

Konzessionsverträge aktuell



Netzbewertung und Preisfindung

Dr. Cornelia Kermel
Frankfurt a. M., 7. Juni 2011

Gliederung

1. Die Kaufering-Entscheidung des BGH vom 16. November 1999
2. Bedeutung der Kaufering-Rechtsprechung im geltenden Recht
3. Sachzeitwert als wirtschaftlich angemessene Vergütung nach § 46 Abs. 2 EnWG
4. Was ist bei einer Ertragswertkontrolle zu berücksichtigen?
5. Aktuelle Gerichtsentscheidungen

Die Kaufering-Entscheidung vom 16. November 1999 (1)

- Wesentliche Aussagen des BGH (BGHZ 143, 128 ff.):
 - Eine vertragliche Regelung, die als Kaufpreis für ein Energieverteilungsnetz der allgemeinen Versorgung den Sachzeitwert vorsieht, ist grundsätzlich zulässig.
 - Eine vertragliche Bestimmung, die als Kaufpreis für das Energieverteilungsnetz den Sachzeitwert vorsieht, ist gemäß § 1 GWB, §103a GWB a. F. unwirksam, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Netzes nicht unerheblich übersteigt, so dass die Übernahme der Stromversorgung durch einen nach den Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft handelnden anderen Versorger ausgeschlossen ist und die Gemeinde infolge dessen nach Beendigung des Konzessionsvertrages faktisch an den bisherigen Versorger gebunden bleibt.
 - Verstoß gegen die 20 jährige Laufzeitbegrenzung von Konzessionsverträgen, weil die Kommune faktisch an den bisherigen Versorger gebunden bleibt
 - In diesem Fall kommt dem Kaufpreis in Höhe des Sachzeitwertes prohibitive Wirkung zu.

Die Kaufering-Entscheidung vom 16. November 1999 (2)

- Kaufering-Entscheidung lässt offen:
 - Wann übersteigt der Sachzeitwert den Ertragswert erheblich?
 - OLG München , an das der Rechtsstreit zurückverwiesen worden ist, hat eine Erheblichkeit jedenfalls bei bis zu 10 % verneint (Urt. v. 17. November 2005, Az. U [K] 3325/96).
 - Welcher Wert ist anzusetzen, wenn die Erheblichkeitsschwelle überschritten wird?
 - Der Ertragswert?
 - Der Ertragswert plus X?

Erlaubt § 46 Abs. 2 EnWG einen Kaufpreis in Höhe des Sachzeitwertes?

- § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG spricht von einer „**wirtschaftlich angemessenen Vergütung**“. Kann dies der Sachzeitwert sein?
 - BGH in Kaufering-Entscheidung:

Gesetzgeber hat bewusst von einer Reglementierung der Preisbemessungsfaktoren für den Fall der Überlassung abgesehen. Die konkrete Preisgestaltung unterliegt der Privatautonomie der Parteien.
§ 13 Abs. 2 EnWG 1998 verbietet den Sachzeitwert nicht.
 - Gesetzesbegründung bestätigt BGH:

Der Regelungsgehalt erschöpft sich darin zu vermeiden, dass ein Wechsel des Netzbetreibers an einem zu hohen Überlassungsentgelt scheitert.

 - *„Ein Versorgerwechsel darf auch nicht an prohibitiv hohen Kaufpreisen für das Netz scheitern; dazu ist die wirtschaftlich angemessene Vergütung zu ermitteln.“*
(BT-Drs. 13/7274, Seite 22)

Bestätigung der Zulässigkeit von Sachzeitwerten nach dem EnWG 2005

- BGH, Urteile vom 29. September 2009, Az. EnZR 14/08 und EnZR 15/08, S. 8, Rn. 18:

„Der [in der Vorgängervorschrift geregelte] gesetzliche Überlassungsanspruch ist durch § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG 2005 im Wesentlichen unverändert übernommen worden. Auch sonst hat § 46 EnWG keine Änderungen erfahren, die sich im Vergleich zum früheren Rechtszustand auf vertragliche Endschaftsbestimmungen auswirken. Für diese bleibt es daher bei dem in § 113 EnWG zum Ausdruck gebrachten Grundsatz, dass die laufenden Konzessionsverträge unverändert Geltung beanspruchen.“

- Die vertraglichen Endschaftsbestimmungen gelten fort. Dies gilt auch für die darin enthaltene Kaufpreisvereinbarung in Höhe des Sachzeitwertes, da diese in einem synallagmatischen Verhältnis zu der Pflicht zur Eigentumsübertragung steht.

OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11.11.2010

- Das OLG Koblenz hat in seinem Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11. November 2010 (U 646/08 Kart.) u. a. ausgeführt:

„Der Senat hat bereits in seinem Teil- und Grundurteil vom 23. April 2009 entschieden, dass die Vertragsbestimmungen, wonach für die Übereignung der Gasverteilungsanlagen ein Entgelt zu zahlen ist, fortbestehen. Das gilt grundsätzlich auch für die Vereinbarung, dass es sich dabei um den Sachzeitwert handeln soll.“

Sachzeitwert als Ausgangswert bei § 46 Abs. 2 EnWG?

- LG Hannover hat in seinem Hinweis- und Beweisbeschluss vom 22. Februar 2011 (18 O 383/06) ausgeführt:

„Bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung i. S. d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ist zunächst von dem Sachzeitwert, bezogen auf den Stichtag der Übergabe, auszugehen.“

- Ausgangsgröße für die Ermittlung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG bildet auch dann der Sachzeitwert, wenn es an einer vertraglichen Regelung im Konzessionsvertrag fehlt.
- Damit kommt es auf das Verhältnis zwischen vertraglichen und gesetzlichen Anspruch grundsätzlich nicht an, da in der Regel beide den Sachzeitwert als Ausgangsgröße enthalten.

Bedeutung der vertraglichen Regelung bei abgetretenem Übertragungsanspruch

- OLG Koblenz hat in seinem Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11. November 2011 (U 646/08 Kart) ausgeführt:
„Die eingeklagten Ansprüche und die hiergegen eingewandten Gegenforderungen beruhen auf den von der Beklagten mit den Gemeinden [...] und ... geschlossenen Gaskonzessionsverträgen (Punkt 9). Die Gegenforderungen werden von der Beklagten aus eigenem Recht als Einwendungen gegenüber den Ansprüchen der Klägerin als Rechtsnachfolgerin der Gemeinden geltend gemacht. Die Gegenforderungen haben ihre Gründe nicht im Energiewirtschaftsgesetz oder einer anderen gesetzlichen Bestimmung [...].“
- Bei Geltendmachung des Eigentumsübertragungsanspruchs aus dem Altkonzessionsvertrag im Wege der Abtretung kann das abgebende Unternehmen auch die vertraglich geregelte Gegenforderung (Kaufpreis in Höhe des Sachzeitwertes) gegenüber dem Zessionar geltend machen. Der Inhalt der gesetzlichen Regelung ist insoweit unerheblich.

LG Mannheim, Urteil v. 8. Oktober 2010 (7 O 20/10)

- Vertragliche Endschaftsbestimmung, die als Kaufpreis den Sachzeitwert vorsieht, ist nicht unwirksam.
- Soweit der Erwerber des Netzes meint, der Kaufpreis in Höhe des Sachzeitwertes sei prohibitiv im Sinne des § 1 GWB, muss er darlegen, dass durch die Differenz zwischen Sachzeitwert und Ertragswert eine mit dem Regelungszweck des Kartellgesetzes unvereinbare Folge bewirkt wird, nämlich die faktische Bindung der Kommune an den bisherigen Versorger dadurch, dass ein nach den Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft handelnder anderer Versorger von der Übernahme des Versorgungsnetzes absehen wird (so bereits BGHZ 143, 128, 152 ff. „Kaufering“).
- Übernimmt der neue Konzessionsvertragspartner das Netz, obwohl er weiß, dass er möglicherweise den Sachzeitwert zahlen muss, muss er besondere Umstände aufzeigen, warum die von ihm beanstandete Klausel dennoch prohibitive Wirkung habe. In einem solchen Fall reicht es nicht aus, diese mit einer (erheblichen) Abweichung des Ertragswertes vom Sachzeitwert zu begründen.

Ist eine Ertragswertkontrolle des Sachzeitwertes heute noch notwendig?

- Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass eine Ertragswertkontrolle überflüssig geworden ist
 - Ursprüngliche Intention des Wettbewerbs um Versorgungsgebiete ist durch die Liberalisierung in der Belieferung erreicht
 - Die Netze sind streng reguliert, so dass die wettbewerbliche Begründung der Kaufering-Rechtsprechung nicht trägt.
- A. A. OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11. September 2010:
 - Ertragswertkontrolle gemäß Kaufering-Entscheidung des BGH hat weiterhin Gültigkeit, ist aber auf die geänderte Rechtslage anzupassen:

„Darüber hinaus sind auf den vorliegenden Fall aber auch die in dieser Entscheidung aufgestellten Grundsätze anzuwenden, wonach aus Gründen des Wettbewerbs eine Begrenzung des Preises geboten sein kann. Dem Sachzeitwert ist daher der Ertragswert gegenüberzustellen.“

Was ist bei der Ertragswertkontrolle zu beachten? (1)

- OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11. September 2010:
 - Im Rahmen der Ertragswertkontrolle können als Maßstab nicht die Ertragsaussichten eines „durchschnittlichen“ Erwerbers dienen. Zu den „alle denkbaren Erwerber“, wie sie der BGH bezeichnet, zählen nur diejenigen, für die eine Übernahme des Netzes wirtschaftlich sinnvoll ist, d. h. nach betriebswirtschaftlichen Kriterien einen erheblichen Vorteil brächte. Denn:

*„Es gilt im Auge zu behalten, dass der einzige Zweck der Kaufpreisbegrenzung darin besteht, eine faktische Bindung der Kommune an den bisherigen Netzbetreiber zu verhindern. **Dazu ist es aber nicht notwendig, einen Wettbewerb der „Mittelmäßigen“ zu ermöglichen, sondern es genügt, wenn die Kommune, sofern sie das Netz nicht selbst weiterbetreiben will oder zur Zahlung des Übernahmepreises nicht in der Lage ist, einen möglichen Übernehmer unter den „Besten“ auswählen kann.**“*

Was ist bei der Ertragswertkontrolle zu beachten? (2)

- Fortsetzung OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11. September 2010:

*„Im Hinblick auf den Zweck der Preiskontrolle erscheint es dem Senat daher nicht sinnvoll, dem Sachzeitwert einen Ertragswert gegenüberzustellen, der sich unter Außerachtlassung jeglicher nicht bereits in der Versorgungsanlage angelegter **Synergieeffekte** ergibt. Vielmehr wird ein **prohibitiver Effekt des Übernahmepreises schon dann zu verneinen sein**, wenn dessen Zahlung für **eine gewisse Anzahl typischer Interessenten sinnvoll** ist. Da, wie die Beklagte unbestritten vorträgt, ein erheblicher Prozentsatz von Netzbetreibern bereits über andere Netze verfügt und damit zwangsläufig Synergieeffekte verbunden sind, sind darin Umstände zu sehen, die für die Ermittlung eines wirtschaftlich vernünftigen Preises typischerweise eine Rolle spielen und deshalb bei der Ertragswertermittlung zu berücksichtigen sind.“*

Was ist bei der Ertragswertkontrolle zu beachten? (3)

- Fortsetzung OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11. September 2010:
 - Erheblichkeitszuschlag hält das OLG Koblenz nicht für geboten
 - Auswirkungen der Netzentgeltregulierung sind beim Ertragswert zu berücksichtigen
 - Aber: Ein Ertragswert in Höhe von Null kann sich daraus aber nicht ergeben.

„Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass der durch den Netzbetreiber zu erzielende Gewinn sich jedenfalls nach Einführung der Anreizregulierung nicht mehr auf die Eigenkapitalverzinsung gemäß § 7 Abs. 6 GasNEV beschränkt, sondern es der Intention des Gesetzgebers entspricht, wenn darüber hinaus durch ein Übertreffen der von der Regulierungsbehörde gesetzten Effizienzziele zusätzliche Gewinne erwirtschaftet werden.“

Was ist bei der Ertragswertkontrolle zu beachten? (4)

- LG Hannover, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 22. Februar 2011:

„Nach den - insoweit auf die geltende Rechtslage entsprechend übertragbaren – Grundgedanken der Kaufering- Entscheidung des BGH ist die Vergütung auf den Ertragswert zu beschränken, soweit dieser den Sachzeitwert überschreitet. Andernfalls würde der in § 46 Abs. 2 EnWG zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers, für die Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung regelmäßig – zumindest alle 20 Jahre – einen Betreiberwechsel zu ermöglichen, umgangen.“

Was ist bei der Ertragswertkontrolle zu beachten? (5)

- Fortsetzung LG Hannover, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 22. Februar 2011:
 - Ertragswert ist nach objektiven Kriterien für einen nach kaufmännischen Grundsätzen handelnden Erwerber zu ermitteln. *„Denn es wäre nicht angemessen, für den die Vergütung begrenzenden Ertragswert einen ineffizient arbeitenden Erwerber zugrunde zulegen.“*
 - Im konkreten Fall sind die auf Seiten des Erwerbers (Klägerin) eintretenden **Synergieeffekte** zu berücksichtigen.

„Dies folgt zum einen – unter Anwendung der Grundsätze der Kaufering-Entscheidung – daraus, dass der Veräußerungsvertrag sich lediglich auf das Stromnetz von Stadtteilen einer kleineren Mittelstadt von nur 37.000 Einwohnern bezieht. Es dürfte davon auszugehen sein, dass es kein nach kaufmännischen Grundsätzen handelndes Unternehmen gibt, das den Versuch unternehmen würde, ein solches Stadtteilnetz mit entsprechend wenigen potentiellen Endkunden isoliert zu betreiben. Der Kreis der potentiellen Erwerber dürfte daher auf solche Unternehmen beschränkt sein, die bereits in unmittelbarer Nähe ein Stromnetz betreiben.“

Was ist bei der Ertragswertkontrolle zu beachten? (6)

- Fortsetzung LG Hannover:

„ Da das die Stadt [...] umgebende Stromnetz im Landkreis von der Beklagten betrieben wird, dürfte unter den nach kaufmännischen Grundsätzen handelnden Unternehmen von vornherein nur die Klägerin in Betracht gekommen sein [...]

*Darüber hinaus ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Kaufering-Entscheidung noch § 103a GWB a. F. betrifft und nicht die [...] geltende Rechtslage. In der Kaufering-Entscheidung ging es darum, [...] dass nicht durch prohibitive Kaufpreise potentielle Erwerber ausgeschlossen werden [...] Nach § 46 Abs. 2 EnWG ist die Netzübertragung nunmehr grundlegend anders geregelt. Zunächst entscheidet die Gemeinde in dem Verfahren nach § 46 Abs. 3 EnWG darüber, ob der Konzessionsvertrag mit dem bisherigen Netzbetreiber verlängert oder ein Vertrag mit einem neuen Netzbetreiber abgeschlossen wird. Anschließend ist der bisherige Netzbetreiber verpflichtet, [...] das Netz gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung zu übertragen. [...] **Es ist dann kein Grund ersichtlich, bei der Ermittlung des Ertragswertes mögliche Synergieeffekte des ausgewählten neuen Energieversorgungsunternehmens nicht zu berücksichtigen.**“*

Beweislast für die fehlende Prohibitivität des Sachzeitwertes

- OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11. September 2010:
 - Nicht eindeutig, aber wohl beim abgebenden Netzbetreiber:
 - Für die Ertragswertkontrolle genügt die Behauptung des übernehmenden Unternehmens, dass der SZW erheblich über dem Ertragswert liege und die Zahlung des geforderten Entgelts deshalb wirtschaftlich unvernünftig sei.
- LG Hannover, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 22. Februar 2011:
 - Nicht eindeutig, aber wohl beim übernehmenden Netzbetreiber:
 - Gericht hat das das Netz übernehmende Unternehmen zur Einzahlung des Vorschusses für die zu bestellenden Sachverständigen aufgefordert.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Cornelia Kermel

Knesebeckstr. 3 · 10623 Berlin

Tel.: +49 (0)30.3199829-0 · Fax: +49 (0)30.3199829-77

E-Mail: kermel@kanzlei-kermel.de

www.kanzlei-kermel.de