



Rechnungshof der
Freien und Hansestadt Hamburg

Gutachtliche Äußerung zur
Übernahme von Bürgschaften durch
Anstalten öffentlichen Rechts
(Bürgerschaftliches Ersuchen
Drs. 18/2947)

Hamburg, den 21. Dezember 2006

Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg
Gänsemarkt 36, 20354 Hamburg
Postfach 301741, 20306 Hamburg
Telefon: 040/428 23 - 0
Fax: 040/428 23 - 1538
E-Mail: rechnungshof@rh.hamburg.de
Internet: <http://www.rechnungshof.hamburg.de>

Inhaltsverzeichnis

1	Anlass und Gegenstand der Prüfung	3
2	Zusammengefasstes Prüfungsergebnis	3
3	Prüfungsfeststellungen	5
3.1	Sachverhalt	5
3.1.1	Neubau des AK Barmbek	5
3.1.1.1	Investorenmodell	5
3.1.1.2	Finanzierung	8
3.1.1.3	Teilprivatisierung des LBK	10
3.1.2	Bürgschaftsübernahmen des LBK-Immobilien	12
3.1.2.1	Höhe der Bürgschaften	12
3.1.2.2	Zustandekommen der Bürgschaften	14
3.2	Notwendigkeit der übernommenen Bürgschaften	19
3.2.1	Vertragsrechtliche Gesichtspunkte	19
3.2.1.1	Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage	19
3.2.1.2	Außerordentliches Kündigungsrecht	23
3.2.2	Wirtschaftliche Gesichtspunkte	24
3.3	Zulässigkeit der Bürgschaftsübernahmen durch die Anstalt	26
3.3.1	Anstaltszweck	26
3.3.2	Satzungsmäßige Kompetenz zur Übernahme von Bürgschaften	29
3.4	Zustimmungserfordernis der Bürgerschaft	31
3.4.1	Verfassung und Haushaltsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg	31
3.4.2	Bürgschaftsvorbehalt im Einzelfall	33
3.4.2.1	Finanzielle Überforderung des LBK-Immobilien	33
3.4.2.2	Handeln der Verwaltung	35
3.4.2.3	Beschränkung der Gewährträgerhaftung nach § 3 Abs. 2 LBKBetriebG	38
3.5	Stellungnahme der Verwaltung	39
3.6	Abschließende Bewertung durch den Rechnungshof	40

Abkürzungsverzeichnis

AK Barmbek	bis 31.12.2004 „Allgemeines Krankenhaus Barmbek“, jetzt „Asklepios Klinik Barmbek“, „Klinikum Barmbek“
Asklepios	Asklepios Kliniken GmbH
BayLB	Bayerische Landesbank
Drs.	Drucksache
FHH	Freie und Hansestadt Hamburg
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätze-gesetz)
HV	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
LBK alt	Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg – Anstalt öffentlichen Rechts -
LBKBetriebG	Gesetz zur Errichtung der Betriebsanstalt LBK Hamburg
LBK-Immobilien	Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien – Anstalt öffentlichen Rechts -
LBK-Immobilien Gesetz	Gesetzes zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien - Anstalt öffentlichen Rechts -
LBK neu	Betriebsanstalt Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg – Anstalt öffentlichen Rechts -
Molita	Molita Vermietungsgesellschaft mbH & Co Objekt Klinikum Barmbek KG
Tz. / Tzn.	Textzahl / Textzahlen
UmwG	Umwandlungsgesetz

1 Anlass und Gegenstand der Prüfung

(1) In der Sitzung der Bürgerschaft vom 26. Oktober 2005 ist auf der Grundlage der Drucksache Nr. 18/2947 vom 28. September 2005 ein Prüfungs- und Berichtser suchen gemäß Art. 71 Abs. 2 Satz 2 HV an den Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH) zu Stande gekommen, zu prüfen,

1. inwieweit Bürgschaften, die von Anstalten öffentlichen Rechts mit der FHH als Gewährträger übernommen werden, aufgrund der Anstaltslast unmittelbaren Bürgschaften der FHH materiell gleich kommen,
2. inwieweit Bürgschaften, die von Anstalten öffentlichen Rechts mit der FHH als Gewährträger übernommen werden, aufgrund der Anstaltslast und damit der unbegrenzten Haftung der FHH ebenso wie unmittelbare Bürgschaften der FHH der Zustimmung der Bürgerschaft bedürfen,
3. inwieweit die in der Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft in Drucksache Nr. 18/2813 vom 06.09.2005 erwähnte Bürgschaft des Landesbetriebs Krankenhäuser Hamburg Immobilien – Anstalt öffentlichen Rechts – (LBK-Immobilien) zugunsten der LBK Hamburg GmbH
 - a. im Rahmen der Finanzierung des Neubaus Allgemeinen Krankenhauses Barmbek (AK Barmbek)¹ notwendig war,
 - b. der Zustimmung der Bürgerschaft bedarf,

und der Bürgerschaft über die Ergebnisse der Prüfung zu berichten.

Der Rechnungshof hat die Fragestellungen des Bürgerschaftlichen Ersuchens aufgegriffen und berichtet im Folgenden über das Ergebnis seiner Prüfung.

2 Zusammengefasstes Prüfungsergebnis

(2) Der Neubau des AK Barmbek wurde von der Objektgesellschaft Molita Vermietungsgesellschaft mbH & Co Objekt Klinikum Barmbek KG – Molita - vorfinanziert. Das vom Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg – Anstalt öffentlichen Rechts - (LBK alt) geschlossene Vertragswerk über den Neubau des AK Barmbek sieht vor, dass der LBK als Krankenhausbetreiber und künftiger Eigentümer des Gebäudes bis zum Jahr 2025 Mietkaufraten an die Molita zahlt. Nach der Teilprivatisierung des LBK alt war zunächst die Betriebsanstalt Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg – Anstalt öffentlichen Rechts - (LBK neu) und ist seit

¹ Bis 31. Dezember 2004 „Allgemeines Krankenhaus Barmbek“, jetzt „Asklepios Klinik Barmbek“, „Klinikum Barmbek“.

5. April 2005 die LBK Hamburg GmbH als Rechtsnachfolgerin zur Zahlung der Mietkaufraten verpflichtet. Die Gewährträgerhaftung der FHH für den LBK alt ist weggefallen; nunmehr besteht eine Gewährträgerhaftung der Stadt für den LBK-Immobilien, der die nicht in private Hand übergegangenen Gesellschaftsanteile an der LBK Hamburg GmbH hält. Der LBK-Immobilien ist gesetzlich verpflichtet, für zum Zeitpunkt der LBK-Teilprivatisierung bestehende Forderungen gegenüber dem LBK alt bis Ende 2009 nachzuhaften.

Die Molita und deren refinanzierende Bank (Bayerische Landesbank – BayLB) haben die geänderte Haftungssituation zum Anlass genommen, Sicherheiten der FHH für das Finanzierungsgeschäft zu verlangen. Im Dezember 2004 drohten sie mit der Kündigung der Kreditverträge und die bauausführende Arge mit einem Baustopp beim AK Barmbek. Vor diesem Hintergrund wies die Verwaltung den LBK-Immobilien an, Bürgschaftserklärungen gegenüber der Molita und der BayLB abzugeben. Der übernommene Umfang der Bürgschaften liegt formal bei rund 211,5 Mio. Euro. Das Risiko einer Inanspruchnahme beschränkt sich insbesondere wegen der Ansprüche der LBK Hamburg GmbH auf öffentliche Mittel der Krankenhausfinanzierung faktisch auf den von der LBK Hamburg GmbH aufzubringenden Eigenanteil (ca. 43,2 Mio. Euro). Hierfür hat die LBK Hamburg GmbH mit dem LBK-Immobilien und der Asklepios Kliniken GmbH (Asklepios) eine Freistellungsvereinbarung getroffen.

Der Rechnungshof hat festgestellt:

- Mit den Bürgschaften wurden unter tatsächlichen, vertragsrechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten die erheblichen finanziellen Risiken, die für die Stadt mit einer Kündigung der Kreditverträge und mit einem Baustopp verbunden gewesen wären, in geeigneter und vertretbarer Weise abgewendet (vgl. Tz.36).
- Die Übernahme der Bürgschaften war von dem Anstaltszweck des LBK-Immobilien gedeckt (vgl. Tzn. 37 - 40).
- Nach Art. 72 Abs. 2 HV bedürfen Sicherheitsleistungen zu Lasten der Stadt, deren Wirkung über ein Rechnungsjahr hinausgeht oder die nicht zum regelmäßigen Gang der Verwaltung gehören, eines Beschlusses der Bürgerschaft. Diese Regelung bezieht sich allein auf die Beziehung zwischen Senat und Bürgerschaft; das Handeln von Anstalten öffentlichen Rechts als eigenständigen juristischen Personen ist grundsätzlich nicht Gegenstand des parlamentarischen Budgetrechts (vgl. Tzn. 43 - 46).

- Der LBK-Immobilien war allerdings weder zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahmen wirtschaftlich in der Lage, die damit verbundenen Verpflichtungen bei Inanspruchnahme aus den Bürgschaften zu übernehmen, noch gab es Anhaltspunkte, dass er dies künftig sein würde. Bei dieser Sachlage lag das Bürgschaftsrisiko von Anfang an faktisch beim Hamburger Haushalt, weil die Stadt die uneingeschränkte Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Anstalt inne hat (vgl. Tz.48).
- Die Bürgschaftsübernahmen durch den LBK-Immobilien sind hier maßgeblich der Verwaltung zuzurechnen: Die Geschäftsführung des LBK-Immobilien hat die Bürgschaftserklärungen aufgrund einer verbindlichen Weisung der Anstaltsträgerversammlung gemäß § 2 Abs. 4 der Satzung des LBK-Immobilien abgegeben. (vgl. Tzn. 49 - 53).
- Durch das Vorgehen der Verwaltung wurde die Bürgerschaft für künftige Haushaltsjahre in ihrem Budgetrecht präjudiziert. Die Anweisung an den LBK Immobilien zur Bürgschaftsübernahme war daher ohne parlamentarische Ermächtigung unzulässig (vgl. Tz. 54).
- Mit der Übernahme der Bürgschaften bis zum Jahr 2025 wurde zudem das erklärte und im Gesetz zur Errichtung der Betriebsanstalt LBK Hamburg (LBKBetriebG) umgesetzte Ziel unterlaufen, durch die Teilprivatisierung des LBK Hamburg die Haftungsrisiken der Stadt für bestehende Verbindlichkeiten der Betriebsanstalt auf fünf Jahre zu begrenzen (§ 3 Abs. 2 LBKBetriebG; vgl. Tz. 55).

3 Prüfungsfeststellungen

3.1 Sachverhalt

3.1.1 Neubau des AK Barmbek

3.1.1.1 Investorenmodell

- (3) Entsprechend den Planungen des Senats und den Beschlüssen der Bürgerschaft wurde der Neubau des AK Barmbek auf der Grundlage eines Mietkaufmodells realisiert (vgl. Drs. 16/4703 „Haushaltsjahr 2001, Ergänzung des Haushaltsplan-Entwurfs 2001 gemäß § 32 LHO, Neubau Klinikum Barmbek“ und 16/6080 „Ausschreibungsergebnis und Finanzierung Neubau Klinikum Barmbek“). Wesentlicher Inhalt des Mietkaufmodells ist, dass weder die FHH noch der

LBK alt bzw. seine Rechtsnachfolger als Krankenhausbetreiber² als Bauherr des Klinikums agieren, sondern eine Objektgesellschaft.

- (4) Die wirtschaftlichen Vorteile eines modifizierten Mietkaufmodells sah der Senat lt. Bürgerschafts-Drs. 16/6080 in der Kombination aus Werk- und Darlehensvertrag:
- Die Objektgesellschaft erhält das Recht, das Grundstück zu nutzen, d. h. darauf das Krankenhaus zu errichten; sie beauftragt alle für die Errichtung des Krankenhauses notwendigen Leistungen und verpflichtet sich, dem Krankenhausbetreiber das Krankenhaus zu einem vertraglich fixierten Termin schlüsselfertig zu überlassen.
 - Die Objektgesellschaft trägt das Bauherrenrisiko und garantiert die Einhaltung des für die Errichtung des Neubaus vereinbarten Pauschalpreises³, der Qualitäten und des Termins der Fertigstellung; auf den Krankenhausbetreiber gehen nach Abschluss der Bauarbeiten und erfolgter Abnahme alle Pflichten (z. B. Verkehrssicherungspflicht) über, die sonst der Eigentümer hätte.
 - Der Krankenhausbetreiber zahlt während der Bauzeit weder Abschläge auf den Baupreis noch Bauzeitinsen. Die Finanzierung der Baukosten einschließlich Bauzeitinsen übernimmt die Objektgesellschaft. Nach der Abnahme des Krankenhauses durch den Krankenhausbetreiber zahlt dieser auf 20 Jahre verteilte Mietkaufraten für die Nutzungsüberlassung des Krankenhauses. Diese beinhalten Anteile für Zinsen und Tilgung sowie einen Verwaltungskostenbeitrag für die Objektgesellschaft.
 - Die bestehenden Forderungen der Objektgesellschaft auf Ratenzahlung werden an die refinanzierende Bank einredefrei verkauft. Dadurch können die gleichen – günstigen - Finanzierungsbedingungen dargestellt werden, wie sie der Krankenhausbetreiber selbst als direkter Kreditnehmer erhalten würde (sog. Kommunalkredit)⁴.

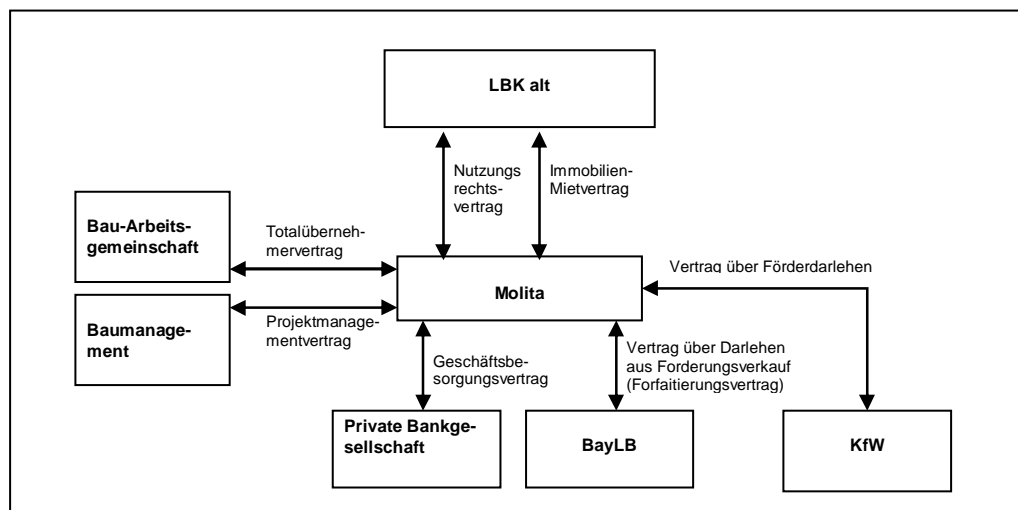
² Zunächst der Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - (LBK alt), zum 1. Januar 2005 dessen Rechtsnachfolgerin, die Betriebsanstalt Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts – (LBK neu) und zum 5. April 2005 die LBK Hamburg GmbH.

³ Dieser beinhaltet nicht die Kosten der Finanzierung.

