieversorgers lagen. Dem ursprünglichen Wortlaut folgend sollte bei Wechsel des Konzessionnehmers die gesamte örtliche Versorgung, das heißt Netzbetrieb und Vertrieb, in die Hand des neu konzessionierten Unternehmens wechseln. Eine Begrenzung auf Anlagen, die ausschließlich der Versorgung eines Letztverbrauchers dienen, war nicht vorgesehen. Lediglich infolge der Einführung der Entflechtung wurde der Wortlaut der Regelung im EnWG 2005 dahingehend angepasst, dass „die für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen“ zu überlassen sind. Dabei ist nicht ersichtlich, dass der Umfang des Überlassungsanspruches hinsichtlich der zu übergebenden Netzanlagen geschmälert werden sollte.

3.2.3. Eine Ausnahme multifunktionaler Leitungen würde ferner dem Sinn und Zweck der Regelung widersprechen. Die Regelung beabsichtigt, mit dem Wettbewerb um Wegenutzungsrechte einen Wettbewerb um das örtliche Versorgungsnetz zu schaffen. Der Überlassungsanspruch ist Mittel zur Umsetzung des Wettbewerbs, indem er einen Wechsel des örtlichen Netzbetreibers herbeiführt.

Wäre die Überlassungspflicht nur auf „ausschließlich und unmittelbar“ der Letztverbraucherversorgung dienende Leitungen begrenzt, hätte dies zur Folge, dass gegebenenfalls nur ein Teil des Verteilernetzes auf den neuen Konzessionär übergehen würde. Dies könnte zu einer Entwicklung von Parallelstrukturen führen, was laut der Gesetzesbegründung gerade vermieden

werden soll (vgl. BT- Drs. 13/7274, S.21). Zum einen wäre der neue Konzessionsnehmer gezwungen, parallele Anlagen zu errichten, um selbst einen unmittelbaren Zugriff über eine vollständige Versorgungsstruktur im Gemeindegebiet zu haben. Andernfalls könnten Netzan-schlussbegehren von Letztverbrauchern dazu führen, dass diese entweder nur durch Anschluss an die beim Altkonzessionsnehmer verbleibenden Leitungen oder die Schaffung paralleler Infra-strukturen durch den Neukonzessionär erfüllt werden könnten. Zu beachten ist auch, dass die von der Überlassungspflicht ausgenommenen Leitungen vom Netz abgespalten und damit als einzelne Leitungen nach Abs. 1 EnWG zu behandeln wären. Sie unterfielen gar nicht mehr dem Regelungsregime der qualifizierten Wegenutzung, womit dem alten Versorger faktisch ein Ewig-keitsrecht am Betrieb dieser Leitungen eingeräumt würde. Eine Statuierung von Ewigkeitsrechten läuft dem vom Gesetzgeber verfolgten Regelungsziel zuwider.

Dies gilt umso mehr, als hierdurch besonders attraktive Netzanschlusskunden dem Wettbewerb entzogen werden könnten. Eine Ausnahme multifunktionaler Leitungen könnte damit auch die wirtschaftliche Betriebsführung des Netzes gefährden. Grund hierfür ist, dass wirtschaftlich luk-rative Sondervertragskunden häufig gerade an solche Leitungen in höheren Spannungsebenen oder Druckstufen (bei der Gasversorgung) unmittelbar angeschlossenen sind, die zugleich auch dem Energietransport in die Nachbargemeinde dienen. Verbleiben diese Leitungen beim bishe-rigen Konzessionsnehmer, profitieren seine Entgelte und nicht die des neuen Konzessionsneh-mers. Ein solches „Rosinenpicken“ zugunsten des bisherigen Netzbetreibers erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. In Konsequenz kann es dazu führen, dass die Netzübernahme durch ein anderes Unternehmen unwirtschaftlich wäre und der vom Gesetzgeber beabsichtigte Wechsel des Konzessionsnehmers vereitelt würde.

3.2.4. Sofern die Betroffene eine „Zersplitterung“ der Netzstruktur befürchtet, nimmt die Be-schlusskammer diese Bedenken sehr ernst. Als Maßstab für die Überlassung hat der Gesetzge-ber nicht die gewachsene Netzstruktur, sondern die örtliche Versorgung innerhalb der Grenze des Konzessionsgebietes gewählt. Die Herauslösung von Verteilernetzen aus einer gewachse-nen großflächigen Netzstruktur bedeutet sicher eine Zunahme von an den Gemeindegrenzen ausgerichteten kleineren Verteilernetzen und kleinen lokalen Netzbetreibern. Dabei ist unklar, ob dies eine langfristige Entwicklung oder nur ein vorübergehender Zustand zur Bildung neuer regi-onaler Versorger sein wird. Jedenfalls bedeutet der Konzessionsnehmerwechsel Veränderungen für die Netzlandschaft, die der Gesetzgeber als notwendiges Mittel zur Schaffung von Wettbe-werb um lokale Versorgungsstrukturen in Kauf nimmt. Er privilegiert den örtlichen Netzbetreiber durch den Anspruch auf Netzüberlassung, um das Ziel eines Wettbewerbs um örtliche Netze zu verwirklichen und nimmt ein Aufbrechen der alten Versorgungsstruktur zulasten insbesondere der „alteingesessenen“ Versorgungsunternehmen in Kauf.

