

EnergieNetz Hamburg eG
Sportallee 54B
22335 Hamburg

GLS Treuhand e.V.
Christstraße 9
44774 Bochum

Rödl & Partner GbR

**Wirtschaftsprüfer
Steuerberater
Rechtsanwälte**

Äußere Sulzbacher Straße 100
90491 Nürnberg
Telefon: +49 (911) 91 93-0
Telefax: +49 (911) 91 93-35 49
E-Mail: pmc@roedl.de
Internet: www.roedl.de

Kurzstellungnahme

Anforderungen an Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bei der
Rekommunalisierung der Fernwärme in der Freien und Han-
sestadt Hamburg

Nürnberg, den 15.08.2018

A. Zusammenfassung

Die Ausübung der Option zur Übernahme von weiteren 74,9% an der VWH GmbH zu einem Preis von 624,95 Mio. € ist vertretbar, wenn Gesichtspunkte des Gemeinwohls vorliegen, die der oben genannten Wertdifferenz des Unternehmenswerts mit mindestens gleicher Gewichtung gegenübergestellt werden können. Die Ausführungsbestimmungen der Hamburger Landeshaushaltsordnung schreiben vor, dass bei Maßnahmen und Entscheidungen von erheblicher finanzieller Bedeutung eine umfassende Nutzen-Kosten-Untersuchung durchzuführen ist. Die Nutzen-Kosten-Untersuchung dient dazu, die Vor- und Nachteile staatlicher Maßnahmen auch unter Einbeziehung der wesentlichen gesellschaftlichen Wirkungen und einer volkswirtschaftlichen Betrachtungsweise möglichst genau zu erfassen.

Die Durchführung einer solchen Nutzen-Kosten-Untersuchung ist auch gesetzlich verankert. So bestimmen § 6 Haushaltsgrundsätzegesetz und § 7 Abs. 2 Hamburger Landeshaushaltsverordnung: „Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Für geeignete Maßnahmen von erheblicher finanzieller Bedeutung sind Nutzen-Kosten-Untersuchungen anzustellen.“¹

Der Staat ist bei seiner wirtschaftlichen Betätigung und seinen finanzwirksamen Entscheidungen neben ökonomischen Interessen stets auch solchen des Gemeinwohls verpflichtet. Durch den Erwerb des Fernwärmenetzes erweitert die FHH ihren Handlungsspielraum für absehbare zukünftige energiewirtschaftliche und klimapolitische Herausforderungen und deren Auswirkungen deutlich. So erzeugt das Fernwärmenetz als strategisches Instrument des für eine klimafreundlichere, gesundheitsfördernde und stadtplanerisch effektive

¹ Leitfaden – Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 91.

Entwicklung nicht nur im Zeitpunkt des unmittelbaren Erwerbs einen unmittelbaren Mehrwert, sondern verbessert die Ausgangssituation der FHH auch für die Zukunft. Insbesondere die Nutzenpotenziale in den Bereichen Klimaschutz, Stadtentwicklung, Arbeitsplatzsicherung, CO₂- Reduzierung und Gesundheitsschutz sind Bestandteile der Daseinsvorsorge und damit originäre Aufgaben des Staates.

B. Ausgangssituation

Im Rahmen des Volksentscheids UNSER HAMBURG - UNSER NETZ hat die Mehrheit der Hamburger Bürger am 22.09.2013 entschieden, dass der Senat und die Bürgerschaft das Netz und die Erzeugungsanlagen des größten Hamburger Fernwärmenetzes, das von der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH (nachfolgend VWH GmbH) betrieben wird, vollständig zurück in die öffentliche Hand überführen sollen. Die Freie und Hansestadt Hamburg (nachfolgend FHH) hat daraufhin (über die HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement GmbH) am 16.01.2014 einen Kaufvertrag mit dem Mehrheitseigentümer der VWH GmbH abgeschlossen, der ein Optionsausübungsrecht für die FHH zum 30.11.2018 vorsieht. Durch die Optionsausübung würden die übrigen 74,9 % der Anteile der VWH GmbH gegen Zahlung eines vertraglich vereinbarten Mindestkaufpreises 624,95 Mio. € auf die FHH übergehen. Dieser im Jahr 2014 vereinbarte Kaufpreis ergibt sich aus dem Mindestpreis von 950 Mio. € für 100 % der Anteile und der Anrechnung des bereits im Jahr 2012 gezahlten Kaufpreises für die ersten 25,1 % in Höhe von 325,05 Mio. €. Eine aktuelle Neubewertung der Geschäftsanteile der VWH GmbH hat zu dem Ergebnis geführt, dass der Ertragswert von 100 % der Geschäftsanteile nunmehr bei 645 Mio. € liegt.

In der öffentlichen Diskussion stellt sich insoweit die Frage, ob der Kauf von weiteren 74,9% der Geschäftsanteile an der VWH GmbH an den Vorgaben der

Landeshaushaltsordnung (LHO) zum sparsamen Mitteleinsatz scheitern könnte.

