

### Zum Anspruch auf Duldung der Verlegung eines Stromkabels

*EnWG § 46 Abs. 1; GWB §§ 19, 20*

1. Öffentliche Verkehrswege i.S. des § 46 Abs. 1 EnWG sind sämtliche Wege einer Gemeinde, auf denen tatsächlich der öffentliche Verkehr eröffnet ist. Auf eine straßenrechtliche Widmung kommt es nicht an.

2. Die Verlegung einer Leitung, mit der lediglich Strom in ein vorhandenes Netz eingespeist werden soll, dient nicht der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern und fällt daher nicht unter § 46 Abs. 1 EnWG.

3. Die Weigerung einer Gemeinde, es einem Erzeuger von Strom aus Erneuerbaren Energien zu gestatten, eine Leitung, mit der der erzeugte Strom in das allgemeine Versorgungsnetz eingespeist werden soll, in den öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinde zu verlegen, kann den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB oder eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 GWB darstellen.

*BGH, Urteil v. 11. 11. 2008 – KZR 43/07 – (OLG Brandenburg [Neue Trift])*

#### Aus dem Tatbestand:

[1] Die Klägerin (Kl.) projiziert Windkraftanlagen und hat auf dem Gebiet der beklagten Gemeinde zwei Windkraftanlagen errich-

tet. Sie will den Anschluss ihrer beiden Windkraftanlagen an das Stromnetz des örtlichen Netzbetreibers herbeiführen. Zu diesem Zweck verlangt sie von der beklagten Gemeinde die Gestattung der Kabelverlegung auf einem im Eigentum der Gemeinde stehenden Weg, der in Ortsplänen die Bezeichnung »Neue Trift« trägt und der Gemeinde durch Vermögenszuordnungsbescheid als »öffentlicher Weg« zugewiesen wurde. Am westlichen Ende dieses Weges sollte die Leitung an das Stromnetz angeschlossen werden.

[2] Die Kl. stützt ihren Anspruch in erster Linie auf § 46 Abs. 1 EnWG. Sie meint, der Weg »Neue Trift« sei ein öffentlicher Verkehrsweg im Sinne dieser Bestimmung. Deshalb habe sie – gegen Entgelt – einen Anspruch auf Gestattung der Verlegung ihrer Mittelspannungskabel. An diesem Anspruch halte sie fest, auch wenn sie mittlerweile die Windkraftanlagen mit Hilfe einer anderen – teureren – Leitung an das Stromnetz angeschlossen habe. Im Übrigen liege in der Verweigerung der Zustimmung ein Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB.

[3] Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihren Klageantrag weiter.

#### Aus den Gründen:

[4] Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[5] I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Kl. aus § 46 Abs. 1 EnWG ebenso wie einen kartellrechtlichen Anspruch verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

[6] Es könne dahinstehen, ob die Regelung des § 46 Abs. 1 EnWG eine Einspeisung von Strom ins allgemeine Netz überhaupt erfasse oder ob den Erzeugern Erneuerbarer Energien das Zugangsrecht nach § 46 EnWG nicht deshalb zu gewähren sei, weil jedenfalls auch Letztverbraucher allgemein aus dem betreffenden Netz versorgt würden. Die Klage sei jedenfalls deshalb unbegründet, weil der Weg »Neue Trift«, auf den sich der geltend gemachte Anspruch beziehe, kein öffentlicher Verkehrsweg im Sinne des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG sei. Dieser Weg sei nie dem öffentlichen Verkehr gewidmet worden. Die Widmungsfiktion nach § 48 Abs. 7 des Brandenburgischen Straßengesetzes (BbgStrG) gelte hier nicht, weil bis zur Wiedervereinigung der Grund als Ackerfläche genutzt worden sei und dieser Weg erst später im Zuge der Parzellierung des landwirtschaftlich genutzten Grundes angelegt worden sei. Hieran ändere sich auch nichts, wenn der Weg – wie in den unter Beteiligung der Parteien ergangenen verwaltungsgerichtlichen Urteilen ausgeführt werde – das Grundstück der Kl. erschließe. Die Erschließungsfunktion eines Weges begründe noch nicht seine Eigenschaft als öffentlicher Weg im Sinne der §§ 2, 3 BbgStrG. Bei dem im Eigentum der Beklagten (Bekl.) stehenden Weg handele es sich deshalb nicht um eine öffentliche Sache, sondern um Fiskalvermögen. Dieses könne die Kl. weder nach § 46 Abs. 1 EnWG noch aufgrund kartellrechtlicher Normen für ihre Zwecke in Anspruch nehmen. Eine marktbeherrschende Stellung der Bekl. käme allenfalls in Bezug auf öffentliche Verkehrswege in Betracht. Zudem fehle es an einer unbilligen Behinderung, weil die Kl. für den jetzt gewählten Anschluss über andere Grundstücke nur um ein Drittel höhere Kosten habe aufwenden müssen.