⁴ Die hier eingeschaltete BayLB verwendet den Begriff Kommunalkredit für Darlehen, die niedriger verzinst werden als Kredite an Private, weil der Darlehensgeber aufgrund der nahezu unbegrenzten Haftung der öffentlichen Hand praktisch mit keinem Ausfallrisiko kalkulieren muss.

- Die FHH kann ihren (Fördermittel-) Anteil an den Baukosten (zuzüglich Finanzierungskosten) entweder durch eine Einmalzahlung nach Baufertigstellung / Abnahme des Neubaus oder durch Ratenzahlungen (Gewährung der Fördermittel über auf 20 Jahre verteilte Raten) erbringen.⁵ Beide Varianten haben zum Resultat, dass aus dem Vertragsverhältnis des Krankenhausbetreibers mit der finanzierenden Objektgesellschaft nach Ablauf der 20-jährigen Vertragslaufzeit keine Restschuld bestehen bleibt.
- Den wirtschaftlichen Vorteil des gewählten Finanzierungsmodells, insbesondere gegenüber einer über den Haushalt der FHH finanzierten Eigenbaumaßnahme des LBK alt, sah der Senat u. a. in der Übernahme von Garantien und Risiken (Bauherren-, Finanzierungs- und Bonitätsrisiken) durch die Objektgesellschaft während der Bauzeit sowie Kalkulationsvorteilen, die daraus resultieren, dass die Objektgesellschaft komplementäre Dienstleistungen (Teile des Bau- und des Cash-Managements) für den Krankenhausbetreiber übernimmt. Die Umsetzung des Mietmodells ermöglicht zudem die Einbindung von zinsgünstigen KfW-Krediten aus dem Infrastrukturprogramm.⁶

(5) Das Vertragswerk zum Neubau des Klinikums Barmbek von Mai 2001 veranschaulicht die folgende Grafik:



⁵ Der Fördermittelbescheid der damaligen Behörde für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 27.04.2001 über die Gewährung von Fördermitteln nach § 21 des Hamburgischen Krankenhausgesetzes für die Maßnahme „Neubau des Klinikums Barmbek“ in Höhe von 101,118 Mio. Euro enthält die Regelung, dass die noch zu beschließende Finanzierungsvariante sowie die damit verbundenen Zahlungsmodalitäten in einem gesonderten Bescheid festgelegt werden. Dieser steht noch aus. Die Bürgerschaft hat am 12. Juli 2001 der Finanzierung durch Ratenzahlungen (Mietkaufraten) zugestimmt (Drs. 16/6080).

⁶ Voraussetzung für die Gewährung von Krediten durch die KfW ist eine modifizierte Ausfallbürgschaft der FHH, die auch übernommen wurde, vgl. Tz. 6.

3.1.1.2 Finanzierung

- (6) Die Molita finanzierte das Vorhaben während der Bauphase (Zwischenfinanzierung) in Abhängigkeit vom Baufortschritt über die BayLB.⁷ Nach Fertigstellung des Neubaus zahlte die KfW (gegen modifizierte Ausfallbürgschaft der FHH, vgl. Drs. 18/2813 „Bereitstellung einer modifizierten Ausfallbürgschaft zugunsten der ... Molita zur Absicherung des KfW-Anteils an der Finanzierung des Neubaus des Klinikums Barmbek“) aus ihrem Infrastrukturprogramm einen Kredit in Höhe von 81.460.705 Euro an die Molita aus.

Sowohl für die Zwischenfinanzierung während der Planungs- und Bauphase (2001 – 2005) als auch für die Endfinanzierung nach Übergabe des Neubaus bis zum Ende des Tilgungszeitraums (2005 – 2025) wurde zunächst ein variabler Zins vereinbart.

- (7) Der Immobilien-Mietvertrag sieht vor, dass der Krankenhausbetreiber nach Abnahme und Übergabe des Neubaus auf 20 Jahre verteilte Mietkaufraten an die Objektgesellschaft zahlt. Berechnungsgrundlage für die Mietkaufraten sind die Gesamtinvestitionskosten, die sich aus Bau- und Finanzierungskosten, während der Bauzeit angefallenen Kosten (Konzeptionsgebühr, Zwischenfinanzierungszinsen, Bereitstellungsentschädigung, Zinsen auf Vorsteuer) und Verwaltungskosten zusammensetzen. Hiervon trägt die FHH über die dem Krankenhausbetreiber zustehenden Fördermittel einen Anteil in Höhe von rd. zwei Dritteln.⁸ Daneben muss der Krankenhausbetreiber Zahlungen an Molita zum Ausgleich der Mietnebenkosten leisten.
- (8) Die genaue Höhe der sich daraus ergebenden einzelnen Mietkaufraten war bis zum Abschluss der Untersuchung nicht ermittelbar, weil die Gesamtkosten der Maßnahme noch nicht feststanden.⁹

⁷ Hierüber liegen noch keine Zahlen vor, da die Maßnahme während der Erhebungen des Rechnungshofs noch nicht endabgerechnet war.

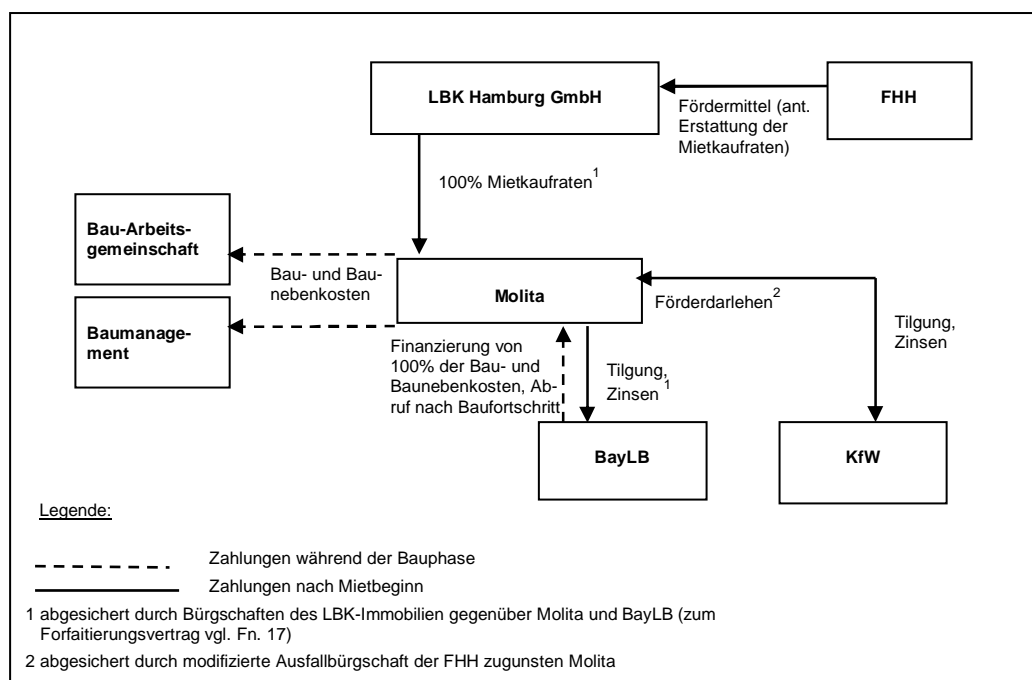
⁸ Vorläufige Förderquote: 66,23%, vgl. im Übrigen Tzn. 9 f.

⁹ Die für das Gesundheitswesen zuständige Behörde hat mitgeteilt, die Höhe der endgültigen Baukosten stehe noch nicht fest. Es fehle noch eine Abrechnung der Erschließungskosten, die der Höhe nach einen wesentlichen Teil der Kosten ausmachen, durch die Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt. Diese habe in Aussicht gestellt, die Erschließung voraussichtlich im Sommer 2006 abzurechnen.

Nach internen Berechnungen der LBK Hamburg GmbH¹⁰ betragen die voraussichtlich zu leistenden Zahlungen (einschließlich Kosten der Finanzierung) für das Bauvorhaben

- 188.233.178 Euro für die FHH,
- 94.116.589 Euro für die LBK Hamburg GmbH.

Die Zahlungsströme im Zusammenhang mit dem Neubau des Klinikums Barmbek sind in dem folgenden Schaubild dargestellt:



- (9) Im Investitionsprogramm nach § 16 des Hamburgischen Krankenhausgesetzes wurden ab 2005 jährlich Mittel in Höhe von 10,15 Mio. Euro für die Abfinanzierung des Klinikums Barmbek berücksichtigt.¹¹ Die Fördermittel-Raten wurden als Verpflichtungsermächtigungen beim Titel 3610.893.79 veranschlagt.
- (10) Die veranschlagten Raten sind nach vorläufigen Berechnungen der LBK Hamburg GmbH und der für das Gesundheitswesen zuständigen Behörde – zumindest in den ersten Jahren der Mietzeit vor dem Absinken der Raten - nicht auskömmlich: nach gegenwärtigen Erkenntnissen würden an Stelle der veranschlagten 10,15 Mio. Euro zunächst ca. 12 Mio. Euro jährlich benötigt.

¹⁰ Stand: Dezember 2005.

¹¹ Vgl. Drucksache 18/2474 vom 21.06.2005 „Krankenhausinvestitionsmittel – Vierter Bericht“. Die Drs. 18/4435 „Krankenhausinvestitionsmittel – Fünfter Bericht -“ vom 6. Juni 2006 weist geleistete Zahlungen in Höhe von 912.943 Euro in 2005 und 2,45 Mio. Euro in 2006 sowie als Prognose für die weitere Abfinanzierung des AK Barmbek für 2006 7,7 Mio. Euro sowie für die Folgejahre jeweils 10,15 Mio. Euro aus.

Die Behörde hat mitgeteilt, sie werde nach Endabrechnung der Baumaßnahme und Festsetzung der endgültigen Höhe der Mietkaufraten durch die Molita in 2007 die Höhe der endgültigen Fördermittel-Raten ermitteln.

Die Bürgerschaft habe mit der Drucksache 16/6080 der Finanzierung des Anteils der FHH an den Gesamtinvestitionskosten des Neubaus Barmbek über Mietkaufraten zugestimmt und so die grundlegende Entscheidung über deren Finanzierung getroffen. Die Fördermittel-Raten würden in den kommenden Investitionsprogrammen nachrichtlich aufgeführt und im Rahmen der jährlichen Haushaltsanmeldungen beim Globaltitel 4810.893.79 berücksichtigt.

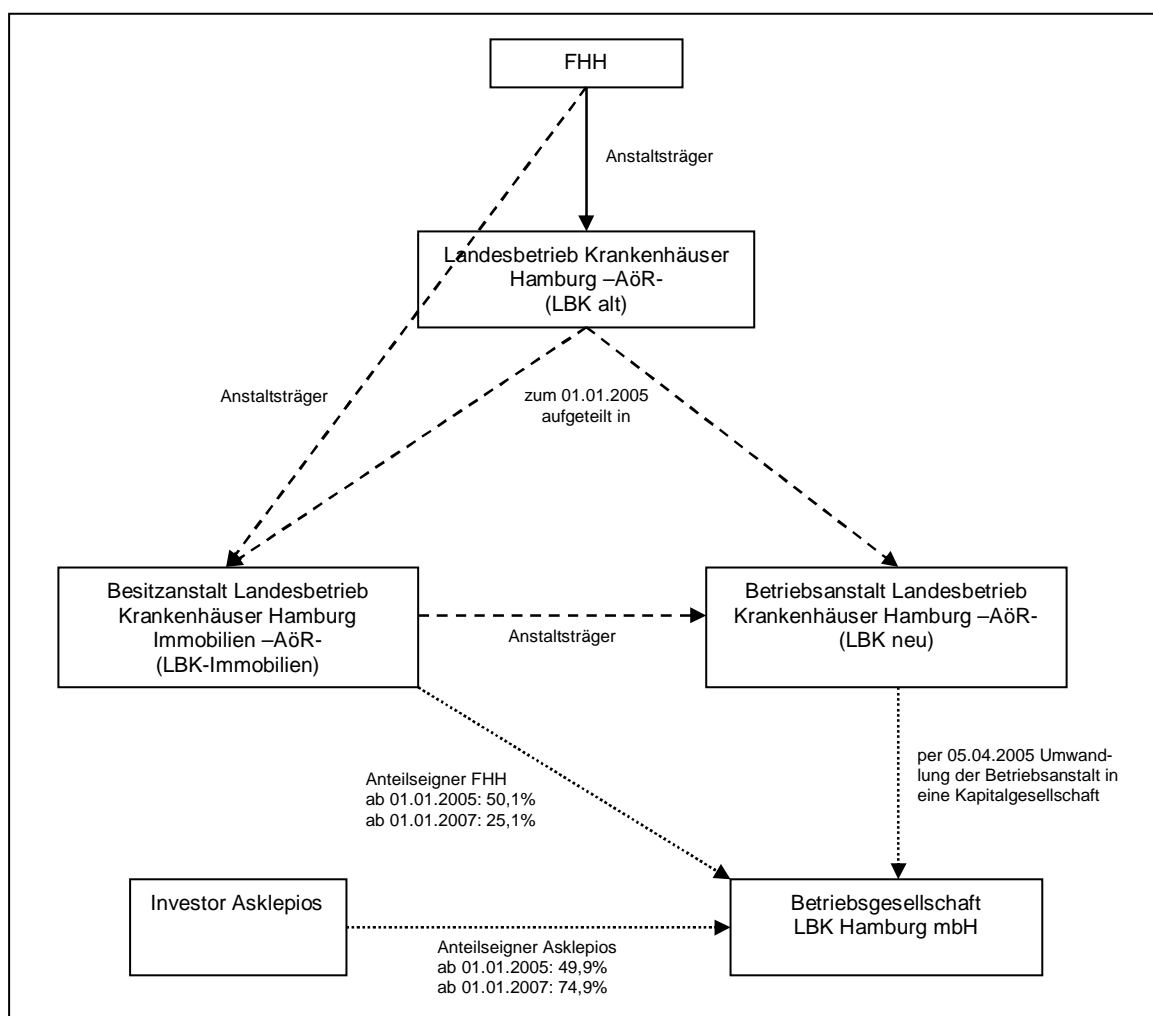
3.1.1.3 *Teilprivatisierung des LBK*

- (11) Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse des Landesbetriebs Krankenhäuser Hamburg – Anstalt öffentlichen Rechts - errichtete die FHH zum 1. Januar 2005 die Betriebsanstalt LBK neu; der LBK alt wurde umbenannt in LBK-Immobilien (Besitzanstalt). Träger des LBK neu war zunächst der LBK-Immobilien.
- (12) Mit Wirkung zum Errichtungstichtag wurden alle Aktiva und Passiva, die wirtschaftlich dem Krankenhausbetrieb des LBK alt zuzuordnen sind, als Sachgesamtheit auf den LBK neu übertragen; das gesamte Grundvermögen, die in einem Übertragungsplan (Anlage zum Gesetz zur Errichtung der Betriebsanstalt LBK Hamburg – LBKBetriebG) verzeichneten Vermögensgegenstände sowie bestimmte Versorgungsverpflichtungen wurden auf den LBK-Immobilien übertragen (vgl. § 2 Abs. 1 LBKBetriebG).

Der LBK neu wurde hinsichtlich der übertragenen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten partieller Gesamtrechtsnachfolger des LBK alt und ist insoweit in das in Tz. 5 dargestellte Vertragswerk eingetreten (§ 2 Abs. 2 LBKBetriebG).

- (13) Der LBK neu haftet für seine Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Vermögen; für die im Zeitpunkt der Übertragung bestehenden Verbindlichkeiten haftet der LBK-Immobilien nachrangig. Die Nachhaftung gilt für die Dauer von fünf Jahren, soweit die Haftung nicht aufgrund anderer gesetzlicher Regelungen bereits vorher endet (§ 3 LBKBetriebG).

