

# InfrastrukturRecht

## Energie · Verkehr · Abfall · Wasser

### Geschäftsführende Herausgeber

Prof. Dr. Christian Theobald  
BBH

Dr. Andreas Zuber

Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU)

### Herausgeber

RiBVerfG Prof. Dr. Gabriele Britz  
Bundesverfassungsgericht

Dr. Norman Fricke

AGFW | Der Effizienzverband für Wärme, Kälte und  
KWK e.V.

Andreas Gentzsch

Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.  
(BDEW)

Prof. Christian Held

BBH, Europäischer Verband der unabhängigen Strom-  
und Gasverteilerunternehmen (GEODE)

Prof. Dr. Georg Hermes

Universität Frankfurt a. M.

Folkert Kiepe

Beigeordneter a. D. Deutscher Städtetag

Prof. Dr. Christian Koenig

Universität Bonn

Prof. Dr. Jürgen Kühling

Universität Regensburg, Vorsitzender der Monopol-  
kommission

Holger Lösch

Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI)

Dr. Christiane Nill-Theobald

TheobaldConsulting

Detlef Raphael

Deutscher Städtetag

Prof. Dr. Jens-Peter Schneider

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Adolf Topp

Flörsheim

Oliver Wolff

Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e. V. (VDV)

### Inhaltsverzeichnis

#### Beiträge

- M. Hemmert-Halswick/S. Freitag:* Errichtung eines Elektrolyseurs durch Netz-  
betreiber – Genehmigungsfähigkeit als Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV? 98  
*A. K. W. Kirfel:* Die Rechtsnatur privater Bahnübergänge 100

#### Energie

- OLG Dresden:* Zugangserfordernis für eine fristwahrende Rügeerhebung nach  
§ 47 II EnWG 105  
*OLG Düsseldorf:* Zur Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes des Verfahrens-  
gegenstandes bei regulierungsbehördlichen Gebührenentscheidungen 105  
*OLG Düsseldorf:* Zur Ermittlung des Kapitalkostenabzugs – Fremdkapitalzinsen 107  
*OVG Münster:* Stopp für Einbauverpflichtung intelligenter Messsysteme 109  
*VG Frankfurt a. M.:* Zum maßgeblichen Umwandlungsbegriff im Rahmen einer  
Begrenzung der EEG-Umlage für das Jahr 2017 110  
*VG Frankfurt a. M.:* Maßgebliche Rechtslage für den Antrag auf Übertragung eines  
Begrenzungsbescheides 111

#### Telekommunikation

- VG Gera:* Entscheidung der BNetzA über Höhe eines Mitnutzungsentgeltes und  
Konditionen eines Mitnutzungsvertrages nach dem DigiNetzG 112

#### Spartenübergreifendes

- EuGH:* Zur Verantwortung der Muttergesellschaften für Verstöße ihrer Tochtergesell-  
schaften gegen das Kartellrecht 113  
*EuGH:* Anwendung des Unternehmensbegriffs bei der Bußgeldzumessung 114  
*BGH:* Zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen durch einen zum Zeitpunkt der  
Beschlussfassung nicht mehr in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter  
einer GmbH 116  
*BGH:* Urheberrechtsverletzung einer Behörde durch Veröffentlichung eines urheber-  
rechtlich geschützten Kartenausschnitts im Internet im Rahmen eines Bauplanungs-  
verfahrens 117  
*BGH:* Zu den Anforderungen an einen Gläubigerinsolvenzantrag 118  
*LAG Düsseldorf:* Zur Unwirksamkeit einer fristlosen Kündigung wegen unberechtig-  
ter Privatnutzung eines Dienstfahrzeugs, das ausschließlich zur dienstlichen Nutzung  
überlassen wurde 119

In Zusammenarbeit mit der  
Neuen Juristischen Wochenschrift

Nr. 5 • 12. Mai 2021

18. Jahrgang

Mit Internet-Volltext-Service [www.IR.beck.de](http://www.IR.beck.de) der besprochenen Entscheidungen

Verlag C.H.BECK München und Frankfurt a.M.

## Errichtung eines Elektrolyseurs durch Netzbetreiber – Genehmigungsfähigkeit als Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV?

Dr. Maximilian Hemmert-Halswick und Sina Freitag, LL.B., Heide\*

*Essenziell für den Markthochlauf der Wasserstoffwirtschaft ist die Finanzierung der neuen Erzeugungstätten. Sollten Netzbetreiber in diesem Bereich tätig werden dürfen? Die Finanzierung wäre so jedenfalls über die netzentgeltliche Kostenwälzung gesichert. Ende Januar entschied die BNetzA über Anträge von Fernleitungs- und Übertragungsnetzbetreibern, bei denen es jeweils um die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV für die Errichtung eines Elektrolyseurs ging.*

### I. Antragsgegenständliche Projekte

Die Anträge betrafen zwei Wasserstoffprojekte, bei denen jeweils Strom- und Gasnetzbetreiber zusammenwirken. Zum einen handelte es sich um das Projekt „ELEMENT EINS“ zum Aufbau von Wasserstoffinfrastrukturen wegen guter Anbindung zu Offshore-Windparks und Ferngasleitungen mit Standort in Ostfriesland. Zum anderen ging es um das Projekt „hybridge“ in Lingen im Emsland, wo sich ebenfalls Schnittpunkte der Strom- und Gasinfrastruktur befinden. Für beide Projekte wurden je zwei bzw. drei Anträge von Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreibern eingereicht.

Antragsteller bei ELEMENT EINS sind der Übertragungsnetzbetreiber Tennet TSO GmbH sowie die Fernleitungsnetzbetreiber Thyssengas GmbH und Gasunie Deutschland Transport Services GmbH.<sup>1</sup> Es soll eine Power-to-Gas-Anlage (PtG) im Industriemaßstab (100 MW) errichtet werden, die von den Fernleitungsnetzbetreibern betrieben werden soll, wofür im Übertragungsnetz neue Anschlussleitungen vorgesehen sind. Die Antragsteller führen an, dass dadurch der Druck beim Stromnetzausbau verringert werden könnte, Netzengpässe könnten reduziert werden. Sie würden nur die Infrastruktur bereitstellen und nicht Eigentümer der durch die PtG-Anlage umgewandelten Energie werden. Die Rolle der Netzbetreiber beschränke sich auf die Bereitstellung der „Konvertierungsdienstleistung“. Energiehändlern könnte so über ein diskriminierungsfreies Zugangsrecht ermöglicht werden, preiswerten Strom auf dem Gasmarkt als „Windgas“ oder „Sonnengas“ zu vermarkten. Es sei zunächst eine Beimischung von grünem Wasserstoff in das Erdgasnetz i. H. v. 2 % geplant, perspektivisch solle dieser Wert erhöht werden. Die Antragsteller argumentierten, es handle sich um eine Erweiterungsinvestition i. S. v. § 23 ARegV, da durch den strom- und gaseitigen Anschluss das jeweils bestehende Netz erweitert würde. Elektrolyseure seien als Bestandteil der Netzinfrastruktur zu betrachten. Sie betonten auch, dass das Projekt für eine dekarbonisierte Wirtschaft und auch für die vom Gesetzgeber anvisierte Sektorenkopplung notwendig sei.

Bei „hybridge“ soll ein 100 MW-Elektrolyseur vom Übertragungsnetzbetreiber Amprion GmbH errichtet sowie betrieben werden, wobei der Fernleitungsnetzbetreiber Open Grid Europe GmbH (OGE) für die Verbindung zur Gasinfrastruktur zuständig wäre.<sup>2</sup> Erprobt werden soll nach dem Vortrag der Antragsteller ein systemdienlicher Betrieb im Übertragungsnetz. Erforderlich seien für die Wasserstoffeinspeisung in das Erdgasnetz auch Anpassungen an den Einrichtungen des Fernleitungsnetzes; diese Kosten macht OGE geltend. Geplant sei zudem eine Verbindung zum Industriepark Salzbergen, in dem eine Methanisierungsanlage gebaut werden solle, um eine Verwendung des Wasserstoffs sicherzustellen. Wegen „signifikanter Funktionserweiterungen“, die eine „qualitative Verbesserung der Netzbeschaffenheit“ darstelle, seien Kosten nach § 23 ARegV berücksichtigungsfähig.

Ein detailliertes Mengengerüst haben die Antragsteller in beiden Projekten nicht vorgelegt. Angegeben werden vielmehr geschätzte Kosten, die zudem in den veröffentlichten Beschlüssen als Geschäftsgeheimnis geschwärzt sind.

### II. Rechtlicher Rahmen

Bislang sind solche energieträgerübergreifenden Projekte im Rechtsrahmen nicht abgebildet. Es lassen sich jedoch einige Eckpfeiler ausmachen, die entweder für oder gegen eine Durchführbarkeit der Projekte unter den beantragten Bedingungen sprechen.

#### 1. Entflechtung

Grundsätzlich sieht das Entflechtungsregime der §§ 6 ff. EnWG vor, dass die verschiedenen Wertschöpfungsstufen der Energiewirtschaft zu trennen sind. So soll ein Netzbetreiber nicht in der Erzeugung oder dem Vertrieb tätig sein. Bei vertikal-integrierten Unternehmen ist auf eine interne Trennung der Bereiche zu achten. Gesetzlich nicht erfasst ist der Fall, dass ein Stromnetzbetreiber im Gassektor tätig ist. Hier wird auch von einem „horizon-

\* Der Erstautor ist Gruppenleiter für Energiewenderecht am Institut für die Transformation des Energiesystems (ITE) an der FH Westküste in Heide (Holst.); die Zweitautorin ist dort wissenschaftliche Hilfskraft.

1 BNetzA, Beschl. v. 27.1.2021 – BK4-19-030/049/055.

2 BNetzA, Beschl. v. 21.1.2021 – BK4-19-015/052.

#### Wie kann ich alle nachfolgenden Entscheidungen und Dokumente der IR abrufen?

- Unter [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) gelangt man auf die Homepage der IR
- Neu ab 1.1.2018 IRDirekt – nach Freischaltung und Login haben Sie Zugriff auf:
  - alle IR-Ausgaben seit 2004
  - die in der IR enthaltenen Entscheidungen im Volltext der BeckRS-Fassungen sowie darüber hinaus weitere Volltexte unter dem Menüpunkt „Weitere Dokumente“
  - häufig in der IR zitierte Normen
- Sie haben Fragen zur Freischaltung?
  - Tel.: 089/38189-747, Fax: 089/38189-297
  - E-Mail: [beck-online@beck.de](mailto:beck-online@beck.de)

tal-integrierten Unternehmen“ gesprochen.<sup>3</sup> Bislang gibt es nur wenige tatsächliche Verbindungen zwischen den Sektoren, sie existieren vielmehr nur parallel.

Im Jahr 2016 wurde der Katalog des § 1a III EnWG um das Ziel der Sektorenkopplung ergänzt. Entflechtungsrechtlich kann vor diesem Hintergrund argumentiert werden, dass Verbindungen zwischen den Sektoren hergestellt werden sollen und deshalb womöglich auch (Strom-)Netzbetreiber eine PtG-Anlage errichten und betreiben dürfen.<sup>4</sup> Eine weitere und auch von den Antragstellern verfolgte Argumentationslinie besteht darin, dass Elektrolyseure vor allem im Strombereich eine effektivere Netzsteuerung sowie einen Ausgleich von Fluktuationen durch die Einspeisung erneuerbarer Energien ermöglichen und vor diesem Hintergrund zum Bereich des Netzbetriebs gezählt werden können. Für eine „Netzdienlichkeit“ in diesem Sinne darf die Anlage nur zugunsten eines sicheren Netzbetriebs eingesetzt werden, ein wettbewerblicher Einsatz der Anlage würde darüber hinausgehen.<sup>5</sup>

## 2. Kostenregulierung

Das Argument der Netzdienlichkeit hätte zur Folge, dass die Kosten für die Errichtung und den Betrieb des Elektrolyseurs über die Netzentgelte abgegolten werden können. Ein grundsätzliches Hindernis wird zwar schon darin gesehen, dass PtG-Anlagen nicht in der Auflistung der berücksichtigungsfähigen Kosten in den Anlagen von Strom- und GasNEV enthalten sind.<sup>6</sup> Ansonsten wäre jedoch eine Geltendmachung über den Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV und eine Eingruppierung in die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten (dnbK) nach § 11 II ARegV denkbar.<sup>7</sup> Vorliegend zielen die Netzbetreiber auf eine Geltendmachung der Kosten als Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV ab. Dieses Instrument ermöglicht Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreibern eine zügige Kostenanerkennung für Erweiterungs- oder Umbaumaßnahmen. Im System der ARegV gelten auch die genehmigten Investitionsmaßnahmen als dnbK nach § 11 II ARegV und finden so vollständigen Niederschlag in der Erlösobergrenze.

Unter Wettbewerbsgesichtspunkten erscheint problematisch, dass andere potenzielle Betreiber von Elektrolyseuren nicht die Möglichkeit haben, den Betrieb über regulierungsrechtlich garantierte Entgelte zu refinanzieren.<sup>8</sup> Auch muss gesehen werden, dass ein rein netzdienlicher Einsatz eines Elektrolyseurs bedeutet, dass dieser nur mit einer begrenzten und unregelmäßig verteilten Zahl an

Volllaststunden betrieben würde, was in den meisten Fällen mit einer wirtschaftlich optimalen Nutzung konfliktieren dürfte.

## III. Entscheidung der BNetzA

Da in beiden Projekten die Teilelemente voneinander abhängig sind, wurden die Anträge des jeweiligen Projekts von der BNetzA einheitlich betrachtet. Dies führte auch dazu, dass es keinen Unterschied machte, ob Errichtung und Betrieb des Elektrolyseurs vom Übertragungs-(hybride) oder vom Fernleitungsnetzbetreiber (Element Eins) durchgeführt werden soll. Die BNetzA stellt zu Beginn ihrer Ausführungen klar, dass die Anträge schon mangels detaillierter Informationen zu den einzelnen Kostenpositionen gem. § 23 III 7 ARegV abzulehnen seien, nimmt danach jedoch ungeachtet dieses Genehmigungshindernisses noch Stellung zur grundsätzlichen Genehmigungsfähigkeit.

§ 23 ARegV enthält eine beispielhafte, nicht abschließende Auflistung von genehmigungsfähigen Investitionsmaßnahmen, ohne dabei jedoch eine Elektrolyseanlage oder PtG-Anlagen zu nennen. Im Folgenden subsumierte die BNetzA deshalb unter die allgemeinen Voraussetzungen der Vorschrift, die zunächst verlangt, dass der Netzbetreiber eine Erweiterungsinvestition oder eine Umstrukturierungsmaßnahme plant. Ersteres zielt auf die Vergrößerung des bestehenden Netzes ab. Eine Umstrukturierungsmaßnahme besteht in der Änderung technischer Parameter. Hierzu stellte die BNetzA – die Erfüllung dieser Voraussetzung verneinend – fest, dass der Elektrolyseur die Transportkapazität weder des Strom- noch des Gasnetzes erhöhe; vielmehr entstünde durch die Anlage im Gasnetz zusätzlicher Transportbedarf.

Darüber hinaus müsste die Investitionsmaßnahme gemäß den Anforderungen von § 23 ARegV zur Stabilität des Gesamtsystems beitragen. Die BNetzA setzt sich hierbei mit dem Begriff des „Gesamtsystems“ auseinander. Dieser beziehe sich nicht auf den Energiesektor insgesamt, sondern auf jeweils den (gesamten) Gas- oder den (gesamten) Stromsektor. Ohne die Wasserstoff-Projekte sei die Stabilität im jeweiligen Sektor nicht beeinträchtigt; die durch die Sektorenkopplung entstehenden Vorteile oder zusätzlicher Nutzen seien dafür nicht ausreichend. Der Gesetzgeber habe vielmehr punktuelle Schritte zur Sektorenkopplung vorgesehen, etwa Umlagen- und Entgeltbefreiungen für PtG-Anlagen. Der Gesetzgeber sehe also den Wettbewerb als entscheidenden Motor bei der Energiewende. Eine Geltendmachung der Kosten für den Elektrolyseur über die Netzentgelte durch die Netzbetreiber stehe hiermit im Widerspruch, da anderen Betreibern von Elektrolyseuren bzw. Flexibilitätsoptionen und Speichermöglichkeiten nicht die Möglichkeit einer solchen Kostenwälzung offenstehe. Im Weiteren stellte die BNetzA fest, dass ein „grundsätzlicher Diskurs“ notwendig sei, um zu klären, ob Netzbetreiber Sektorenkopplung betreiben sollten. Dies stehe in der Prerogative des Gesetzgebers. Denn „[a]nderenfalls würden über die Investitionsmaßnahmengenehmigung vollendete Tatsachen geschaffen, dass mit den Netzbetreibern eine bestimmte

3 Schäfer-Stradowski/Boldt, ZUR 2015, 451 (454); vgl. auch Sieberg/Cesarano, RdE 2020, 230 (238), die von einer „vertikale[n] Integration über Kreuz“ sprechen.

4 Ahnis/Bollmann, IR 2019, 173 (174).

5 Schäfer-Stradowski/Boldt, ZUR 2015, 451 (453).

6 Fischer/Schulze, EnWZ 2019, 449 (451); Ahnis/Bollmann, IR 2019, 173 (174 f.).

7 Ahnis/Bollmann, IR 2019, 173 (175).

8 Fischer/Schulze, EnWZ 2019, 449 (451); weniger kritisch Sieberg/Cesarano, RdE 2020, 230 (238).

Akteursgruppe nicht nur solche Anlagen errichten kann, sondern dafür zugleich eine Refinanzierung quasi garantiert bekäme.“<sup>9</sup>

Alternativ kann sich die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV auch darauf stützen, dass diese für den bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig ist. Auch hier lasse es nach Einschätzung der Behörde der Wortlaut der Vorschrift nicht zu, die Sektoren Strom und Gas einheitlich in den Blick zu nehmen. Auszugehen sei vielmehr von einer Differenzierung zwischen den Sektoren; die Umwandlung von elektrischer Energie in Gas könne insofern nicht dazu dienen, die Zuverlässigkeit im Übertragungs- oder im Fernleitungsnetz zu erhöhen. Die *BNetzA* merkt an, dass durch diese Art der Sektorenkopplung Fehlanreize geschaffen werden könnten. Gar ein Ausbaustopp könnte die Folge sein, da Übertragungsnetzbetreiber durch das Betreiben des Elektrolyseurs ein Interesse an Engpässen haben könnten, um den Strom für die Wasserstoffherstellung zu nutzen.

Zur Frage, ob der Betrieb eines Elektrolyseurs als Netzbetrieb eingestuft werden könnte, verweist die *BNetzA* auf § 118 VI 7 EnWG, wonach Anlagen wie Elektrolyseure von der Netzentgeltzahlungspflicht befreit sind. Denklogisch schließe dies, so die Behörde, eine Zuordnung vom Netzbetrieb aus.

