

## 2. Kapitel    Kernbereiche des Energierechts

### IV. Konzessionsrecht

#### 1. Konzessionsvertrag.

(...)

##### b) Endschäftsbestimmungen.

**aa) Überlassung ./. Übereignung.** So verpflichtete § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a.F. den bisherigen Nutzungsberechtigten für den Fall, dass der Konzessionsvertrag nicht verlängert wurde, „nur“ seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Was heißt nun überlassen? Übergabe des Besitzes? Übergabe des Eigentums? Der **Wortlaut** ließ beides zu. Die Frage stellte sich insbesondere dann, wenn im Konzessionsvertrag selbst ein Anspruch auf Übereignung vereinbart war, die Gemeinde ihr Recht darauf einforderte, der Netzbetreiber sich nun aber mit der Begründung weigerte, dass nun auch ein bloßes Überlassen reiche, er Netz und Anlage gerne verpachte, das Eigentum aber nicht aufgeben werde, weil er dazu ja nicht verpflichtet sei.

Mit diese Frage hatte sich der BGH am 29.09.2009, Az: EnZR 14/08, auseinanderzusetzen und entschieden, dass der vertragliche Übereignungsanspruch durch die Einführung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a.F. **nicht** in eine bloße Pflicht zur „Überlassung“ **umgewandelt** worden sei (Rn. 7). Die vertragliche Einigung auf Eigentumsübertragung bleibe aber von der gesetzlichen Regelung unberührt (Rn. 7). Der gesetzliche Anspruch trete vielmehr nach allgemeinen Regeln selbständig neben die konzessionsvertragliche Vereinbarung (so das Gericht weiter, Rn. 13). In dem entschiedenen Fall wurde der Netzbetreiber also folglich zur Übereignung verurteilt. Wie war es in den Fällen, in denen im Konzessionsvertrag dazu nichts geregelt war oder in dem nur das Wort „überlassen“

stand? Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a.F. hätte der Altkonzessionär sein Eigentum nicht aufgeben müssen, eine Verpachtung hätte gereicht. Wie ist es heute?

Im Rahmen der Novellierung des EnWG 2011 hat der Gesetzgeber nahezu geräuschlos „überlassen“ durch „übereignen“ ersetzt, dem Neukonzessionär also expressis verbis einen Anspruch auf Übereignung zur Seite gestellt, den er jedoch nicht ausüben muss; möchte er die Netzanlagen nur pachten, kann er statt Übereignung aber die Überlassung des Besitzes wählen. Mit dieser Regelung solle mehr Rechtssicherheit geschaffen und die zeit- und kostenaufwändigen Auseinandersetzungen der Vergangenheit in Zukunft verhindert werden (so die knappe Begründung des Gesetzgebers in: BT-Drucksache 17/6072, Seite 88). Vereinzelt wird vertreten, dass der Austausch der Begriffe „überlassen“/„übereignen“ verfassungswidrig sei, weil ein Veräußerungszwang keine Inhalts- und Schrankenbestimmung mehr sei, sondern einer Enteignung gleichkomme (so Jacob in RdE 2011, 212 [218]). Im Ergebnis ist die Klarstellung des Gesetzgebers richtig. Nur die Übertragung des Eigentums fördert den Wettbewerb; nur so besteht die Möglichkeit, die gesetzlich garantierte Eigenkapitalverzinsung nach der Strom- und GasNEV zu beanspruchen (dazu im Einzelnen: Büttner/Templin, ZNER 2011, 121 [125]). Es wäre aber hilfreich gewesen, wenn der Gesetzgeber dies genauer begründet hätte, insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sich BNetzA und BKartA gerade in dieser Frage in dem von ihnen gemeinsam herausgegeben Leitfaden nicht einig waren (dazu: BNetzA/BKartA-Leitfaden: Konzessionsvergabe, Seite 11, Rdn. 32, 33 sowie Fußnote 21).

**bb) Sachzeitwert ./ Ertragswert.** Welchen legt man zu Grunde? Wo ist der Unterschied? Dies ist die zweite im Rahmen der Endschaftsbestimmungen diskutierte Frage. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG spricht von angemessener Vergütung. Was ist angemessen?

**Sachzeitwert:** Der Sachzeitwert bzw. Substanzwert ist der am Tage der Übernahme zu bestimmende Wiederbeschaffungswert der betreffenden Anlage unter entsprechender Berücksichtigung des Alters und des technischen Erhaltungszustandes derselben. Es handelt sich um einen sogenannten Rekonstruktionsneuwert, vermindert um einen alters- und nutzungsbedingten Werteverzehr (so das OLG Koblenz im Hinweisbeschluss vom 11.11.2010, Az: U 646/08 m.w.N.). Ermittelt wird dieser Betrag im Wege des Sachzeitwertverfahrens.



**Ertragswert:** Der Ertragswert ist der Wert zukünftiger Einnahmen einer Investition zum heutigen Zeitpunkt. Dieser Wert wird durch das Ertragswertverfahren ermittelt. Das Verfahren ist hoch komplex, kann nur von darauf spezialisierten Prüfern erfolgen. Es ist unter anderem deshalb so schwierig, weil für die Berechnung des Ertragswertes zukünftige Einnahmen geschätzt werden müssen.



