

**LIEGEN IN STUTTGART DIE VORAUSSETZUNGEN FÜR EINE
ERFOLGREICHE REKOMMUNALISIERUNG DES
STROMVERSORGUNGSNETZES VOR?**

Eine Einschätzung aus juristischer Sicht

im Auftrag der

Bürgerinitiative Stuttgarter Wasserforum, Tannenackerstr. 8, 70469 Stuttgart

erstellt durch

Matthias Albrecht, Rechtsanwalt

von

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Untere Weidenstr. 5, 81543 München

Tel. 089 / 23 11 64-149

Fax 089 / 23 11 64-570

E-mail: matthias.albrecht@bbh-online.de

www.bbh-online.de

Dieses Gutachten wurde auf der Grundlage des zwischen dem Auftraggeber und BBH bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist *ausschließlich* für den internen Gebrauch des Auftraggebers bestimmt. Eine Weitergabe des Gutachtens an Dritte oder eine – auch auszugsweise – Veröffentlichung, bedarf der vorherigen, schriftlichen Zustimmung von BBH. Für den Fall der Weitergabe wird darauf hingewiesen, dass die Haftungsbeschränkung des Mandatsvertrages auch gegenüber jedem Dritten gilt, dem das Gutachten zugänglich gemacht wird, und dass § 334 BGB anwendbar ist.

Inhaltsverzeichnis

A.	AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG	4
B.	VORLIEGENDE UNTERLAGEN	6
C.	RELEVANTE INHALTE DES KONZESSIONSVERTRAGES	7
I.	Laufzeit	7
II.	Endschaftsregelungen	7
D.	ANSPRUCHSGRUNDLAGE FÜR DIE ÜBERNAHME DES STROMVERSORGUNGSNETZES	8
E.	VORAUSSETZUNGEN EINER WIRTSCHAFTLICH ERFOLGREICHEN NETZÜBERNAHME	9
I.	Das übernehmende Unternehmen muss das Eigentum an dem Stromnetz bekommen	9
II.	Der Kaufpreis für das Netz darf nicht erheblich über dem Ertragswert liegen	10
III.	Das übernehmende Unternehmen muss ein vollständiges Netz bekommen	10
IV.	Sind die Entflechtungs- und Einbindungskosten erheblich, müssen diese entweder vom abgebenden Unternehmen zu tragen sein, in die künftigen Netzentgelte einfließen oder den Kaufpreis für das Netz vermindern	11
F.	RECHTLICHE BEURTEILUNG	12
I.	Kann die Stadt Stuttgart oder ein von ihr ausgewählter neuer Netzbetreiber die Übereignung des Stromverteilnetzes von der EnBW verlangen?	12
1.	Begründet § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG einen Anspruch auf Eigentumsübertragung?	12
2.	Ergebnis zum Eigentumsübertragungsanspruch	17
II.	Ist der Kaufpreis auf den Ertragswert beschränkt?	17
1.	Auslegung des Begriffs „wirtschaftlich angemessene Vergütung“	17
a)	Das Verbot von Kaufpreisen für Versorgungsnetze, die erheblich über dem Ertragswert liegen	17
b)	Vergleich der Netzübernahme mit einem Unternehmenskauf	18
2.	Ergebnis zur Auslegung der gesetzlichen Kaufpreisregelung „wirtschaftlich angemessene Vergütung“:	22
III.	Anspruch auf Übertragung des vollständigen Stromversorgungsnetzes	22
IV.	Entflechtungs- und Einbindungskosten	23
1.	Begriffsdefinition	23
2.	Zusammenhang mit dem Anspruch auf Überlassung der gemischt genutzten Leitungen	24
3.	Kostenverteilung analog § 448 BGB	24
4.	Verminderung des Kaufpreises um die Entflechtungs- und Einbindungskosten	25
5.	Ergebnis:	25
G.	ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	26
H.	FAZIT UND EMPFEHLUNGEN	27

A. Ausgangslage und Fragestellung

Im Jahre 1993 hat die Landeshauptstadt Stuttgart (nachfolgend Stadt Stuttgart) mit der „Technischen Werke der Stadt Stuttgart AG“ (nachfolgend TWS) einen sog. Konzessionsvertrag geschlossen. Die Laufzeit dieses Vertrages begann am 01.01.1994 und endet am 31.12.2013.

Mit dem Konzessionsvertrag hat die Stadt Stuttgart der TWS die Nutzung ihrer Wegegrundstücke und anderer städtischer Grundstücke für die Verlegung und den Betrieb eines Strom-, Gas- und Wasserversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung in Stuttgart gestattet.¹

Die Anteile der TWS wurden im Jahre 1993 noch vollständig von der Stadt Stuttgart gehalten. Am 01.01.1997 fusionierte die TWS mit der Neckarwerke Elektrizitätsversorgungs AG zur Neckarwerke Stuttgart AG (NWS). Die NWS wurde am 01.01.2003 vollständig von der EnBW AG übernommen. Das Stromversorgungsnetz in Stuttgart wird derzeit von der EnBW Regional AG (EnBW) betrieben. Die EnBW ist inzwischen, als Rechtsnachfolgerin der TWS, auch Vertragspartei des Konzessionsvertrages.

Schließt die Stadt Stuttgart für die Zeit nach dem 31.12.2013 keinen neuen Konzessionsvertrag mit der EnBW, entfällt am 01.01.2014 das Recht der EnBW, die Wegegrundstücke in Stuttgart für das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung zu nutzen.

Entscheidet die Stadt Stuttgart, dass ein anderes Unternehmen ab dem 01.01.2014 ein Wegenutzungsrecht für das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in Stuttgart erhalten soll, so ist die EnBW nach § 46 Abs. 2 Satz 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) verpflichtet, diesem Unternehmen „die für den der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen“.

Mit der Auswahl des Vertragspartners für den neuen Wegenutzungsvertrag, dessen Laufzeit am 01.01.2014 beginnt, entscheidet die Landeshauptstadt Stuttgart also auch, wer das Stromversorgungsnetz in Stuttgart bekommen soll.

Die Stadt Stuttgart ist verpflichtet, den Vertragspartner für den neuen Stromkonzessionsvertrag und damit den künftigen Betreiber des Stromversorgungsnetzes in Stuttgart in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren auszuwählen (vgl. EuGH, Urt. v. 10.09.2009, Az.: C-206/08, *WAZV Gotha*).

¹ Dieses Gutachten beschränkt sich auftragsgemäß auf die Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Rekommunalisierung des Stromversorgungsnetzes vorliegen. Die Ergebnisse sind nur eingeschränkt auf das Gasversorgungsnetz und nicht auf das Wasserversorgungsnetz übertragbar.

Eine mögliche Option ist die „Vergabe“ der Konzession an einen Eigenbetrieb der Stadt Stuttgart oder an eine Gesellschaft, deren Anteile vollständig von der Stadt Stuttgart gehalten werden, d.h. eine sog. Rekommunalisierung des Stromversorgungsnetzes.

Eine Rekommunalisierung des Stromversorgungsnetzes könnte die wirtschaftliche, personelle und technische Grundlage für ein umfassendes Engagement der Stadt Stuttgart in der Energieversorgung schaffen. Da die Netzbetreiber über weitgehende Transportmonopole verfügen, sind Investitionen in Stromnetze risikoarm. Mit dem Netzbetrieb lässt sich eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital erzielen, wenn der Netzbetreiber in der Lage ist, das Netz hinreichend effizient zu betreiben. Durch die Übernahme des Netzbetriebs entstünde in Stuttgart wieder ein kommunales Unternehmen, das über die nötige Leistungsfähigkeit verfügt, weitere Aufgaben in der Energieversorgung zu übernehmen. Dieses Unternehmen könnte auch den Aufbau einer umweltschonenden Energieversorgung in Stuttgart voranbringen.