[7] II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht lehnt zwar im Ergebnis zutreffend einen Anspruch der Kl. nach § 46 Abs. 1 EnWG ab. Die bislang getroffenen Feststellungen rechtfertigen indessen eine Verneinung kartellrechtlicher Ansprüche aus § 33 i. V. mit §§ 19, 20 GWB nicht. Die Revision führt daher zur Aufhebung und Zurückverweisung.

[8] 1. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht eine auf § 46 Abs. 1 EnWG gestützte Verpflichtung der Bekl. verneint, die Verlegung des Stromkabels in ihrem Wegegrundstück zu dulden.

[9] a) Das Berufungsgericht hat allerdings das Tatbestandsmerkmal der »öffentlichen Verkehrswege« nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG unzutreffend ausgelegt.

[10] aa) Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben die Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet zur Verfügung zu stellen. Damit begründet diese Regelung einen Kontrahierungszwang zu Lasten der Gemeinden. Die besondere Inanspruchnahme des öffentlichen Wegenetzes für die Verlegung von Versorgungsleitungen erklärt sich in erster Linie damit, dass öffentliche Wege und Straßen schon immer die Funktion hatten, Träger des Leitungsnetzes zu sein, aus dem die Letztverbraucher versorgt werden. Der Kontrahierungszwang dient vor diesem Hintergrund dem Ziel, die faktisch starke Stellung der Gemeinden im Hinblick auf die Versorgung ihrer Einwohner mit Elektrizität zu begrenzen (Salje in Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, 2. Aufl., Kap. 58 Rdn. 27).

[11] bb) Öffentliche Verkehrswege im Sinne des § 46 Abs. 1 EnWG sind nicht nur die öffentlichen Straßen im Sinne der Landesstraßengesetze. Vielmehr reicht es für die Bejahung eines öffentlichen Verkehrsweges aus, dass die Gemeinde auf ihrem Grund den öffentlichen Verkehr eröffnet hat. Auch ohne dass eine Widmung vorliegt, wie sie die Landesstraßengesetze – etwa auch § 2 Abs. 1 BbgStrG – voraussetzen, kann die Gemeinde faktisch auf dem in ihrem Eigentum stehenden Weg den öffentlichen Verkehr zulassen. Ein Weg, der tatsächlich wie rechtlich die Möglichkeit eröffnet, an die einzelnen Grundstücke heranzufahren, kann für die verkehrsmäßige Erschließung ausreichen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29. 8. 2000 – 11 B 48/00, NVwZ-RR 2001, 180 m.w.N.). Ob die Gemeinde als Straßenbaubehörde einen Weg als öffentliche Straße widmet oder ihn als Privatweg dem öffentlichen Verkehr zugänglich macht, obliegt ihrer Entscheidung. Diese Entscheidung kann jedoch keinen Einfluss auf ihre Gestattungspflicht gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben. Andernfalls könnte die Gemeinde durch die Bestimmung des rechtlichen Status ihrer Wege steuernd in die Energieversorgung eingreifen und sich ihrer gesetzlichen Verpflichtung aus § 46 Abs. 1 EnWG entziehen. Das Merkmal der »öffentlichen Verkehrswege« ist daher in dem Sinne zu verstehen, dass es – ungeachtet einer Widmung – ausreicht, wenn der Verkehrsweg tatsächlich dem öffentlichen Verkehr eröffnet worden ist und in rechtlich zulässiger Weise zu Verkehrszwecken genutzt werden kann. Dies ist zu bejahen, wenn der fragliche Weg dazu dient, die Erschließung der angrenzenden Grundstücke sicherzustellen (Theobald in Danner/Theobald, EnWG, 56. Lfg., § 46 Rdn. 16; a.A. Salje, EnWG, § 46 Rdn. 24).