- (14) Der LBK neu wurde mit der Verordnung zur Umwandlung der Betriebsanstalt LBK Hamburg in eine Kapitalgesellschaft vom 4. Januar 2005¹² in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung – „LBK Hamburg GmbH“ – umgewandelt. Die Umwandlung wurde wirksam mit der Eintragung in das Handelsregister am 5. April 2005. Anteilseigner der LBK Hamburg GmbH wurde der LBK-Immobilien.
- (15) Zum 1. Januar 2005 wurden 49,9% der Geschäftsanteile des LBK-Immobilien an der LBK Hamburg GmbH an Asklepios veräußert, weitere 25% werden zum 1. Januar 2007 übergeben.¹³
- (16) Die Teilprivatisierung des LBK alt ist in dem nachfolgenden Schaubild dargestellt:



¹² HmbGVBl. S. 4

¹³ Asklepios hat bereits Anfang 2005 die unternehmerische Führung beim LBK neu übernommen.

- (17) Der Vertrag¹⁴ über den Verkauf von Geschäftsanteilen an der LBK Hamburg GmbH an Asklepios sieht die Zahlung des Kaufpreises in zwei Tranchen vor, wobei Teile der zweiten Tranche variabel gestaltet sind (Kaufpreisanpassung anhand der EBITDA-Ergebnisse¹⁵ 2005 – 2009). Der Kaufvertrag enthält daneben Garantien hinsichtlich des dem LBK neu zur Verfügung stehenden Nettoumlaufvermögens.¹⁶
- (18) Der LBK-Immobilien steht – wie zuvor auch der LBK alt - nach dem „Erweiterten Verantwortungsmodell für die Beteiligungssteuerung“ unter der Aufsicht der für das Gesundheitswesen zuständigen Behörde und der Finanzbehörde. In der Anstaltsträgerversammlung des LBK-Immobilien sind je ein Vertreter dieser Behörden jeweils mit einer Stimme vertreten.

3.1.2 Bürgschaftsübernahmen des LBK-Immobilien

3.1.2.1 Höhe der Bürgschaften

- (19) Am 18. Januar 2005 gab der LBK-Immobilien gegenüber der Molita und der BayLB Bürgschaftserklärungen ab. Der wesentliche Inhalt der Bürgschaften besteht darin, die Ansprüche
- der Molita gegen den LBK neu bzw. die LBK Hamburg GmbH auf Zahlung eines Verwaltungskostenbeitrags und von Mietnebenkosten sowie
 - der BayLB gegen den LBK neu bzw. die LBK Hamburg GmbH auf Zahlung - der von der Molita durch Forfaitierungsvertrag¹⁷ an die BayLB abgetretenen - Mietkaufraten
- abzusichern.

¹⁴ Zu dessen Inhalten vgl. Drs. 18/849 vom 7. September 2004 „Teilprivatisierung des LBK Hamburg“.

¹⁵ EBITDA: Earnings before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization.

¹⁶ 1. Ausstattung des LBK neu zum 1. Januar 2005 mit einem Nettoumlaufvermögen in Höhe von zwei durchschnittlichen Vorjahres-Monatsumsätzen (in Erfüllung dieser Garantie zahlte der LBK-Immobilien zum 01.01.2005 19,5 Mio. Euro);
2. Gewährung von Liquiditätshilfedarlehen in Höhe von bis zu 75 Mio. Euro durch den LBK-Immobilien, sofern das Nettoumlaufvermögen in den Jahren 2006 – 2009 die o. g. Zielgröße unterschreitet.

¹⁷ Der Forfaitierungsvertrag vom 13. August 2001, unterzeichnet von der Molita am 31. August 2001, regelt, dass die Finanzierung der Gesamtinvestitionskosten durch sukzessiven Ankauf des Finanzierungsanspruchs sowie der Mietkaufraten erfolgt. So hat die Molita gegenüber dem Krankenhausbetreiber aufgrund des Vertragswerkes über die Errichtung des AK Barmbek bis zur Fertigstellung Anspruch auf Finanzierungsmittel und ab Fertigstellung des Krankenhauses Anspruch auf Mietkaufraten. Diese Ansprüche hat die BayLB als Konsortialführerin von der Molita gekauft. Nach Auskunft der LBK Hamburg GmbH werden die Mietkaufraten an die Molita geleistet.

Der LBK-Immobilien erklärt jeweils in Abschnitt II der Bürgschaftsverträge, dass er die o. g. Ansprüche einschließlich Einredefreiheit nach § 5 des Immobilien-Mietvertrages anerkennt, soweit diese bis zum 31. Dezember 2009 entstehen,¹⁸ und verbürgt sich in Abschnitt III. mit Wirkung ab dem 1. Januar 2010 für die Erfüllung dieser Ansprüche. Legt man die von der LBK Hamburg GmbH geschätzten Gesamtausgaben von ca. 282 Mio. Euro¹⁹ zugrunde und zieht für bis 2009 geleistete Mietkaufraten einen Betrag von ca. 70 Mio. Euro ab,²⁰ hat sich der LBK-Immobilien gegenüber der Molita bzw. der BayLB für den Zeitraum ab 2010 für Forderungen im Umfang von ca. 211,5 Mio. Euro verbürgt.

Das Risiko des LBK-Immobilien, in dieser Höhe auch in Anspruch genommen zu werden, wird durch folgende Umstände eingeschränkt: im Umfang von zwei Dritteln der förderfähigen Baukosten des AK Barmbek stehen den Forderungen Ansprüche der LBK Hamburg GmbH auf öffentliche Mittel aus der Krankenhausfinanzierung gegenüber. Hinsichtlich des KfW-Kredits über 81,5 Mio. Euro besteht bereits eine Bürgschaft der FHH selbst. Das Risiko einer Inanspruchnahme umfasst damit faktisch den von der LBK Hamburg GmbH aufzubringenden Eigenanteil an der Gesamtfinanzierung. Diesen hatte die LBK Hamburg GmbH mit ca. 94 Mio. Euro veranschlagt. Hiervon wären die auf den Eigenanteil entfallenden anteiligen Mietkaufraten, die bis 2009 geleistet wurden, abzuziehen. Der danach für den Finanzierungszeitraum bis 2025 verbleibende Eigenanteil der LBK Hamburg GmbH ist insoweit von der Sicherheit der modifizierten Ausfallbürgschaft der Stadt erfasst, als er zur Finanzierung des KfW-Kredites dient. Zieht man für den Zeitraum von 2005 bis 2010 wiederum ein Viertel der Summe des Eigenanteils ab und unterstellt, dass auch das KfW-Darlehen zu zwei Dritteln über Fördermittel der Stadt finanziert wird, ließe sich das nicht durch andere Sicherheiten

¹⁸ Bis zu diesem Zeitpunkt besteht nach § 3 Abs. 2 LBKBetriebG die Nachhaftung des LBK-Immobilien für Verbindlichkeiten, die im Zeitpunkt der Übertragung der Rechtsnachfolge vom LBK alt auf die LBK Betriebsgesellschaft und die LBK Hamburg GmbH bestanden haben, vgl. Artikel I des Gesetzes zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse des LBK vom 17. Dezember 2004 (HmbGVBl. Nr. 54, S. 487).

¹⁹ Vgl. Tz. 8.

²⁰ Die genaue Höhe der Mietkaufraten ist abhängig von der Schlussrechnung über die Errichtung des AK Barmbek, die im Zeitpunkt der Untersuchung noch nicht vorlag, vgl. Fn. 7. Da auch die genauen Finanzierungsbedingungen nicht bekannt sind (so ist nicht bekannt, wann während der Bauphase zu welchen Zinskonditionen welche Forderungen von der BayLB aufgekauft wurden), wurden für den Zeitraum von 2005 bis 2009 ein Viertel der geschätzten Gesamtkosten, mithin 70,5 Mio. € an geleisteten Mietkaufraten abgesetzt.

gedeckte Risiko, aus den Bürgschaften in Anspruch genommen zu werden, mit ca. 43,2 Mio. Euro im Jahr 2010 bemessen.²¹

Hinsichtlich dieses Eigenanteils wurde am 12. Mai 2005 zwischen Asklepios, der LBK Hamburg GmbH und dem LBK-Immobilien eine Vereinbarung geschlossen, wonach der LBK-Immobilien von allen Ansprüchen und Haftungsrisiken freigehalten wird, die sich aus den Bürgschaften für den nicht geförderten Teil der ab 1. Januar 2010 der BayLB und Molita geschuldeten Zahlungen ergeben. In der Vereinbarung heißt es u. a., „Zur Absicherung dieses Freistellungsanspruchs wird die LBK Hamburg GmbH bis zum 1. Januar 2010 eine Rückbürgschaft einer Bank zugunsten des LBK-Immobilien beibringen oder auf sonstige Weise ... das Bürgschaftsrisiko des LBK-Immobilien im wirtschaftlichen Ergebnis ausgleichen“.²² Eine solche Rückbürgschaft lag bis zum Abschluss der Untersuchungen des Rechnungshofs nicht vor. Die Werthaltigkeit dieser Freistellungsvereinbarung ist jedoch von der wirtschaftlichen Entwicklung der LBK Hamburg GmbH abhängig und lässt sich nicht prognostizieren.²³

3.1.2.2 Zustandekommen der Bürgschaften

- (20) Ausgangspunkt für die Bürgschaftserklärungen war die Teilprivatisierung des LBK mit den daraus resultierenden Veränderungen hinsichtlich der bis dahin bestehenden unbeschränkten Gewährträgerhaftung der FHH für den LBK alt. Die Molita und die BayLB vertraten die Auffassung, dass Änderungen bzgl. der Gesellschafterstruktur und der Rechtsform des LBK alt auf die bereits abgeschlossenen Verträge keine Auswirkungen haben dürften, da dies eine völlig andere Geschäftsgrundlage darstellte; die Haftung der FHH für alle bisher eingegangenen Verpflichtungen des LBK alt müsse weiterhin erhalten bleiben und auch entsprechend vertraglich dokumentiert werden.

²¹ Eigenanteil der LBK GmbH ca. 94 Mio. €. Für den Zeitraum 2005 bis 2010 sind ein Viertel gleich 23,5 Mio. € abzuziehen, sodass 70,5 Mio. € verbleiben. Hiervon abzuziehen sind die durch die modifizierte Ausfüllbürgschaft abgesicherten KfW-Kreditmittel, soweit sie nicht bereits durch den Fördermittelanteil der Stadt gedeckt werden: dies ist ein Drittel der Darlehenssumme von 81,5 Mio. €, gleich 27, 3 Mio. €. Somit verbleibt ein nicht von anderer Seite besicherter Eigenanteil der LBK Hamburg GmbH von 43,2 Mio. € für den Zeitraum zwischen 2010 und 2025.

²² Die Vereinbarung stellt nach Ziffer I. den LBK-Immobilien von allen Ansprüchen und Haftungsrisiken aus den Bürgschaften für den nicht geförderten Teil der ab 1. Januar 2010 der BayLB und Molita geschuldeten Zahlungen frei. Zu Absicherung wird die LBK Hamburg GmbH bis zum 1. Januar 2010 eine Rückbürgschaft einer Bank zugunsten des LBK-Immobilien beibringen. Solange die Bürgschaftsverpflichtung besteht und der Freistellungsanspruch des LBK-Immobilien nicht entsprechend besichert ist, hat der LBK-Immobilien gemäß Ziff. II. der Vereinbarung Anspruch auf eine Avalprovision im Umfang von 1% der Zahlungsverpflichtungen, soweit sie nicht durch öffentliche Fördermittel bezuschusst werden.

²³ Vgl. Fn. 22. Solange die in Betracht gezogene Rückbürgschaft einer Bank von LBK Hamburg GmbH nicht beigebracht wird, hängt die Werthaltigkeit der Freistellungserklärung allein von der wirtschaftlichen Situation der LBK Hamburg GmbH und ihres Hauptgesellschafters Asklepios Kliniken GmbH ab.

Molita teilte dem LBK alt mit, die bestehenden Verträge könnten nur unverändert fortgeführt werden, wenn künftiger Vertragspartner der LBK-Immobilien sei. Andernfalls würde aufgrund der Bonitätsverschlechterung ein wichtiger außerordentlicher Kündigungsgrund für die zwischen LBK alt, Molita und BayLB geschlossenen Verträge vorliegen. Falls der LBK neu bzw. die LBK Hamburg GmbH Vertragspartner der Molita werde, müssten der Molita und der BayLB Sicherheiten, wie etwa Garantien der FHH, gestellt werden, damit der Nutzungsrechtsvertrag und der Immobilien-Mietvertrag fortgesetzt werden könnten. Der LBK alt wurde mit Schreiben vom 18. November 2004 aufgefordert, bis zum 3. Dezember 2004 mitzuteilen, wer der künftige Vertragspartner der Molita sein würde.²⁴

Die Finanzbehörde (Vermögens- und Beteiligungsverwaltung) teilte dem LBK alt mit Schreiben vom 25. November 2004 mit, über die etwaige Stellung einer Ausfallbürgschaft der FHH erst nach erfolgter Bonitätsprüfung des LBK neu entscheiden zu wollen. Die Frage einer veränderten Bonität des LBK alt könne sich erst nach Ablauf der in § 3 Abs. 2 LBKBetriebG verankerten fünfjährigen Nachhaftung des LBK-Immobilien stellen. Im Übrigen könne sich eine Bereitschaft der FHH zur Absicherung der Finanzierungsbedingungen allenfalls auf den zugesagten städtischen Finanzierungsanteil (zwei Drittel der Gesamtinvestitionskosten ohne zusätzlich benötigte Mittel) beziehen.

In einem Gespräch am 6. Dezember 2004 zwischen Finanzbehörde (Vermögens- und Beteiligungsverwaltung), LBK alt, Molita und BayLB wurden die Auffassungen der Beteiligten ausgetauscht und Lösungsmöglichkeiten erörtert, ohne dass es zu einer Einigung kam. Die Finanzbehörde und der LBK alt stellten in Frage, dass es einer Sicherheit gegenüber der Molita oder der BayLB bedürfe, und wiesen u. a. darauf hin, dass trotz der vorgesehenen Umwandlung des LBK alt in eine Betriebsgesellschaft und später in eine GmbH zunächst über die Besitzanstalt (LBK-Immobilien) im Rahmen der fünfjährigen Nachhaftung weiterhin die Gewährträgerhaftung der FHH gegeben sei. Zudem erfolge seitens der Stadt eine Förderung durch die für Gesundheit zuständige Behörde in Höhe von fast zwei Dritteln der förderfähigen Kosten des Krankenhauses.

Molita und BayLB erklärten, dass sie bei Abschluss des Kreditvertrages auf die Bonität der FHH abgestellt und die Konditionen eines sog. Kommunalkredites

²⁴ Bereits seit Juli 2004 gab es diesbezüglich einen Schriftwechsel zwischen Molita und BayLB einerseits und Molita, LBK alt und Finanzbehörde (Vermögens- und Beteiligungsverwaltung) andererseits. Bis zur Entscheidung der Bürgerschaft über die Teilprivatisierung des LBK alt im Dezember 2004 konnten Finanzbehörde und LBK alt jedoch nicht auf die Forderungen von Molita und BayLB eingehen, weil nicht fest stand, ob, wann und in welcher Form die Teilprivatisierung erfolgen würde.

eingerräumt hätten, weil hinter dem LBK alt die FHH als Gewährträger gestanden habe. Die Privatisierung des Krankenhausbetriebs und seine Übertragung auf den LBK neu bzw. die LBK Hamburg GmbH stellten eine Verschlechterung der Bonität dar und berechtigten zur Kündigung der Verträge. Dies gelte auch für den planmäßigen Forderungsankauf (Forfaitierungsvertrag). Wäre die Privatisierung des LBK bei Vertragsschluss bekannt gewesen, hätte man sich als Sicherheit eine Grunddienstbarkeit oder Grundpfandrechte an dem Krankenhausgrundstück einräumen lassen. Daneben bestehe auch nach § 22 Umwandlungsgesetz²⁵ (UmwG) ein Anspruch auf Sicherheitsleistungen. Molita und BayLB schlugen vor, dass nicht der LBK neu, sondern der LBK-Immobilien als Besitzanstalt Vertragspartner werde, für den die Gewährträgerhaftung der FHH weiter bestehen bleibe.

