

**Haushaltsrechtliche und beihilfenrechtliche Vorgaben für einen Erwerb von 74,9 % der
Anteile an der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH durch die Hamburger Gesellschaft
für Vermögens- und Beteiligungsmanagement MbH**

Rechtsgutachtliche Kurzstellungnahme

Prof. Dr. Stefan Koriath



6. September 2018

I. Sachverhalt

Mit Volksentscheid vom 22. September 2013 „Unser Hamburg – Unser Netz“ haben die abstimmungsberechtigten Hamburgerinnen und Hamburger beschlossen:

„Senat und Bürgerschaft unternehmen fristgerecht alle notwendigen und zulässigen Schritte, um die Hamburger Strom-, Fernwärme- und Gasleitungsnetze 2015 wieder vollständig in die Öffentliche Hand zu übernehmen. Verbindliches Ziel ist eine sozial gerechte, klimaverträgliche und demokratisch kontrollierte Energieversorgung aus erneuerbaren Energien.“ Vgl. Bürgerschafts-Drs. 20/9600, S. 1.

Mit Blick auf den sich abzeichnenden Volksentscheid hatte am 28. November 2011 die Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH (HGV), deren Anteile vollständig von der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH) gehalten werden, von der Vattenfall Europe AG (VE) 25,1 % der Anteile an der neu gegründeten Vattenfall Europe Wärme AG, die später in die Vattenfall Wärme Hamburg GmbH (VWH) umgewandelt wurde, zu einem Kaufpreis von 325 Mio. Euro erworben. Grundlage der Kaufpreisberechnung war der Unternehmenswert des Wärmegeschäfts Hamburg, der zum Vollzugstag mit 1.300 Mio. Euro bewertet wurde, sodass sich für 25,1 % der Anteile die entsprechende Teilsumme ergab.

Im Bereich der Fernwärmeversorgung herrscht Wettbewerb. Die Fernwärmeunternehmen beliefern ihre Kunden über jeweils eigene und geschlossene Netze. In Hamburg gibt es etwa fünfzig solcher Netze. Ein Netz befindet sich im Eigentum der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH (VWH). Es versorgt ca. 20 % des Gebäudebestandes in Hamburg mit Wärmeenergie, darunter Privat-, Gewerbe- und sonstige Kunden, zum Beispiel Behörden. Unter den versorgten Gebäuden befinden sich ca. 480.000 Wohneinheiten.

Mit Blick auf eine mögliche vollständige Rücknahme des Fernwärmenetzes der VWH schlossen die VE und die HGV am 14./15. Januar 2014 einen ergänzenden Vertrag. Dieser enthält sowohl eine Kaufoption der HGV (Call-Option) für 74,9 v. H. der Gesellschaftsanteile der VWH als auch eine Verzichtsmöglichkeit (Put-Option), die eine Rückabwicklung des Kaufvertrages aus dem Jahre 2011 zu den damaligen Bedingungen vorsieht. Der Vertrag vom Januar

2014 legte Mindestwerte des Unternehmens mit und ohne Berücksichtigung einer Ersatzlösung für das Heizkraftwerk Wedel fest. Der Mindestunternehmenswert ohne die Ersatzlösung für Wedel beträgt nach dem Vertrag auf der Grundlage einer gutachterlichen Bewertung 950 Mio. Euro. Daraus errechnet sich ein Kaufpreis für die verbliebenen 74,9 % der Unternehmensanteile in Höhe von 625 Mio. Euro (950 Mio. Euro abzüglich der für 25,1 % der Unternehmensanteile bezahlten 325 Mio. Euro). Der Vertrag bestimmt für die Ausübung der Optionen ein Zeitfenster vom 23. bis 30. November 2018.

Im Vertrag des Jahre 2014 wurde auch festgelegt, für das Jahr 2018 eine aktuelle, von den Vertragsparteien in Auftrag zu gebende Unternehmensbewertung durchzuführen. Unabhängig davon sollten die 2014 vereinbarten Summen den Mindestkaufpreis der Call-Option darstellen. Das entsprechende Gutachten erstellte die BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Es ermittelte den gesamten Unternehmenswert nach dem standardisierten Ertragswertverfahren („IDW S1“) mit aktuell 645 Mio. Euro. Die PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (PWC) hat die Methodik dieses Gutachtens im Auftrag der beiden Vertragsparteien bestätigt.