Die Bürgerinitiative „Stuttgarter Wasserforum“ hat unsere Sozietät beauftragt darzustellen, welche Voraussetzungen nach unserer Einschätzung vorliegen müssen, damit eine Rekommunalisierung des Stromversorgungsnetzes in Stuttgart erfolgreich sein kann. Darüber hinaus bittet uns die Bürgerinitiative „Stuttgarter Wasserforum“ um eine Einschätzung, ob diese Voraussetzungen vorliegen.

Die erbetene Einschätzung soll eine Grundlage für die Meinungsbildung der Bürgerinitiative „Stuttgarter Wasserforum“ bilden. Außerdem soll sie einen sachlichen Beitrag zur Diskussion mit den im Gemeinderat vertretenen Parteien leisten.

B. Vorliegende Unterlagen

Die Bürgerinitiative Stuttgarter Wasserforum verfügt nur über die öffentlich zugänglichen Unterlagen. Uns liegen vor:

- Konzessionsvertrag zwischen der Landeshauptstadt Stuttgart und der technische Werke der Stadt Stuttgart AG in einer nicht unterschriebenen Fassung (Anlage 1 zu GR-Drs. 129/1994)
- Gemeinderatsdrucksache 129/1994 vom 05.04.1994

C. Relevante Inhalte des Konzessionsvertrages

I. Laufzeit

Der Konzessionsvertrag hat eine Laufzeit vom 01.01.1994 bis 31.12.2013.

II. Endschaftsregelungen

Der Konzessionsvertrag enthält keine sog. Endschaftsregelung, d.h. keine Regelung über die Rechte an den in den Grundstücken der Stadt Stuttgart verlegten Leitungen nach dem Auslaufen des Vertrages. Das ist ungewöhnlich und vermutlich darauf zurückzuführen, dass der Vertrag im Jahre 1993 noch mit einem Unternehmen geschlossen wurde, dessen Anteile vollständig von der Stadt Stuttgart gehalten wurden. Wegen des Fehlens einer vertraglichen Endschaftsregelung kann die Stadt Stuttgart oder ein von ihr neu konzessioniertes Unternehmen die „Herausgabe“ des Netzes nur auf der Grundlage des gesetzlichen Anspruchs aus § 46 Abs. 2 EnWG verlangen.

D. Anspruchsgrundlage für die Übernahme des Stromversorgungsnetzes

Der von der Stadt Stuttgart auszuwählende Inhaber des Wegenutzungsrechts für die Zeit nach dem 31.12.2013 kann von der EnBW auf der Grundlage von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG die „Überlassung“ des Netzes verlangen. Die gesetzliche Anspruchsgrundlage hat folgenden Wortlaut:

*„Werden solche Verträge (Anm.: Gemeint sind Konzessionsverträge) 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 **überlassen**.“*

(Hervorhebung durch den Unterzeichner)

Die im Folgenden dargestellten Bedingungen für eine Übernahme des Stromversorgungsnetzes in Stuttgart hängen von der Auslegung dieser Anspruchsgrundlage ab.

E. Voraussetzungen einer erfolgreichen Netzübernahme

Der juristischen Prüfung soll vorangestellt werden, welche Voraussetzungen unseres Erachtens vorliegen müssen, damit eine Netzübernahme wirtschaftlich erfolgreich sein kann. Aus den Voraussetzungen für eine erfolgreiche Netzübernahme ergeben sich die juristischen Fragestellungen.

Damit eine Netzübernahme wirtschaftlich erfolgreich ist, müssen folgende Bedingungen vorliegen:

I. Das übernehmende Unternehmen muss das Eigentum an dem Stromnetz bekommen

Die Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) und die Anreizregulierungsverordnung (ARegV) sehen vor, dass ein Netzbetreiber mit den genehmigten Netzentgelten die Kosten eines effizienten Netzbetriebs, die Kosten des aufgenommenen Fremdkapitals und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals erreichen kann. Der mögliche Gewinn ist „nur“ die nach § 7 Abs. 6 StromNEV festgesetzte Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals.

Im größeren Umfang wird Eigenkapital nur von den Eigentümern in die Netze investiert. Der jeweilige Eigentümer hat das Netz errichtet oder erworben. Könnte der bisherige Netzbetreiber Eigentümer des Netzes bleiben und müsste er das Netz lediglich an das neu konzessionierte Unternehmen verpachten, so würde er anstreben, mit dem Pachtzins die auf der Grundlage der StromNEV festgesetzte Verzinsung des von ihm eingesetzten Eigenkapitals zu erreichen.

Der Pächter müsste dagegen das Risiko tragen, dass die Behörden nicht alle Kosten des Netzbetriebs anerkennen. Gewinne könnte der Pächter nur erzielen, wenn er eine Effizienz von mehr als 100 % erreicht oder wenn der Eigentümer mit der Pacht nicht die nach der StromNEV festgesetzte Eigenkapitalverzinsung beansprucht. Das ist aber nicht zu erwarten.

Für ein Unternehmen, das ein Netz von einem anderen Unternehmen übernehmen möchte, ist deshalb nur die Übernahme des Eigentums wirtschaftlich interessant. Die Stellung als Pächter ist in dieser Konstellation wirtschaftlich unattraktiv.

Können einzelne Leitungen nur gepachtet werden, wird das den wirtschaftlichen Erfolg der Netzübernahme nicht gefährden. Das ist möglicherweise bei den „gemischt genutzten Leitungen“ der Fall.

II. Der Kaufpreis für das Netz darf nicht erheblich über dem Ertragswert liegen

Der Ertragswert eines Netzes wird auf der Grundlage der künftigen Erlöse aus den Netzentgelten berechnet. Der Ertragswert ist also ein sog. „Zukunftserfolgswert“. Er beruht auf dem künftig mit dem Netz zu erzielenden Gewinnen. Die Gewinne ergeben sich aus den Netzentgelten, die auf der Grundlage der StromNEV und der ARegV von den Regulierungsbehörden genehmigt werden.

Der Ertragswert eines Netzes ist regelmäßig deutlich niedriger als der Sachzeitwert, der auf der Grundlage des Wiederbeschaffungswertes des jeweiligen Netzes berechnet wird. Der Grund hierfür ist insbesondere das sog. Verbot der Abschreibung unter Null in § 6 Abs. 6 StromNEV. Netze werden in der Regel über 40 Jahre abgeschrieben. In dieser Zeit werden sie über die Netzentgelte refinanziert, d.h. mit den Netzentgelten von den Netzkunden bezahlt. Sind die Netze über die Netzentgelte refinanziert (abgeschrieben), werden von den Regulierungsbehörden keine weiteren Abschreibungen bei der Netzentgeltgenehmigung anerkannt. Die Netzanlagen sind aber in der Regel länger funktionstüchtig, d.h. sie haben nach der Abschreibung noch einen „Nutzwert“ und einen „Sachzeitwert“.

Müsste ein Unternehmen, das ein Netz übernimmt, den zumeist wesentlich höheren Sachzeitwert für das Netz zahlen, könnte es die Differenz zum niedrigeren Ertragswert nicht mit den künftigen Netzentgelten refinanzieren.