[12] Der Gemeinde ist es zuzumuten, auch in solchen Wegen die Leitungen von Stromversorgern zu dulden. Ebenso wie bei gewidmeten Straßen werden die berechtigten Interessen der Gemeinde in der Regel nicht dadurch

berührt, dass in dem Wegegrundstück zusätzlich Versorgungsleitungen verlegt werden.

[13] cc) Wird dieses Verständnis zugrunde gelegt, handelt es sich bei der »Neue Trift« nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen um einen öffentlichen Verkehrsweg im Sinne des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Dieser Weg verbindet nicht nur eine Landmit einer Ortsstraße. Er erschließt auch die anliegenden (landwirtschaftlichen) Flurstücke. Der Weg ist an seinem östlichen Ende bebaut und verfügt über eine Straßenbeleuchtung. Hinzu kommt, dass der Bekl. das Eigentum an dem Wegegrundstück durch Vermögenszuordnungsbescheid der Oberfinanzdirektion Berlin vom 10. 12. 2002 als Verwaltungsvermögen mit der Bezeichnung »öffentlicher Weg« zugeordnet worden ist.

[14] b) Ein Anspruch der Kl. nach § 46 Abs. 1 EnWG auf Duldung der Verlegung der Kabel scheidet aber dennoch aus, weil die von ihr beabsichtigte Kabelverlegung nicht der unmittelbaren Versorgung dient. Dabei kann offenbleiben, ob es sich bei dem Netz, in das die Kl. ihren Strom einspeisen will, um ein überregionales Netz handelt, wie es an einer Stelle des Berufungsurteils anklängt. Jedenfalls beschränkt sich die Funktion des Kabels, mit dem die Verbindung zwischen einer Stromerzeugungsanlage einerseits und einem vorhandenen Netz andererseits hergestellt werden soll, auf die Einspeisung. Die Verlegung solcher Leitungen, mit denen lediglich ein Zugang zu einem vorhandenen Netz geschaffen werden soll, um Strom einzuspeisen, fällt nicht unter § 46 Abs. 1 EnWG, weil sie nicht der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dient (vgl. BGH, Urt. v. 1. 10. 2008 – VIII ZR 21/07, WM 2009, 184 Tz. 20). Dies gilt auch dann, wenn das Netz, in das der Strom eingespeist werden soll, seinerseits auf die unmittelbare Versorgung von Letztverbrauchern (§ 3 Nr. 25 EnWG) und nicht lediglich auf die Verteilung von Elektrizität (§ 3 Nr. 37 EnWG) ausgerichtet ist.

[15] 2. Gleichwohl hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen können kartellrechtliche Ansprüche der Kl. (§§ 19, 20 i. V. mit § 33 GWB) nicht verneint werden.

[16] a) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zum relevanten Markt getroffen. Vielmehr hat es die Normadressateneigenschaft der Bekl. schon deswegen verneint, weil eine Marktbeherrschung von vornherein nur hinsichtlich öffentlicher Verkehrswege in Betracht komme, nicht aber hinsichtlich des Fiskalvermögens, dem der Weg »Neue Trift« zuzurechnen sei. Dieser Beurteilung kann schon deswegen nicht beigetreten werden, weil es sich bei dem fraglichen Wegegrundstück der Bekl. – wie dargelegt – um einen öffentlichen Verkehrsweg handelt.