Ein Vertragsschluss über den Erwerb der restlichen Anteile der VWH zu einem Kaufpreis von 625 Mio. Euro nach der 2014 vereinbarten Call-Option (950 Mio. abzüglich der 2011 für 25,1 % der Anteile bezahlten 325 Mio. Euro) hätte damit bereits im Geschäftsjahr 2018 Auswirkungen auf die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung der HGV. Einem zu entrichtenden Kaufpreis von 625 Mio. Euro stünde – entsprechend dem gegenwärtigen Wert der Gesellschaftsanteile – lediglich ein Wertzuwachs der Finanzanlage VWH von 325 Mio. auf dann insgesamt 645 Mio. Euro gegenüber. Der Differenzbetrag von 300 Mio. Euro wäre sofortiger Aufwand bei der HGV und erhöhte den Verlust. Dieser zusätzliche Verlust könnte entweder durch eine Verrechnung mit Gewinnrücklagen oder durch eine Erhöhung des jährlichen Verlustausgleichs an die HGV ausgeglichen werden. Beide Möglichkeiten führten zu einer unmittelbaren Auswirkung auf den Jahresabschluss 2018 der FHH, der Alleingesellschafterin der HGV. Entweder wäre der Eigenkapitalverzehr bei der HGV im Rahmen einer nicht zahlungswirksamen Abschreibung auf den Buchwert der Finanzanlage HGV zu bilanzieren (Eigenkapitalspiegelmethode) oder es erhöhte sich zahlungswirksam der Verlustausgleichsanspruch der HGV für das Geschäftsjahr 2018. Der erhöhte Budgetbedarf verursachte einen entsprechenden Deckungsbedarf im Haushalt der FHH bereits im Haushaltsjahr 2018.

Hierzu wäre ein Antrag des Senats an die Hamburgische Bürgerschaft mit einem Deckungsvorschlag zu stellen. Nach entsprechender Beratung der Bürgerschaft und im Fall ihrer Zustimmung hätte ein Vertreter der Alleingesellschafterin der HGV, in diesem Fall der Präses der Finanzbehörde, die Geschäftsführung der HGV anzuweisen, die Call-Option auszuüben und die entsprechenden Verträge abzuschließen.

II. Fragestellung

Am 29. August 2018 hat mich die Finanzbehörde Hamburg beauftragt, zu zwei Fragen rechtsgutachtlich bis zum 7. September 2018 Stellung zu nehmen:

1. Verstößt der Erwerb oder die Veranlassung des Erwerbs der restlichen Geschäftsanteile der VWH zu einem Kaufpreis, der 300 Mio. Euro über dem gutachtlich ermittelten Unternehmenswert liegt, gegen haushaltsrechtliche Bestimmungen der FHH, insbesondere das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit?

2. Stehen europarechtliche Vorgaben über Beihilfen der Mitgliedstaaten und Beihilfenverbote einem Erwerb entgegen?

III. Haushaltsrechtliche Anforderungen an die Ausübung der Call-Option

1. § 7 LHO – Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

a) Nach § 7 Abs. 1 S. 1 LHO sind bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Verpflichtet sind alle staatlichen Stellen, die mit der Aufstellung (§§ 11 ff. LHO) und der Ausführung des Haushaltsplanes (§§ 34 ff. LHO) befasst sind. Nach Nr. 1.2 der VV zu § 7 LHO ist der Grundsatz der Wirtschaft-

lichkeit bei allen Maßnahmen zu beachten, die die Einnahmen oder Ausgaben des Landeshaushalts unmittelbar oder mittelbar beeinflussen. Eine Entscheidung über die Ausübung der Call-Option und für den Erwerb der restlichen Anteile der VHW zu einem Kaufpreis über dem Ertragswert der Anteile liegt also nicht deshalb außerhalb des Anwendungsbereichs des Wirtschaftlichkeitsprinzips, weil ein Kauf nicht unmittelbar durch die FHH vorzunehmen wäre. Es genügt, dass über die HGV, deren Anteile vollständig bei der FHH liegen, der Haushalt der FHH mittelbar berührt ist. Die handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften, die beim Kauf eines Vermögensgegenstandes durch eine GmbH gelten, verlangen dann, wenn der Wert des erworbenen Vermögensgegenstandes unter dem Kaufpreis liegt, die Differenz zwischen Kaufpreis und tatsächlichem Wert bei der HGV als Aufwand zu verbuchen; das Eigenkapital der Gesellschaft vermindert sich dementsprechend. Das hat dann Auswirkungen auf den Haushalt der FHH. Nach den Bilanzierungsvorschriften der FHH (§ 4 LHO i. V. m. Nr. 3.2.1.4.4 VV zu § 4 Absatz 1 Sätze 1 und 2, Satz 3 Nummern 3 und 4, Satz 4 sowie Absatz 2, § 77 Absätze 1 und 4 sowie § 79 Absätze 1 bis 3 LHO) sind Beteiligungen abzuschreiben, wenn das anteilig von der FHH gehaltene bilanzielle Eigenkapital am Abschlussstichtag unterhalb des Buchwertes liegt (Eigenkapitalspiegelbildmethode) und soweit diese Veränderung nicht durch Entnahmen begründet ist, die die Anschaffungskosten der Beteiligung vermindern. Das bedeutet, dass die Differenz zwischen gezahltem Kaufpreis und tatsächlichem Wert als Kosten aus Abschreibungen zwingend im Kernhaushalt zu buchen sind.

b) Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verlangen einen rationalen Einsatz knapper Güter, der sich in zweifacher Weise beschreiben lässt. Nach dem Maximumprinzip (Ergiebigkeitsprinzip) geht es darum, auf der Grundlage eines feststehenden Einsatzes von Ressourcen einen möglichst hohen Nutzen zu erzielen. Das Minimumprinzip (Sparsamkeitsprinzip) will einen vorab festgelegten Nutzen mit einem möglichst geringen Ressourcenverbrauch erreichen. Damit ist das Sparsamkeitsprinzip ein Unterfall des Wirtschaftlichkeitsprinzips.

Gröpl, in: *Gröpl* (Hrsg.), *BHO/LHO*, Kommentar, 2011, § 7 Rn. 5ff.

Wichtig ist dabei, dass der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ein formales Prinzip ist. Er trifft keine Aussagen über die sachlichen Ziele einer Maßnahme, sondern legt sie zugrunde und enthält

Maßstäbe für die Durchführung einer Maßnahme im Dienste der Zielsetzung. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip kann also nur angewendet werden, indem es auf ein vorgegebenes Ziel bezogen und untersucht wird, mit welchem Mittelaufwand dieses Ziel erreicht werden kann.

v. *Armin*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 36ff.

Die Zielsetzungen unterliegen – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen – der demokratisch legitimierten Festsetzung und Bewertung; sie weisen große Spielräume auf. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit enthält ein auf den Einsatz von Finanzen bezogenes spezifisches Verhältnismäßigkeitsprinzip.

VerfGH NRW, DÖV 2004, 121; *P. Kirchhof*, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ, 1983, 505ff., 514; *S. Korioth*, Finanzen, in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Auflage 2013, § 44 Rn. 70 m. w. N.

Auf der Grundlage der Zielsetzung der Maßnahme geht es darum, ob der Ressourceneinsatz zur Zielerreichung geeignet, notwendig und angemessen ist.

c) Damit ist zunächst die Zielsetzung des beabsichtigten Handelns der FHH zu bestimmen. Dabei wäre es zu kurz gegriffen, diese in der Weisung an die HGV zu erblicken, von der Call-Option zu dem im Jahre 2014 vereinbarten Kaufpreis Gebrauch zu machen. Der Erwerb der weiteren Gesellschaftsanteile an der VWH kann Ziel sein, er ist aber zunächst einmal ein (mögliches) Mittel.

Zur Bestimmung der Zielsetzung ist hier auf den Beschluss des Volksentscheids zurückzugreifen, der – wenn er seinerseits verfassungsmäßig ist – Bürgerschaft und Senat „bindet“ (Art. 50 Abs. 4a S. 1 HVVerf). Nach dem Wortlaut der Vorlage des Volksentscheids soll der Senat (und die Bürgerschaft) nicht verpflichtet werden, von der Option mit ihren finanziellen Folgen Gebrauch zu machen. Das kann schon deshalb nicht Inhalt des Volksentscheids aus dem Jahre 2013 sein, weil der Vertrag, der die Option enthält, erst 2014 geschlossen wurde. Petita des

Volksentscheids sind vielmehr „alle notwendigen und zulässigen Schritte“, um (u.a.) die Hamburger Fernwärmenetze bis 2015 „wieder vollständig in die Öffentliche Hand zu übernehmen“. Ziel ist danach die vollständige Rekommunalisierung, bestimmte Mittel gibt der Volksentscheid nicht vor. Beweggrund für dieses Ziel ist die im Volksentscheid betonte „sozial gerechte, klimaverträgliche und demokratisch kontrollierte Energieversorgung aus erneuerbaren Energien“. Die Vorgabe eines bestimmten Mittels, etwa des sofortigen Rückkaufs der verbliebenen Netzanteile durch Erwerb der VWH, auch zu einem erhöhten Kaufpreis, folgt auch nicht aus der engen zeitlichen Rahmensetzung bis 2015, die verstrichen ist. Wer argumentieren wollte, der schnellstmögliche Rückkauf und damit ausschließlich und allein der Erwerb der VWH sei schon deshalb aufgrund der Fristsetzung geboten, der Zeitrahmen verenge also die Handlungsmöglichkeiten auf letztlich nur ein mögliches Mittel zur Zielerreichung, würde zunächst verkennen, dass – vor und nach 2015 – in dem durch Wettbewerb geprägten Fernwärmemarkt verschiedene Möglichkeiten bestanden und bestehen, um das Ziel der Rekommunalisierung zu erreichen, etwa der Aufbau eines eigenen Netzes oder der Erwerb anderer Netze als das der VWH.