III. Das übernehmende Unternehmen muss ein vollständiges Netz bekommen

Örtliche Verteilnetze, die bisher von dem Netzbetreiber betrieben wurden, der auch das umliegende Netz betreibt, sind häufig stark mit dem umliegenden Netz verflochten. In der Regel haben die regionalen Netzbetreiber – auch die EnBW Regional AG – bei der Planung ihrer Netze nicht berücksichtigt, dass die Laufzeit ihrer Konzessionen begrenzt ist.

Die Verflechtung mit dem umliegenden Netz führt dazu, dass sich in den Städten und Gemeinden häufig „gemischt genutzte Leitungen“ befinden, die sowohl für die Versorgung der Verbraucher in der Gemeinde notwendig sind als auch für die Versorgung von Verbrauchern in anderen Gebieten.

Die zur Überlassung der Netze verpflichteten Unternehmen weigern sich regelmäßig, diese gemischt genutzten Leitungen herauszugeben.

Dem übernehmenden Unternehmen würde es in vielen Fällen genügen, zumindest Miteigentum an den gemischt genutzten Leitungen zu erhalten. Der Eigentumsanteil müsste sich dabei an der für die innerörtliche Verteilung benötigten Transportkapazität orientieren. Wird

Miteigentum begründet, könnte die Entflechtung durch die Installation von Messeinrichtungen an den Außengrenzen des Konzessionsgebietes erfolgen. Der Verbrauch und die in Anspruch genommene Leistung des entflochtenen örtlichen Verteilnetzes könnte in diesem Fall durch eine „Summendifferenzmessung“ ermittelt werden. Die – eindeutig angemessene – Miteigentumlösung wird von den abgebenden Unternehmen aber in der Regel verweigert, weil sie die Übernahme von Netzen wesentlich erleichtern würde.

IV. Sind die Entflechtungs- und Einbindungskosten erheblich, müssen sie entweder vom abgebenden Unternehmen zu tragen sein, in die künftigen Netzentgelte einfließen oder den Kaufpreis für das Netz vermindern

Das örtliche Stromversorgungsnetz in Stuttgart ist mit dem umliegenden Netz der EnBW verbunden.

Im günstigsten Fall ist das örtliche Stromversorgungsnetz in Stuttgart ein abgeschlossenes „Inselnetz“, das mit eigenen Umspannwerken, die nur der Versorgung von Stuttgart dienen, direkt an das Höchstspannungsnetz der EnBW Transportnetze AG angeschlossen ist. In diesem Fall würde die Entflechtung und Einbindung des künftigen Ortsnetzes nur die Errichtung mehrerer Übergabe- und Messstationen erfordern.

Im ungünstigsten Fall ist das Netz stark mit dem umliegenden Netz „vermascht“, d.h. es bestehen zahlreiche gemischt genutzte Hochspannungs- und Mittelspannungsleitungen, die sowohl der Versorgung von Stuttgart als auch der Versorgung anderer Gemeinden dienen.

In jedem Fall werden Entflechtungs- und Einbindungskosten anfallen. Da die Rendite, die mit Stromversorgungsnetzen verdient werden kann, derzeit „nur“ zwischen 7,56 % und 9,29 % liegt, kann eine Netzübernahme nur wirtschaftlich erfolgreich sein, wenn die Entflechtungs- und Einbindungskosten unerheblich sind, wenn sie vom abgebenden Unternehmen zu tragen sind, wenn sie in die künftigen Netzentgelte einfließen können oder wenn sie den Kaufpreis für das Netz vermindern.

F. Rechtliche Beurteilung

I. Kann die Stadt Stuttgart oder ein von ihr ausgewählter neuer Netzbetreiber die Übereignung des Stromverteilnetzes von der EnBW verlangen?

1. Begründet § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG einen Anspruch auf Eigentumsübertragung?

§ 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG begründet einen Anspruch des neu konzessionierten Unternehmens auf „Überlassung“ der für die Versorgung des Gemeindegebiets „notwendigen“ Verteilungsanlagen. Der Begriff „Überlassen“ ist semantisch ein Oberbegriff, der die bloße Besitzüberlassung, z.B. durch die Verpachtung des Netzes, und die Eigentumsübertragung einschließt.

Die Oberlandesgerichte Frankfurt und Koblenz haben die Auffassung vertreten, aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG folge kein Anspruch der neu konzessionierten Unternehmen auf Übertragung des Eigentums an den Netzanlagen. Vielmehr könnten die bisherigen Inhaber der Konzessionen ihre Verpflichtungen zur Überlassung auch durch eine bloße Gebrauchsüberlassung (Verpachtung) der Netze erfüllen (OLG Frankfurt, IR 2008, 62 = ZNER 2008, 57 = RdE 2008, 146; OLG Koblenz, IR 2009, 136 = ZNER 2009, 146).

Für eine Interpretation des gesetzlichen Überlassungsanspruchs als bloße Gebrauchsüberlassungspflicht treten auch Stimmen in der Literatur ein (vgl. z.B. *Gersemann/Turnit*, Beendigung von Wegenutzungsverträgen und die Überlassung von Verteilungsanlagen gem. § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG, DVBl. 2000, 1101, 1105f.; *Kermel*, in: *Kermel/Bruckner/Baumann*, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 119 ff.; *Wegner*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, § 46 Rn. 65 ff.).

Zur Begründung wird angeführt, der Gesetzgeber habe im zweiten Änderungsgesetz 2005 auf eine Klarstellung im Sinne einer Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums verzichtet, obwohl er dazu im Gesetzgebungsverfahren aufgefordert worden sei. Darüber hinaus wird argumentiert: Lasse der Wortlaut des Gesetzes offen, ob der bisherige Inhaber der Konzession das örtliche Leitungsnetz übereignen oder lediglich verpachten muss, so sei auf die allgemeinen Regelungen der §§ 262, 263 BGB zurückzugreifen, wonach bei mehreren Erfüllungsalternativen dem Schuldner das Wahlrecht zustehe. Der vom Gesetzgeber mindestens alle 20 Jahre gewünschte Wettbewerb um den Betrieb der örtlichen Netze könne sich auch ohne eine Verpflichtung zur Übereignung einstellen. Eine Pflicht zur Übereignung würde einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Netzeigentümers darstellen, weil sich die Ziele des Gesetzgebers auch durch eine Verpachtung der Netze erreichen ließen. Die bisherigen Netzbetreiber müssten deshalb entscheiden können, ob sie die Netze

an den Nachfolger im Netzbetrieb verkaufen möchten oder ob sie es vorziehen, den Nachfolgern nur den Gebrauch zu überlassen.

Die Interpretation des gesetzlichen Anspruchs auf eine bloße Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung (Verpachtung der Netze) ist unseres Erachtens nicht überzeugend. Die Verpflichtung zur Überlassung der Versorgungsanlagen ist eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums. Zu diesem Ergebnis ist auch das LG Kiel in einer vom OLG Schleswig bestätigten Entscheidung gekommen (LG Kiel, ZNER 2005, 331 ff.; OLG Schleswig, ZNER 2006, 154 ff. = RdE 2006, 199 ff.).

