



- Beschlusskammer 6 -

Beschluss

Az. BK6-11-079

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Netzentflechtung infolge Konzessionsübergang

betreffend:

Schleswig-Holstein Netz AG, Schlesweg-HeinGas-Platz 1, 25450 Quickborn, vertreten durch den Vorstand Andreas Fricke und Matthias Boxberger,

– Betroffene –

Verfahrensbevollmächtigte: Schulz, Noack, Bärwinkel, Rechtsanwalt Dr. Olaf Schulz-Gardyan, Baumwall 7, 20459 Hamburg,

unter Beteiligung

der Regionalnetz Ostholstein Süd GmbH & Co KG, Baderstraße 19, 23626 Ratekau, vertreten durch den Geschäftsführer Marcus Böske,

– Beteiligte –

Verfahrensbevollmächtigte: Becker, Büttner, Held, Magazinstraße 15–16, 10179 Berlin,

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Jochen Homann,

durch den Vorsitzenden Matthias Otte,
den Beisitzer Andreas Fixel
und den Beisitzer Jens Lück,

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25.7.2011

am 19.6.2012 beschlossen:

1. Die Betroffene wird verpflichtet, der Beteiligten bis zum 23.7.2012 für sämtliche im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] belegenen Mittelspannungsleitungen Auskunft zu erteilen über
 - a. die im jeweiligen Zeitpunkt ihrer Errichtung erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten (historische Anschaffungs- und Herstellungskosten) sowie das jeweilige Jahr der Aktivierung,
 - b. die verwendeten kalkulatorische Nutzungsdauern gemäß Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 StromNEV und die Zeitpunkte etwaiger Nutzungsdauerwechsel,
 - c. den Wartungszustand des Sachanlagevermögens und die allgemeinen und besonderen operativen Kosten der Anlagen, insbesondere Instandhaltungskosten oder Betriebskosten und
 - d. vereinnahmte und nicht aufgelöste Netzanschlusskosten und Baukostenzuschüsse i. S. d. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 StromNEV.
2. Die Betroffene wird ferner verpflichtet, sämtliche im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] belegene Mittelspannungsleitungen 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.
3. Abweichend vom Tenor zu 2 können die Betroffene und die Beteiligte einen von der Konzessionsgebietsgrenze verschiedenen Übergabepunkt vereinbaren, um die Netztrennung mit einfacheren Mitteln zu verwirklichen oder eine sinnvolle Netzstruktur zu bilden.
4. Die Betroffene hat zusammen mit der Beigeladenen unverzüglich ein Netzentflechtungskonzept zu erstellen, aus dem die genaue Aufteilung des gesamten zu überlassenen Verteilernetzes hervorgeht. Dabei sind für die Netzgrenzen geeignete Übergabepunkte und ihre technische Umsetzung zu bestimmen.
5. Die Betroffene hat der Beschlusskammer das Konzept bis zum 22.8.2012 zusammen mit einem Zeitplan für die weitere Umsetzung der Netzentflechtung vorzulegen. Die Netzanlagen hat die Betroffene der Beigeladenen bis zum 22.10.2012 zu übertragen oder Besitz hieran zu verschaffen.
6. Eine Entscheidung über die Kosten bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Das vorliegende Verwaltungsverfahren betrifft die Auskunftserteilung über Verteilungsanlagen sowie deren Übereignung im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] durch die Betroffene an die Beteiligte im Rahmen des Übergangs einer Konzession gemäß § 46 EnWG.

1. Die Betroffene betätigt sich als Energieversorgungsunternehmen in den Bereichen der örtlichen Versorgung. Unter anderem betreibt sie das Elektrizitätsverteilernetz im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] sowie weiterer Gemeinden in der Region.

Im Dezember 1991 schloss die Betroffene mit der Gemeinde [REDACTED] einen Stromkonzessionsvertrag, der am 23.12.2011 endete. Im April 2009 schrieb die Gemeinde [REDACTED] die Neuvergabe der Wegenutzungsrechte aus und schloss aufgrund der Beschlüsse des Gemeinderats vom 25.3.2010 einen Konzessionsvertrag mit der Beteiligten, eines Tochterunternehmens der [REDACTED], dessen Laufzeit am 23.12.2011 begann.

Im Juli 2010 nahmen die Betroffene und die Beteiligte bzw. die [REDACTED] Verhandlungen über den Übergang des örtlichen Stromversorgungsnetzes (sogenannte Netzentflechtung) auf. Streitig waren insbesondere der Übergang von Verteilungsanlagen in der Mittelspannungsebene, die sowohl der regionalen als auch der überregionalen Versorgung dienen – sogenannte gemischt genutzte Leitungen („multifunktionale Leitungen“) –, sowie die Übergabe von Informationen über die Verteilungsanlagen im Gemeindegebiet sowie über die Anlagen des Gesamtnetzes der Betroffenen.

2. Die Beteiligte machte einen Anspruch auf Übertragung aller im Gemeindegebiet der Gemeinde [REDACTED] gelegenen Verteilungsanlagen einschließlich der Mittelspannungsanlagen geltend. Sie stützte ihren Anspruch auf § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Auf dieser Grundlage verlangte sie von der Betroffenen Auskunftserteilung über die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, die kalkulatorischen Restwerte, die Nutzungsdauern im Sinne von § 6 Abs. 5 StromNEV und im Sinne von § 32 Abs. 3 StromNEV und die vereinnahmten und nicht aufgelösten Ertragsüberschüsse im Sinne von § 9 StromNEV in Bezug auf die im Gemeindegebiet der Gemeinde [REDACTED] gelegenen Verteilungsanlagen. Darüber hinaus verlangte sie die Auskunftserteilung über die Höhe der festgelegten Erlösobergrenzen, über die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten und über die Nutzungsdauern im Sinne von § 6 Abs. 5 StromNEV des von der Betroffenen betriebenen Gesamtnetzes. Ferner verlangte sie die Herausgabe von im Einzelnen aufgeführten Strukturdaten des Gesamtnetzes sowie die Höhe der jährlichen Wartungs- und Instandhaltungsaufwendung, soweit sie auf die zu übertragenen Anlagegüter entfallen. Schließ-

lich verlangte die Beteiligte Auskunftserteilung über alle im Gemeindegebiet der Gemeinde [REDACTED] befindlichen Mittelspannungsleitungen und -anlagen.

3. Die Beteiligte hat sich im März 2011 an die Bundesnetzagentur gewandt und beantragt, die Betroffene im Wege eines Aufsichtsverfahrens nach § 65 Abs. 2 EnWG aufzugeben, die geforderten Auskünfte zu erteilen. Die Betroffene ist dem Antrag entgegen getreten und hat dessen Zurückweisung beantragt.

Mit Beschluss vom 2.5.2012 hat die Beschlusskammer die Beteiligte beigeladen. Mit Beschlüssen vom 2.5.2012 hat die Beschlusskammer jeweils Beiladungsanträge der [REDACTED], der [REDACTED] und der [REDACTED] abgelehnt.

4. Am 25. Juli 2011 hat die Beschlusskammer eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Betroffene hat in der mündlichen Verhandlung zugesagt, die geforderten Auskünfte zu den Niederspannungsanlagen im Gemeindegebiet innerhalb von drei Wochen zu erteilen. Die Betroffene hat zudem eine Netzkarte mit den Mittelspannungsleitungen im Gemeindegebiet der Gemeinde [REDACTED] zu den Akten gegeben. Die Betroffene hat sich ferner bereit erklärt, notfalls im Rahmen eines einvernehmlichen Netztrennungskonzepts bestimmte Mittelspannungsanlagen zu überlassen. Dabei handele es sich zum einen um Mittelspannungsanlagen, die bereits jetzt ausschließlich der Stromverteilung im Gemeindegebiet dienten, sowie um Mittelspannungsanlagen, die nach entsprechenden, auf Kosten der Beteiligten durchzuführenden Umbaumaßnahmen ausschließlich der Stromverteilung im Gemeindegebiet dienen würden.

5. Die Beteiligte hat am 4.1.2012 Klage gegen die Betroffene beim Landgericht Kiel eingereicht. Die Klage ist zunächst in erster Stufe auf Auskunftserteilung über die Stromverteilungsanlagen im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] und das Gesamtnetz der Betroffenen gerichtet, nach den erteilten Auskünften in zweiter Stufe auf Eigentums- und Besitzübertragung der Verteilungsanlagen im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] Zug um Zug gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung sowie auf diverse Feststellungen (Schadensersatz, Herausgabe des Erlangten und aktualisierte Auskünfte).

