

Due Diligence von Windkraftprojekten – Worauf ist zu achten?

Forum Recht, Steuer, Finanzen

Kurzprofil BBH



Becker Büttner Held gibt es seit 1991. Bei uns arbeiten Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater – sowie Ingenieure, Berater und weitere Experten in unserer BBH Consulting AG. Wir betreuen über 3.000 Mandanten und sind die führende Kanzlei für die Energie- und Infrastrukturwirtschaft.

BBH ist bekannt als „die“ Stadtwerke-Kanzlei. Wir sind aber auch viel mehr. In Deutschland und auch in Europa. Die dezentralen Versorger, die Industrie, Verkehrsunternehmen, Investoren sowie die Politik, z.B. die Europäische Kommission, die Bundesregierung, die Bundesländer und die öffentlichen Körperschaften, schätzen BBH.

- ▶ rund 250 Berufsträger, rund 550 Mitarbeiter
- ▶ Büros in Berlin, München, Köln, Hamburg, Stuttgart und Brüssel

Wolfram von Blumenthal



Herr von Blumenthal beschäftigt sich mit Gesellschaftsrecht, Mergers & Acquisition (M&A) und allgemeinem Zivilrecht.

- ▶ Geboren 1966 in Marburg
- ▶ 1987 bis 1992 Studium der Rechtswissenschaften in Bonn und München
- ▶ 1995 bis 1998 Rechtsanwalt bei von Weidenbach und Kollegen München
- ▶ 1998 bis 2003 Leiter der Rechtsabteilung eines börsennotierten Unternehmens, Syndicus
- ▶ Seit 2004 Rechtsanwalt bei BBH München
- ▶ Seit 2007 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
- ▶ Seit 2008 Partner bei BBH München
- ▶ Aufsichtsratsvorsitzender der Fritz Herzog Bauunternehmen AG

Rechtsanwalt · Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht · Partner

81373 München · Pfeuferstr. 7 · Tel +49 (0)89 23 11 64-147 · wolfram.von.blumenthal@bbh-online.de

These:

- ▶ Nach wie vor sind die Transaktionskosten für Windparkprojekte zu hoch und belasten Verkäufer und Käufer gleichermaßen.
- ▶ Die Ursache ist regelmäßig die Due Diligence und die daraus abgeleiteten Folgen:
 - Vertragsanpassungen
 - Garantien

Die Verträge

- ▶ Die Bedeutung sorgfältig ausgearbeiteter Verträge wird von den Verkäufern häufig falsch eingeschätzt. Insbesondere wird nicht erkannt, dass bei Projekten, die sich noch in der Realisierungsphase befinden, maßgeblich nur Verträge verkauft werden. Diese bilden also das sichtbare Produkt für den Käufer.

- ▶ Ungewöhnlich häufig werden seitens der Verkäufer immer noch Verträge vorgelegt, die erkennbar so von den Käufern nicht abgeschlossen werden können. Beispiele:
 - Haftungsausschlüsse;
 - Ungesicherte Anzahlungen in Millionenhöhe;
 - Unzureichende Leistungsbeschreibungen.