Auch in der energierechtlichen Literatur finden sich zahlreiche Stimmen, die der Auffassung sind, dass § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums begründet (*Theobald*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 64. EL 08/09, § 46 EnWG Rn. 35ff; Becker, ZNER 2002, 118; *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, §46, Rn. 77; *Schnutenhaus/von LaChevallerie*, RdE 2006, 2004; Albrecht in Schneider/Theobald, Handbuch des Energiewirtschaftsrechts, 2. Aufl., § 9, Rn. 88 ff.).

Für die Auslegung als Anspruch auf Eigentumsübertragung sprechen folgende Gründe:

- Konzessionsverträge begründen das Recht, die Wegegrundstücke der Gemeinden „für die Verlegung und den Betrieb“ der örtlichen Verteilnetze der allgemeinen Versorgung zu nutzen, § 46 Abs. 1 EnWG. Das Recht zur „Verlegung“ der Leitungen schließt die Befugnis ein, die Leitungen während der Laufzeit des Konzessionsvertrages in den Wegegrundstücken zu belassen. Ohne diese vertraglich vereinbarte Duldungspflicht im Sinne des § 1004 Abs. 2 BGB könnten die Gemeinden auf der Grundlage von § 1004 Abs. 1 BGB von den Netzeigentümern jederzeit die Entfernung der Leitungen aus den Wegegrundstücken verlangen (vgl. BGH, NJW 1976, 416). Das Recht zur Verlegung der Leitungen benötigt der Eigentümer des Netzes. Das Recht zum Betrieb benötigt der Netzbetreiber. Das könnte auch ein Pächter sein. Könnte es bei einem Wechsel des konzessionierten Unternehmens zu einer Trennung von Eigentum und Besitz kommen, müsste das Gesetz zwischen Wegenutzungsverträgen unterscheiden, die die Verlegung der Leitungen gestatten (Vertrag mit dem Netzeigentümer) und Wegenutzungsverträgen, die den Betrieb der Leitungen erlauben (Vertrag mit dem Netzpächter). Der Gesetzgeber ist bei der Formulierung des § 46 Abs. 2 EnWG aber davon ausgegangen, dass der Eigentümer und der Betreiber des Netzes dieselbe Person sind. Aus der Systematik des § 46 Abs. 2 EnWG ergibt sich also, dass nicht nur der Besitz zu überlassen ist, sondern auch das Eigentum an dem Netz.
- Bestünde keine Verpflichtung der bisherigen Inhaber der Konzessionen, das Eigentum an den Leitungen auf neu konzessionierte Unternehmen zu übertragen, so wür-

den die derzeitigen Netzeigentümer zeitlich unbefristete (ewige) Wegenutzungsrechte benötigen. Die Gemeinden müssten gesetzlich verpflichtet sein, den derzeitigen Netzeigentümern zeitlich unbefristete Wegenutzungsrechte einzuräumen. Zeitlich unbefristete Wegenutzungsrechte für die Eigentümer der Netze der allgemeinen Versorgung sind nach § 46 Abs. 2 EnWG aber gerade nicht zulässig. Die Befristung der Wegenutzungsrechte auf längstens 20 Jahre bezieht sich auch auf die Verlegung der Leitungen, d.h. auch auf das Recht, die Leitungen in den Wegegrundstücken belassen zu dürfen.

- Nach § 46 Abs. 2 EnWG ist das bisher zur Nutzung der Wege berechnigte Unternehmen verpflichtet, dem von der Gemeinde neu konzessionierten Unternehmen „seine“ Netzanlagen zu überlassen. Das Wort „seine“ wird im deutschen Sprachgebrauch in diesem Zusammenhang zur Bezeichnung des Eigentümers verwendet. Hätte der Gesetzgeber die Übertragung des Besitzes von einem Pächter auf einen anderen einschließen wollen, hätte er formuliert, dass „die“ Netzanlagen zu überlassen sind.
- Die von den Gemeinden im Rhythmus von längstens 20 Jahren neu auszuwählenden Netzbetreiber sind zur Verlegung der Leitungen in den Wegegrundstücken berechnigt. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass die nach § 46 Abs. 2 EnWG befristet konzessionierten Unternehmen die erforderlichen Reparatur-, Erneuerungs- und Ausbaumaßnahmen vornehmen. Die Vornahme größerer Erhaltungs- oder Ausbaumaßnahmen durch einen Netzpächter wäre aber, wie bei jedem anderen Miet- oder Pachtverhältnis, nicht sinnvoll. Obwohl § 947 BGB verhindert, dass es durch die Baumaßnahmen des Pächters zu einem fragmentierten Netzeigentum kommt, entstünden unerwünschte Miteigentumsverhältnisse oder Konflikte über die Entschädigung des Pächters. Hätte der Gesetzgeber eine Trennung des Netzbetriebs vom Netzeigentum für möglich gehalten, so hätte er, wie im Miet- und Pachtrecht, §§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, den Verpächter zur Erhaltung des Netzes verpflichtet.
- In der Begründung des Entwurfs des EnWG 1998 heißt es, dass eine Netzübernahme nicht an einem prohibitiv hohen Kaufpreisen scheitern darf (BT-Drucks. 13/7274, 21). Ein Kaufpreis ist als Gegenleistung für eine Eigentumsübertragung zu entrichten, § 433 Abs. 1 BGB.
- In spätestens 20 Jahren ist ein heute neu konzessionierter Netzbetreiber möglicherweise selbst verpflichtet, das Netz zu überlassen. Dabei soll die Überlassung nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG von dem bisherigen Netzbetreiber auf den dann neu konzessionierten Netzbetreiber erfolgen. Bekommt ein heute neu konzessionierter Netzbetreiber nur ein Besitzrecht durch einen mit dem Netzeigentümer abzuschließenden Pachtvertrag, so würde er dieses Besitzrecht mit dem Auslaufen des Konzessionsvertrages und des notwendigerweise zeitlich parallel laufenden Pachtvertrages wie-

der verlieren. Er wäre nach § 581 Abs. 2 i.V.m. § 546 Abs. 1 BGB verpflichtet, dem Netzeigentümer den Besitz an dem Netz einzuräumen. Ein Netzbetreiber, der heute kein Netzeigentum erhält, kann nach dem Auslaufen des Konzessionsvertrages also der gesetzlichen Verpflichtung zur Überlassung des Netzes an das neu konzessionierte Unternehmen nicht nachkommen. Könnte es neben dem konzessionierten Netzbetreiber noch einen Netzeigentümer geben, hätte der Gesetzgeber den Netzeigentümer verpflichten müssen, dem jeweils von der Gemeinde ausgewählten Netzbetreiber das Netz zum Gebrauch zu überlassen.

