

Boos Hummel & Wegerich · Zimmerstraße 56 · 10117 Berlin

BUND Landesverband Hamburg
Herrn Manfred Braasch
Lange Reihe 29
20099 Hamburg

Partner der Sozietät:

Dr. jur. Philipp Boos
Rechtsanwalt

Dr. jur. Konrad Hummel
Rechtsanwalt

Dr. jur. Heidrun Schalle
Rechtsanwältin

Dr. jur. Christine Wegerich
Rechtsanwältin

David Steinbeck
Rechtsanwalt

Unser Az.: 2012-044

Berlin, 19.03.2012 / pb

Beteiligung der HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH an den Netzgesellschaften für Strom, Gas und Fernwärme

Sehr geehrter Herr Braasch,

der BUND (Landesverband Hamburg) hat uns beauftragt, die Vorlagen der Verwaltung der Freien und Hansestadt Hamburg für die Bürgerschaft zur Beteiligung der HGV an den Energieverteilnetzen aus energierechtlicher Sicht zu prüfen. Gegenstand unserer Prüfung waren die in der Drucksache 20/2392 und der Drucksache 20/2949 enthaltene Darstellung der beabsichtigten Beteiligungen.

Wir kommen zu dem Ergebnis, dass eine Zustimmung der Hamburgischen Bürgerschaft zu den vorgeschlagenen Beteiligungen nicht empfehlenswert ist. Von einem derartigen Beteiligungsmodell ist vielmehr dringend abzuraten. Das liegt insbesondere an folgenden nachstehend als Ergebnis vorab aufgezählten Gründen:

1. Das gewählte Konstrukt ist für eine Steuerung der Energiepolitik in der Stadt Hamburg rechtlich ungeeignet.
2. Die Nutzung des Wettbewerbs um Konzessionen und Beteiligungen an kommunalen Energieversorgungsunternehmen wurde (bisher) versäumt.
3. Aus den Informationen zur Kaufpreisermittlung und den unzureichenden Regelungen zur Kaufpreisanpassung ergeben sich erhebliche energiewirtschaftliche und rechtliche Risiken für die Stadt Hamburg.
4. Die Auswirkungen der Auslagerung von Dienstleistungen auf Vattenfall und E.ON Hanse sind unklar.

5. Die Angemessenheit der Verzinsung für das eingesetzte Kapital der Stadt Hamburg ist fraglich.
6. Im Falle einer nicht auszuschließenden Rückabwicklung drohen erhebliche wirtschaftliche und rechtliche Risiken für die Stadt Hamburg.
7. Vattenfall und E.ON Hanse können die Stadt Hamburg durch Beendigung der Gewinnabführungsverträge zu einer Beendigung der Beteiligungen zwingen und sich dadurch bis 2034 den alleinigen Einfluss auf den Energienetzbetrieb sichern.
8. Der Verzicht auf die Durchführung eines öffentlichen Konzessionsverfahrens für die Fernwärme ist rechtlich zweifelhaft und zudem wirtschaftlich nachteilhaft.

Die vorstehende Bewertung und Empfehlung beruht auf den nachstehend ausführlich dargestellten rechtlichen Prüfungsergebnissen. Unsere Prüfung ist wie folgt gegliedert.

I. Fehlende Eignung des Konstrukts für Steuerung der Energiepolitik.....	3
II. Fehlende Nutzung des Wettbewerbs um Konzessionen	5
1. Verhandlungsführung nur mit E.ON Hanse und Vattenfall	5
2. Pauschale und unzutreffende Überhöhung der Risiken von Netzübernahmen.....	6
III. Energiewirtschaftliche und rechtliche Risiken der Kaufpreisregelung	8
1. Unzureichende Spanne für Kaufpreisanpassung	9
2. Fehlende Garantie des kalkulatorischen Restwerts	11
3. Unzureichende Information über Kaufpreisermittlung.....	11
4. Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs	13
IV. Unklare Auslagerung von Dienstleistungen auf Vattenfall und E.ON Hanse	13
1. Unklarer Umfang der Aufgabenauslagerung und Überprüfungsdefizite.....	14
2. Irrelevante Regelung zu Zusatzgewinnen aus Dienstleistung bei Gas	14
3. Unzulässigkeit einer „angemessenen Marge“ für Dienstleistungen bei Strom	14
V. Unzureichende Verzinsung des eingesetzten Kapitals der Stadt Hamburg?.....	15
VI. Risiken für die Stadt Hamburg bei Rückabwicklung der Beteiligung.....	16
1. Szenarien für eine Rückabwicklung	17
2. Fehlende Präzisierung und wirtschaftliche Risiken im Falle der Rückabwicklung.....	18
3. Nachteilhaftes Verhältnis von Beendigung des GAV zum Rückabwicklungsrecht	18
4. Rechtliche Risiken für die anstehenden Konzessionsverfahren	19
VII. Unzulässiger Verzicht auf ein Bekanntmachungsverfahren für Fernwärme?.....	20

Die rechtliche Bewertung des Vorhabens wird aus unserer Sicht an zahlreichen Stellen dadurch erschwert, dass die in der Drucksache 20/2392 und der Drucksache 20/2949 vom Senat mitgeteilten Informationen für eine Bewertung unzureichend sind. Daher haben wir zu uns besonders bedeutsam erscheinenden Informationsdefiziten nachstehend auch Fragen in die Stellungnahme aufgenommen. Eine abschließende Bewertung des Modells ist insoweit erst nach Beantwortung dieser Fragen möglich.

I. Fehlende Eignung des Konstrukts für Steuerung der Energiepolitik

Der in der Tat „*notwendige Strukturwandel zu einer nachhaltigen und klimaneutralen Energieversorgung*“ (Drs. 20/2949 auf S. 1 unter I.) kann nicht über Gesellschaften erreicht werden, an denen die Stadt Hamburg nur mit 25,1 % beteiligt ist.

Zwar enthalten die Konsortialverträge nach Auskunft des Senats „*umfangreiche Zustimmungsvorbehalte der HGV*“. Inhaltlich wird ansonsten dazu aber nur noch mitgeteilt, dass sich diese „*insbesondere ... auf die Investitionsplanungen*“ beziehen.

Siehe Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 4 – (linke Spalte im vierten Spiegelstrich).

Die Zustimmung eines Minderheitsgesellschafters mit einem Anteil von über 25 % zur Investitionsplanung als Bestandteil des Wirtschaftsplans ist in Gesellschaftsverträgen jedenfalls von Energieversorgungsunternehmen absolut üblich. Insofern handelt es sich nicht um ein besonderes Zugeständnis gegenüber der Stadt Hamburg. Es ist aus den Mitteilungen des Senats nicht erkennbar, auf welche weiteren Entscheidungen sich diese Zustimmungserfordernisse beziehen sollen.

Frage 01: Welche weiteren Geschäftsführungsmaßnahmen erfordern eine Zustimmung der HGV?

Da nur dieses eher selbstverständliche Zustimmungsrecht aufgeführt wird, ist zu erwarten, dass auch die übrigen Zustimmungsrechte keinen zusätzlichen Einfluss der Stadt Hamburg beinhalten, der über den üblichen Einfluss eines Minderheitsgesellschafters hinausgeht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Stadt Hamburg mit diesen Zustimmungserfordernissen allenfalls eine „*Veto-Position*“ erreicht, die es ihr nicht ermöglicht, eigene Vorstellungen in der Energiepolitik durchzusetzen. Vielmehr droht eine Blockade der Gesellschaft, wenn die energiepolitischen Vorstellungen der Stadt Hamburg nicht mit denen von Vattenfall und E.ON Hanse übereinstimmen.