[17] b) Kartellrechtliche Ansprüche der Kl. können auch nicht aus anderen Gründen verneint werden. Es spricht viel dafür, dass für die von der Kl. nachgefragte Leistung – die Duldung der Verlegung eines Stromkabels – von vornherein auf einen nur die öffentlichen Wege umfassenden Markt abzustellen ist, auf dem die Bekl. ohnehin die einzige Anbieterin sein dürfte. Selbst wenn bei der Marktabgrenzung auch die Möglichkeit, auf andere Grundstücke auszuweichen, berücksichtigt wird, würde sich doch an der beherrschenden Stellung der Bekl. als Eigentümerin

der öffentlichen Wege nichts ändern, weil für die Verlegung von Versorgungsleitungen im Hinblick auf die ansonsten damit verbundenen Nutzungseinschränkungen in erster Linie öffentliche Wegegrundstücke in Betracht kommen.

[18] c) Ist die Bekl. Normadressatin, kann nicht ausgeschlossen werden, dass in ihrer Weigerung, die Verlegung des Stromkabels in dem fraglichen Wegegrundstück zu gestatten, ein Missbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB oder eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 GWB liegt. Dabei muss sich die Kl. nicht von vornherein entgegenhalten lassen, dass es ihr unter Inkaufnahme höherer Kosten möglich war, das Kabel für den einzuspeisenden Strom über andere Grundstücke zu verlegen. Die Parteien haben streitig dazu vorgetragen, ob die Kl. auch jetzt noch auf eine Verlegung des Kabels in dem Weg »Neue Trift« angewiesen ist. Die Kl. hat in diesem Zusammenhang geltend gemacht, dass es sich bei der inzwischen im Interesse der Schadensminderung realisierten Lösung nur um ein Provisorium handele, das die Einspeisung nicht an der Einmündung des Weges »Neue Trift« in die Landstraße, sondern an einer 200 m davon entfernten Stelle ermögliche, die nicht »die kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage« (§ 4 Abs. 2 EEG a.F.) aufweise. Von diesem Vorbringen muss in Ermangelung anderer Feststellungen im Revisionsverfahren ausgegangen werden.

[19] III. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren werden die Parteien ergänzend dazu vortragen können, ob die Kl. auch heute noch auf die Verlegung des Kabels im Wegegrundstück angewiesen und ob es der Bekl. zuzumuten ist, die Verlegung des Stromkabels in dem Wegegrundstück zu gestatten. Dabei wird das Berufungsgericht die gesetzgeberische Wertung zu beachten haben, die im Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) vom 25. 10. 2008 ihren Niederschlag gefunden hat. Danach sind Netzbetreiber verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien vorrangig anzuschließen (§ 5 Abs. 1 EEG; vgl. § 4 Abs. 1 EEG a.F.) und diesen Strom vorrangig abzunehmen (§ 8 Abs. 1 EEG; vgl. § 4 Abs. 1 EEG a.F.); diese Verpflichtung trifft denjenigen Netzbetreiber, zu dessen Netz die kürzeste Entfernung besteht (§ 5 Abs. 1 EEG; vgl. § 4 Abs. 2 EEG a.F.; ferner dazu BGH WM 2009, 184 Tz. 11 ff.). Sollte sich herausstellen, dass die Kl. die Gestattung im Hinblick auf den vorhandenen Anschluss nicht (mehr) beanspruchen kann, wird das Berufungsgericht zu klären haben, ob die Kl. ihren als Hilfsantrag angekündigten, aber bislang nicht gestellten Antrag verlesen möchte, mit dem sie die Zahlung der Mehrkosten verlangt hat, die ihr für die Verlegung des Stromkabels über andere Grundstücke als das fragliche Wegegrundstück entstanden sind.