- Die Regelungen der Netzentgeltregulierung machen die Position als Pächter unattraktiv. Nach der StromNEV und der GasNEV können die Netzbetreiber bei der Berechnung der Netzentgelte nur ihre Kosten ansetzen. Der Gewinn ergibt sich allein aus der von den Regulierungsbehörden festgesetzten Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals, § 7 StromNEV und GasNEV. Der Kapitaleinsatz eines reinen Netzbetreibers ist vergleichsweise gering. Gewinne kann also in erster Linie der Netzeigentümer erzielen. Die Position als reiner Netzbetreiber (Pächter) ist deshalb wirtschaftlich unattraktiv. Die Einführung der Anreizregulierung hat diesen Effekt verstärkt. Als Netzbetreiber wird der Pächter den steigenden Effizienzanforderungen unterliegen. Der Eigentümer wird weiter eine Pacht verlangen, die eine Verzinsung des von ihm eingesetzten Kapitals im zulässigen Umfang sicher stellt. Damit liegen die Regulierungsrisiken überwiegend beim Netzbetreiber. Die Netzentgeltregulierung macht die Stellung als Pächter also wirtschaftlich uninteressant. Deshalb würde es nicht zu dem angestrebten Wettbewerb um die Konzessionen kommen, wenn das neu konzessionierte Unternehmen keinen Anspruch auf Übertragung des Netzeigentums hätte.
- Ein Netzeigentümer, der im Wettbewerb um die Konzession unterlegen ist, wird dem obsiegenden Unternehmen nicht wohl gesonnen sein. Die Streitigkeiten bei den Netzübernahmen der Vergangenheit zeigen, dass die zur Überlassung verpflichteten Unternehmen alle Möglichkeiten ausschöpfen, die neuen Netzbetreiber zu behindern. Als Netzeigentümer hätte das unterlegene Unternehmen dazu viele Möglichkeiten. Die Übernahme von Netzen würde unattraktiv. Der vom Gesetzgeber angestrebte Wettbewerb um die Konzessionen käme zum Erliegen.
- Für eine Interpretation der Überlassungspflicht als Pflicht zur Übereignung der Netze spricht auch die Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden für die örtliche Infrastruktur. Die Erhaltung der Versorgungsinfrastruktur und die Anpassung der Infrastruktur an die Bedürfnisse der Zukunft gehört zu den Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft i. S. d. Art. 28 Abs. 2 GG (vgl. *Albrecht*, in: Held/Theobald, Festschrift Becker, S. 57ff.). Wären die derzeitigen Netzeigentümer nach dem Auslaufen der Kon-

zessionsverträge nur verpflichtet, die Netze an die neu konzessionierten Unternehmen zu verpachten, so hätten die Gemeinden nicht mehr die Möglichkeit, die örtliche Infrastruktur nach ihren eigenen Vorstellungen gestalten. Selbst wenn die derzeitigen Eigentümer die Leitungsnetze unzureichend erhalten und es versäumen, die Netze an die Bedürfnisse der Zukunft anzupassen, hätten die Gemeinden nicht die Möglichkeit, ein anderes Unternehmen auszuwählen. Sie könnten auf der Grundlage von § 1004 BGB von den derzeitigen Netzeigentümern nach dem Auslaufen der Konzessionsverträge nur die Beseitigung der Netze aus den Wegegrundstücken zu verlangen. Das wäre unsinnig. Die Gemeinden können ihrer Gewährleistungsverantwortung also nur nachkommen, wenn sie regelmäßig neu entscheiden können, wer Eigentümer der örtlichen Verteilnetze sein soll.

- Schließlich besteht eine lange Rechtstradition, die für eine Verpflichtung zur Übereignung der Netze spricht. In der Vergangenheit war man sich einig, dass die Netzanlagen bei einem Wechsel des konzessionierten Unternehmens zu übereignen sind. Es gibt keine Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber diese langjährige Übung in Frage stellen wollte.
- Das Argument, eine Verpflichtung zur Übereignung des Netzes stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht der derzeitigen Netzeigentümer dar (Kermel a.a.O. S. 115 f.), vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil diese Eigentumsposition auch in der Vergangenheit nicht bestand. Die Laufzeit von Konzessionsverträgen war stets befristet. Die Endschaftsregelungen sahen zumeist vor, dass die Gemeinden nach dem Vertragsende eine Übereignung der Netze verlangen können. Die Eigentumsposition der örtlichen Verteilnetzbetreiber war also immer zeitlich befristet. Selbst wenn die Endschaftregelungen ausnahmsweise keine Verpflichtung zur Übereignung vorsahen, wurde diese zur Vermeidung wertzestörender Wegnahmen und Beseitigungspflichten in entsprechender Anwendung der §§ 552, 997 Abs. 2 BGB (§§ 547a Abs. 2, 997 Abs. 2 BGB a.F.) angenommen (OLG Frankfurt, RdE 1997, 146, 148). In der Vergangenheit wurde die Verpflichtung, die Anlagen nach einem Wechsel des konzessionierten Unternehmens auf den Nachfolger im Netzbetrieb oder die Gemeinde zu übereignen, auch nicht bestritten. Würde § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nur eine Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung begründen, so würde sich die Eigentumsposition der derzeitigen Netzeigentümer also verbessern. Geht man von einer Übereignungspflicht aus, bleibt der „Eigentumsinhalt“ dagegen unverändert. Die Verpflichtung aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, die Verteilungsanlagen dem neuen EVU zu überlassen, ist daher eine Verpflichtung zur Übereignung.

2. Ergebnis zum Eigentumsübertragungsanspruch

Bisher ist noch nicht höchstrichterlich entschieden, ob aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ein Anspruch des neu konzessionierten Unternehmens auf Übertragung des Eigentums an den Netzanlagen folgt. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist nicht einheitlich. Nach Auffassung von Becker Büttner Held sprechen aber die besseren Argumente aber für einen Anspruch auf Eigentumsübertragung.

II. Ist der Kaufpreis auf den Ertragswert beschränkt?

1. Auslegung des Begriffs „wirtschaftlich angemessene Vergütung“

Folgt man der Rechtsauffassung von Becker Büttner Held und geht davon aus, dass aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ein Anspruch auf Eigentumsübertragung folgt, so kann die EnBW von dem neu konzessionierten Unternehmen als Gegenleistung für die Übereignung des Stromversorgungsnetzes in Stuttgart eine „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ beanspruchen.

Da die Stadt Stuttgart oder ein von ihr neu konzessioniertes Unternehmen nicht mehr als den Ertragswert für das Stromversorgungsnetz bezahlen kann, ist zu fragen, ob die „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ dem Ertragswert des Netzes entspricht.

a) Das Verbot von Kaufpreisen für Versorgungsnetze, die erheblich über dem Ertragswert liegen

Der BGH hat in seinem für Netzübernahmen grundlegenden Kaufering-Urteil vom 16.11.1999 (BGHZ 143, 128 ff.) festgestellt, dass eine Kaufpreisregelung in einem auslaufenden Konzessionsvertrag, die den Sachzeitwert als Kaufpreis für ein Netz vorsieht, unwirksam ist, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Netzes mehr als unerheblich übersteigt.

Der erste Leitsatz des Kaufering-Urteils lautet:

„Eine 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 vorsieht, ist gemäß § 1 GWB, § 103 a GWG 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 Kommune infolge dessen nach der Beendigung des Konzessionsvertrages faktisch an den bisherigen Versorger gebunden bleibt.“

BGHZ 143, 128 – Leitsatz –

Das Kaufering-Urteil ist aber nicht nur für vertragliche Kaufpreisregelungen von Bedeutung. Sind vertragliche Kaufpreisvereinbarungen kartellrechtlich unzulässig, wenn sie zu einem Kaufpreis führen, der unerheblich über dem Ertragswert liegt, so kann eine „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ebenfalls nur eine Vergütung sein, die nicht erheblich über dem Ertragswert liegt.

b) Vergleich der Netzübernahme mit einem Unternehmenskauf

Dass die wirtschaftlich angemessene Vergütung für ein Versorgungsnetz nur der Ertragswert sein kann, ergibt sich aus dem vom BGH angestellten Vergleich der Übernahme eines Versorgungsnetzes mit einem Unternehmenskauf (vgl. das Kaufering-Urteil, BGHZ 143, 128, 153 f.)