Vor allem aber: Wer dem Inhalt des Volksentscheids die Bindung von Senat und Bürgerschaft entziehen wollte, dass jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt nur noch der Gebrauch der Call-Option zur Rekommunalisierung möglich und deshalb geboten sei, würde übersehen, dass mit dieser Auslegung das Petikum des Volksentscheids verfassungswidrig wäre. Nach Art. 50 Abs. 1 S. 2 HVerf können „Haushaltspläne“ nicht Gegenstand einer Volkinitiative und eines Volksentscheids sein. Dieser „Finanzvorbehalt“ ist nicht nur berührt, wenn ein Volksentscheid unmittelbar den Haushaltsplan betrifft (was hier nicht der Fall ist), sondern auch dann, wenn der Haushaltsgesetzgeber aufgrund des Petikums zu erheblichen finanziellen Dispositionen gezwungen würde, also genötigt wäre, im Haushalt die Sachentscheidung durch erhöhte Ausgabenansätze zu unterlegen.

BVerfGE 102, 176 (189) hat – als Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein – eine notwendige (dauerhafte) Erhöhung der Ausgaben um 0,5 % auf der Grundlage der Sachentscheidung eines Volksentscheids als erheblichen Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers und damit als unzulässig angesehen. Ähnlich ThürVerfGH, ThürVBl. 2002, 31, 39f.; BayVerfGHE 47, 276 (306); HambVerfG, NVwZ-RR 2006, 370, 373.

Begründet hat dies das Bundesverfassungsgericht mit dem besonderen Rang der Budgethoheit des Parlaments und dem Initiativmonopol der Exekutive mit Blick auf den Haushalt, die auch im Wege des Volksentscheids nicht beeinträchtigt werden dürfen.

Zur besonderen Bedeutung der Budgethoheit (in anderem Zusammenhang) BVerfGE 45, 1 (32); 130, 314 (347ff.); HambVerfG, Urteil vom 13. Oktober 2016 (2/16), Rn. 219ff.).

Das bedeutet: Der Inhalt des Volksentscheids darf nicht dahin bestimmt werden, dass er Senat und Bürgerschaft als die zur Aufstellung, Feststellung und Ausführung des Haushalts berechtigten Organen verpflichten würde, die HGV zum Erwerb der restlichen VWH-Anteile mit Belastungsfolgen im Haushalt anzuhalten. Es bleibt dabei: Der bindende Inhalt des Volksentscheids ist das Ziel der Rekommunalisierung, bei der Auswahl der Mittel haben Senat und Bürgerschaft einen weiten Spielraum.

d) Sollte sich der Senat entscheiden, auf die Ausübung der Call-Option hinzuwirken, wäre dies zweifellos ein geeignetes Mittel zur Rekommunalisierung. Bei den Fragen der Notwendigkeit und Angemessenheit des Mitteleinsatzes stellen sich aber angesichts der Belastung des Haushalts mit 300 Mio. Euro, denen keine wertäquivalente Gegenleistung entspricht, erhebliche Abwägungsfragen.

Es wäre zu kurz gegriffen, die Zulässigkeit der Call-Option damit auszuschließen, dass der nötige Mitteleinsatz über dem gegenwärtigen Wert der zu erwerbenden Anteile der HWV liegt, also keine monetäre Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung gegeben ist. Das würde den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verselbstständigen und absolut setzen; jede Einbuße an Finanzmitteln ohne entsprechende Gegenleistung wäre unzulässig, was im Finanzstaat mit sozialen, kulturellen und infrastrukturbezogenen Aufgaben nicht richtig sein kann.