5. Die Beteiligte macht geltend, die Bundesnetzagentur sei für die Durchführung des Aufsichtsverfahrens zuständig. Der geltend gemachte Auskunftsanspruch folge aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG. Zivilrechtlicher Rechtsschutz sei nicht zu erlangen, da ein zivilgerichtliches Hauptsacheverfahren die Netzübernahme über Jahre verzögern würde. Einstweiliger Rechtsschutz sei in der Vergangenheit in vergleichbaren Fällen insbesondere auf Grund der Vorwegnahme der Hauptsache nicht erfolgreich gewesen. Der Fall habe außerdem über den Einzelfall hinaus Bedeutung.

Die Beteiligte macht ferner geltend, dass der Übereignungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG und dementsprechend der Auskunftsanspruch auch gemischt-genutzte Leitungen und Anlagen umfasse. Das folge aus dem Wortlaut der Norm, der nicht auf die „ausschließlich“ der Versorgung von Letztverbrauchern dienende Anlagen, sondern auf die technisch notwendigen Verteilungsanlagen abstelle. Dies schließe nicht aus, dass die Anlagen zugleich einem weiteren Zweck dienen. Demnach würden auch Anlagen, die zugleich der überörtlichen Versorgung dienen, vom Übertragungsanspruch erfasst. Ein „überörtliches Netz der allgemeinen Versorgung“, das der Übertragung beim Konzessionswechsel entzogen wäre, sehe das EnWG nicht vor. Auch die historische Auslegung des § 46 Abs. 2 EnWG bestätige dies. Es sei keinesfalls so, dass für Einführung des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG oder seiner Vorgängernormen anerkannt war, dass gemischt-genutzte Anlagen bei einem Konzessionswechsel nicht zu übertragen waren. Der Gesetzgeber habe den Wortlaut der Regelung unverändert gelassen und damit ein Bekenntnis zu einem möglichst umfassenden Übertragungsanspruch abgegeben. Auch die Systematik des Gesetzes spreche für einen Anspruch auf Übertragung der gemischt-genutzten Anlagen. Eine unterschiedliche Eigentümerstellung von gemischt-genutzten Anlagen und Anlagen, die ausschließlich der Versorgung im Gemeindegebiet dienen, würde zu einem Betrieb zweier Netze der allgemeinen Versorgung in einem Konzessionsgebiet führen, die im Gesetz nicht angelegt sei. Schließlich spreche auch Sinn und Zweck der Regelung für einen Übertragungsanspruch. Der Gesetzgeber habe bei der kürzlich erfolgten Gesetzesänderung am „Wettbewerb um Netze“ festgehalten, so dass eine einschränkende Auslegung nicht zu rechtfertigen sei. Würden gemischt-genutzte Anlagen dem Übertragungsanspruch entzogen, würden diese dauerhaft beim Altkonzessionär verbleiben, was § 46 Abs. 2 EnWG widersprechen dürfe. Ferner besitze die Betroffene weder aus dem Altkonzessionsvertrag noch aus § 46 EnWG ein Wegerecht für die gemischt-genutzten Anlagen.

Die Beteiligte weist ferner darauf hin, dass die Betroffene weitere Konzessionen in der Region verloren habe. Details des Entflechtungskonzepts der Beteiligten seien mit den benachbarten kommunalen Stadtwerken abgestimmt. Die Beteiligte und die [REDACTED], die [REDACTED], die [REDACTED] und die [REDACTED] hätten am [REDACTED] eine Kooperationsvereinbarung über die Netzentflechtung geschlossen. Damit seien eine kostengünstige Netzentflechtung und ein dauerhaft sicherer und preisgünstiger Betrieb der örtlichen Elektrizitätsverteilnetze sichergestellt.

Der Übergang der umstrittenen Mittelspannungsanlagen würde nach Auffassung der Beteiligten nicht zu einer Zerstückelung der bestehenden Mittelspannungsanlagen führen. Vielmehr habe der Verbleib der Mittelspannungsanlagen bei der Betroffenen eine solche Netzzersplitterung zur Folge. Es entstünden viele kleine Inselnetze innerhalb der Gemeinde, die untereinander nur durch ein fremdes Netz verbunden wären. Um einen effizienten Netzbetrieb aufzubauen, wäre es notwendig, Verbindungsleitungen zwischen den einzelnen Inseln zu verlegen.

Der Übergang der Mittelspannungsanlagen würde nach Auffassung der Beteiligten auch nicht zu Nachteilen beim Anschluss von EEG-Anlagen führen. Insbesondere der Netzausbau könne in den wenigen Fällen, in denen sich überhaupt ein Abstimmungserfordernis ergebe, über ein kooperatives Zusammenwirken zwischen den betroffenen Netzbetreibern gelöst werden. Ansprechpartner für Anschlussuchende wäre der jeweilige Konzessionär, der dann nötigenfalls an die benachbarten Netzbetreiber heranzutreten hätte. Die Kooperationsvereinbarung sehe eine entsprechende Kooperation vor. Außerdem trägt die Beteiligte vor, dass der einzige Windpark, der sich im Konzessionsgebiet befinde, bereits heute ausschließlich über die Anlagen der [REDACTED] verbunden sei.

Die Betriebsführung der gemischt-genutzten Anlagen solle entsprechend der Kooperationsvereinbarung durch verbindliche Regeln, insbesondere für Störungsannahme, Fehlersuche und Entstörung, sichergestellt werden. Im Störfall könne bei gemischt-genutzten und beidseitig gespeisten Mittelspannungsleitungen die Trennstelle in der gemeinsamen Abstimmung der Netzbetreiber wie bisher an die Fehlerstelle verlegt werden, womit der (n-1)-sichere Betrieb gewährleistet bleibe.

Die Beteiligte macht ferner einen Auskunftsanspruch hinsichtlich des Gesamtnetzes der Betroffenen geltend. Dies sei für den Antrag auf Aufteilung der Erlösobergrenze nach § 26 Abs. 2 ARegV erforderlich. Der Leitfaden der Regulierungsbehörde zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV sehe einen gemeinsamen Antrag der Netzbetreiber vor. Auf den Internetseiten der jeweiligen Regulierungsbehörden stünden gesonderte Erhebungsbögen zur Verfügung. Es sei kein Grund ersichtlich, der einer Herausgabe der entsprechenden Daten zu der gesamten Erlösobergrenze durch die Betroffene entgegen stünde. Vielmehr sei eine hinreichende Transparenz der erforderlichen Aufteilung bestimmter Erlösobergrenzenanteile die Kenntnis der hierfür jeweils zugrunde gelegten absoluten Werte unabdingbar. Die Beteiligte habe dagegen nur intransparente und lückenhafte Zahlen vorgelegt, die ferner nicht frei von Widersprüchen seien. Die vorgelegten Informationen zeigten, dass eine sachgerechte Zuordnung bestimmter Erlösobergrenzenanteile zu dem übergehenden Teilnetzgebiet einen gewissen Informationsaustausch zwischen den Netzbetreibern erfordere und dass es eben nicht ausreichend sein könne, den aufnehmenden Netzbetreiber lediglich mit dem Ergebnis der intern beim abgebenden Netzbetreiber vorgenommenen Erlösobergrenzenaufteilung zu konfrontieren. Andernfalls wäre es zwingend erforderlich, dass die mit dem Antrag befasste Regulierungsbehörde eine Plausibilitätsprüfung vornehme.

6. Die Betroffene tritt dem entgegen.

Sie macht geltend, die Bundesnetzagentur sei nicht zuständig; die Voraussetzungen des § 65 Abs. 2 S. 2 EnWG lägen nicht vor. § 65 Abs. 2 EnWG betreffe nur die Verletzung solcher Pflicht-

ten, die sich aus dem EnWG ergäben. Der geltend gemachte Auskunftsanspruch könne sich dagegen allenfalls auf § 242 BGB stützen und ergäbe sich daher nicht unmittelbar aus dem EnWG. Derartige zivilrechtliche Ansprüche seien vor den Zivilgerichten durchzusetzen. Das Verfahren nach § 65 Abs. 2 EnWG sei auf öffentlich-rechtliche Ansprüche beschränkt. Jedenfalls sei die kartellrechtliche Aufsicht vorrangig, was sich aus § 46 Abs. 5 EnWG ergebe. Ferner sei der Antrag spätestens durch die Klage der Beteiligten beim Landgericht Kiel unzulässig geworden. Eine doppelte Rechtshängigkeit, wie sie spätestens bei einer Beschwerde gegen eine Entscheidung der Bundesnetzagentur zu erwarten sei, sei nicht hinnehmbar.