- (21) Am 16. Dezember 2004 beschloss die Bürgerschaft das Gesetz über die LBK-Teilprivatisierung, mit der Folge, dass für die Verbindlichkeiten des LBK alt hinsichtlich des Krankenhausbetriebs der LBK neu bzw. die LBK Hamburg GmbH eintrat und die Nachhaftung durch den LBK-Immobilien für Verbindlichkeiten auf fünf Jahre ab Errichtungstag begrenzt wurde.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 teilte die BayLB der Molita mit, dass mit dem am 16. Dezember 2004 beschlossenen Gesetz zur Teilprivatisierung des LBK die Vertragsgrundlage für den Forfaitierungsvertrag weggefallen sei. Die Molita wurde aufgefordert, bis 31. Januar 2005 eine Vertragslage herzustellen, die – entsprechend der beiderseitigen Annahmen bei Vertragsschluss – eine sichere Rückführung der angekauften Forderungen bis zum Ende der planmäßigen Laufzeit des Mietvertrags erwarten lasse. Bis dahin würden keine weiteren Auszahlungen vorgenommen. Gleichzeitig behielt sich die BayLB den Rücktritt vom Forfaitierungsvertrag vor. In diesem Fall würde der Finanzierungsanspruch gegen den LBK in der bereits angekauften Höhe geltend gemacht.

- (22) Am 23. Dezember 2004 forderte die Molita den LBK alt auf, bis 31. Januar 2005 entsprechende Sicherheiten zu stellen und die fälligen Zahlungen (Arge, Gebüh-

²⁵ § 22 UmwG

(1) Den Gläubigern der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger ist, wenn sie binnen sechs Monaten nach dem Tag, an dem die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes desjenigen Rechtsträgers, dessen Gläubiger sie sind, nach § 19 Abs. 3 als bekannt gemacht gilt, ihren Anspruch nach Grund und Höhe schriftlich anmelden, Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können. Dieses Recht steht den Gläubigern jedoch nur zu, wenn sie glaubhaft machen, dass durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird. Die Gläubiger sind in der Bekanntmachung der jeweiligen Eintragung auf dieses Recht hinzuweisen.

(2) Das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, steht Gläubigern nicht zu, die im Falle der Insolvenz ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist.

renbescheide etc.) in Höhe von 2.475.925,65 Euro selbst zu begleichen, da die Molita über keine entsprechenden Mittel verfüge. Der LBK alt wies die Zahlungen am 28.12.2004 an, um einen Baustopp zu vermeiden, und machte die Summe gleichzeitig als Forderung gegenüber der Molita geltend.²⁶ Daneben forderte die Molita den LBK alt auf, per 31. Dezember 2004 eine sich aus den Zinsderivatgeschäften ergebende Ausgleichszahlung in Höhe von 362.043,67 Euro an die BayLB zu leisten, da die BayLB sich (in Abkehrung der bisherigen Praxis) geweigert habe, den gegen den LBK alt bestehenden Zahlungsanspruch anzukaufen (Forfaitierung) und den Kaufpreis mit der durch die Molita zu leistenden Ausgleichszahlung zu verrechnen.

- (23) Mit Schreiben vom 4. Januar 2005 forderte die Arge – vor dem Hintergrund der veränderten Gesellschafterstruktur beim LBK – die Stellung einer Sicherheit gemäß § 648a BGB²⁷ in Höhe von 54.211.743,71 Euro netto bis zum 19. Januar 2005; nach fruchtlosem Ablauf der Frist würden weitere Bauleistungen verweigert.
- (24) Am 5. Januar 2005 teilte die BayLB der Molita mit, die Finanzierung könne nur weitergeführt werden, wenn
- entweder die FHH eine Bürgschaft für die Verpflichtungen des LBK neu aus dem Immobilien-Mietvertrag übernehme oder
 - der LBK-Immobilien unter gleichzeitiger Zustimmung der FHH für den Immobilien-Mietvertrag mit verpflichtet werde.
- (25) Vom LBK alt sowie von Asklepios wurden externe Rechtsberater an der Prüfung der Angelegenheit beteiligt. Aus der Korrespondenz der Anwälte ergibt sich, dass die Frage, ob aus der Privatisierung des LBK alt und dem Wegfall der Gewährträgerhaftung ein Kündigungsrecht der bestehenden Verträge für Molita und BayLB folge, unterschiedlich bewertet wurde.

²⁶ Die Objektgesellschaft hat den Betrag im Januar 2005 – nach Stellung der geforderten Bürgschaften – an den LBK neu erstattet.

²⁷ Nach § 648a Abs. 1 BGB (Bauhandwerkersicherung) kann der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen in der Weise verlangen, dass er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, dass er nach dem Ablauf der Frist seine Leistung verweigere. Sicherheit kann bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, sowie wegen Nebenforderungen verlangt werden. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann die Sicherheit auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

- (26) Nach Abstimmung mit Asklepios am 7. Januar 2005 entschied die Finanzbehörde (Vermögens- und Beteiligungsverwaltung), dass der LBK-Immobilien die geforderten Bürgschaften stellen solle.

Zur Begründung hielt die Finanzbehörde fest:

Die Zulässigkeit einer Bürgschaftsübernahme durch den LBK-Immobilien hänge von der Frage ab, ob sie in den Aufgabenbereich der Anstalt falle. Dies sei in zweierlei Hinsicht zu bejahen: *„Zum einen trifft den LBK-Immobilien nach § 3 Abs. 2 LBKBetriebG die Nachhaftung für vor der Auftrennung begründete Verbindlichkeiten wie im vorliegenden Fall durch den Immobilien-Mietvertrag. Zum anderen ist der LBK-Immobilien Vertragspartner des Beteiligungsvertrages mit Asklepios und insofern Verpflichteter aus allen Garantie- und Anpassungsmechanismen.“*²⁸

Sollte es im vorliegenden Fall zu einer Kündigung des Kreditvertrages sowie in der Folge zu einer Baueinstellung kommen, wären zum einen Rückstellungen im Jahresabschluss 2004 des LBK alt für Rückzahlungsverpflichtungen der Banken zu bilden (Nettoumlaufvermögen-Erstattungsgarantie) und zum anderen höherer Aufwand für eine Fortsetzung des Baus in 2005 einzuplanen (Nettoumlaufvermögen-Hilfedarlehen bzw. EBITDA-Kaufpreisanpassung). Eine Bürgschaftsübernahme liege daher im Interesse des LBK-Immobilien.

Zur Übernahme der Bürgschaft bedürfe es keiner gesonderten Ermächtigung durch die Bürgerschaft nach § 39 LHO, da die Geltung dieser Vorschrift nach § 105 Abs. 1 LHO in Verbindung mit § 16 Satz 2 LBKHG (in der Fassung des 3. Änderungsgesetzes: § 14 Satz 2) ausgeschlossen sei. Die Möglichkeit zur Übernahme von Bürgschaften werde in den Anstaltserrichtungsgesetzen auch vorausgesetzt, da der Zustimmungskatalog des Aufsichtsrats eine entsprechende Bestimmung enthalte (siehe § 6 Abs. 4 Nr. 8 LBKHG).

Am 18. Januar 2005 wurde die seit Anfang Januar im Amt befindliche Geschäftsführung des LBK-Immobilien mit Beschluss der Anstaltsträgerversammlung²⁹ angewiesen, die geforderten Bürgschaftserklärungen gegenüber der Molita sowie der BayLB abzugeben. Der LBK-Immobilien ist dieser Anweisung am 18. Januar 2005 nachgekommen. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2005 hat er darüber hinaus – unter Bezug auf Nachtragsaufträge - Ergänzungserklärungen zu den Bürgschaftserklärungen abgegeben; die Höhe der voraussichtlichen Gesamtinvestiti-

²⁸ Vermerk der Finanzbehörde vom 17. Januar 2005.

²⁹ In der Anstaltsträgerversammlung des LBK-Immobilien sind die für das Gesundheitswesen zuständige Behörde und die Finanzbehörde mit je einer Stimme vertreten; vgl. Tz. 18.

onskosten des Immobilien-Mietvertrags und damit der Umfang der Bürgschaften veränderte sich jedoch nicht.

3.2 Notwendigkeit der übernommenen Bürgschaften

- (27) Der Rechnungshof hat in seiner Beurteilung darauf abgestellt, ob für die Entscheidung der geprüften Stellen – ungeachtet ihrer Zulässigkeit (vgl. Tzn. 37 - 40) - zur Übernahme der Bürgschaften rechtlich und wirtschaftlich nachvollziehbare Gründe vorliegen und ob unter Abwägung aller Gesichtspunkte die Sicherheitsleistungen zu keinen vermeidbaren Nachteilen auf Seiten der FHH geführt haben.

3.2.1 Vertragsrechtliche Gesichtspunkte

- (28) Wie in den Tzn. 20 - 26 dargestellt, haben die Forderungen der BayLB und der Molita nach weiterer Absicherung ihrer Ansprüche zu den Bürgschaftserklärungen des LBK-Immobilien geführt. Begründet wurden die Forderungen damit, dass der Vertrag zwischen der Molita und dem LBK alt und damit einer Anstalt öffentlichen Rechts abgeschlossen worden sei, für die die FHH nach der Lage bei Vertragsschluss als Gewährträgerin uneingeschränkt einzustehen gehabt hätte (vgl. auch Schaubild zu den Verträgen in Tz. 5). Mit der Teilprivatisierung des LBK alt und der damit verknüpften gesetzlichen Begrenzung der Nachhaftung des LBK-Immobilien aus der Anstaltslast auf fünf Jahre nach Gründung des LBK neu (vgl. Tz. 13) sei die sich aus der Anstaltslast ergebende vollständige Absicherung der vom LBK alt eingegangen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen teilweise entfallen.

Mit ihrer dem Beschluss der Anstaltsträgerversammlung zur Übernahme der Bürgschaften zugrunde liegenden Entscheidung ist die Finanzbehörde rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Molita und die BayLB infolge der Teilprivatisierung des LBK alt berechtigt waren, weitere Sicherheiten zu verlangen.³⁰

3.2.1.1 Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage

- (29) Mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 hatte die BayLB der Molita gegenüber erklärt, dass in Folge der (Teil-) Privatisierung des LBK die Geschäftsgrundlage für den Forfaitierungsvertrag weggefallen sei, und die Anpassung der Vertrags-

³⁰ Dokumente, die sich ausführlich mit den rechtlichen Argumenten und den Positionen der Rechtsberater auseinandersetzen, liegen nicht vor. Aus dem Entscheidungsvermerk des Amtes für Vermögens- und Beteiligungsverwaltung über die Bürgschaftsvergabe vom 18. Januar 2005 ergibt sich, dass zumindest ein Anspruch wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage nicht ausgeschlossen wurde, letztlich jedoch aus wirtschaftlichen Überlegungen zugunsten der Bürgschaften entschieden worden ist.

lage gefordert (vgl. Tz. 21). Damit hat die BayLB sich auf das Rechtsinstitut der „Störung der Geschäftsgrundlage“³¹ nach § 313 BGB berufen³². Nach dieser Bestimmung kann eine Anpassung eines Vertrages verlangt werden, wenn sich nach Vertragsschluss die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, schwerwiegend verändert haben und die Parteien, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten.

Nach den Darlegungen in der Korrespondenz der Molita und der BayLB mit dem LBK alt und der LBK Hamburg GmbH sowie nach dem Protokoll über die Besprechung aller Beteiligten am 6. Dezember 2004 ist die BayLB von Anfang an davon ausgegangen, dass das gesamte Geschäft mit einer staatlichen Einrichtung und den damit verbundenen Sicherheiten seitens der FHH abgeschlossen worden sei. Darauf hätten auch die Kalkulationen für die gewährten Kredite beruht. Aufgrund der hohen Bonität einer Anstalt öffentlichen Rechts sei der Molita ein zinsgünstiger Kommunalkredit³³ eingeräumt worden. Mit der Teilprivatisierung des LBK alt und der damit verknüpften gesetzlichen Begrenzung der Nachhaftung des LBK-Immobilien sei nachträglich eine Verschlechterung der Bonität eingetreten. Hätte man dies im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewusst, wäre der Molita zum Ausgleich des höheren Risikos kein solcher Kommunalkredit gewährt worden.

- (30) Die mit der Teilprivatisierung auf den LBK-Immobilien übergegangene Gewährträgerhaftung für auf den LBK neu bzw. die LBK Hamburg GmbH übergegangene Verbindlichkeiten des LBK alt fällt aufgrund der zeitlichen Befristung mit Wirkung zum 1. Januar 2010 vollständig weg (§ 3 Abs. 2 Satz 2 LBKBetriebG). Dies stellt hinsichtlich der zuvor bestehenden Sicherheiten für einen nicht unerheblichen Teil der Laufzeit des Vertrages eine wesentliche Verschlechterung für den Fall dar, dass die LBK Hamburg GmbH ihren Zahlungsverpflichtungen aus dem Mietvertrag mit Molita nicht mehr nachkommen könnte. Diese Veränderung war – nach den dem Rechnungshof zugänglichen Unterlagen³⁴ – von Seiten der Mo-

³¹ Als Geschäftsgrundlage sind die bei Abschluss eines Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände zu verstehen, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (Ständige Rspr. vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 313, Rdn. 4ff. Bamberger/Roth, § 313 Rdn. 4 m.w.Nw.).

³² Eine außerordentliche Kündigung des Kreditvertrages wegen Änderungen in den Vermögensverhältnissen, wie es § 490 BGB speziell für Darlehensverträge regelt, ist darin noch nicht zu sehen, sie war für den Fall, dass keine zusätzlichen Sicherheiten von der Stadt eingeräumt werden aber angedroht worden. Ob der BayLB auch ein Anspruch aus § 490 BGB zugestanden hätte, kann insoweit dahinstehen. Vgl. dazu anschließend Tz. 33.

³³ Vgl. Fn. 4.

³⁴ Der Rechnungshof hat keine Prüfungsrechte bei der Molita oder der BayLB.

lita und ihrer Vertragspartner nicht voraussehbar. Nach den objektiven Umständen ist der Vertrag 2002 mit dem LBK alt und damit zeitlich vor den LBK-Verkaufsverhandlungen mit Asklepios und der seinerzeit nicht absehbaren, erst durch das LBKBetriebG in 2004 geregelten zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung geschlossen worden. Maßgeblich kommt es auf die konkreten Vorstellungen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, die sich erkennbar auf den Geschäftswillen ausgewirkt haben müssen. Die genauen Bedingungen der Privatisierung des LBK und insbesondere die per LBKBetriebG vom 17. Dezember 2004 in § 3 Abs. 2 geregelte zeitliche Befristung der Haftung des LBK-Immobilien für Verbindlichkeiten des LBK Hamburg können der Molita und der BayLB in 2002 noch nicht bekannt gewesen sein, so dass davon auszugehen ist, dass der Geschäftswille der Parteien im Kern davon getragen war, mit dem LBK alt als einer Anstalt öffentlichen Rechts zu kontrahieren, für den die FHH als Gewährträgerin unbefristet einstand. Damit durften Molita und die BayLB mit den Rahmenbedingungen rechnen, wie sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses 2001 bestanden. Hierzu gehörte auch, dass die FHH als Gewährträgerin für Verbindlichkeiten des LBK alt vollen Umfangs haftete.