Zudem werden die Geschäftsführer der drei Gesellschaften ausweislich der Informationen des Senats ausschließlich von Vattenfall bzw. E.ON Hanse vorgeschlagen.

Siehe Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 4 – (linke Spalte im dritten Spiegelstrich): „die Bestellung der Geschäftsführer durch die EVU, wenn nicht wichtige Gründe gegen die entsprechenden Vorschläge sprechen“.

Die Stadt Hamburg kann damit in keiner der drei Gesellschaften einen eigenen Geschäftsführer stellen. Damit fehlt der unmittelbare Einblick in die täglichen Aktivitäten der Gesellschaft. Zudem können die von Vattenfall oder E.ON Hanse vorgeschlagenen Geschäftsführer von der Stadt Hamburg nur abgelehnt werden, wenn „wichtige“ Gründe gegen ihre Bestellung sprechen. Damit ist selbst der Einfluss auf die Personalvorschläge der EVU nur sehr eingeschränkt gegeben.

Zudem ist der Einfluss der Stadt Hamburg dadurch erheblich geschmälert, dass Vattenfall und E.ON Hanse die Gewinnabführungsverträge bereits nach Ablauf der ersten „GAV-Periode“ beenden können.

Siehe Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 5 – rechte Spalte unten und Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 4 – linke Spalte) sowie nachstehend unter Ziffer VI. 1 und VI. 2.

Insofern ist aus den Mitteilungen des Senats nicht erkennbar, welche „strategischen Mitentscheidungsrechte“ weit über das hinausgehen sollen, „was einem Minderheitsgesellschafter typischerweise bei dieser Anteilshöhe gesellschaftsrechtlich zuzustehen wäre“ (so aber Drs. 20/2392 auf S. 2 unter II. 1.)

Daher ist das der Stadt zur Verfügung stehende Kapital schlecht eingesetzt, wenn es auf drei Minderheitsgesellschaftsanteile verteilt wird. Sinnvoller wäre, falls tatsächlich nicht mehr Kapital zur Verfügung stehen sollte, dann die Beschränkung auf eine oder zwei Sparten mit den bei Re-Kommunalisierungen üblichen kommunalen Mehrheitsbeteiligungen von zumindest 51 %.

Frage 02: Ist die Alternative der Übernahme einer Mehrheit an einer oder zwei Netzsparten untersucht worden?

Schließlich wird durch das Konstrukt der Betrieb der drei Energienetze in einer Gesellschaft nicht erreicht. Durch diesen gemeinsamen Betrieb ließen sich erhebliche Synergieeffekte heben. Nahezu alle Energienetzbetreiber in Deutschland betreiben ihre Strom-, Gas- und Fernwärmenetze in einer Gesellschaft, sofern sie über alle drei Sparten verfügen. Dieser spartenübergreifende Netzbetrieb unterliegt auch keinen entgegenstehenden Einschränkungen durch die Vorgaben zur Entflechtung nach §§ 6 a, 7 und 7 a EnWG. Es muss lediglich eine buchhalterische Entflechtung der Kosten für die drei Sparten erfolgen (§ 6 b EnWG). Eine informativische, operationelle oder gar rechtliche Entflechtung der drei Netzsparten voneinander ist hingegen nicht erforderlich.

Die Ankündigung, wonach „*Handlungsspielräume zurückgewonnen und die Energiewende mit Nachdruck vorangetrieben*“ werde (Drs. 20/2949 auf S. 1 unter I.) ist aufgrund der Minderheitsbeteiligung nicht nachvollziehbar. In diesem Zusammenhang ist auch in Frage zu stellen, warum die gemeinsamen Strom- und Fernwärmegesellschaften künftig noch die Firma Vattenfall im Namen tragen („*Vattenfall Stromnetz Hamburg*“ bzw. „*Vattenfall Wärme Hamburg*“).

Damit wird die Chance vertan, durch einen allein auf die Stadt Hamburg bezogenen Namen eine Identifikation der Bürger mit dem Unternehmen zu erreichen. Das wird bei einer Einbeziehung des Namensbestandteils „*Vattenfall*“ nicht möglich sein. Selbst im Falle von Energieversorgungsunternehmen deutlicher kleinerer Städte mit großen Energieversorgern wird regelmäßig nicht der Name des großen Energieversorgers in den Gesellschaftsnamen aufgenommen.

Siehe zum Beispiel die swb AG („*Stadtwerke Bremen*“, an der die EWE AG fast 100 % der Anteile hält); die Energieversorgung Oberhausen (evo) Aktiengesellschaft (Beteiligung von RWE mit 50 %); die Stadtwerke Springe GmbH (Beteiligung von insgesamt drei EVU mit 49 %); die Stadtwerke Elm-Lappwald GmbH (Beteiligung von BS Energy mit 49 %); Stadtwerke Geinhausen GmbH (obwohl die E.ON Mitte AG dort 100 % der Anteile hält).

II. **Fehlende Nutzung des Wettbewerbs um Konzessionen**

Derzeit existiert in Deutschland ein Wettbewerb um Konzessionen. Die Chancen dieses Wettbewerbs wurden nicht genutzt. Stattdessen hat sich der Senat auf eine Verhandlung mit E.ON Hanse und Vattenfall beschränkt (dazu unter I.). Als Begründung dafür werden nicht weiter konkretisierte und begründete „*Risiken*“ im Zusammenhang mit Netzübernahmen angegeben. Die aktuelle Entscheidungspraxis der Regulierungsbehörden und Gerichte gibt keinen Anlass für eine derart hohe Bewertung der „*Risiken*“.

1. **Verhandlungsführung nur mit E.ON Hanse und Vattenfall**

Offenbar wurde nur mit E.ON Hanse und Vattenfall über die Neuordnung der Energieversorgung gesprochen (so jedenfalls die Darstellung in Drs. 20/2949 auf S. 1 unter I. und auch in Drs. 20/2392 auf S. 1 unter II.). Damit wurde die Chance nicht genutzt, Gespräche mit anderen Energieversorgungsunternehmen zu führen, die ebenfalls als Kooperationspartner in Betracht gekommen wären. E.ON Hanse und Vattenfall standen bisher nicht im Verdacht, für eine umweltfreundliche Energieversorgung einzutreten. Andere Kooperationspartner hätten diesen Ansatz glaubwürdiger vertreten können.

2. Pauschale und unzutreffende Überhöhung der Risiken von Netzübernahmen

Die Begründung des Senats für den Verzicht auf eine vollständige Netzübernahme oder die Kooperation mit anderen Partnern für die Umsetzung einer Re-Kommunalisierung beruft sich pauschal auf „Risiken“ bei der Netzübernahme, ohne diese behaupteten Risiken darzustellen und im Verhältnis zu den Chancen zu gewichten. Erneut besteht ein Ermittlungsdefizit.

Die Durchsetzung *vertraglicher* Ansprüche sei geprüft worden (so jedenfalls die Darstellung in 20/2949 auf S. 1 unter I.). Das bezieht sich offenkundig auf die Rechte der Stadt Hamburg aus der Endschaftsregelung der drei Konzessionsverträge. Man sei zu der Überzeugung gelangt, dass

„weder die gerichtliche Durchsetzung vertraglicher Ansprüche noch der Versuch, mit einem eigenen Unternehmen die Konzessionen zu erwerben, sichere Instrumente sind, um in kalkulierbaren Zeiträumen und mit überschaubaren finanziellen Risiken einen städtischen Einfluss auf die Netzinfrastruktur zu gewinnen.“

So Drs. 20/2392 auf S. 2 unter II.1.; siehe zudem die Bewertung in Drs. 20/2392 auf S. 7 unter IV.