C. Fragestellungen

Vor diesem Hintergrund werden im Rahmen dieser Kurzstellungnahme die folgenden zwei Fragen rechtlich gewürdigt:

1. Ist § 7 Abs. 1 LHO FHH dahingehend zu verstehen, dass die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit den Erwerb von weiteren 74,9% an VWH GmbH zum Mindestkaufpreis jedenfalls dann verbieten, wenn der Ertragswert der Beteiligung diesen Mindestkaufpreis unterschreitet?

2. Wenn nein, welche Anforderungen sind in diesem Fall an die in § 7 Abs. 2 LHO FHH vorgesehene Kosten-Nutzen-Analyse zu stellen?

I. Zu Frage 1

Ist § 7 Abs. 1 LHO FHH dahingehend zu verstehen, dass die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit den Erwerb von 74,9% an VWH GmbH zum Mindestkaufpreis jedenfalls dann verbieten, wenn der Ertragswert der Beteiligung diesen Mindestkaufpreis unterschreitet?

In § 7 Abs. 1 LHO (FHH) heißt es:

„Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Diese Grundsätze verpflichten auch zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können.“

Hierin wird ausdrücklich auf die Grundsätze von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit hingewiesen.

Bei eben diesen Grundsätzen handelt es sich um sogenannte „unbestimmte Rechtsbegriffe“, d.h. der Begriffsinhalt wurde im Rahmen des Legislativaktes nicht abschließend festgelegt. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Begriffe der Auslegung bedürfen, und daher eine nähere Konkretisierung im Einzelfall vorgenommen werden muss.

1. Rechtliche Grundlagen

Die beiden Begriffe Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sind nicht ausschließlich im Landesrecht der FHH vorzufinden, vielmehr sind diese auch explizit in § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz – HGrG), einer Norm aus dem Bundesrecht, geregelt. Die Ausgestaltung in der LHO FHH stellt sich also als

Konkretisierung bzw. Ergänzung der vorgenannten bundesrechtlichen Vorschriften dar. Damit ergeben sich, was die Auslegung und Anwendung der Begriffe angeht, Gemeinsamkeiten und Überschneidungen mit dem Bundesrecht.

Untereinander stehen sich die beiden Grundsätze gleichberechtigt gegenüber.

2. Definitionen

Der Grundsatz der **Wirtschaftlichkeit** (ökonomisches Prinzip) wird durch die LHO FHH als die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln definiert.² Dabei besteht die günstigste Zweck-Mittel-Relation darin, dass entweder ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Einsatz von Mitteln oder mit einem bestimmten Einsatz von Mitteln das bestmögliche Ergebnis erzielt wird.

Nach dem Grundsatz der **Sparsamkeit** als besonderem Aspekt der Wirtschaftlichkeit sind die aufzuwendenden Mittel auf den zu Erfüllung der staatlichen Aufgaben notwendigen Umfang zu begrenzen.³

Die Grundsätze von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sind bei allen Maßnahmen zu beachten, die unmittelbar oder mittelbar zu Einzahlungen oder Auszahlungen führen oder bei denen Einzahlungen entgehen können (finanzwirksamen Maßnahmen). Anzuwenden sind diese Grundsätze nicht nur bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans, sondern vielmehr auch bei der Planung und Durchführung von Gesetzen, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, fachlichen Programmen, Projekten sowie Investitionen und alle Formen ihrer Umsetzung.⁴

² VV zu § 7 LHO, 1.1.

³ VV zu § 7 LHO, 1.1.

⁴ VV zu § 7 LHO, 1.2, vgl. auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 29.11.1982 – 1 S 1415/81, VBIBW 1983 S. 313; Hölzl/Hien, Anm. 1 zu Art. 61 GO.

3. Anforderungen an Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit

Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltung unterliegt - nach inzwischen gefestigter Auffassung - in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle.⁵ Gerichte sind somit bei der Auslegung nicht an die behördlichen Feststellungen und Wertungen gebunden. Die Überprüfbarkeit beschränkt sich insbesondere nicht auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle, sondern die Gerichte entscheiden selbst abschließend über die zutreffende Auslegung, die Entscheidung der Behörde bleibt folglich voll überprüfbar

So hat das Obergerverwaltungsgericht Sachsen jedoch dennoch konkret im Hinblick auf die Grundsätze von „Sparsamkeit“ und „Wirtschaftlichkeit“ nach §§ 35,36 SächsPRG festgestellt, dass die dort entscheidende Landesanstalt gleichwohl einen weiten Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum hat. In diesem Zusammenhang sei die Schwelle zur Rechtswidrigkeit erst dann überschritten, wenn das Handeln der öffentlichen Hand mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar ist.⁶

In einer Entscheidung zum bayerischen Haushaltsrecht (Art. 61 GO Bayern) wurde festgestellt, dass bei der Beurteilung der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung ebenfalls ein weiter Beurteilungsspielraum bestehe. Die gesetzlichen Grenzen seien gleichfalls auch nur dann überschritten, wenn die verlangte Maßnahme mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft schlechterdings nicht mehr zu vereinbaren ist.⁷ Dies wiederum hänge von den Gesamtumständen ab.⁸

⁵ BVerfGE 64, 261; BVerfGE 84, 49 f.

⁶ OVG Sachsen, Beschluss vom 18.12.2017, 5 A 149/16.

