

Hamburg Energie GmbH

Gutachtliche Äußerung nach § 88 Absatz 3 LHO

Hamburg, den 14. November 2013

Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg
Gänsemarkt 36, 20354 Hamburg
Postfach 301741, 20306 Hamburg
Telefon: 040/428 23-0
Fax: 040/427 310 570
E-Mail: rechnungshof@rh.hamburg.de
Internet: www.rechnungshof.hamburg.de

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Zusammengefasstes Ergebnis	5
2. Prüfungsgegenstand	7
2.1 Anlass	7
2.2 Rahmenbedingungen	8
2.2.1 Strompreis	8
2.2.2 Ökostrom	9
3. Hamburg Energie GmbH als öffentliches Unternehmen	12
3.1 Haushaltsrechtliche Grundlagen	12
3.2 Beachtung bei Gründung von Hamburg Energie	13
3.3 Erweiterung des Unternehmenszwecks der Hamburger Wasserwerke	15
3.4 Weitere Vorgaben	17
3.5 Bewertung	18
4. Vergabe öffentlicher Aufträge	19
4.1 Gegenstand der Untersuchung	19
4.2 Energiebeschaffung und Vergaberecht	19
4.2.1 Beschaffungsmodelle	19
4.2.2 Vergaberechtliche Grundlagen	21
4.3 Unzulässige Inhousevergabe	25
4.4 Vergaben durch die Freie und Hansestadt Hamburg	25
4.5 Vergaben durch Hamburg Wasser und Bäderland	26
4.5.1 Ausgangslage	26
4.5.2 Bewertung	28
4.6 Vergaben durch die Hamburger Hochbahn	30
4.6.1 Ausgangslage	30
4.6.2 Bewertung	31

5.	Marktkonformität und Wettbewerb	33
5.1	Einführung	33
5.1.1	Fragestellung	33
5.1.2	Subventionen	33
5.1.3	Marktkonformität	34
5.2	Leistungsbeziehungen	35
5.2.1	Administrativer Bereich	35
5.2.2	Marketing und Vertrieb	39
5.2.3	Energiebeschaffung und -erzeugung	39
5.2.4	Leistungsverrechnung	42
5.3	Kapitalausstattung, Gewinnverwendung und Verlustübernahmen	43
5.4	Haftungsverhältnisse und ähnliche Vereinbarungen	45
Anlage 1	Auszüge aus der LHO und den Hinweisen	
Anlage 2	Ausgewählte Unternehmensdaten	
Anlage 3	Übersicht zu der Vergabe von Aufträgen	

Abkürzungen

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AktG	Aktiengesetz
AöR	Anstalt öffentlichen Rechts
Bäderland	Bäderland Hamburg GmbH
BSU	Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt
EEG	Gesetz über erneuerbare Energien
EEX	European Energy Exchange
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FHH	Freie und Hansestadt Hamburg
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg
HBauO	Hamburgische Bauordnung
HE	Hamburg Energie GmbH
HE-S	Hamburg Energie Solar GmbH
HE-SBG	Hamburg Energie Solar Betriebsgesellschaft mbH
HE-W	Hamburg Energie Wärme GmbH
HGB	Handelsgesetzbuch
HGV	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH
Hinweise	Hinweise für die Verwaltung von Beteiligungen der Freien und Hansestadt Hamburg an Unternehmen
HmbAbwG	Hamburgisches Abwassergesetz
HmbVgG	Hamburgisches Vergabegesetz
Hochbahn	Hamburger Hochbahn AG
HSE	Hamburger Stadtentwässerung AöR
HWW	Hamburger Wasserwerke GmbH
HWW-BG	HWW – Beteiligungsgesellschaft mbH
IBA	IBA Hamburg GmbH
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.

