RECHTLICHE VORGABEN FÜR DEN KAUF DER HAMBURGER FERNWÄRMEVERSORGUNG

Kurzvortrag

von Rechtsanwalt Dr. Peter Becker

für den Energienetzbeirat der FHH am 14. Juni 2018

VORGABEN DES OPTIONSVERTRAGS

Die HGV hatte mit Vertrag vom 28. November 2011 bereits 25,1% der Geschäftsanteile an der Vattenfall Wärme Hamburg erworben. Bewertungen sind schon für diesen Vertrag getroffen worden.

Die „Vereinbarung Wärme“ wurde am 15./16. Januar 2014, also nach dem Volksentscheid, geschlossen. Partner sind die HGV, die Vattenfall GmbH, die Vattenfall Europe Wärme Aktiengesellschaft, die Vattenfall Wärme Hamburg GmbH.

Die HGV hat nach der Vereinbarung Wärme ein Optionsrecht zum vollständigen Erwerb der Wärmegesellschaft, also zum Zukauf der noch fehlenden Anteile von 74,9%, zum 01.01.2019 (Call-Option Wärme).

- Kommt es nicht zum Bau von Wedel, soll ein Alternativ-Szenario gelten.
- In der Vereinbarung Wärme ist ein Bewertungsverfahren vereinbart, bestehend aus
  - technischer Due Diligence und
  - Legal Financial Due Diligence.

- Im Optionsvertrag ist für den Fall des „Alternativ-Szenarios“ – also ohne Wedel – folgende Bewertungsvorgabe geregelt:
- Ausgangspunkt ist der Wert der Wärmegesellschaft ohne Wedel

950 Mio. Euro
abzüglich für die 25,1% bereits gezahlten 325 Mio. Euro =

625 Mio. Euro.

- Das ist der Kaufpreis Wärme (Mindestpreis).
- In diesem Kaufpreis sind Netz und Kraftwerke enthalten.

- Sollte dieser unwirksam sein, bleibt der Vertrag im übrigen wirksam (Ziff. 25.5, salvatorische Klausel):

  „Sollte eine Bestimmung dieser Vereinbarung Wärme unwirksam, undurchführbar oder nicht durchsetzbar sein oder werden, wo wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen davon nicht berührt. Die Parteien verpflichten sich vielmehr bereits jetzt, anstelle der unwirksamen, undurchführbaren oder nicht durchsetzbaren Bestimmung eine solche zu vereinbaren, die im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten dem am nächsten kommt, was die Parteien nach dem Sinn und Zweck der unwirksamen, undurchführbaren oder nicht durchsetzbaren Bestimmung wirtschaftlich gewollt haben. Gleiches gilt für etwaige Regelungslücken.“

- Die Vertragspartner müssen den ‚richtigen‘ Preis vereinbaren:

- Dafür muss Kartellrecht beachtet werden, das vorgeht.

VORGABEN FÜR DIE WERTBESTIMMUNG

Maßgeblich für die Wertbestimmung ist der Ertragswert, der sich zusammensetzt aus

- dem Preis der Kraftwerke,
- dem Preis des Netzes.

Für die Kraftwerke – die weitgehend abgeschrieben sein werden – gibt es bereits die Vorgaben in der Bewertung für den Anteilskauf von 2011, ferner Erfahrungswerte. Ein Großteil der Daten muss sich im Datenraum befinden.

Der Wert der Kraftwerke ist nach dem BDO-Gutachten, das jetzt vorgelegt wurde, weit geringer als angenommen.

Maßgeblicher Bestandteil des Kaufpreises ist ferner der Netzwert, der wohl den überwiegenden Teil darstellt.

- Der Ertragswert wird durch „*Kapitalisierung der Reinerträge, die mit diesen Objekten dauerhaft erwirtschaftet werden*“, er ist der „*Barwert der zukünftigen Überschüsse aus Ertrag und Aufwand bzw. Einzahlungen und Auszahlungen*“.
- Der Ertragswert kann nicht frei ausgehandelt werden. Er muss vielmehr auch kartellrechtlichen Grundsätzen genügen.

KARTELLRECHTLICHE KONTROLLE DER FERNWÄRMEPREISE

Fernwärmeversorger haben über ihr Netz eine marktbeherrschende Stellung. Das OLG Düsseldorf spricht von einem „*idealtypischen Monopolmarkt*“ (B. v. 04.08.2010, VI-2 (Kart) 8/09 (V) – Rn. 38; Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Fernwärme, August 2012, Rn. 190; Büdenbender, Ulrich: Die kartellrechtliche Kontrolle der Fernwärmepreise, Essen 2012 (Büdenbender ist auf der Gegenseite verortet)).