⁷ BayVGH Urteil vom 27.5.1992, 4 B 91.190.

⁸ VG Regensburg, Urteil vom 15.01.2014, RN 3 K 13.540.

4. Abgrenzung zum Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung

In diesem Zusammenhang muss jedoch stets beachtet werden, dass die Entscheidung über die inhaltliche Ausgestaltung des Haushaltes dem verfassungsrechtlich geschützten Bereich der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV) unterfällt. In Art. 28 Abs. 2 GG heißt es hierzu:

„Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle.“

Dieses Recht gestattet also den Kommunen, alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze eigenverantwortlich wahrzunehmen.

Wesentlicher Bestandteil dieses Rechts ist die Finanzhoheit der Kommunen, die insbesondere das Recht, die Einnahmen und Ausgabenwirtschaft im Rahmen der Gesetze eigenverantwortlich zu gestalten, umfasst.⁹ Dieser Aspekt der finanziellen Eigenverantwortung wurde durch die Ergänzung des Satzes 3 in Art. 28 Abs. 2 GG nochmals besonders hervorgehoben.¹⁰

Würde man der FHH eine eigenständige Entscheidungskompetenz im Kernbereich ihrer finanziellen Eigenverantwortlichkeit gänzlich aberkennen, wäre

⁹ BVerfG, Beschluss vom 15.10.1985; 2 BvR 1808/82, 2 BvR 1809/82, 2 BvR 1810/82.

¹⁰ Gesetz vom 27.10.1994, BGBl I S. 3146.

dies vor den vorstehenden verfassungsrechtlichen Grundsätzen der kommunalen Selbstverwaltung nur schwerlich zu rechtfertigen.

Folglich besteht damit ein Spannungsverhältnis zwischen den Pflichten der FHH aus der LHO FHH zu Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit und dem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf kommunale Selbstverwaltung.

5. Anforderungen im konkreten Fall

Die FHH ist berechtigt, aber auch verpflichtet, alle über den Kaufpreis hinausgehenden entscheidungsrelevanten Aspekte in die Entscheidung über die Ausübung der Option von weiteren 74,9 % der Geschäftsanteile an der VWH GmbH einzubeziehen.¹¹

a) Argumente für die Ausübung der Option

Für die Ausübung der Option sprechen aus unserer Sicht gewichtige Gründe des öffentlichen Interesses und damit der kommunalen Aufgabenerfüllung. Stichpunktartig sollen daher vorab die wichtigsten Argumente aufgeführt werden:

- Endgültige Privatisierung der größten Hamburger Gemeinwohl-Infrastruktur verhindern;
- Strategisches Instrument für klimafreundliche Stadtentwicklungsplanung („Wachsende Stadt“);
- Harmonisierung von Wärmeversorgungsplänen und Stadtentwicklungsplänen;
- Glaubwürdigkeit der Politik im Bereich der Umsetzung von Volkstentscheiden („LBK“-Privatisierung);

¹¹ So auch OVG Münster, Beschluss vom 26.10.1990, 15 A 1099/87.

- Bundesweite und Hamburger Klimaschutzziele und Paris-Verpflichtungen unterstützen;
- Zukünftige Preisentwicklungen können sozial gerechter gestaltet werden (volle Kontrolle);
- Vollständige Steuerung der Gewinnhöhe und -abführung (bisher: Abführung nach Stockholm);
- Erhöhung der lokalen Wertschöpfung und Steuereinnahmen für das Land Hamburg analog zur positiven Standortbilanz vom Juni 2018 des im Jahr 2014 vollständig rekommunalisierten städtischen Stromverteilnetzbetreibers;
- Aufdeckung stiller Vermögenswerte wie z.B. vollständig abgeschriebene Anlagen;
- Einfachere Umsetzung des Konzepts „Erneuerbare Wärme für Hamburg“;
- Verringerung von nicht in den Wärmepreisen eingepreiste CO₂-Folgekosten;
- Verringerung von Gesundheitsfolgekosten durch weniger Giftstoffemissionen;
- Erhöhung der Arbeitsplatzsicherheit der rekommunalisierten Arbeitsplätze;
- Direkte Kontrolle der Preisgestaltung und Einführung sozial gerechter Regeln für Fernwärme-Endkunden;
- Synergieeffekte durch enge Zusammenarbeit von fünf öffentlichen Leitungsinfrastruktur-Unternehmen. (Wasser, Abwasser, Strom, Gas, Fernwärme);
- Verringerung von baustellenbedingten Einschränkungen des Wirtschaftsverkehrs.

Insbesondere die genannten Argumente zu Klimaschutz, Stadtentwicklung, Arbeitsplatzsicherung, CO₂-Reduzierung und Gesundheitsschutz sind Bestandteile der Daseinsvorsorge und damit originäre Aufgabe des Staates.

