

# *Die Bewertung von Strom- und Gasnetzen im Rahmen des Netzübergangs*

23. März 2017

---

# *Gliederung*

1. Gesetzliche Regelung der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“
2. Gesetzgebungsgeschichte
3. Kaufering-Rechtsprechung des BGH
4. Anwendung der Kaufering-Rechtsprechung des BGH
5. „Objektivierter Ertragswert“ - Bewertung

# *Gesetzliche Regelung der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“*

# *1*

# ***Gesetzliche Regelung der „wirtschaftlich angemessene Vergütung“***

- § 46 Abs. 2 EnWG neu vom 27.01.2017

„<sup>2</sup> Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. [...]

4 Für die wirtschaftlich angemessene Vergütung ist der sich nach den zu erzielenden Erlösen bemessende objektivierte Ertragswert des Energieversorgungsnetzes maßgeblich. <sup>5</sup> Die Möglichkeit zur Einigung auf eine anderweitig basierte Vergütung bleibt unberührt.“

- Vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV [§ 6 KAE / Nr. 60 Abs. 3 D/KAE]

„Nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen insbesondere: [...] Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt.“

# *Gesetzgebungsgeschichte*

## 2

# ***Gesetzgebungsgeschichte (1) – EnWG 1998***

Gesetzentwurf v. 08.11.1996, BR-Drs. 806/96, S. 45:

„Ein Versorgerwechsel darf auch nicht an prohibitiv hohen Kaufpreisen scheitern; dazu ist die wirtschaftlich angemessene Vergütung im Einzelfall zu ermitteln.“

Antrag Nordrhein Westfalen v. 18.12.1996, BR-Drs. 806/6/96:

„Im weiteren Gesetzgebungsverfahren ist zu prüfen, ob Regelungen über die Kostenhöhe bei der Netzübernahme, u.a. hinsichtlich der zu zahlenden Entschädigung für noch nicht amortisierte Investitionen, in das Energiewirtschaftsgesetz aufgenommen werden sollen.“

Gesetzentwurf der SPD-Fraktion v. 15.04.1997, BT-Drs. 13/7425, S. 6:

§ 10 Abs. 1: „<sup>5</sup> [Für die Weitergabe des Netzes] ist eine wirtschaftlich angemessene Vergütung vorzusehen. <sup>6</sup> Das Nähere wird durch Rechtsverordnung des BMWi mit Zustimmung des Bundesrates festgelegt.“

Antrag der Gruppe der PDS v. 24.09.1997, BT-Drs. 13/8553, S. 5:

„Entschädigungen dürfen die Buchwerte nicht übersteigen.“

## ***Gesetzgebungsgeschichte (2) – EnWG 2011***

Vorschlag des Bundesrates, BT-Drs. 17/6248 vom 22.06.2011, S. 17:

„ ... gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung, die unter Berücksichtigung der mit dem Netz zu erzielenden Erlöse nach dem Ertragswertverfahren zu ermitteln ist, zu übereignen.“

Bundesregierung, BT-Drs. 17/6248 vom 22.06.2011, S. 25:

„Mit der Verpflichtung zur Übereignung „gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ soll gewährleistet werden, dass ein Wechsel des Konzessionärs nicht an einem prohibitiv hohen Kaufpreis für das Netz scheitert. Im Übrigen soll jedoch die Vertragsfreiheit der beteiligten Parteien sowie das verfassungsrechtlich geschützte Recht zur Verwertung des Anlageneigentums nicht über Gewähr beschränkt werden. Nach Auffassung der Bundesregierung gelten insoweit die vom Bundesgerichtshof in seinem Kaufering-Urteil aufgestellten Bewertungen fort.“

## Gesetzgebungsgeschichte (3) – EnWG 2017

- Gesetzesbegründung zur Neuregelung, BT-Drs. 18/8184, S. 12:

„Der neue § 46 Absatz 2 Satz 4 EnWG normiert den objektivierten Ertragswert als maßgeblichen Wert zur Bestimmung der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“, die als Gegenleistung für die Übereignung des Netzes zu entrichten ist. Hierfür besteht trotz der nach wie vor geltenden Kaufering-Rechtsprechung des BGH [...] ein Bedürfnis [...].

[...] setzt ein funktionierender Wettbewerb „um das Netz“ eine Orientierung am Ertragswert für die Fälle voraus, in denen sich der vormalige und der aktuelle Wegenutzungsrechteinhaber nicht über den zu entrichtenden Kaufpreis einigen können.