Im Stile eines Obiter Dictum weist die *BNetzA* abschließend auf ein womöglich vorliegendes „zu weitreichendes Verständnis von Funktion und Reichweite einer Investitionsmaßnahme“ hin, bei der es nicht darum gehe, „einzelnen Marktakteuren neue Aufgaben oder bestimmte Geschäftsmodelle zuzuweisen“.<sup>10</sup> Die Regulierungsbehörde macht aber auch deutlich, dass sie nicht die Sinnhaftigkeit des Projekts an sich in Frage stelle. Ergänzend führt sie an, dass die Vorschrift des § 25a ARegV zur Förderung von Forschung und Entwicklung geradezu zugeschnitten sei auf Vorhaben wie diejenigen der Anträge. Der Fördermechanismus mit seinem ausgewogenen Kostenrisiko bestehe bei dieser Vorschrift darin, dass ungefähr die Hälfte der Kosten vom Antragsteller, die andere Hälfte von öffentlicher Seite getragen werde. Eine Geltendmachung von Kosten als Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV, bei denen eine volle Erstattung der Kosten über die Netzentgelte stattfindet, würde zu einem Unterlaufen dieser Regelung führen.<sup>11</sup>

#### IV. Einschätzung unter Berücksichtigung der EnWG-Novelle

Eine Binsenweisheit ist, dass bei der Realisierung von innovativen Infrastrukturprojekten die Wirtschaftlichkeit der entscheidende Faktor ist. Wenn nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit Gewinne einkalkuliert werden können, kommen auch ambitionierte Vorhaben nicht über die Planungsphase hinaus. Eine Genehmigung der vorliegenden Anträge hätte die Netzbetreiber zu den zentralen Akteuren der Wasserstoffwirtschaft gemacht; mit der beantragten Kostenwälzung über die Netzentgelte wäre eine Finanzierung gesichert. Auch wenn sich die Subsumtion

unter § 23 ARegV durchaus im Rahmen des Wortlauts bewegt, war eine Ablehnung durch die *BNetzA* – wegen der andernfalls zu erwartenden enormen Auswirkungen – nicht allzu überraschend. Eine Entscheidung von derartiger Tragweite muss wohl vom Gesetzgeber getroffen werden. Bei der Formulierung des § 23 ARegV hat der Verordnungsgeber jedenfalls nicht so weit gedacht.

Im Entwurf zur EnWG-Novelle<sup>12</sup> (EnWG-E) werden die zunehmenden Verbindungen zwischen den Sektoren berücksichtigt. Abgesehen von den neuen Regelungen zu Wasserstoffnetzen und ihrer Regulierung (§§ 28j ff. EnWG-E), die für die vorliegende Konstellation wegen der avisierten Einspeisung in Erdgasnetze nicht unmittelbar einschlägig sind, ermöglicht § 11m EnWG-E den Betrieb eines Elektrolyseurs durch Stromnetzbetreiber, allerdings nur unter engen Voraussetzungen: Es muss sich um ein „vollständig integriertes Betriebsmittel“ handeln. Dieser europarechtliche Begriff wird in § 3 Nr. 38b EnWG-E definiert, wonach ein solches Betriebsmittel „ausschließlich der Aufrechterhaltung des sicheren und zuverlässigen Netzbetriebs und nicht der Bereitstellung von Regelenergie oder dem Engpassmanagement dienen“ darf. In § 11b II Nr. 2 EnWG-E wird formuliert, dass der Betrieb „notwendig“ sein muss, um die in § 11 EnWG formulierten Netzzuverlässigkeits- und Netzausbauziele zu erreichen. In Anbetracht der obigen Beschlüsse dürfte vor allem letzteres eine relativ hohe Hürde darstellen. Zu einer wirklichen Option wird der Betrieb eines Elektrolyseurs für Stromnetzbetreiber damit wohl nicht. Gasnetzbetreibern wird selbst diese Möglichkeit nicht explizit eröffnet, wohl aus dem Grund, dass die Novelle vorrangig der Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie dient, aber auch weil dadurch eine Verbesserung des Gasnetzbetriebs nicht unbedingt ersichtlich ist – das dürfte auch der Grund für die gemeinsame Einreichung der § 23 ARegV-Anträge gewesen sein.

9 BK4-19-015/030/049/055, S. 8; BK4-19-052, S. 7 f.

10 BK4-19-015, S. 10; BK4-19-030/049/055/052, S. 9.

11 BK4-19-015, S. 11; BK4-19-030/049/055/052, S. 10.

12 BR-Drs. 165/21 (Art. 1) v. 12.2.2021.

### Die Rechtsnatur privater Bahnübergänge

*Rechtsanwalt Alexander K. W. Kirfel, Düsseldorf\**

*Die Kreuzungen von Bahnstrecken mit öffentlichen Straßen sind im Eisenbahnkreuzungsgesetz geregelt. Aber was ist mit privaten Bahnübergängen? Diese Frage stellt sich häufig, wenn sie beseitigt werden sollen, etwa im Zuge von beabsichtigten Streckenausbauten im Planfeststellungsverfahren nach § 18 AEG. Private Bahnübergänge sind durchaus nicht nur unbefestigte Überwege, die einmal im Jahr von landwirtschaftlichen Maschinen befahren werden, sondern häufig dienen sie der Anbindung von einem oder mehreren Wohnhäusern oder Industriebetrieben an das öffentliche Straßennetz und weisen somit öffentlichen*

**Verkehr auf. Zudem sind selbst private Feldwegübergänge oft asphaltiert und ein Hemmnis beim Unterhalt von Strecken. Daher sind private Bahnübergänge auch sicherheitsrelevant: Sie stellen nicht selten Gefahrenquellen dar. Im Rahmen dieses Beitrags soll eine rechtliche Einordnung dieser Bahnübergänge versucht werden.**

## I. Worin liegt das Problem?

Private Bahnübergänge kommen in Deutschland noch häufig vor; auffälligerweise besonders häufig bei sogenannten nichtbundeseigenen Eisenbahnen (NE-Bahnen). Ein Beispiel hierfür: Die in Niedersachsen gelegene NE-Strecke B. – O.-S. ist 48 km lang, dient seit März 1978 nur noch dem Güter- und Gelegenheitspersonenverkehr und wies Anfang 2021 114 Bahnübergänge auf, also etwa einen alle gut 400 m. Zum Vergleich: Bei der benachbarten früheren DB-Strecke B. – R., die 50 km lang und seit 1968 ohne planmäßigen Personenverkehr ist, gibt es insgesamt nur 41 Bahnübergänge, also nur alle gut 1200 m einen, davon 29 technisch gesichert (= mit Voll-, Halbschranken- oder Blinklichtanlagen), 9 nicht technisch gesichert und 3 private Bahnübergänge. Von den 114 Bahnübergängen der Strecke B. – O.-S. sind hingegen nur 22 technisch gesichert. 36 sind nicht technisch gesicherte Übergänge von öffentlichen Straßen und Wegen – und 56 sind Privatüberwege, also etwa die Hälfte. Derzeit ist die Strecke B. – O.-S. nur für gelegentliche Personen- und Güterzugverkehre in Betrieb, allerdings soll perspektivisch eine Reaktivierung für den Schienenpersonennahverkehr (SPNV) erfolgen. Das bedeutet, dass mindestens stündlich pro Richtung ein Personenzug mit einer Geschwindigkeit von 60–80 km/h verkehren wird.

Ein Vergleich: In Nordrhein-Westfalen liegt die Bahnstrecke Münster – Warendorf – Rheda-Wiedenbrück. Die Teilstrecke Münster – Warendorf ist knapp 26 km lang und wird im Stundentakt im SPNV befahren. An dieser Teilstrecke liegen 54 nicht technisch gesicherte Bahnübergänge, also etwa alle 500 m einer. Zwischen 2001 und 2015 hat es hier 125 Unfälle mit 11 Toten gegeben, was dazu geführt hat, dass die dort verkehrenden Züge den Spitznamen „Westfalen-Mörder“ erhalten haben. Die Streckeneigentümerin DB Netz AG arbeitet seit Jahren daran, sämtliche Bahnübergänge zwischen Münster und Warendorf technisch zu sichern oder zu schließen, damit die Streckenhöchstgeschwindigkeit von derzeit 60 auf 80 oder 100 km/h heraufgesetzt und der Takt verdichtet werden kann, doch dieser Prozess gestaltet sich sehr langwierig.

An den Zahlen lässt sich ablesen, dass insbesondere nicht technisch gesicherte Bahnübergänge Gefahrenstellen darstellen. Es ist nicht klar, wie häufig Unfälle auf privaten Bahnübergängen passieren, die rechtlich als nicht technisch gesicherte Bahnübergänge gelten müssen, doch

kommt dies durchaus vor: Am 11.1.2020 kreuzte ein Traktorfahrer auf einem privaten Bahnübergang („Wirtschaftsweg“) die Bahnstrecke Münster – Warendorf – Rheda-Wiedenbrück und übersah den herannahenden Zug, woraufhin es zu einer Kollision mit zwei Verletzten kam<sup>1</sup>. Private Bahnübergänge verteuern zudem den Unterhalt von Bahnstrecken: Bei der präventiven Instandhaltung wird eine Bahnstrecke alle 3–5 Jahre einmal „durchgestopft“. Stopfen bezeichnet einen Vorgang, bei dem das Schotterbett aufgelockert und das Gleis wieder in Niveaulage gebracht wird. Unterlässt man das Stopfen, verdichtet sich das Schotterbett und verliert dadurch seine Dämpfungswirkung beim Überfahren eines Zuges, was zu einem viel schnelleren Verschleiß von Schienen und Kleineisenteilen führt. Zudem stellen sich mit der Zeit Gleislagefehler ein, die durch das Stopfen beseitigt werden. Jeder Bahnübergang führt dazu, dass eine Stopfmaschine angehoben und wieder eingeleist werden muss, was zeit- und kostenaufwendig ist und dazu führt, dass Bahnübergangsbereiche nur dann unterhalten werden können, wenn sie für die Dauer von Bauzeiten gesperrt werden, während der Sperrung jeweils die Asphaltdecke entfernt wird, die Bahnübergangsbereiche gestopft und hinterher mit Asphalteindeckung wieder hergestellt werden.

## II. Rechtliche Einordnung

### 1. Abgrenzung privater/öffentlicher Bahnübergang

Ein privater Bahnübergang ist abzugrenzen von einem öffentlichen, bei dem die Regelungen des Eisenbahnkreuzungsgesetzes (EKrG) gelten. Nach § 1 I EKrG gilt dieses „für Kreuzungen von Eisenbahnen und Straßen.“ Straßen i. S. d. EKrG sind gem. § 1 IV EKrG jedoch nur „die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze“. Öffentlich wird eine Straße durch Widmung – siehe dazu exemplarisch § 6 I Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (StrWG NRW). In allen Bundesländern existieren vergleichbare Regelungen. Das heißt, selbst bei Straßen, die auch dem öffentlichen Verkehr dienen, führt dies bei Kreuzungen mit Eisenbahnstrecken nicht dazu, dass sie öffentlich wären, sofern sie nicht gewidmet sind: Diese Kreuzungen gelten dann rechtlich trotzdem als private Bahnübergänge.

Für die Sicherung von Bahnübergängen an NE-Bahnen gilt die VDV-Schrift 363 BÜV-NE „Vorschrift für die Sicherung der Bahnübergänge bei nichtbundeseigenen Eisenbahnen“. Während nach § 11 III 2 Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung (EBO) Bahnübergänge durch Andreaskreuze i. S. v. Anlage 5 Bild 1 EBO gekennzeichnet sein müssen, gibt es nach § 11 III 3 EBO Ausnahmen bei Bahnübergängen von Feld- und Waldwegen, wenn die Bahnübergänge ausreichend erkennbar sind, Fußwegen, Privatwegen ohne öffentlichen Verkehr, die als solche gekennzeichnet sind und anderen Straßen und Wegen über Nebengleise, wenn die Bahnübergänge für das Befahren mit Eisenbahnfahrzeugen durch Posten vom Straßenverkehr freigehalten werden. Die Regelung bei der Ausnahme von Privatwegen ohne öffentlichen Verkehr sieht dergestalt aus, dass hier nach § 11 II BÜV-NE beidseits des Überganges weiße Tafeln mit schwarzem Rand und

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Düsseldorf.

1 Meldung der Polizei Münster v. 11.1.2020, <https://www.pressportal.de/blaulicht/pm/52656/4489292>.

schwarzer Schrift „Privatwegübergang – Nur für Berechtigte“ aufgestellt werden müssen.

Wie ist es nun aber bei privaten Bahnübergängen, die öffentlichen Verkehr aufweisen? Hier müssen nach § 11 III 2 EBO zwingend zumindest Andreaskreuze aufgestellt werden. Bei privaten Bahnübergängen an DB-Strecken gilt die DB Netz AG-Richtlinie 815 „Bahnübergangsanlagen planen und instandhalten“, die einen ähnlichen Regelungsgehalt wie die BÜV-NE hat.

## 2. Rechtliche Begründung eines „Überfahrtsrechts“ im Zuge eines privaten Bahnüberganges

Es kann sein, dass ein Überfahrtsrecht im Zuge einer Grunddienstbarkeit gem. § 1018 BGB zwischen der Bahngesellschaft und einem Grundstückseigentümer vereinbart worden ist. Üblich war und ist dies nicht. Es gibt auch keinen Rechtsanspruch auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit aufgrund einer – möglicherweise jahrzehntelangen – Duldung eines privaten Überweges<sup>2</sup>.

Ein Wegerecht könnte auch durch das Rechtsinstitut der „unvordenklichen Verjährung“ entstanden sein. Dafür wäre es erforderlich, dass der Weg bis zum Inkrafttreten des Straßengesetzes im jeweiligen Bundesland ausdrücklich oder stillschweigend für den Gemeingebrauch gewidmet war und in einer rechtlichen Beziehung zu einem wegebaupflichtigen Verband stand. Diese Rechtsvermutung kraft unvordenklicher Zeit kann aber nur gelten bei alten Wegen, „die seit Menschengedenken oder auch seit langer Zeit einem in der Meinung der Rechtmäßigkeit geübten und widerspruchslos geduldeten öffentlichen Verkehr gedient haben“<sup>3</sup>.

Häufig kommt es vor, dass die betreffende NE-Bahn (bei der DB Netz AG und anderen bundeseigenen Unternehmen wird es sich nicht anders verhalten) mit einem Grundstückseigentümer bzw. mehreren Grundstückseigentümern einen sog. „Gestattungsvertrag“ hinsichtlich der Anlage und (Gestattung der) Benutzung eines privaten Bahnüberganges geschlossen hat. In diesem Gestattungsvertrag sind üblicherweise die wechselseitigen Rechte und Pflichten geregelt, etwa die Unterhaltungslast sowie (jährliche) Zahlungen, und auch ein Kündigungsrecht kommt üblicherweise vor. Der Regelfall ist, dass der Gestattungsnehmer den Vertrag jederzeit kündigen kann, während die Eisenbahn das nur aus wichtigem Grund darf.

Nicht selten sind jedoch auch die Fälle, in denen weder ein Gestattungsvertrag vereinbart wurde, noch irgendeine Form einer dinglichen Sicherung eines privaten Bahnüberganges vorliegt. In derartigen Fällen hat sich häufig eine Art von „Gewohnheitsrecht“ herausgebildet. Nach einem Urteil des *VGH Mannheim*<sup>4</sup> ist ein derartiges Gewohnheitsrecht als Leihe oder leiheähnliches Rechtsverhältnis i. S. d. §§ 598 ff. BGB einzustufen<sup>5</sup>. Dieses Rechtsverhältnis könne, gerade wenn es um ein Wegerecht gehe, langfristig angelegt sein und stillschweigend, etwa durch langjährige Duldung der Überfahrt, zustande kommen. Selbst der Umstand, „dass die Beigeladenen den Bahnübergang „in den vergangenen Jahren [...]“, d. h.

seit dem 1.1.2006, nicht mehr genutzt hat, führe nicht dazu, „dass das anzunehmende Leihe- bzw. leiheähnliche Rechtsverhältnis wieder entfallen wäre. Denn nach Lage der Dinge wurde es vereinbart, um dem Flst. [Anmerkung des Verfassers: Flst. = Flurstück] [...] zu Bewirtschaftungszwecken eine Anbindung an den öffentlichen Straßenraum [...] zu verschaffen. Der so vereinbarte Zweck der Leihe (vgl. §§ 603 Satz 1, 604 Abs. 2 Satz 1, 604 Abs. 3 BGB) sollte mithin erst dann entfallen, wenn das Flst. [...] eine anderweitige Anbindung an den öffentlichen Straßenraum erhält.“<sup>6</sup>

Diese Rechtsauffassung des *VGH Mannheim* ist mehr als zweifelhaft. Tatsächlich ist es allgemein anerkannt, dass die auch langfristige Nutzung von Wegen (oder privaten Bahnübergängen) eine Leihe oder ein leiheähnliches Rechtsverhältnis begründen kann, wenn keine anderweitigen vertraglichen oder dinglichen Regelungen getroffen wurden. Allerdings hat der *VGH Mannheim* seinerseits den *BGH* zitiert. Der *BGH* führt zu einer Leihe oder einem leiheähnlichen Rechtsverhältnis aus: „Gleichwohl ist dem Beklagten nicht ein bedingungsloses zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht eingeräumt worden. Es handelt sich vielmehr um ein Nutzungsrecht, für das eine Zeit nicht bestimmt ist. Nach § 604 II 1 BGB hat der Beklagte in einem solchen Fall das (geliehene) Grundstück zurückzugeben, nachdem er den sich aus dem Zweck des Vertrages (der Leihe) ergebenden Gebrauch gemacht hat.“<sup>7</sup> Diese Rechtsauffassung entspricht auch den rechtlichen Gegebenheiten, denn der Verleiher kann etwa nach § 605 Nr. 3 BGB den Leihvertrag kündigen, wenn der Entleiher stirbt. Nach § 605 Nr. 1 BGB kann der Verleiher den Vertrag hingegen kündigen, „wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf“. Damit ist klar, dass eine Leihe immer nur ein Rechtsverhältnis „auf Zeit“ ist. Nach dem *BGH* setzt eine Kündigung nach § 605 Nr. 1 BGB „ein wirkliches, nicht notwendigerweise ein dringendes Bedürfnis des Verleihers voraus. Dabei sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Auf die Belange des Entleihers ist zwar in billiger Weise Rücksicht zu nehmen, zumal dann, wenn sich der Entleiher auf eine lange Dauer des Leihverhältnisses eingerichtet hat. Der Verleiher muss seine Interessen denen des Entleihers aber nicht unterordnen. [...] Eine darüber hinausgehende Beschränkung des Kündigungsrechts nach § 242 BGB findet nicht statt.“<sup>8</sup>

2 *OLG Hamm*, Ur. v. 31.3.2014 – 5 U 168/13, BeckRS 2014, 13660; ähnlich *OLG Stuttgart*, Ur. v. 6.3.2017 – 5 U 58/16, BeckRS 2017, 140924 Rn. 62.