Durch den Erwerb des Fernwärmenetzes erweitert die FHH ihren Handlungsspielraum für absehbare zukünftige energiewirtschaftliche und klimapolitische Herausforderungen und deren Auswirkungen deutlich. So erzeugt der 100%ige Besitz des Fernwärmenetzes als strategisches Instrument für eine klimafreundliche, gesundheitsfördernde und stadtplanerisch effektive Entwicklung nicht nur im Zeitpunkt des unmittelbaren Erwerbs einen Mehrwert, sondern verbessert die Ausgangssituation der FHH auch für die Zukunft. Der Staat ist folglich bei seiner wirtschaftlichen Betätigung damit neben ökonomischen Interessen stets auch Interessen des Gemeinwohls verpflichtet.

Neben diesen Aspekten des öffentlichen Interesses sprechen jedoch auch (landes-)verfassungsrechtliche Erwägungen für die Ausübung der Option. So ist der Senat gemäß Art. 50 der Hamburger Landesverfassung verpflichtet, den Willen des Volkes vollständig umzusetzen. Insoweit wurde in Folge des Volksentscheides „UNSER HAMBURG – UNSER NETZ“ bereits ein Kaufvertrag über Anteile an der VWH GmbH geschlossen, der die Modalitäten für die Übernahme der Fernwärme in die öffentliche Hand bereits abschließend festlegt.

Der Volksentscheid bindet die Bürgerschaft und den Senat nach Art. 50 Abs. 4a der Hamburger Landesverfassung. Dieser verfassungsrechtlichen Bindungswirkung kommt bei der Auslegungsentscheidung ebenfalls eine nicht unerhebliche Rolle zu. So hat nämlich auch das Verfassungsgericht in Hamburg zum Ausdruck gebracht, dass das Parlament bei seiner Beschlussfassung nicht leichtfertig über den im Volksentscheid zum Ausdruck gekommenen Willen hinwegsetzen darf.¹²

Für dieses Ergebnis spricht ebenfalls die sogenannte Ingerenzpflicht.¹³ Diese statuiert aufgrund des Gebots der demokratischen Legitimation des staatlichen

¹² HbgVerfG, Urteil vom 15. 12. 2004, HVerfG 6/04.

¹³ Siehe hierzu grundsätzlich: Hartmann/Zwirner in BOARD, Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland, 2013/5.

Handelns und der Gemeinwohlbindung der öffentlichen Hand nämlich die Verpflichtung, dass der Staat – sofern er sich für eine wirtschaftliche Betätigung entscheidet – seiner Einwirkungspflicht im Hinblick auf berechnete wirtschaftliche Interessen, aber auch Gemeinwohlinteressen nachkommen muss.¹⁴ Dies führt dazu, dass beim Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung oder der Veräußerung einer Minderheitsbeteiligung an einem Unternehmen, die mit der Ingerenzpflicht zusammenhängenden Auswirkungen auf das von dem Unternehmen erziel- und ausschüttbare Ergebnis bei der Bewertung in Form von Zu- und Abschlägen zu berücksichtigen sind.¹⁵ So ist beispielsweise beim Verkauf einer Minderheitsbeteiligung ein Preisabschlag an die Minderheitsgesellschafter, bei der Übernahme einer Mehrheitsbeteiligung dagegen ein Preisaufschlag oder Garantiezahlungen zu gewähren, um die aufgrund der Ingerenzpflicht regelmäßig geringere Rendite auszugleichen.¹⁶

b) Argumente gegen die Ausübung der Option

Gegen den Kauf der Geschäftsanteile an der VWH GmbH spricht dagegen zuvorderst der Kaufpreis, der nicht unerheblich über dem aktuellen Unternehmenswert der VWH GmbH liegt und damit insbesondere das Ertragspotential der FHH (über die HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement GmbH) schmälert.

c) Einzelfallabwägung

Grundsätzlich ist festzustellen, dass im Rahmen einer solchen Abwägungsentscheidung nicht entscheidend ist, wie viele Gesichtspunkte für oder gegen den Kauf sprechen, sondern ob sich der vorzunehmende Kauf hinsichtlich aller Umstände des Einzelfalls noch im vertretbaren Rahmen bewegt.

¹⁴ Hartmann/Zwirner in BOARD, Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland, 2013/5, S. 184.

¹⁵ Hartmann/Zwirner in BOARD, Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland, 2013/5, S. 185.

¹⁶ Hartmann/Zwirner in BOARD, Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland, 2013/5, S. 185.

„Das bedeutet, dass die mit den geringsten Kosten verbundene Maßnahme im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung nicht zwingend auch die wirtschaftlichste ist. Vielmehr sind Mittelaufwand und Aufgabenerfüllung in ein Verhältnis zueinander zu setzen. [...] Je mehr Haushaltsmittel im Vergleich zu einer anderen Aufgabenlösung aufgewandt werden müssen, desto gewichtiger und überzeugender müssen die Gründe hierfür sein.“¹⁷

Damit darf dem Kaufpreis für eine Unternehmensbeteiligung nicht die alleinentscheidende Bedeutung zukommen, vielmehr sind – wie das OVG Münster zutreffend ausführt – auch Aspekte der Aufgabenerfüllung in die Entscheidung einzubeziehen. So hat beispielsweise auch das Verwaltungsgericht Leipzig entschieden, dass bei einem Grundstückskauf die Grundsätze von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nicht schon dann verletzt sein müssen, wenn der Kaufpreis über dem Verkehrswert eines Grundstücks liegt.¹⁸