LHO	Haushaltsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg (Landeshaushaltsordnung)
Mio.	Million(en)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OTC	over the counter (außerbörslicher Handel)
SektVO	Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung)
SpriAG	Sprinkenhof AG
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A
VPR	Vergabep Praxis und -recht
VV	Verwaltungsvorschrift(en)
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht

1. Zusammengefasstes Ergebnis

1. Die Hamburg Energie GmbH (HE) als Tochter der Hamburger Wasserwerke GmbH (HWW) betätigt sich derzeit im Wesentlichen als Energiehändlerin; Ökostrom und Biogas bezieht sie zu einem geringen Teil aus eigener Produktion und beschafft dementsprechend den überwiegenden Teil entweder bei anderen Erzeugern oder durch den Erwerb entsprechender Zertifikate. Hierbei befindet sich die Gesellschaft im Wettbewerb mit zahlreichen anderen Unternehmen.

Gründung und Fortführung der HE stehen im Einklang mit den dafür maßgeblichen Vorschriften der LHO. Insbesondere durfte die HE als Tochter der HWW gegründet werden, weil ihr Geschäftszweck im Einklang mit jenem der HWW steht. Für die in diesem Zusammenhang herbeigeführte Erweiterung des Geschäftszwecks der HWW um die Energieversorgung durfte der Senat das dazu erforderliche wichtige staatliche Interesse annehmen. Insoweit besteht für den Senat nach der LHO ein weiter Beurteilungsspielraum, für dessen Überschreitung keine Anhaltspunkte vorliegen.

2. Im Rahmen öffentlicher Beauftragung hat die HE seit ihrer Gründung im Jahr 2009 in 14 von insgesamt 16 Auftragsvergaben zum Bezug von Energie den Zuschlag erhalten. Bei fünf Fällen handelt es sich um sogenannte vergaberechtliche Inhousegeschäfte, bei denen HE ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens direkt beauftragt wurde. Das Hanseatische Oberlandesgericht (HansOLG) hat im Jahr 2010 entschieden, dass eine Inhousebeauftragung von HE vergaberechtlich nicht zulässig ist, weil es HE an der Inhousefähigkeit fehlt. Von den übrigen neun Vergaben an HE sind drei Fälle nicht zu beanstanden; in sechs Verfahren ist nach den Feststellungen des Rechnungshofs indes von den Auftraggebern gegen das Vergaberecht verstoßen worden:
 - Die Verlängerung eines vormals inhouse vergebenen Gasliefer- und Dienstleistungsvertrags durch die HWW war nicht zulässig.
 - Die HWW hat Aufträge an die HE zur Strom- und Gaslieferung in Liefer- und Dienstleistungsverträge aufgespalten, damit EU-Schwellenwerte unterschritten und teilweise Leistungen dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unzulässiger Weise entzogen. Des Weiteren hat sie Ausnahmetatbestände für eine vereinfachte Beschaffung in Anspruch genommen, deren Einschlägigkeit nach den Feststellungen des Rechnungshofs rechtlich zweifelhaft ist, und auf die Durchführung des gebotenen wettbewerblichen Verfahrens verzichtet.
 - Einen Gasversorgungsauftrag zugunsten der HE hat die Hamburger Hochbahn AG (Hochbahn) nicht europaweit ausgeschrieben. Ein Anschlussvertrag ist zu Unrecht als vergabefreie Verlängerung behandelt worden.

Die Vergaben direkt durch die Freie und Hansestadt Hamburg (nach der oben genannten Entscheidung des HansOLG vom

14. Dezember 2010) oder durch die Bäderland Hamburg GmbH (Bäderland) sind nicht zu beanstanden.

3. Die Geschäftsbeziehungen zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg, der Hamburger Stadtentwässerung AöR (HSE), der HWW und der HE folgen vielfach dem Konzerngedanken und sind aus diesem Blickwinkel ökonomisch nachvollziehbar sowie nach nationalem Recht nicht zu beanstanden. Angesichts der Fragestellung des Ersuchens hat der Rechnungshof auch geprüft, ob die HE im Wettbewerb tatsächlich begünstigt wird. Der für diese Prüfung aus dem EU-Recht entlehnte Begriff der Marktkonformität legt als Maßstäbe den Fremdvergleich (vergleichbare Leistungsbeziehungen unter unabhängigen fremden Dritten) sowie den private investor test (entsprechen die Beziehungen zwischen Gesellschafterin und Gesellschaft denen eines marktwirtschaftlich handelnden Investors?) zugrunde.