Die Betroffene macht ferner geltend, dass bereits die Voraussetzungen für einen Übertragungsanspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG fehlten, da die Beteiligte nicht aktivlegitimiert sei. Ein etwaiger Auskunftsanspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG stünde nur dem „neuen Energieversorgungsunternehmen“ zu. Dieses sei nur ein wirksam konzessioniertes Energieversorgungsunternehmen. Einen wirksamen Konzessionsvertrag habe die Beteiligte aber nicht vorgelegt. Die Entscheidung im Konzessionsvergabeverfahren sei außerdem fehlerhaft. Die Gemeinde [REDACTED] habe einseitig auf fiskalische Interessen abgestellt und sich nicht an den Zielen des § 1 EnWG orientiert. Der Konzessionsvertrag sei daher wegen Verstoßes gegen § 19 GWB nach § 134 BGB nichtig. Auf die Frage, ob die Betroffene den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde [REDACTED] bei den Kartellbehörden gerügt hat, komme es nicht an. Die fehlende Aktivlegitimation könne auch als Einwendung gegen den geltend gemachten Anspruch angeführt werden. Die Betroffene beruft sich dazu auf zwei Urteile des Landgerichts Kiel vom 3.2.2012.

Daten über Mittelspannungsanlagen können die Beteiligte nur verlangen, soweit sie auch die Übereignung dieser Anlagen verlangen könne. Der Umfang der im Einzelnen zu überlassenen Anlagen richtet sich nach dem noch zu verhandelnden Netztrennungskonzept. Derartigen Verhandlungen habe sich die Beteiligte aber verweigert. Das sinnvollste Netztrennungskonzept bestünde in einer Trennung entlang der Grenze zwischen Mittelspannungsebene und der Umspannebene von Mittelspannung zu Niederspannung. Die Betroffene sei aber auch zur Übereignung von Mittelspannungsanlagen bereit, die ausschließlich der Stromverteilung im Gebiet der Gemeinde [REDACTED] dienen, und habe ein entsprechendes Entflechtungskonzept vorgelegt. Insofern habe die Betroffene die Auskunftsansprüche der Beteiligten bereits erfüllt.

§ 46 Abs. 2 S. 2 EnWG begründe keinen Anspruch auf Übereignung sämtlicher auf dem Gemeindegebiet befindlicher Mittelspannungsanlagen. Dies folge bereits aus dem Wortlaut. Das Kriterium der Notwendigkeit beziehe sich auf den Betrieb des Netzes der allgemeinen Versorgung. Daraus folge jedoch nicht, dass alle Anlagen zu übereignen seien, die für den Betrieb des Netzes für die Stromverteilung und die Versorgung jedes Kunden, der Energie für seinen eigenen Verbrauch kauft, im Konzessionsgebiet erforderlich seien. Zu prüfen sei zunächst, welche Betriebsmittel Bestandteil des Netzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet seien;

erst danach sei zu prüfen, in welchem Umfang diese Betriebsmittel für den Betrieb dieses Netzes notwendig seien. Aus der Formulierung „im Gemeindegebiet“ ergebe sich, dass nur diejenigen Betriebsmittel zu diesem Netz zählen, die weder dem Netz in einer anderen Gemeinde noch einem gemeindeübergreifenden Netz, sondern ausschließlich dem Netz der allgemeinen Versorgung in der betreffenden Gemeinde zuzuordnen seien. Jedes ganz oder teilweise im Gemeindegebiet belegene Betriebsmittel des Netzes der allgemeinen Versorgung müsse daher daraufhin überprüft werden, ob es dem Netz der allgemeinen Versorgung in dem konkreten Gemeindegebiet, dem Netz der allgemeinen Versorgung in einem anderen Gemeindegebiet oder dem überörtlichen Netz der allgemeinen Versorgung zuzuordnen sei. Ein Betriebsmittel, das ganz oder teilweise auf einem fremden Gemeindegebiet belegen ist, könne keinem bestimmten Gemeindegebiet zugeordnet werden. Das gelte insbesondere für solche Mittelspannungsleitungen, die zwei Umspannwerke über mehrere Gemeinden hinweg verbinden.

Auch die Beschlusskammer habe in dem Beschluss vom 26.1.2012 (BK6-11-052) festgestellt, dass Mittelspannungsleitungen nur dann zu übertragen sind, wenn sie „Teil des zusammenhängenden örtlichen Verteilernetzes im Konzessionsgebiet“ seien. Das schließe eine Übertragung aller im Gemeindegebiet belegenen Teile des überörtlichen Versorgungsnetzes ebenso aus wie die Übertragung aller derjenigen Teile des überörtlichen Versorgungsnetzes, ohne die eine Versorgung im Gemeindegebiet nicht erfolgen könnte.

Die Auffassung der Beteiligten sei auch widersprüchlich, da auch Hochspannungsleitungen und solche Anlagen, die nicht auf dem Gemeindegebiet belegen sind, für die Versorgung im Gemeindegebiet notwendig sind. Insbesondere Hochspannungsanlagen zählten gem. § 3 Nr. 37 EnWG ausdrücklich zu den Verteilungsanlagen. Eine Beschränkung auf im Gemeindegebiet belegene Anlagen ließe sich auch nicht aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG herleiten, weil der dort verwendete Begriff „im Gemeindegebiet“ bereits für die Bestimmung der Letztverbraucher, deren Versorgung durch die zu überlassenen Verteilungsanlagen gesichert werden soll, „verbraucht“ sei. Zur Bestimmung des Umfangs der nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG zu überlassenen Anlagen sei nach dem Wortlaut eine vom dem Kriterium der Notwendigkeit unabhängige Zuordnung der einzelnen Betriebsmittel zu dem Netz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet erforderlich, die nur für solche Betriebsmittel erfolgen könne, die vollständig im Gemeindegebiet belegen sind und ausschließlich der Versorgung des Gemeindegebiets dienen.

Dem stehe nicht entgegen, dass der Gesetzgeber das Bestehen eines überörtlichen Mittelspannungsnetzes nicht vorsehe. Dieses sei keine Erfindung der Betroffenen, sondern Realität, die im EnWG und den auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen auch anerkannt sei. Anhaltspunkte dafür, dass § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG die bestehenden überregionalen Mittelspannungsnetze aufteilen wollte, bestünden nicht. Andernfalls hätte der Gesetzgeber die sich im

Hinblick auf diese Leitungen ergebene konkurrierende Ansprüche regeln oder etwa die Überlassung aller Verteilungsanlagen i. S. v. § 3 Nr. 37 EnWG anordnen müssen.

Das EnWG stehe dem Betrieb mehrere Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet nicht entgegen. Die Argumentation der Beteiligten sei in sich widersprüchlich, weil nach ihrer Auffassung solche Mittelspannungsanlagen, die das Gemeindegebiet queren, ohne für die Versorgung der Letztverbraucher im Gemeindegebiet erforderlich zu sein, nicht von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfasst seien.

Das Wegenutzungsrecht der Betroffenen für die bei ihr verbleibenden gemischt-genutzten Leitungen ergebe sich aus § 2 Abs. 1 des Altkonzessionsvertrags. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Betroffene mehrere Konzessionsverträge in der Region verloren habe, da sie ihre Funktion als Betreiberin des überregionalen Mittelspannungsnetzes unabhängig von der Anzahl der Konzessionsverträge ausübe. Der Umstand, dass der Eigentümer dieser Leitungen das Eigentum an diesen Leitungen behalte, sei der Rechtsordnung nicht fremd. Eigentum sei vielmehr ein grundgesetzlich geschütztes „Ewigkeitsrecht“. Daher sei nicht der Erhalt des Eigentums, sondern die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums rechtfertigungsbedürftig.