3 So etwa *OLG Hamburg*, Ur. v. 27.1.2000 – 6 U 217/99, BeckRS 2000, 16790; *VGH Mannheim*, Ur. v. 19.11.2009 – 5 S 1065/08, BeckRS 2009, 42509.

4 *VGH Mannheim*, Ur. v. 10.11.2011 – 5 S 2436/10, BeckRS 2011, 56373.

5 *OLG Hamm*, Ur. v. 31.3.2014 – 5 U 168/13, BeckRS 2014, 13660; Leihvertrag gem. §§ 598 ff. BGB.

6 *VGH Mannheim*, Ur. v. 10.11.2011 – 5 S 2436/10, BeckRS 2011, 56373; ähnlich *OLG Hamm*, Ur. v. 31.3.2014 – 5 U 168/13, BeckRS 2014, 13660.

7 *BGH*, NJW 1994, 3156.

8 *BGH*, NJW 1994, 3156 (3157); *BGH*, NJW 2020, 1360 (1362).

Dies ist auch sachgemäß, denn wenn das betroffene Eisenbahninfrastrukturunternehmen mit Privaten einen Gestattungsvertrag im Hinblick auf die Errichtung und den Unterhalt eines privaten Bahnüberganges abschließt, so sehen diese Verträge, wie vorstehend dargelegt, immer eine Kündigungsmöglichkeit auch des Eisenbahninfrastrukturunternehmens vor. Folgte man der Auffassung des *VGH Mannheim*, so wäre eine Kündigungsmöglichkeit eines leiheähnlichen Vertrages bei einem Fehlen eines (schriftlichen) Gestattungsvertrages nicht möglich. Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen würde also schlechter gestellt als bei Bestehen einer vertraglichen Regelung. Eine Kündigung nach § 605 Nr. 1 BGB lässt sich im Zweifel immer mit Sicherheitserwägungen im Zuge der allgemeinen Sicherheitspflichten des Eisenbahninfrastrukturunternehmens nach § 4 I AEG begründen, dazu s. u. II. 3. a).

### 3. Beseitigung eines privaten Bahnüberganges

a) *Möglich bei alternativer Zuwegung.* Der *VGH München* hat zum Thema der Beseitigung eines privaten Bahnüberganges geurteilt, eine solche beeinträchtigt das „altrechtliche Überfahrtsrecht“ des Nutzers des BÜ, das dem Schutz des Art. 14 GG unterfalle<sup>9</sup>. Dieses Recht wurde anlässlich des Baus der Bahnstrecke [in dem konkreten Fall: Traunstein – Hörpolding – Garching] und des Erwerbs der dafür benötigten Flächen mit Verkaufsurkunde vom 20.6.1873 zwischen dem damaligen Hofinhaber und der seinerzeitigen Rechtsvorgängerin der DB Netz AG vereinbart. Es berechtigt den Hofinhaber und alle Rechtsnachfolger zur Überfahrt über die Bahnstrecke. In diesem Fall handele es sich danach um „subjektivdingliche Privatrechte“. Der *VGH München* hat sich dazu wie folgt geäußert: „Altrechtlich beschränkte dingliche Rechte i. S. v. Art. 184 EGBGB, die – wie vorliegend – inhaltlich einer Grunddienstbarkeit i. S. v. § 1018 BGB gleichen, genießen denselben verfassungsrechtlichen Schutz; für eine Schlechterstellung gibt es keinen Grund. Von der Entziehung eines eigentumsgleichen Rechts gehen vorliegend auch das Oberlandesgericht München [...] sowie im angefochtenen Planfeststellungsbeschluss das EBA selbst aus [...]“. Der *VGH München* hat dann geurteilt, dass aber anerkannt sei, „dass das Eigentum an einem Grundstück grundsätzlich aufgrund der enteignungsrechtlichen Vorwirkung eines Planfeststellungsbeschlusses vollständig entzogen werden darf.“<sup>10</sup>

Weiterhin hat der *VGH München* diverse Gründe aufgeführt, die zur Planrechtfertigung des Vorhabens „Beseitigung des Bahnüberganges“ führen, unter anderem die Möglichkeit, das eigene Grundstück bei Beseitigung des privaten Bahnüberganges über einen mehrere hundert

Meter entfernten öffentlichen Bahnübergang erreichen zu können sowie die Übertragung des Rechtsgedankens aus § 2 I EKrG auch auf private Bahnübergänge. Das heißt, die Beseitigung eines privaten Bahnüberganges ist immer dann unproblematisch möglich, wenn es alternative Anbindungen an das öffentliche Straßennetz gibt. Das *BVerwG* hat in diesem Zusammenhang auch einen Umweg von 3 km für zumutbar gehalten<sup>11</sup>.

Unabhängig von der Frage, ob ein Planfeststellungs-/genehmigungsverfahren die Beseitigung eines selbst durch ein subjektiv-dingliches Recht gesicherten privaten Bahnüberganges ermöglicht, ist die Kündigung eines bestehenden Leihevertrages oder leiheähnlichen Rechtsverhältnisses bei einem privaten Bahnübergang, der durch einen Gestattungsvertrag gesichert oder nur geduldet ist, wie vorstehend dargelegt, gem. § 605 BGB möglich. Das ist auch sachgerecht, denn ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen ist im Rahmen seiner allgemeinen Sicherheitspflichten nach § 4 I AEG dazu verpflichtet, von sich aus auf eine größtmögliche Sicherheit des Betriebes unter Ausschaltung absehbarer Risiken hinzuwirken. Die Sicherheitspflicht aus § 4 I AEG ist dynamisch zu verstehen<sup>12</sup>. Insbesondere nicht technisch gesicherte Bahnübergänge sind Gefahrenstellen, die möglichst zu beseitigen sind. Eine Erhöhung der Zugzahl auf einer Bahnstrecke wirkt hier ebenso risikoerhöhend wie eine Erhöhung der Streckenhöchstgeschwindigkeit. Für beides bedarf es nicht per se eines Planfeststellungsverfahrens nach § 18 AEG. Die Anlieger werden im Falle einer Kündigung eines bestehenden Leihevertrages oder leiheähnlichen Rechtsverhältnisses bei einem privaten Bahnübergang auch nicht rechtlos gestellt, denn ihnen steht ggf. das Notwegrecht gem. § 917 BGB zu.

b) *Alternative Zuwegung nicht vorhanden: Notwegrecht, § 917 BGB.* Nach § 917 I BGB „kann der Eigentümer von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden“, wenn einem Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg fehlt. Das ist bei einem Grundstückseigentümer, dessen einzige Anbindung seines Grundstückes an das öffentliche Straßennetz die Querung einer Bahnstrecke voraussetzt, der Fall. Allerdings gilt nach § 917 II BGB auch, dass „die Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt“ „durch eine Geldrente zu entschädigen“ sind. Die Höhe dieser Geldrente richtet sich nach dem Nachteil für das Verbindungsgrundstück. Der *BGH* hat dazu ausgeführt: „Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß es für die Bemessung der Notwegrente nicht auf den Vorteil oder Nutzen ankommt, den der Berechtigte aus dem Notweg zieht, sondern auf den Umfang der dem verpflichteten Eigentümer durch die Duldungspflicht entstehenden Beeinträchtigung.“<sup>13</sup>

Zunächst gilt, dass das Notwegrecht nach § 917 I BGB kein dingliches Recht beinhaltet, sondern eine inhaltliche Bestimmung des rechtlich geschützten Freiheitsbereichs des Grundstückseigentümers darstellt und daher im

9 *VGH München*, Urt. v. 27.11.2012 – 22 A 09.40034, BeckRS 2012, 60221 Rn. 17 ff.

10 Bestätigt durch *BVerwG*, Beschl. V. 4.6.2013 – 7 B 5.13, BeckRS 2013, 52712 Rn. 4.

11 *BVerwG*, NVwZ 2004, 990 (991).

12 *Fischer*, in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, § 4 AEG, Rn. 8.

13 *BGH*, NJW 1991, 564.



Grundbuch nicht eingetragen werden kann<sup>14</sup>. Fraglich ist, wie es sich mit der Bau- und Unterhaltungslast eines privaten Bahnüberganges verhält, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen einen entsprechenden Gestattungsvertrag bzw. einen Leihvertrag oder ein leiheähnliches Rechtsverhältnis wirksam gekündigt hat.

Bei der beabsichtigten Ertüchtigung einer Bahnstrecke kann die Eisenbahnaufsichts- bzw. die Planfeststellungsbehörde bestimmte Sicherungsmaßnahmen fordern, die deutlich über die Mindestanforderungen des § 11 III EBO hinausgehen und die teils hohe Kosten mit sich bringen: Bei der Strecke D.-B.R. – O., die überwiegend in Niedersachsen liegt, hat die damals zuständige Bezirksregierung zur Erhöhung der Sicherheit und Leichtigkeit des Schienenverkehrs entschieden, dass ein vormals nur mit Andreaskreuzen nach § 11 III i. V. m. Anlage 5 Bild 1 EBO gesicherter privater Überweg mit öffentlichem Verkehr bis zur Reaktivierung für den SPNV durch ein Lichtzeichen und eine akustische Warnung und damit gem. § 11 VI 1 Nr. 1 i. V. m. Anlage 5 Bild 2 EBO zu sichern war. Auch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen selbst kann von der „Mindestsicherung“ nach § 11 III i. V. m. Anlage 5 Bild 1 EBO bzw. § 11 III, X EBO abweichen, wenn dies aus Sicherheitsgründen (§ 4 I AEG) erforderlich erscheint. Das duldungspflichtige Eisenbahninfrastrukturunternehmen ist zur „Errichtung und zum Unterhalt des Notwegs nicht verpflichtet. Die Kosten treffen den Begünstigten.“<sup>15</sup> Das schließt notwendigerweise technische Sicherungseinrichtungen wie Blinklichtanlagen oder Halbschrankenanlagen mit ein: Bei öffentlichen Eisenbahnkreuzungen gilt bei Ertüchtigungsmaßnahmen an Bahnübergängen (wie z. B. Umrüstung auf Halbschrankenanlagen) nach § 3 Nr. 3 EKrG grundsätzlich die „Kostendrittelregelung“, § 13 EKrG. Das heißt, ein Drittel der Kosten trägt das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ein Drittel der Straßenbaulastträger und ein Drittel der Bund (bei bundeseigenen Eisenbahnen) bzw. das Land (bei NE-Bahnen). Bei privaten Bahnübergängen, die das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nur dulden muss, kann es nicht sein, dass eine Schlechterstellung erfolgt. Das heißt, dass das Eisenbahninfrastrukturunternehmen sämtliche Kosten für die Ertüchtigung und den Unterhalt des privaten Bahnüberganges über § 917 II BGB auf den/die Anlieger des privaten Bahnüberganges umlegen kann. Mehrere Anlieger eines derartigen privaten Bahnüberganges haften für die Entrichtung der Notwegrente gesamtschuldnerisch.

Nach dem Rechtsgedanken des § 917 II BGB dürfte es so sein, dass der volle Kostenbetrag für die Aufrüstung (abzüglich der fiktiven Beseitigungskosten) im Jahr der Baumaßnahme fällig wird. In den Folgejahren sind es dann lediglich noch die Betriebs- und Unterhaltungskosten, bis die technische Sicherung zur Erneuerung ansteht. Alternativ könnte man daran denken, den Kostenbetrag für die technische Aufrüstung über die Lebensdauer der Anlage abzuschreiben und den verzinsten jährlichen Abschreibungsbetrag auf den/die Anlieger umzulegen. Wenn ein

privater Bahnübergang technisch unverändert bleibt, wird sich bei einer Eisenbahnstrecke, die rechtlich aufgrund ihrer Widmung zu keinem anderen Zweck genutzt werden kann, die Notwegrente nach § 917 II BGB auf die jährlichen Unterhaltungskosten beschränken. Denn ein Nachteil für den Verkehrswert des Gesamtgrundstückes könnte sich zwar daraus ergeben, dass an einem nicht technisch gesicherten Bahnübergang (§ 11 III EBO) die Geschwindigkeit der Züge herabgesetzt werden muss, was theoretisch zu einer verminderten Streckendurchlassfähigkeit führen könnte, wodurch dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen geringere Trassennutzungserlöse durch weniger Züge entstünden, doch ließe sich dieser Mangel durch eine technische Aufrüstung, die gem. § 917 II BGB durch den/die Anlieger zu tragen wäre, beheben.

### III. Fazit

Private Bahnübergänge sind für Eisenbahninfrastrukturunternehmen lästig: Sie erhöhen das Unfallrisiko und verteuern den Unterhalt von Bahnstrecken, ohne, dass das Unternehmen daraus irgendeinen Vorteil zöge. Es sind zwei Arten von privaten Bahnübergängen zu unterscheiden: ohne und mit öffentlichem Verkehr. Die Art der Sicherung unterscheidet sich nach § 11 EBO deutlich und kann von einem nicht technisch gesicherten Bahnübergang mit Hinweisschild nach § 11 BÜV-NE bzw. DB Netz AG-Richtlinie 815 bis zu einem technisch gesicherten Bahnübergang mit Lichtzeichenanlage und akustischen Warntönen reichen. Üblicherweise existieren für private Bahnübergänge entweder Gestattungsverträge, oder es wird bei Fehlen eines solchen allgemein ein Leihvertrag oder ein leiheähnliches Rechtsverhältnis i. S. d. §§ 598 ff. BGB angenommen. Ein derartiger Leihvertrag ist kündbar, § 605 BGB. Häufig wird der Kündigungsgrund des § 605 Nr. 1 BGB in Betracht kommen, wobei ein „nicht vorhergesehener Umstand“, infolgedessen das Eisenbahnunternehmen der Beseitigung des Bahnüberganges bedarf, gut mit der Erhöhung der Sicherheit im Rahmen der allgemeinen Sicherheitspflichten gem. § 4 I AEG begründet werden kann, weil das Unternehmen zur regelmäßigen Überprüfung verpflichtet ist. Wenn ein privater Bahnübergang beseitigt werden soll, ist dies dann unproblematisch, wenn eine alternative Anbindung des hierdurch angebundenes Flurstückes an das öffentliche Straßennetz vorhanden ist. Bis zu 3 km Umwegstrecke sind nach dem *BVerwG* zumutbar. Ist das nicht der Fall, sind Anlieger nicht rechtlos gestellt: Sie können dann das Notwegrecht nach § 917 BGB in Anspruch nehmen. Allerdings sind die Anlieger verpflichtet, etwa bei einer Streckenreaktivierung für den SPNV notwendige Ertüchtigungsmaßnahmen am privaten Bahnübergang vollständig zu tragen, § 917 II BGB. Dies gilt ebenso für sämtliche Unterhaltungskosten.

14 *OLG Hamm*, Urt. v. 31.3.2014 – 5 U 168/13, BeckRS 2014, 13660.

15 *OLG Hamm*, Urt. v. 31.3.2014 – 5 U 168/13, BeckRS 2014, 13660, m. w. N.



## Energie

### OLG Dresden: Zugangserfordernis für eine fristwahrende Rügeerhebung nach § 47 II EnWG

*Hinsichtlich der Wahrung der Rügefristen des § 47 II EnWG gilt die Regelung des § 130 BGB.*

**Problemstellung:** Die (Verfügungs-)Kl. nahm am Verfahren zur Vergabe der Stromkonzession für einen Ortsteil im Stadtgebiet der (Verfügungs-)Bekl. teil. Am 13.11.2019 informierte die Bekl. die Kl. darüber, den Konzessionsvertrag nach Auswertung der Angebote mit der Nebenintervenientin abschließen zu wollen. Auf Antrag der Kl. vom 22.11.2019 gewährte die Bekl. am 6.12.2019 teilweise Akteneinsicht.

Mit E-Mail vom Freitag, dem 13.12.2019, 17:03 Uhr, erhob die Kl. gegenüber der Bekl. mehrere Rügen in Bezug auf die Angebotsauswertung, denen die Bekl. nicht abhalf. Dem einstweiligen Verfügungsantrag der Kl., mit dem sie die Rügen gerichtlich weiterverfolgte, gab das *LG Leipzig* statt, ließ dabei einige Rügen jedoch unberücksichtigt.

Auf die Berufung der Bekl. wies das *OLG Dresden* den einstweiligen Verfügungsantrag der Kl. zurück. Es hielt sämtliche Rügen bereits für verfristet. Im Übrigen sah es die Auswertung überwiegend als vom Beurteilungsermessens der Bekl. gedeckt und einzelne Fehler als nicht kausal für die Auswahlentscheidung an.

**Maßgebliche Gründe:** Zunächst legt das Gericht dar, dass der Vortrag der Kl. hinsichtlich der vom *LG* nicht behandelten Rügen in der Berufungsinstanz grundsätzlich unabhängig davon zu berücksichtigen sei, ob jede Rüge einen gesonderten prozessualen Streitgegenstand darstelle (dazu *Schwittau*, IR 2020, 88).

Die Kl. sei aber mit sämtlichen Rügen präkludiert, weil ihr Rügeschreiben der Bekl. nicht innerhalb der 30-tägigen Frist des § 47 II 3 EnWG i. S. v. § 130 BGB zugegangen sei. Die Rügefrist habe gem. § 187 I BGB am 14.11.2019 begonnen und gem. § 188 I BGB am 13.12.2019 geendet. Ein Neubeginn der Frist nach § 47 III 4 EnWG sei ungeachtet der tatsächlichen Akteneinsichtnahme der Kl. nicht erfolgt, weil die Kl. den Antrag auf Akteneinsicht wiederum nicht innerhalb der Frist des § 47 III 3 EnWG gestellt habe.

Nach Ansicht des Gerichts ist § 130 BGB auf die Frist des § 47 II 3 EnWG anwendbar, sodass eine fristwahrende Rügeerhebung den fristgerechten Zugang des Rügeschreibens erfordert. Entsprechendes gelte nach überwiegender Meinung für das Rügesystem des § 160 GWB, an das § 47 EnWG angelehnt sei. Die Argumentation des *LG*, die Ausübung der Rügen nach § 47 I und II EnWG sei mit einer Prozesshandlung vergleichbar, für die § 130 BGB nicht gelte, überzeugt das *OLG* nicht: Der gerichtliche Teil des

Rügesystems sei erst in § 47 V EnWG geregelt, während die Rügeobliegenheit des § 47 II EnWG gerade dazu diene, gerichtliche Verfahren ggf. zu vermeiden. § 130 BGB enthalte einen Grundsatz der zivilrechtlichen Rechtsausübung; allein der Umstand, dass eine Partei des angestrebten Konzessionsvertrags eine öffentlich-rechtliche Körperschaft sei, begründe keine Ausnahme.

Es sei nicht zu erwarten, dass ein Schreiben, das bei einer Behörde freitags um 17:03 Uhr eingeht, noch zur Kenntnis genommen werde, sodass es i. S. v. § 130 BGB erst am darauffolgenden Montag zugehe.