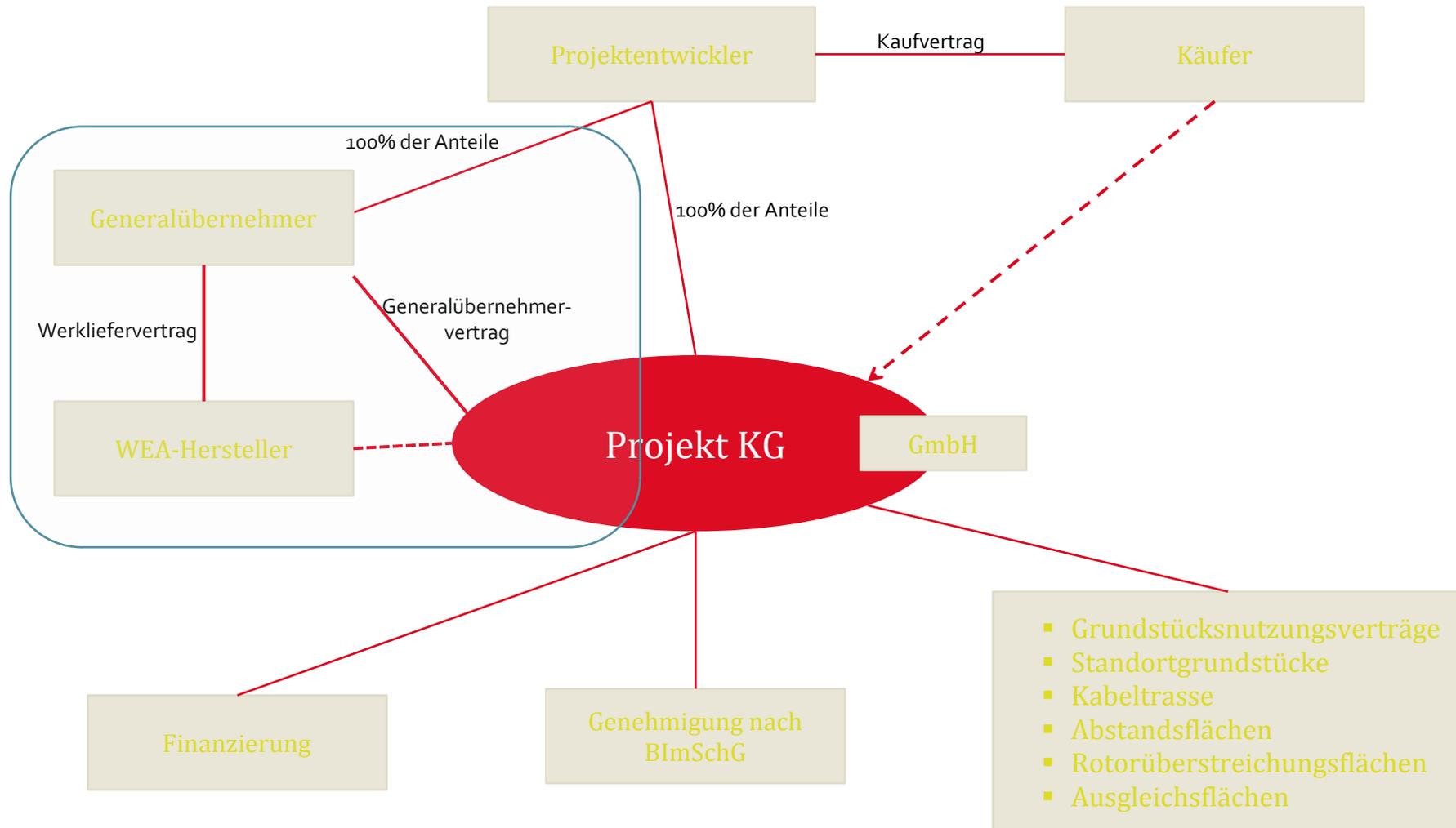
Die Verträge

- ▶ Nach wie vor fehlen Standards für immer wiederkehrende Verträge, insbesondere für
 - Pachtverträge und
 - Verträge zur Nutzung der Trassengrundstücke.
- ▶ Die Rechtesicherung erfolgt zunächst nicht für die zu übertragende Projektgesellschaft mit der Notwendigkeit weiterer Übertragungsakte.
 - Besonders kritisch bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, die ggf. neu bestellt werden müssen, nicht bei Trassengrundstücken nach § 1092 Absatz 3, Satz 1 BGB.
 - Verbindung von WEA-Anlagen in Ausübung eines fremden Rechts (§ 95 Absatz 1, Satz 2 BGB) setzt mindestens die Stellung des Antrags auf Eintragung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit voraus; anderenfalls Erwerb der WEA durch Grundstückseigentümer.

Die Verträge

- ▶ Die notwendigen Sicherungsinteressen des Käufers werden bei Projekten in der Realisierungsphase nicht ausreichend berücksichtigt, insbesondere hinsichtlich Anzahlungen/ Erlöschen des Eigentumsvorbehalts des WEA-Lieferanten.

Auseinanderfallen von GÜ und WEA-Hersteller



Auseinanderfallen von GÜ und WEA-Hersteller

- ▶ Die Funktion des Generalübernehmers wird in vielen Fällen aufgrund Finanzkraft des Projektentwicklers von diesem nicht vollständig erfüllt. Die Rechte aus dem WEA-Kaufvertrag werden spätestens mit Abnahme wieder an die Projektgesellschaft abgetreten.