Daneben besteht jedoch ein ausdrücklicher *gesetzlicher* Anspruch auf Übernahme des Eigentums an Strom- und Gasnetzen gegen Zahlung einer „*wirtschaftlich angemessenen Vergütung*“. Dieser gesetzliche Anspruch steht neben dem konzessionsvertraglichen Anspruch und kann unabhängig von ihm geltend gemacht werden.

Siehe BGH, Urteil vom 29. September 2009, (EnZR 14/08), Rn. 13 ff.; OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Juni 2011 (11 U 26/10 Kart), S. 18/19; siehe auch *Hellermann* in, Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Auflage 2010, § 46 Rn. 84.

Aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG folgt heute ein eindeutiger Anspruch auf Eigentumsübertragung. Die rechtliche Debatte über die Frage, ob der Altkonzessionär sich auch auf eine Verpachtung beschränken kann, betraf nur die alte Fassung des EnWG vor dem 04. August 2011 und ist nunmehr erledigt.

Weiterhin ist mittlerweile durch die Regulierungsbehörden wie auch durch die Rechtsprechung entschieden worden, dass der Altkonzessionär alle notwendigen Anlagen für den künftigen Stromnetzbetrieb übertragen muss und sich nicht auf die „*ausschließlich*“ der örtlichen Versorgung dienende Anlagen beschränken darf. Damit sind auch so genannte „*gemischt genutzte Anlagen*“ (multifunktionale Anlagen) zu übertragen.

Siehe OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Juni 2011 (11 U 36/10); LG Hannover, Teilurteil vom 22. Februar 2011 (18 O 383/06); LG Hannover, Urteil vom 24. Juni 2010 (18 O 260/08).

Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessions-

nehmers vom 15. Dezember 2010 Rn. 34-40; Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26. Januar 2012 (BK6-11-052) in einem Verfahren gegen die E.ON Mitte AG.

Entgegenstehende behördliche oder gerichtliche Entscheidungen sind nicht bekannt.

Zudem vertreten die Regulierungsbehörden, die Kartellbehörden sowie die Gerichte einheitlich die Auffassung, dass der Kaufpreis für Strom- oder Gasnetze auf den Ertragswert begrenzt ist.

Siehe BGH, Urteil vom 16. November 1999, BGHZ 143, S. 157; OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Juni 2011 (11 U 36/10); OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11. November 2010 (Ziffer 12); LG Hannover, Urteil vom 24. Juni 2010 (18 O 260/08); Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26. Januar 2012 (BK6-11-052) in Verfahren gegen die E.ON Mitte AG (Seite 21).

Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010 Rn. 42 f.

Entgegenstehende behördliche oder gerichtliche Entscheidungen sind derzeit nicht bekannt.

Schließlich müssen die für die Bewertung der Strom- und Gasnetze erforderlichen Daten und Informationen vom Altkonzessionär zur Verfügung gestellt werden.

OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Juni 2011 (11 U 36/10); LG Hannover, Urteil vom 24. Juni 2010 (18 O 260/08);

Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010 Rn. 49.

Entgegenstehende behördliche oder gerichtliche Entscheidungen sind derzeit nicht bekannt.

Die Pflicht zur Zurverfügungstellung der erforderlichen Unterlagen für die Netzbewertung durch den Altkonzessionär ist mittlerweile auch in § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG ausdrücklich normiert.

In der Literatur werden zu den vorstehenden Fragen in der Tat vereinzelt andere Rechtsauffassungen vertreten. Diese stammen aber regelmäßig von interessengeleiteten Vertretern.

Vgl. zum Beispiel die netzübernahmekritische Kommentierung zu § 46 EnWG von Wegner im „*Berliner Kommentar zum Energierecht*“ (2. Auflage 2010). Lutz Wegner ist „*Leiter Recht*“ der Vattenfall Europe Business Services GmbH in Berlin.

In der Tat steht zu diversen der vorstehend genannten Fragen noch eine aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus. Angesichts der einheitlichen Haltung der Kartell- und Regulierungsbehörden sowie der Instanzgerichte ist jedoch nicht zu erwarten, dass der Bundesgerichtshof eine grundsätzlich andere Position vertritt. Das gilt insbesondere für die Frage des Kaufpreises, da der Bundesgerichtshof in einer aktuellen Entscheidung zur Anerkennung des

Netzkaufpreises im Rahmen der Netzentgeltregulierung bereits bestätigt hat, dass die anzuerkennenden Kosten auf den beim Altkonzessionär noch vorhandenen kalkulatorischen Restwert beschränkt sind.

BGH, Beschluss vom 14. August 2008, RdE 2008, S. 342, Rn. 48:

„Die Regelung des § 6 Abs. 7 StromNEV stellt ausdrücklich klar, dass dieses Verbot der Abschreibung unter Null auch im Fall eines Eigentümerwechsels gilt. Damit wird insbesondere bei einem Verkauf eine Veränderung der Abschreibungsgrundlage explizit ausgeschlossen. Eine solche Veränderung läge vor, wenn die im Zeitpunkt des Verkaufs bestehenden Sachzeitwerte anstelle der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten angesetzt würden. Die Regelung des § 6 Abs. 7 StromNEV ist ausdrücklich weit gefasst, um alle denkbaren Formen eines Betreiberwechsels des Stromnetzes (Übereignung, Leasing, Pacht) einzubeziehen. Die Auffassung des Ast., die Vorschrift könne nur für Verschiebungen innerhalb eines Konzerns gelten, findet weder im Normtext des § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV noch in der Begründung der Vorschrift eine Grundlage.“

Daher ist nicht nachvollziehbar, warum angesichts der vorstehend beschriebenen weitgehenden Klärung der für Netzübernahmen relevanten Rechtsfragen die „Risiken“ vom Senat so hoch bewertet wurden, dass andere Optionen offenbar nicht ernsthaft geprüft wurden. Zahlreiche Kommunen haben in den letzten Jahren eine Re-Kommunalisierung durchgeführt, obwohl sie deutlich kleiner als die Stadt Hamburg sind und deshalb die Bedingungen für eine Aufnahme des Energienetzbetriebs deutlich ungünstiger waren, als sie es in Hamburg sind.

In der Tat weisen konzernabhängige Netzbetreiber und „Alt-Konzessionäre“ trotz der vorstehend geschilderten einheitlichen Entscheidungspraxis auf „erhebliche Risiken“ bei Netzübernahmen hin. Diese Hinweise sind aber regelmäßig von dem Interesse geleitet, die Kommunen von einer beabsichtigten Re-Kommunalisierung abzuschrecken. Da der Senat offenbar nur mit Vattenfall und E.ON Hanse und nicht mit weiteren unabhängigen Wettbewerbern über die Gründung eines Energieversorgungsunternehmens verhandelt hat, besteht die Gefahr, dass er insoweit einseitig informiert wurde.

Frage 03: Welche „Risiken“ sind konkret gesehen worden, die nach der Bewertung des Senats der Option einer vollständigen Übernahme der Netze, aber auch bereits der Aufnahme von Verhandlungen mit anderen Energieversorgungsunternehmen im Wege stehen sollen?

III. Energiewirtschaftliche und rechtliche Risiken der Kaufpreisregelung

Die vorgesehene Kaufpreisregelung mit Vattenfall und E.ON Hanse birgt erhebliche energiewirtschaftliche und rechtliche Risiken für die Stadt Hamburg.

Die festgeschriebene Spanne für die Kaufpreisanpassung ist mit nur 10 % für den Anteil an der Stromnetzgesellschaft sowie mit nur 20 % für den Anteil an der Gasnetzgesellschaft viel zu

niedrig bemessen, um eine naheliegende Kaufpreisüberhöhungen beim Beteiligungserwerb abzusichern (dazu 1.). Weiterhin wurde es offenbar versäumt, eine Garantie des für die Netzbewertung maßgeblichen kalkulatorischen Restwerts zu vereinbaren (dazu 2.). Aus den vom Senat mitgeteilten Informationen zur Kaufpreisermittlung geht nicht hervor, wie diese Ermittlung erfolgt ist und welche Datenlage dabei berücksichtigt werden konnte. Das gilt auch für die „Fair Opinion“ der Commerzbank AG (dazu 3.).

