

ihnen die §§36, 46 und 48 EnWG entgegenstehen. Endschaftsklauseln können aber auf den neuen Gesetzeswortlaut umgestellt werden (Salje aaO. RdNr. 8). §46 Abs. 2 EnWG steht deshalb einer Endschaftsklausel, welche die Übertragung des Eigentums vorsieht, nicht entgegen, zumal die nähere Ausgestaltung der Überlassung der Anlagen Sache der Parteien ist (so auch OLG Frankfurt/Main OLG 2008, 561, 564). Die Übertragung des Eigentums an den Anlagen wird vom Gesetz zwar nicht zwingend vorgeschrieben, aber auch nicht ausgeschlossen. Sie kann daher mit der Überlassung des Besitzes verbunden werden. Der vertragliche Anspruch aus Punkt 9 der Gasversorgungsverträge auf Eigentumsübertragung besteht deshalb neben dem gesetzlichen Anspruch aus §46 Abs. 2 Satz 2 EnWG. Soweit allerdings der Vertrag nicht dem neuen Gasversorgungsunternehmen, sondern der Gemeinde einen Anspruch auch auf Übertragung des unmittelbaren Besitzes geben sollte, mag diese Regelung durch §113 i. V. m. §46 Abs. 2 Satz 2 EnWG außer Kraft gesetzt worden sein. Eine hierauf gerichtete Klage wäre also wohl auf §46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu stützen. Das bedarf jedoch keiner Klärung, da im vorliegenden Fall die Klage nur auf die Übertragung des Eigentums, nicht aber des unmittelbaren Besitzes, gerichtet ist.

4. Die Klägerin ist Inhaberin der Ansprüche aus Punkt 9 der Gasversorgungsverträge.

Beide Gemeinden haben ihre Ansprüche aus Punkt 9 der Gasversorgungsverträge wirksam an die Klägerin abgetreten, die Gemeinde N... durch Vereinbarung vom 08./10.03.2006 und die Gemeinde R... durch Abtretungsvereinbarung vom 05./09.05.2006. Die Klägerin hat durch Unterzeichnung der Vereinbarungen, spätestens aber durch Klageerhebung gemäß §151 BGB ihre Annahme erklärt. Ob Gegenstand der Abtretung das in Punkt 9 eingeräumte Optionsrecht war, welches dann von der Klägerin ausgeübt wurde, oder ob die Gemeinden N... und R... ihr Optionsrecht konkludent selbst ausübten, indem sie ihre – daraus resultierenden – Ansprüche an die Klägerin abtraten und der Beklagten diese Erklärungen durch die Klägerin zugehen ließen, mag dahinstehen. Denn unabhängig davon, ob das Optionsrecht als solches abtretbar war oder ob dem §399 BGB entgegenstand, konnte es jedenfalls in dem Sinne übertragen werden, dass es der Klägerin zur Ausübung überlassen wurde und diese durch das Gebrauchmachen von der Option das Wirksamwerden des Vertrages zwischen der Beklagten und der Gemeinde herbeiführte (vgl. dazu Staudinger/Bork, BGB, 2003, Vor §145 Rdnr. 75). Denn dadurch wurde die Beklagte, da ihre Vertragspartner, die Gemeinden, ihre Schuldner blieben, nicht benachteiligt (für Abtretbarkeit auch OLG Frankfurt/Main aaO. S. 564; Büdenbender aaO. §13 Rdnr. 71). Die Abtretungen beziehen sich auch auf die zur Gasversorgung erforderlichen Betriebsgebäude. Gegenstand der Abtretungen ist jeweils der „Anspruch auf Erwerb der Anlagen des örtlichen Gasverteilnetzes (Gesamtheit der im Gebiet des Konzessionsvertrages vom ... gelegenen Leitungen und sonstigen Versorgungsanlagen, einschließlich dinglicher Rechte und sonstiger Gegenstände ...)“. Zumindest unter den Begriff der „Gegenstände“ sind auch die Betriebsgebäude zu fassen.

5. Ohne Einfluss auf den Anspruch der Klägerin ist der Umstand, dass die Beklagte die in ihrem Eigentum stehenden Gasversorgungsanlagen auf die neu gegründete T... E... GmbH übertragen hat.