Auch hinsichtlich der Ingerenzpflicht ist zu sagen, dass obgleich mit der Ausübung der Option zwar kein Minderheitsgesellschafter verbleibt, dessen Renditeinteressen ausgeglichen werden müssen, dennoch keine Gründe erkennbar sind, warum diese Überlegungen nicht auch auf den vorliegenden Fall übertragbar sein sollen. Gemeinwohlinteressen führen regelmäßig zu geringeren Renditeerwartungen. Ob diese beim Verkauf einer Minderheitsbeteiligung bzw. dem Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung beim Kaufpreis berücksichtigt werden oder sogar bei der vollständigen Übernahme eines Unternehmens, kann aus unserer Sicht keinen Unterschied machen. Die Gemeinwohlinteressen schmälern schlicht die Gewinnerwartung, was sich vorliegend im höheren Kaufpreis niederschlägt.

¹⁷ OVG Münster, Beschluss vom 26.10.1990, 15 A 1099/87.

¹⁸ VG Leipzig, Urteil vom 02.02.2016, 1 K 1770/14.

6. Ergebnis

Die Ausübung der Option zur Übernahme von weiteren 74,9% an der VWH GmbH zu einem Preis von 624,95 Mio. € ist dann vertretbar, wenn Gesichtspunkte des Gemeinwohls vorliegen, die der oben genannten Wertdifferenz des Unternehmenswerts mit mindestens gleicher Gewichtung gegenübergestellt werden können. Die in § 7 Abs. 1 LHO FHH statuierten Grundsätze von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verbieten damit den Erwerb von 74,9% an der VWH GmbH zum Mindestkaufpreis von 624,95 Mio. € nicht grundsätzlich, wenn gewichtige Aspekte des Gemeinwohlinteresses diese Wertdifferenz auszugleichen vermögen.

Exkurs

7. Keine Nichtigkeit des Vertrages bei Verstoß gegen Haushaltsrecht

Neben den haushaltsrechtlichen Erwägungen der LHO FHH ist die Frage zu klären, wie sich ein Verstoß gegen § 7 LHO FHH auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des gegebenenfalls abzuschließenden Kaufvertrags auswirken würde.

a) Kein Verbotsgesetz gem. § 134 BGB

Grundsätzlich stellen haushaltsrechtliche Vorschriften kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB dar. Daher führen auch Verstöße öffentlicher Auftraggeber gegen haushaltsrechtliche Vorschriften nicht zwingend zu einer Nichtigkeit des zivilrechtlichen Vertrags.¹⁹

¹⁹ BGH Urteil vom 24.04.2014, VII ZR 164/13.

In einem vom BGH entschiedenen Fall verstieß das Land Rheinland-Pfalz gegen die Kostenregelung des § 54 Abs. 1 LHO RP.

Der BGH führte hierzu insoweit aus:

*„Einer Gesetzesvorschrift kommt der Charakter eines Verbotsgesetzes nur zu, wenn das Gesetz sich nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 257 f.; Urteil vom 22. Oktober 1998 - VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 391 f. m.w.N.)“.*²⁰

Die entscheidende Feststellung, dass diese Regelung kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist und daher keine Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts bedeutet, kann ohne Weiteres auf § 7 LHO FHH übertragen werden.

§ 7 LHO FHH wendet sich nach unserer Auffassung weder gegen den Abschluss eines Rechtsgeschäftes noch gegen dessen privatrechtliche Wirksamkeit. Inhaltlich betrachtet wird lediglich geregelt, dass für die interne Aufstellung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten sind.

Durch den Haushaltsplan werden keine zivilrechtlichen Ansprüche oder Verbindlichkeiten begründet oder aufgehoben. Regelungen über die Aufstellung des Haushaltsplans stellen vielmehr überwiegend Innenrecht dar, das lediglich intern verbindliche Vorgaben für das Verwaltungshandeln enthält und damit

²⁰ BGH Urteil vom 24.04.2014, VII ZR 164/13, Rn. 10.

nur die Verwaltung bindet. Damit hat die Vorschrift auch nur eine beschränkte Außenwirkung.²¹

b) Keine Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB

Eine Außenwirkung entfaltet § 7 LHO FHH nur dann, wenn die zuständigen Stellen im Rahmen des kommunalen Selbstverwaltungsrechts die Grenzen des zulässigen Handelns überschreitet,²² weil das Rechtsgeschäft aufgrund Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig ist.

c) Wucher gem. § 138 Abs. 2 BGB

Zunächst ist festzustellen, dass bei dem Rückkauf des Fernwärmenetzes kein „Wucher“ im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB, als besonderer Fall der Sittenwidrigkeit vorliegt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Diesbezüglich ist der jeweils objektive Wert von Leistung und Gegenleistung maßgeblich.²³ „Auffällig“ ist das Missverhältnis wiederum nur dann, wenn Leistung und Gegenleistung um etwa 100% oder mehr voneinander abweichen.²⁴ Ein solches auffälliges Missverhältnis ist bei vorliegendem Erwerb von 74,9% der VWH GmbH-Anteilen aufgrund der Kaufpreisdifferenz unseres Erachtens nicht gegeben

d) Sonstiger Fall von Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Dennoch kann ein Rechtsgeschäft gemäß § 138 Abs. 1 BGB als Auffangtatbestand sittenwidrig sein. Sittenwidrigkeit liegt dann vor, wenn gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen wird.²⁵ Dies kann

