



# **RECHTLICHE VORGABEN FÜR DEN KAUF DER HAMBURGER FERNWÄRMEVERSORGUNG**

Kurzvortrag  
von Rechtsanwalt Dr. Peter Becker  
auf dem Zukunftsratstreffen und  
Hamburger Wärmedialog vom  
17.04.2018

# VORGABEN DES OPTIONSVERTRAGS

Partner der „Vereinbarung Wärme“ vom 15./16. Januar 2014 sind die HGV, die Vattenfall GmbH, die Vattenfall Europe Wärme Aktiengesellschaft, die Vattenfall Wärme Hamburg GmbH.

Die HGV hat 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 Wärme-gesellschaft Hamburg verfügt über einen Sondernutzungsvertrag Wärme im Sinne des § 2 Hamburgisches Wegegesetz.

- Im Konsortialvertrag Wärme haben sich die Vertragspartner verpflichtet, das „Energiekonzept für Hamburg“ vom 28.11.2011 umzusetzen.
- Sowohl im Energiekonzept Hamburg als auch im Konsortialvertrag Wärme wurde vorgesehen, dass die Parteien das Innovationskraftwerk Wedel bauen wollen.
- 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.

- Für beide Berichte wird je ein Sachverständiger benannt.
- Die Sachverständigen haben Zugriff auf einen Datenraum.
- Vattenfall hat bis zum 28. Februar 2018 auf eingetretene Änderungen hingewiesen.
- Da sich Vattenfall und HGV nicht bis zum 10. Februar 2018 auf einen Wert geeinigt haben, wird ein Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter tätig, der für seine Prüfung zwei Monate zur Verfügung hat, wohl Mai 2018.
- Wenn sich die Parteien hierüber nicht einigen, muss ein Zweitgutachter tätig werden.

- 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, so 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:
- Kartellrecht geht vor.

# 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 beschrieben 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.

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).

# BESTEHT EINE VERPFLICHTUNG DER GEMEINDEN, WEGENUTZUNGSRECHTE FÜR FERNWÄRMENETZE AUSZUSCHREIBEN?

Ja. Es gibt nämlich keinen Anspruch auf ein ‚ewiges Wegenutzungsrecht‘. Gerade wenn es ein natürliches Monopol beim Fernwärmenetz (den Bau eines konkurrierenden Netzes würde niemand angehen) gibt, kann Wettbewerb nur durch zeitliche Begrenzung herbeigeführt werden, wie bei Strom und Gas. Früher gab es auch bei Strom und Gas sehr lange Konzessionen; 50 Jahre waren nichts Ungewöhnliches. Seit der vierten GWB-Novelle von 1980 dürfen Gemeinden Konzessionen für Strom und Gas nur für 20 Jahre vergeben (§ 103a GWB). Das ist jetzt in § 46 EnWG geregelt, der aber nur für die Strom- und Gasversorgung gilt. Er muss aber auf die Fernwärmeversorgung entsprechend angewandt werden (Wortlaut Folien 16-20).

# AUSSCHREIBUNGSPFLICHT NACH EU- UND DEUTSCHEM RECHT

Hamburg muss, wenn die Ausübung der Option entschieden ist, einen Konzessionsvertrag abschließen. Das ergibt sich aus der Richtlinie der EU über die Konzessionsvergabe vom 26.02.2014. Sie ist nach ihrem Anhang II auch für Wärmenetze maßgeblich. Der Wegenutzungsvertrag reicht also nicht aus.

Nach deutschem Recht ist ferner die Konzessionsvergabeverordnung 2017 maßgeblich.

- Grundsätzlich gilt: Wegenutzungsrechte für Leitungsnetze sind, weil sie Monopolstellungen begründen, ein ‚knappes Gut‘. Deswegen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Vergaberechtsschutz (BVerfGE 116, 135, 153) bestimmt, dass bei knappen Gütern, deren Verteilung in der Hand des Staates liegt, sachgerechte Verteilungskriterien festgelegt werden müssen. Außerdem muss ein Auswahlverfahren konzipiert werden, das gleiche Anforderungen für alle Bewerber vorsieht.
- Deswegen müssen Gemeinden auch die Vergabe von Fernwärmenetzen ausschreiben. Es ist jedoch eine sogenannte In-House-Vergabe möglich, weil eine Gemeinde öffentliche Aufgaben hat, auf die sie sich berufen kann: siehe Entscheidung ‚Fernwärme für Börnsen‘ (BGH, U. v. 09.07.2002, KZR 30/00, S. 9, 13).

- Auch wenn ein Wegenutzungsrecht zugunsten der Gemeinde vergeben wird, kann es zu einer Belebung des Wettbewerbs auf dem Wärmemarkt kommen: Es werden große kommunale Heizkraftwerke aufgegeben, sie werden ersetzt durch viele kleine EE-Kraftwerke auch in privater Hand.
- Beispiel: Die FHH hat sich die Stromkonzession gegeben, nachdem sie 2014 die Hamburger Stromnetz GmbH zu 100 % übernommen hat (vgl. Wikipedia: Stromnetz Hamburg).
- Im Ergebnis ist eine In-House-Vergabe also gerechtfertigt, wenn die FHH im Rahmen ihrer Verantwortung für die Daseinsvorsorge und im Interesse des Gemeinwohls das Energieversorgungskonzept umsetzt.

# ANHANG:

## § 46 ENWG - WEGENUTZUNGSVERTRÄGE

- (1) <sup>1</sup>Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. <sup>2</sup>Unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 können die Gemeinden den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Absatz 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.

(2) <sup>1</sup>Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. <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. <sup>3</sup>Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird. <sup>4</sup>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.

- (3) <sup>1</sup>Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach § 46a von der Gemeinde in geeigneter Form zu veröffentlichenden Daten sowie den Ort der Veröffentlichung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt. <sup>2</sup>Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100 000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. <sup>3</sup>Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende nach Maßgabe der Sätze 1 und 2 öffentlich bekannt zu geben.

(4) <sup>1</sup>Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Absatz 1 verpflichtet. <sup>2</sup>Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden. <sup>3</sup>Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen. <sup>4</sup>Die Gemeinde hat jedem Unternehmen, das innerhalb einer von der Gemeinde in der Bekanntmachung nach Absatz 3 Satz 1 oder 3 gesetzten Frist von mindestens drei Kalendermonaten ein Interesse an der Nutzung der öffentlichen Verkehrswege bekundet, die Auswahlkriterien und deren Gewichtung in Textform mitzuteilen.

- (5) <sup>1</sup>Die Gemeinde hat die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren. <sup>2</sup>Die Gemeinde macht bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.
- (6) Die Absätze 2 bis 5 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.
- (7) Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.

Fassung aufgrund des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung vom 27.01.2017 (BGBl. I S. 130), in Kraft getreten am 03.02.2017

# 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](mailto:peter.becker@ialana.de)