Auch ungeachtet der Verfristung sieht das *OLG Dresden* den Verfügungsanspruch der Kl. nicht dargelegt. Ein pauschaler Vorwurf, der Auswertungsvermerk sei intransparent, würde nicht durchgreifen: Der Auswertungsvermerk liste zu jedem Kriterium tabellarisch den wesentlichen Inhalt der Angebote auf und bewerte diese knapp unter Benennung der ausschlaggebenden Gesichtspunkte. Zusammen mit den Ausführungen der Bekl. in ihrer Nichtabhilfeentscheidung, sei die Auswahlentscheidung hinreichend nachvollziehbar.

Das Gericht setzt sich mit sämtlichen Rügen der Kl., auch den nicht vom *LG* behandelten, inhaltlich auseinander. Die Bewertung der Bekl. bewege sich überwiegend innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes. Soweit einzelne Rügen begründet sind, ergebe eine Neubewertung bei den betroffenen Kriterien insgesamt keinen Punktevorsprung der Kl. vor der Nebenintervenientin.

**Kritik:** Die Argumentation des *OLG Dresden* zum Zugangserfordernis bei § 47 II EnWG überzeugt nicht. Der Gesetzgeber hat in § 47 EnWG für Konzessionierungsverfahren ein einheitliches System zur Wahrung der Rechte beteiligter Bewerber geschaffen. Die Anwendung des § 130 BGB im Rahmen des § 47 II EnWG anzunehmen, bei § 47 V EnWG abzulehnen, ist insofern unsystematisch. Ein Zugangserfordernis für die Rügeschreiben des § 47 II EnWG ist auch im Übrigen nicht interessengerecht, denn die ohnehin schon knappen Rügefristen werden damit angesichts der oftmals kurzen Geschäftszeiten der Gemeinden empfindlich gestauch.

*RAin Thea Lebsa, Berlin*

*OLG Dresden*, Urt. v. 27.1.2021 – U 6/20 Kart  
Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) ■

### OLG Düsseldorf: Zur Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes des Verfahrensgegenstandes bei regulierungsbehördlichen Gebührenentscheidungen

*Nach Ansicht des OLG Düsseldorf steht die Verwendung einer Tabelle als Berechnungsgrundlage bei der Gebührenermittlung für eine regulierungsbehördliche Entscheidung der Ausübung des der Behörde insoweit*

**zustehenden Entschließungsermessens nicht von vornherein entgegen. Die Ausgestaltung der Tabelle im Einzelfall war aus Sicht des Gerichts nicht zu beanstanden.**

**Problemstellung:** Mit ihrer Beschwerde richtete sich die Bf. gegen einen Gebührenbescheid der *BNetzA* für eine Entscheidung über den Antrag der Bf. auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV.

§ 91 EnWG ermächtigt die Regulierungsbehörden zur Kostenerhebung als Gegenleistung für die durch sie vorgenommenen Amtshandlungen. Die zu erhebenden Gebühren haben vorrangig dazu zu dienen, die mit den Amtshandlungen verbundenen Personal- und Sachkosten zu decken (sog. Kostendeckungsprinzip, § 91 III 1 EnWG). Zusätzlich können Regulierungsbehörden nach § 91 III 2 EnWG auch den wirtschaftlichen Wert des Verfahrensgegenstandes bei der Gebührenhöhe berücksichtigen (sog. Äquivalenzprinzip).

Zur Ermittlung der Gebührenhöhe griff die *BNetzA* auf eine von ihr erstellte Tabelle (nachfolgend: Matrix) zurück. Diese berücksichtigte in einer Spalte die wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrensgegenstandes – aufgeteilt in 31 Stufen. In einer weiteren Spalte war der sachliche und personelle Aufwand der Behörde aufgelistet – unterteilt in die Stufen „niedrig“, „normal“ und „hoch“. Mit steigendem Wert des Verfahrensgegenstandes stieg zugleich auch die Höhe des anzusetzenden Verwaltungsaufwandes.

Die Bf. rügte im Beschwerdeverfahren, dass die *BNetzA* den wirtschaftlichen Wert bei Genehmigungen von Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV grundsätzlich berücksichtigt. Durch die Verwendung der Matrix habe die Behörde das ihr zustehende Ermessen dahingehend, ob der wirtschaftliche Wert bei der Ermittlung der Gebührenhöhe im konkreten Einzelfall überhaupt zu berücksichtigen sei, schon nicht ausgeübt. Zudem wandte sich die Bf. gegen die Ausgestaltung der von der *BNetzA* erstellten Matrix. Durch diese werde der wirtschaftlichen Bedeutung ein höherer Stellenwert eingeräumt, als dem tatsächlichen Verwaltungsaufwand, wodurch sich die Behörde i. E. in unzulässiger Weise eine Einnahmequelle verschaffe. Ferner vertrat die Bf. die Auffassung, die *BNetzA* habe für die Ermittlung der wirtschaftlichen Bedeutung den falschen Anknüpfungspunkt gewählt. Schließlich habe die *BNetzA* bei der Entscheidung über die Gebühren fehlerhafte Tatsachen zugrunde gelegt, da diese nicht die im Zeitpunkt der Kostenentscheidung aktuellsten Erkenntnisse über den wirtschaftlichen Wert berücksichtigt habe.

**Maßgebliche Gründe:** Das *OLG Düsseldorf* hielt die Beschwerde für teilweise begründet. Mit Beschluss vom 16.12.2020 hat das Gericht den angegriffenen Gebührenbescheid der *BNetzA* aufgehoben und die Behörde zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats verpflichtet.

Hierbei erachtete der Kartellsenat allerdings sowohl das Vorgehen der *BNetzA*, vorab festzulegen, dass für kostenpflichtige Amtshandlungen grundsätzlich deren wirtschaftlicher Wert berücksichtigt werden kann, als auch die Verwendung der im streitgegenständlichen Fall von der Behörde erstellten Matrix als rechtmäßig.

Allein aus der Verwendung einer Matrix als Berechnungsgrundlage für die Gebührenhöhe kann nach Auffassung des *OLG Düsseldorf* nicht auf einen Ermessensausfall oder -nichtgebrauch in Bezug auf die Entscheidung der Behörde, ob auch der wirtschaftliche Wert des Verfahrensgegenstandes bei der Gebührenhöhe im Einzelfall zu berücksichtigen ist, geschlossen werden. Vielmehr handele es sich bei der Matrix lediglich um ein internes Hilfsmittel ohne Bindungswirkung, sodass es der Behörde unbenommen sei, sich im Einzelfall gegen den Rückgriff auf die Matrix und die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes zu entscheiden.

Zudem stellte der Kartellsenat fest, dass die *BNetzA* durch die Verwendung der Matrix auch nicht gegen den Grundsatz des Vorrangs des Kostendeckungsprinzips i. S. d. § 93 III 1 EnWG verstoßen habe. Entgegen der Auffassung der Bf. werde durch diese keine Gleichrangigkeit von Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip hergestellt. Vielmehr werde die Matrix zur Verfahrenserleichterung und -vereinheitlichung erst dann angewandt, wenn sich die Behörde für die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes entschieden habe.

Soweit die tatsächlich entstandenen Personal- und Sachkosten im Einzelfall bei der Anwendung der Matrix überschritten würden, wären die Kosten jedenfalls gedeckt und insoweit kein Verstoß gegen den Vorrang des Kostendeckungsprinzips gegeben. Die Verwendung der Matrix zielt nach Auffassung des Kartellsenats auch nicht auf die Schaffung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Einnahmequelle ab, sondern dient der Sicherstellung einer einheitlichen und gleichmäßigen Berechnungspraxis im Falle der Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes des Verfahrensgegenstandes.

Im Zusammenhang mit der gerügten Auswahl des Anknüpfungspunktes für die Bemessung der wirtschaftlichen Bedeutung wies das *OLG Düsseldorf* darauf hin, dass den Regulierungsbehörden insoweit ein weiter, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Bewertungsspielraum zustehe. Eine gerichtliche Aufhebung des Gebührenbescheides komme nur bei einer „gröblichen Verletzung“ des gebührenrechtlichen Äquivalenzprinzips in Betracht. Eine solche – im streitgegenständlichen Sachverhalt für den Kartellsenat indes nicht feststellbare – Verletzung läge dann vor, wenn die Gebühr in einem „groben Missverhältnis zu dem Wert der mit ihr abgegoltenen Leistung“ stünde.

Das *OLG Düsseldorf* erachtete die Beschwerde indes insoweit als begründet, als dass die *BNetzA* nicht den zum

Zeitpunkt der Entscheidung zutreffenden Sachstand bei der Bemessung der wirtschaftlichen Bedeutung zugrunde gelegt hat. In diesem Zusammenhang stellte das Gericht fest, dass es im Falle der Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes des Verfahrensgegenstandes maßgeblich auf den Wert zum Zeitpunkt der Beendigung der Amtshandlung ankomme. Hier sei der objektive Sachstand und nicht das Wissen einer Beschlusskammer einer Behörde maßgeblich.

**Kritik:** Zuzustimmen ist dem *OLG Düsseldorf* insoweit, als die Verwendung einer Matrix eine Ermessensausübung der *BNetzA* nicht von vornherein ausschließt. Hierdurch gibt sich die Behörde lediglich ihre eigenen Entscheidungsmaßstäbe vor und bestimmt – wie bei ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften – in welcher Weise von dem ihr eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht werden soll. Dieses Vorgehen stellt eine einheitliche und gleichmäßige Ermessensausübung bei der Bestimmung der Gebührenhöhe sicher.

Gleichwohl ist festzustellen, dass der wirtschaftliche Wert des Verfahrensgegenstandes in der Regel bei der Gebührenbemessung sämtlicher Regulierungsbehörden Berücksichtigung findet. Insoweit drängt sich die Frage auf, ob die regulierungsbehördliche Kostenfestsetzungspraxis dem energierechtlich vorgegebenen Vorrang des Kostendeckungsprinzips (noch) entspricht, oder nicht etwa das von § 91 III EnWG vorgegebene Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil verkehrt wird.

Zudem stellt das *OLG Düsseldorf* mit dem Erfordernis einer „gröblichen Verletzung“ des Äquivalenzprinzips einen sehr groben, wohl nur in den seltensten Fällen zu erreichenden Maßstab auf. Auch lassen die Ausführungen des Kartellsenats eine hinreichend konkrete Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs der „gröblichen Verletzung“ vermissen. Die Vorgaben des Gerichts, eine solche liege dann vor, „wenn Gebühr in einem groben Missverhältnis zu dem Wert der mit ihr abgeholzten Leistung steht“ liefert insoweit keine konkreten Maßstäbe und dürfte damit kaum geeignet sein, für den Rechtsanwender im Einzelfall greifbare Anhaltspunkte zu liefern. Dies wäre mit Blick auf den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit indes wünschenswert.

*RAin Kathleen Philipp, Berlin*

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.12.2020 – 3 Kart 16/20  
Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de)

## **OLG Düsseldorf: Zur Ermittlung des Kapitalkostenabzugs – Fremdkapitalzinsen**

**Der Begriff des „Aufwands für Fremdkapitalzinsen“ in § 6 III 2 ARegV erfasst für die Ermittlung des Kapitalkostenabzugs nur den Aufwand, der auf der Aufnahme verzinslichen Fremdkapitals beruht, hingegen**

**nicht das dem Netzbetreiber zinslos zur Verfügung stehende Abzugskapital gem. § 7 II StromNEV.**

**Problemstellung:** Die Bf. betreibt ein Gasverteilernetz. Im Verfahren zur Festsetzung der Erlösobergrenzen hat die *BNetzA* den Kapitalkostenabzug gem. § 6 III ARegV zu ermitteln. Dabei hat die *BNetzA* auch Aufwand der Bf. aus der handelsrechtlichen Position „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ als „Aufwand für Fremdkapital“ in den Kapitalkostenabzug einbezogen, der sich aus Zinszuführungen und Zinsänderungseffekten für Rückstellungen im Zusammenhang mit Pensionszusagen ergab.

Eine Differenzierung zwischen Zinsaufwand für Fremdkapital, das in unmittelbarem Zusammenhang mit Investitionen steht, und sonstigen Zinsaufwendungen hat die *BNetzA* nicht vorgenommen. Nach Auffassung der *BNetzA* sei das betriebsnotwendige verzinsliche Fremdkapital grundsätzlich in der vollen in der Bilanz ausgewiesenen Höhe zu berücksichtigen. Demnach seien den Fremdkapitalzinsen alle Zinsen und ähnlichen Aufwendungen aus Fremdkapital zuzuordnen, wobei darunter die Gesamtheit aller Verbindlichkeiten und Rückstellungen zu verstehen sei.

Demgegenüber wandte die Bf. ein, der nicht investitionsbezogene Zinsaufwand, dabei insbesondere Zinszuführungen und Zinsänderungseffekte aus Pensionsrückstellungen, seien nicht in den Kapitalkostenabzug einzubeziehen. Dieser Aufwand stehe in keinem Zusammenhang zum Sachanlagevermögen, weshalb sich diese Kosten auch völlig unabhängig – und zudem sehr volatil – zu den Restbuchwerten des Sachanlagevermögens entwickelten.

Ferner wandte sich die Bf. gegen weitere Aspekte der von der *BNetzA* vorgenommenen Berechnung des Kapitalkostenabzugs.

**Maßgebliche Gründe:** Das *OLG Düsseldorf* hat mit Beschluss vom 18.11.2020 den angegriffenen Bescheid der *BNetzA* aufgehoben und die Behörde zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats verpflichtet.

Nach Ansicht des Gerichts ist der Begriff der Fremdkapitalzinsen in § 6 III 2 ARegV nicht in einem handelsbilanziellen Sinne zu verstehen, der sämtliche Zinsen und ähnliche Aufwendungen für handelsrechtlich als Fremdkapital zu bilanzierende Positionen erfasst, sondern setzt ein kalkulatorisches und damit engeres Verständnis voraus. Erfasst werde danach nur der Aufwand, der auf der Aufnahme verzinslichen Fremdkapitals beruhe.

Zum Wortlaut der Vorschrift stellte der Kartellsenat fest, die Formulierung „Aufwand für Fremdkapitalzinsen“ lege ein engeres Verständnis als der handelsrechtliche Begriff der „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ nahe, ihr könne jedoch keine ausdrückliche Beschränkung nur auf den Zinsaufwand für verzinsliches Fremdkapital in Abgrenzung zum zinsähnlichen Aufwand für Abzugskapital entnommen werden. Eine rein kalkulatorische Auslegung des Begriffs sei daher nicht vorgegeben. Dies be-

gründe sich auch daraus, dass bei bilanzieller Betrachtung Rückstellungen gem. § 266 HGB dem Fremdkapital unterfallen würden, so dass auch zinsähnliche Aufwendungen für Fremdkapital unter den Begriff „Aufwand für Fremdkapital“ fallen könnten.

Aus einer systematischen Betrachtung folge allerdings, dass nur das verzinsliche Fremdkapital als Grundlage für die Berechnung des Fremdkapitalzinsaufwands berücksichtigt werden dürfe, nicht hingegen das dem Netzbetreiber zinslos zur Verfügung stehende und in § 7 II Strom-/GasNEV näher definierte Abzugskapital. Dies folge nicht bereits aus einem Vergleich mit dem Instrument des Kapitalkostenaufschlags und der dort „sachanlagenbezogen“ ermittelten Kapitalkosten. Die Berechnungsmethode der Fremdkapitalzinsen beim Kapitalkostenabzug habe der Ordnungsgeber demgegenüber nicht „sachanlagenbezogen“, sondern „vermögensbezogen“ ausgestaltet.

Gleichwohl ergebe sich jedoch aus der Systematik der in Zusammenhang mit dem Kapitalkostenabzug stehenden Normen eine Beschränkung des Begriffs der Fremdkapitalzinsen. Die systematische Betrachtung der einschlägigen Normen führe zu einer kalkulatorischen Auslegung des vom Abzugskapital zu unterscheidenden Fremdkapitals. So wird in § 7 I 2 Strom-/GasNEV begrifflich zwischen dem verzinslichen Fremdkapital und dem einem Unternehmen zinslos zur Verfügung stehenden Abzugskapital unterschieden. Dem System der Kapitalkostenberechnung liege eine grundsätzlich kalkulatorische Betrachtungsweise zugrunde, die im Rahmen des Fremdkapitals zwischen verzinslich zur Verfügung gestelltem Fremdkapital und zinslos zur Verfügung stehendem Fremdkapital (= Abzugskapital) unterscheide. Es liege daher auf der Hand, den Begriff des Fremdkapitals in § 6 III ARegV in diesem kalkulatorischen Sinne zu verstehen.

Diese einschränkende kalkulatorische Auslegung werde auch durch die Verordnungsbegründung und den Normzweck bestätigt. So sei der Grundgedanke des Kapitalkostenabzugs, dass das zeitliche Absinken der Restbuchwerte zu einer Absenkung der Kapitalkosten für die Bestandsanlagen führe. Dieser von der Verordnungsbegründung geforderte Zusammenhang zwischen dem Absinken der Restbuchwerte und dem Absinken der Kapitalkosten bestehe jedoch bei dem in § 7 II Strom-/GasNEV aufgeführten Abzugskapital nicht. Die Höhe der Kosten der streitgegenständlichen Rückstellungen hänge vielmehr von Zinsentwicklungen und den dadurch unter Umständen nötigen Zinsanpassungen für Auf- und Abzinsungen ab. Eine Einbeziehung dieser Kapitalkosten würde ein Absinken unterstellen, dass in diesem Proporz zum Sachanlagevermögen tatsächlich nicht gegeben ist und somit nicht mit dem Sinn und Zweck des Kapitalkostenabzugs im Einklang stehe.

**Kritik:** Der Entscheidung des *OLG Düsseldorf* ist im Ergebnis zuzustimmen.

Zum Ansatz der Fremdkapitalzinsen im Kapitalkostenabzug überzeugt die Auslegung durch das Gericht jedoch nicht hinsichtlich aller vorgenommenen Schritte bei der Exegese der Norm. So definiert der Wortlaut der Vorschrift des § 6 III 3 ARegV die einzelnen Bestandteile des Kapitalkostenabzugs und sieht dabei die Berücksichtigung des „Aufwandes für Fremdkapitalzinsen“ vor. Obwohl der Kartellsenat bereits eine Tendenz dahin gehend erkennt, eher eine kalkulatorische Sichtweise anzunehmen, so schafft er sich letztlich die (Rest-)Unsicherheit selbst, indem er die handelsrechtliche Zuordnung von Rückstellungen zum Fremdkapital als maßgeblich erachtet. Die Norm bezieht sich vom Wortlaut her ausdrücklich auf „Fremdkapitalzinsen“. Mögen Rückstellungen auch handelsrechtlich dem Fremdkapital zuzuordnen sein, so ist unbestritten, dass etwa Aufzinsungen zwar „zinsähnliche“ Aufwendungen, jedoch keinen Zinsaufwand darstellen.