Die Bestimmung des §265 ZPO ist nicht einschlägig. Denn die Gegenstände, deren Übereignung mit der Klage verlangt wird, sind nicht in Streit befangen (§265 Abs. 1 ZPO), da Streitgegenstand nicht dingliche Rechte sind, deren Übertragung auf einen Dritten die Sachlegitimation einer der Parteien beseitigen würde, sondern Ansprüche rein schuldrechtlicher Art. Aufgrund der zwischen den Parteien bestehenden Kaufverträge ist die Beklagte weiterhin zur Leistung verpflichtet. Unmöglichkeit (§275 Abs. 1 BGB) oder Unzumutbarkeit der Erfüllung (§275 Abs. 2 BGB) sind nicht eingetreten.

6. Die Beklagte beruft sich allerdings zu Recht darauf, dass dem Anspruch auf Eigentumsübertragung ein Anspruch auf Zahlung eines Entgelts gegenübersteht. Die Klägerin kann Übertragung des Eigentums an den Gasversorgungsanlagen nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangen (§§433 Abs. 1, 320 Abs. 1 BGB).

a) Nach Punkt 9 Ziff. 1 der Gasversorgungsverträge sind die Gemeinden berechtigt, die Verteilungsanlagen „käuflich zum Sachzeitwert zu erwerben.“ Das Eigentum soll erst übergehen, wenn Zahlung erfolgt (Punkt 9 Ziff. 3). Diese Gegenforderungen der Beklagten richten sich auch, nachdem die Rechte aus der Optionsvereinbarung an die Klägerin abgetreten worden sind, gegen die Gemeinden. Denn eine die Gemeinden befreiende Schuldübernahme konnte die Klägerin nicht ohne Zustimmung der Beklagten vornehmen. Der Klägerin steht es jedoch frei, die Kaufpreisverpflichtungen der Gemeinden an deren Stelle zu erfüllen (§267 Abs. 1 BGB). Nach der Abtretung kann die Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber der Klägerin geltend machen (§404 BGB; vgl. dazu BGH NJW-RR 2004, 1135, 1136).

b) Die Regelung des §46 Abs. 2 Satz 1 EnWG steht der Geltendmachung der Einrede nach §320 Abs. 1 BGB nicht entgegen. Der Auffassung der Klägerin, ein Zurückbehaltungsrecht des Altkonzessionars verlängere die vertragliche Bindung der Gemeinden in unzulässiger Weise über das gesetzlich vorgeschriebene Maximum von 20 Jahren hinaus, ist nicht zu folgen. Nach §46 Abs. 2 Satz 1 EnWG dürfen Wegenutzungsverträge zwischen Gasversorgungsunternehmen und Gemeinden höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Zweck dieser Regelung ist es, durch einen wiederholten Wechsel des Netzbetreibers in angemessenen zeitlichen Abständen den Wettbewerb unter den Gasversorgungsunternehmen zu fördern. Dem läuft es nicht zuwider, wenn dem weichenden Netzbetreiber im Hinblick auf seinen Vergütungsanspruch nach §46 Abs. 2 Satz 2 EnWG im Rahmen der Überleitung auf den Nachfolger ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden wird. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses nach 20 Jahren wird dadurch rein rechtlich nicht verhindert. Aber auch eine tatsächliche Umgehung der Laufzeitbegrenzung ist in der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts durch das alte Gasversorgungsunternehmen nicht zu erblicken. Wie §48 Abs. 4 EnWG zeigt, geht auch der Gesetzgeber davon aus, dass die Übergabe an das Nachfolgeunternehmen nicht unmittelbar nach Vertragsbeendigung erfolgen muss. Ob im Falle eines Streits über die Höhe des zu zahlenden Entgelts zumindest nach einer angemessenen Zeit wenigstens eine Besitzübertragung zu erfolgen hat, bedarf hier keiner Prüfung.

Jedenfalls gegenüber dem Anspruch auf Eigentumsübertragung muss dem Verpflichteten die Möglichkeit gegeben werden, seine Gegenforderung gemäß §320 BGB durchzusetzen. Eine Vorleistungspflicht ist insofern nicht geboten; denn die Übereignung ist nicht erforderlich, um den Betrieb der Versorgungsanlagen durch das neue Gasversorgungsunternehmen zu ermöglichen. Da ein Zurückbehaltungsrecht nicht nur dazu dient, die zugrunde liegenden Forderung zu sichern, sondern in erster Linie ein Druckmittel darstellt, kann ein Interesse der Beklagten an einem Zurückbehaltungsrecht auch nicht deshalb verneint werden, weil die Klägerin ein finanzkräftiges Unternehmen ist.