Den einzuschlagenden Weg weist § 7 Abs. 2 LHO: „Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Dies sind für geeignete

Maßnahmen von erheblicher finanzieller Bedeutung Kosten-Nutzen-Analysen.“ Solche Kosten-Nutzen-Analysen sind dann vorzunehmen, wenn alle Einzelaspekte, die in eine Gesamtbewertung einzustellen sind, monetarisierbar sind. Wenn es, wie hier, weitere nicht monetarisierbare Gesichtspunkte zu berücksichtigen gilt – so die ausdrückliche Zielsetzung des Volkssentscheids – gibt es weitere Methoden. Nr. 2.3.4.1 VV zu § 7 LHO konkretisiert diese: Bei der „Nutzwertanalyse“ werden „die in Geld nicht erfassbaren Ziele definiert und entsprechend ihrer Bedeutung gewichtet. Die in Frage kommenden Maßnahmen werden hinsichtlich ihres Zielerreichungsgrades bewertet.“ Senat und Bürgerschaft sind danach auch haushaltsrechtlich berechtigt und verpflichtet, über den Kaufpreis hinausgehende entscheidungsrelevante Aspekte monetärer und nicht-monetärer Art zu berücksichtigen und neben dem Kaufpreis zu gewichten. „Die Nutzwertanalyse verlässt den rein monetären Bereich, indem sie qualitative Kriterien erfasst (Dienstleistungsgüter, öffentliche Sicherheit, Umweltschutz usw.). [...] Auf diese Weise können – jenseits der Kosten – Leistungen und Wirkungen einbezogen werden (Wirkungsanalyse), um den Nutzen der Maßnahme zu beurteilen. Das dahinterstehende Ziel der Objektivierung nicht-monetärer Größen lässt sich jedoch niemals vollständig erreichen, da die Gewichtung und ‚Bepunktung‘ stets auf subjektiven Bewertungen basiert.“

Gröpl, in: *Gröpl*, BHO/LHO, Kommentar, 2011, § 7 Rn. 40.

Damit ist – rechtlich – ein weiter Handlungsrahmen zur Umsetzung des Zieles des Volkssentscheids eröffnet, der letztlich von Senat und Bürgerschaft politisch zu konkretisieren, in der ausgewählten Handlungsalternative zu begründen und zu verantworten ist. Senat und Bürgerschaft haben zunächst den – zurzeit – nicht ertragswertgerechten Kaufpreis zu berücksichtigen, aber auch weitere Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses und Folgewirkungen der Call-Option, die monetärer und nicht monetärer Art sind. So kann der Kauf zum jetzigen Zeitpunkt eine strategisch-ordnungspolitische Entscheidung für eine nachhaltige und klimafreundliche Stadtentwicklung sein. Er kann, wenn dies gewollt ist, in der politischen Auseinandersetzung um Privatisierung versus Verstaatlichung und Rekommunalisierung das Zeichen setzen, dass die öffentliche Hand eine stärkere Steuerung der Infrastrukturentwicklung will und übernimmt. Zu prüfen ist auch, ob mit dem Rückerwerb eine stärkere Kontrolle über zukünftige Preiseentwicklungen einhergeht. Damit sind auch sozialpolitische Zielsetzungen berührt, zu denen dann auch die Frage der Arbeitsplatzsicherheit in den Unternehmen gehört, die zumindest mittelbar

in der Hand der FHH stehen können. Zu den zu berücksichtigenden monetären Aspekten gehören Fragen einer möglichen Wertsteigerung oder umgekehrt einer weiteren Wertminderung (etwa aufgrund aufgelaufenen Investitionsbedarfs) der Anteile an der VWH in der Zukunft, Auswirkungen auf die Steuereinnahmen (z.B. Gewerbesteuer, aber auch etwa die Körperschaftsteuer, an deren Ertrag das Land neben dem Bund zu 50 v. H. partizipiert, Art. 106 Abs. 3 S. 1 und 2, Art. 107 Abs. 1 S. 1 GG). Belastend können sich Transformationskosten oder Carve-out-Kosten auswirken. Auch die aktuell seitens der FHH favorisierte technische Lösung könnte sich weiter wertmindernd auswirken und die Differenz zum Mindestkaufpreis erhöhen. Möglicherweise sind auch Pensionsverpflichtungen aufgrund zu berücksichtigender längerer Lebenserwartung weiter wertmindernd. Zu bewerten ist auch, dass der 2014 vereinbarte Mindestkaufpreis, der jetzt zum Tragen käme, eine Gegenleistung für die von der Vattenfall bindend eingeräumte Call-Option darstellt. Insgesamt kann die Bewertung und Gewichtung der Einzelaspekte dazu führen, dass der Erwerb der verbliebenen Anteile die Handlungsmöglichkeiten der FHH erhöht und wirtschaftlich rational ist. Denkbar ist aber auch, dass der nicht marktgerechte Kaufpreis in der Bewertung die ausschlaggebende Bedeutung gegen den Erwerb erhält. Beide Entscheidungen sind haushaltsrechtlich und verfassungsrechtlich möglich. Rechtlich zwingend geboten ist keine der beiden Varianten.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ohne Bedeutung ist der 1994 im Zuge der Privatisierungsbestrebungen in die Haushaltsordnung eingefügte Prüfauftrag des § 7 Abs. 1 S. 2 LHO, ob staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können. In den Jahren nach 2000 hat u.a. eine Privatisierung der Fernwärmeversorgung stattgefunden, jetzt geht es aufgrund der vorliegenden Erkenntnisse und aufgrund des Volksentscheids um die Frage des Wie der Rekommunalisierung. Das würde – haushaltsrechtlich – indes nicht ausschließen, an der gegenwärtigen Kooperation zwischen der FHH und der privaten Seite in der VWH festzuhalten.