Die systematische Auslegung ist im Ergebnis überzeugend. Zutreffend verweist der Kartellsenat darauf, dass die Berechnung der Fremdkapitalzinsen im Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV einem eigenständigen Regelwerk folgt. Sowohl die Verzinsungsbasis als auch die Eigen- und Fremdkapitalzinsen werden in den Regelungen der Abs. 5–7 des § 10a ARegV ausdrücklich und gesondert bestimmt. Die Regelung zur Ermittlung des Kapitalkostenabzugs findet sich jedoch in den Vorgaben zur Bestimmung des Ausgangsniveaus in § 6 ARegV. Auch die nähere Definition zur Ermittlung des Kapitalkostenabzugs in Anl. 2a zu § 6 stützt den Verweis auf die maßgebliche Vorschrift des §§ 7 Strom-/GasNEV. Diese unterscheidet nicht nur begrifflich, sondern eben auch systematisch zwischen dem verzinslichen Fremdkapital und dem zinslos zur Verfügung stehenden Abzugskapital. Konsequenterweise hätte das Gericht hierzu noch die Frage aufwerfen können, inwieweit für Abzugskapital überhaupt ein Zinsaufwand entstehen kann; die Definition des Abzugskapitals begründet sich gerade daraus, dass dieses zinslos dem Unternehmen zur Verfügung steht. Folgerichtig handelt es sich gerade nicht um Kosten für zur Verfügung stehendes Kapital.

Indirekt greift der Kartellsenat dieses Argument durchaus auf: Im Zuge der Würdigung des Normzwecks verweist das Gericht auf den fehlenden proportionalen Zusammenhang zwischen den Zinsaufwendungen für das Abzugskapital und den Restwerten des Sachanlagevermögens. Die Begründung dafür findet sich darin, dass für Abzugskapital kein Kapitaleinsatz zu leisten ist; die zinsähnlichen Aufwendungen stellen daher weder systematisch Kapitalkosten dar, noch verhalten sie sich proportional zum betriebsnotwendigen Vermögen. Der Sinn und Zweck des Kapitalkostenabzugs besteht in der Anpassung der Erlösbergrenzen im Verhältnis zu den im Zeitablauf – jedenfalls für die Bestandsanlagen – sinkenden Kapitalkosten. Folgerichtig ist die Ermittlung des Kapitalkostenabzugs auf den Zinsaufwand für das verzinsliche Fremdkapital zu beschränken. Eine Ausdehnung der Eingangsgrößen auf Kostenpositionen, die weder auf dem verzinslichen Fremdkapital beruhen noch in einem

proportionalen Verhältnis zu dessen Entwicklung stehen, widerspricht daher dem Normzweck und den Vorstellungen, die der Verordnungsgeber von diesem Instrument zum Nachführen der Kapitalkosten im Sinn hatte.

RA Stefan Missling, Berlin

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.11.2020 – VI-3 Kart 843/19 (V)

Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de)

## OVG Münster: Stopp für Einbauverpflichtung intelligenter Messsysteme

*Das OVG Münster hat im Eilverfahren die Allgemeinverfügung zur Feststellung der technischen Möglichkeit der Ausrüstung von Messstellen mit intelligenten Messsystemen ausgesetzt. Diese sei voraussichtlich rechtswidrig, die gesetzlichen Anforderungen seien nicht erfüllt. Dadurch wird die Pflicht der Messstellenbetreiber, ausschließlich intelligente Messsysteme einzubauen, suspendiert.*

**Problemstellung:** Die Ast. wehrt sich gegen die Allgemeinverfügung des *Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI)* vom 7.2.2020, wonach es technisch möglich ist, Messstellen für Stromverbrauch und Stromerzeugung mit intelligenten Messsystemen auszustatten. Diese Markterklärung nach § 30 MsbG löst die Pflicht nach § 29 I MsbG aus, intelligente Messsysteme einzubauen, und sperrt nach § 19 V MsbG die Möglichkeit, abweichende Messsysteme zu verbauen.

Der Einbau intelligenter Messsysteme ist nach der gesetzlichen Regelung technisch nur möglich, wenn drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme nach den Anforderungen des § 24 I MsbG anbieten.

Dieser Umstand wird bestritten, die gesetzlichen Anforderungen seien nicht gewahrt. Das Gericht folgt dieser Auffassung und setzt die Allgemeinverfügung vorläufig außer Kraft.

**Maßgebliche Gründe:** In seinem Beschluss stützt sich das Gericht auf zwei Argumente: Derzeit böten keine drei voneinander unabhängigen Unternehmen intelligente Messsysteme i. S. d. § 24 I MsbG an. Daneben ermächtige § 30 S. 1 MsbG das BSI nicht dazu, den Einbau von Messsystemen auf bestimmte Fallgruppen zu beschränken.

Gerügt wird zunächst, dass bei den verfügbaren Messsystemen die Interoperabilitätsanforderungen nach § 22 I MsbG nicht zertifiziert worden seien.

Das Gericht sieht es als ausgeschlossen an, dass eine Zertifizierung zur Konformität noch nach Einbau und Inbetriebnahme des Smart-Meter-Gateways vorgenommen und somit schon vor der Zertifizierung die technische

Einbaumöglichkeit nach § 30 MsbG festgestellt werden könne.

Daneben erfüllten die Messsysteme zwar die Anforderungen der Anlage VII der Technischen Richtlinie TR-03109-1, welche den Stand der Technik konkretisiere.

Diese Anlage sei jedoch formell wie materiell rechtswidrig. In formeller Hinsicht sei der Ausschuss für Gateway-Standardisierung entgegen § 27 2. Hs. MsbG nicht angehört worden.

Anlage VII bleibe daneben materiell hinter den Anforderungen des § 24 I 3, 4, § 22 I, II, IV und § 21 MsbG zurück und sei rechtswidrig. Sie sehe Funktionalitäten, die intelligente Messsysteme zwingend erfüllen müssten, nicht vor, insbesondere die zwingenden Anforderungen des § 21 I Nr. 1 lit. b MsbG hinsichtlich der Fernsteuerbarkeit von Anlagen. Auch seien die Anforderungen des § 21 I Nr. 1 lit. d MsbG nicht gewahrt, die Netzzustandsdaten sollen von Netzbetreibern eingesehen werden können, damit diese nicht separate Betriebsmittel einsetzen müssen.

Diese Aspekte seien für spezielle Geräteprofile, nicht aber für das aktuell allein zertifizierte Basisprofil vorgesehen. Diese Clusterung in aktuell zertifizierte und künftig zu zertifizierende Aspekte bleibe hinter den Anforderungen des MsbG zurück, das Basisprofil erfülle nicht alle zwingenden Anforderungen.

Daneben erweise sich die Allgemeinverfügung insoweit als rechtswidrig, als sie die technische Möglichkeit der Ausstattung auf Fallgruppen begrenze. So seien insbesondere Messstellen mit einer registrierenden Lastgangmessung und Teilnahmen am Mechanismus des § 14a EnWG ausgenommen worden.

Dies sehe § 30 S. 1 i. V. m. § 24 I MsbG nicht vor und widerspreche der gesetzgeberischen Intention des umfassenden Roll-Outs.

Das BSI könne gesetzliche Mindestanforderungen auch nicht im Rahmen der Kompetenz, Technische Richtlinien nach Maßgabe des technischen Fortschritts abzuändern, beschränken, dies sei dem Gesetzgeber vorbehalten.

**Kritik:** Dem digitalen Messwesen kommt eine zentrale Bedeutung bei der Digitalisierung der Energiewirtschaft zu. Datengetriebene Geschäftsmodelle und Prozesse werden nur so möglich. Umso kritischer ist es, dass der Roll-Out seit Jahren aus verschiedenen Gründen stagniert.

Inhaltlich sind die Ausführungen des Gerichts überzeugend. Gerade die Interoperabilität ist essentiell für eine zukunftsfähige Datenkommunikation.

Folgerichtig ist daher die Auffassung des Gerichts, dass § 21 I MsbG zwingende Anforderungen und nicht unverbindliche Erwägungen enthält.

Einer Aufspaltung der Funktionen in verschiedene Profile, von welchen nur ein geringer Teil schon jetzt zu zertifizieren ist, ist zu widersprechen: Die zentralen Funktionen sind von grundlegender Bedeutung für die Digitalisierung der vor allem dezentralisierten Energieversorgungsstrukturen. Es ist daher sicherzustellen, dass die nun zu verbauenden intelligenten Messsysteme diesen Anforderungen schon jetzt genügen, um Folgeprobleme zu verhindern.

Unter diesem Gesichtspunkt ist es auch folgerichtig, keine Differenzierung der Einsatzbereiche zuzulassen: Der vom MsbG und den europäischen Regelungen intendierte flächendeckende Einsatz der Smart Meter verlangt, dass alle relevanten Einsatzbereiche ausgestattet werden. Dem widerspricht es, wenn im Rahmen der Umsetzung weitgehende Bereiche von der Feststellung und damit der Einbaupflicht ausgenommen werden, ohne dass sichergestellt ist, dass die nun zertifizierten und verbauten Smart Meter auch dort einsatzfähig sind.

Der Beschluss betrifft jedoch die bereits installierten intelligenten Messsysteme nicht; diese müssen nicht ausgetauscht werden.

Freilich bleibt die Entscheidung im Hauptsacheverfahren abzuwarten, wenngleich mit Blick auf die ausführliche Begründung im Eilverfahren kein für den Roll-Out positiveres Bild zu erwarten ist. Der fehlerfreie Roll-Out erweist sich erneut als Weichenstellung für den Pfad der Digitalisierung der Energieinfrastruktur.

*Mag. iur. Paul B. Jahn, Düsseldorf*

OVG Münster, Beschl. v. 4.3.2021 – 21 B 1162/20  
 Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) ■

## **VG Frankfurt a. M.: Zum maßgeblichen Umwandlungsbegriff im Rahmen einer Begrenzung der EEG-Umlage für das Jahr 2017**

*Im Rahmen eines Begrenzungsantrags nach der Besonderen Ausgleichsregelung für das Jahr 2017 ist auf den Umwandlungsbegriff nach dem EEG 2014 abzustellen.*

**Problemstellung:** Für den Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen für eine EEG-Umlagebegrenzung nach der Besonderen Ausgleichsregelung kann ein antragstellendes Unternehmen nach § 67 I 1 EEG 2014/2017/2021 auf die Daten des Unternehmens vor seiner Umwandlung nur zurückgreifen, wenn die wirtschaftliche und organisatorische Einheit dieses Unternehmens nach der Umwandlung nahezu vollständig in dem antragstellenden Unternehmen erhalten geblieben ist (sog. identitätswahrende Umwandlung).

Insbesondere im Kontext von Unternehmensinsolvenzen sind identitätswahrende Umwandlungen nach dem EEG 2014 eine immer wiederkehrende Problemstellung, wie der vorliegende Fall zeigt. Übertragungen von Vermögensgegenständen aus einer Insolvenz heraus wurden

in der Gesetzesbegründung zum EEG 2014 zwar als häufiger Praxisfall für Umwandlungen nach dem EEG genannt. Gleichwohl war im maßgeblichen Umwandlungsbegriff in § 5 Nr. 32 EEG 2014 eine Übertragung sämtlicher Wirtschaftsgüter eines Unternehmens oder Unternehmensteils im Wege der Singularsukzession verlangt. In der Praxis scheitern daher identitätswahrende Umwandlungen aus einer Insolvenz heraus – mangels Übertragung sämtlicher Wirtschaftsgüter – regelmäßig an den hohen Hürden des Umwandlungsbegriffs des EEG 2014.

Mit Einführung des EEG 2017 hat der Gesetzgeber an diesem Punkt nachgesteuert und den Umwandlungsbegriff in § 3 Nr. 45 EEG 2017 erweitert. Seither ist eine Umwandlung im Wege der Singularsukzession auch dann gegeben, wenn die wirtschaftliche und organisatorische Einheit des Unternehmens oder selbständigen Unternehmensteils nach der Übertragung nahezu vollständig erhalten bleibt.

Im dem Urteil zugrunde liegenden Fall hatte die Kl. im Jahr 2015 diverse, jedoch nicht sämtliche Vermögensgegenstände und Vertragsverhältnisse von einem insolventen Unternehmen erworben, gleichwohl aber zum Nachweis der Antragsvoraussetzungen für das Jahr 2017 (auch) auf die Daten des Unternehmens vor Umwandlung zurückgegriffen. Das *Bafa* erachtete die Voraussetzungen einer Umwandlung nach § 5 Nr. 32 EEG 2014 als nicht gegeben und lehnte den Antrag ab. Die Kl. hielt hingegen den weiteren Umwandlungsbegriff nach § 3 Nr. 45 EEG 2017 für maßgeblich.

**Maßgebliche Gründe:** Unter Bezugnahme auf die st. Rspr. erklärt das Gericht für die Beurteilung des klägerischen Anspruchs auf Umlagebegrenzung für das Jahr 2017 die Rechtslage zum Zeitpunkt der Antragstellung, hier also das EEG 2014, für maßgeblich. Das „Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit“ gebiete eine einheitliche Betrachtungsweise. Gerade am Umwandlungsbegriff des EEG werde die Notwendigkeit eines einheitlichen Betrachtungszeitpunktes deutlich. Bezwecke der Gesetzgeber mit einer Novellierung eine von diesen Grundsätzen abweichende Regelung, nutze er die Möglichkeit von Übergangsbestimmungen.

**Kritik:** Dem Urteil kann nicht zugestimmt werden. Ausgangspunkt der Suche nach der in einem Fall maßgeblichen Rechtslage muss aufgrund der Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) stets das geltende Recht sein. Bei zwischenzeitlich ergangenen Rechtsänderungen sind vor allem Übergangsbestimmungen zu beachten. Dies gilt auch für das EEG.

Zunächst ist daher das EEG 2021 zu befragen, ob es sich hinsichtlich noch nicht rechtskräftig beschiedener Anträge für das Begrenzungsjahr 2017 für anwendbar erklärt. § 103 EEG 2021 gibt hierauf allerdings keine Antwort. Nach dem Grundsatz „*lex posterior derogat legi priori*“ ist damit seit dem 1.1.2021 das EEG 2021 und folglich auch der darin enthaltene Umwandlungsbegriff anzuwenden.

Selbst wenn man im Rahmen der Auslegung des EEG 2021 (etwa in entsprechender Anwendung des § 100 I EEG 2021) dieses mit Blick auf Begrenzungsanträge für 2017 für nicht anwendbar erachtete, wäre in einem weiteren Schritt das EEG 2017 zu befragen. Darin fällt auf: § 103 I und II EEG 2017 erklärt das EEG 2017 jedenfalls im Grundsatz für noch nicht rechtskräftig beschiedene Begrenzungsanträge für die Jahre 2015 und 2016 für anwendbar. Für das im vorliegenden Fall maßgebliche Begrenzungsjahr 2017 enthält § 103 EEG 2017 hingegen keine explizite Übergangsbestimmung. Wollte der Gesetzgeber also im Zeitpunkt des Inkrafttretens des EEG 2017 noch nicht rechtskräftig beschiedene Begrenzungsanträge für das Jahr 2017 tatsächlich dem EEG 2014, die zeitlich früheren Begrenzungsanträge für 2015 und 2016 hingegen dem späteren EEG 2017 unterwerfen? Das Gegenteil dürfte der Fall sein. Der Gesetzgeber scheint schlicht davon ausgegangen zu sein, dass Begrenzungsanträge für das Jahr 2017 nach dem EEG 2017 zu beurteilen sind, ohne dass es insoweit aus Gründen des Vertrauensschutzes einer expliziten Übergangsbestimmung in § 103 EEG 2017 bedarf.

Zu alledem erfährt man in dem Urteil nichts. Das Gericht beschränkt sich auf die Feststellung, dass der Gesetzgeber Übergangsbestimmungen nutze, wenn er von den Grundsätzen abweichen wolle, wonach für die Beurteilung eines klägerischen Anspruchs auf Umlagebegrenzung die Rechtslage zum Zeitpunkt der Antragstellung maßgeblich sei. Diese Feststellung erfolgt nicht nur ohne jede Subsumtion. Sie stellt vor allem einen im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelten Grundsatz über das geltende Recht. Das neuerliche Berufen des Gerichts auf das Grundgesetz („Gebot der Rechtsklarheit und -gleichheit“) legt nahe, das Gericht könnte von der Verfassungswidrigkeit jedenfalls von Teilen der Übergangsbestimmungen zur Besonderen Ausgleichsregelung im EEG überzeugt sein. Für solche Fälle stellt das Grundgesetz den Fachgerichten aber einzig und allein ein Instrument zur Verfügung: die konkrete Normenkontrolle. Ansonsten gilt: „Hat der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen, dürfen die Gerichte diese nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern oder durch eine judikative Lösung ersetzen“ (VG Frankfurt a. M., Urt. v. 18.10.2018 – 5 K 2992/16.F, Rn. 71).

RA Simon Hillmann, Berlin

VG Frankfurt a. M., Urt. v. 18.2.2021 – 5 K 5025/18.F  
Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de)

## VG Frankfurt a. M.: Maßgebliche Rechtslage für den Antrag auf Übertragung eines Begrenzungsbescheides

*Für die rechtliche Beurteilung des Verpflichtungsbehrens auf Übertragung eines Begrenzungsbescheides ist die Rechtslage maßgebend, die im Zeitpunkt des Ab-*

*laufs der Ausschlussfrist für den Antrag des zu übertragenden Begrenzungsbescheids galt. Begrenzungsbescheide für das Begrenzungsjahr 2014 können mangels einer gesetzlichen Normierung im EEG 2012 grundsätzlich nicht übertragen werden.*

**Problemstellung:** Die Kl. begehrt mit der Klage vor dem VG Frankfurt a. M. die EEG-Umlagebegrenzung für das Jahr 2016. Zuvor erhielt die Rechtsvorgängerin der Kl. einen Begrenzungsbescheid für ihren selbständigen Unternehmensteil (im Folgenden sUT) für den Begrenzungszeitraum 2014. Die Kl. und ihre Vorgängerin verschmolzen zum 1.1.2014 zu einer GmbH unter der Firmierung der Vorgängerin der Kl., was die Kl. dem Bundesamt für Ausfuhrkontrolle (BAFA) gegenüber anzeigte. Den Begrenzungsantrag für 2016 stütze die Kl. auf die Härtefallregelung des § 103 III, IV EEG 2014 und trug vor, dass ihre Anzeige der Verschmelzung aus 2014 konkludent als Übertragungsantrag auszulegen sei; hilfsweise stellte sie diesen Antrag nachträglich. Die Behörde lehnte den Begrenzungsantrag hingegen mit der Begründung ab, dass die Kl. nicht über einen bestandskräftigen Begrenzungsbescheid für das Jahr 2014 verfüge. Der zugunsten der Rechtsvorgängerin ergangene Bescheid sei weder im Zuge der Verschmelzung ipso jure noch nach Maßgabe des § 67 III EEG 2014 auf die Kl. übergegangen. Der Normbefehl des § 103 III, IV EEG 2014 erfasse zudem per se nicht die Fälle der Umwandlung nach § 67 EEG 2014. Nach erfolglos durchgeführtem Vorverfahren wendet sich die Kl. auf dem Klageweg gegen die Ablehnung des BAFA.