Schließlich ist nicht verständlich, warum angesichts der eindeutigen Entscheidungspraxis der ordentlichen Gerichte zur Begrenzung von Energienetzkaufpreisen auf den Ertragswert deren Zuständigkeit abbedungen und stattdessen die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts mit noch offener Besetzung gewählt wurde (dazu 4.).

1. Unzureichende Spanne für Kaufpreisanpassung

Die Kaufpreisanpassungsspanne mit nur 10 % für die Beteiligung an der Stromnetzgesellschaft sowie von 20 % für die Beteiligung an der Gasnetzgesellschaft (vgl. *Drs. 20/2949 auf Seite 2 rechte Spalte unter II. A.*) ist deutlich zu niedrig bemessen. Es ist in der Energiebranche bekannt, dass die abgebenden Energienetzbetreiber regelmäßig einen Kaufpreis auf Basis des Sachzeitwerts verlangen. Diese Sachzeitwertforderungen belaufen sich üblicherweise mindestens auf das doppelte des so genannten kalkulatorischen Restwertes der Energienetze.

Der kalkulatorische Restwert des Energienetzes ist der Wert, den die Regulierungsbehörde im Rahmen der Netzentgeltregulierung gegenüber dem Netzbetreiber als Kostenposition anerkennt. Er stellt, vereinfachend gesagt, den Restbetrag der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten dar, den der Netzbetreiber nach den in der Vergangenheit vorgenommenen kalkulatorischen Abschreibungen noch nicht durch Netzentgeltzahlungen wieder verdient hat. Einen höheren Wert erkennt die Regulierungsbehörde nicht an. Diese Vorgaben gelten nach § 6 Abs. 7 Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) bzw. nach § 6 Abs. 7 Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV) ausdrücklich auch im Fall von Energienetzverkäufen. Das hat der Bundesgerichtshof bereits bestätigt.

BGH, Beschluss vom 14. August 2008, RdE 2008, S. 342, Rn. 48.

Daher führt ein Kaufpreis für eine Energienetzgesellschaft ohne Berücksichtigung des kalkulatorischen Restwerts für den Erwerber zu einem äußerst riskanten Geschäft. Der Energienetzbetreiber bekommt im Rahmen der Netzentgeltregulierung nur den kalkulatorischen Restwert anerkannt. Sofern dieser Restwert tatsächlich niedriger ist, als der bei der Kaufpreisermittlung für das Sachanlagevermögen der Gesellschaft angesetzte Wert, hat der Käufer zu viel gezahlt.

Wie im Zusammenhang mit Netzübernahmen von anderen Konzernunternehmen bekannt wurde, ist der kalkulatorische Restwert der Stromnetzanlagen von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Kostenprüfung 2008 wegen einer kalkulatorischen Sonderabschreibung um bis zu 50 % gekürzt worden. Eine vergleichbare Kürzung könnte auch bei Vattenfall durchgeführt worden sein.

Die Mitteilung des Senats enthält zwar den Hinweis, dass die HGV als Mitgesellschafter „*alle Informationen zu den wirtschaftlichen Daten der jeweiligen Netze erhält*“ (siehe Drs. 20/2392 S. 6 unter II. 10 und 11). Diese Information soll aber offenbar erst nach der Beteiligung erfolgen und ermöglicht so keine Überprüfung des vorher festgelegten Kaufpreises für die Beteiligung.

Frage 04: Haben bei der Bewertung nach IDW S 1 die von der Bundesnetzagentur genehmigten kalkulatorischen Restwerte vorgelegen und wurden diese berücksichtigt?

Dieses Risiko wird für die Stadt Hamburg durch die von Vattenfall und E.ON Hanse zugesagte Garantieverzinsung des eingesetzten Eigenkapitals allenfalls begrenzt, aber keinesfalls ausgeschlossen. Das ergibt sich schon daraus, dass der Senat selbst offenbar Bedarf für eine Regelung zur Kaufpreisanpassung gesehen hat. Sofern sich aus der Höhe des Kaufpreises keinerlei Risiken ergeben würden, wäre eine derartige Vereinbarung nicht erforderlich gewesen. Sie ist aber mit 10 % unzureichend niedrig begrenzt worden.

Die Garantieverzinsung gilt nur für die Laufzeit des Vertrages, aber nicht im Falle seiner Endschafft. Somit ergeben sich selbst bei einer Vertragsendschafft erst nach 20 Jahren erhebliche Risiken. Das hat folgenden Hintergrund: Energienetzanlagen werden nach den geltenden rechtlichen Vorgaben kalkulatorisch über ca. 25-60 Jahre abgeschrieben.

Siehe die betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern für Stromnetze nach § 6 Abs. 5 Satz 1 StromNEV i. V. m. Anlage 1 zur StromNEV sowie nach § 6 Abs. 5 Satz 1 GasNEV i. V. m. Anlage 1 zur GasNEV.

Der quantitativ größte Teil des Sachanlagevermögens entfällt dabei auf die Leitungsanlagen. Stromleitungen (Erdkabel) werden mit 40-45 Jahren und Gasleitungen mit einer Benutzungsdauer von 30-65 Jahren abgeschrieben.

Vgl. Ziffer III. 2.1 und III. 2.2 der Anlage 1 zur StromNEV sowie Ziffer IV. der Anlage 1 zur GasNEV.

Dementsprechend werden auch nach dem Ablauf der nunmehr neu zum Abschluss anstehenden Konzessionsverträge mit einer Höchstlaufzeit von 20 Jahren noch nicht alle nunmehr im Rahmen des Beteiligungskaufs erworbenen Energieleitungen vollständig abgeschrieben sein.

Falls der Kaufpreis für die Beteiligungen erheblich oberhalb des kalkulatorischen Restwerts lag, wird auch in 20 Jahren noch eine entsprechende Differenz bestehen. Sowohl bei einem Verkauf der Energienetze in 20 Jahren als auch bei einem eigenen Weiterbetrieb durch die Netzgesellschaften wird diese Differenz von einem Netzkäufer oder der Regulierungsbehörde nicht anerkannt werden.

Sofern es bereits vor Ablauf der ersten zwanzig Jahre zu einer Beendigung der Gewinnabführungsverträge kommen sollte (siehe dazu auch nachstehend unter VI.) nimmt das Risiko eines Verlustes durch eine überhöhte Kaufpreiszahlung für die Stadt Hamburg noch erheblich zu.

2. Fehlende Garantie des kalkulatorischen Restwerts

Der behördlich anerkannte kalkulatorische Restwert der Strom- und Gasnetze fehlt bei den von Vattenfall und E.ON Hanse gegebenen Garantien (*Drs. 20/2949 auf S. 3 unter II. A.*). Da er ein maßgeblicher Wert für die Bewertung der Netzanlagen ist, hätte er ebenfalls garantiert werden müssen. Diese Garantie dürfte für Vattenfall und E.ON Hanse grundsätzlich auch kein Problem darstellen, weil der kalkulatorische Restwert von der Bundesnetzagentur im Rahmen der letzten Netzentgeltgenehmigung festgestellt wurde. Einen höheren Wert können Vattenfall und E.ON Hanse gegenüber den Netzkunden in ihren Netznutzungsentgelten nicht berücksichtigen (siehe vorstehend unter III. 1.). Dann gibt es auch keinen Grund, warum dieser Wert nicht Kaufpreisgrundlage sein kann und warum er nicht garantiert werden kann.