2. § 65 LHO – Voraussetzungen für die Aufstockung einer Unternehmensbeteiligung

§ 65 LHO unterwirft die Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts seitens der FHH materiellen und verfahrensbezogenen Anforderungen. Gleiches gilt für die Beteiligung an einem solchen Unternehmen und für die Aufstockung einer Beteiligung. Von

vornherein scheidet nach diesen Vorgaben eine Beteiligung an Personengesellschaften aus; nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO kommt, vorbehaltlich des Absatzes 4, nur die Beteiligung an einer AG oder GmbH in Betracht. Hintergrund der restriktiven Anforderungen des § 65 LHO ist letztlich das Steuerstaatsprinzip. Der Staat soll sich grundsätzlich nicht in die gewinnorientierte Privatwirtschaft begeben und nicht durch seine Teilhabe hieran Einnahmen durch Gewinne erzielen. Erwerbswirtschaftliche Betätigung ist Sache der grundrechtsberechtigten Bürger und Unternehmen. Der Staat soll sich vorrangig durch Besteuerung wirtschaftlicher Aktivitäten seiner Bürger finanzieren.

Zum Verfassungsrang dieser Begrenzung der Staatsaufgaben und -tätigkeiten durch das Steuerstaatsprinzip grundlegend BVerfGE 55, 275 (299ff.) und die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; *Josef Isensee*, Steuerstaat als Staatsform, FS H. P. Ipsen, 1977, S. 409ff.

In materieller Hinsicht verlangt § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO deshalb ein „wichtiges staatliches Interesse“ für die staatliche Unternehmensgründung, wobei hinzukommen muss, dass „sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt“. Die Gewinnerzielungsabsicht ist kein wichtiges staatliches Interesse. Diese Anforderungen gelten für die Gründung eines Unternehmens oder die Beteiligung an ihm; sie sind jedoch ein weiteres Mal zu prüfen, wenn eine bestehende Beteiligung aufgestockt werden soll. Die Anforderungen des § 65 LHO gelten nicht nur bei unmittelbaren, sondern auch bei mittelbaren Beteiligungen der FHH, also dann, wenn die FHH an einem Unternehmen unmittelbar beteiligt ist (die HGV mbH) und dieses eine Beteiligung an einem anderen Unternehmen hält (der VWH), vgl. § 65 Abs. 3 LHO. Die materiellen Kriterien zur Beurteilung einer Ausübung der Call-Option führen zu der Nutzwertanalyse im Rahmen des § 7 LHO zurück. Das „wichtige staatliche Interesse“ kann sich aus einer entsprechenden Wertung der struktur-, umwelt- und sozialpolitischen Bedeutung des Erwerbs der verbliebenen Anteile der VWH ergeben. § 65 LHO bedeutet aber nicht, dass die FHH, wenn ein wichtiges staatliches Interesse bejaht wird, die Entscheidung zur Aufstockung der Beteiligung treffen muss. Das Haushaltsrecht setzt der Beteiligung Grenzen, die nicht etwa in eine Beteiligungspflicht umgedeutet werden können. Dies bedeutet auch, dass – rechtlich gesehen – zu prüfen ist, ob das wichtige staatliche Interesse in der Form der gegenwärtigen Kooperation von staatlicher und privater Seite in VWH weitergeprüft werden kann.

In verfahrensbezogener Hinsicht soll nach § 65 Abs. 3 LHO die zuständige Behörde – die Finanzbehörde – darauf hinwirken, dass ein Unternehmen, an dem die FHH unmittelbar beteiligt ist (die HGV), nur mit ihrer Zustimmung die Beteiligung an einem anderen Unternehmen (die VWH) erhöht. Hierzu sind § 65 Abs. 1 Nr. 3 und 4 und Abs. 2 S. 2 LHO zu beachten. Das Zustimmungserfordernis wird nicht mit inhaltlichen Kriterien verknüpft. Das bedeutet, dass der Finanzbehörde ein Prüfungs- und Entscheidungsermessen zukommt, deren Leitlinien vor allem die Kriterien nach § 7 LHO sind. Darüber hinaus liegt der besondere Sinn und Zweck des Zustimmungserfordernisses nach § 65 Abs. 3 LHO darin, dass seitens der Finanzbehörde neben der Einzelentscheidung an sich deren Tragbarkeit im Zusammenhang der gesamten Finanzsituation der FHH zu prüfen und zu gewichten ist.