**Maßgebliche Gründe:** Das Gericht wies die Klage zurück. Der Bescheid der Bekl. sei rechtmäßig und verletze die Kl. nicht in ihren Rechten. Maßgebliche Rechtslage sei – wie bereits mehrfach durch das VG Frankfurt a. M., den VGH Kassel und das BVerwG entschieden – diejenige Rechtslage, die im Zeitpunkt des Ablaufs der materiellen Ausschlussfrist bestanden habe. Im vorliegenden Fall sei für die Antragstellung zum 30.6.2015 das EEG 2014 maßgeblich. Voraussetzung für die Umlagebegrenzung nach der Härtefallregelungen des § 103 III, IV EEG 2014 sei eine dem antragstellenden Unternehmen gegenüber erteilte bestandskräftige Begrenzungsentscheidung für das Jahr 2014. Die Kl. verfüge jedoch nicht über eine eigene bestandskräftige Entscheidung. Der zugunsten der Rechtsvorgängerin erteilte Begrenzungsbescheid sei weder auf die Kl. übergegangen noch habe sie einen Anspruch auf dessen Übertragung.

Ungeachtet dessen, ob es eines förmlichen Antrages bedarf – wobei das Gericht mit Blick auf das streng formalisierte Antragsverfahren sowie der Unterscheidung zwischen § 67 II EEG 2014 („Anzeige“) und § 67 III EEG 2014 („Antrag“) darauf hinwies, dass es gute Gründe dafür sehe –, bedürfe es einer förmlichen Bescheidung durch das BAFA. Dies sei hier nicht der Fall. Im Folgenden lege das Gericht die Bescheidung für das Jahr 2014 dahingehend aus, ob die Vorgängerin der Kl. Adressatin des Bescheids gewesen sei oder die Kl. und ob sich aus der Bescheidung Anhaltspunkte der Entscheidung einer Übertragung der Behörde ergeben könnten.



Eine nachträgliche (hilfsweise) Antragstellung auf Übertragung des der Rechtsvorgängerin für 2014 erteilten Bescheides scheidet aus. Denn es komme – so das Gericht – bei einem Antrag auf Übertragung auf diejenige Rechtslage an, die im Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlussfrist für den Antrag auf Erteilung des nun zu übertragenden Begrenzungsbescheides bestanden habe. Das Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gebiete eine einheitliche Betrachtungsweise, sodass nicht der Zeitpunkt der individuellen Antragstellung auf Übertragung entscheidend sein könne. Für den Antrag auf Umlagebegrenzung für das Jahr 2014 sei hier das EEG 2012 maßgeblich. Das EEG 2012 sehe hingegen noch keine Übertragungsmöglichkeit erteilter Begrenzungsbescheide vor. Eine Übertragung scheidet folglich aus.

**Kritik:** Die Entscheidung lässt leider hinsichtlich der maßgeblichen Sach- und Rechtslage für die Übertragung der Begrenzungsentscheidung wesentliche Aspekte unbeachtet. Weder geht das Gericht auf den Grundsatz der maßgeblichen Sach- und Rechtslage für eine Verpflichtungsklage ein, die nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung besteht, noch begründet es, warum in Abweichung zu diesen verwaltungsprozessualen Grundsätzen (§ 113 V VwGO) das EEG in Bezug auf eine gesonderte Anspruchsgrundlage (§ 67 III EEG 2014) die Anwendbarkeit einer vorausgehenden Gesetzesfassung vorgesehen haben sollte. Zudem lässt die Entscheidung leider gänzlich offen, was das Gericht im Zusammenhang mit dem vorliegenden Sachverhalt unter dem Gebot der Rechtssicherheit versteht und wieso das Gebot der Rechtsgleichheit bei zwei verschiedenen Sachverhalten – Beantragung eines Begrenzungsbescheides einerseits und Übertragung eines erteilten Begrenzungsbescheides andererseits – mit jeweils divergierenden Anspruchsgrundlagen greifen sollte. Denn der Begrenzungsbescheid wird nach den Regelungen der § 63 und § 64 (bzw. § 103 III, IV) EEG 2014 beantragt und erteilt. Eine Übertragung des Bescheids erfolgt indes nach § 67 III EEG 2014 und hat eine erlassene behördliche Entscheidung als Grundlage.

Schließlich ist es auch keine Besonderheit, sondern der Grundsatz, dass es für ein Verpflichtungsbegehren auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt. Warum etwas anderes im EEG – wie dynamisch das Gesetz auch sein mag – gelten sollte, wird in der Entscheidung nicht hinreichend deutlich.

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Eine Befassung und Entscheidung des *VGH Kassel* zu der grundlegenden Frage der maßgeblichen Rechts- und Sachlage bei Anträgen nach § 67 III EEG wäre sehr begrüßenswert.

*RAin Elisabeth Faltinat, Berlin*

VG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.11.2020 – 5 K 4255/18.F  
 Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) ■

## Telekommunikation

### VG Gera: Entscheidung der BNetzA über Höhe eines Mitnutzungsentgeltes und Konditionen eines Mitnutzungsvertrages nach dem DigiNetzG

*Die BNetzA hat im Rahmen von Streitbeilegungsverfahren gem. § 77n TKG einen weiten Ermessensspielraum. Das ausgeübte Ermessen ist jedoch fehlerhaft, wenn die am Markt üblichen Preise oder die Rückwirkungen der Mitnutzung auf den Geschäftsplan im festgelegten Entgelt unberücksichtigt bleiben oder im Rahmen von § 77n III TKG kein Anreizaufschlag gem. § 77n II 3 TKG gewährt oder im Mitnutzungsvertrag von wesentlichen Gedanken des Mietrechts abgewichen wird.*

**Problemstellung:** Die Kl., eine Gesellschaft im Telekom-Konzern, ist u. a. Eigentümerin einer 7,6 km langen Leerrohrverbindung von HVt zum KVz und wendet sich mit der Klage gegen eine Streitbeilegungsentscheidung der beklagten *BNetzA* gem. § 77n TKG (BK 11-18/003).

Der angegriffenen Streitbeilegungsentscheidung liegt ein Mitnutzungsantrag gem. § 77d TKG eines regional tätigen Telekommunikationsunternehmens, die Beigel., in Bezug auf die o. g. Leerrohrverbindung zugrunde, den die Kl. unter Verweis auf einen Versagungsgrund des § 77g II TKG ablehnte. Im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens führte die *BNetzA* eine Markterkundung zum Mitnutzungsentgelt durch, mit dem Ergebnis, dass ein „marktüblicher Referenzpreis“ (Median) bei 1,25 EUR/m/Jahr liege (10,4 ct/m/Monat). Die *BNetzA* beschloss das Entgelt für die Dauer des Vertrages – abweichend von der Markterkundung – i. H. v 4 ct/m/Monat unter Verweis auf die regulierten Entgelte für Kabelkanalanlagen (KKA) vom KVz zum HVt (BK3-16/006) zugrunde zu legen. Zudem entschied die *BNetzA*, dass der Mitnutzungsvertrag frühestens nach Ablauf der Mindestmietzeit (24 Monate) mit Frist von 18 Monaten zum Jahresende (anstelle wie von der Kl. angeboten sofort) gekündigt werden könne, sofern die Kl. die Leerrohre verlegt oder schließt. Stelle sich heraus, dass das Leerrohr während der Laufzeit für die Mitnutzung ungeeignet sei, müsse der Beigel. ein Selbstvornahmerecht zustehen.

**Maßgebliche Gründe:** Das gem. § 52 Nr. 1 VwGO zuständige *VG Gera* gab der Klage teilweise statt.

Das VG stellt unter Verweis auf die Gesetzesbegründung fest, dass der Bekl. im Hinblick auf die Konkretisierung angemessener und fairer Mitnutzungsentgelte ein weiter Ermessensspielraum zukomme. Die Anwendung der regulierten KKA-Entgelte sei zwar nicht völlig ungeeignet, auch wenn vorliegend die Anbindungsrichtung und Leerrohrgröße abweiche. Allerdings habe die Bekl. die Deckung der konkreten Zusatzkosten der Mitnutzung im Einzelfall nicht ausreichend berücksichtigt, da diese auch in den regulierten KKA-Entgelten nicht berücksichtigt seien.

Zudem hätte die Bkl. die Ergebnisse der Markterkundung miteinander beinziehen müssen und auch im vorliegenden Einzelfall die Rückwirkungen auf den Geschäftsplan nach § 77n III TKG hätte beachten sowie einen angemessenen Aufschlag nach § 77n II 3 TKG hätte gewähren müssen.

Die von der *BNetzA* vorgenommene Kündigungsmodifikation weise jedoch keine Ermessensfehler auf, weil die Beigel. ansonsten schutzlos gestellt sei und § 77d TKG leer liefe. Hingegen sei das angeordnete Selbstvornahmerecht unangemessen und nicht fair, weil es über die gesetzlichen Anordnungen der §§ 536 ff. BGB hinausgehe, die zumindest einen Verzug oder eine Eilbedürftigkeit voraussetzen (§ 536a II BGB).

**Kritik:** Die Entscheidung entwickelt die Rechtsprechung zu den Anforderungen an angemessene und faire Konditionen im Rahmen von Mitnutzungsverträgen nach dem DigiNetzG fort. Die Entscheidung ist größtenteils zu begrüßen, denn sie fußt überwiegend auf der engen Auslegung des Wortlautes des Gesetzes und den Gedanken des Gesetzgebers. Die Entscheidungen der *BNetzA* in Streitbeilegungsverfahren unterliegen der vollständigen Ermessensüberprüfung.

Die *BNetzA* musste sich allerdings schon aus Prinzip an den regulierten Entgelten für KKA orientieren. Leider hat der Gesetzgeber versäumt, das Verhältnis der asymmetrischen Regulierung zu den DigiNetzG-Ansprüchen zu regeln, sodass die Entscheidung ggf. in der nächsten Instanz fortgeführt wird.

Interessant ist die Wertung des Gerichtes, dass das Selbstvornahmerecht wegen Abweichung von §§ 536 ff. BGB unangemessen sei. Denn insbesondere § 536a BGB ist eine dispositive Norm, von der nach ständiger Rechtsprechung insbesondere zwischen zwei Unternehmen abgewichen werden kann. Allerdings zeigt dies, dass in der Rechtsprechung als Maßstab fairer und angemessener Bedingungen künftig wohl auf die gesetzlichen Vorgaben abzustellen sein dürfte.

Unabhängig von der Kompetenz des *VG Köln* ist erfreulich, dass sich das *VG Gera* der Sache angenommen hat und richtigerweise die örtliche Zuständigkeit in DigiNetzG-Verfahren aus § 52 Nr. 1 VwGO hergeleitet hat. Allen Verfahren nach dem DigiNetzG (auch nach § 77a TKG) liegen regelmäßig konkrete Infrastrukturen zugrunde, die nur am Belegenheitsort verhandelt werden sollten. Viel zu oft gibt es insoweit noch falsche Verweisungsbeschlüsse. Ebenfalls für die Praxis interessant ist der Streitwertbeschluss. Danach richtet sich der Streitwert nach der Länge des Leerrohrs multipliziert mit dem vertraglich angebotenen (nicht dem von der *BNetzA* festgelegten) Entgelt und der Vertragslaufzeit. Dieser wurde im Hinblick auf die zwei im Streit stehenden Kündigungsregelungen mit zwei Auffangstreitwerten addiert.

RA Julien Wilmes-Horváth, Köln

VG Gera, Urt. v. 3.12.2020 – 3 K 2157/18 Ge  
Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de)

## Spartenübergreifendes

### EuGH: Zur Verantwortung der Muttergesellschaften für Verstöße ihrer Tochtergesellschaften gegen das Kartellrecht

*Mit der Zurückweisung des Rechtsmittels hat der EuGH in seinem Urteil vom 27.1.2021 die kartellbußgeldrechtliche Haftung des Mutterunternehmens für das Verhalten einer ehemaligen Tochtergesellschaft in Sachen Hochspannungskabelkartell bestätigt.*

**Problemstellung:** Bei der Rechtsmittelführerin handelt es sich um The Goldman Sachs Group Inc., eine in den Vereinigten Staaten ansässige Gesellschaft, die als Geschäfts- und Investmentbank in den weltweit wichtigsten Finanzzentren tätig ist. Im Zeitraum zwischen 29.7.2005 bis zum 28.1.2009 war die Gesellschaft die mittelbare Muttergesellschaft der Prysmian SpA, sowie von deren 100%iger Tochtergesellschaft Prysmian Cavi e Sistemi Srl. Hierbei handelt es sich um in der Herstellung von Erd- und/oder Unterwasserkabeln für Hoch- und Höchstspannung tätige Unternehmen. Ursprünglich hielt die Gesellschaft 100% der Anteile des Tochterunternehmens, jedoch verringerte sich die Höhe dieser Beteiligung nach zwei Veräußerungen zunächst am 7.9.2005 auf 91,1 % und am 21.7.2006 auf 84,4%. Am 3.5.2007 wurde ein Teil der Anteile an Prysmian SpA im Zuge einer Erstemission an der Börse von Mailand (Italien) notiert. Während des gesamten Zeitraums vor dem Börsengang hat die Rechtsmittelführerin sämtliche mit den Aktien von Prysmian verbundenen Stimmrechte kontrolliert.

Im April 2014 hat die *Europäische Kommission (KOM)* gegen elf Hersteller von unterirdischen Hochspannungs- und Unterwasser-Stromkabeln Geldbußen in Höhe von insgesamt 301 Mio. EUR wegen ihrer Teilnahme an einem Stromkabelkartell im Zeitraum zwischen 1999 und 2009 verhängt (AT.39610 – Stromkabel). The Goldman Sachs Group Inc. wurde für etwa 37 Mio. EUR gesamtschuldnerisch haftbar gemacht, da sie nach Auffassung der KOM innerhalb des Zuwiderhandlungszeitraums einen entscheidenden Einfluss auf ihre am Stromkabelkartell direkt beteiligte Tochtergesellschaft ausgeübt hatte. Am 17.6.2014 legte die Muttergesellschaft beim *EuG* Berufung gegen die Entscheidung der *Kommission* ein und forderte das Gericht zur Aufhebung der Entscheidung und/oder Herabsetzung der gegen sie verhängten Geldbuße auf. Das *EuG* wies die Klage mit Urteil vom 12.7.2018 (T-419/14) ab.

Gegen dieses Urteil legte The Goldman Sachs Group Inc. Rechtsmittel beim *EuGH* ein und begehrte dessen Aufhebung. Das Rechtsmittel stützt sich auf zwei Gründe. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund rügt die Gesellschaft einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV und Art. 23 II der Verordnung Nr. 1/2003, soweit sie im Zeitraum vom 29.7.2005 bis zum 3.5.2007 für eine Zuwiderhandlung der beiden Prysmian-Gesellschaften gegen das Wettbewerbsrecht der Union haftbar gemacht worden ist. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund rügt sie den Verstoß gegen Art. 101

AEUV und Art. 23 II der Verordnung Nr. 1/2003, soweit sie für dieselbe Zuwiderhandlung vom 3.5.2007 bis zum 28.1.2009 haftbar gemacht worden ist.

**Maßgebliche Gründe:** Der *EuGH* hat das Rechtsmittel gegen die Entscheidung des *EuG* vom 12.7.2018 zurückgewiesen.

Zum ersten Rechtsmittelgrund: Der *EuGH* erinnert zunächst daran, dass eine Muttergesellschaft, die das gesamte oder nahezu das gesamte Kapital ihrer Tochtergesellschaft, die gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen habe, unmittelbar oder mittelbar halte, einen bestimmten Einfluss auf das Verhalten dieser Tochtergesellschaft ausüben könne und dass die Vermutung der Ausübung solches Einflusses bestehe. Sodann fügt der *EuGH* hinzu, dass sich die Vermutung der Ausübung eines bestimmten Einflusses auch daraus ergeben könne, dass eine Muttergesellschaft über sämtliche mit den Aktien ihrer Tochtergesellschaft verbundenen Stimmrechte verfüge. Das gelte auch in den Fällen, wenn – wie hier – die gehaltenen Kapitalanteile nicht „nahezu das gesamte Kapital“ ausmachen. Der *EuGH* weist ferner darauf hin, dass die Ausübung eines bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft als erwiesen gelte, sofern die Vermutung von der Muttergesellschaft – wie hier – nicht widerlegt werde.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Der *EuGH* erinnert daran, dass für die Feststellung der Ausübung eines bestimmenden Einflusses auch sämtliche im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen der Tochtergesellschaft an ihre Muttergesellschaft relevanten Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen. Die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf das Verhalten der Tochtergesellschaft könne dabei aus einem Bündel übereinstimmender Umstände hergeleitet werden, auch wenn keiner dieser Umstände für sich allein genüge, um die Existenz eines solchen Einflusses zu belegen. Schließlich könnten auch Umstände aus einem früheren Zeitraum als dem Kartellzeitraum herangezogen werden, sofern das Gericht ihre Erheblichkeit für den Zeitraum der Zuwiderhandlung dartun könne und nicht automatisch auf diesen Zeitraum Schlussfolgerungen übertrage, die sich aus der Würdigung früherer Umstände ergäben

Die Bußgeldentscheidung der *KOM* wurde daher vom *EuGH* rechtskräftig bestätigt.

**Kritik:** Die vorliegende Entscheidung des *EuGH* fügt sich in seine bisherige Rechtsprechung zum Kartellbußgeldrecht ein. Mit seiner Entscheidung bringt der *EuGH* erneut zum Ausdruck, dass sich Kartellrechtsverstöße der Tochtergesellschaften auch für die Muttergesellschaften in Form hoher Bußgelder auswirken können. Das vorliegende Urteil des *EuGH* ist damit eine Mahnung an Muttergesellschaften, sicherzustellen, dass nicht nur sie selbst, sondern auch ihre Tochtergesellschaften, auf die sie einen bestimmenden Einfluss ausüben, sich keines Verstoßes gegen das Kartellrecht schuldig machen. Dies

gilt umso mehr, als sich nicht nur die bebußte Tochter-, sondern auch die Muttergesellschaft Kartellschadensersatzforderungen ausgesetzt sehen, die auf eine gegen beide Gesellschaften ergangene, rechtskräftige Bußgeldentscheidung gestützt werden. So handelt es sich bei dem vorliegenden Urteil um die Entscheidung im letzten bislang noch offenen Verfahren vor dem *EuGH* in Sachen Hochspannungskabelkartell. Wie hier wurde auch in allen anderen Verfahren vor dem *EuGH* die Bußgeldentscheidung der *KOM* vom 2.4.2014 inzwischen (mehrheitlich) bestätigt.