Die Leistungsbeziehungen zwischen der HWW und der HE halten einem Fremdvergleich nicht durchgängig stand. Die HWW hat zwar alle ihr erwachsenen Kosten an die HE durchgereicht. Der Verzicht auf die marktüblichen Aufschläge für Gewinn und Risiko bei den der HE in Rechnung gestellten Kosten für Personal- und Dienstleistungen sowie Mieten, die unentgeltliche Erbringung von Werbeleistungen sowie einige Vertragsbedingungen sind jedoch als unter Dritten unüblich zu bewerten.

Auch wenn der Rechnungshof im Rahmen dieser Gutachtlichen Äußerung nicht abschließend zu beurteilen hat, ob eine solche Vorgehensweise gegen das EU-Beihilferecht verstößt, sieht er derartige Vertragsbeziehungen eines im Wettbewerb stehenden öffentlichen Unternehmens mit einem anderen, das seine Gewinne im Wesentlichen aus seiner Monopolstellung generiert, kritisch. Im Übrigen könnte damit auch der Wettbewerb beeinträchtigt werden. Allerdings machte die Summe der von der HWW eingekauften Dienstleistungen 2012 lediglich rund 1 % der gesamten Betriebsaufwendungen der HE aus.

4. Die Jahresergebnisse der HE lagen in den ersten Jahren ihres Geschäftsbetriebs über ihrer Ergebnisplanung: Nach anfänglichen Verlusten hat die Gesellschaft im dritten vollständigen Geschäftsjahr zwar einen leichten Überschuss erwirtschaftet. Allerdings hat sie verschiedene Bilanzierungswahlrechte genutzt, um ihre Ertragslage kurzfristig günstiger darzustellen, als es zum Beispiel nach den für die Stadt geltenden Bilanzierungsregeln der Fall gewesen wäre. Hierdurch wird Aufwand – wie in der Mittelfristplanung berücksichtigt – in die Folgejahre verschoben.

Vor diesem Hintergrund stellt sich aus heutiger Sicht die Frage, inwieweit die HE nach Beendigung der Gründungsphase und angesichts ihrer wettbewerblichen Situation sowie sich möglicherweise verändernder energierechtlichen Rahmenbedingungen in den kommenden Jahren eine angemessene Rendite auf das von der HWW eingesetzte Eigenkapital in Höhe von 7 Mio. Euro erwirtschaften kann.

2. Prüfungsgegenstand

2.1 Anlass

5. Mit dem am 15. August 2012 gemäß § 88 Absatz 3 Satz 2 LHO zustande gekommenen Bürgerschaftlichen Prüfungs- und Berichtersuchen¹ wird der Rechnungshof „um Prüfung und Bericht zu folgenden Fragen ersucht:

- Entsprechen Geschäftstätigkeit und Betätigung bei HAMBURG ENERGIE den maßgeblichen Vorschriften?
- Entspricht die Vergabe von öffentlichen Aufträgen der Freien und Hansestadt Hamburg oder der von ihr beherrschten Unternehmen an HAMBURG ENERGIE oder deren Beteiligungsgesellschaften den maßgeblichen Vorschriften?
- Stellen sich die Beziehung zwischen HAMBURG ENERGIE, HAMBURG WASSER und der Freien und Hansestadt Hamburg als marktkonform dar? Gibt es Hinweise auf wettbewerbswidriges Verhalten von HAMBURG ENERGIE?“

Der Rechnungshof hat der Präsidentin der Bürgerschaft unter dem 20. September 2012 mitgeteilt, dass er das Ersuchen aufgreifen und den darin aufgeworfenen Sachfragen unter Berücksichtigung seiner laufenden Prüfungen und rechtlichen wie tatsächlichen Möglichkeiten nachgehen wolle.