Frage 05: Warum wird der behördlich anerkannte kalkulatorische Restwert von Vattenfall und E.ON Hanse nicht garantiert?

3. Unzureichende Information über Kaufpreisermittlung

Die mitgeteilten Informationen über die Ermittlung des Kaufpreises sind für eine Bewertung der Kaufpreise unzureichend. Insbesondere können die unter III. 1. dargestellten Risiken dadurch nicht ausgeschlossen werden. Der Senat teilt mit, es seien „zwei anerkannte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften“ beauftragt worden, jeweils einen objektivierten Unternehmenswert zum 01. Januar 2012 zu ermitteln. Die Ermittlung sei anhand der berufsständischen Grundsätze des so genannten IDW S 1 erfolgt (so schon *Drs. 20/2392 S. 6 unter III.*). Die Angemessenheit der Kaufpreise sei anschließend durch eine Fairness Opinion der Commerzbank AG (Frankfurt) bestätigt worden (*Drs. 20/2949 unter III. auf S. 6 linke Spalte*).

Die Ermittlung von Ertrags- bzw. Unternehmenswerten für Energieverteilnetze nach IDW S 1 ist derzeit rechtlich/wirtschaftlich sehr stark umstritten. Es ist in Gerichtsprozessen zur angemessenen Bewertung von Energienetzkaufpreisen bekannt, dass die Ertragswertermittlung

durch die Gutachter auf Verkäuferseite teilweise 50 % über den Vorstellungen der Gutachter auf Käuferseite liegen, obwohl sich beide Gutachter auf den IDW S 1 berufen.

Zudem ist im Markt bekannt, dass bestimmte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften regelmäßig für netzabgebende Konzernunternehmen tätig sind und vergleichsweise hohe Ertragswerte ermitteln.

Frage 06: Welche beiden „anerkannten“ Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sind mit der Kaufpreisermittlung betraut worden?

Aus den Mitteilungen des Senats lässt sich zudem nicht entnehmen, ob die beiden Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bei ihrer Bewertung Zugriff auf die von der Bundesnetzagentur anerkannten kalkulatorischen Restwerte für das Strom- und Gasverteilnetz hatten. Ohne diese Information kann eine sachgerechte Ermittlung der Kaufpreise für den Anteil an der Stromnetz sowie der Gasnetzgesellschaft nicht erfolgen (siehe dazu vorstehend unter III. 1.). Sofern eine Mitteilung der behördlich anerkannten kalkulatorischen Restwerte durch Vattenfall und E.ON Hanse erfolgt ist, stellt sich zudem die Frage, ob diese Werte auch garantiert wurden (siehe dazu vorstehend unter III. 2.). Aus den Mitteilungen des Senats lässt sich zudem nicht entnehmen, unter welche Einschränkungen und ausdrücklichen Voraussetzungen die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ihre Bewertungen gegebenenfalls gestellt haben.

Die vorstehend dargestellten Unsicherheiten und Risiken werden auch nicht durch den Umstand beseitigt, dass die Bewertungen durch eine „Fairness Opinion“ der Commerzbank AG bestätigt worden ist. Eine „Fairness Opinion“ beinhaltet häufig lediglich die Durchsicht öffentlich zugänglicher Dokumente bei einer Unternehmensbewertung. Da nicht bekannt ist, welche Daten und Unterlagen den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bei ihrer Bewertung vorlagen, würde eine schlichte Überprüfung von deren Bewertung durch die Commerzbank AG unter demselben Mangel leiden.

Zudem ist die Commerzbank AG bisher nicht als Sachverständiger für die Bewertung von Energienetzen bekannt gewesen. Es ist unbekannt, ob und gegebenenfalls welche Kompetenzen die Commerzbank AG für die Bewertung von Energienetzen hat.

Frage 07: Mit welchen Kompetenzen und Qualifikationen hat sich die Commerzbank AG (Frankfurt) für die Bewertung der Energienetze in der Stadt Hamburg im Rahmen einer „Fairness Opinion“ qualifiziert?

In diesem Zusammenhang ist schließlich von Interesse, welche Haftungsbegrenzung („Disclaimer“) die Commerzbank AG mit ihrer „Fairness Opinion“ verbunden hat. Es ist davon auszugehen, dass die Commerzbank AG ihre Haftung für den Fall einer Fehlbewertung stark eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen hat. Daher bietet die „Fairness Opinion“ für die

Stadt Hamburg keine belastbare Sicherheit, dass die Kaufpreise tatsächlich angemessen ermittelt wurden.

Frage 08: Mit welchen Einschränkungen und Haftungsbeschränkungen hat die Commerzbank AG die Abgabe der „*Fairness Opinion*“ verbunden?

4. Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs

Für die Klärung von streitigen Fragen wurde in dem Vertragswerk mit Vattenfall und E.ON Hanse offenbar verbindlich und abschließend eine Entscheidung durch ein Schiedsgericht vereinbart (*Drs. 20/2949 unter II. A. auf Seite 3 – rechte Spalte; erneut erwähnt in Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 6 – linke Spalte*).

Demnach wären die ordentlichen Gerichte – vorliegend voraussichtlich in erster Instanz das Landgericht Hamburg – für die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen der Stadt Hamburg einerseits und Vattenfall oder E.ON Hanse andererseits nicht zuständig.

Das wäre angesichts der eindeutigen und positiven Entscheidungspraxis der ordentlichen Gerichte zur Begrenzung von Energienetzkaufpreisen auf den Ertragswert nicht verständlich. Die Stadt Hamburg ginge damit das unnötige Risiko ein, dass ein Schiedsgericht abweichend von der Entscheidungspraxis der ordentlichen Gerichte urteilt und das Urteil des Schiedsgerichts wegen Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs trotzdem bestandskräftig wird.

Frage 09: Wurde auf die Anrufung der ordentlichen Gerichte verzichtet?

IV. Unklare Auslagerung von Dienstleistungen auf Vattenfall und E.ON Hanse

Die vom Senat mitgeteilten Informationen reichen nicht aus, um den Umfang und die Dauer der durch Dienstleistungsverträge auf dritte Unternehmen des Vattenfall-Konzerns ausgelagerte Aufgaben bewerten zu können. Auch die Gasnetzgesellschaft unterhält offenbar umfangreiche Dienstleistungsbeziehungen zur E.ON Hanse oder anderen E.ON-Konzernunternehmen, soll aber so gestellt werden, „*als ob keine konzerninternen Dienstleistungsverträge bestehen*“ (*Drs. 20/2949 unter II. B. auf S. 4 rechte Spalte*).

Hier besteht ein erhebliches Informationsdefizit. Dieses Informationsdefizit ist auch deshalb von Bedeutung, weil die Prüfschwelle für diese Dienstleistungsverträge bei Vattenfall erst (mit einer Ausnahme) ab einem Volumen von 4 Mio. € einsetzt (dazu 1.). Zudem ist die Relevanz der Ausführungen zur Sicherstellung so genannter „*Zusatzgewinne*“ in der Netzgesellschaft Gas nicht erkennbar (dazu 2.). Die Regelung zur Vereinbarung von Dienstleistungsentgelten auf Basis „*tatsächlicher Kosten zuzüglich einer angemessenen Marge*“ für die Stromnetzgesellschaft ist energierechtlich nicht tragbar (dazu 3.).

1. Unklarer Umfang der Aufgabenauslagerung und Überprüfungsdefizite

Die Auslagerung von jedenfalls einzelnen Aufgaben der Netzgesellschaft auf Vattenfall-Konzernunternehmen ist offenkundig vorgesehen, weil dafür Prüfungsrechte der HGV vorgesehen werden (*Drs. 20/2949 unter II. B. auf S. 4 linke Spalte oben*).