Auseinanderfallen von GÜ und WEA-Hersteller

▶ Zielkonflikt:

- Generalübernehmer möchte die Marge für die Koordinierung des Projekts und die Übernahme des daraus resultierenden Risikos übernehmen. Langfristige Gewährleistung soll sich gegen den Hersteller der WEA richten.
- Unmittelbarer Abschluss des WEA-Kaufvertrages zwischen Projektgesellschaft und WEA-Hersteller schafft zwar Rechtssicherheit, Schnittstellenrisiken verbleiben dann bei der Projektgesellschaft, was dann zwangsläufig die Marge des Projektentwicklers mindern müsste.
- Alle Anzahlungen sind jeweils so abzusichern, dass auch im Insolvenzfall des Projektentwicklers ausreichend Sicherheit besteht. Wesentliche Vorleistungen können seitens der Käufer nicht akzeptiert werden. Soweit der Projektentwickler selbst nicht Sicherheit leisten kann, muss er damit die entsprechenden Abschnitte zwangsläufig vorfinanzieren.

Die Due Diligence

- ▶ Datenräume für Due Diligence sind regelmäßig unvollständig und werden erst auf Anforderung des Käufers nach und nach mit dem notwendigen Inhalt befüllt.
- ▶ Die Folge sind lange Due Diligence Prozesse und umfangreiche Fragenkataloge der Käufer.
- ▶ Häufig können Erkenntnisse aus der Due Diligence nicht durch Garantien abgedeckt werden, sondern erfordern die Anpassung bestehender Verträge.

Die Due Diligence

- ▶ Änderung des Rollenverständnisses der Kommunen: Aktive Gestaltung und wirtschaftliche Teilhabe innerhalb der rechtlichen Grenzen, beachte Koppelungsverbot!

Hierzu ausführlich: Dr. Max Reicherzer „Kommunale Flächensicherung für Windenergieanlagen – Der Standortsicherungsvertrag als Instrument der Beteiligung von Kommunen an der Wertschöpfung“, BWGZ 2012, 744

- ▶ Abschattung?
- ▶ Vorsicht vor Projektgesellschaften mit Vergangenheit

Die Due Diligence

- ▶ IT
 - Wem gehört was?
 - Wem gehören die Daten?
 - Wer kann die Daten nutzen und auswerten?
- ▶ Nebenbestimmungen zur Genehmigung nach BImSchG
- ▶ Netzanschlusszusage (Gültigkeit)
- ▶ § 594b BGB

Wirtschaftlichkeit

- ▶ Verwirrung durch die berücksichtigten Überschreitungswahrscheinlichkeiten P₅₀/P₇₅; Windgutachten nur Anhaltswerte ohne Berücksichtigung aller Risiken (Vergangenheitsorientiert, technische Anlagenverfügbarkeit, Vereisung, Einspeiseverluste, Abschaltung, Abschattung durch noch nicht konkretisierte WEA sowie Unsicherheiten bei Ableitung Windgeschwindigkeit und Leistungskennlinien)
- ▶ Verschleierung wahrer Renditekennzahlen durch Ausweisung von Zwischenergebnissen (Gewerbsteuer zwar berücksichtigt, aber nicht die auf Ebene des Gesellschafters anfallende Körperschaftsteuer/ Einkommensteuer je nach Investor)
- ▶ Fehlende Berücksichtigung weiterer steuerlicher Gesichtspunkte

Wirtschaftlichkeit

- ▶ Fehlende Berücksichtigung bzw. nicht realitätsnahe modelltechnische Abbildung
 - von zusätzlichem Kapitalbedarf, beispielsweise für Rückbau, Working Capital sowie
 - der konkreten Zahlungszeitpunkte

- ▶ Berechnungszeitraum 20 oder 25 Jahre

Ableitung für eine optimale Due Diligence

- ▶ Verkäufern wird empfohlen, möglichst gut ausgearbeitete Verträge anzubieten, um das Produkt attraktiv erscheinen zu lassen und dem Käufer die Entscheidung zu erleichtern, über die Weiterverfolgung des Kaufinteresses frühzeitig zu entscheiden.
- ▶ Vorlage von Verträgen, die von der jeweils anderen Partei nicht akzeptiert werden kann, entspricht heute regelmäßig nicht mehr allgemeinen M&A-Standards und sollte daher auch in der Windbranche aus dem Markt verschwinden.
- ▶ Festlegung der wechselseitigen Bewertungsansätze erleichtert die Kaufpreisfindung.

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.

Wolfram von Blumenthal, BBH München
Tel +49 (0)89 231164-147
wolfram.von.blumenthal@bbh-online.de
www.bbh-online.de