Da die wesentliche Änderung der Vertragsumstände in die Risikosphäre der FHH fällt, weil sie im Rahmen der Privatisierung des LBK alt durch Gesetz die Anstaltsträgerhaftung beschränkt hat, kann der BayLB oder der Molita auch nicht entgegen gehalten werden, dass sie die möglichen Veränderungen hätte vorhersehen können und dafür durch entsprechende Regelungen im Vertrag bereits Vorkehrungen hätte treffen müssen.³⁵ Schon das Risiko unvorhersehbarer allgemeiner Rechtsänderungen gehört nicht zu den normalen wirtschaftlichen Risiken, die jedermann selbst zu tragen hat.³⁶ Hier hat darüber hinaus die FHH, die in ihrer Funktion als Anstaltsträgerin selbst betroffen ist, mit dem LBKBetriebG ein auf den Einzelfall der LBK-Privatisierung bezogenes Gesetz erlassen, so dass im Fall einer dadurch bedingten Äquivalenzstörung deshalb nach § 313 BGB eine Vertragsanpassung nicht ausscheidet.

- (31) Ein Anpassungsverlangen wäre auch nicht daran gescheitert, dass die im Rahmen der Privatisierung des LBK alt geregelte Befristung der Gewährträgerhaftung der FHH für den LBK-Immobilien nicht als wesentliche Änderung der Verhältnisse i. S. des § 313 BGB anzusehen wäre. Wo die Wesentlichkeitsgrenze zu

³⁵ Einer Vertragspartei steht auch bei wesentlichen Änderungen der Verhältnisse kein Recht auf Anpassung des Vertrages zu, wenn die Störung in ihre Risikosphäre fällt; die Abgrenzung der Risikosphären kann sich u. a. aus Vertrag, Vertragszweck und dispositivem Recht ergeben, vgl. Palandt-Heinrichs, a.a.O., Rdn. 15ff.; Bamberger/Roth, a.a.O., Rdn. 21.

³⁶ Palandt-Heinrichs, a.a.O., Rdn. 41; Bamberger/Roth, a.a.O., Rdn. 44.

ziehen ist, hängt von der Art des Vertrages und der aufgetretenen Störung sowie den sonstigen Umständen des Einzelfalles ab.³⁷ Zwar ließe sich gegen eine wesentliche Änderung der Verhältnisse einwenden, dass mit dem Rechtsübergang vom LBK alt auf die LBK Betriebsgesellschaft bzw. die LBK Hamburg GmbH keine erhebliche Verschlechterung der Bonität im Verhältnis zum Kreditgeber eingetreten sei: So ist die FHH über den LBK-Immobilien weiterhin an der LBK Hamburg GmbH beteiligt, und der LBK-Immobilien war - zumindest im Jahr 2005 - auch verpflichtet, zur Erhaltung eines ausreichenden Netto-Umlaufvermögens der LBK Hamburg GmbH Kapital zur Verfügung zu stellen, was für die Erhaltung der Bonität spräche. Zudem hätte die Molita bei ganzem oder teilweisem Ausfall der Mietkaufraten gegenüber der LBK Hamburg GmbH die Möglichkeit, den Mietvertrag zu kündigen und das Objekt anderweitig zu nutzen sowie im Rahmen des Vermieterpfandrechts das Krankenhausinventar zu verwerten.

Diese Überlegungen stellen – abgesehen von den mit der Verwirklichung solcher Ansprüche verbundenen Unwägbarkeiten - jedoch auf ungewisse Umstände in der Zukunft ab, während es bei der Störung der Geschäftsgrundlage maßgeblich auf die Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss ankommt. Eine Störung gilt daher generell dann als erheblich, wenn nicht ernstlich zweifelhaft ist, dass zumindest eine der Parteien bei Kenntnis der Änderung den Vertrag nicht oder nur mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätte. Die enge wirtschaftliche Abhängigkeit der Art des Kredites und der Höhe der Verzinsung von der Bonität des Kreditnehmers sprechen hier dafür, dass die BayLB dem LBK alt in Kenntnis der Privatisierung des LBK und des damit verbundenen Wegfalls der Gewährträgerhaftung keinen günstigen Kommunalkredit eingeräumt oder nur gegen Übernahme weiterer Sicherheiten durch die FHH gewährt hätte.³⁸

- (32) Auch der Umstand, dass aufgrund des Investorenmodells nicht der LBK alt bzw. seine Rechtsnachfolger Vertragspartner der BayLB geworden sind, sondern die Molita Darlehensnehmerin ist, stand einem Anspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage nicht entgegen. Bei separater Betrachtung der Vertragsbeziehungen zwischen der Molita und dem LBK alt einerseits und der BayLB andererseits könnte zwar eingewendet werden, dass sich die Bonität der Darlehensnehmerin von Beginn an nicht verändert habe und bei der Vergabe des Kredits die BayLB nur auf die Risiken habe abstellen können, die mit dem Abschluss des Vertrages mit der Molita verbunden waren, so dass mögliche Veränderungen

³⁷ Palandt-Heinrichs, a.a.O., Rdn. 15, Bamberger/Roth, a.a.O., Rdn. 20.

³⁸ Z.B. in Form einer modifizierten Ausfallbürgschaft, wie sie für das KfW-Darlehen von der FHH gewährt wurde.

beim Mieter der Molita, dem LBK alt, sich nicht auf die Geschäftsgrundlage für den Darlehensvertrag hätten auswirken können. Eine solche Auffassung übersieht jedoch, dass die FHH für den Neubau des Klinikums Barmbek das Investorenmodell³⁹ und damit die Verknüpfung der Vorfinanzierung des Neubaus mit der Tilgung über die Konstruktion eines Mietkaufmodells bevorzugt hat. Auf dieser Grundlage wurden auch die Verhandlungen geführt und die Verträge geschlossen. Der enge Zusammenhang zwischen dem mietvertraglichen Verhältnis zwischen dem LBK alt und der Molita einerseits und dem Darlehensvertrag zwischen der Molita und der BayLB andererseits zeigt sich weiter auch an dem Zinsderivatgeschäft, das die Molita in Absprache mit dem LBK alt mit der BayLB abgeschlossen hat, um im Interesse des LBK alt günstige Finanzierungsbedingungen zu erhalten. Alle diese Umstände sprechen dafür, dass die Verträge zwischen der BayLB, der Molita und dem LBK alt als eine vertragliche Einheit anzusehen sind. Infolgedessen haben nach den vorliegenden Erkenntnissen die Voraussetzungen vorgelegen, um auf der Grundlage von § 313 BGB die geforderten Vertragsanpassungen wegen Störung der Geschäftsgrundlage zu verlangen.

3.2.1.2 Außerordentliches Kündigungsrecht

- (33) Ob der BayLB zudem ein Kündigungsrecht des Darlehensvertrages nach § 490 BGB zugestanden hätte, kann dahinstehen. Nach dieser Bestimmung wäre es erforderlich gewesen, dass in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eingetreten wäre oder eintreten gedroht hätte, die die Rückerstattung des Darlehens, auch unter Verwertung der Sicherheit, gefährdete. Die Gefahr hätte bezogen auf den Zeitpunkt der Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs vorliegen müssen, d. h. es hätte wahrscheinlich sein müssen, dass infolge der (Teil-) Privatisierung des LBK alt die Molita als Darlehensnehmerin gegenüber der BayLB als Darlehensgeberin nach Abschluss der Baumaßnahme ganz oder teilweise die aus den Mietkaufraten zu leistende Rückführung des Darlehens nicht würde erbringen können.

Es ist fraglich, ob sich in den Vermögensverhältnissen der Molita zwischen Vertragsschluss und dem Beginn der Tilgung des Darlehens objektiv eine Verschlechterung eingestellt hat oder, vom damaligen Zeitpunkt aus betrachtet, eintreten drohte. Denn die Liquidität der Molita ließ durch den Wegfall der gesetzlichen Nachhaftung gemäß § 3 Abs. 2 LBKBetriebG zum 31. Dezember 2009

³⁹ Vgl. Drs. 16/6080 „Ausschreibungsergebnis und Finanzierung Neubau Klinikum Barmbek“.

keine unmittelbare Änderung erwarten.⁴⁰ In Betracht wäre eher die Verschlechterung der gestellten Sicherheit in Form des Wegfalls der gesetzlichen Gewährträgerhaftung gekommen. Angesichts der von der BayLB und Molita verfolgten Anpassung des Vertragswerkes kann das Vorliegen der Kündigungsgründe nach § 490 BGB jedoch dahinstehen.

3.2.2 Wirtschaftliche Gesichtspunkte

- (34) Darüber hinaus entsprechen die Bürgschaftsübernahmen den wirtschaftlichen Interessen der FHH und sind insoweit nicht zu beanstanden. Nach den unter Tz. 26 getroffenen Feststellungen hat die Finanzbehörde (Amt für Vermögens- undeteiligungsverwaltung) in Abstimmung mit der für das Gesundheitswesen zuständigen Behörde ihre der Beschlussfassung der Anstaltsträgerversammlung vorausgehenden Entscheidung zugunsten einer Vergabe von Bürgschaften im Wesentlichen darauf gestützt, dass sich die FHH einen Baustopp sowie Rechtsstreitigkeiten mit den beteiligten Banken und Firmen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht leisten könnte. Neben dem Verlangen der Arge nach einer Bauhandwerkersicherung in Form einer Bürgschaft für offene Teilleistungen im Umfang von ca. 50 Mio. Euro hätte ein Baustopp nach Einschätzung des LBK alt zu Nachforderungen der Baufirmen von ca. 10 bis 15 Mio. Euro geführt. Daneben hätten für den Fall einer rechtswirksamen Kündigung des Darlehensvertrages beim LBK alt bzw. in 2005 auch beim LBK-Immobilien zunächst Rückstellungen gebildet werden müssen, um ggf. den Rückzahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensverhältnis nachzukommen.
- (35) Eine Verzögerung der Fertigstellung des Klinikums Barmbek hätte außerdem zur Folge haben können, dass der in der Finanzierung veranschlagte Eigenanteil des Krankenhausträgers nicht in der vorgesehenen Höhe hätte erwirtschaftet werden können. Der Eigenanteil sollte u. a. aus erwarteten Effizienzgewinnen realisiert werden, die für die LBK Hamburg GmbH mit dem Betrieb eines deutlich modernisierten Krankenhauses erwartet wurden. Eine durch Baustopp verursachte spätere Fertigstellung des Klinikums hätte mithin auch für die Wirtschaftlichkeit des Krankenhausbetriebs nachteilige Folgen gehabt.

⁴⁰ Nach dem Beteiligungsvertrag ist der LBK-Immobilien der Betriebsgesellschaft bzw. der LBK Hamburg GmbH gegenüber verpflichtet, nachrangige Gesellschafterdarlehen von bis zu 75 Mio. Euro zu gewähren, wenn das Netto-Umlaufvermögen bestimmte Werte unterschreitet. Darüber hinaus leistet die FHH über die entsprechenden Fördermittel nach dem Hamburgischen Krankenhausgesetz durch die für Gesundheit zuständige Behörde einen Mietzuschuss, der ca. zwei Drittel des Gesamtdarlehens ausmacht (vgl. Fn. 8). Zumindest diese Umstände sprechen gegen eine ungünstige Prognose über die Liquidität der Molita.

- (36) Mit den am 18. Januar 2005 vom LBK-Immobilien gegenüber der Molita und der BayLB abgegebenen Bürgschaften wurde in der gegebenen Situation erreicht, dass die Verträge zwischen dem LBK alt bzw. seinen Rechtsnachfolgern und der Molita sowie zwischen Molita und BayLB unverändert umgesetzt wurden und ein Baustopp beim Neubau des Klinikums Barmbek mit den entsprechenden Folgekosten für den LBK Immobilien und die LBK Hamburg GmbH vermieden wurde. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten war die Abgabe der Bürgschaftserklärungen ein geeignetes Mittel, die erheblichen finanziellen Risiken, die für die Stadt mit einem Baustopp verbunden gewesen wären, abzuwenden.

Im Verhältnis zu den wirtschaftlichen Folgen eines Baustopps stellen sich die Bürgschaften auch in der Höhe der damit abgegebenen Sicherheiten nicht als unverhältnismäßig dar. Denn der LBK-Immobilien verbürgt sich darin überwiegend für Forderungen, die ohnehin die FHH treffen (nämlich soweit zwei Drittel der förderfähigen Baukosten des Klinikums Barmbek durch Mittel der Krankenhausfinanzierung gedeckt werden). Soweit die Bürgschaften im Übrigen die Forderungen erfassen, die den von der LBK Hamburg GmbH zu erbringenden Eigenanteil betreffen (vgl. Tz. 19), hat sich der LBK-Immobilien gegen das Risiko der Inanspruchnahme durch die mit Asklepios und der LBK Hamburg GmbH am 12. Mai 2005 getroffene Vereinbarung über die Freistellung von solchen Ansprüchen vertraglich weiter abgesichert. Die Werthaltigkeit dieser Freistellungserklärung ist allerdings von der jeweiligen wirtschaftlichen Situation der Vertragspartner abhängig, solange die Freistellungserklärung nicht wie vorgesehen durch Rückbürgschaften oder andere Maßnahmen besichert worden ist, und daher derzeit nicht messbar.

Nach alledem stellte die Abgabe der Bürgschaftserklärungen eine unter tatsächlichen, vertragsrechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten geeignete und vertretbare Lösung dar, um den drohenden Baustopp für das Klinikum Barmbek abzuwenden, den Krankenhausbetreiber durch planmäßige Übernahme des Neubaus in den Stand zu setzen, seinen Eigenanteil zu erwirtschaften und so im Ergebnis die Interessen der FHH zu wahren.

3.3 Zulässigkeit der Bürgschaftsübernahmen durch die Anstalt

3.3.1 Anstaltszweck

- (37) Der Anstaltszweck für den LBK-Immobilien ergibt sich lediglich zum Teil aus dem Anstaltserrichtungsgesetz (LBK-Immobilien Gesetz) selbst, im Übrigen kann er nur im Wege der Auslegung aus der Gesetzesbegründung sowie aus der Satzung für den LBK-Immobilien hergeleitet werden⁴¹.