IV. Beihilfenrechtliche Aspekte einer Ausübung der Call-Option

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen der Mitgliedstaaten (in Deutschland sind auch Beihilfen der Länder und Kommunen erfasst, ferner solche von öffentlichen Unternehmen) gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel mit den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Primärrechtliche Ausnahmen vom Beihilfenverbot enthält Art. 107 Abs. 2 AEUV; daneben können bestimmte Beihilfen durch einen Rechtsakt der Kommission für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden, wenn wettbewerbsverzerrende Wirkungen einer Beihilfe von einer im Unionsinteresse liegenden Gegenleistung kompensiert werden (Art. 107 Abs. 3 AEUV). Art. 108 AEUV begründet eine umfassende repressive und präventive Aufsicht der Kommission über Beihilfen.

Es stellt sich die Frage, ob die Zahlung eines überhöhten Kaufpreises seitens der HGV mbH zum Erwerb der restlichen VWH-Anteile eine unzulässige Beihilfe an das verkaufende Unternehmen darstellen kann.

Der Begriff der Beihilfe ist nach dem Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV („gleich welcher Art“) und nach dem Zweck der Vorschrift weit zu fassen. Die Rechtsprechung des EuGH versteht darunter alle mitgliedstaatlichen „Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.“

Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 30/59, Slg. 1961, I/43.

Erfasst sind vor allem freiwillige Zahlungen der Mitgliedstaaten – auch in der Folge eines Vertragsabschlusses durch ein von der öffentlichen Hand beherrschtes Unternehmen – an ein anderes Unternehmen. Die Motivation der Zahlung ist irrelevant, von Bedeutung ist allein die wirtschaftliche Wirkung.

EuGH, Rs. C-5/14, NVwZ 2015, 1122.

Charakteristisch für das Vorliegen einer Beihilfe ist, dass der begünstigenden Wirkung auf Seiten des Unternehmens keine äquivalente Gegenleistung dieses Unternehmens entspricht. Es kommt also darauf an, ob das Unternehmen eine Vergünstigung erhält, die es unter Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Vergleichsmaßstab ist, ob sich ein hypothetischer privater Investor, der sich von längerfristigen Überlegungen leiten lässt, insbesondere Rentabilitätsbewertungen, eine solches Geschäft mit einem Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung eingegangen wäre.

EuGH, Rs. C-256/97, Slg. 1999, I-3913, Rn. 24. Das greift die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vom 19. Juni 2016 auf (2016 C 262/01).

Wenn die öffentliche Hand (einschließlich der von ihr gehaltenen Unternehmen) im Markt einen bestimmten Vermögensgegenstand zur Verwirklichung einer öffentlichen Aufgabe und eines demokratisch bestimmten und legitimierten Zwecks erwerben will und diese Information dem Eigentümer des Gegenstandes bekannt ist – wie vorliegend durch den Volksentscheid, aber auch durch den ergänzenden Vertrag zwischen HGV und VE aus dem Jahre 2014 –, dann hat

der potenzielle Verkäufer nach den Gesetzen des Marktes eine starke Stellung. Er wird seine Preisforderungen erhöhen oder, wenn wie hier der Preis in der Vergangenheit festgelegt wurde und jetzt nicht mehr äquivalent ist, auf der Kaufpreisforderung beharren. Die FHH/HGV steht vor der Alternative, den überhöhten Kaufpreis zu akzeptieren oder den Kauf nicht abzuschließen. Wenn sich der Staat in dieser Situation zum Kauf entschließt, ist dies eine Entscheidung im Rahmen der Marktbedingungen. Eine Beihilfe liegt grundsätzlich nicht vor. Es widerspräche der Logik des Beihilfenrechts, das den funktionierenden Markt und Wettbewerb schützen will, wenn eine Handlung des Staates, die sich aus dem Verhältnissen von Angebot und Nachfrage im Markt ergibt, als eine unzulässige Beihilfe gedeutet würde. Damit würde das Beihilfenregime, das den Markt schützen will, den Markt außer Kraft setzen. Zugleich würde damit der FHH die Möglichkeit genommen, ihre öffentlichen Aufgaben wahrzunehmen.