3.3. Schließlich stehen der Übertragung multifunktionaler Leitungen auch die angeführten Erfordernisse einer ganzheitlichen Betriebsführung nicht entgegen.

Unabhängig von der Frage, ob die Netzstruktur bereits vermascht oder strahlenförmig aufgebaut ist, ändert die Überlassung der Mittelspannungsleitungen nichts an der Netzstruktur. Ein bis dahin vermaschtes Netz bleibt vermascht, es ändert sich gegebenenfalls lediglich das Eigentum und die Betriebsführung. Die im Konzessionsgebiet befindlichen Leitungen werden nicht an der Gebietsgrenze gekappt sondern bleiben in die übrige Netzstruktur eingebunden.

Durch einen Wechsel der Betriebsführung oder zusätzlich eingebaute Trenn- und Messstellen ändert sich auch die physikalische Aufnahmekapazität des Netzes nicht. Die möglichen Vorteile einer erhöhten Leistungsfähigkeit für die Aufnahme dezentraler Erzeugung durch ein vermaschtes Netz gegenüber eines strahlenförmig ausgebauten bleiben durch den Wechsel des Betreibers unbeeinträchtigt.

Die Beschlusskammer vermag weiterhin dem Einwand nicht zu folgen, dass die Übertragung der multifunktionalen Leitungen Einschnitte in die sichere und zuverlässige Versorgung bedeuten. Soweit die Betroffene behauptet, dass nur durch ihr Automatisierungskonzept in einheitlicher Betriebsführung die erhöhte Leistungsfähigkeit, sichere und zuverlässige Versorgung aufrecht erhalten werden könne, ist dem entgegenzuhalten, dass auch andere Netzbetreiber ein taugliches Automatisierungskonzept erstellen können. An sonstigen Netzgrenzen endet die sichere und zuverlässige Versorgung auch nicht, obwohl aneinandergrenzende Netze verschiedener Betreiber regelmäßig nicht mit einem einheitlichem Automatisierungskonzept durch eine Netzleitstelle geführt werden. Die Betroffene widerspricht sich insofern selbst, als sie die einheitliche Betriebsführung als zwingende Voraussetzung des Netzbetriebes in der Region erachtet, die von der Beigeladenen angebotene Übernahme der Betriebsführung aber als unzumutbar ablehnt. Dass eine klare Trennung der Systemverantwortung nicht möglich sein soll, kann die Beschlusskammer nicht nachvollziehen. Auch der praktische Aufwand einer Zusammenarbeit gegebenenfalls unter Einbeziehung von Personal der Beigeladenen, Austausch von Know-How und Mitteln wäre kein zwingender Hinderungsgrund für die Übernahme einer Betriebsführung, zumal er vergütet würde. Aus technischer Sicht ist nicht nachzuvollziehen, warum eine eindeutige Abgrenzung der Systemverantwortung nur durch „eine selektive Übergabestelle im Sinne einer Mittelspannungs- Schnittstelle mit nur einer Energieflussrichtung“ möglich sein soll.

Gleiches gilt im Ergebnis für die Umsetzung der erforderlichen Netzentflechtung. Die Beigeladene hat in ihrem Entflechtungskonzept bereits Vorschläge für die technische Umsetzung einer Netztrennung gemacht, wobei Eigentumsgrenzen nahe der Konzessionsgebietsgrenzen an geeigneter Stelle mit jeweils einer Messung und Lasttrennschalter für die eindeutige Zuordnung der Betriebsgrenzen vorgesehen sind. Durch die Netzentflechtung entstehen schließlich neue

Netzgrenzen, deren Betrieb nicht anderes als bei hunderten bereits bestehender Grenzen zwischen Netzgebieten im Verteilernetz funktioniert, bei denen eine klare Abgrenzung der Systemverantwortung, Absprachen und Zusammenarbeit der Netzbetreiber erfolgreich praktiziert werden. Auch Entwicklungen wie das intelligente Netz („smart grid“), das Einspeisemanagement nach § 11 EnWG sowie Netzausbau und –planung werden durch sonstige Verteilernetzbetreiber umgesetzt, ohne dass es dafür einer einheitlichen Betriebsführung über die Netzgrenzen hinweg bedürfte. Dass es an irgendeiner Stelle zu Einbußen für die sichere und zuverlässige Versorgung kommt, vermag die Beschlusskammer nicht zu erkennen.