Die Bürgerschaft hat auf der Grundlage der Drs. 18/849 vom 7. September 2004 das seinerzeitige LBK Hamburg Gesetz geändert und als LBK-Immobilien Gesetz in der Fassung vom 17. Dezember 2004 beschlossen. § 2 Abs. 1 des Gesetzes, der die Aufgaben der Anstalt beschreibt, lautet:

§ 2 Aufgaben, Beteiligungen

(1) ¹ Der LBK Immobilien gewährleistet die Erfüllung des den einzelnen Krankenhäusern mit dem Krankenhausplan der Freien und Hansestadt Hamburg übertragenen bedarfsorientierten Auftrages der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen hoher Qualität. ² Allgemeine Zielsetzung ist dabei ein patientenorientiertes und differenziertes Leistungsangebot in kooperativem Zusammenwirken der einzelnen Krankenhäuser. ³ Er erfüllt diese Aufgabe insbesondere durch stationäre und ambulante Versorgung. ⁴ Der LBK Immobilien kann sich darüber hinaus im Rahmen der Entwicklung des Gesundheitswesens durch Erbringung von Dienst- und Sachleistungen betätigen. ⁵ Weiterhin obliegt dem LBK Immobilien die Förderung des öffentlichen Gesundheitswesens im Rahmen der Zielsetzungen des Trägers. ⁶ Der LBK Immobilien kann sonstige mit den Unternehmenszwecken zusammenhängende Maßnahmen durchführen und zu diesem Zweck entsprechende Einrichtungen betreiben. ⁷ Er ist den Grundsätzen eines sparsam und eigenverantwortlich wirtschaftenden sowie leistungsfähigen Krankenhauses gemäß § 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) in der Fassung vom 10. April 1991 (BGBl. I S. 887), zuletzt geändert am 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045, 1071) in der jeweils geltenden Fassung verpflichtet. ⁸ In der Satzung können nähere Bestimmungen getroffen werden.

Zugleich wurde in § 2 Abs. 2 des Gesetzes bestimmt, dass die Gewährleistungspflicht des LBK-Immobilien mit der Übertragung des Krankenhausbetriebes auf eine andere Anstalt entfällt. Diese Aufgabe ist im Rahmen der Teilrechtsnachfolge des LBK alt zum 1. Januar 2005⁴² allein auf den LBK neu (und später die LBK Hamburg GmbH) übergegangen. Seitdem gehören die Gewährleistung der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen sowie die darauf Bezug nehmenden Regelungen des § 2 Abs 1 Sätze 2 und 3 nicht mehr zum Anstalts-

⁴¹ Vom 4. Januar 2005 mit Änderung vom 17. Januar 2005, Amtl. Anzeiger 2005, S. 333.

⁴² § 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 LBKBetriebG.

zweck des LBK-Immobilien. Nicht ausdrücklich weggefallen sind die in den Sätzen 4 bis 6 des Absatzes 1 dargestellten Aufgaben der Anstalt.⁴³

Weitere Aufgabenzuweisungen für den LBK-Immobilien finden sich im Errichtungsgesetz selbst nicht; auch im Zuge der LBK-Teilprivatisierung wurden hierin keine weiteren Aufgaben für den LBK-Immobilien definiert.

Nach der Begründung zu dem Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse des LBK Hamburg – Anstalt öffentlichen Rechts – (Drs. 18/849 vom 7. September 2004 – Teilprivatisierung des LBK), mit dem die Bürgerschaft die Teilprivatisierung des LBK Hamburg verabschiedet hat, umfasst die Aufgabe der Besitzanstalt LBK-Immobilien die

- *Verwaltung der Immobilien,*
- *Umsetzung der Vereinbarung vom 16. Januar 2002 (Veräußerung nicht betriebsnotwendiger Liegenschaften),*
- *Verwaltung der Altpensionsverpflichtungen und*
- *Verwaltung der restlichen Beteiligung am Betriebsunternehmen.*⁴⁴

In der Satzung des LBK-Immobilien⁴⁵ findet sich eine dieser Begründung entsprechende Beschreibung des Anstaltszwecks: In § 1 der Satzung heißt es, dass der LBK-Immobilien seinen Grundbesitz, die ihm obliegenden Pensionsverpflichtungen und seine Beteiligungen verwaltet. Die Immobilienverwaltung umfasst danach „*insbesondere Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, Abschluss von schuldrechtlichen Nutzungsüberlassungsverträgen...*“.

- (38) Dass das Errichtungsgesetz den Anstaltszweck des LBK-Immobilien nach Übergang der o. g. Gewährleistungspflichten auf den LBK neu nicht vollständig im Sinne der Zielsetzung des Gesetzgebers benennt, ist als gesetzestechnisches Defizit zu kritisieren.⁴⁶ Es entspricht dem Wesentlichkeitsprinzip und bewährter Praxis, dass der Errichtungsgesetzgeber einer Anstalt deren Zweckbestimmung im Errichtungsgesetz selbst abschließend vornimmt und damit zumindest den Rahmen vorgibt, innerhalb dessen die Anstalt selbst konkretisierende Bestim-

⁴³ Im Zusammenhang mit der Umwandlung des LBK-Immobilien in den Hamburgischen Versorgungsfonds (HVF) – Anstalt öffentlichen Rechts - sind die in § 2 Abs. 1 Sätze 4 bis 6 LBK-Immobilien Gesetz beschriebenen Aufgaben weggefallen, vgl. Gesetz über den Hamburgischen Versorgungsfonds – Anstalt öffentlichen Rechts, § 2, HmbGVBl. 2006, S. 557.

⁴⁴ Vgl. Drs. 18/849, Teilprivatisierung des LBK, Teil E, Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse des LBK Hamburg – AÖR, E 3.3 – Aufgaben der Besitzanstalt LBK-Immobilien.

⁴⁵ HmbGVBl. 2005, S. 10, Verordnung über die Satzung für den Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien – Anstalt öffentlichen Rechts vom 4. Januar 2005.

⁴⁶ Vgl. für die Zukunft aber Fn. 43.

mungen treffen kann (wie dies in § 2 Abs. 1 Satz 8 des Errichtungsgesetzes auch vorgesehen ist). Auch wenn die Satzung im vorliegenden Fall nicht von der Gesetzesbegründung abweicht, gewährleistet nur die vollständige und abschließende Beschreibung des Anstaltszwecks im Errichtungsgesetz selbst die parlamentarische Legitimation der Aufgabenübertragung und ermöglicht es, den Handlungsrahmen einer Anstalt zweifelsfrei vorzugeben und Abweichungen oder Zwecküberschreitungen feststellen zu können.⁴⁷

- (39) Im Ergebnis wirkt sich dies bei der Frage der Einordnung der Bürgschaftsübernahmen unter den Anstaltszweck aber nicht aus: Nach der Gesetzesbegründung in der Drs. 18/849 – Teilprivatisierung des LBK – erfolgte die Aufspaltung des LBK alt in den Krankenhausbetrieb einerseits und die Verwaltung der Immobilien und Beteiligungen am Betriebsunternehmen andererseits. Die in § 2 Abs. 1 Sätze 4 bis 6 LBK-Immobilien Gesetz beschriebenen, dem LBK-Immobilien dauerhaft verbleibenden Aufgaben, die im Kontext der ursprünglich durch § 1 Abs. 1 Satz 1 geregelten Gewährleistung der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen stehen, decken sich zwar nicht ohne weiteres mit der vom Gesetzgeber beschriebenen Zielsetzung der Aufspaltung; denn die Wahrnehmung operativer Maßnahmen ist danach dem LBK neu (bzw. später der LBK Hamburg GmbH) zugewiesen, während dem LBK-Immobilien unternehmerische Aufgaben nicht mehr ausdrücklich zugewiesen werden.⁴⁸ Gleichwohl ist der Zweck des LBK-Immobilien nicht auf eine Immobilien-Verwaltung beschränkt, sondern schließt im Gesamtzusammenhang der Privatisierung des Gesamt-LBK – wenn auch nicht mehr in erster Linie operativ - eine unternehmerische Funktion ein. Dem entspricht auch der in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommende Wille, über den LBK-Immobilien als ein eine Beteiligung führendes Unternehmen weiterhin steuernd auf die LBK Hamburg GmbH einwirken und in Fragen der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen hamburgische Interessen wahrnehmen zu können.⁴⁹
- (40) Von dem so verstandenen Anstaltszweck waren die übernommenen Bürgschaften gedeckt. Der LBK-Immobilien ist Eigentümer des Grundstücks, auf dem das AK Barmbek errichtet wurde. Er hat in diesem Zusammenhang auch grundstücksgleiche Rechte an die LBK Hamburg GmbH übertragen. Als Eigentümer hat der LBK-Immobilien ein wirtschaftliches Interesse an der Umsetzung des

⁴⁷ Vgl. hierzu auch Jahresbericht 2000, Tz. 136.

⁴⁸ Vgl. Drs. 18/849, Teilprivatisierung des LBK, Teil E, Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse des LBK Hamburg – AöR, E 3.4 – Organisation der Besitzzanstalt.

⁴⁹ A.a.O.

Vertrags über die Errichtung des AK Barmbek, das durch die Bürgschaftsübernahmen gesichert wird.

Darüber hinaus tragen die – erst durch die Bürgschaften gesicherte – Errichtung des AK Barmbek und dessen späterer Betrieb in neuer Gestalt zum wirtschaftlichen Erfolg der LBK Hamburg GmbH und damit auch des LBK-Immobilien als Besitzanstalt (später Mitgesellschafter) bei. Die Übernahme der Bürgschaften berührt nämlich unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen des LBK-Immobilien als Besitzanstalt der LBK Hamburg GmbH, weil ein Scheitern der Verträge zum Neubau des AK Barmbek sich finanziell nachteilig, insbesondere auf die hier erzielbaren Erträge des LBK-Immobilien, ausgewirkt hätte. Zutreffend hat die Finanzbehörde (Amt für Vermögens- und Beteiligungsverwaltung) in diesem Zusammenhang auch berücksichtigt, dass den LBK-Immobilien nach § 3 Abs. 2 LBKBetriebG die Nachhaftung für vor der Auftrennung begründete Verbindlichkeiten – wie etwa im Immobilien-Mietvertrag - trifft und der LBK-Immobilien als Vertragspartner des Beteiligungsvertrages mit Asklepios Verpflichteter aus allen Garantie- und Anpassungsmechanismen im Rahmen der LBK-Teilprivatisierung ist.

3.3.2 Satzungsmäßige Kompetenz zur Übernahme von Bürgschaften

- (41) Der LBK-Immobilien besaß auch die Kompetenz zur Übernahme der Bürgschaften. Der LBK-Immobilien ist als Anstalt eine selbständige Person des öffentlichen Rechts mit eigenständiger Wirtschaftsführung.⁵⁰ Innerhalb des ihm vorgegebenen Anstaltszwecks durfte der LBK-Immobilien die damit in Zusammenhang stehenden Geschäfte tätigen. Dass hierzu grundsätzlich auch die Übernahme von Sicherheitsleistungen zugunsten seines Tochterunternehmens, der LBK Hamburg GmbH, gehören, legen bereits seine Funktion als Besitzanstalt, aber auch die ansonsten weitreichenden Befugnisse zum Abschluss von Immobiliengeschäften nach § 1 der Satzung (vgl. Tz. 37) nahe. Gesetzliche Regelungen, die

⁵⁰ Vgl. ausführlich Hillgruber in v. Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum GG, 5. Aufl. 2005, Art. 110, Rdn. 21 ff; Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 40. Erg.-Lfg. 2004, Art. 110 GG, Rn. 37; Gröpl in Bonner Kommentar zum GG, 98. Lfg. 2001, Art. 110, Rdn. 101. Entsprechendes gilt auch für die anderen Anstalten der FHH sowie auch für deren Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

insbesondere die Übernahme von Bürgschaften durch den LBK-Immobilien beschränken oder ausschließen, ergeben sich weder aus dem LBK-Immobilien Gesetz noch aus der Satzung für den LBK-Immobilien.⁵¹

Vielmehr gehörten zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahmen nach § 10 Nr. 4 der Satzung des LBK-Immobilien in der Fassung der Satzung vom 17. Januar 2005⁵² „Bank- und Finanzgeschäfte“ zu den Maßnahmen, die nach § 10 Satz 2 der Satzung der Zustimmung der Anstaltsträgerversammlung bedurften, und damit von der Satzung als zulässig vorausgesetzt wurden.⁵³ Abgesehen davon, dass die Zustimmung vor dem Hintergrund der Anweisung zur Bürgschaftsübernahme durch die Anstaltsträgerversammlung selbst hier obsolet war, lässt § 10 Nr. 4 der Satzung den Schluss zu, dass der LBK-Immobilien auch Bürgschaften übernehmen darf, da diese typischer Weise zu Bank- und Finanzgeschäften rechnen.

- (42) Die Anweisung der Anstaltsträgerversammlung war für die Geschäftsführung des LBK-Immobilien bindend (§ 2 Abs. 4 der Satzung des LBK-Immobilien). Diese hatte keine rechtliche Möglichkeit, die Anweisung zur Übernahme der Bürgschaften etwa vor dem Hintergrund anzufechten, dass die Anstalt weder zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahmen in der Lage war, bei Inanspruchnahme aus den Bürgschaften die erforderlichen Mittel aufzubringen, noch seinerzeit Anhaltspunkte dafür gegeben waren, dass sich die wirtschaftliche Lage der Anstalt in absehbarer Zeit maßgeblich verbessern würde (vgl. Tz. 48). Die Anstaltsträgerversammlung des LBK-Immobilien ist entsprechend der Gesellschafterversammlung einer GmbH ausgestaltet (vgl. Tz. 52). Die Weisungsbefugnis der Gesellschafter findet im GmbH-Recht grundsätzlich erst dort ihre Grenze, wo Gläubigerinteressen berührt sind.⁵⁴ Vor dem Hintergrund der Gewährträgerhaftung der FHH waren die (Gläubiger-) Interessen der Molita und der BayLB nicht be-

⁵¹ Die Anstaltsträgerversammlung hat die Berechtigung des LBK-Immobilien zur Abgabe von Bürgschaftserklärungen aus § 6 Abs. 4 Nr. 8 LBKHG⁵¹ abgeleitet. Diese Bestimmung regelte für den LBK alt, dass die Vornahme solcher Rechtsgeschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrates bedurfte. Diese Bestimmung wurde allerdings durch Artikel 3 des Gesetzes zur Neuregelung des LBKHG vom 17. Dezember 2004⁵¹ in dem Errichtungsgesetz für den LBK-Immobilien grundlegend verändert und trifft nunmehr keinerlei Regelung hinsichtlich Kredit- oder Geldgeschäften.

⁵² Amtl.Anz. Nr. 15 vom 18. Februar 2005

⁵³ Die Anstaltsträgerversammlung führte einen Tag vor Übernahme der Bürgschaften durch den LBK-Immobilien eine Änderung der Satzung herbei. Nach der bis zum 16. Januar 2005 geltenden Fassung waren Angelegenheiten, die der Zustimmung der Anstaltsträgerversammlung bedürfen, nach § 10 Satz 2 abschließend aufgezählt. Nach § 10 Nr. 4 der Satzung gehörten hierzu „Bank- und Finanzgeschäfte (das Anlegen von Geldern oder die Aufnahme von Krediten), wenn und soweit sie ein Volumen von 50.000 € übersteigen“ (Amtl. Anz. v. 11. Januar 2005, S. 11). In der Fassung der Satzung vom 17. Januar 2005, wurde § 10 Satz 2 um das Wort „insbesondere“ ergänzt und § 10 Nr. 4 dahin geändert, dass in dem Satz „Bank- und Finanzgeschäfte, soweit sie ein Volumen von 50.000 € übersteigen“ der Klammerzusatz „das Anlegen von Geldern oder die Aufnahme von Krediten“ gestrichen wurde.

⁵⁴ Vgl. Roth/Altmeppen, GmbHG, 5. Auflage 2005, § 37, Rdn. 6.

rührt; sie hatten vielmehr Bürgschaften der FHH selbst oder einer Anstalt öffentlichen Rechts mit Gewährträgerhaftung der FHH gefordert.