Bei der Übernahme von Unternehmen, die fortgeführt werden sollen, spielt die Bewertung der zu einem Unternehmen gehörenden Gegenstände, z.B. der Maschinen, der Fahrzeuge, der Büroausstattung, der Grundstücke und der Gebäude, in der Praxis keine Rolle.

Die Wirtschaftswissenschaft ist sich ebenfalls einig, dass die Summe der Substanzwerte der zu einem Unternehmen gehörenden Gegenstände nicht der relevante Unternehmenswert bei einer Unternehmensübernahme sein kann.

Für den Unternehmenskäufer ist nicht die Summe der Substanzwerte der zu einem Unternehmen gehörenden Gegenstände von Bedeutung, sondern der mit dem Unternehmen in der Zukunft erzielbare Ertrag. Der Käufer wird seine Kaufentscheidung davon abhängig machen, ob er eine hinreichende Verzinsung des für den Unternehmenskauf eingesetzten Kapitals erwarten kann.

Für den Unternehmensverkäufer hat die Ermittlung der Substanzwerte nur eine Kontrollfunktion. Lässt sich bei einem Verkauf des Gesamtunternehmens nur ein geringerer Erlös erzielen als bei einem Verkauf der einzelnen Gegenstände, wird der Verkäufer nicht das Unternehmen als Gesamtheit veräußern, sondern die einzelnen Gegenstände. Das dürfte bei Unternehmen aber nur ausnahmsweise der Fall sein.

Da die Sachzeitwerte der zu einem Unternehmen gehörenden Gegenstände bei einem Unternehmensverkauf keine wirtschaftliche Relevanz haben, werden sie im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf in der Regel auch nicht ermittelt. Ermittelt wird bei Unternehmenskäufen regelmäßig nur der „Zukunftserfolgswert“ des Gesamtunternehmens.

Die Interessenlage des Käufers eines Energieversorgungsnetzes stimmt mit der Interessenlage eines Unternehmenskäufers überein. Auch der Käufer eines Netzes interessiert sich in

erster Linie für den Ertrag, den er mit dem Netz erwirtschaften kann (vgl. dazu das Kaufing-Urteil, Seite 153 f.).

Da das abgebende Unternehmen das Netz nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG als Einheit abgeben muss, spielt die Summe der Substanzwerte für den Verkäufer ebenfalls keine Rolle. Ein alternativer Verkauf der einzelnen Netzanlagen ist nach § 46 Abs. 2 EnWG ausgeschlossen. Ein Verkauf der einzelnen Anlagen, die das Gesamtnetz bilden, ist bei Netzen auch praktisch ausgeschlossen, weil die Gas- oder Stromleitungen bei der Herausnahme aus den Wegegrundstücken zerstört würden.

Dass bei Unternehmensverkäufen die Ermittlung von Substanzwerten keine Rolle spielt, lässt sich mit der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zur Unternehmensbewertung belegen.

Das vom Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) herausgegebene WP Handbuch 2008, Bd. II, Unternehmensbewertung, empfiehlt den deutschen Wirtschaftsprüfern bei Unternehmensbewertungen die Anwendung des Ertragswertverfahrens oder des Discounted-Cashflow-Verfahrens.

Im Kapitel II „Grundlagen der Unternehmensbewertung“ heißt es unter Rn. 9:

„Dem Substanzwert kommt dagegen bei der Ermittlung des Unternehmenswerts keine eigenständige Bedeutung zu: der Unternehmenswert kann nicht als Substanzwert oder als Kombination von Substanz- und Zukunftserfolgswert ermittelt werden.“

In dem von Prof. Peemöller herausgegebenen Standardwerk „Praxishandbuch der Unternehmensbewertung“ heißt es bereits in der Einführung

„In der Wissenschaft besteht allerdings kein Zweifel daran, dass der Zukunftsertragswert der richtige Wertansatz für die Unternehmensbewertung ist.“

Peemöller (Hrsg.) „Praxishandbuch der Unternehmensbewertung“, 4. Aufl., Herne 2009, S. 31.

In dem gleichen Werk findet sich auf S. 268 f. eine Übersicht der von WP-Gesellschaften, M & A-Beratungen, Unternehmensberatungen, Investmentbanken, Industrieunternehmen, Beteiligungsunternehmen und Geschäftsbanken angewendeten Verfahren. Danach werden die unterschiedlichen Verfahren zur Unternehmensbewertung mit folgender Häufigkeit angewendet:

Ertragswertverfahren

39 %

Discounted-Cashflow-Methoden	33 %
Vergleichspreise	8 %
Börsenwert	6 %
Vergleichszahlen	5 %
Substanzwertverfahren	4 %
Sonstige	5 %

Auf S. 548 des Praxishandbuchs von Peemöller findet sich eine Aussage zur verbleibenden Relevanz der Ermittlung von Substanzwerten auf der Grundlage von Rekonstruktionswerten, die in der Vergangenheit bei Leitungsnetzen üblich waren. Dort heißt es:

„Den verschiedenen Varianten des Rekonstruktionswertes wird insbesondere für Entscheidungszwecke jegliche Eignung abgesprochen, als Maßstab für den Gesamtwert eines Unternehmens dienen zu können. In bestimmten Bereichen der Bewertungspraxis besteht aber nach wie vor ein begründetes Interesse an leicht nachvollziehbaren, einfachen und objektivierbaren Bewertungsverfahren, die dem Rekonstruktionswert zumindest ein Nischendasein sichern.

So bilden Rekonstruktionswerte die Grundlage für die Feststellung des beleihungsfähigen Vermögens oder dienen der Ermittlung des Reinvermögenszeitwerts zur Feststellung der Überschuldung.“

In dem von Schacht und Fackler herausgegebenen und ebenfalls sehr verbreiteten „Praxishandbuch Unternehmensbewertung“ werden die Substanzwertmethoden als „Traditionelle Verfahren“ bezeichnet und nicht mehr erläutert, weil ihnen bei der Unternehmensbewertung „keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt“.

Schacht/Fackler, Praxishandbuch Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Wiesbaden 2009.

In der in Fachkreisen sehr angesehenen Monographie „Unternehmensbewertung“ von Drukarczyk und Schüler werden Substanzwertmethoden ebenfalls nicht mehr erläutert. Auf den Seiten 100 ff. ist aber dargestellt, wie sich die Auffassungen zur richtigen Methode für die Bewertung von Unternehmen in den vergangenen Jahrzehnten geändert haben. Danach werden die in den 1950er Jahren noch üblichen Substanzwertmethoden von der Wirtschaftswissenschaft schon seit den 1970er-Jahren nicht mehr als geeignet angesehen.

Vgl. Drukarczyk/Schüler, Unternehmensbewertung, 5. Aufl. München 2007.

In der Monographie von Großfeld zur Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht ist ebenfalls dargestellt, warum Substanzwertmethoden kein geeignetes Verfahren zur Bewertung von Unternehmen sind. Auf S. 220 heißt es:

„Wie wir sahen, ist der Substanzwert grundsätzlich nicht maßgeblich für die Höhe der Abfindung. Es fehlt jeder direkte Bezug zu den künftigen finanziellen Überschüssen. Er ist weder Bestandteil des Überschuss- noch des Liquidationswertes. Daher hat er keine eigenständige Bedeutung.“

Großfeld, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. Köln 2002.