*RA Dr. Anna Lesinska-Adamson/Wiss. MAin Polina Stavitskaya, Berlin*

EuGH, Urt. v. 27.1.2021 – C-595/18 P  
Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) ■

## EuGH: Anwendung des Unternehmensbegriffs bei der Bußgeldzumessung

*Bildeten zwei verschiedene juristische Personen wie eine Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaft im Zeitpunkt des Erlasses einer Entscheidung, mit der eine Geldbuße gegen sie verhängt wird, kein Unternehmen i. S. v. Art. 81 EG mehr, so hat jede von ihnen Anspruch auf individuelle Anwendung der Obergrenze von 10 % des Umsatzes.*

**Problemstellung:** Mit ihrer Entscheidung K(2009) 8682 endg. vom 11.11.2009 i. d. S. COMP/38589 – Wärmestabilisatoren stellte die *Kommission (KOM)* fest, dass eine Reihe von Unternehmen gegen das Kartellverbot verstoßen hätten, indem sie sich an zwei Komplexen wettbewerbswidriger Vereinbarungen und abgestimmter Verhaltensweisen im EWR zum einen im Bereich Zinn-Wärmestabilisatoren und zum anderen im Bereich epoxidiertes Sojaöl- und Ester-Wärmestabilisatoren beteiligt hätten.

Die u. a. bebußte GEA Group AG (GEA) ist 2005 aus der Fusion der Metallgesellschaft AG (MG) und einer anderen Gesellschaft hervorgegangen. Bis Mai 2000 hielt MG die Chemson Gesellschaft für Polymer-Additive mbH (OCG; später in Aachener Chemische Werke Gesellschaft für glastechnische Produkte und Verfahren mbH (ACW) umbenannt) und die Polymer-Additive Produktions- und Vertriebs GmbH (OCA). Im Mai 2000 veräußerte MG die OCG und die Tätigkeit der OCA wurde nach ihrer Auflösung von einer seit dem später als Chemson Polymer-Additive AG (CPA) bezeichneten Gesellschaft übernommen, die zum Zeitpunkt der Verkündung des angefochtenen Urteils nicht mehr zu der Gruppe gehörte, deren Dachgesellschaft GEA war.

Die *KOM* machte GEA als Rechtsnachfolgerin der MG für Zuwiderhandlungen von OCG und OCA haftbar. Zudem wurde ACW als Rechtsnachfolgerin von OCG begangene Zuwiderhandlung zur Rechenschaft gezogen. Als Rechtsnachfolgerin von OCA wurde auch CPA zur Rechenschaft gezogen.

Am 15.12.2009 machte ACW die *KOM* darauf aufmerksam, dass die in der Entscheidung von 2009 gegen sie verhängte Geldbuße die Obergrenze von 10 % ihres Umsatzes i. S. v. Art. 23 II der Verordnung Nr. 1/2003 überschreite. Daraufhin erließ die *KOM* am 8.2.2010 die Entscheidung K(2010) 727 endg. zur Änderung der Entscheidung von 2009. Die *KOM* stellte darin klar, dass die Höhe der gegen GEA und gegen CPA verhängten Geldbuße unverändert bleibe, die gegen ACW gesamtschuldnerisch verhängte Geldbuße aber herabgesetzt werden müsse.

Im April 2010 erhob GEA Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung von 2010 und beantragte hilfsweise, die Höhe der gegen sie verhängten Geldbuße abzuändern. Mit Urteil vom 15.7.2015, GEA Group/*KOM* (T-189/10, EU:T:2015:504), hat das Gericht die Entscheidung von 2010 für nichtig erklärt, soweit sie GEA betraf. Das Gericht hat entschieden, dass die *KOM* die Verteidigungsrechte von GEA verletzt habe, indem sie die Entscheidung von 2010 ohne deren vorherige Anhörung erlassen habe. Gegen das Urteil wurde kein Rechtsmittel eingelegt.

Am 29.6.2016 erließ die *KOM* den streitigen Beschluss, der inhaltlich demjenigen aus dem Jahr 2010 entsprach. Lediglich der Zeitpunkt der Fälligkeit der Geldbußen wurde neu auf den 10.5.2010 festgesetzt.

Im September 2016 erhob GEA Klage auf Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses. Mit dem Urteil vom 18.10.2018, GEA Group/*KOM* (T-640/16, EU:T:2018:700) ist das Gericht dem vierten Klagegrund (Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung) sowie dem ersten Teil des fünften Klagegrundes (Überschreitung von Befugnissen) gefolgt und hat aufgrund seines Befunds, dass die übrigen Klagegründe nicht geprüft zu werden brauchten, den streitigen Beschluss für nichtig erklärt.

Die *KOM* beantragt, das Urteil aufzuheben. GEA beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen. Die *KOM* stützt ihr Rechtsmittel auf zwei Gründe: erstens auf u. a. eine fehlerhafte Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Unternehmensbegriffs und zweitens auf u. a. einen Verstoß gegen die Vorschriften über die Festsetzung des Zeitpunkts der Fälligkeit von Geldbußen im Bereich des Wettbewerbsrechts.

Der *Gerichtshof* hat entschieden, dass das angefochtene Urteil aufgehoben wird und die Rechtssache T-640/16 an das *EuG* zurückverwiesen wird.

**Maßgebliche Gründe:** Der *Gerichtshof* erinnerte daran, dass unter dem Begriff eines Unternehmens im Wettbewerbsrecht eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen sei, selbst wenn diese Einheit rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet werde. Sodann führte er aus, dass soweit Änderungen in der Zusammensetzung des betreffenden Unternehmens die Einheit des Unternehmens als Person, der die Zuwiderhandlung zu

zurechnen ist, nicht in Frage stellen, sie sich auch nicht auf die Befugnis der *KOM* nach Art. 23 II der Verordnung Nr. 1/2003 auswirkten, gegen mehrere juristische Personen, die zu ein und demselben Unternehmen gehören, gesamtschuldnerisch eine Geldbuße zu verhängen.

Vor diesem Hintergrund habe die *KOM* in der Entscheidung von 2009 feststellen dürfen, dass MG, die zur GEA wurde, durch Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf ihre Tochtergesellschaften, zusammen mit OCG und OCA, die zur ACW bzw. zur CPA wurden, zu einem einzigen Unternehmen i. S. d. Wettbewerbsrechts der Union gehörte. Sie durfte ferner die Höchstbeträge der Geldbuße bestimmen, für die GEA, ACW und CPA als zu ein und demselben Unternehmen gehörende Einheiten für die Zahlung einer einzigen Geldbuße gesamtschuldnerisch haftbar gemacht werden durften.

Demgegenüber habe das Gericht, welches vom Vorliegen zweier Unternehmen i. S. d. Wettbewerbsrechts der Union, zweier Gesamtschuldverhältnisse und zweier Geldbußen ausgegangen sei, die für zwei bestimmte Zeiträume verhängt worden seien, die die Beteiligung der drei Gesellschaften an der in Rede stehenden Zuwiderhandlung widerspiegelt hätten, durch Verkennung des Begriffs des Unternehmens i. S. v. Art. 81 EG einen Rechtsfehler begangen und damit gegen die für die Bestimmung der gesamtschuldnerischen Haftung geltenden Vorschriften nach Art. 23 II der Verordnung Nr. 1/2003 verstoßen.

Der *EuGH* führte weiter aus, dass, wenn zwei verschiedene juristische Personen wie eine Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaft im Zeitpunkt des Erlasses einer Entscheidung, mit der eine Geldbuße gegen sie verhängt werde, kein Unternehmen i. S. v. Art. 81 EG mehr seien, jede von ihnen Anspruch auf individuelle Anwendung der Obergrenze von 10 % des Umsatzes habe. Dieser besondere Umstand lasse jedoch nicht die Annahme zu, dass sich die betreffenden Gesellschaften in vergleichbaren Situationen befänden. Deshalb könne GEA nicht mit Erfolg geltend machen, dass zu ihrem Nachteil gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen worden sei, weil die *KOM* für ACW und CPA, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung von 2009 keine wirtschaftliche Einheit i. S. v. Art. 81 EG mit GEA mehr bildeten, die genannte Obergrenze auf der Grundlage des Umsatzes des dem Erlass des streitigen Beschlusses vorausgehenden Geschäftsjahres getrennt berechnet habe.

**Kritik:** Den abstrakten Begriff des Unternehmens i. S. d. europäischen Kartellrechts hat der *EuGH* bereits in einer Reihe von Entscheidungen konkretisiert. Die wohl bekannteste dieser Entscheidungen ist die Akzo Nobel-Entscheidung (IR 2017, 190 f.), in der der *EuGH* entschieden hatte, dass die *KOM* ein Bußgeld nicht nur gegen das unmittelbar an einem Kartellrechtsverstoß beteiligte Unternehmen verhängen kann, sondern insbesondere auch gegen die Konzernmutter als Gesamtschuldnerin, sofern die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im

Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt (sog. wirtschaftliche Einheit).

Diese unternehmensgerichtete bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit ist mit der 9. GWB-Novelle in das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht übernommen worden. Mit der vorliegenden Entscheidung hat der *EuGH* nun geklärt, dass die Zuordnung einer Gesellschaft zu einem Unternehmen i. S. d. Wettbewerbsrechts nicht der unternehmensindividuellen Bestimmung des Maximalbetrags anhand der Obergrenze von 10 % des Umsatzes entgegensteht. Das ist eine weitere wichtige Klarstellung, die auch die deutschen Kartellbehörden zu beachten haben werden, mit dem Unterschied, dass in Deutschland seit der Entscheidung des *BGH* in Sachen „Grauzementkartell“ vom 26.2.2013 die genannte Obergrenze in Konformität mit Art. 103 II GG als Bußgeldrahmen und nicht wie im europäischen Recht als Kappungsgrenze ausgelegt wird. Grundsätzliche Bedenken an der Rechtsstaatlichkeit dieser so verstandene Obergrenze auf europäischer Ebene regelnden Art. 23 II VO 1/2003 hat der *EuGH* demgegenüber bislang stets zurückgewiesen.

*RAin Dr. Anna Lesinska-Adamson, Berlin*

EuGH, Urt. v. 25.11.2020 – C-823/18 P  
 Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de)

### **BGH: Zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen durch einen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter einer GmbH**

*Mit Urteil vom 26.1.2021 äußerte sich der BGH über die Voraussetzungen, unter denen ein nicht in die Gesellschafterliste eingetragener Gesellschafter Gesellschafterbeschlüsse anfechten kann. Einer solchen Anfechtung steht grundsätzlich die von der Gesellschafterliste ausgehende negative Legitimationswirkung entgegen. In solchen Fällen fehlt dem Gesellschafter auch die materielle Berechtigung zur Erhebung einer auf positive Beschlussfeststellung gerichteten Klage. Dies gilt jedoch nicht für Einziehungsbeschlüsse. Diese sind stets anfechtbar.*

**Problemstellung:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit mehrerer Gesellschafterbeschlüsse. Der Kl. war Gesellschafter und Geschäftsführer der Bekl. Im Zeitraum 2014 bis 2016 wurden mehrere Gesellschafterversammlungen der Bekl. abgehalten, in denen die Einziehung des Geschäftsanteils des Kl., dessen Abberufung als Geschäftsführer, die fristlose Kündigung von dessen Geschäftsführerdienstvertrag sowie die Ermächtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Kl. beschlossen bzw. entsprechende Beschlüsse wiederholt oder bestätigt wurden. Zudem wurden auf einer weiteren Gesellschafterversammlung eigene Beschlussvorschläge des Kl. abgelehnt.

Unmittelbar nach dem Einziehungsbeschluss, mit dem die Geschäftsanteile des Kl. eingezogen wurden, erstellte die Bekl. eine neue Gesellschafterliste. Darin war der Kl. nicht mehr als Gesellschafter aufgelistet. Die neue Liste wurde sodann in das Handelsregister aufgenommen. Daraufhin erhob der Kl. gegen die ihm nachteiligen Beschlussfassungen Nichtigkeitsfeststellungs- und Anfechtungsklagen sowie, wegen der Ablehnung seiner Beschlussvorschläge auf der weiteren Gesellschafterversammlung, eine positive Beschlussfeststellungsklage.

**Maßgebliche Gründe:** Zunächst führte der *BGH* hinsichtlich der Einziehungsbeschlüsse des klägerischen Geschäftsanteils aus, dass der Kl. generell zur Erhebung der Anfechtungsklage befugt sei. Diese Befugnis leite sich unmittelbar aus dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des Eigentums ab. Der Geschäftsanteil falle unter den Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Daher müsse in Einziehungsfällen eine gerichtliche Überprüfung möglich sein. Auf dieser Grundlage überprüfte der *BGH* die Einziehungsbeschlüsse und führte aus, dass diese wegen Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsregeln nach §§ 30 I 1, 34 III GmbHG sogar nichtig seien. Bereits bei Beschlussfassung sei ersichtlich gewesen, dass das dem Kl. zustehende Einziehungsentgelt nicht aus freiem, das Stammkapital nicht beeinträchtigendem Vermögen der Bekl. geleistet werden könne. Im Übrigen könne der Einziehungsbeschluss nicht mittels eines neuen Beschlusses bestätigt werden, da dieser (bereits) nichtig sei. Lediglich anfechtbare Beschlüsse seien einer Bestätigung zugänglich.

Darüber hinaus könne der Kl. aber keine auf positive Beschlussfeststellung gerichteten Klageanträge stellen, da er nicht länger als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste eingetragen sei. Daher fehle ihm auch die materielle Berechtigung zur Geltendmachung solcher Anträge.

Die übrigen Gesellschafterbeschlüsse sowie deren Wiederholung bzw. Bestätigung seitens der Bekl. seien jedoch wirksam, da der Kl. nicht zur Anfechtung befugt sei. Dies ergebe sich daraus, dass der Kl. nicht mehr als Gesellschafter in die Gesellschafterliste eingetragen sei. Ein anderes Ergebnis sei auch nicht von Verfassungs wegen geboten, da der Kl. nicht in seine Eigentumsgarantie verletzt sei. Vielmehr könne der Kl. ungehindert seine aus dem Geschäftsführerdienstvertrag folgenden Vergütungsansprüche sowie die sonstigen Ansprüche ungehindert gerichtlich verfolgen.

**Kritik:** Hinsichtlich des Inhalts der Gesellschafterliste und deren prozessualer Bedeutung bestätigte der *BGH* seine bereits zu § 16 I GmbHG a. F. ergangene Rechtsprechung (vgl. *BGH*, Urt. v. 21.10.1968 – II ZR 181/66). Insofern sind die rechtlichen Ausführungen nicht neu. Dieses Urteil verdeutlicht jedoch erneut die überragende Bedeutung des Inhalts der Gesellschafterliste für die Befugnis vor Gericht als Gesellschafter Klage erheben zu können. Sollte eine Änderung der Gesellschafterliste anstehen, so ist der benachteiligte Gesellschafter immer gut

beraten, diese Änderung mittels einstweiliger Verfügung zu verhindern, um sich die Befugnis auch gegen nachgelagerte Beschlüsse klagen zu können, zu sichern.

*RA und FA f. Internationales Wirtschaftsrecht Alexander Labus/RA Dimitar Asenov, München*

BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18  
Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de)

## **BGH: Urheberrechtsverletzung einer Behörde durch Veröffentlichung eines urheberrechtlich geschützten Kartenausschnitts im Internet im Rahmen eines Bauplanungsverfahrens**

*Das Exposé eines privaten Bauinteressenten in einem bauplanungsrechtlichen Verfahren, welches im Zuge der Beteiligung der Öffentlichkeit durch eine Behörde öffentlich im Internet mittels Verlinkung zugänglich gemacht wird, stellt kein amtliches Werk i. S. d. § 5 UrhG dar. Bei der Prüfung eines Unterlassungsanspruchs wegen einer öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG im Rahmen eines bauplanungsrechtlichen Verfahrens ist jedoch die Schrankenbestimmung des § 45 UrhG zu prüfen.*

**Problemstellung:** Die Beteiligten stritten um einen urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch wegen einer öffentlichen Zugänglichmachung einer Karte gem. § 19a UrhG. Die Kl. bietet Landkarten und Stadtpläne, an welchen sie die ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte innehat, kostenfrei zur Anzeige oder gegen eine Lizenzgebühr zur weiterführenden Verwendung an.

Die Bekl., eine Verbandsgemeinde, stellte eine dieser Karten im Rahmen eines bauplanungsrechtlichen Verfahrens als Bestandteil eines Exposés ins Internet ein. Dieses hatte sie zuvor von einem privaten Planungsbüro erhalten. Sie wollte durch die Veröffentlichung ihrer Pflicht gem. § 4a IV 1 i. V. m. § 3 II BauGB genügen.

Nach erfolgloser Abmahnung erhob die Kl. Unterlassungsklage. Erstinstanzlich wurde diese vom *LG Frankfurt* abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Klage dagegen als begründet angesehen. Gegen diese Entscheidung wendete sich die Bekl. mit ihrer Revision.

**Maßgebliche Gründe:** Die Revision hatte Erfolg, da nach Ansicht des *BGH* der Anspruch der Kl. mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht zugesprochen werden könne. Das Urteil sei deshalb aufzuheben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das *OLG Zweibrücken* zurückzuverweisen.

Der *BGH* folgte dem Berufungsgericht insoweit, als der Kartenausschnitt ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk i. S. v. § 2 I Nr. 7, II UrhG sei, an welchem die Kl. ein ausschließliches Nutzungsrecht habe.

Auch stimmte der *BGH* dem Berufungsgericht insoweit zu, als es sich bei dem Kartenausschnitt um kein vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossenes amtliches Werk i. S. d. § 5 I und II UrhG handele, sodass ein Eingriff in das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG grundsätzlich vorliege. Der *BGH* begründet dies damit, dass weder der Kartenausschnitt noch das Exposé von der Bekl. oder einem anderen Amt angehörenden Bediensteten stamme. Vielmehr sei er, ebenso wie das Exposé, von einer Privatperson geschaffen worden. Die Abfassung durch eine Privatperson stehe der Annahme eines amtlichen Werks zwar nicht zwangsläufig entgegen. Für das Vorliegen eines amtlichen Werkes müsse jedoch hinzutreten, dass das Werk infolge einer Übernahme durch das Amt als von diesem herrührend anzusehen sei und gleichsam als eigenverantwortliche Willenserklärung erscheine. Davon sei hier nicht auszugehen, denn die Bekl. wollte vielmehr nur ihre aus § 4a IV 1 i. V. m. § 3 II BauGB folgende Pflicht zur Veröffentlichung erfüllen.

Dennoch hob der *BGH* das Berufungsurteil auf und begründete dies damit, dass durch das Berufungsgericht nicht geprüft worden sei, ob die Schrankenbestimmung des § 45 I und III UrhG greife. § 45 I und III UrhG erlauben unter bestimmten Voraussetzungen die Herstellung und öffentliche Wiedergabe von einzelnen Vervielfältigungsstücken von Werken zur Verwendung in Verfahren vor einer Behörde. Davon sei auch die öffentliche Zugänglichmachung durch eine Behörde betroffen.