Auch die historische Auslegung spreche dafür, dass gemischt-genutzte Leitungen nicht nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG zu übertragen seien. Die Betroffene verweist dazu auf ein Urteil des OLG Frankfurt a. M. vom 11.2.1997, RdE 1997, 146 und des LG Frankfurt a. M. vom 28.5.2010.

Ferner sei § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG angesichts des erheblichen Eingriffs in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum und der gesunkenen Bedeutung des Wettbewerbs um Netze nach der Eröffnung des Wettbewerbs in den regulierten Netzen restriktiv auszulegen. Das gelte erst recht nach Umwandlung des Überlassungsanspruchs in einen Übertragungsanspruch. Maßgeblich sei daher, in welchem Umfang eine Übertragung der Betriebsmittel unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG erforderlich ist oder diesen Zielen entgegen stehe. Danach sei eine Übertragung gemischt-genutzter Leitungen ausgeschlossen, da sie die Sicherheit, die Preisgünstigkeit und die Effizienz des Netzbetriebs sowie die Integration der Erneuerbaren Energien gefährden würde. Der Betrieb eines einheitlichen Betriebsmittels durch mehrere Netzbetreiber hätte unweigerlich einen erhöhten Abstimmungsbedarf, was den Zielen der Effizienz, der Preisgünstigkeit und der Versorgungssicherheit entgegenstünde. Insbesondere gebe es keine Verpflichtung der beteiligten Netzbetreiber zu einer gemeinsamen Betriebsführung. Jegliche Veränderung – technischer oder eigentumsrechtlicher Art – führe unweigerlich zu gegenseitigen Beeinträchtigungen des Netzes als Ganzes, also innerhalb und außerhalb der Gemeinde. Dieses belaste nicht nur die Versorgungszuverlässigkeit, sondern schränke auch die Aufnahme erneuerbarer Energien ein. Es sei der Betroffenen auch nicht zumutbar, die Gefahren der Zersplitterung des Netzes dadurch aufzufangen, dass sie sich, falls das „neue Energieversorgungsunternehmen“ dies

überhaupt wünsche, zu einer einheitlichen Betriebsführung verschiedener örtlicher Verteilernetze bereit erkläre. Vielmehr sei § 46 EnWG so auszulegen, dass sich aus der angeordneten Überlassung/Übertragung keine Gefahren für die Ziele des § 1 EnWG ergeben, ohne dass eine „Kompensation“ der Gefahren durch eine gesondert zu vereinbarende einheitliche Betriebsführung erforderlich sei.

Es sei ferner nicht Aufgabe des Wettbewerbs um „zusammenhängende örtliche Verteilernetze“, diese Verteilernetze durch die Erweiterung um Teile des überregionalen Mittelspannungsnetzes wirtschaftlich attraktiver zu machen.

Einziger erkennbarer Grund für das Verlangen nach Herausgabe der gemischt-genutzten Leitungen sei das fiskalische Interesse der Gemeinden.

Auch die Erwägungen, mit denen die Beschlusskammer den Sorgen um eine „Zersplitterung“ der Netzstruktur in dem Beschluss vom 26.1.2012 entgegenrete (S. 18 des Beschlusses), könnten nicht überzeugen. Insbesondere stehe die Behauptung, Maßstab für die Überlassung sei nicht die gewachsene Netzstruktur, sondern die örtliche Versorgung innerhalb der Grenze des Konzessionsgebietes in offenem Widerspruch zu der Feststellung, dass entscheidend für die Überlassung allein die Frage sei, ob die Anlage Teil des zusammenhängenden örtlichen Verteilernetzes im Konzessionsgebiet sei.

Durch eine Herausgabe gemischt-genutzter Mittelspannungsanlagen werde der Anschluss von Erneuerbaren Energien erschwert. Es sei mit Verzögerungen des Netzanschlusses und der möglicherweise erforderlichen Kapazitätserweiterung zu rechnen. Auch werde die Durchsetzung der Ansprüche des Einspeisewilligen bzw. Anschlussnehmers erschwert. Ferner werde sich der Anschluss verteuern, etwa durch höheren Aufwand für die erforderliche Netzberechnung. Auch die Festlegung des Verknüpfungspunktes nach § 5 Abs. 1 EEG werden erschwert. Demgegenüber sei die Beteiligte auch ohne die geforderten Mittelspannungsanlagen in der Lage, ihre Netzanschlusspflichten nach dem EEG nachzukommen, denn diese träfen den Netzbetreiber, dessen Netz den technisch und wirtschaftlich günstigsten Anknüpfungspunkt in der für den Netzanschluss geeigneten Spannungsebene aufweist. Eine Pflicht zum Betrieb eines Mittelspannungsnetzes folge daraus ebenso wenig wie aus der Stellung als Inhaber des Wegenutzungsrechts.

Die Betroffene wendet sich auch gegen einen Anspruch auf Herausgabe von Daten zu ihrem Gesamtnetz, soweit diese nicht bereits öffentlich verfügbar sind. Wenn jeder Netzbetreiber, der den Zuschlag für einen Konzessionsvertrag erhalten hat, sämtliche Daten herausverlangen könnte, wären die nach § 71 EnWG sowie durch Art. 12 GG geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen völlig ungeschützt. Eine etwaige Verpflichtung zur Verschwiegenheit sei kaum überprüfbar. Eine Herausgabe der Daten sei auch nicht erforderlich.

Insbesondere habe der übernehmende Netzbetreiber keinen Anspruch auf Mitteilung der Erlösobergrenze des Gesamtnetzes und der davon auf die verschiedenen Kostenelemente entfallenden Anteile. Die auf die überlassenen Anlagen entfallenden Anteile könne der übernehmende Netzbetreiber aus den Daten der zu überlassenen Anlagen selbst herleiten, im Übrigen seien geeignete Schlüssel anzuwenden. Die vorgelegte Dokumentation der Kostenaufteilung ermögliche eine Plausibilisierung anhand öffentlich zugänglicher Daten und eigener Erfahrungswerte der Beteiligten.

Schließlich macht die Betroffene geltend, dass eine Aufsichtsmaßnahme nach § 65 Abs. 2 EnWG ermessensfehlerhaft sei, wenn der Beteiligte auch die Hilfe der Zivilgerichte in Anspruch nehmen könne. Das gelte erst recht, wenn die diesbezüglichen Fragen in der Rechtsprechung der zuständigen Zivilgerichte hoch umstritten seien und eine Klärung durch den BGH unmittelbar bevorstehe. Dieser Klärung solle die Beschlusskammer nicht durch Verwaltungsakt vorgeifen. Ferner sei bereits ein „Musterverfahren“ im Rahmen der Beschwerde gegen den Beschluss der Beschlusskammer vom 28.6.2011 (BK6-11-052) anhängig. Eines weiteren „Musterverfahrens“ bedürfe es daher nicht, zumal das zuständige Oberlandesgericht Düsseldorf auch im vorliegenden Fall darauf drängen werde, dass die Bundesnetzagentur die Vollziehung des Beschlusses bis zur Entscheidung des Senats im Eilverfahren aussetzt.

7. Die Bundesnetzagentur hat die zuständige Landesregulierungsbehörde am 28.6.2011 gemäß § 55 Abs. 1 Satz 2 EnWG über die Verfahrenseinleitung informiert. Der Beschlussentwurf wurde der Landesregulierungsbehörde mit Schreiben vom 27.4.2012 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 EnWG. 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 der Kartellbehörden annimmt, gehen fehl. Zwar fällt es grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde, über das Bestehen oder Nichtbestehen zivilrechtlicher Ansprüche zu entscheiden. Die hier betroffenen Ansprüche auf Datenherausgabe stellen jedoch selbständige Nebenpflichten des gesetzlichen Anspruchs (s. BGH, Urt. v. 29.9.2009, Az. EnZR

14/08 sowie EnZR 15/08) auf Überlassung der Verteilungsanlagen nach § 46 Abs. 2 EnWG beim Wechsel des Konzessionsnehmers dar, dessen Durchsetzung sowohl dem Grunde nach als auch über den materiell-rechtlichen Umfang durch die Bundesnetzagentur nach den Regelungen des EnWG zu überprüfen ist. Rechtsgrundlage für den Datenherausgabeanspruch ist also nicht § 242 BGB, wie die Betroffene meint, sondern § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG in Verbindung mit dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (s. LG Hannover, Urt. v. 24.6.2010, 18 O 260/08, juris Rn. 20 ff.). Es liegt also eine Verpflichtung nach dem Energiewirtschaftsgesetz vor. Die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde zur Aufsicht reicht so weit wie der gesetzliche Anspruch, der hier neben der Überlassung der zum Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen als Nebenpflicht auch die Datenherausgabe anordnet.