3.4. Es liegt an den Parteien des Konzessionsnehmerwechsels, durch die Gestaltung des Entflechtungskonzeptes eine möglichst effiziente Abgrenzung durch geeignete Übergabestellen in Nähe der Konzessionsgebietsgrenze festzulegen. Auch wenn der Anspruch auf Eigentumsübertragung oder Besitzverschaffung einer Anlage bis zur Grenze des Konzessionsgebietes reicht, wird es selten sinnvoll sein, das Konzessionsgebiet als Netzgrenze festzulegen, da unmittelbar auf der Grenze in der Regel kein geeigneter Übergabepunkt liegen wird. Es ist daher Aufgabe der Beteiligten, sich bei der Netzentflechtung auf sinnvolle Übergabestellen zu einigen und ein möglichst effizientes, sinnvolles Entflechtungskonzept zu entwickeln. Dabei kann die sinnvolle Gestaltung sowohl verlangen, dass eine Leitung bis zur Grenze oder beispielsweise nur bis zu einer einige Kilometer von der Grenze entfernten Ortsnetzstation übertragen wird, dass ein Mess- und Trennstelle in Grenznähe oder in Absprache mit dem benachbarten Konzessionsnehmer sogar hinter der Konzessionsgebietsgrenze errichtet wird oder eine Leitung ganz bei dem Betreiber des überörtlichen Netzes verbleibt. Im Rahmen der Zusammenarbeitspflicht der Netzbetreiber im Sinne von §§ 12 Abs. 1, 13, 14 Abs.1, 20 Abs. 1 EnWG ist die Betroffene verpflichtet mit der Beigeladenen ein sinnvolles Konzept zu erarbeiten und zu realisieren, um ein sicheres und zuverlässiges Elektrizitätsversorgungssystem zu gewährleisten. Das schließt selbstverständlich einen Austausch der dazu notwendigen Information ein, §§ 12 Abs. 2, 14 Abs. 1 EnWG. Die Beschlusskammer ist überzeugt, dass einer Abspaltung der multifunktionalen Mittelspannungsleitungen aus dem Netz der Betroffenen keine technischen Gründe entgegen stehen und die Übertragung des einheitlichen Verteilernetzes in der Gemeinde [REDACTED] ohne Einbußen für die Versorgungsqualität möglich ist.

Zuzugeben ist, dass die Neustrukturierung des Netzes und der Betrieb Absprachen erfordern. Während die Betroffene vorher alleine bestimmen und walten konnte, entstehen neue Netzgrenzen, an denen sie sich mit neuen Partnern abstimmen muss. Es ist zu erwarten, dass die Netzentflechtung Kosten verursacht. Zudem mögen zulasten der Netzkunden auch Synergieeffekte eines großflächigen Netzes verloren gehen, zumal es derzeit in zahlreichen Kommunen zum Wechsel des Konzessionsnehmers und daraus folgend des Netzbetreibers kommt. Teilweise werden dafür aber neue großflächige Netzstrukturen entstehen, die wiederum Synergien entfalten und somit gegebenenfalls entstehende Nachteile ausgleichen können. Beispielsweise über-

nimmt die Beigeladenen von der Betroffenen ein Netz, das an das von ihr in der Kernstadt [REDACTED] [REDACTED] bereits betriebene angrenzt. Soweit dennoch höhere Netzkosten entstehen mögen, nimmt der Gesetzgeber dies ebenso wie einen eventuellen praktischen Mehraufwand als Preis für den Wettbewerb um lokale Netze hin. Die Kosten möglichst gering zu halten, ist Aufgabe der Netzbetreiber und bei der Gestaltung der Netzentflechtung zu berücksichtigen.

3.5. Die Pflicht zur Übertragung der Verteilungsanlagen einschließlich der multifunktionalen Mittelspannungsleitungen greift in das Recht auf Eigentum der Betroffenen gemäß Art. 14 GG ein. Dabei ist nicht zu erkennen, dass die Betroffene unverhältnismäßig beeinträchtigt wird. Die Überlassung der gesamten örtlichen Versorgungsstruktur einschließlich der gemischt genutzten Leitungen ist zur Schaffung von Wettbewerb um Netze als einem legitimen Ziel erforderlich. Die Netzstruktur in der Gemeinde [REDACTED] zeigt, dass die Mittelspannungsleitungen durch den neuen Konzessionsnehmer für den örtlichen Netzbetrieb benötigt werden. Der Verlust, den die Betroffene mit der Abtrennung der Leitungen aus ihrem Mittelspannungsnetz hinnehmen muss, steht nicht außer Verhältnis zu dem dadurch zugunsten des Wettbewerbs realisierten Wechsel des örtlichen Netzbetreibers.