RA Torsten Höck, BDEW

## Installateurwesen

**Zu den Eintragungsvoraussetzungen zum Installateurverzeichnis gem. §13 NDAV bzw. §12 AVBWasserV**  
BGH, Beschluss vom 29.09.2009 – KZR 43/08  
(BGH, Hinweisbeschluss vom 23.06.2009 – KZR 43/08)

### Leitsatz (amtlich)

1. In dem Verlangen des Netzbetreibers, die für den Abschluss des Installateurvertrages und die Eintragung in das Installateurverzeichnis erforderliche fachliche Qualifikation durch eine erfolgreiche Teilnahme an dem Lehrgang TRGI/TRWI nachzuweisen, liegt kein Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung.

Vorinstanzen: LG Dortmund

OLG Düsseldorf (abgedruckt in R+S 2008, 43 ff.)

Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 23. Juni 2009 Bezug genommen. Die Stellungnahme des Klägers gibt dem Senat keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung des Sachverhalts.

[Hinweisbeschluss vom 23. Juni 2009]

Von der verfassungs- und kartellrechtlichen Zulässigkeit der Führung von Installateurverzeichnissen durch Energie- und Wasserversorgungsunternehmen und des Abschlusses entsprechender Installateurverträge geht die Rechtsprechung seit langem aus (BGH, Beschl. v. 24.9.1981 – III ZR 172/80, RdE 1982, 24; OLG Koblenz, Urt. v. 11.5.1977 – 10 U 1359/76, Recht und Steuern im Gas- und Wasserfach 1978, 2; OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.5.1990 U (Kart) 28/89, WuW/E OLG 4692; LG Frankenthal, Urt. v. 9.10.1997 – 4 O 1014/97, Recht und Steuern im Gas- und Wasserfach 1997, 5). Das Bundeskartellamt teilt diese Auffassung (Schreiben v. 6.6.1962 – B 3 – 721210-V-30/61, ebenso die ganz herrschende Meinung im Schrifttum (Schmidt-Salzer in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer aaO. S. 767 ff.; Ludwig/Odenthal, Die Allgemeinen Wasserversorgungsbedingungen, 1981, S. 96 ff.; Morell, NDAV – GasGVV – Stand: 2009, E § 12 Rdn. 12; Dittmann, Die Rechtsbeziehungen zwischen Versorgungsunternehmen, Installateuren und Kunden, 1995, S. 117 ff.; Engelhardt, RdE 1982, 24 ff.; Stenneken/Thomale, N&R 2007, 51, 55. Ein Anlass, das anders zu sehen, ist nicht ersichtlich.

[...]

Die Eintragung in ein Installateurverzeichnis entspricht vielmehr der ausdrücklichen Regelung in § 13 Abs. 2 Satz 3 NDAV. Danach dürfen Gasanlagen außer von dem Netzbetreiber nur durch Installateure errichtet, erweitert, geändert oder instand gehalten werden, die in ein Installateurverzeichnis eines Netzbetreibers eingetragen sind. Damit hält sich die Verordnung im Rahmen der Ermächtigungsnorm des § 18 Abs. 3 EnWG (s. BVerfG, Beschl. v. 2.11.1981 – 2 BvR 671/81, JZ 1982, 288 zu den vergleichbaren AVBWasserV). Sie diskriminiert den einzelnen Installateur nicht, weil gemäß § 13 Abs. 2 Satz 3, Halbs. 2 NDAV bei Nachweis der erforderlichen fachlichen Qualifikation – i. d. R. durch Vorlage eines Meisterbriefs – ein Eintragungsanspruch besteht.

Der Netzbetreiber ist wegen der Rückwirkungen, die ein Fehler in der privaten Gasanlage auf das gesamte von ihm betriebene Netz hat, auch berechtigt, die Eintragung von dem Abschluss eines Installateurvertrages abhängig zu machen. Das dient ausweislich der erwähnten Richtlinien der einheitlichen Festlegung der gegenseitigen Rechte und Pflichten des Netzbetreibers und des Installateurs. Zu der vergleichbaren Rechtslage bei elektrischen Anlagen hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass der Netzbetreiber seine Monopolstellung nicht unangemessen ausnutzt, wenn er um eine fachgerechte Arbeit bemüht ist, um die Sicherheit der Abnehmer und des Netzes zu gewährleisten (RdE 1982, 23).