#### Anmerkung:

Die Entscheidung des Kartellsenats des BGH ist für die energiewirtschaftliche Praxis von dreierlei Bedeutung. Zunächst setzt sie neue Akzente bei der Auslegung des Wegenutzungsanspruchs aus § 46 Abs. 1 EnWG – so namentlich beim Begriff der öffentlichen Verkehrswege, den der Kartellsenat zu Recht weit auslegt. Dies schafft Klarheit für die Netzanbindung von Energieerzeugungsanlagen, die im nicht erschlossenen Außenbereich von Gemeinden errichtet wer-

den. Die Entscheidung ist daher von besonderem Interesse für die Anbindung von Windkraftanlagen, wie sie denn auch Gegenstand der vorliegenden Entscheidung war.

Sodann stellt der Kartellsenat ebenfalls zu Recht fest, dass Gemeinden über eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Wegenutzungsrechte verfügen. Ungeachtet spezialgesetzlicher Ansprüche auf Wegenutzung sind Gemeinden im Falle der missbräuchlichen Ausnutzung einer solchen Stellung Normadressaten kartellrechtlicher Missbrauchsverbote<sup>1</sup>. Auch wenn der Senat nicht den plastischen Begriff des Wegemonopols verwendet, wie es Teile der Literatur tun<sup>2</sup>, so kann der Fingerzeig auf kartellrechtliche Regelungen nicht genug gewürdigt werden<sup>3</sup>. Denn so deutlich hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung diesen Weg noch nicht gewiesen<sup>4</sup>, obschon einige Stimmen dies seit längerem vertreten hatten<sup>5</sup>. Daraus erwächst die große Bedeutung der Entscheidung für sämtliche Anbieter leitungsgebundener Dienstleistungen, die nicht in den Genuss spezialrechtlicher Wegenutzungsansprüche<sup>6</sup> kommen, so etwa Fernwärmeversorger<sup>7</sup>. Zugleich wird durch dieses Urteil mittelbar das Verhältnis zwischen Kartellrecht und Infrastrukturrecht als Beziehung zwischen allgemeinem und besonderem Recht herausgestellt, was den Rückgriff auf die allgemeinen Ansprüche der §§ 19, 20 iVm § 33 GWB<sup>8</sup> immer dann erlaubt, wenn die spezialgesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind – zum Beispiel dann, wenn es wie im vorliegenden Fall nach Ansicht des Kartellsenats an der Eigenschaft der Leitung fehlt, Letztverbraucher unmittelbar zu versorgen.

Erkennt der Kartellsenat einmal die marktbeherrschende Stellung der Gemeinden beim Abschluss von Wegenutzungsverträgen an, so ergeben sich daraus drittens und letztens Fernwirkungen von größter Bedeutung. Ist ohnehin in Zeiten knapper Haushalte die Versuchung groß, die Verhandlungen dazu zu nutzen, um dem Vertragspartner die Zusage zu überhöhten Entgelten als Gegenleistung für die Rechtseinräumung abzurufen<sup>9</sup>, so ist es von besonderer Brisanz, wenn die Gemeinden mit Hilfe von Wegenutzungsverträgen politische Ziele durchsetzen wollen. Solches Verhalten ist in konsequenter Fortführung der Entscheidung des Kartellsenats auf den Prüfstand kartellrechtlicher Missbrauchsverbote zu stellen. Dass Gemeinden Wegenutzungsverträge als Werkzeug der politischen Gestaltung nutzen, ist freilich nichts Neues und wird als legitimes Mittel erachtet. So versuchten Gemeinden bereits in den achtziger Jahren, mit diesem Instrument die ausschließliche Versorgung des Gemeindegebiets

1 AA *Hellermann* in: Britz/Hellermann/Hermes, § 46 EnWG Rn. 9, der zwar eine quasimonopolistische Stellung der Gemeinden anerkennt, jedoch eine kartellrechtliche Anwendung ablehnt, weil sich die Vergabe von Wegerechten der Gemeinden nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen (»Wegehoheit«) bemessen solle.