3.4 Zustimmungserfordernis der Bürgerschaft

3.4.1 Verfassung und Haushaltsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg

- (43) Die Übernahme einer Bürgschaft stellt haushaltsrechtlich eine Sicherheitsleistung dar.⁵⁵ Art. 72 Abs.2 HV bestimmt, dass die Übernahme von Sicherheitsleistungen zu Lasten der FHH, deren Wirkung über ein Rechnungsjahr hinausgeht oder die nicht zum regelmäßigen Gang der Verwaltung gehört, eines Beschlusses der Bürgerschaft bedarf. Die Übernahme solcher Sicherheitsleistungen ergänzt das Ausgabenbewilligungsrecht des Parlaments und gehört zum Kern seines Budgetrechts. Nach den haushaltsrechtlichen Verfassungsbestimmungen ist allerdings zwischen Entscheidungen, die als solche der Gebietskörperschaft FHH dem Budgetrecht des Parlaments unterfallen, und jenen, die außerhalb dieses Verantwortungsbereiches getroffen werden, zu unterscheiden. Der LBK-Immobilien ist als Anstalt eine eigenständige juristische Person des öffentlichen Rechts und damit nicht Teil des Rechtssubjektes FHH.⁵⁶ Die Anstalt unterliegt der Steuerung und Einwirkung seitens Senat und Verwaltung allein über die im Errichtungsgesetz vorgesehene Anstaltsträgerversammlung.
- (44) Zwar unterscheiden sich unmittelbar von der FHH übernommene Bürgschaftsverpflichtungen von jenen, die Anstalten eingehen, in den möglichen finanziellen Folgen für die FHH insoweit nicht, als im Haftungsfall letztlich stets das Vermögen der FHH betroffen ist: Entweder durch Schmälerung des Anstaltsvermögens, das über seine Anstaltseignereigenschaft letztlich dem Anstaltsträger FHH gehört, oder durch Schmälerung unmittelbar des Vermögens der FHH über die nachrangige Gewährträgerhaftung bzw. die ihr vorgelagerte Anstaltslast. Diese wirtschaftliche Sichtweise ist jedoch für die Frage eines Bürgschaftsvorbehalts für die Übernahme von Bürgschaftsverpflichtungen nicht maßgeblich. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob der Verantwortungsbereich des Parlaments berührt ist, denn Art. 72 HV regelt allein die Beziehung zwischen Bürgerschaft und

⁵⁵ Vgl. David, Kommentar zur Verfassung der FHH, 2. Aufl., Art. 72 Rdn. 39. Der Begriff Sicherheitsleistung wurde bis 1969 wortgleich auch in Art. 115 GG verwendet und dann zur Klarstellung durch die Begriffe „Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen“ ersetzt, vgl. BT-Drs. V/3040, S. 47.

⁵⁶ Vgl. ausführlich Hillgruber in v. Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum GG, 5. Aufl. 2005, Art. 110, Rdn. 21 ff; Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 40. Erg.-Lfg. 2004, Art. 110 GG, Rn. 37; Gröpl in Bonner Kommentar zum GG, 98. Lfg. 2001, Art. 110, Rdn. 101. Entsprechendes gilt auch für die anderen Anstalten der FHH sowie auch für deren Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

Senat und damit das Inter-Organ-Verhältnis zwischen Parlament und Regierung.⁵⁷ Von Anstalten eingegangene Bürgschaftsverpflichtungen stehen nach alledem hinsichtlich ihrer Wirkung für den Landeshaushalt (keine unmittelbare Verpflichtung der FHH) und ihrer formellen Voraussetzungen (kein Bürgschaftsvorbehalt) entsprechenden Verpflichtungen, die der Senat für die FHH eingeht, nicht gleich. Dies gilt auch für den LBK-Immobilien. Der LBK-Immobilien unterfällt dem Verantwortungsbereich der Bürgerschaft allein insoweit, als Senat und Verwaltung auf die Anstalt einwirken, nicht aber insoweit, als die Anstalt selbst handelt.

- (45) Dieses Ergebnis wird durch die Regelungen der LHO bestätigt: Die systematische Trennung zwischen Einnahmen, Ausgaben und sonstigen Verpflichtungen, die unmittelbar die Haushaltswirtschaft der Gebietskörperschaft der FHH betreffen, und solchen, die außerhalb des Landeshaushaltes eigenständigen juristischen Personen zuzurechnen sind, findet in Teil VI der LHO ihren Niederschlag.⁵⁸ Nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 LHO gelten für landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts – also auch Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit wie den LBK-Immobilien – die Bestimmungen der §§ 106 bis 110 LHO, soweit nicht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes etwas anderes bestimmt ist. § 106 LHO regelt, dass landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts vor Beginn eines Haushaltsjahres einen Haushaltsplan festzustellen haben, der alle Einnahmen, Ausgaben und benötigte Verpflichtungsermächtigungen im Haushaltsjahr enthält. Nach § 108 LHO bedarf der Haushaltsplan der Genehmigung der zuständigen Behörde. Auch diese Bestimmungen verdeutlichen, dass sich die Haushaltswirtschaft von landesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts außerhalb des staatlichen Haushaltsplans abwickelt. Sie haben einen eigenen Haushalt, der als solcher vollständig ist.⁵⁹
- (46) Ebenso trägt die Regelung des § 39 Abs. 1 i. V. m. § 105 Abs. 1 LHO der generellen Trennung zwischen dem Landeshaushalt und der selbständigen Haushaltsführung von Anstalten öffentlichen Rechts Rechnung. § 39 Abs. 1 LHO bestimmt, dass die Übernahme von Bürgschaften, die zu Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren führen könnten, einer der Höhe nach bestimmten Ermächtigung durch den Haushaltsbeschluss oder durch ein Gesetz bedürfen. Diese Regelung

⁵⁷ Vgl. David, a.a.O., Art. 72 Rdn. 1. vgl. auch BVerfG, Urt. V. 6.11.1884, BVerfGE 67, 256,(281) zur Anwendung des insoweit inhaltsgleichen Art. 115 GG. Siehe auch Jahresbericht 2000, Tz. 136.

⁵⁸ Für die entsprechenden Regelungen der §§ 105ff. BHO vgl. Heller, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 1998, Kap. 9, Rdn. 18.

⁵⁹ Vgl. Fn. 56.

gilt gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 1 LHO entsprechend auch für landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit nicht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes etwas anderes bestimmt ist. Die Regelung des § 105 Abs. 1 LHO, wonach sich Anstalten öffentlichen Rechts bei der Vergabe von Bürgschaften grundsätzlich einer Kontrolle unterziehen müssen, wie sie jener des Senats gem. Art. 72 Abs. 2 HV durch die Bürgerschaft entspricht, ist Konsequenz dessen, dass Sicherheitsleistungen von Anstalten öffentlichen Rechts gerade nicht dem Bürgschaftsvorbehalt nach Art 72 Abs. 2 HV unterfallen. Damit bestätigt auch § 105 Abs. 1 LHO, dass Bürgschaften von landesunmittelbaren Anstalten öffentlichen Rechts von Art. 72 Abs. 2 HV nicht erfasst werden.

Dies gilt umso mehr für den LBK-Immobilien, für den § 14 Satz 2 LBK-Immobilien Gesetz die Geltung der §§ 1 bis 87 LHO ausdrücklich ausschließt. Dies bewirkt, dass anstelle einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften der LHO allein die für die Anstalt im Errichtungsgesetz geschaffenen Aufsichts- und Kontrollmechanismen anzuwenden sind.

3.4.2 Bürgschaftsvorbehalt im Einzelfall

- (47) Die vorliegenden Bürgschaftsübernahmen sind durch Besonderheiten gekennzeichnet, die einen vorherigen Beschluss der Bürgerschaft nach Art. 72 Abs. 2 HV erforderlich machten: Die Entscheidung zur Übernahme der Bürgschaften ist hier nicht maßgeblich der Anstalt zuzurechnen, sondern der Verwaltung (vgl. Abschnitt 3.4.2.2), deren Handeln budgetrelevant war (vgl. Abschnitt 3.4.2.1). Darüber hinaus wurde mit den Bürgschaftsübernahmen die Entscheidung des Gesetzgebers zur zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung des LBK-Immobilien faktisch unterlaufen (vgl. Abschnitt 3.4.2.3.).

3.4.2.1 *Finanzielle Überforderung des LBK-Immobilien*

- (48) Der LBK-Immobilien war finanziell überfordert, die aus den Bürgschaftsübernahmen resultierenden Risiken aus eigener Kraft abzudecken. Dies ergibt sich daraus, dass die Anstalt über ein negatives Eigenkapital in Höhe von 366 Mio. Euro verfügte.⁶⁰ Damit war sie zum Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaftsverpflichtungen nicht in der Lage, bei Inanspruchnahme aus den Bürgschaften Mittel im Umfang von bis zu 211,5 Mio. Euro aufzubringen. Eben so wenig gab es seinerzeit Anhaltspunkte dafür, dass sich die wirtschaftliche Lage der Anstalt

⁶⁰ Vgl. sowohl Plan-Bilanz gemäß Drs. 18/849 vom 7. September 2004 – Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft „Teilprivatisierung des LBK Hamburg“ - als auch Eröffnungsbilanz, Drs. 18/4681 vom 25. Juli 2006 - Schriftliche Kleine Anfrage „Wirtschaftliche Situation der städtischen Besitzanstalt LBK-Immobilien (4)“ -.

durch Änderungen ihrer Eigenkapitalsituation während der Laufzeit der Bürgschaftsverpflichtungen maßgeblich verbessern würde. Neben der fehlenden Substanz verfügte der LBK-Immobilien weder bei Übernahme der Bürgschaftsverpflichtungen über die notwendige Ertragskraft, um etwaige Forderungen aus den Bürgschaften erfüllen zu können, noch gab es Anhaltspunkte dafür, dass sich dies ändern würde.⁶¹ Selbst bei Inanspruchnahme nur im Umfang des verbleibenden Eigenanteils der LBK Hamburg GmbH in Höhe von ca. 43,2 Mio. Euro (vgl. Tz. 19) konnte der LBK-Immobilien die notwendigen Mittel nicht aufbringen und würde sie erkennbar auch später nicht aufbringen können.⁶² Damit war zugleich klar, dass im Fall einer Inanspruchnahme der Anstalt aus den Bürgschaftsverpflichtungen zwangsläufig die FHH über ihre Gewährträgerhaftung bzw. die ihr vorgelagerte Anstaltslast würde eintreten müssen.

Auch wenn das Risiko einer den eingegangenen Bürgschaftsverpflichtungen vollen Umfangs entsprechenden Inanspruchnahme im vorliegenden Fall durch die öffentliche Förderung des Neubaus nach § 21 Hamburgisches Krankenhausgesetz eingeschränkt war und darüber hinaus durch die Freistellungserklärung der LBK Hamburg GmbH und Asklepios bei vertragsgemäßer Umsetzung der Vereinbarungen in Form einer Rückbürgschaft zugunsten des LBK-Immobilien sogar gegen Null tendieren könnte (vgl. Tz. 19), kommt es für den Tatbestand des Art. 72 Abs. 2 HV weder auf die Wahrscheinlichkeit einer möglichen Inanspruchnahme noch deren wahrscheinliche Höhe an, sondern allein darauf, ob faktisch zu Lasten des Haushalts der FHH eine Sicherheitsleistung übernommen wird.

So liegt es hier: Bei der seinerzeit gegebenen und für die Zukunft erwartbaren wirtschaftlichen Lage der Anstalt führte eine Fälligestellung der Bürgschaften zwangsläufig zur Inanspruchnahme der FHH im Sinne einer Art „Durchgriffshaftung“ entweder durch entsprechende zusätzliche Ausstattung der Anstalt mit Finanzmitteln (Anstaltslast nach § 13 Abs. 1 LBK-Immobilien Gesetz) oder durch unmittelbare Befriedigung der Gläubiger (Gewährträgerhaftung nach § 3 Abs. 2 LBK-Immobilien Gesetz).

⁶¹ Vgl. Ausführungen über die finanzielle Entwicklung des LBK-Immobilien in der Drs. 18/849, Abschnitte E und F – „Auftrennungsmodell“ und „Finanzielle Auswirkungen“.

⁶² Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der LBK-Immobilien über Anlagevermögen in Form von Grundstücken verfügt, die mit 220 Mio. € bilanziert wurden. Denn Grundstücke und Immobilien dienen überwiegend zur Versorgung mit Krankenhausleistungen und könnten nicht kurzfristig liquidiert werden. Aus dem jetzt durchgeführten Verkauf der nicht für den Neubau des AK Barmbek benötigten Flächen ergibt sich nichts Anderes. Der Wert war Teil der Eröffnungsbilanz und der Erlös führt angesichts des negativen Eigenkapitals der Anstalt nicht zu zusätzlicher Liquidität.

3.4.2.2 *Handeln der Verwaltung*

- (49) Aufgrund der Weisung des Anstaltsträgers gegenüber der Geschäftsführung des LBK-Immobilien ist die klare Trennung der Rechtskreise zwischen Verbindlichkeiten, die die Exekutive unmittelbar zu Lasten des Haushalts eingeht, und solchen, die die Anstalten im Rahmen ihrer selbständigen Wirtschaftsführung übernimmt, durchbrochen worden.
- (50) Die Weisung des Anstaltsträgers erging auf der Grundlage von § 2 Abs. 4 der Satzung des LBK-Immobilien (Weisungsbefugnis im Einzelfall). Hier stellt sich zunächst die Frage, ob sich die Anstaltsträgerversammlung und damit letztlich die Verwaltung allein über die Satzung ein so weitreichendes – uneingeschränktes – Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung einräumen durfte. Zwar ermächtigt § 9 Abs. 1 und 2 LBK-Immobilien Gesetz den Senat, die erste Satzung des LBK-Immobilien durch Rechtsverordnung zu erlassen, in der u. a. nähere Vorschriften über die innere Verfassung des LBK-Immobilien und über die Befugnisse und Pflichten seiner Organe getroffen werden durften. Wie bei jeder Rechtsverordnung gebietet das Wesentlichkeitsprinzip aber, dass der Gesetzgeber Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Ermächtigung selbst regelt und dies nicht der Exekutive überlässt. Ein Recht zu Einzelfallanweisungen der Anstaltsträgerversammlung, das es der Anstaltsträgerversammlung praktisch in jedem beliebigen Geschäftsvorgang ermöglicht, die Entscheidung der Geschäftsführung zu reglementieren oder – wie hier – selbst abschließende Weisungen zu treffen, die die Geschäftsführung umzusetzen hat, sollte sich danach zumindest bereits aus dem Gesetz selbst ergeben.
- (51) Im LBK-Immobilien Gesetz findet sich hierfür keine klare Grundlage. Nach § 5 Abs. 3 Satz 1 LBK-Immobilien Gesetz hat die Anstaltsträgerversammlung die Geschäftsführung zu beraten und deren Tätigkeit zu überwachen. Sie kontrolliert die Umsetzung der Betriebsziele und ihre Zielerreichung (§ 5 Abs. 3 Satz 3). Ein Einzelfallweisungsrecht ist im Gesetz selbst nicht geregelt. Dass der Gesetzgeber der Anstaltsträgerversammlung diese weitreichende Kompetenz einräumen wollte, lässt sich auch der Einzelbegründung zu §§ 4 bis 8 LBK-Immobilien Gesetz⁶³ nicht entnehmen: Danach soll die Anstaltsträgerversammlung das Beratungs- und Überwachungsorgan des LBK-Immobilien sein. Die FHH soll durch die Anstaltsträgerversammlung auch die Steuerungsfunktion wahrnehmen; alle

⁶³ Vgl. Drs. 18/849 „Teilprivatisierung des LBK Hamburg“ vom 7. September 2004.