21 BGH Urteil vom 24.04.2014, VII ZR 164/13, Rn. 10.

22 BGH Urteil vom 24.04.2014, VII ZR 164/13, Rn. 10.

23 BeckOK BGB/Wendtland BGB § 138 Rn. 44.

24 BeckOK BGB/Wendtland BGB § 138 Rn. 47.

25 MüKoBGB/Armbrüster BGB § 138 Rn. 14-15.

sich entweder aus dem Inhalt oder aus dem Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts ergeben, wobei Inhalt, Beweggrund und Zweck des konkreten Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen ist.²⁶

Zur Konkretisierung dieser Grundsätze bezogen auf das Haushaltsrecht führt der BGH aus, dass ein Rechtsgeschäft mit einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, das das öffentliche Haushaltsrecht missachtet dann sittenwidrig ist, wenn es im krassen Widerspruch zum Gemeinwohl steht.²⁷

Der BGH begründete diesen krassen Widerspruch im konkreten Fall wie folgt:

„Das Raumprogramm für eine 600-Einwohner-Gemeinde ist völlig überzogen und zur Aufgabenerfüllung nicht notwendig. Es ist auch nicht ansatzweise erkennbar, wie die Gemeinde die gemieteten Räume jemals wirtschaftlich nutzen und auch auslasten kann. Die Gemeinde P. hat bisher in ihren Stellungnahmen nicht dargelegt, welche Gründe sie bewogen haben, Flächen anzumieten, die den tatsächlichen Raumbedarf einer Gemeindeverwaltung mit vier Bediensteten um das Mehrfache übersteigen.“²⁸

Wie bereits ausgeführt, ist das Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung öffentlicher Gelder erst dann verletzt, wenn eine sachlich nicht gerechtfertigte, unangemessene Ausgabe getätigt wird; innerhalb dieser äußeren Grenze hat die Verwaltung weite Beurteilungs- und Ermessensspielräume.²⁹ Dass der vom BGH geforderte krasse Widerspruch bei der Ausübung der Option zum Erwerb weiterer 74,9% der Geschäftsanteile an der VWH GmbH vorliegen würde, kann unseres Erachtens mit guten Argumenten verneint werden.

²⁶ BeckOK BGB/Wendtland BGB § 138 Rn. 19.

²⁷ BGH, Urteil vom 25.01.2006, VIII ZR 398/03.

²⁸ BGH, Urteil vom 25.01.2006, VIII ZR 398/03, Rn. 37.

²⁹ Schönke/Schröder/Perron, StGB § 266 Rn. 19b.

II. Zu Frage 2

Wenn nein, welche Anforderungen sind in diesem Fall an die in § 7 Abs. 2 S. 2 LHO FHH vorgesehene Kosten-Nutzen-Analyse zu stellen?

Nachdem aufgezeigt wurde, dass die Grundsätze von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit die Ausübung der Option zum Erwerb weiterer 74,9% der Geschäftsanteile an der VWH GmbH zu einem Kaufpreis von 624,95 Mio. € nicht grundsätzlich verbieten, soll im Folgenden dargestellt werden, welche rechtlichen Anforderungen an eine sogenannte Nutzen-Kosten-Untersuchung zu stellen sind. Die Durchführung einer solchen Nutzen-Kosten-Untersuchung ist gesetzlich verankert. So bestimmen § 6 Haushaltsgrundsätzegesetz und § 7 Abs. 2 LHO: „Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Für geeignete Maßnahmen von erheblicher finanzieller Bedeutung sind Nutzen-Kosten-Untersuchungen anzustellen.“³⁰

1. Rechtliche Beurteilung der Nutzen-Kosten-Untersuchung

Bei Nutzen-Kosten-Untersuchungen handelt es sich um Methoden zur Bewertung von Projekten unter Abwägung ihrer Kosten und ihres Nutzens für die Gesellschaft.³¹ Die Nutzen-Kosten-Untersuchung bedient sich folgender sich ergänzender Methoden:

- Nutzwertanalyse
- Kosten-Nutzen-Analyse.³²

³⁰ Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 91.

³¹ Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 91.

³² Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 94 f.

Charakteristisch für Entscheidungen öffentlicher Träger sind Situationen, in denen die Vorteile von Projekten beim Kunden (Bürger, Unternehmen, Organisationen) anfallen, während die Nachteile wie z.B. Investitionsausgaben und Unterhaltungskosten vom öffentlichen Träger bzw. der Allgemeinheit zu tragen sind. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht wären derartige Projekte unwirtschaftlich. Bei einer volkswirtschaftlichen Gesamtbetrachtung können sie jedoch durchaus vorteilhaft sein.³³

2. Nutzwertanalyse

In Entscheidungssituationen, in denen nicht alle zu erfassenden Effekte in Geldeinheiten bewertet werden können, ist die Nutzwertanalyse anzuwenden.³⁴ Mit Hilfe der Nutzwertanalyse werden die Projektalternativen im Rahmen eines multidimensionalen Zielsystems auf ihre Wirtschaftlichkeit hin untersucht und nach ihrer Vorteilhaftigkeit geordnet.³⁵

Im Gegensatz zur Kosten-Nutzen-Analyse werden bei der Nutzwertanalyse alle Informationen quantifizierbar gemacht, jedoch ohne monetäre Bewertung. Die einzelnen Zielkriterien werden entsprechend einer Punktbewertungsskala mit Punkten versehen und anschließend gewichtet. Daraus resultieren Teilnutzwerte, deren Summe den Gesamtnutzwert ergibt. Von allen untersuchten Alternativen ist jenes auszuwählen, das den höchsten Gesamtnutzwert aufweist.³⁶

³³ Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 91.