Die Rechtsprechung hat sich in unterschiedlichen Zusammenhängen mit der Bewertung von Unternehmen beschäftigt, z.B. bei Streitigkeiten über die Höhe der Abfindung von Gesellschaftern, die aus einer Gesellschaft ausscheiden, bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Verkauf von Unternehmensanteilen, bei Streitigkeiten über den Zugewinnausgleich, bei Erbauseinandersetzungen usw.

Die Rechtsprechung ist dabei – teilweise mit Verzögerung – der Entwicklung der Wirtschaftswissenschaft gefolgt. In der älteren Rechtsprechung wurde die Substanzwertmethode noch als ein geeignetes Bewertungsverfahren für Unternehmen angesehen. Diese Rechtsprechung ist aber seit den 1970er-Jahren überholt.

Inzwischen ist auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass der wirtschaftlich angemessene Wert von Unternehmen mit dem Ertragswertverfahren zu ermitteln ist.

In einem Urteil des BGH vom 24.09.1984 heißt es:

*„Bei der Wertermittlung ist nach § 738 II BGB eine Schätzung möglich. Diese hat jedoch aufgrund konkreter Unterlagen zu erfolgen, so dass im Allgemeinen ein Sachverständigengutachten erforderlich sein wird. **Dabei wird regelmäßig mit der heute herrschenden Auffassung von dem Ertragswert auszugehen sein.**“*

(Hervorhebung durch die Unterzeichner) BGH, Urt. v. 24.09.1984, NJW 1985, 192, 193.

In der juristischen Literatur besteht ebenfalls Einigkeit, dass die Substanzwertmethode überholt ist und der wirtschaftlich angemessene Unternehmenswert nur mit der Ertragswertme-

thode auf der Grundlage des IDW S 1 oder den Discounted-Cashflow-Verfahren ermittelt werden kann.

Vgl. dazu Ulmer/Schäfer in Münchner Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl., München 2009, § 738, Rn. 24, 35 ff. m.w.N.; Großfeld, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.

2. Ergebnis zur Auslegung der gesetzlichen Kaufpreisregelung „wirtschaftlich angemessene Vergütung“:

Die wirtschaftliche Situation bei der Übernahme eines örtlichen Verteilnetzes entspricht der Situation bei einem Unternehmenskauf. Wie bei einem Unternehmenskauf ist deshalb der Ertragswert die „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG.

III. Anspruch auf Übertragung des vollständigen Stromversorgungsnetzes

Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ist das abgebende Unternehmen verpflichtet, dem neu konzeptionierten Unternehmen „seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen“ zu überlassen.

Für die Versorgung im Gemeindegebiet sind auch die gemischt genutzten Leitungen **notwendig**. Nach dem Wortlaut der Regelung erstreckt sich der gesetzliche Überlassungsanspruch also auch auf diese Leitungen.

Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass die gemischt genutzten Leitungen auch für die Versorgung anderer Gebiete notwendig sind, in denen das abgebende Unternehmen die Netze weiter betreibt. Eine entsprechende Einschränkung sieht der Wortlaut des § 46 Abs. 2 EnWG nicht vor.

Es gibt auch keine Gründe, den gesetzlichen Überlassungsanspruch abweichend vom Wortlaut des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG einschränkend auszulegen.

Die abgebenden Unternehmen argumentieren zumeist, dass sie auch nach der Netzübernahme ein Interesse daran haben, die gemischt genutzten Leitungen weiter „nutzen“ zu können, weil der Strom über diese Leitungen in Teile ihres Netzes fließt, die nach der Netzübernahme bei ihnen verbleiben.

Dieses Argument ist schon deshalb nicht überzeugend, weil nach den Entflechtungsvorschriften des EnWG streng zwischen dem Netzbetrieb und der Energielieferung zu unter-

scheiden ist, §§ 6 ff. EnWG. Die Netze werden von den Energielieferanten genutzt, nicht von den Netzbetreibern. Die Netzbetreiber stellen lediglich die Leitungsnetze zur Verfügung.

Die abgebenden Unternehmen könnten also allenfalls argumentieren, dass sie nur ein zusammenhängendes Netz sinnvoll betreiben können. Das ist aber ebenfalls nicht überzeugend, weil die Netze über die Eigentumsgrenzen hinweg ein einheitliches Transportsystem bilden. Dieses einheitliche Transportsystem funktioniert ohnehin nur, wenn die Netzbetreiber eng kooperieren. Dazu hat sie der Gesetzgeber in den §§ 11 ff. EnWG verpflichtet. Für den technischen Netzbetrieb stellt es deshalb kein Problem dar, wenn sich die Eigentumsverhältnisse an Teilen des Netzes verändern.

Es ist möglich, zahlreiche Beispiele anzuführen, bei denen zwei Netzbetreiber beim technischen Netzbetrieb kooperieren und jeweils auf den anderen Netzbetreiber angewiesen sind.

Auch die Netzentgeltberechnung zeigt, dass die Netze über die Eigentumsgrenzen hinweg ein einheitliches Transportsystem bilden. Die Netzkunden (in der Regel die Stromlieferanten) zahlen für die Nutzung des gesamten Systems ein einheitliches Netzentgelt, das der jeweilige Ausspeisenetzbetreiber in Rechnung stellt. Die jeweils vorgelagerten Netzbetreiber wälzen ihre Kosten auf die nachgelagerten Netzbetreiber, § 20 Abs. 1 b Satz 6 EnWG.

Im Übrigen kann jeder Energielieferant – auch dem Vertrieb des abgebenden Unternehmens – nach der Überlassung der Leitungen, den gesetzlichen Anspruch auf Netzzugang (Durchleitung) aus § 20 Abs. 1 EnWG geltend machen. Der Vertrieb des abgebenden Unternehmens kann die gemischt genutzten Leitungen also weiterhin nutzen.

Selbst wenn man gleichwertige Interessen des abgebenden und des übernehmenden Unternehmens an den gemischt genutzten Leitungen unterstellt, gebührt dem übernehmenden Unternehmen der Vorrang, weil das übernehmende Unternehmen über das von der Gemeinde eingeräumte Wegenutzungsrecht verfügt.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Stadt Stuttgart oder ein von ihr ausgewählter neuer Stromnetzbetreiber ein vollständiges Netz einschließlich der gemischt genutzten Leitungen erhalten werden.

IV. Entflechtungs- und Einbindungskosten

1. Begriffsdefinition

Es ist nicht definiert, welche Kosten zu den Entflechtungskosten und welche Kosten zu den Einbindungskosten gehören. In vielen auslaufenden Konzessionsverträgen werden diese Begriffe aber verwendet.

In dieser Studie werden als „**Entflechtungskosten**“ die Kosten der Herauslösung des örtlichen Verteilnetzes (Trennungskosten) und der Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des beim abgebenden Unternehmen verbleibenden Netzes verstanden. Als „**Einbindungskosten**“ werden die Kosten der Anbindung des herausgelösten örtlichen Verteilnetzes an das vorgelagerte Netz (z.B. Errichtung einer Übergabe- und Messstation) und die Kosten der Herstellung der Funktionsfähigkeit des herausgelösten Netzes verstanden.