6. Das Prüfungs- und Berichtersuchen ist gegenüber der HE und der HWW sowie der für die beiden Unternehmen zuständigen Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt (BSU), der Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation, der Hochbahn und der Bäderland angekündigt worden.

Am 20. August 2013 ist der vom Rechnungshof beschlossene Entwurf einer Gutachtlichen Äußerung den benachrichtigten Stellen zugeleitet worden. Bäderland hat von der Gelegenheit zur Stellungnahme keinen Gebrauch gemacht; mit der Hochbahn wurden die sie betreffenden Sachverhalte mündlich erörtert. Stellungnahmen der Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation sowie – nach mündlicher Erörterung gemeinsam mit der HE und der HWW – der BSU gingen am 30. September 2013 bzw. am 25. Oktober 2013 beim Rechnungshof ein.

7. Stellungnahmen zu Bewertungen hat der Rechnungshof bei der endgültigen Formulierung der Gutachtlichen Äußerung – soweit für deren Ergebnis relevant – teilweise berücksichtigt, indem er ent-

¹ Bürgerschaftsdrucksache 20/4982 vom 15. August 2012, Plenarprotokoll 20/38 vom 29. August 2012, S. 2904 bis 2913.

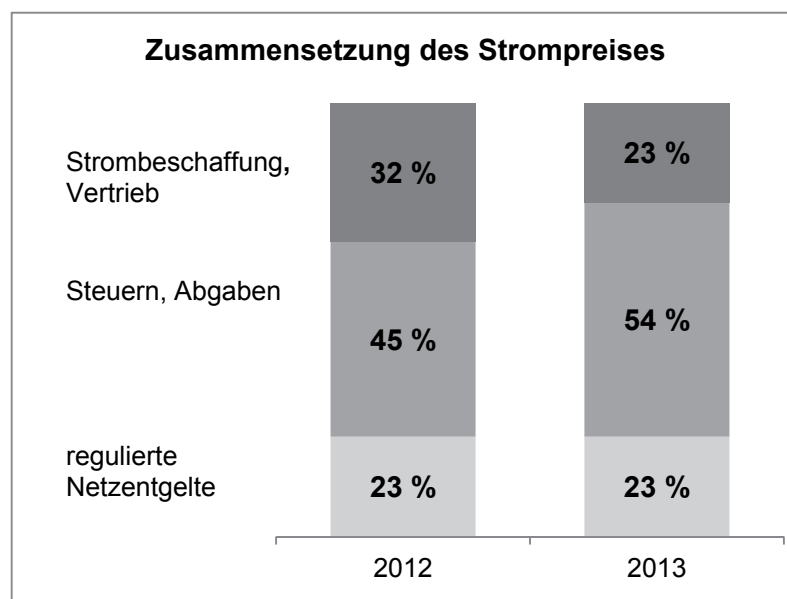
weder den Änderungsvorschlägen wörtlich gefolgt ist oder vormalige Formulierungen neu gefasst hat. In einigen Punkten bestehen weiterhin unterschiedliche Auffassungen.

2.2 Rahmenbedingungen

8. „Hamburg Wasser“ ist die von den Unternehmen HWW und HSE gewählte Bezeichnung für den mit der Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung in Hamburg und Umgebung befassten faktischen Gleichordnungskonzern. Dieser ist entsprechend § 18 Absatz 2 Aktiengesetz (AktG) gekennzeichnet durch eine einheitliche Leitung ohne Beherrschungsverhältnis. Darüber hinaus werden zahlreiche Funktionen wie beispielsweise das Vergabemanagement, die Beschaffung von Büroausstattung, Kundenabrechnung und -service oder administrative Tätigkeiten zentral für beide Unternehmen bereitgestellt. Der als Tochter der HWW im Mittelpunkt des Ersuchens stehende Konzern „Hamburg Energie“ umfasst die Hamburg Energie GmbH sowie deren Tochter- und Enkelunternehmen (siehe auch Tz. 14). In Anlage 2 sind für die weitere Betrachtung wesentliche Daten der relevanten Unternehmen zusammengestellt.