³⁴ Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 94.

³⁵ Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 107.

³⁶ Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 108.

3. Kosten-Nutzen-Analyse

Die Kosten-Nutzen-Analyse erfasst alle direkten und indirekten Kosten und Nutzen der Maßnahme, wobei nur die monetär erfassbaren (tangiblen) Effekte bewertet werden.³⁷ Die Kosten-Nutzen-Analyse dient dazu, die Vor- und Nachteile staatlicher Maßnahmen auch unter Einbeziehung der gesellschaftlichen Wirkungen möglichst genau zu berechnen. Inhaltlich werden positive wie negative, direkte wie indirekte Wirkungen von Maßnahmen einbezogen, soweit diese monetarisiert werden können.³⁸ Nicht monetär bewertbare Vor- und Nachteile (intangible Effekte) werden bei dieser Methode im Gegensatz zu monetär bewertbaren Effekten (tangible Effekte) lediglich verbal und ohne Punktevergabe beschrieben.³⁹ Es ist dabei nicht entscheidend, wo und bei wem sie anfallen. Die Methodik zeichnet sich vielmehr durch eine volkswirtschaftliche Betrachtungsweise aus.⁴⁰ Eine Maßnahme gilt grundsätzlich als vorteilhaft, wenn deren Nutzen die Kosten übersteigt oder zumindest gleich den Kosten ist.⁴¹

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Kosten-Nutzen-Analyse nicht immer vollumfänglich als Entscheidungshilfe geeignet ist.

Dies ist sie nämlich nur dann, wenn sich die untersuchten Maßnahmen hinsichtlich der unberücksichtigt bleibenden intangiblen Effekte nur geringfügig voneinander unterscheiden und der Entscheidungsträger diese Effekte als weitere Entscheidungskriterien erhält und berücksichtigen kann; bei großen Abweichungen zwischen den untersuchten Maßnahmen und einem besonderen

³⁷ Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 101.

³⁸ VV zu § 7 LHO, 2.3.4.2.

³⁹ Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 101.

⁴⁰ VV zu § 7 LHO, 2.3.4.2.

⁴¹ Leitfaden –Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 101.

Gewicht der intangiblen Effekte kann das mit Hilfe der Kosten-Nutzen-Analyse ermittelte Ergebnis sogar eine untergeordnete Rolle spielen und nur einen geringen Einfluss auf die Entscheidung haben.⁴²

Im Folgenden wird daher aus juristischer Sicht zusammengefasst, welche (tangiblen und intangiblen) Kosten und Nutzen im Einzelnen bei der Betrachtung herangezogen werden können.

4. Kosteneffekte

Zunächst sind die Kosteneffekte zu betrachten. Als maßgeblicher Kosteneffekt ist der Kaufpreis anzuführen. Diese Kostenposition bei der Finanzierung durch Fremdkapital führt zu Folgeverbindlichkeiten und damit zu Folgekosten (Kapitalkosten).

Hinzu kommen Kosten, die entstehen, sofern das vollständig rekommunalisierte Fernwärmenetz organisatorisch und technisch in die Zuständigkeit der FHH überführt wird. Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass Investitionskosten für die Modernisierung des so Zustande kommenden „Erzeugungsmixes“ entstehen. Schließlich dürfte außer Frage stehen, dass nach dem Kauf des Fernwärmenetzes dafür Sorge getragen werden muss, das Fernwärmenetz mit den bestehenden übrigen Sparten (Strom, Gas, Wasser, Abwasser) zu einer effektiven Einheit zu verbinden.

Als weiterer Kostenaspekt sind die Stilllegungs- und Entsorgungskosten für das abgängige Kraftwerk Wedel anzuführen.

⁴² Leitfaden – Kostenwirtschaft, Finanzbehörde, Hinweise für die Freie und Hansestadt Hamburg, 3. Auflage 2005, S. 101-102.

5. Nutzeneffekte

Als gegenläufige Effekte stehen die nachfolgend anzuführenden Nutzeneffekte.

Zunächst ist der „Gegenwert“ für den gezahlten Kaufpreis zu nennen, mithin die vollständige Übernahme des Fernwärmenetzes. Mit dem Rückkauf wird darüber hinaus die vollständige Gewinnabführung der VWH GmbH an den Haushalt der FHH sichergestellt, sodass nicht mehr - wie bisher - eine Abführung des überwiegenden Teils möglicher zukünftiger Gewinne an den bisherigen privaten Mehrheitsgesellschafter erfolgt. Infolge dessen wird die Finanzkraft des Haushalts der FHH gestärkt. Insoweit wird nämlich gewährleistet, dass die vollständige Steuerung der Gewinnabführung in den Zuständigkeitsbereich der FHH gelangt. Hierdurch wird der FHH ein finanzieller Spielraum bei der zukünftigen Finanz- und Investitionstätigkeit eingeräumt.