Die Behauptung einer möglichen Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrages vermag hieran vorliegend nichts zu ändern. Diese Frage betrifft allenfalls die materiellen Voraussetzungen der gesetzlichen Verpflichtung (vgl. dazu aber unter 2.3.), nicht die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde zur Aufsicht über die Erfüllung der Verpflichtung.

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 Entscheidungen (Urt. v. 29.9.2009, Az. EnZR 14/08 sowie EnZR 15/08) festgestellt hat, besteht ein etwaiger konzessionsvertraglicher Herausgabeanspruch unabhängig neben dem gesetzlichen Anspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG (vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.6.2011, Az. 11 U 36/10 (Kart), S. 18 f. UA). 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 Beteiligte 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 Entscheidung steht auch nicht entgegen, dass die Beteiligte Klage beim Landgericht Kiel gegen die Betroffene erhoben hat. Zwar betrifft die Klage teilweise die gleichen Rechtsfragen wie das vorliegende Verfahren. Dadurch ist jedoch nicht – wie die Betroffene meint – „der vorliegende Antrag unzulässig geworden“. Das vorliegende Verfahren ist nicht antragsgebunden, sondern wird von der Bundesnetzagentur von Amts wegen auf Grundlage des § 65 EnWG durchgeführt. Etwaige Klagen der Verfahrensbeteiligten untereinander haben grundsätzlich kei-

ne Auswirkungen auf die Befugnis der Bundesnetzagentur zur Durchführung entsprechender Aufsichtsverfahren. Denn andernfalls stünde es im Belieben der Verfahrensbeteiligten, durch zivilrechtliche Klagen ein Tätigwerden der Bundesnetzagentur im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens zu verhindern.

Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass spätestens mit einer Beschwerde gegen eine Entscheidung der Bundesnetzagentur doppelte Rechtshängigkeit eintrete. Insoweit ist bereits zweifelhaft, ob überhaupt ein Fall von doppelter Rechtshängigkeit vorläge, da Gegenstand des Beschwerdeverfahrens der Beschluss der Bundesnetzagentur und nicht das zivilrechtliche Rechtsverhältnis der Verfahrensbeteiligten untereinander wäre. Es fällt jedoch in die Zuständigkeit der Gerichte, diese Frage zu beurteilen und ggf. prozessrechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Die Bundesnetzagentur ist nicht befugt, diese gerichtliche Entscheidung vorwegzunehmen.

1.4. Den Verfahrensbeteiligten wurde im Verfahren der Regulierungsbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 67 Abs. 1 EnWG gegeben und somit ihr Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt. Die Verfahrensbeteiligten wurden in der mündlichen Verhandlung vom 25.7.2011 sowie schriftlich angehört und erhielten damit hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme.

2. Durch die nicht erfolgte Überlassung von Verteilnetzanlagen und die nicht erfolgte Herausgabe von Daten zu den im Gemeindegebiet der Gemeinde ████████ gelegenen Mittelspannungsanlagen und -leitungen an die Beteiligte verstößt die Betroffene gegen die gesetzlichen Vorgaben 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 ████████ der Beteiligten 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. Damit einher geht eine selbstständige Nebenpflicht der Betroffenen, Daten zu den zu überlassenen Anlagen herauszugeben.

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 Rechtsposi-

tion 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 27.6.2011 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. 28.6.2011, Az. EnVR 48/10).

2.2. Es besteht ein Anspruch auf Herausgabe von Daten über die zu übereignenden Anlagen als selbstständige Nebenpflicht des gesetzlichen Schuldverhältnisses nach § 46 Abs. 2 EnWG. Ziel des gesetzlichen Schuldverhältnisses ist es, den Wechsel des Netzbetreibers entsprechend der Konzessionsvergabeentscheidung der Gemeinde herbeizuführen. Neben der Überlassung der physischen Netzanlagen setzt dies auch die Übergabe des zum Betrieb notwendigen „Know how“ voraus, also der zum Betrieb erforderlichen technischen Daten, Netzpläne, Kundendaten u. s. w. sowie der Kostenstruktur des übergehenden Netzes. Der Anspruch auf Datenherausgabe ist nicht abhängig vom Abschluss eines Netzübernahmevertrags.

2.3. Die Betroffene ist bislang Konzessionsnehmerin gegenüber der Gemeinde [REDACTED] und damit die bisher Berechtigte der Wegenutzung im Gemeindegebiet [REDACTED] i. S. v. § 46 Abs. 2 EnWG. Ihre Stellung als Nutzungsberechtigte löst die Beteiligte als neues Energieversorgungsunternehmen, ab. Das Wegenutzungsrecht wurde der Beteiligten durch die Gemeinde übertragen. Damit tritt die Beteiligte in die Rechte der Betroffene 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 Beteiligte 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 Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen zu überlassen.

Dem steht die Behauptung der Betroffenen, der Konzessionsvertrag der Beteiligten sei wegen Verstoßes gegen § 19 GWB gemäß § 134 BGB nichtig, nicht entgegen. Es ist weder durch den alten Konzessionsnehmer noch durch die Regulierungsbehörde im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens nach § 65 EnWG zu überprüfen, ob die Konzessionsvergabe rechtlich fehlerfrei erfolgt ist. Notwendig, aber auch ausreichend ist insoweit, dass die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung durch den Abschluss eines Konzessionsvertrags nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG mit dem Unternehmen zum Ausdruck gebracht hat. Etwaige rechtliche Mängel des Konzessionsvertrags – das können neben dem hier behaupteten Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB beispielsweise auch Fragen der Vertretungsbefugnis der handelnden Personen und Organe, zivilrechtliche Anfecht-

tungsgründe oder sonstige Mängel sein – sind nicht im Rahmen des Rechtsverhältnisses zwischen altem und neuen Energieversorgungsunternehmen zu prüfen, sondern im Rahmen des Rechtsverhältnis der Gemeinde zum neuen Energieversorgungsunternehmen und/oder der unterlegenen Bewerber im Vergabeverfahren zur Gemeinde. Etwas anderes mag im Einzelfall gelten, wenn der Konzessionsvertrag an einem offensichtlichen und schwerwiegenden Mangel leidet. Dafür ist vorliegend aber nichts ersichtlich. Die Betroffene macht lediglich geltend, die Gemeinde [REDACTED] habe sich bei der Vergabeentscheidung einseitig an fiskalischen Interessen und nicht an den Zielen des § 1 EnWG orientiert. Darin ist jedenfalls kein offensichtlicher Mangel zu erkennen.

Das Verständnis der Beschlusskammer vom Begriff „neues Energieversorgungsunternehmen“ steht mit dem Wortlaut von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG im Einklang. Die Regelung sieht vor, dass die notwendigen Verteilungsanlagen „dem neuen Energieversorgungsunternehmen“ zu übereigen sind, wenn „solche Verträge [also Verträge nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG] nach ihrem Ablauf nicht verlängert“ werden. Voraussetzung ist also in erster Linie die Nichtverlängerung des bisherigen Konzessionsvertrags. Zwar lässt sich aus dem systematischen Zusammenhang schließen, dass mit dem „neuen Energieversorgungsunternehmen“ der neue Konzessionsinhaber gemeint ist. Ob dafür aber ein rechtlich einwandfreier Konzessionsvertrag erforderlich ist oder ob es ausreicht, dass die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung durch den Abschluss eines Konzessionsvertrags zum Ausdruck gebracht hat, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen.

Für das Verständnis der Beschlusskammer spricht vor allem der Sinn und Zweck des Übereignungsanspruches nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Dieser soll den neuen Netzbetreiber tatsächlich und rechtlich in die Lage versetzen, den Netzbetrieb aufzunehmen. Damit soll die Entscheidung der Gemeinde bei der Konzessionsvergabe umgesetzt werden. Gleichzeitig soll die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege durch den alten Konzessionsnehmer beendet werden. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG dient somit den Interessen den neuen Netzbetreibers und der Gemeinde, nicht den Interessen des bisherigen Konzessionsnehmers oder der unterlegenen Bewerber im Vergabeverfahren.