2 So zum Beispiel *Herrmann/Dick*, BB 2000, 885 (891).

3 Vgl. die Anmerkungen von *Thomale*, N&R 2009, 196 (199) und *Topp*, IR 2009, 155 (156).

4 Die bei *Hellermann* in: Britz/Hellermann/Hermes, § 46 EnWG Rn. 44 genannten älteren Rechtsprechungsnachweise betreffen nur die Frage der Anwendung von § 1 GWB auf Demarkationsverträge unter dem damaligen Regelungsregime der monopolisierten Energiewirtschaft.

5 Methodisch vorbildlich die ausführliche Herleitung der marktbeherrschenden Stellung von Gemeinden beim Abschluss von Wegenutzungsverträgen *Immenga/Zimmer*, BB 1988, 281 (284 f.); ferner die marktbeherrschende Stellung lediglich unterstellend *Wolf*, BB 1986, 143 (147) und *Herrmann/Dick*, BB 2000, 885 (891).

6 So § 46 Abs. 1 EnWG für bestimmte Strom- und Gasleitungen sowie § 68 Abs. 1 TKG für Telekommunikationsleitungen.

7 Aus diesem Blickwinkel die Anmerkung von *Topp*, IR 2009, 155 (156) zur hier besprochenen Entscheidung.

8 Dazu *Salpe*, § 46 EnWG Rn. 39.

9 Dazu *Fricke*, RdE 2009, 329.

mit kernenergiefreiem Strom durchzusetzen<sup>10</sup>. Heute sind Gemeinden unter dem Leitmotiv der »Rekommunalisierung« bestrebt, Energieversorgungseinrichtungen zurück in kommunale Hand zu bringen<sup>11</sup>. Neben dem Instrument des § 46 Abs. 3 EnWG, welches den Gemeinden nur eine Schiedsrichterfunktion bei der Übertragung von Strom- und Gasnetzen auf andere potenzielle Netzbetreiber einräumt, nutzen diese den Hebel auslaufender Wegenutzungsverträge, falls darin so genannte Heimfallklauseln vereinbart worden sind. Solche Klauseln sind in der gesamten leitungsgebundenen Energiebranche verbreitet. Damit verpflichten sich die Netzbetreiber für den Fall, dass der auslaufende Wegenutzungsvertrag nicht verlängert wird, zur Übertragung der Netze auf die Gemeinde gegen Zahlung einer bestimmten Gegenleistung. Hierbei drängt sich der Verdacht eines Konditionenmissbrauchs iSd § 19 Abs. 4 Nr. 2 Alt. 2 GWB auf<sup>12</sup>. Auch wenn bis heute keine endgültige Einigkeit über einen praktikablen Maßstab besteht<sup>13</sup>, anhand dessen der Missbrauch festgestellt werden könnte, insbesondere weil eine Antwort auf die Frage, welche Konditionen bei bestehendem Wettbewerb vereinbart worden wären, allzu ungewiss bleibt<sup>14</sup>, liegt ein solcher Missbrauch bei Heimfallklauseln auf der Hand: Denn die Entscheidung darüber, ob überhaupt ein Unternehmen fortgeführt oder veräußert wird, obliegt den Gesellschaftern eines Unternehmens in originärer und eigener Verantwortung selbst. Sie sind es, die Ertragschancen und Verlustrisiken der Unternehmung miteinander abwägen und darum deren Früchte im Falle des Gelingens ernten dürfen oder aber die Verluste im Falle des Scheiterns einstecken müssen. Sie sind es, die einzuschätzen haben, ob sie die Fortführung des Unternehmens für lohnenswert erachten, weil sie sich hierbei größere Chancen als auf anderen Märkten erhoffen oder aber das Unternehmen abstoßen, weil ihnen das Wagnis zu groß erscheint. Diese Abwägung ist Leitprinzip jeder unternehmerischen Entscheidung. Die Freiheit dazu wird sich unter Wettbewerbsbedingungen niemand, auch kein Netzbetreiber, nehmen lassen wollen, selbst dann nicht, wenn er infolge des »Heimfalls« der Netze an die Gemeinde mit einem angemessenen Verkaufspreis entschädigt werden sollte<sup>15</sup>. Diese Freiheit wird jedoch durch Heimfallklauseln beschnitten, weil die Fortführung des Unternehmens nicht mehr der Entscheidung der Eigentümer obliegt, sondern in das Belieben der Gemeinde gestellt ist.