Für den vorliegenden Fall bedeute dies, dass der klägerische Anspruch nur dann bestehen könne, wenn die gesetzliche Schrankenbestimmung des § 45 UrhG nicht greife. Vom Berufungsgericht zu prüfen sei daher, ob die Voraussetzungen einer Veröffentlichungspflicht nach § 4a IV 1 i. V. m. § 3 II BauGB hinsichtlich des Exposés vorlägen. Weiterhin sei zu prüfen, ob der für die Verwendung in Verfahren vor einer Behörde i. S. d. § 45 UrhG erforderliche sachliche und zeitliche Zusammenhang bestehe. Der sachliche Zusammenhang liege vor, wenn die öffentliche Zugänglichmachung mittels Verlinkung auf den behördlichen Internetauftritt erfolge und durch die Art der Präsentation ein Bezug zum konkreten Verfahren hergestellt werde. Der zeitliche Zusammenhang sei jedenfalls gegeben, wenn das behördliche Verfahren, hier also das bauplanungsrechtliche Verfahren, bereits begonnen habe. Weiterhin müsse die Privilegierung der öffentlichen Zugänglichmachung des Kartenausschnitts einer Prüfung nach dem sog. Drei-Stufen-Test des Art. 5 V der Richtlinie 2001/29/EG (Urheberrechts-RL) unterzogen werden: Bei der Beschränkung nach § 45 UrhG müsse es sich um die Regelung eines Sonderfalls handeln (1. Stufe). Dieser Sonderfall dürfe nicht die normale bzw. Primärverwertung des Werkes beeinträchtigen (2. Stufe). Schließlich dürfe sich daraus keine ungebührliche Verletzung der berechtigten Interessen des Rechteinhabers ergeben (3. Stufe). Aus Sicht des *BGH* ist von dem Vorliegen dieser Voraussetzungen des Drei-Stufen-Tests im Fall der öffentlichen Zugänglichmachung eines

Werkes durch eine Behörde im Rahmen eines bauplanungsrechtlichen Verfahrens zum Zwecke ihrer baurechtlichen Veröffentlichungspflicht regelmäßig auszugehen.

**Kritik:** Die Entscheidung des *BGH* ist nachvollziehbar. Dass der *BGH* das Berufungsgericht darin bestätigt, dass die Karte kein amtliches Werk i. S. d. § 5 UrhG darstellt, war zu erwarten. Es trägt jedoch zur Rechtsklarheit bei, indem verdeutlicht wird, dass die Abfassung eines Werks durch eine Privatperson der Annahme eines amtlichen Werks dann nicht entgegensteht, wenn dieses durch das Amt als von diesem herrührend anzusehen ist. Im vorliegenden Fall lag diese Voraussetzung gerade nicht vor.

Auch die Tatsache, dass der *BGH* das Berufungsgericht auf die Schranke des § 45 UrhG hinweist, ist verständlich. Die Schranke dient der Rechtspflege und Verwaltung, die im Rahmen der ihr obliegenden Verfahrenstätigkeiten häufig darauf angewiesen sind, auf Vervielfältigungsstücke geschützter Werke zuzugreifen (*Dreier*, in: Schulze/Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 45 Rn. 1). Die Vorschrift soll somit die Rechtspflege und Verwaltung vor einer urheberrechtlichen Inanspruchnahme schützen (*Schulz*, in: BeckOK Urheberrecht, 30. Ed. 15.9.2020, § 45 UrhG Rn. 1).

Da der *BGH* keine abschließende Entscheidung getroffen und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat, bleibt abzuwarten, ob dieses das Vorliegen der Voraussetzungen des § 45 UrhG bejahen wird, zumal ein Vorliegen der Schranke, bei aller Berechtigung der Norm, gleichwohl einen erheblichen Eingriff in die Rechte des Urhebers darstellt.

*RAin Eva Seiderer, München*

BGH, 21.1.2021 – I ZR 59/19  
 Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de)

## **BGH: Zu den Anforderungen an einen Gläubigerinsolvenzantrag**

*Stützt ein Gläubiger den Insolvenzantrag nicht auf eine einzelne, sondern auf mehrere, auf gleichgelagerten Lebenssachverhalten beruhende Forderungen, hat er den Bestand der Forderungen zur Überzeugung des Gerichts zu beweisen, soweit diese Forderungen zugleich den Eröffnungsgrund bilden.*

**Problemstellung:** Die Ast. hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin beantragt. Grundlage ihres Insolvenzantrags waren rückständige Kaufpreisforderungen, welche die Ast. aus abgetretenem Recht geltend machte.

Das Insolvenzgericht verwarf den Insolvenzantrag als unzulässig, weil die Ast. die Forderungen zwar glaubhaft gemacht, aber nicht zur Überzeugung des Insolvenzgerichts bewiesen habe. Die sofortige Beschwerde der Ast.

blieb ohne Erfolg. Gleiches gilt für die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde, mit der die Ast. den Eröffnungsantrag weiterverfolgte.

**Maßgebliche Gründe:** Die von der Ast. geltend gemachten, nicht titulierten Forderungen beruhten auf behaupteten Kaufpreisansprüchen gegen die Schuldnerin, von denen ein Teil beglichen und der Rest teilweise an die Ast. abgetreten worden sei. Die Schuldnerin habe die Wirksamkeit der behaupteten Forderungsabtretung, den Bestand der behaupteten Forderungen und deren Durchsetzbarkeit im Einzelnen bestritten.

Die Glaubhaftmachung der Forderungen der Ast. gegen die Schuldnerin reiche vorliegend nicht aus. Hänge das Vorliegen des Eröffnungsgrunds vom Bestand der Forderung des antragstellenden Gläubigers dergestalt ab, dass der Schuldner nur dann zahlungsunfähig oder überschuldet sei, wenn die von dem antragstellenden Gläubiger geltend gemachte Forderung bestehe, reiche die Glaubhaftmachung der Forderung nicht aus. Wenn der Schuldner dem Bestand der Forderung des Gläubigers substantiiert widerspreche, habe der Gläubiger den Bestand seiner Forderung zu beweisen. Da die Forderung der Ast. nicht tituliert sei, gingen Zweifel zu deren Lasten. Es sei nicht Aufgabe des Insolvenzgerichts, den Bestand ernsthaft bestrittener, rechtlich zweifelhafter Forderungen zu überprüfen. Vielmehr habe hierüber das Prozessgericht zu entscheiden.

Aufgrund einer Aufspaltung der ursprünglichen Kaufpreisrestforderungen durch teilweise Abtretung an die Ast. sei auch nicht vom Vorliegen mehrerer Forderungen verschiedener Gläubiger auszugehen, deren Glaubhaftmachung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausreichen würde. Die Ast. könne sich nicht darauf berufen, dass sie den Antrag nicht nur auf eine einzige Forderung, sondern auf an sie abgetretene Forderungen aus acht selbständigen, in den Jahren 2010 bis 2013 mit der Schuldnerin abgeschlossenen Kaufverträgen stütze. Für die Frage, ob eine Glaubhaftmachung der Forderung ausreiche oder der Gläubiger den Bestand seiner Forderung zur Überzeugung des Gerichts beweisen müsse, komme es nicht entscheidend darauf an, ob der Gläubiger eine einzige oder mehrere Forderungen gegen den Schuldner geltend mache. Maßgeblich sei vielmehr, ob der Eröffnungsgrund vom Bestand der Forderungen abhängt, derer sich der antragstellende Gläubiger zur Geltendmachung des Eröffnungsgrunds berühme. Dabei komme es nicht darauf an, ob die geltend gemachten Forderungen auf nur einem oder mehreren selbständigen Vertragsverhältnissen beruhten. Die Ast. habe selbst darauf hingewiesen, dass sämtliche Kaufpreisforderungen ursprünglich demselben Gläubiger zugestanden hätten und auf nur eine dauerhafte Geschäftsverbindung zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und der Schuldnerin zurückgingen. Sämtliche geltend gemachten Forderungen beruhten damit auf gleichgelagerten, durch die vertragliche Gestaltung verknüpften Lebenssachverhalten.



Außerdem erhebe die Schuldnerin gegen sämtliche geltend gemachten Forderungen dieselben Einreden und Einwendungen. Es bestehe daher kein Anlass, die vorliegende Sachverhaltskonstellation anders zu beurteilen, als wenn zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und der Schuldnerin nur ein einziger Kaufvertrag geschlossen worden wäre. Die Anzahl und die Summe der geltend gemachten Forderungen ändere daran nichts.

**Kritik:** Die Entscheidung befasst sich mit den Anforderungen an eine wirksame Insolvenzantragstellung, wenn das Vorliegen des Eröffnungsgrunds vom Bestand der Forderung des antragstellenden Gläubigers dergestalt abhängt, dass der Schuldner nur zahlungsunfähig oder überschuldet ist, wenn die vom antragstellenden Gläubiger geltend gemachte Forderung tatsächlich besteht.

Nach § 14 I 1 InsO muss der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens haben und seine Forderung sowie den Eröffnungsgrund glaubhaft machen. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt allerdings voraus, dass das Insolvenzgericht vom Vorliegen eines Eröffnungsgrunds überzeugt ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.4.2006 – IX ZB 118/04; *Mock*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 16 Rn. 9).

Ist der Eröffnungsgrund, also die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, unabhängig vom Bestehen der Forderung des antragstellenden Gläubigers gegen den Schuldner gegeben, setzt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht voraus, dass der Richter vom Bestehen dieser Forderung überzeugt ist. Insoweit genügt die Glaubhaftmachung der Forderung durch den antragstellenden Gläubiger.

Hängt das Vorliegen des Eröffnungsgrunds hingegen vom Bestand der Forderung des antragstellenden Gläubigers dergestalt ab, dass der Schuldner nur dann zahlungsunfähig oder überschuldet ist, wenn die von dem antragstellenden Gläubiger geltend gemachte Forderung de facto besteht, reicht deren Glaubhaftmachung nicht aus. In diesem Fall hat der Gläubiger den Bestand seiner Forderung zu beweisen, wenn ihr der Schuldner substantiiert widerspricht (st. Rspr.; vgl. *BGH*, Beschl. v. 6.5.2010 – IX ZB 176/09). Dieser Beweis kann durch Vorlage eines Titels über die Forderung geführt werden. In diesem Fall obliegt es dem Schuldner, etwaige Einwände gegen die Forderung in dem dafür vorgesehenen Verfahren überprüfen zu lassen. Ist die Forderung dagegen nicht titulierte, gehen Zweifel zulasten des antragstellenden Gläubigers.

Der *BGH* grenzt ausdrücklich die Zuständigkeiten der Gerichte ab. So gehört es gerade nicht zu den Aufgaben des Insolvenzgerichts, den Bestand ernsthaft bestrittener, rechtlich zweifelhafter Forderungen zu überprüfen. Vielmehr ist der Gläubiger auf den Prozessweg zu verweisen, wenn die tatsächliche oder rechtliche Beurteilung nicht eindeutig ausfällt. Insoweit kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Gläubiger nur eine einzige oder mehrere Forderungen gegen den Schuldner geltend macht. Maßgeblich ist nur, ob der Eröffnungsgrund vom Bestand der

Forderungen abhängt, derer sich der antragstellende Gläubiger zur Geltendmachung des Eröffnungsgrunds berührt. Ist dies der Fall und der Bestand der Forderung des antragstellenden Gläubigers streitig, ist im Rahmen des Gläubigerinsolvenzantrags daher deren Vollbeweis erforderlich, wenn der Bestand der Forderung erst den Eröffnungsgrund begründet.

*RA Markus Ladenburger/RA Steffen Lux, München*

*BGH*, Urt. v. 14.1.2021 – IX ZB 12/20  
 Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) ■

### **LAG Düsseldorf: Zur Unwirksamkeit einer fristlosen Kündigung wegen unberechtigter Privatnutzung eines Dienstfahrzeugs, das ausschließlich zur dienstlichen Nutzung überlassen wurde**

*Das LAG Düsseldorf hat am 18.12.2020 entschieden, dass die außerordentliche Kündigung eines Außendienstmonteurs wegen vorgenommener Falschdokumentation in den einschlägigen Fahrtenbüchern unwirksam sei. Das manipulierte Fahrtenbuch begründe keinen die Kündigung rechtfertigenden Arbeitszeitbetrug, da das Fahrtenbuch nach der einschlägigen Betriebsvereinbarung ausschließlich der Dokumentation von dienstlich veranlassten Fahrten gegenüber den Steuerbehörden diene. Damit werde keine Aussage über die tatsächlich erbrachte Arbeit dokumentiert. Angesichts der 35 Jahre langen beanstandungsfreien Beschäftigungszeit konnten auch nicht die privat veranlassten Heimfahrten die Kündigung rechtfertigen.*

**Problemstellung:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung. Der Kl. ist bei der Bekl., einem kommunalen Stromversorgungsunternehmen, als Außendienstmonteur beschäftigt. Nach dem zwischen den Parteien geltenden Tarifvertrag ist der Kl. ordentlich kündbar. Für die Ausübung seiner Tätigkeit stellte die Bekl. dem Kl. ein Dienstfahrzeug zur Verfügung, dessen private Nutzung untersagt wurde. Anfänglich musste der Kl. seine Fahrten ausschließlich händisch in ein Fahrtenbuch eintragen. Im Jahr 2019 rüstete die Bekl. ihre Fahrzeuge flächendeckend auf ein elektronisches Fahrtenbuch um. Übergangsweise mussten die Mitarbeiter der Bekl. das Papier- und das elektronische Fahrtenbuch parallel nutzen. Die Auswertung des elektronischen Fahrtenbuchs brachte dabei Unstimmigkeiten zwischen den Fahrtenbüchern zum Vorschein. Die Bekl. hegte den Verdacht einer unerlaubten Privatnutzung des Dienstfahrzeugs und kündigte dem Kl., nach vorheriger Anhörung des Betriebsrates, fristlos.

Die Bekl. begründete die fristlose Kündigung damit, dass der Kl. mit der Falschdokumentation in den händisch geführten Fahrtenbüchern einen Arbeitszeitbetrug begangen habe. Darüber hinaus seien die Pausenzeiten deutlich

überzogen worden, wodurch ein Teil der Vergütung erschlichen worden sei. Auch habe der Kl. seine Wohnung während der Arbeitszeit wiederholt aufgesucht.

**Maßgebliche Gründe:** Das LAG folgte der Vorinstanz und gab der Kündigungsschutzklage statt. Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen die Pflicht, seine Arbeitszeit korrekt zu erfassen, sei zwar an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Dies gelte im vorliegenden Fall aber nicht. Nach der einschlägigen Betriebsvereinbarung seien die Dienstreisen ausschließlich zum Nachweis gegenüber den Steuerbehörden zu dokumentieren. Auch die vom Kl. auszufüllenden Formulare seien lediglich als „Fahrberichte“ und nicht etwa als „Arbeitsnachweise“ betitelt worden. Hinsichtlich der von der Bekl. behaupteten Überziehung der Pausenzeiten stellte das LAG fest, dass es an einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit hinsichtlich einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung fehle. Der Kl. habe nachvollziehbar dargelegt, während dieser Zeit „vorbereitende Tätigkeiten“ ausgeführt zu haben.

Auch die Tatsache, dass der Kl. mit dem Dienstfahrzeug wiederholt nach Hause gefahren ist, vermochte die außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen. Angesichts der langen beanstandungsfreien Beschäftigungszeit und

des zeitlich begrenzten Aufenthalts zu Hause sei die Interessenabwägung zulasten der Bekl. ausgefallen. Entsprechendes gelte für den Vorwurf, der Kl. habe während der Arbeitszeit einige Male einen Freund besucht. Eine jahrelang ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner könne nicht bereits durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig zerstört werden.

**Kritik:** Das vorliegende Urteil verdeutlicht (erneut) die „hohen Wirksamkeitshürden“, die an eine fristlose Kündigung gestellt werden. Die Entscheidung ist im Gesamtkontext mit der Rechtsprechung des LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 17.2.2011 – 25 Sa 2421/10 zu verstehen: Dort stellte das Gericht bereits die Untauglichkeit eines Fahrtenbuchs zur Beweisführung eines etwaigen Arbeitszeitverstoßes fest. Hieran knüpft das Urteil des LAG Düsseldorf an und führt aus, dass selbst eine erwiesene sowie weisungswidrige Privatnutzung des Dienstfahrzeugs die außerordentliche Kündigung im Einzelfall nicht rechtfertigen kann, soweit der Pflichtverletzung ein mehrjähriges und störungsfreies Arbeitsverhältnis voranging.

RA Matthias Meth/RA Dimitar Asenov, München

LAG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.2020 – 6 Sa 522/20  
Volltext-Service [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) ■

## Impressum

### InfrastrukturRecht

**Schriftleitung:** RA Prof. Dr. Christian Theobald, Mag. rer. publ. (verantwortlich), RA Dr. Sascha Michaels (Stv. Schriftleiter).

**Redaktion:** RA Dr. Christian Jung, LL. M. (Verkehr), RA Axel Kafka (Abfall, Telekommunikation), RA Dr. Sascha Michaels (Spartenübergreifendes, Vergabe), RA Ina Jana Siebeck (Wasser/Abwasser), RA Prof. Dr. Christian Theobald, Mag. rer. publ. (Energie), RA Stefan Wollschläger (Wärme).

**Redaktionsassistent:** Susanne Kitzmann.

**Anschrift:** Redaktion InfrastrukturRecht  
Magazinstr. 15-16, 10179 Berlin,  
Tel.: 0 30/61 1077-88, Fax: 0 30/61 1077-89  
E-Mail: [info@ir.beck.de](mailto:info@ir.beck.de)

**Manuskripte:** Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht

zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

**Verlag:** C.H.BECK oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Tel.: 0 89/3 81 89-0, Bankverbindung: Postbank München, IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDE33XXX.  
Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

**Internet-Volltext-Service:** [www.IR.beck.de](http://www.IR.beck.de)  
Hotline: Tel.: 0 89/3 81 89-421  
Fax: 0 89/3 81 89-134.

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

**Bezugspreise 2021:** Normalpreis €205,- (inkl. MwSt.) inkl. Internet-Volltext-Service, Einzelheft €19,50 (inkl. MwSt.), jeweils zzgl. Versandgebühren. Fakturierung erfolgt zu Beginn des Bezugszeitraums. Abonnement und Bezugspreis beinhalten die Printausgabe sowie eine Lizenz für die Online-Ausgabe. Die Bestandteile des Abonnements sind nicht einzeln kündbar.

**Bestellungen:** Über jede Buchhandlung und beim Verlag.

**Abo-Service:** Tel.: 0 89/3 81 89-750,  
Fax: 0 89/3 81 89-358 (Kundenservice).  
E-Mail: [kundenservice@beck.de](mailto:kundenservice@beck.de)

**Abbestellungen:** Mindestens 6 Wochen vor Jahresende.

**Adressenänderung:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 4 Abs. 3 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderungen des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Hefes beim Verlag widersprechen.

**Druck:** Druckerei C.H.Beck, Bergerstraße 3–5, 86720 Nördlingen.

**ISSN 1612-7803**