Dem entspricht, dass der bisherige Konzessionsnehmer als solcher kein berechtigtes Interesse hat, die Übereignung des Netzes wegen etwaiger Mängel im Vergabeverfahren zu verweigern. Aus seiner Sicht ist es vielmehr unerheblich, ob der neue Netzbetreiber seine Position rechtlich einwandfrei erlangt hat, solange der alte Netzbetreiber seine Verpflichtungen nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG mit befreiender Wirkung gegenüber dem neuen Netzbetreiber erfüllen kann. Dies ist durch das Verständnis der Beschlusskammer sichergestellt. Würde man hingegen den Übereignungsanspruch von einem rechtlich unanfechtbaren Konzessionsvertrag abhängig machen, würde man dem alten Netzbetreiber die Obliegenheit aufbürden, den neuen Konzessionsvertrag unter allen denkbaren Gesichtspunkten rechtlich zu prüfen. Denn andernfalls liefe er Gefahr, an

das „falsche“ Energieversorgungsunternehmen zu leisten und damit seine Pflicht aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG nicht zu erfüllen. Er trägt damit das Risiko, dass der Konzessionsvertrag – möglicherweise Jahre nach der Übereignung der Verteilungsanlagen – als nichtig oder unwirksam angesehen wird. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass es der alte Netzbetreiber nicht in der Hand hat, ob und ggf. wann Einwendungen irgendeiner Art gegen den neuen Konzessionsvertrag erhoben werden. So ist es möglich, dass andere unterlegene Mitbewerber um die Konzession die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags geltend machen. Ebenso können rechtliche Mängel beispielsweise durch Missachtung von kommunalrechtlichen Vorgaben entstanden sein.

Mängel im Vergabeverfahren können nur unterlegene Mitbewerber in dem dafür vorgesehenen Verfahren geltend machen. Auch in dem Fall – wie vorliegend –, in dem der alte Netzbetreiber zu den unterlegenen Mitbewerbern gehört, kann er etwaige Mängel nicht dem Übereignungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG entgegenhalten. Würde man den Einwand etwaiger Mängel im Vergabeverfahren zulassen, würde dies den alten Netzbetreiber gegenüber anderen unterlegenen Mitbewerbern bevorzugen, die auf dieses „Rechtsmittel“ nicht zurückgreifen können. Rechtsschutz gegen Mängel im Vergabeverfahren ist vielmehr ausschließlich über den Zivilrechtsweg oder bei den Kartellbehörden zu suchen. Insoweit besteht auch die Möglichkeit, Eilrechtsschutz gegen die Gemeinde oder den Inhaber der Konzession zu suchen, um die Übereignung des Netzes an den „falschen“ Netzbetreiber zu verhindern. In Fällen, in denen es sich erst nach Übereignung der Verteilungsanlagen herausstellt, dass der Konzessionsvertrag an einem erheblichen Mangel leidet, besteht ein Anspruch des „richtigen“ neuen Netzbetreibers gegen den „falschen“ neuen Netzbetreiber auf Übereignung der Anlagen aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG analog. Wenn bereits der bisher Nutzungsberechtigte nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG nach Ablauf seines Konzessionsvertrags zur Übereignung verpflichtet ist, muss dieses für den „falschen“ neuen Netzbetreiber erst recht gelten.

Auf die Frage, ob der Konzessionsvertrag vorliegend nach § 134 BGB nichtig ist, weil die Gemeinde gegen §§ 19, 20 GWB verstoßen hat, kommt es daher für die hier zu treffende Entscheidung nicht an. Dementsprechend kann auch offen bleiben, ob § 134 BGB in Fällen einer unterschiedlichen Behandlung durch Bevorzugung einzelner Marktpartner überhaupt anwendbar ist (vgl. dazu LG Kiel, Urt. v. 3.2.2012, Az. 14 O 12/11.Kart).

2.4. Zu den zu übereignenden, zum Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen zählen auch die streitigen Mittelspannungsleitungen. Somit umfasst der Anspruch auf Datenherausgabe auch die Daten in Bezug auf diese Mittelspannungsleitungen.

2.4.1. Neben den hier unstrittigen Niederspannungsanlagen 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 EnWG, 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 niedriger 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.

2.4.2. 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 Gemeindegebiet 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 hinweggedacht werden, ohne dass die Versorgung im Gemeindegebiet zumindest teilweise entfiel.

2.4.3. 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 vereinzelter 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 überörtlichen 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. Daher geht der nur aus dem Wortlaut und der Grammatik des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG hergeleitete Einwand der Betroffenen fehl, eine Beschränkung auf im Gemeindegebiet belegene Anlagen ließe sich nicht aus dem Begriff „im Gemeindegebiet“ herleiten, da dieser bereits für die Bestimmung der Letztverbraucher, deren Versorgung durch die zu überlassenen Verteilungsanlagen gesichert werden soll, „verbraucht“ sei.

2.4.4. Danach sind die hier streitigen Leitungen der Mittelspannung an den neuen Konzessionsnehmer zu übertragen. Dementsprechend umfasst der Anspruch auf Datenherausgabe auch

die Daten, die die Mittelspannungsleitungen im Konzessionsgebiet betreffen. 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 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 Beteiligte 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 reduziert. Ihre Vorenthaltung würde zahlreiche Schnittstellen zum vorgelagerten Netz entstehen lassen, deren hohe Zahl als Indiz für die Einbindung ins lokale Netz zu sehen ist.

2.5. Der Pflicht zur Überlassung der Mittelspannungsleitungen steht weiterhin nicht die Tatsache entgegen, dass es sich dabei teilweise 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 (vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.6.2011, Az. 11 U 36/10 (Kart), S. 14 ff. UA). Die fraglichen Leitungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht ausschließlich in den Grenzen des Konzessionsgebiets 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.

2.5.1. Die Betroffene geht fehl in der Annahme, eine enge Normauslegung des § 46 Abs. 2 EnWG, wonach überregionalen Zwecken dienende Anlagen von der Übereignung ausgenommen seien, sei aus einem Bedeutungsverlust der Norm herzuleiten. Zuzugeben ist, dass sich infolge der Regulierung des Netzzugangs ein Wettbewerb im Netz etabliert hat. 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.

2.5.2. Die Betroffene folgt weiter der Auffassung, dass multifunktionale Leitungen von der Überlassung ausgenommen seien, da sich die Überlassungspflicht allenfalls auf die unmittelbar und ausschließlich zur Letztverbraucherversorgung notwendigen Anlagen beschränke. Der Begriff „Verteilungsanlagen“ in § 46 Abs. 2 EnWG erfasse nicht Anlagen, die Bestandteil eines überörtlichen Netzes sind.

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 Beteiligte nur mittelbar erforderlich, vielmehr rügt sie, dass auch sie selbst – bzw. andere Verteilernetzbetreiber in der Region – auf eine Nutzung dieser Leitung angewiesen sei, stellt somit die These auf, nur ausschließlich von der Neukonzessionärin genutzten Leitungen dürften auch in ihr Eigentum übergehen. Hierfür bietet die Regelung des § 46 Abs. 2 EnWG jedoch keinerlei Anhaltspunkte.

Selbst wenn man unterstellt, dass diese Frage in dem Merkmal der „Unmittelbarkeit“ ihren Niederschlag gefunden haben sollte, spricht hier bereits der Wortlaut des § 46 EnWG gegen ein Hindernis für die Überlassung. 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 Absatz 2 zu übertragen, den 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 Endschaffungsklauseln vertraglich vereinbart ist (so auch OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.6.2011, Az. 11 U 36/10 (Kart), S. 14, 16 UA). Hätte der Gesetzgeber den Überlassungsanspruch derart eng fassen wollen, hätte er dies in Kenntnis der gebräuchlichen konzessionsvertraglichen Klauseln regeln können.