- Ein Fernwärmeversorger handelt missbräuchlich, wenn er andere als angemessene Preise verlangt (zu den Voraussetzungen § 19 Abs. 2 Nr. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB). Es gelten
  - das Vergleichsmarktprinzip,
  - das Prinzip der Kostenkontrolle (vgl. dazu Becker, Peter: Rechtsfolgen regulatorischer Mängel des Stromhandels, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), April 2010, S. 398).
- Der Kontrolle unterliegen nicht nur Fernwärmepreise, sondern auch der für das Netz als einer der zwei wertbestimmenden Faktoren (der andere sind die Kraftwerke).

KAUFPREISBILDUNG BEIM NETZ

Der bisherige Netzinhaber kann nur den ‚kalkulatorischen Restwert' des Netzes verlangen. Die Fernwärmekunden haben ja als ‚gefangene Kunden' das Netz über ihre Fernwärmepreise über Jahre hinweg bezahlt. Deswegen schreiben § 6 Abs. 6 StromNEV und § 6 GasNEV für Strom und Gas Folgendes vor:

> *„Der kalkulatorische Restwert eines Anlageguts beträgt nach Ablauf des ursprünglich angesetzten Abschreibungszeitraums Null. Ein Wiederaufleben kalkulatorischer Restwerte ist unzulässig."*

In Absatz 7 heißt es:

> *„Das Verbot von Abschreibungen unter Null gilt ungeachtet der Änderung von Eigentumsverhältnissen oder der Begründung von Schuldverhältnissen."*

- Diese Regelungen müssen auch für Fernwärmenetze gelten. In allen Fällen muss der ‚kalkulatorische Restwert' den Preis des Netzes bestimmen.
- Aus einer anderen Großstadt ist bekannt, dass das Fernwärmenetz weitgehend abgeschrieben ist, weil die Kommune die Altersstruktur des Netzes in die Hand bekommen hat.
- Das bedeutet für Hamburg: Maßgeblich bei der Ertragswertbestimmung sind auch kartellrechtliche Grundsätze, eben entsprechend angewendete Grundsätze der Strom- und GasNEV. Im Datenraum müssten Daten über die Altersstruktur des Fernwärmenetzes vorhanden sein; sie ist für die Abschreibungen wichtig.
- Wenn der nach diesen Grundsätzen ermittelte Kaufpreis unter dem Mindestkaufpreis liegt, ist dieser unwirksam. Nur der niedrigere Kaufpreis kann verlangt werden (Vorrang des Kartellrechts).
- Trotzdem bleibt der Vertrag im übrigen wirksam (Ziff. 25.5, sog. Salvatorische Klausel).

BEDEUTUNG DER LANDESHAUSHALTSORDNUNG (LHO)

Nach § 7 Abs. 2 LHO ist bei jeder finanzwirksamen Maßnahme eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung durchzuführen.

Danach darf die FHH keinen überhöhten Kaufpreis zahlen.

Wenn der nach kartellrechtlichen Grundsätzen bestimmte Kaufpreis unter dem Mindestkaufpreis nach Optionsvertrag liegt, ist dieser maßgeblich („richtiger“ Preis). Er ist der wirtschaftlichste Preis.

Die LHO kollidiert also gar nicht mit dem richtigen Preis. Dieser erfüllt vielmehr ihre Vorgabe.

Vattenfall kann sich auf den Mindestpreis nicht berufen.

Der Kauf scheitert auch nicht am Mindestpreis.

WIE KANN EINE EINIGUNG MIT VATTENFALL TROTZDEM GELINGEN?

Durch den niedrigen Preis für die Fernwärme spart die FHH viel Geld.

Dieses Geld könnte für den Kauf von Moorburg eingesetzt werden:

- Moorburg könnte so gefahren werden, dass die klimapolitischen Ziele eingehalten werden.
- Aurubis könnte so besser eingebunden werden.

Dafür müssen die Fragen der Trassierung und des Dükers auf den Prüfstand.

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT!

Kontakt:

Rechtsanwalt
Dr. Peter Becker

Kreuzbergweg 11
34253 Lohfelden
Tel. (0561) 5109 1779
Mobil 0171 7500 440
Fax (0561) 5109 1774
E-Mail: peter.becker@ialana.de