Der Ertragswert kann auf Basis der Netzentgelt- und Anreizregulierungsverordnung berechnet werden.“

- Ausschussbericht vom 30.11.2016, BT-Drs. 18/10503, S. 6:

„ [...] der Begriff „objektiviertes Ertragswertverfahren“ [hat sich] als Begriff bei der Kaufpreisermittlung in der Rechtsprechung etabliert.“



# *Kaufering-Rechtsprechung des BGH*

# 3

## ***Kaufering-Rechtsprechung des BGH (1)***

Überhöhte Kaufpreisforderung als Umgehung der Laufzeitbegrenzung  
Auffassung der Kartellbehörden zu § 103a GWB a. F., RdE 1993, 80:

„[Eine Endschaftsbestimmung] kann außerdem geeignet sein, die Gemeinde auch nach Ablauf des Konzessionsvertrages weiter an das Versorgungsunternehmen zu binden, weil die Gemeinde angesichts der Höhe des geforderten Kaufpreises die Anlagen nicht übernehmen kann. Die Meinungsbildung der Kartellbehörden über die Frage, welche der in der Praxis verwendeten Preisvereinbarungen [...] akzeptiert werden können, ist noch nicht abgeschlossen.“

BGH, Urteil vom 16.11.1999, KZR 12/97, BGHZ 143, 128, 147,  
„Kaufering“:

„Vertragsgestaltungen, die in ihren tatsächlichen Auswirkungen zu einer über 20 Jahre hinausreichenden Bindung der Vertragsparteien führen, sind mit § 103a GWB a. F. nicht vereinbar.“

## ***Kaufering-Rechtsprechung des BGH (2)***

BGHZ 143, 128, 156 f., Kaufering:

„Zur Beantwortung der Frage, ob ein Netzkaufpreis [...] im Einzelfall prohibitiv wirkt, ist es mithin erforderlich, unter Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu ermitteln, ob und in welchem Maße der Sachzeitwert den Ertragswert [...] übersteigt. Da es für die Frage einer etwaigen prohibitiven Wirkung des Netzkaufpreises nicht auf die besonderen Verhältnisse einzelner möglicher Erwerber [...] ankommt, [...] ist der Ertragswert des Versorgungsnetzes nicht unter Zugrundelegung der Verhältnisse der [Gemeinde], sondern nach objektiven, für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien zu ermitteln. Eine prohibitive Wirkung des Netzkaufpreises ist nicht schon dann anzunehmen, wenn dieser den Ertragswert nur ganz geringfügig überschreitet oder wenn der Netzübernehmer die Stromversorgung in der Anlaufphase nur unter Inkaufnahme von Verlusten betreiben, innerhalb eines angemessenen Zeitraums aber mit einem Einnahmeüberschuß rechnen kann. Prohibitiv wirkt der Netzkaufpreis, 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.“

## ***Kaufering-Rechtsprechung des BGH (3)***

- Sachzeitwert grundsätzlich zulässig
- Begrenzung bei nicht unerheblicher Überschreitung des Ertragswertes
- „Objektiver Ertragswert“?
  - Es kommt nicht auf die besonderen Verhältnisse einzelner möglicher Erwerber an, sondern auf objektive, für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien
  - Schließt nicht Verluste in der Anlaufphase oder „ganz geringfügige“ Überschreitung aus
- „Maßstäbe wirtschaftlicher Vernunft“?
  - Als Richtschnur für einen übernehmenden Versorger – subjektiv?

# *Anwendung der Kaufering- Rechtsprechung des BGH*

# 4

# ***Anwendung der Kaufering-Rechtsprechung des BGH (1)***

OLG München, Urteil vom 17.11.2005, U (K) 3325/96, „Kaufering“:

„ [...] nicht prohibitiv (vgl. BGHZ 143, 128, 157), weil der Sachzeitwert den Ertragswert [...] unerheblich, nämlich um 7 % übersteigt.“

OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11.11.2010, U 646/08.Kart:

„ [...] nicht sinnvoll, dem Sachzeitwert einen Ertragswert gegenüberzustellen, der sich unter Außerachtlassung jeglicher nicht bereits in der Versorgungsanlage angelegter Synergieeffekte ergibt. [...] Da [...] ein erheblicher Prozentsatz von Netzerwerbern 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 die der Ertragswertermittlung zu berücksichtigen sind. [...]

Einen Erheblichkeitszuschlag hält der Senat für nicht geboten.“

## ***Anwendung der Kaufering-Rechtsprechung des BGH (2)***

Maßgeblichkeit der Kaufering-Rechtsprechung für § 46 Abs. 2 EnWG

- OLG Frankfurt/Main, Urteil v. 14.06.2011, 11 U 36/10 (Kart):

„§ 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nennt als zu erbringende Gegenleistung für die Überlassung von Verteilnetzen zwar nur eine „wirtschaftlich angemessene Vergütung“. Grundlegende Bedeutung zur Frage der Ermittlung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung kommt nach wie vor aber der sog. Kaufering-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.11.1999 (BGHZ 143, 128) zu.“

Maßgeblichkeit der Entgeltregulierung für den Ertragswert

- OLG Karlsruhe, Beweisbeschluss v. 24.10.2012, 6 U 168/10 (Kart.):

„Ausgangspunkt und grundsätzlicher Maßstab für die Ermittlung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung i.S.d. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ist der objektivierte Ertragswert der übertragenen Versorgungsanlagen.“

# ***Anwendung der Kaufering-Rechtsprechung des BGH (3)***

OLG Naumburg, Urteil vom 11.9.2014 – 2 U 122/13 (EnWG):

„Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf alle Netzdaten, die die Bestimmung der mit dem Netz erzielbaren Erträge ermöglichen, weil die Ertragserwartung ein maßgebliches Kriterium für die Höhe des Kaufpreises bzw. des Pachtzinses ist. Der Ertrag aus dem Netzbetrieb bestimmt sich vorrangig nach der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung sowie der kalkulatorischen Abschreibung nach § 6 StromNEV/GasNEV, wobei sich das in diesem Zusammenhang jeweils zu berücksichtigende betriebsnotwendige Eigenkapital maßgeblich aus den kalkulatorischen Restwerten des Sachanlagevermögens errechnet. Nach der Rechtsprechung des BGH sind die bisher relevanten kalkulatorischen Restwerte auch nach einer Übernahme (Netzkauf bzw. Netzmiete) weiter anzusetzen bzw. dürfen zumindest nicht überschritten werden (vgl. BGH, Beschl. v. 14.8.2008 , KVR 35/07).“



# ***Anwendung der Kaufering-Rechtsprechung des BGH (4)***

Gemeinsamer Leitfaden von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt vom 21.05.2015, Rn. 59, 62:

„Die Maßstäbe zur Bestimmung einer „angemessenen Vergütung“ können zunächst der „Kaufering“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 1 GWB a.F. entnommen werden. Demnach können sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert der Berechnung zu Grunde gelegt werden. Anderes gilt indes, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt und dadurch eine Übernahme des Versorgungsnetzes verhindert wird. Der Ertragswert entfaltet insoweit eine begrenzende Wirkung. Dabei ist der Ertragswert des Versorgungsnetzes nach objektivierten, für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien zu ermitteln.“

„ [...] der Ertragswert und damit die angemessene Vergütung [werden] maßgeblich durch die im Rahmen der Entgeltregulierung determinierten Kosten bestimmt .“

# Anwendung der Kaufering-Rechtsprechung durch den BGH (5)

BGH, Beschluss vom 03.06.2014, EnVR 10/13, Homberg, Rn. 45:

Die Betr. hat der Beigel. nach § 46 EnWG Abs. 2 Satz 2 die [...] Verteilungsanlagen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Nach den Maßgaben des Senatsurteils vom 7.2.2006 muss sie es hinnehmen, wenn die Beigel. den geforderten Preis für überhöht hält, sich diesem aber unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Prüfung beugt. Zur Berechnung der Vergütung können [...] nach den Grundsätzen des Senatsurteils vom 16.11.1999 (BGHZ 143, 128) sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert zu Grunde gelegt werden, es sei denn, dass der Sachzeitwert den Ertragswert des Versorgungsnetzes nicht unerheblich übersteigt.

- *obiter dictum* des BGH: Fortgeltung der Kaufering-Rechtsprechung

# ***Anwendung der Kaufering-Rechtsprechung durch den BGH (6)***

BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 11/14, Springe, Rn. 15:

„Darüber hinaus sind die begehrten Auskünfte im Rahmen des Bieterverfahrens auch deshalb von maßgeblichem Interesse, weil sie zur Abschätzung der nach § 46 Absatz Abs. 2 Satz 2 EnWG zu entrichtenden angemessenen Vergütung von Bedeutung sind. Nach der Rechtsprechung des Senats können zur Berechnung der Vergütung sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert zu Grunde gelegt werden, es sei denn, dass der Sachzeitwert den Ertragswert des Versorgungsnetzes nicht unerheblich übersteigt (BGHZ 143, 128, 152 ff.). Der Ertragswert des Netzes hängt indes im Rahmen der nach § 4 Abs. 1, § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV festgelegten Erlösobergrenzen [...] ab [...] .“

# *„Objektivierter Ertragswert“ - Bewertung*

# 5

# **„Objektivierter Ertragswert“ - Bewertung (1)**

- Unveränderte Kodifizierung der Kaufering-Rechtsprechung?
- „Objektiviert“ ≠ „objektiv“
  - Begriff: OLG Karlsruhe und Gemeinsamer Leitfaden?
- Offene Fragen der Rechtsprechung noch nicht gesetzlich geklärt
  - Bedeutung von Synergien?
  - Strategischer Preise?
  - Erhebliche / Unerhebliche Überschreitung des Ertragswerts?

## „Objektivierter Ertragswert“ - Bewertung (2)

Verbindlichkeit der gesetzlichen Regelung?

„<sup>5</sup> Die Möglichkeit zur Einigung auf eine anderweitig basierte Vergütung bleibt unberührt.“

Gesetzgeberische Alternativen?

- Verordnungsermächtigung

Beitrag zu mehr Sicherheit im Rechtsrahmen?

# *Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.*

[www.pwclegal.de](http://www.pwclegal.de)

**Rechtsanwalt**

**Dr. Laurenz Keller-Herder, LL.M.**

PricewaterhouseCoopers Legal AG

Rechtsanwaltsgesellschaft

Kapelle-Ufer 4, D 10117 Berlin

Telefon: (030) 2636 – 5537

Telefax: (030) 2636 – 1350

E-Mail: [laurenz.keller-herder@de.pwc.com](mailto:laurenz.keller-herder@de.pwc.com)

**pwc**

© 2015 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft.

Alle Rechte vorbehalten. „PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitglieds-gesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.