Gegen die Annahme, dass die gemischt-genutzten Anlagen „notwendig“ für die örtliche Versorgung sind, spricht auch nicht, dass der nachgelagerte Netzbetreiber die Leitungen im Wege der Durchleitung nach § 20 EnWG nutzen könnte. Die Möglichkeit der Durchleitung ist immer gegeben, so dass eine Berücksichtigung bei der Bestimmung der notwendigen Anlagen i. S. d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG die Regelung leerlaufen ließe. Der gesetzlichen Regelung ist für diese Situation vielmehr eine Vorgabe zugunsten des neuen Netzbetreibers zu entnehmen (OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.6.2011, Az. 11 U 36/10 (Kart), S. 17 f. UA). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch die Betroffene einen Anspruch auf Nutzung der Leitungen im Wege der Durchleitung hat.

Damit vermag die Beschlusskammer auch der historischen Auslegung der Betroffenen nicht zu folgen (vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.6.2011, Az. 11 U 36/10 (Kart), S. 15 UA).

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 könnte Netzanschlussbegehren von Letztverbrauchern dazu führen, dass diese entweder nur durch Anschluss an die beim Altkonzessionsnehmer verbleibenden Leitungen oder die Schaffung paralleler Infrastrukturu-

ren 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 § 46 Abs. 1 EnWG zu behandeln wären. Sie unterfielen nicht mehr dem Regelungsregime der qualifizierten Wegenutzung, womit dem alten Versorger faktisch ein Ewigkeitsrecht am Betrieb dieser Leitungen eingeräumt würde. Eine Statuierung von Ewigkeitsrechten läuft dem vom Gesetzgeber verfolgten Regelungsziel zuwider. Ein „überörtliches Verteilungsnetz“, das dem Wettbewerb um Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung entzogen ist, ist nicht vorgesehen (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.6.2011, Az. 11 U 36/10 (Kart), S. 17 UA).

Dies gilt umso mehr, als andernfalls besonders attraktive Netzanschlusskunden dem Wettbewerb entzogen werden könnten. Eine Ausnahme gemischt-genutzter Leitungen könnte damit auch die wirtschaftliche Betriebsführung des Netzes gefährden. Grund hierfür ist, dass wirtschaftlich lukrative Sondervertragskunden häufig gerade an solche Leitungen in höheren Spannungsebenen oder Druckstufen (bei der Gasversorgung) unmittelbar angeschlossen sind, die zugleich auch dem Energietransport in die Nachbargemeinde dienen. Verbleiben diese Leitungen beim bisherigen Konzessionsnehmer, profitieren seine Entgelte und nicht die des neuen Konzessionsnehmers. 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.

Sofern die Betroffene eine „Zersplitterung“ der Netzstruktur befürchtet, nimmt die Beschlusskammer diese Bedenken sehr ernst. Als Maßstab für die Überlassung hat der Gesetzgeber nicht die gewachsene Netzstruktur, sondern die örtliche Versorgung innerhalb der Grenze des Konzessionsgebiets gewählt. Die Herauslösung von Verteilernetzen aus einer gewachsenen 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 regionaler Versorger sein wird. Jedenfalls bedeutet der Konzessionsnehmerwechsel Veränderungen für die Netzlandschaft, die der Gesetzgeber als notwendiges Mittel zur Schaffung von Wettbewerb 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. Diese Entscheidung des Gesetzgebers kann zur Folge haben, dass gemischt-genutzte Anlagen – wie im vorliegenden Fall – unabhängig von den gewachsenen überörtlichen Netzstrukturen an den neuen Netzbetreiber des örtlichen Verteilernetzes übergehen.

2.5.3. Schließlich stehen der Übereignung 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 nicht 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 Übereignung der multifunktionalen Leitungen Einschnitte in die sichere und zuverlässige Versorgung bedeuten. Die Beigeladene und andere Netzbetreiber in der Region haben mit der Kooperationsvereinbarung vom [REDACTED] ihren Willen deutlich gemacht, einen funktionierenden und sicheren Betrieb der Verteilernetzanlagen in der Region sicherzustellen. Wie diese Zusammenarbeit im Detail gestaltet ist, ist Sache der Beigeladenen. Die Kammer vermag aber jedenfalls nicht zu erkennen, dass der kooperative Betrieb der Mittelspannungsanlagen in der Region zwangsläufig einem Verlust an Versorgungssicherheit nach sich ziehen muss.

Gleiches gilt im Ergebnis für die Umsetzung der erforderlichen Netzentflechtung. Durch die Netzentflechtung entstehen zwar neue Netzgrenzen, deren Betrieb aber 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 bedürfe. Dass es an irgendeiner Stelle zu Einbußen für die sichere und zuverlässige Versorgung kommt, vermag die Beschlusskammer nicht zu erkennen.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob es der Betroffenen – wie sie meint – „nicht zumutbar“ ist, dass sie sich zu einer einheitlichen Betriebsführung verschiedener öffentlicher Verteilernetze bereit erklärt. Es ist der Betroffenen jedenfalls zuzumuten, im Rahmen der Zusammenarbeitspflicht der Netzbetreiber auch mit neuen Netzbetreibern zusammenzuarbeiten, die einen Teil des bisherigen Netzes der Betroffenen durch Konzessionswechsel übernehmen.

2.5.4. Es liegt an den Parteien des Konzessionsnehmerwechsels, durch die Gestaltung des Entflechtungskonzepts 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 verlangen, dass eine Leitung bis zur Grenze oder beispielsweise nur bis zu einer einige Kilometer von der Grenze entfernten Ortsnetzstation übereignet wird, dass eine Mess- und Trennstelle in Grenznähe oder in Absprache mit dem benachbarten Konzessionsnehmer sogar hinter der Konzessionsgebietsgrenze errichtet wird oder dass 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 Beteiligten ein sinnvolles Konzept zu erarbeiten und zu realisieren, um ein sicheres und zuverlässiges Elektrizitätsversorgungssystem zu gewährleisten. Das schließt selbstverständlich einen Austausch der dazu notwendigen Informationen 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 Übereignung des einheitlichen Verteilernetzes in der Gemeinde Ratekau ohne Einbußen für die Versorgungsqualität möglich ist.

Zuzugeben ist, dass die Neustrukturierung des Netzes und der Betrieb Absprachen erfordern. Während die Betroffene vorher allein 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 entstehenden Nachteile ausgleichen können. [REDACTED]

[REDACTED] 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.

2.5.5. Die Pflicht zur Überlassung 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 Ratekau 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.

2.5.6. Demnach sind grundsätzlich alle im Gemeindegebiet der Gemeinde [REDACTED] belegenden Mittelspannungsanlagen der Betroffenen nach § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG der Beteiligten zu überlassen. Die Betroffene hat nicht vorgetragen, dass ein Teil dieser Leitungen ausschließlich oder ganz überwiegend Transitfunktionen erfüllen. Dafür sind auch keinerlei Anhaltspunkte erkennbar. Vielmehr sind die Mittelspannungsleitungen auf dem Gemeindegebiet der Gemeinde [REDACTED] alle zumindest auch für die örtliche Versorgung notwendig.

2.6. Die Betroffene hat in Bezug auf die Leitungen, die nach § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG zu überlassen sind, die Informationen herauszugeben, die für den Betrieb der Leitungen erforderlich sind. Das umfasst zum einen die erforderlichen technischen Daten, Netzplänen und Kundendaten. Zum anderen umfasst die Herausgabepflicht aber auch die – hier strittigen – Daten über die Kostenstruktur der Anlagen, nämlich

- die erstmaligen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten,
- das Jahr der erstmaligen Aktivierung (historisches Anschaffungsjahr),
- die verwendeten kalkulatorischen Nutzungsdauern und Zeitpunkte etwaiger Nutzungsdauerwechsel,
- der Wartungszustand des Sachanlagevermögens bzw. die allgemeinen und besonderen operativen Kosten des Netzes, wie beispielsweise Instandhaltungskosten oder Betriebskosten, die auf das zu übernehmende Netz entfallen und
- vereinnahmte und nicht aufgelöste Netzanschlusskosten und Baukostenzuschüsse i. S. d. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 StromNEV.

2.6.1. Die Herausgabe dieser Daten dient dem Zweck, das andernfalls bestehende Informationsungleichgewicht bei den Verhandlungen über die wirtschaftlich angemessene Vergütung zu beseitigen. Die Daten sollen den neuen Konzessionsnehmer in die Lage versetzen, die künftige Kostenstruktur und damit die künftig erzielbaren Erlöse in Form der durch die zuständige Regulatorbehörde festgelegten Erlösobergrenze abzuschätzen. Sie dienen damit als Grundlage für einen Antrag auf Neufestlegung der Erlösobergrenze nach § 26 Abs. 2 ARegV und zugleich

für die Bestimmung der angemessenen Vergütung nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG (zur Berechnung der Vergütung vgl. den Beschluss der Beschlusskammer vom 26.1.2012, Az. BK6-11-052, S. 21 f.).