4. Die Betroffene ist für die Netzüberlassung wirtschaftlich angemessen zu vergüten, § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Zur Berechnung der Vergütung können sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert zu Grunde gelegt werden (vgl. BGH, Urt. v. 16.11.1999, KZR 12/97 – *Kaufering*), es sei denn, dass der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt und dadurch eine Übernahme des Versorgungsnetzes verhindert würde. Da der Ertragswert maßgeblich durch die im Rahmen der Entgeltregulierung vorgegebenen Kosten bestimmt wird, entfaltet er insoweit eine begrenzende Wirkung.

Mit Auslaufen des alten Konzessionsvertrages kann die Betroffene die Netzübergabe jedenfalls nicht verweigern, wenn die Beigeladene eine Zahlung unter Vorbehalt anbietet. Damit der Streit über die Vergütung der Netzüberlassung nicht zu einer weiteren erheblichen Verzögerung der Verhandlungen führt, hat der Bundesgerichtshof anerkannt, dass der Erwerber des Netzes den Vertrag unter dem Vorbehalt schließen kann, die Angemessenheit der Vergütung gerichtlich überprüfen zu lassen, ohne dass der Vertrag dadurch unwirksam würde (BGH, Urt. v. 7. 2. 2006, KZR 24/04, *Rückforderungsvorbehalt*). Einigen die Beteiligten sich in dem Vertrag allerdings bereits über die Berechnungsmethode, so ist diese bindend, wenn sie nicht gleichfalls explizit dem Vorbehalt unterstellt wird.

Die Beschlusskammer macht sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ausdrücklich zu eigen und weist darauf hin, dass die Möglichkeit des Vorbehalts bezüglich des Kaufpreises zwischen Altkonzessionär und Neukonzessionär generell zulässig ist, so auch im Verhältnis der Betroffenen und der Beigeladenen. Um weitere Verzögerungen bei der Übernahme der Konzession

sion zu vermeiden, bleibt festzuhalten, dass dieser Vorbehalt für alle zu übertragenden Leitungen gilt, auch für solche der Mittelspannung. Nicht zuletzt ist dieser Grundsatz auch auf Konzessionsübernahmen im Gasbereich uneingeschränkt anwendbar.

5. Die Entscheidung nach § 65 Abs. 2 EnWG steht im pflichtgemäßen Ermessen der Regulierungsbehörde. Der hier in Rede stehende Konzessionsnehmerwechsel droht an der mangelnden Einigung der Beteiligten zu scheitern. Die Beteiligten verhandeln seit März 2010 über die Netzentflechtung, ohne zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen. Die Beigeladene hat die Verhandlungen unlängst für gescheitert erklärt. Durch die fehlende Einigung wird der Konzessionsnehmerwechsel über das Auslaufen des alten Konzessionsvertrages hinaus verzögert und gesetzliche Verpflichtungen sind nicht umgesetzt. Angesichts dessen sowie der grundsätzlichen Bedeutung des Verfahrens für zahlreiche weitere Fälle, in denen ebenfalls die hier in Frage stehende Überlassung sogenannter multifunktional genutzter Anlagen relevant und von grundlegender Bedeutung ist, hält die Beschlusskammer ein Tätigwerden im Rahmen ihrer allgemeinen Aufsichtsbefugnis zur Verpflichtung der Betroffenen für erforderlich.

6. Die im Tenor zu 4. genannten Fristen sind angemessen. Da die zu überlassenden Netzanlagen im übrigen bereits feststehen und die Lage der streitigen Mittelspannungsanlagen ebenso wie erste Vorschläge für mögliche Netzübergabestellen der Betroffenen wie der Beigeladenen bekannt sind, hält die Beschlusskammer eine Frist von zwei Monaten für die Erarbeitung und Einreichung eines Entflechtungskonzeptes sowie eines konkreten Zeitplanes für ausreichend. Zur Eigentumsübertragung oder Besitzverschaffung stehen der Betroffenen zwei weitere Monate zur Verfügung, die genügen, um mögliche formelle und praktische Vorgaben umzusetzen.

7. Die Erhebung von Kosten nach § 91 EnWG bleibt einem gesonderten Verfahren vorbehalten.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung gemäß § 76 Abs.1 EnWG.

Matthias Otte
Vorsitzender

Dr. Kathrin Thomaschki
Beisitzerin

Dr. Antje Becherer
Beisitzerin