Die Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Abschluss eines Installateurvertrages besteht, können gerichtlich überprüft werden, wobei die Richtlinien lediglich den Charakter von unverbindlichen Empfehlungen haben (OLG Düsseldorf WuW/E OLG 4692). Der Kläger hat danach, was die Beklagte auch nicht bestreitet, einen Anspruch auf Abschluss des Vertrages, wenn er nur bereit ist, das von der Beklagten verlangte Lichtbild vorzulegen.

Im Ergebnis nichts anderes gilt für das Begehren des Klägers, die von ihm errichteten Wasserversorgungsanlagen an das Netz der Beklagten anzuschließen und die Nutzung dieser Anschlüsse zu

ermöglichen. Insoweit beruht die Notwendigkeit, sich zuvor in das Installateurverzeichnis für Wasserinstallationen eintragen zu lassen, auf § 12 Abs. 2 Satz 2 AVBWasserV. Die AVBWasserV beruht auf § 27 Satz 1 AGBG = Art. 243 Satz 1 EGBGB und entspricht den verfassungsmäßigen Anforderungen (vgl. BVerfG JZ 1982, 288). Der Kläger hat insoweit noch seine fachliche Qualifikation nachzuweisen, was u. a. durch Teilnahme an dem Lehrgang TRWI geschehen kann. Die Beklagte ist dagegen nicht verpflichtet, allein auf der Grundlage der Ausübungsberechtigung, die dem Kläger gemäß § 7a HwO erteilt worden ist, den Installateurvertrag für Wasserinstallationen mit ihm abzuschließen. Denn das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der Kläger eine besondere Qualifikation für dieses Gewerk durch Teilnahme an entsprechenden Fachlehrgängen oder in gleichwertiger Weise erworben hat.]

In dem Verlangen der Beklagten, die für den Abschluss des Installateurvertrages und die Eintragung in das Installateurverzeichnis erforderliche fachliche Qualifikation durch eine erfolgreiche Teilnahme an dem Lehrgang TRWI nachzuweisen, liegt kein Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem nachgelagerten Markt für die Versorgung der Endverbraucher mit Wasser oder für die Bereitstellung der entsprechenden Leitungsnetze. Denn dieses Verlangen beruht auf den Richtlinien für den Abschluss von Verträgen mit Installationsunternehmen zur Herstellung, Veränderung, Instandsetzung und Wartung von Gas- und Wasserinstallationen vom 3. Februar 1958 idF vom 1. März 2007. Darin ist die von dem Kläger vorgelegte Ausnahmerechtigung nach § 7a HwO nicht erwähnt. Diese Richtlinien sind kartellrechtlich unbedenklich, weil sie keine unangemessenen fachlichen Voraussetzungen aufstellen. Dies liegt schon deshalb nahe, weil die Richtlinien von den auf beiden Marktseiten beteiligten Interessenverbänden gemeinsam erarbeitet worden sind, nämlich vom Bundesverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft e.V., vom Bundesindustrieverband Heizungs-, Klima-, Sanitärtechnik/Technische Gebäudesysteme e.V., vom Zentralverband Sanitär Heizung Klima und von der Deutschen Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. – Technisch-wissenschaftlicher Verein.

Auch ein Verstoß gegen Art. 12 GG liegt nicht vor. Die Anforderungen für den Abschluss des Installateurvertrages und die Eintragung in das Installateurverzeichnis ergeben sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus den erwähnten Richtlinien. Die daran beteiligten Verbände und Unternehmen sind nicht Adressaten des Grundrechtskatalogs. Auf sie können die Grundrechte nur mittelbar über die gesetzlichen Generalklauseln zur Anwendung kommen (MünchKommBGB/Armbrüster, 5. Aufl., § 134 Rdn. 34, § 138 Rdn. 20 ff., m.w.N.). Für einen danach anzunehmenden Kontrahierungszwang der Beklagten zu den von dem Kläger vorgegebenen Bedingungen sprechen indes keine Anhaltspunkte.

Diese Fragen können aber letztlich offenbleiben. Die Klage ist nämlich – und zwar sowohl hinsichtlich der Wasser- als auch hinsichtlich der Gasinstallationen – bereits deshalb unbegründet, weil sich der Kläger weigert, das für die Ausstellung des Installateurausweises erforderliche Lichtbild vorzulegen. Die mit der Anfertigung eines Lichtbildes verbundenen Kosten und Unannehmlichkeiten sind – auch wenn der Ausweis alle zwei Jahre verlängert werden muss – derart unerheblich, dass in dem Verlangen der Beklagten weder eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung noch eine unbillige Behinderung des Klägers liegt.

RA Carsten Wesche, BDEW