Im Übrigen ist dem Kartellsenat im Ergebnis bei der Auslegung des § 46 Abs. 1 EnWG zuzustimmen, wenngleich die Argumentation nicht immer ganz überzeugend erscheint. Zu Recht legt der Kartellsenat den Begriff der öffentlichen Wege weit aus und fasst darunter auch im Sinne des Straßenrechts ungewidmete Wege. Demgegenüber hatte das Berufungsgericht die Widmung für den öffentlichen Verkehr vorausgesetzt<sup>16</sup>. Indes genügt dem BGH der Umstand, dass die Gemeinde den öffentlichen Verkehr *de facto* eröffnet hatte. Denn es sei der Gemeinde zuzumuten, auch in solchen Wegen die Leitungen zu dulden. Warum ihr dies aber zuzumuten ist, vermag der Kartellsenat nur mit einem methodisch nicht überzeugendem Hinweis auf die Tradition zu begründen: Öffentliche Wege und Straßen hatten »schon immer die Funktion, Träger des Leitungsnetzes zu sein, aus dem die Letztverbraucher versorgt werden«. Vorzugswürdiger wäre beispielsweise gewesen, das Argument des Optimierunggebots heranzuziehen<sup>17</sup>, das über die systematische Auslegung<sup>18</sup> fruchtbar gemacht werden kann: Gemeinden kommt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG kein Grundrechtsschutz zu. Sie können sich darum auch nicht über Art. 14 GG<sup>19</sup> gegen die gesetzlich verankerte Inanspruchnahme durch Leitungen wehren, selbst dann nicht, wenn sie dies unentgeltlich – etwa nach § 68 Abs. 1 TKG<sup>20</sup> – dulden müssen. Hingegen greift die Inanspruchnahme privaten Eigentums zur Wegenutzung erheblich in die Rechte der Grundrechtsträger ein und bedarf besonderer, im öffentlichen Nutzen liegender Zwecke, insbesondere dann, wenn dies zwangsweise durch eine so genannte privatnützige Enteignung zugunsten von Energieversorgern durchgesetzt werden soll<sup>21</sup>. Anstelle des Zugriffs auf private Grundstücke ist dann die Inanspruchnahme gemeindlichen Eigentums (Wege) ein gleich geeignetes und weniger einschneidendes Mittel<sup>22</sup>, zumal durch die netzförmige Struktur der gemeindlichen Wege im Regelfall

jedes Grundstück an das Wegenetz angeschlossen ist und diesem folgend ein optimaler Trassenverlauf der Leitungen gesichert wird.

Der Kartellsenat verneint dennoch den Anspruch aus § 46 Abs. 1 EnWG, weil die Mittelspannungsleitung, über die die Winderzeugungsanlage an das Stromnetz des örtlichen Netzbetreibers angeschlossen werden sollte, nicht der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diene. Diese Ansicht ist insofern konsequent, wenn bei diesem Kriterium maßgeblich auf die Letztverbraucherereignis abgestellt wird<sup>23</sup>. Daraus ergeben sich jedoch Folgeprobleme bei der Anwendung, da diese entscheidend von subjektiven Kriterien, nämlich dem Motiv des Leitungsbaus abhängig ist. Denn objektiv ist jede Leitung geeignet, gleich in welcher Spannungsebene<sup>24</sup>, Letztverbraucher zu versorgen<sup>25</sup>. So ist es nicht ausgeschlossen, dass an die Leitung, die zunächst nur ein Kraftwerk an das Netz anschließen soll, nachträglich Letztverbraucher angeschlossen werden. Bemerkenswert ist, dass der Kartellsenat sich mittelbar<sup>26</sup> an der Auslegung des § 3 Nr. 17 EnWG orientiert. Denn die