Auch der vom EuGH herangezogene hypothetische private Investor würde sich unter Umständen so verhalten. Das wäre der Fall, wenn es diesem nicht um kurzfristigen Gewinn, sondern um langfristig-strategisch zu erzielende Rentabilität geht und solche Handlungsziele einen Kauf über Marktwert sinnvoll erscheinen lassen. Langfristige Strategien der FHH zur Steuerung und Rentabilität der Fernwärmeversorgung können also den Vermögensvorteil auf Seiten des veräußernden Unternehmens rechtfertigen. Gleiches gilt für politische Festlegungen dazu, ob auf lange Sicht die Fernwärmeinfrastruktur durch den Markt oder durch die öffentliche Hand besser und wirtschaftlicher zu erbringen ist. Prognoseunsicherheiten gehen dabei nicht zu Lasten der FHH. Eine Grenze der einen Erwerb über Marktwert im Lichte des Beihilfenverbots rechtfertigenden Gründe sieht die Kommission erst dann, wenn ausschließlich hoheitliche und außerfiskalische Ziele verfolgt werden; nicht unzulässig ist es dagegen, „soziale, wirtschaftliche und ökologische Rahmenbedingungen“ lediglich zu berücksichtigen.

Beihilfenbekanntmachung vom 19. Juli 2016, Rn. 107.

Schließlich gilt: „Die Tatsache, dass die betroffene öffentliche Stelle sich bereits früher wirtschaftlich bei einem Unternehmen engagiert hat, sollte bei der Prüfung der Marktkonformität einer Transaktion berücksichtigt werden, vorausgesetzt, dass ein vergleichbarer privater Wirtschaftsbeteiligter ein solches früheres Engagement aufweisen könnte (zum Beispiel als Anteilseigner eines Unternehmens).“

Beihilfenbekanntmachung vom 19. Juli 2016, Rn. 106 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 3. April 2014, C 224/12, Rn. 29-37.

In diesem Fall gibt es eine Vermutung, dass auch ein erhöhter Kaufpreis für eine Aufstockung des Anteils noch marktkonform ist und keine Beihilfe darstellt.

Die genannten Aspekte sprechen insgesamt deutlich dafür, dass die Call-Option noch marktkonform und nach dem Maßstab des Art. 107 Abs. 1 AEUV zulässig ist. Angesichts der für dieses Kurzgutachten nur sehr begrenzt zur Verfügung stehenden Zeit ist es hier nicht möglich, vertieft auf alle beihilfenrechtlichen Aspekte einzugehen, insbesondere die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des nach der Rechtsprechung des EuGH durchzuführenden „Private-Investor-Test“. Es wird empfohlen, ergänzend die Einschätzung der in Hamburg für Beihilfen zuständigen Stelle, der Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation, einzuholen.

V. Zusammenfassung

1. Der Volksentscheid „Unser Hamburg – Unser Netz“ aus dem Jahre 2013 bindet Senat und Bürgerschaft der FHH, vorbehaltlich Art. 50 Abs. 4a S. 2 HVerf, auf das Ziel der Rückführung (u.a.) des Fernwärmenetzes in das Eigentum der öffentlichen Hand. Bei der Wahl des Mittels gibt es keine Bindung.

2. Der Volksentscheid verpflichtet damit seinem Inhalt nach nicht zur Ausübung der Call-Option aus dem ergänzenden Vertrag zwischen der HGv und der VE aus dem Jahre 2014. Der Volksentscheid aus dem Jahre 2013 oder ein anderer Volksentscheid dürfte zu einem Erwerb der Gesellschaftsanteile auch deshalb nicht verpflichten, weil damit der Finanzvorbehalt des Art. 50 Abs. 1 S. 2 HVerf berührt wäre.

3. Haushaltsrechtlich enthalten die §§ 7 und 65 LHO gewichtige Vorgaben für eine Ausübung der Call-Option. Es besteht angesichts der Differenz von Kaufpreis und Wert in Höhe von ca.

300 Mio. Euro bei einem solchen Kauf ein weiter politischer Ermessens- und Entscheidungsspielraum, ob die Option gezogen werden soll oder nicht.

4. § 7 LHO verpflichtet nicht zwingend darauf, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit allein an der monetären Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bei einem Erwerb der weiteren Anteile an der VHW zu messen. Umgekehrt sind Senat und Bürgerschaft unter Hinweis auf die fehlende Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung berechtigt, die Call-Option nicht auszuüben. § 65 LHO räumt der Finanzbehörde bei ihrer erforderlichen Zustimmung einen weiten Ermessensspielraum ein, der inhaltlich u.a. an den Kriterien des § 7 LHO zu orientieren ist und die Vermögenssituation der FHH insgesamt zu berücksichtigen hat.

5. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH sprechen überwiegende Anhaltspunkte dafür, dass das Beihilfenverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV der Geltendmachung der Call-Option nicht entgegen steht. Es wird empfohlen, ergänzend eine Einschätzung der Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation einzuholen.

Stefan Koriath