Angelegenheiten außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs bedürfen deshalb der Zustimmung der Anstaltsträgerversammlung.⁶⁴

- (52) Dafür, dass der Errichtungsgesetzgeber der Anstaltsträgerversammlung hier ein weitergehendes Weisungsrecht im Einzelfall einräumen wollte, finden sich allerdings Hinweise in der Drs. 18/849, Abschnitt E.3.4 – Organisation der Besitzanstalt. Danach ist die Anstaltsträgerversammlung beim LBK-Immobilien in Analogie zur Gesellschafterversammlung einer GmbH zu sehen. Dort kommt diesem Organ neben der Steuerung der Gesellschaft auch ein Weisungsrecht zu.⁶⁵ Diese Auslegung wird durch eine systematische Betrachtung gestützt. Im Vergleich zu anderen hamburgischen Errichtungsgesetzen ergibt sich, dass der Gesetzgeber neuerdings Aufsichtsbehörden von Anstalten Weisungsbefugnisse, wie sie im GmbH-Recht Gesellschaftern zukommen, einräumt. So unterliegen die Geschäftsführungen der Anstalten öffentlichen Rechts Stadtreinigung Hamburg, Hamburger Stadtentwässerung und Hamburger Friedhöfe nach einer im Oktober 2005 erfolgten entsprechenden Änderung in § 9 der jeweiligen Errichtungsgesetze⁶⁶ einer dem § 37 Abs. 1 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) entsprechenden Weisungsbefugnis.⁶⁷ Im Ergebnis ist das Weisungsrecht der Anstaltsträgerversammlung wirksam eingeführt worden.
- (53) Durch das Weisungsrecht der Anstaltsträgerversammlung ist der Verwaltung unmittelbar die Möglichkeit eingeräumt, die Geschäftsführung des LBK-Immobilien anzuweisen. Soweit die Verwaltung damit in wesentlichen Angelegenheiten Entscheidungen für die Anstalt trifft,⁶⁸ führt dies dazu, dass deren

⁶⁴ Darüber hinaus solle die Grundstücksverwaltung des LBK-Immobilien in konzeptionellen und strategischen Fragen über die Anstaltsträgerversammlung direkt durch die zuständige Behörde gesteuert werden.

⁶⁵ Nach den Kommentierungen zum GmbHG haben die Gesellschafter einer GmbH im Unterschied zur Aktiengesellschaft eine in jeder Hinsicht übergeordnete Geschäftsführungskompetenz, weil die Geschäftsführer der GmbH weisungsgebunden sind; hiervon sind auch positivgebietende Weisungen im Einzelfall erfasst., vgl. Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 37 Rdn. 3; Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 37 Rdn. 18.

⁶⁶ Drs. 18/2991 „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Anstaltserrichtungsgesetzen“ vom 11. Oktober 2005.

⁶⁷ In § 9 Abs. 1 der Errichtungsgesetze wurde jeweils folgender Satz angefügt: „Die Geschäftsführung ist dem Unternehmen gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die für den Umfang ihrer Befugnisse, das Unternehmen zu vertreten, durch Weisungen der Aufsichtsbehörde festgesetzt sind.“ Diese Formulierung entspricht weitestgehend § 37 Abs. 1 GmbHG; vgl. dazu Fn. 65.

⁶⁸ Wie sehr die Entscheidungen des LBK-Immobilien von der Verwaltung selbst getroffen oder beeinflusst worden sind, wird u. a. darin deutlich, dass zahlreiche Korrespondenz der Bürgschaftsnehmer sowie Asklepios nicht allein mit der Geschäftsführung des LBK-Immobilien, sondern direkt mit der Finanzbehörde geführt wurde und dort auch Entscheidungen für den LBK-Immobilien vorbereitet worden sind. Vgl. z. B. Schriftwechsel der Finanzbehörde vom 18. Januar 2005 mit Molita und der BayLB bzgl. der Bürgschaftsübernahme und des weiteren Vorgehens zur Vermeidung eines Baustoppes; Schriftwechsel zwischen Asklepios Kliniken GmbH und der Finanzbehörde zur Bürgschaftsübernahme vom 27. und 28. Dezember 2004 und zur Abwicklung der vom LBK-Immobilien übernommenen Mitfinanzierung der Dezemberrate 2004 (vgl. Tz. 22)vom 24. Januar 2005.

grundsätzliche Selbständigkeit gegenüber der Exekutive insoweit in Frage gestellt ist, als die Verwaltung von diesem Recht Gebrauch macht.⁶⁹ Solche Entscheidungen sind nicht mehr nur der selbstständigen und vom Haushalt des Landes getrennt zu betrachtenden Wirtschaftsführung der Anstalt zuzurechnen, sondern vielmehr maßgeblich der Verwaltung, die dabei ohne Einschränkungen dem Haushaltsrecht unterworfen ist. So liegt es hier: In der Weisung des Anstaltsträgers – durch die Anstaltsträgerversammlung - an die Geschäftsführung des LBK-Immobilien, die Bürgschaften zu übernehmen, liegt ungeachtet der die Anstalt treffenden zivilrechtlichen Zurechenbarkeit der Bürgschaftsübernahmen in erster Linie eine Entscheidung des Anstaltsträgers und nicht der Anstalt selbst.

Nichts Anderes würde im Übrigen gelten, wenn die Geschäftsführung des LBK-Immobilien die Anstaltsträgerversammlung um Zustimmung gebeten und diese, d. h. die Ermächtigung zu einer zu Lasten Hamburgs gehenden Bürgschaftsübernahme, erhalten hätte. Auch in einem solchen Fall läge nämlich die maßgebliche Entscheidung bei der Anstaltsträgerversammlung. Beiden Fallgestaltungen ist – ungeachtet der Eigenschaft der Anstaltsträgerversammlung zugleich als Organ der Anstalt – gemein, dass letztlich die Entscheidung des Anstaltsträgers - vermittelt durch die Anstaltsträgerversammlung - maßgeblich ist, sei es als verbindliche Weisung an die Geschäftsführung, sei es als konstitutive Zustimmung zu deren Petitum. Entscheidend kommt es darauf an, dass die Anstaltsträgerversammlung das Instrument darstellt, mit dem der Anstaltsträger – ggf. durch Weisung an die Mitglieder der Anstaltsträgerversammlung – der Anstalt die Durchsetzung seines Willens verbindlich aufgibt.

- (54) Auch wenn die Bürgschaften nicht förmlich durch die FHH selbst übernommen wurden, sind die haushaltsmäßigen Wirkungen der Anweisung durch den Anstaltsträger wegen der finanziellen Überforderung des LBK-Immobilien einer Bürgschaftsübernahme durch die FHH gleichzusetzen. In beiden Fällen wird die Bürgerschaft für künftige Haushaltsjahre in ihrer Mittelbewilligung präjudiziert, so dass es ihrer Zustimmung zur Bürgschaftsübernahme bedurft hätte. Die Anweisung der Geschäftsführung des LBK-Immobilien zur Bürgschaftsübernahme war daher verfassungsrechtlich ohne parlamentarische Ermächtigung unzulässig.

⁶⁹ Zustimmend Wendt in v.Mangold/Klein/Starck, a.a.O. Art. 110, Rdn 70, für juristische Personen des öffentlichen Rechts, die überwiegend oder ausschließlich finanzwirtschaftliche Transaktionen durchführen sollen und darum wie ein Bestandteil des Bundes- oder Landeshaushalts zu behandeln seien.

3.4.2.3 *Beschränkung der Gewährträgerhaftung nach § 3 Abs. 2 LBKBetriebG*

- (55) Schließlich ist das Budgetrecht der Bürgerschaft auch dadurch verletzt worden, dass bei der Entscheidung über die Bürgschaftsübernahmen die haushaltsrechtlichen Wirkungen aus § 3 Abs. 2 LBKBetriebG nicht berücksichtigt worden sind. In dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber die budgetrechtlich relevante Entscheidung getroffen, dass der LBK-Immobilien lediglich für die Dauer von fünf Jahren nachrangig für die Verbindlichkeiten haftet, die im Zeitpunkt der Errichtung der Betriebsgesellschaft vom LBK alt auf den LBK neu übergegangen sind. Nach der Begründung in der Drs. 18/849 „Teilprivatisierung des LBK Hamburg“ war es ein erklärtes Ziel der Auftrennung in Besitzanstalt und Betriebsanstalt, die Haftungsrisiken der Stadt zu reduzieren, und zwar auch solche, die sich aus Gewährleistungen ergeben.⁷⁰ Zwar wurde mit der Übernahme der Bürgschaften nicht über den vor der LBK-Teilprivatisierung bestehenden Haftungsumfang der FHH für Verbindlichkeiten des LBK hinausgegangen; jedoch hatte die Bürgerschaft zwischenzeitlich insoweit eine verbindliche Vorgabe getroffen, als sie Belastungen des Haushalts aus der Gewährträgerhaftung für den LBK-Immobilien, soweit diese aus bestehenden Forderungen gegen den LBK alt resultierten, nach fünf Jahren ausschließen wollte.

Mit der Übernahme der Bürgschaften faktisch zu Lasten des Haushalts der FHH ist die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung zur Begrenzung der Haftung unterlaufen worden. Die Gewährträgerhaftung und die ihr vorgelagerte Anstaltslast führen dazu, dass die vertragliche Übernahme der Sicherheitsleistungen durch den LBK-Immobilien für den Zeitraum ab 1. Januar 2010 auch nach Ablauf der gesetzlichen Nachhaftung von fünf Jahren den hamburgischen Haushalt weiter belasten kann. Die Bürgerschaft hat mit der Bestimmung des § 3 Abs. 2 LBKBetriebG jedoch klar ihren Willen zum Ausdruck gebracht, dass Belastungen des Haushalts infolge der Verbindlichkeiten des LBK alt zeitlich begrenzt werden sollten. Die Verwaltung, der hier die Entscheidung über die Bürgschaftsübernahmen maßgeblich zuzurechnen ist (s. o. 3.4.3.2), ist von der vom Gesetzgeber festgelegten zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung des LBK-Immobilien abgewichen und hätte auch schon deshalb die Bürgerschaft vorher beteiligen müssen. Dass die Freistellungsvereinbarung mit Asklepios (vgl. Tz. 19) das Risiko einer Inanspruchnahme nach Ablauf der fünf Jahre verringert, ändert nichts dar-

⁷⁰ Drs. 18/849, C.3 – Ziele der Teilprivatisierung, Nr. 4. Entsprechend dieser Zielsetzung wurde die Gewährträgerhaftung der FHH für Verbindlichkeiten des LBK alt mit dem Übergang auf die Betriebskapitalgesellschaft des LBK neu unterbrochen und lediglich aus Gründen des Schuldnerschutzes in analoger Anwendung des § 133 UmwG die fünfjährige Nachhaftung durch den LBK-Immobilien in § 3 Abs. 2 LBKBetriebG geregelt; vgl. Drs. 18/849, E 4 – Anstaltslast und Gewährträgerhaftung und Anlage 1, II., Einzelbegründung zu Artikel I § 3 LBKBetriebG.

an, dass die von der Bürgerschaft beschlossene zeitliche Begrenzung durchbrochen ist.

3.5 Stellungnahme der Verwaltung

- (56) Die Verwaltung teilt die Auffassung des Rechnungshofs, dass die Entscheidung über die Bürgschaftsübernahmen einer Entscheidung der Bürgerschaft bedurft hätte, nicht. Der LBK-Immobilien sei eine selbständige Anstalt öffentlichen Rechts. Seine Wirtschaftsführung sowie die ihr zu Grunde liegenden Entscheidungen unterlägen damit generell nicht dem parlamentarischen Budgetrecht, so dass Art. 72 Abs. 2 HV nicht verletzt sei. § 14 LBKBetriebG schließe die Anwendung der §§ 1 bis 87 und 106 bis 109 LHO aus, so dass es auch keiner Ermächtigung durch Haushaltsbeschluss nach § 39 LHO bedurft hätte.
- (57) Soweit sich die Beurteilung des Rechnungshofs auf das Handeln der Anstalts-trägerversammlung stütze, sei dieses durch die Satzung des LBK-Immobilien gedeckt gewesen. Im Übrigen halte § 65 Abs. 1 Nr. 3 LHO die Verwaltung dazu an, sich einen angemessenen Einfluss über einen Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Überwachungsorgan – hier die Anstaltsträgerversammlung - zu sichern.
- (58) Auch der Umstand der finanziellen Überforderung des LBK-Immobilien (vgl. Tz. 48) rechtfertige nicht einen Bürgschaftsvorbehalt im vorliegenden Einzelfall. Zum einen sei die finanzielle Situation der Bürgerschaft hinlänglich bekannt gewesen; zum anderen könne es nicht darauf ankommen, dass eine vom LBK-Immobilien übernommene Bürgschaftsverpflichtung im Haftungsfall letztlich das Vermögen der FHH treffe. Anderenfalls führe dies dazu, dass Verselbständigungen in öffentlicher Rechtsform, für die die FHH als Gewährträger hafte, in ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit abhängig von bürgerschaftlichen Entscheidungen wären, beispielsweise bei der Beschlussfassung über den Wirtschaftsplan der Anstalt oder einzelner Geschäftsfälle.

Schließlich gehe die Verwaltung davon aus, dass die Anstalt trotz ihrer wirtschaftlichen Lage keiner Ermächtigung durch die Bürgerschaft bedürfe, wenn - wie in diesem Fall - die Eingehung einer Eventualverbindlichkeit der Abwendung größerer wirtschaftlicher Nachteile diene.

- (59) Die Finanzbehörde hat jedoch zugesagt, sie werde die Hinweise des Rechnungshofs zu einem Bürgschaftsvorbehalt im Einzelfall aufgreifen und zukünftig in ihrem Handeln berücksichtigen.

3.6 Abschließende Bewertung durch den Rechnungshof

- (60) Die Verwaltung trägt mit ihrer Argumentation der Rolle der Anstaltsträgerversammlung nicht hinreichend Rechnung: Die Anstaltsträgerversammlung unterscheidet sich sowohl nach ihrer Funktion als auch nach ihrer Kompetenz von einem reinen Überwachungsorgan wie einem Aufsichtsrat, der zu bestimmten Entscheidungen der Geschäftsführung seine Zustimmung erteilen oder verweigern kann und im Übrigen dem Senat gegenüber auch nicht weisungsabhängig ist. Für die Anstalt verbindliche Entscheidungen der Anstaltsträgerversammlung – seien es Weisungen oder Zustimmungen – sind maßgeblich der Verwaltung zuzurechnen (vgl. Tz. 53f.); insoweit unterliegt die Verwaltung dem Bürgschaftsvorbehalt bei haushaltswirksamen Entscheidungen. Mit der Weisung zur Übernahme der Bürgschaften hat die Verwaltung vorliegend die Trennung der Rechtskreise der selbständigen Haushalte von Anstalten öffentlichen Rechts einerseits und der Haushaltsführung der FHH andererseits durchbrochen. Diese Entscheidung bedurfte der Zustimmung der Bürgerschaft, weil wegen der erkennbaren finanziellen Überforderung des LBK-Immobilien das Risiko der Inanspruchnahme aus den Bürgschaften wegen der bestehenden unbeschränkten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der Stadt faktisch zu Lasten des Landeshaushalts eingegangen worden ist (vgl. Tz. 48).

Entscheidend bleibt: Wenn eine Bürgschaft faktisch zu Lasten der Stadt durch konstitutives Handeln der Exekutive begründet wird, verlangen Wortlaut und Zweck des Art. 72 Abs. 2 HV die Zustimmung der Bürgerschaft.

Hamburg, den 21. Dezember 2006

Gez.

Otto-Abeken