Soweit zu den **grundsätzlichen Unterschieden**, bei denen es an dieser Stelle bleiben muss. Neben den klassischen Berechnungsmethoden der Sach- und Ertragswerte gibt es noch eine Vielzahl weiterer differenzierter Berechnungsmethoden zur Bestimmung des Wertes eines Netzes.

In der Regel ist der Sachzeitwert sehr viel höher als der Ertragswert. Für den Käufer, den aufnehmende Netzbetreiber, ist eine Bewertung nach dem Ertragswertverfahren also vorteilhafter, für den abgebenden Netzbetreiber ist der Sachzeitwert besser. Allgemein gilt, dass in Deutschland bei Unternehmenskäufen ertragswertorientierte Verfahren am häufigsten angewendet werden, nicht jedoch bei Konzessionsverträgen, hier wurde in der Regel der Sachzeitwert vereinbart. Das ist eine **Besonderheit der Energiewirtschaft** (so Theobald/Theobald: Energiewirtschaftsrecht Seite 419).

Wie ist es nun, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Versorgungsnetzes erheblich übersteigt? Wenn er faktisch so hoch ist, dass die Übernahme eines Stromnetzes durch einen nach den Maßstäben der wirtschaftlichen Vernunft handelnden anderen Netzbetreiber praktisch ausgeschlossen wird und die Kommune dadurch faktisch an den bisherigen Versorger gebunden bleibt? Wenn er so hoch ist, dass dem Netzkaufpreis also faktisch **prohibitive Wirkung** zukommt?

Mit dieser Frage musste sich der BGH am 16.11.1999, KZR 12/97 in der „**Kaufering**“-Entscheidung auseinandersetzen. Kaufering ist eine Gemeinde in Oberbayern, sie war die Klägerin in diesem Verfahren. Beklagte war das örtliche Energieversorgungsunternehmen. Die Gemeinde Kaufering wollte kurz gesagt das Netz wieder zurückkaufen, dazu die Stromversorgung und Straßenbeleuchtung übernehmen und alle Sparten in einem Gemeindewerk zusammenfassen. Der Konzessionsvertrag legte den Sachzeitwert zu Grunde. Die Gemeinde vertrat nun die Auffassung, dass der auf der Grundlage des Sachzeitwertes errechnete Übernahmepreis weit überhöht, die

Endschaftsbestimmung im Konzessionsvertrag deshalb unwirksam sei (Rdn. 10).

Dazu stellt der BGH grundsätzlich fest, dass ein nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Erwerbsinteressent nur dann bereit sein wird, ein Versorgungsnetz zum Sachzeitwert zu übernehmen, wenn die Stromversorgung unter Berücksichtigung der Anschaffungskosten für die Versorgungseinrichtungen, der sonstigen Kosten der Stromversorgung und der zu erwartenden Einnahmen in absehbarer Zeit einen Einnahmeüberschuss erwarten lässt (Rdn. 61). Dabei sei die Interessenlage eines Netzübernehmers, der mit Hilfe des übernommenen Netzes die Stromversorgung weiterbetreiben will, mit der eines **Unternehmenskäufers** vergleichbar, der ein Unternehmen ganz oder zum Teil erwirbt, um es fortzuführen (Rdn. 62).

**BGH:** Der Netzkaufpreis wirke dann prohibitiv, wenn er die Übernahme der Stromversorgung durch einen nach den Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft handelnden anderen Versorger ausschließt und die Kommune dadurch faktisch an den bisherigen Versorger gebunden bleibt. Diese Grenze ist erreicht, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Versorgungsnetzes nicht unerheblich übersteigt (Rdn. 67). Dann sei die Endschaftsbestimmung in einem Konzessionsvertrag zwischen einer Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen, die für die Übertragung des örtlichen Versorgungsnetzes auf die Gemeinde ein Entgelt in Höhe des Sachzeitwertes vorsehe, gemäß § 1 GWB, § 103a GWB a. F. unwirksam (Leitsatz 1, erster Halbsatz).



Mit dieser Feststellung hat der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Frage ist auch in Zukunft bedeutsam, weil auf der einen Seite die **Kluft zwischen Ertragswert und Sachwert** größer wird. Warum? Dies deshalb, weil die inzwischen regulierten Netzentgelte von der BNetzA in den Genehmigungsrunden immer weiter nach unten korrigiert worden sind, der Ertragswert also weiter gesunken ist. Hinzukommt auf der anderen Seite, dass in die Verteilnetze in Zukunft erheblich investiert werden wird, einige zu „Smart Grids“ ausgebaut werden, was deren Sachzeitwert weiter in die Höhe treiben dürfte.

Die BNetzA und das BKartA sind sich einig, dass der Netzkaufpreis im Wege der **Ertragswertmethode** zu berechnen sei (so BNetzA/BKartA-Leitfaden: Konzessionsvergabe, Seite 14, Rdn. 43). Vertragliche Vereinbarungen in Endschaftsklauseln, die darauf abzielten, mit Auslaufen des

Konzessionsvertrags unabhängig von der Ertragswerthöhe stets den Sachzeitwert als Bewertungsmaßstab festzuschreiben, seien unwirksam, so die Behörden weiter (Rdn. 44, so auch: Büttner/Templin: in ZNER 2011, 121 [127]).