10 Umfangreich dazu das Gutachten von *Immenga/Zimmer*, BB 1998, 281 ff. aus kartellrechtlichem Blickwinkel.

11 *Wübbels/Praetorius*, IR 2009, 122 ff. zur heutigen rechtspolitischen Bedeutung der Rekommunalisierung im Bereich der Energieversorgung »als Renaissance der Daseinsvorsorge«. Siehe außerdem *Steckert*, RdE 1996, 94 f. zum damaligen politischen und wirtschaftlichen Umfeld der Rekommunalisierung der Energieversorgung.

12 Vgl. zur öffentlich-rechtlichen Dimension von Heimfallklauseln nach Maßgabe des Wasserrechts *Kopp*, ZfW 1989, 185 ff. sowie *Lorenz*, BayVBl 1989, 321 f.

13 So hat der BGH, NJW 1986, 846 (848) offen gelassen, ob auf die allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen abzustellen ist, wie sie dem dispositiven Recht zugrunde liegen. Allgemein zur Frage eines geeigneten Maßstabs *Möschel* in: *Immenga/Mestmäcker*, 4. Aufl., § 19 GWB Rn. 174.

14 *Immenga/Zimmer*, BB 1988, 281 (286).

15 Daher greift die Diskussion bei *Kopp*, ZfW 1989, 185 ff. und *Lorenz*, BayVBl 1989, 321 ff. um die angemessene Entschädigung des Heimfalls zu kurz, denn sie berührt nur die Interessen des Unternehmens aus Art. 14 GG, nicht aber aus Art. 12 GG.

16 OLG Brandenburg, RdE 2008, 291 (292).

17 Dazu *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., S. 75.

18 Zu den Chancen und Risiken der Anwendung von Prinzipien im Rahmen der systematischen Auslegung *Rüthers*, Rechtstheorie, 4. Aufl., Rn. 757 a.

19 Grundlegend zur Auffassung, dass die Gemeinde nicht Rechtsinhaberin von Art. 14 GG sein könne, BVerfGE 61, 82 (100) – *Sasbach*.

20 Zu § 50 TKG aF BVerfG RdE 1999, 145 ff. unter Würdigung der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG.

21 So BVerfGE 66, 248 (257) zur Vereinbarkeit der privatnützigen Enteignung nach § 11 Abs. 1 EnWG 1935 mit Art. 14 GG.

22 Vgl. das Erforderlichkeitsgebot bei § 45 Abs. 1 EnWG 2005, jedoch unterschiedlich interpretiert bei *Salje*, § 45 EnWG Rn. 38 ff. (Verhältnismäßigkeitsprinzip) und bei *Hermes* in: *Britz/Hellermann/Hermes*, § 45 EnWG Rn. 29.

23 Demgegenüber schlägt *Hellermann* in: *Britz/Hellermann/Hermes*, § 46 EnWG Rn. 37 vor, zu untersuchen, ob die Leitung der Versorgung von Letztverbrauchern des Gemeindegebiets, in dem sie belegen ist, dient oder Letztverbrauchern in anderen Gemeindegebieten.

24 So auch *Hellermann* in: *Britz/Hellermann/Hermes*, § 46 EnWG Rn. 37; vgl. *Salje*, § 46 EnWG Rn. 42.

25 Zur daraus folgenden Anwendung des § 46 Abs. 1 EnWG *Salje*, § 46 EnWG Rn. 42.

26 Über das Zitat der Entscheidung des 8. Zivilsenats des BGH, WM 2009, 184 = RdE 2009, 146 (148 f.).

Literatur geht dort von einer weiten Zweckbestimmung aus und erfasst auch die *potenzielle* Versorgung<sup>27</sup>, was die Auffassung des Kartellsenats entkräften würde.

*Ass. iur. Norman Fricke, Wiss. Mitarbeiter  
an der Friedrich-Schiller-Universität, Jena*