Nach § 26 Abs. 2 ARegV werden bei einem teilweisen Übergang eines Energieversorgungsnetzes auf einen anderen Netzbetreiber und bei Netzaufspaltungen die Erlösobergrenzen auf Antrag der beteiligten Netzbetreiber neu festgelegt. Dabei darf die Summe beider Erlösanteile die für das Netz insgesamt festgelegte Erlösobergrenze nicht übersteigen.

Für die Aufteilung der Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV sollte ein Maßstab gewählt werden, der sich ausgehend von einer detaillierten Darstellung des Sachanlagevermögens und dessen Wartungszustands an einer Aufteilung der Kosten des Ausgangsniveaus nach § 6 ARegV orientiert. Unter Anwendung des für den abgebenden Netzbetreiber ermittelten Effizienzwertes können dann für den übergehenden und den verbleibenden Netzanteil die neuen kalenderjährlichen Erlösobergrenzen der Regulierungsperiode ermittelt werden (vgl. Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV, Stand: September 2011, S. 14). Das Ausgangsniveau bestimmt sich gemäß § 6 Abs. 1 ARegV nach den Vorschriften des Teils 2 Abschnitt 1 der Stromnetzentgeltverordnung. Das Ausgangsniveau setzt sich demnach zusammen aus den aufwandsgleichen Kosten, den kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung sowie den kalkulatorischen Steuern (§ 4 Abs. 2 S. 2 StromNEV). Relevant sind insoweit aber nur die Kosten, die mit dem übergehenden Netzteil in Verbindung stehen. So lassen sich die aufwandsgleichen Kosten nach § 5 StromNEV auf Basis der Informationen über den Wartungszustand des Sachanlagevermögens bzw. die allgemeinen und besonderen operativen Kosten des Netzes, wie beispielsweise Instandhaltungskosten oder Betriebskosten, die auf das zu übernehmende Netz entfallen, hinreichend genau abschätzen. Die kalkulatorischen Abschreibungen nach § 6 StromNEV und die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens i. S. d. § 7 StromNEV lassen sich aus den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, dem Anschaffungsjahr, der verwendeten kalkulatorischen Nutzungsdauer und den Zeitpunkten etwaiger Nutzungsdauerwechsel bestimmen. Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV ist abhängig von den kalkulatorischen Restwerten und der Finanzierungsstruktur des Netzbetreibers, so dass insoweit keine weitergehende Auskünfte des neuen Konzessionärs gegen den alten Konzessionär notwendig sind. Die kalkulatorischen Steuern errechnen sich aus der Eigenkapitalverzinsung, so dass auch insoweit keine weiteren Auskünfte notwendig sind. Schließlich sind bei der Berechnung der voraussichtlichen Erlösobergrenze vereinnahmte, aber noch nicht aufgelöste Ertragszuschüsse nach § 9 StromNEV zu berücksichtigen, da sie die Erlösobergrenze verringern.

2.6.2. Die Betroffene ist dagegen nicht verpflichtet, entsprechende Daten bezüglich ihres Gesamtnetzes herauszugeben. Die Beteiligte benötigt diese Daten weder für den Antrag nach § 26 Abs. 2 ARegV noch für die Bestimmung der angemessenen Vergütung nach § 24 Abs. 2 S. 2 EnWG. Es besteht daher keinen Anlass, die selbstständige Nebenpflicht zum gesetzlichen Anspruch auf Übereignung der notwendigen Verteilungsanlagen nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG auf Datenherausgabe auf Anlagen auszuweiten, die nicht zu überlassen sind.

Soweit die Kosten anlagenscharf zugeordnet werden können, ist eine Bestimmung der Kostenstruktur des übergehenden Netzteils ohne weiteres auf Grundlage der zu übergebenden Daten möglich. Doch auch soweit eine solche anlagenscharfe Zuordnung nicht möglich ist, lässt sich die Schlüsselung der Kosten anhand der zu übergebenden Daten hinreichend genau plausibilisieren. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass Grundlage für die Aufteilung der Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV – und damit auch für die Bestimmung des Ertragswerts der übergehenden Anlagen – nicht die Kosten sind, die der abgebende Netzbetreiber spart, sondern die Kosten, die für den Betrieb des übergehenden Netzteils erforderlich sind. Diese Kosten lassen sich mit den zu übergebenden Daten bestimmen. Eine exakte Kenntnis der Schlüssel, mit der die nicht konkret zuzuordnenden Kostenblöcke aufgeteilt werden, ist dafür nicht erforderlich (vgl. zu den Details den Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV vom September 2011).

Fehlt damit bereits ein berechtigtes Interesse des neuen Energieversorgungsunternehmens, Kostendaten des Gesamtnetzes des alten Energieversorgungsunternehmens zu erhalten, kommt es auf die Frage nicht an, ob diese Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen.

3. 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 Juli 2010 über die Netzentflechtung, ohne zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen. Dabei verhindert im Kern die Weigerung der Betroffenen, die Daten bezüglich der Mittelspannungsleitungen herauszugeben, Fortschritte bei den Verhandlungen. Durch die fehlende Einigung wird der Konzessionsnehmerwechsel über das Auslaufen des alten Konzessionsvertrags hinaus verzögert und gesetzliche Verpflichtungen sind nicht umgesetzt. Ursprünglich war der 1.1.2012 als Termin für den Übergang des Netzes vorgesehen. Zwar kann die Beteiligte ihre Ansprüche grundsätzlich auch auf dem Zivilrechtsweg durchsetzen. Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung des Verfahrens für zahlreiche weitere Fälle, in denen ebenfalls die hier in Frage stehende Datenherausgabepflicht und die Überlassung sogenannter multifunktional genutzter Anlagen relevant und von grundlegender Bedeutung sind, hält die Beschlusskammer ein Tätigwerden im Rahmen

ihrer allgemeinen Aufsichtsbefugnis zur Verpflichtung der Betroffenen jedoch für erforderlich. Allein der Umstand, dass eine Klärung der hier grundsätzlich relevanten Rechtsfragen in einem zivilgerichtlichen Verfahren, an dem die Bundesnetzagentur nicht beteiligt ist, möglicherweise alsbald erfolgen könnte, steht dem nicht entgegen. Denn weder ist absehbar, wann eine gerichtliche Entscheidung erfolgt, noch ist sichergestellt, dass sie überhaupt ergeht. Unabhängig davon wäre aber selbst bei einer erfolgten zivilgerichtlichen Klärung nicht ausgeschlossen, dass die Kammer ihrerseits es für angezeigt hält, zu der Rechtsfrage in einem Beschluss Stellung zu nehmen.

Die Verpflichtungen des Tenors zu 2. bis 5. sind angezeigt, obwohl der Antrag nur auf Herausgabe der Daten gerichtet war. Die Beschlusskammer ist nicht an den Antrag der Beteiligten gebunden, sondern kann darüber hinaus gehen. Im Verfahrensverlauf ist deutlich geworden, dass die Betroffenen im Kern die Pflicht zur Überlassung eines Großteils der Mittelspannungsanlagen im Konzessionsgebiet in Zweifel zieht. Die Verpflichtung, die Mittelspannungsanlagen zu überlassen, ist daher angezeigt, um weitere Rechtsstreitigkeiten und weitere Verzögerungen der Netzentflechtung zu vermeiden.

4. Die im Tenor zu 1. genannte Frist ist angemessen. Die zu überlassenen Daten liegen bei der Betroffenen vor und lassen sich mit verhältnismäßig geringem Aufwand zusammenstellen. Daher hält die Beschlusskammer eine Frist von einem Monat für die Übergabe der Daten für ausreichend.

Auch die im Tenor zu 5. genannte Frist ist angemessen. Da die zu überlassenden Netzanlagen im übrigen bereits feststehen und die Lage der streitigen Mittelspannungsanlagen ebenso wie Vorschläge für mögliche Netzübergabestellen der Betroffenen und Beteiligten 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.

5. 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

Andreas Foxel
Beisitzer

Jens Lück
Beisitzer