2. Zusammenhang mit dem Anspruch auf Überlassung der gemischt genutzten Leitungen

Zwischen dem Problem der gemischt genutzten Leitungen und der Verteilung der Entflechtungs- und Einbindungskosten besteht ein Zusammenhang: Erhält das übernehmende Unternehmen die gemischt genutzten Leitungen nicht und kommt auch eine Miteigentumslösung nicht zustande, entstehen in der Regel nur niedrige Entflechtungskosten, weil die Entflechtung nur eine Abtrennung der innerörtlichen Leitungen erfordert. Ohne die gemischt genutzten Leitungen entstehen aber sehr hohe Einbindungskosten, weil dem übernehmenden Unternehmen Leitungen fehlen, die für die innerörtliche Versorgung erforderlich sind.

3. Kostenverteilung analog § 448 BGB

§ 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG enthält selbst keine Regelung zur Verteilung der Entflechtungs- und Einbindungskosten.

Folgt aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ein Eigentumsübertragungsanspruch (so die Auffassung von Becker Büttner Held, vgl. dazu oben I.), so ist der gesetzliche Überlassungsanspruch aber mit dem Anspruch eines Käufers auf Eigentumsübertragung vergleichbar, § 433 Abs. 1 BGB.

Im Hinblick auf einen vertraglichen Eigentumsübertragungsanspruch eines Netzkäufers hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass das abgebende Unternehmen die Entflechtungskosten zu tragen hat. Das ergebe sich aus dem Rechtsgedanken des § 448 BGB. Nach § 448 BGB hat der zur Übertragung des Eigentums Verpflichtete Verkäufer die Kosten der Übergabe zu tragen (vgl. BGH, Urt. v. 07.07.1992, NJW 1992, 2888, 2890 f.).

Auf der Grundlage des genannten Urteils des Bundesgerichtshofs lässt sich daher sehr gut begründen, dass die EnBW bei einer Übernahme des Stromversorgungsnetzes in Stuttgart die Entflechtungskosten zu tragen hat. Das übernehmende Unternehmen müsste die Einbindungskosten tragen. Da ein von der Stadt Stuttgart neu konzessionierter Netzbetreiber – nach unserer Einschätzung – auch einen Anspruch auf Übereignung der gemischt genutzten Leitungen hat, wird die EnBW die überwiegenden Kosten der Netztrennung tragen müssen.

4. Verminderung des Kaufpreises um die Entflechtungs- und Einbindungskosten

Unterstellt man, dass das übernehmende Unternehmen Entflechtungs- und/oder Einbindungskosten zu tragen hat, die nicht über die Netzentgelte refinanziert werden können, so vermindern die Entflechtungs- und Einbindungskosten die Erlöse aus dem Netz.

Nach dem Kaufering-Urteil des BGH darf der Kaufpreis für ein Netz aber nicht erheblich über dessen Ertragswert liegen, weil es sonst nicht zu dem angestrebten Wettbewerb um die Netze kommen kann (prohibitive Wirkung).

Nach unserer Auffassung ist die wirtschaftlich angemessene Vergütung der Ertragswert des Netzes.

Da sich der Kaufpreis des Netzes nach dem Ertragswert richten wird, führt eine Belastung des übernehmenden Unternehmens mit hohen Entflechtungs- und Einbindungskosten zu einer Verminderung des Kaufpreises für das Netz.

5. Ergebnis:

Übernimmt ein von der Stadt Stuttgart neu konzessioniertes Unternehmen das Stromversorgungsnetz von der EnBW, so muss grundsätzlich die EnBW die Entflechtungskosten tragen. Das übernehmende Unternehmen muss die Einbindungskosten tragen. Da das neu konzessionierte Unternehmen auch die gemischt genutzten Leitungen erhalten wird, werden die Entflechtungskosten den größten Teil der Netztrennungskosten ausmachen.

Sollten sich die Kosten, die das übernehmende Unternehmen zu tragen hat, nicht über die Netzentgelte refinanzieren lassen, vermindern diese Kosten den Ertragswert des Netzes und damit den an die EnBW zu zahlenden Kaufpreis.

G. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die unter E. aufgeführten rechtlichen Voraussetzungen für eine wirtschaftlich erfolgreiche Netzübernahme durch die Stadt Stuttgart liegen nach Auffassung von Becker Büttner Held vor.

- **Die Stadt Stuttgart oder ein von ihr neu ausgewählter Netzbetreiber können nach Auffassung von Becker Büttner Held auf der Grundlage von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG von der EnBW die Übereignung des Stromversorgungsnetzes in Stuttgart verlangen.**

Einschränkend müssen wir allerdings darauf hinweisen, dass die Rechtsprechung zu dieser Frage uneinheitlich ist. Legt man die Rechtsauffassung der Oberlandesgerichte Frankfurt und Koblenz zugrunde, könnte die Stadt Stuttgart das Netz nur pachten. Das würde eine Netzübernahme unattraktiv machen. Die Auffassung von Becker Büttner Held wird vom Oberlandesgericht Schleswig geteilt. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage noch nicht entschieden.

- **Die wirtschaftlich angemessene Vergütung für das Stromversorgungsnetz im Sinne des § 46 abs. 2 Satz 2 EnWG ist der Ertragswert des Netzes.**

Das ergibt sich aus dem Vergleich einer Netzübernahme mit einem Unternehmenskauf. Nach dem Kaufering-Urteil des Bundesgerichtshofs darf der Kaufpreis für das Netz ohnehin nicht erheblich über dem Ertragswert liegen.

- **Die Stadt Stuttgart oder ein von ihr ausgewählter neuer Netzbetreiber werden von der EnBW auch das vollständige Stromversorgungsnetz in Stuttgart bekommen.**

Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, wonach alle für die Versorgung von Stuttgart „notwendigen“ Leitungen zu überlassen sind.

- **Die Entflechtungs- und Einbindungskosten werden eine Netzübernahme nicht erheblich belasten.**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die EnBW die Entflechtungskosten zu tragen. Die Einbindungskosten, d.h. die Verbindung des aus dem Netz der EnBW heraus gelösten Stuttgarter Netzes, an das vorgelagerte Netz, müsste das übernehmende Unternehmen tragen. Die Entflechtungskosten werden den größten Teil der Netztrennungskosten ausmachen. Können die von der Stadt Stuttgart zu tragenden Kosten nicht in die Netzentgelte einfließen vermindern sie den Ertragswert und damit den Kaufpreis für das Netz.

H. Fazit und Empfehlungen

Nach unserer Einschätzung liegen in Stuttgart die Voraussetzungen für eine wirtschaftlich erfolgreiche Rekommunalisierung des Stromversorgungsnetzes vor.

Entscheidet sich die Stadt Stuttgart, die Konzession einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft zu geben, wird das städtische Unternehmen das Stromversorgungsnetz zu Bedingungen übernehmen können, die einen wirtschaftlichen Netzbetrieb ermöglichen.

Diese Einschätzung beruht allerdings auf der Rechtsansicht, dass § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG einen Anspruch des neu konzessionierten Unternehmens auf Übertragung des Eigentums an dem Stromversorgungsnetz begründet und nicht lediglich einen Anspruch auf Verpachtung des Netzes. Diese Rechtsfrage ist auf der Ebene der Oberlandesgerichte nicht einheitlich entschieden worden. Eine Klärung durch den Bundesgerichtshof steht noch aus. Es sind derzeit mehrere Verfahren anhängig, die voraussichtlich zu einer abschließenden Entscheidung durch den Bundesgerichtshof führen werden. Setzt sich unsere Rechtsauffassung durch, gibt es keine juristischen Hindernisse für eine Rekommunalisierung des Stromversorgungsnetzes in Stuttgart.



Matthias Albrecht

Rechtsanwalt