Frage 10: In welchem Umfang und für welche Zeiträume erfolgt eine solche Auslagerung? Was bleibt an Aufgaben in den Netzgesellschaften erhalten?

Frage 11: Warum werden Dienstleistungen für das Netz in der Stadt Hamburg von der Vattenfall Europe Netzservice GmbH in Berlin durchgeführt?

Die Prüfschwelle für Dienstleistungsverträge von 4 Mio. €, von der nur der Dienstleistungsvertrag mit der Vattenfall Europe Netzservice GmbH ausgenommen ist, erscheint zu hoch – zudem besteht die Gefahr der Umgehung durch Aufteilung auf diverse „kleinere“ Dienstleistungsverträge.

Die Gasnetzgesellschaft soll zwar so gestellt werden, „*als ob keine konzerninternen Dienstleistungsverträge bestehen*“. Gleichzeitig ist aber ein Zustimmungserfordernis der HGV für eine „*wesentliche*“ Änderung der Verträge sowie ein Überprüfungsrecht hinsichtlich der Angemessenheit der Dienstleistungsentgelte vorgesehen (*Drs. 20/2949 unter II. B. auf S. 4 rechte Spalte*). Damit erscheint es jedenfalls möglich, dass ein erheblicher Teil – insbesondere der kaufmännischen Dienstleistungen (Abrechnung, etc.) – auf außerhalb von Hamburg befindliche E.ON-Konzernunternehmen verlagert wird. Sofern diese Verlagerung bereits in den bestehenden Verträgen vorgesehen ist, kann sie durch die HGV auch nicht verhindert werden, weil das Zustimmungsrecht nur für die „*wesentliche Änderung*“ der Verträge gilt.

2. Irrelevante Regelung zu Zusatzgewinnen aus Dienstleistung bei Gas

Die Darstellung zu „*erlaubten Zusatzgewinnen nach Regulierung BNetzA*“ durch Fiktion des Nichtbestehens von Dienstleistungsverträgen (*Drs. 20/2949 unter II. B. auf S. 4 rechte Spalte*) ist im wirtschaftlichen Ergebnis für die Stadt Hamburg irrelevant, weil nach der vorherigen Darstellung ohnehin (nur) eine feste Ausgleichszahlung („*Garantiedividende*“) gezahlt wird (vgl. *Drs. 20/2949 unter II. B. auf S. 4 linke Spalte im 5. Spiegelstrich*). Daher entsteht für die Stadt Hamburg kein erkennbarer Vorteil aus der Weitergabe von so bezeichneten „*Zusatzgewinnen*“ an die Netzgesellschaft Gas.

3. Unzulässigkeit einer „*angemessenen Marge*“ für Dienstleistungen bei Strom

Nach den Informationen des Senats ist im Bereich der Stromnetzgesellschaft die Vereinbarung von Dienstleistungsentgelten auf Basis „*tatsächlicher Kosten zuzüglich einer angemessenen*“

Marge“ vorgesehen (vgl. Drs. 20/2949 unter II. B. auf S. 4 rechte Spalte unter „(Zukünftige) Vattenfall Strom Hamburg GmbH“). Eine solche Marge wird nach § 4 Abs. 5a Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) energierechtlich nicht anerkannt:

„Betreiber von Stromversorgungsnetzen können Kosten oder Kostenbestandteile, die auf Grund von Dienstleistungen durch Dritte anfallen, maximal in der Höhe ansetzen, wie sie anfielen, wenn sie die Leistungen selbst erbringen würden. Der Betreiber des Stromversorgungsnetzes hat die erforderlichen Nachweise zu führen.“

Der entsprechende Aufwand der Netzgesellschaft für die „Marge“ (also den Gewinn für Vattenfall) würde bei der Regulierung der Stromnetzentgelte durch die Bundesnetzagentur nicht anerkannt. Diese rechtliche Vorgabe ist im Sinne der Stromnetzkunden auch sinnvoll. Ein Netzbetreiber soll nicht durch Auslagerung von Dienstleistungen auf andere (insbesondere konzernabhängige) Unternehmen höhere Kosten produzieren können, die dann zu Lasten der Verbraucher auf die Stromnetzentgelte aufgeschlagen werden können.

V. Unzureichende Verzinsung des eingesetzten Kapitals der Stadt Hamburg?

Nach der Mitteilung des Senats erhält die Stadt Hamburg über Gewinnabführungsverträge jeweils eine „Garantiedividende“ von 4,2 % (netto) für ihr in den Strom- und Gasnetzgesellschaften eingesetztes Kapital (Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 4 – linke Spalte).

Die Verzinsung für eine Investition in Strom- oder Gasnetze sollte grundsätzlich an den von der Regulierungsbehörde zugelassenen Eigenkapitalzinssätzen orientiert werden. Das sind 9,05 % für Neuanlagen und 7,14 % für Altanlagen (jeweils vor Steuern).

Siehe Festlegung durch Beschluss der Bundesnetzagentur (Az.: BK4-11-304) vom 31. Oktober 2011; so auch ausdrücklich aufgegriffen in Drs. 20/2392 auf S. 3 unter II. 4a.

Soweit der Senat dabei mitteilt, dass die vorstehenden Zinssätze aufgrund der Netzentgeltregulierung („Effizienzsteigerungen“) nicht mit der üblicherweise erzielten Rendite übereinstimmen, ist das zwar grundsätzlich zutreffend. Es lässt jedoch zunächst außer Acht, dass vom Energienetzbetreiber im Rahmen der Anreizregulierung durch entsprechende Effizienzsteigerungen auch darüber hinausgehende Erlöse erzielt werden können.

Vor allem ist aber der Abstand zwischen den oben genannten behördlich festgelegten Eigenkapitalzinssätzen (brutto) zu der vereinbarten Garantiedividende von 4,2 % (netto) nicht alleine mit steuerlichen Auswirkungen zu erklären.

Die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg hat zwar in einem aktuellen Positionspapier vom 05. Dezember 2011 Grenzen für die Eigenkapitalzinssätze beim Abschluss von Pachtverträgen im Zusammenhang mit dem Neuabschluss von Konzessionsverträgen vorgeben.

Positionspapier Konzessionsvergabe der Landeskartellbehörde Energie (Baden-Württemberg) zur Beteiligung von Gemeinden an Gemeinschaftsunternehmen mit Energieversorgungsunternehmen sowie zu Pachtmodellen im Zusammenhang von wegrechtsbezogenen Konzessionsvergaben im Strom- und Gassektor (nachstehend: „*Positionspapier Landeskartellbehörde Ba.-Wü.*“) auf Seite 8/9.

Diese Vorgaben gelten jedoch nur dann, wenn die Kooperationsvereinbarung im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe abgeschlossen wird. Das ist aber von der Stadt Hamburg gerade nicht beabsichtigt. Daher wäre eine Bindung an die von der Landeskartellbehörde in Baden-Württemberg vorgegebenen Höchstzinssätze nicht erforderlich – unabhängig davon, dass die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg für die Bewertung eines Verfahrens in der Stadt Hamburg nicht zuständig wäre.

Auch das Bundeskartellamt hat gegenüber dem BUND Hamburg ausdrücklich die Zulässigkeit einer marktüblichen Garantiedividende bestätigt.

„Eine feste Ausgleichzahlung ist zulässig, wenn sie marktübliche Grenzen nicht überschreitet.“ Siehe Stellungnahme Bundeskartellamt an den BUND Hamburg vom 23. Februar 2012 (Seite 2 am Ende).