Als weiterer Nutzeneffekt ist die Minimierung von Gesundheitsfolgekosten und CO₂-Folgekosten zu nennen, welche nicht in die Wärmepreise eingepreist sind.

Schließlich wird die lokale Wertschöpfung dadurch deutlich erhöht. Durch die Verwirklichung des Projektes wird für die Bevölkerung ein erheblicher Mehrwert geschaffen. Die im Juni 2018 veröffentlichte Standortbilanz⁴³ der im Jahr 2014 vollständig rekommunalisierten Stromnetz Hamburg GmbH zeigt die positiven Wertschöpfungseffekte auf, die auch bei der VWH GmbH nach der Optionsausübung zu erwarten sind.

⁴³ Studie zu den regionalökonomischen Effekten vom 14.06.2018 (<https://www.hamburg.de/contentblob/11198832/1863ec021a156ccd0350cd4fbb8ed810/data/d-12-top-7-standortbilanz-2017-enb-v3.pdf>)

Steuerlich werden sämtliche direkten Wertschöpfungen innerhalb der VWH GmbH zukünftig vollständig über die HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement GmbH im Hamburger Haushalt wirksam werden. Die zusätzlichen Steuereinnahmen durch die externen Wertschöpfungssteigerungen bei Dienstleistern und Handwerksbetrieben werden sowohl in Hamburg als auch in der Metropolregion Hamburg wirksam werden.

Weiterhin erhöht sich die Arbeitsplatzsicherheit bezüglich der mit dem Rückkauf des Fernwärmenetzes verbundenen Arbeitsplätze.

Ein weiterer Nutzeneffekt liegt darin, dass die FHH bei der Verwirklichung des Projektes die direkte und volle Kontrolle über die verschiedensten Unternehmensabläufe erlangt. So hat sie die Kontrolle über die zukünftige Preisgestaltung und -entwicklung.

Einen (mittelbar) monetären Vorteil erlangt die FHH durch die direkte Kontrolle über die strategische Unternehmensausrichtung. Schließlich bestimmt die FHH nach dem Kauf alleine über den Umbau und die Optimierung des Erzeugungsmixes. Insoweit können auftretende finanzwirtschaftliche Herausforderungen flexibel und zügig bewältigt werden.

Letztlich ist es der Natur energiewirtschaftlicher Betriebsprozesse geschuldet, dass durch die Nutzung von Synergien Kosten gespart und die Effizienz maximiert werden können.⁴⁴ Durch eine umfassende Zusammenarbeit von fünf öffentlichen Leitungsinfrastruktur-Unternehmen (Wasser, Abwasser, Strom, Gas und Fernwärme) können solche Synergien gewinnbringend verwertet werden. Schließlich können Wärmeversorgungspläne und Stadtentwicklungspläne exakt aufeinander abgestimmt und Arbeitsprozesse optimiert werden. Auch diese zusätzliche „Harmonisierung“ stellt einen (mittelbaren) monetären Wert

⁴⁴ Semler/Stengel/Zeidler UmwG § 9 Rn. 47.

dar und ist bei der Nutzen-Kosten-Untersuchung entsprechend zu berücksichtigen.

6. Ergebnis

Die rechtlichen Anforderungen an die Nutzen-Kosten-Untersuchung sind eng mit der jeweilig zu prüfenden Maßnahme verknüpft. Dadurch stellen sich je nach Art und Umfang der Maßnahme unterschiedliche rechtliche Anforderungen.

Entscheidend ist jedoch, dass sämtliche monetär erfassbaren Effekte der Entscheidungsfindung zugeführt und im Rahmen einer umfassenden Abwägungsentscheidung verwertet werden. Bereits eine cursorische Aufstellung der monetär erfassbaren Kosten- und Nutzeneffekte führt nicht zu einer grundsätzlichen Verneinung der Vorteilhaftigkeit im Sinne der Kosten-Nutzen-Analyse. Zu einer endgültigen Entscheidung bedarf es insoweit einer tiefergehenden Untersuchung.

Zu beachten gilt darüber hinaus, dass bereits die jedenfalls vorliegenden monetär nicht erfassbaren Nutzeneffekte eine solch große Bedeutung zukommen könnte, dass die Kosten-Nutzen-Analyse nur noch eine geringe Bedeutung bei der Entscheidungsfindung über die Ausübung der Option zum Erwerb weiterer 74,9% der Geschäftsanteile an der VWH GmbH zukommen könnte und die Nutzwertanalyse angewendet werden muss. Jedoch bedarf auch eine solche Feststellung einer umfassenden Analyse, die – wie die tangiblen Effekte – nicht Gegenstand dieser Stellungnahme ist.

Dr. Thomas Wolf
Rechtsanwalt

André Rosner
Rechtsanwalt