Bei der Bewertung der Marktüblichkeit der Garantiedividende ist zudem zu beachten, dass das Strom- und das Gasnetz in der Stadt Hamburg zu den wirtschaftlich attraktivsten Energienetzen in Deutschland gehören dürften.

Frage 12: Welcher Bruttozinssatz lag der Ermittlung des vereinbarten Nettozinssatzes von 4,2 % zu Grunde?

VI. Risiken für die Stadt Hamburg bei Rückabwicklung der Beteiligung

Nach den Informationen des Senats sieht das Vertragswerk in diversen Konstellationen eine Rückabwicklung der Beteiligung der HGV vor. Ob es zu einer Rückabwicklung kommt, unterliegt dabei teilweise nicht oder nur sehr eingeschränkt der zukünftigen Entscheidungsfreiheit der Stadt Hamburg (dazu 1.). Aus der Rückabwicklung können sich aber erhebliche rechtliche und wirtschaftliche Risiken für die Stadt Hamburg ergeben (dazu 2.). Diese Risiken können zudem dazu führen, dass die Entscheidung für die zukünftige Konzessionierung der Netzgesellschaften mit rechtlichen Risiken belastet ist (dazu 3.).

1. Szenarien für eine Rückabwicklung

Eine Rückabwicklung der Beteiligung der HGV ist in mehreren Szenarien vorgesehen, ohne dass aus der Mitteilung des Senats die Konsequenzen für den Fall einer solchen Rückabwicklung deutlich werden. Insgesamt werden vier Szenarien genannt (*Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 5 – rechte Spalte unten*):

- Die HGV hat ein Rückabwicklungsrecht, wenn eine Annahme des Volksentscheids „*Unser Hamburg – Unser Netz*“ erfolgt.
- Die HGV hat auch dann ein Rückabwicklungsrecht, wenn die Vergabe der Konzessionen an „*einen Dritten*“ erfolgt.
- Die HGV hat schließlich dann ein Rückabwicklungsrecht, wenn Vattenfall und/oder E.ON Hanse die Gewinnabführungsverträge (GAV) „*nicht weiterführen wollen*“ (so *Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 4 – linke Spalte*) bzw. im Falle einer „*Nichtverlängerung der GAV nach Ablauf der ersten GAV-Periode*“ (*Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 5 – rechte Spalte unten*).
- Vattenfall und E.ON Hanse haben im Falle eines „*erfolgreichen Volksentscheides*“ ein „*korrespondierendes, aber zeitlich nachgelagertes Rückabwicklungsrecht.*“

Für den letzten Fall ist nicht ausreichend klar definiert, wie er sich zum Rückabwicklungsrecht der HGV nach dem ersten Fall verhält. Insbesondere ist aufgrund der abweichenden Formulierungen nicht eindeutig, ob die „*Annahme des Volksentscheids*“ und der „*erfolgreiche Volksentscheid*“ dasselbe Szenario meinen.

An anderer Stelle wird – ebenfalls sprachlich unklar – von einem „*positiven Ausgang des Volksentscheids*“ gesprochen (*Drs. 20/2949 unter II. A. auf Seite 3 – linke Spalte in der Mitte*).

Zudem ist die Relevanz der Einschränkung „*zeitlich nachgelagerten*“ nicht verständlich. Da in der Mitteilung des Senats für die Folgen der Rückabwicklungen keine Unterschiede zwischen einem Rückabwicklungsrecht der HGV und einem Rückabwicklungsrecht der EVU gemacht wird, ist nicht verständlich, welchen Zweck die Einschränkung „*zeitlich nachgelagert*“ haben soll.

Für alle vorstehenden Szenarien wird im Falle der Rückabwicklung eine Rückübertragung der Beteiligung gegen Rückzahlung des Kaufpreises vereinbart. Weitere Informationen zur Rückabwicklung finden sich nicht.

Von den Rückabwicklungsrechten zu unterscheiden sind die Rücktrittsrechte, welche allen drei Parteien zustehen, falls die Vollziehung der Verträge nicht bis zum 30. Juni 2012 (Strom), 31. Juli 2012 (Gas) oder bis zum 15. November

2012 (Wärme) erfolgt (Drs. 20/2949 unter II. A. auf Seite 3 – linke Spalte in der Mitte).

2. Fehlende Präzisierung und wirtschaftliche Risiken im Falle der Rückabwicklung

Zunächst fehlt bei der Darstellung der Rückabwicklung eine Aussage dazu, ob der Anspruch der Stadt Hamburg auf die Garantiedividende für den Zeitraum der Beteiligung der HGV bis zum Zeitpunkt der Rückabwicklung in der genannten Höhe von 4,2 % (Strom- und Gas) sowie 4,5 % (Fernwärme) bestehen bleibt. Sofern die Zahlungen nach den Gewinnabführungsverträgen ebenfalls rückabgewickelt werden müssten, hätte die Stadt Hamburg im wirtschaftlichen Ergebnis einen zinslosen Kredit an Vattenfall und/oder E.ON Hanse vereinbart. Die bis zur Rückzahlung des Kaufpreises wirksame Inflationierung der Kaufpreisbeträge würde sich zu Lasten der Stadt Hamburg auswirken. Das wäre insbesondere aufgrund der in Rede stehenden Summen eine sehr nachteilhafte Regelung.

Frage 13: Steht der Stadt Hamburg der Anspruch auf die Garantiedividende auch für den Fall der Rückabwicklung zu?

Zudem könnte sich im Falle einer Rückabwicklung ein wirtschaftliches Risiko aus den Kreditverträgen ergeben, welche die Stadt Hamburg bzw. die HGV zur Finanzierung der Anteilskaufpreise aufzunehmen müssen. Es droht das Risiko, dass die Kreditverträge unabhängig vom Szenario einer Rückabwicklung weiter laufen und die Stadt Hamburg das dann verfügbare Kapital aus der Rückzahlung der Anteilskaufpreise nicht zu gleich guten Konditionen anlegen kann. Das würde zu einem finanziellen Verlust für die Stadt Hamburg führen.

Frage 14: Zu welchen Konditionen kann die Stadt Hamburg die Kreditverträge zur Aufnahme der Kaufpreise beenden (insbesondere im Falle einer Rückabwicklung der Beteiligung der HGV)?

3. Nachteilhaftes Verhältnis von Beendigung des GAV zum Rückabwicklungsrecht

Unabhängig von den vorstehend beschriebenen wirtschaftlichen Risiken im Falle der Rückabwicklung hat das offenbar im Konsortialvertrag angelegte Verhältnis der Beendigung des Gewinnabführungsvertrages einerseits und des Anspruchs auf Rückabwicklung andererseits einen erheblichen rechtlichen Nachteil für die Stadt Hamburg. Es steht im freien Ermessen von Vattenfall und E.ON Hanse, ob die Gewinnabführungsverträge („GAV“) nach Ablauf der Mindestlaufzeit fortgeführt werden.

Siehe Drs. 20/2949 unter II. B. auf Seite 4 (linke Spalte) sowie auf Seite 5 (rechte Spalte unten) sowie vorstehend unter VI. 1.

Weiterhin ist zu beachten, dass die Gewinnabführungsverträge eine Absicherung der Stadt Hamburg gegen überhöhte Kaufpreise für die Gesellschaftsanteile darstellen sollen. Dies wird dadurch erreicht, dass die Garantiedividende auf den gezahlten Kaufpreis gewährt wird. Zwar bestehen auch insofern Risiken, weil die Absicherung nach unserem Erachten nicht ausreichend ist (siehe dazu oben unter III.), aber grundsätzlich erfüllt die Garantiedividende diese Funktion. Sofern Vattenfall und E.ON Hanse die Gewinnabführungsverträge nicht mehr fortführen wollen, könnte die Stadt Hamburg aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sein, von ihrem Rückabwicklungsrecht Gebrauch zu machen, um die erheblichen Risiken aus etwaig überhöhten Kaufpreisen für die Beteiligung der HGV zu vermeiden. Im Falle einer Rückabwicklung der Beteiligung bleiben die noch abzuschließenden Konzessionsverträge aber bestehen.

Damit können Vattenfall und E.ON Hanse die Stadt Hamburg bereits nach fünf Jahren zu einer Beendigung ihrer Beteiligung zwingen und hätten gleichzeitig für die dann wieder vollständig in ihrem Eigentum stehenden Unternehmen eine Laufzeit des Konzessionsverträge bis voraussichtlich zum Jahr 2034 gesichert. Aus den Mitteilungen des Senats ist nicht erkennbar, dass sich die Stadt Hamburg gegen eine solche Strategie erfolgreich wehren könnte.

4. Rechtliche Risiken für die anstehenden Konzessionierungsverfahren

Die im Falle einer Rückabwicklung der Beteiligung für die Stadt Hamburg zu gewärtigenden wirtschaftlichen Risiken können zudem die Entscheidung für die Konzessionierung der zukünftigen Netzgesellschaften mit erheblichen rechtlichen Risiken belasten.

Nach Auffassung der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg müssen die Kommunen zur Vermeidung kartellrechtsrelevanter Verstöße bei der Verhandlung über Gemeinschaftsunternehmen beachten, dass sie sich für ein nachfolgendes Konzessionierungsverfahren keine unzulässigen Vorfestlegungen treffen. Eine solche Vorfestlegung wird z. B. angenommen, wenn

„aufgrund vorvertraglichen Verhaltens im Falle der Nichtvergabe der Wegerechte zivilrechtliche (Schadensersatz-) Ansprüche begründet sind. Oder solche wahrscheinlich sein können. ... Ferner kann auch der erhebliche Einsatz finanzieller und/oder sachlicher Mittel eine faktische Vorfestlegung erzeugen.“

Positionspapier Landeskartellbehörde Ba.-Wü.(Seite 5).

Das Bundeskartellamt hat in einer aktuellen Stellungnahme gegenüber dem BUND Hamburg zu den Rückabwicklungsszenarien ausgeführt:

*„Die vereinbarte Rückabwicklungsklausel, wonach die Stadt Hamburg ihre Anteile gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben kann, falls sich in dem anstehenden Vergabeverfahren ein anderer Bewerber durchsetzt, trägt dem Erfordernis eines ergebnisoffenen Verfahrens grundsätzlich Rechnung. Die Entscheidung der Stadt Hamburg kann dadurch **frei von der Berücksichtigung finanzieller***

eller Konsequenzen erfolgen, die der Stadt in Form eines Wertverlustes ihrer Beteiligung entstünden, wenn die Konzession an einen anderen Bewerber vergeben wird“ [Hervorhebung durch Unterzeichner].

Stellungnahme Bundeskartellamt an den BUND Hamburg vom 23. Februar 2012
(Seite 2 am Ende).

Die Annahme des Bundeskartellamts, die Rückabwicklung würde die Entscheidungsfreiheit der Stadt Hamburg herstellen, so dass diese „frei von der Berücksichtigung finanzieller Konsequenzen erfolgen“ könne, ist unzutreffend. Gerade durch eine Rückabwicklung werden zusätzliche Risiken der Stadt Hamburg ausgelöst, wie sich aus der vorstehenden Darstellung unter VI. 2. ergibt.

Unabhängig davon, ob man die Rechtsauffassung des Bundeskartellamts sowie der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg teilt, entsteht an dieser Stelle ein rechtliches Risiko für die Stadt Hamburg.

Die spätere Entscheidung der Stadt Hamburg für die Vergabe der Konzessionen an die Hamburg Netz GmbH und/oder an die Vattenfall Stromnetz Hamburg GmbH stünde damit immer unter dem begründeten Verdacht, dass sie zur Vermeidung von wirtschaftlichen Risiken aus der Rückabwicklung und nicht anhand der „vorher festgelegten und bekanntgegebenen Auswahlkriterien“ für das Konzessionierungsverfahren getroffen wurde. Letzteres wird aber von den Kartellbehörden verlangt:

Siehe Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010 in Rn. 22.

Damit wird eine spätere Konzessionsentscheidung zugunsten der Hamburg Netz GmbH und/oder an die Vattenfall Stromnetz Hamburg GmbH kartellrechtlich angreifbar.

VII. Unzulässiger Verzicht auf ein Bekanntmachungsverfahren für Fernwärme?

Ausweislich der Mitteilungen des Senats ist nur für die Strom- und Gaskonzession ein öffentliches Bekanntmachungsverfahren für den Neuabschluss eines Konzessionsverfahrens beabsichtigt. Für Fernwärme soll ein solches Verfahren offenbar nicht durchgeführt werden.

„Für den Bereich der Fernwärme ist § 46 EnWG nicht anwendbar“ (Drs. 20/2392 S. 6 unter II. 15. sowie S. 7 unter III.).

Das ergibt sich zudem mittelbar aus Drs. 20/2949 unter I. B. auf S. 5 (rechte Spalte unter „Rückabwicklung“), weil dort nur für die HHNG und die VSHG eine Rückabwicklung für den Fall einer „Vergabe der Konzession an einen Dritten“ vorgesehen ist. Bei Fernwärme wird offenkundig davon ausgegangen, dass dieser Fall nicht eintritt.

Die Durchführung eines öffentlichen Bekanntmachungsverfahrens zum Neuabschluss des Fernwärmekonzessionsvertrages folgt zwar nicht aus dem EnWG, ist aber wegen Europarecht geboten.

Siehe auch Ax/Siewert, „*Fernwärmekonzession – vergabepflichtiger Vertrag oder vergabefreie Direktvergabe*“, ZNER 2010, S. 553 ff.

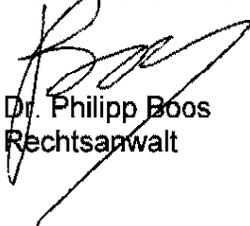
So verfahren deshalb auch andere Städte in Deutschland.

Siehe z. B. die Bekanntmachungen der Städte Leipzig, Oberhausen, Geesthacht und Bitterfeld-Wolfen im elektronischen Bundesanzeiger.

Der Senat räumt selbst ein, dass die Voraussetzungen für den Zugang von dritten Wärmelieferanten zum Fernwärmenetz in Hamburg schwierig sind und die Gewährung von Netzzugang dementsprechend zunächst noch weitere Prüfungen durch Vattenfall voraussetzt (siehe *Drs. 20/2392 auf S. 6 unter II. 6.*).

Unabhängig von der europarechtlichen Verpflichtung zur Durchführung eines öffentlichen Bekanntmachungsverfahrens für Fernwärme wäre die Durchführung für die Stadt Hamburg auch aus wirtschaftlichen und politischen Gründen vorteilhaft. Durch das öffentliche Verfahren wird ein Wettbewerb um den Fernwärmekonzessionsvertrag erzeugt. Nur so ist sichergestellt, dass die Stadt Hamburg auch das vorteilhafteste Konzessionsvertragsangebot für Fernwärme erhält. Sofern auf den Konzessionswettbewerb verzichtet wird, steht der derzeitige Fernwärmenetzbetreiber unter keinerlei Wettbewerbsdruck und hat keine Notwendigkeit, vorteilhafte Konditionen anbieten (etwa zur Höhe der Konzessionsabgabe, der Übernahme von Folgekosten oder der Vertragsensschaft).

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Philipp Boos
Rechtsanwalt



Dr. Konrad Hummel
Rechtsanwalt