2.2.1 Strompreis

9. Der von Verbrauchern zu entrichtende Strompreis ist zu einem erheblichen Teil staatlich reguliert. Er setzte sich in den Jahren 2012 (Angaben des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.) und – nach Einführung bzw. Erhöhung mehrerer Umlagen – 2013 (Angaben von Hamburg Energie) wie folgt zusammen:



- Die „regulierten Netzentgelte“ beinhalten die von der Bundesnetzagentur zu genehmigenden Entgelte, die die Energiean-

bieter für die Nutzung der Stromnetzinfrastruktur an die Netzbetreiber zahlen.

- Unter „Steuern und Abgaben“ sind die Umlage nach dem Gesetz über erneuerbare Energien (EEG-Umlage), Umsatzsteuer, Konzessionsabgabe, Öko-/Stromsteuer, Sonderkundenumlage (ab 2013), Offshore-Umlage (ab 2013) und Umlage nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz zusammengefasst.
 - Die Komponente „Strombeschaffung, Vertrieb“ beinhaltet neben diesen beiden Positionen auch die unternehmensspezifischen Kosten für Kundenservice und Administration. Dieser Bereich ist als einziger durch die Stromversorger beeinflussbar, und somit findet der Preiswettbewerb unter den Stromversorgern ausschließlich hier statt. Der Preis der Strombeschaffung, der ca. 80 bis 90 % dieser Komponente ausmacht, wird dabei vor allem durch die Herkunft der Energie (zum Beispiel Ökostrom), den zeitlichen Verlauf des Energieverbrauchs (Lastgang) sowie die weiteren Modalitäten des Energieeinkaufs wie insbesondere dessen Zeitpunkt bestimmt. Während am Terminmarkt Energiemengen für mehrere Jahre im Voraus preislich fixiert werden, findet am Spotmarkt der kurzfristige Stromhandel – in der Regel für den nächsten Tag – statt. Die Preisunterschiede können erheblich sein; Abweichungen bis zu 100 % sind möglich.² Die übrigen Bestandteile dieser Komponente werden durch das Handling und die Dienstleistungen des Stromversorgers sowie die Marge und gegebenenfalls Risikoaufschläge bestimmt.³
10. Ähnlich ist die Situation beim Bezug von Gas. Auch hier besteht mit bis zu ca. 80 % eine erhebliche Bandbreite des Gaspreises.⁴

2.2.2 Ökostrom

11. „Ökostrom“ ist kein geschützter Qualitätsbegriff; es gibt insofern keine verbindliche Definition. Im Allgemeinen versteht man unter Ökostrom den aus regenerativen Energien (Windenergie, Bioenergie, Solarenergie, Wasserkraft oder Geothermie) und Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen stammenden Strom. Zurzeit ist die Erzeugung von Ökostrom noch wesentlich teurer als die Produktion von konventionellem Strom. Ökostrom ist derzeit nicht an der Strombörse handelbar, die Erzeuger haben aber mehrere Möglichkeiten, ihren Strom zu vermarkten:

² Wiese, Energieeinkauf heute: Marktgerechte Preise, ökologisch zertifizierte Energien, in: Rösler (Hrsg.), Herausforderungen der Energiewende für das kommunale Energiemanagement, Deutsches Institut für Urbanistik gGmbH, Band 1/2013, S. 45.

³ Wiese, Energieeinkauf heute, a.a.O., S. 42.

⁴ Ebenda, S. 48.

- Einspeisevergütung nach dem EEG: Der EEG-Strom wird hier nicht direkt auf dem Großhandelsmarkt abgesetzt, sondern zuerst von den Übertragungsnetzbetreibern zu einem gesetzlich festgelegten Vergütungssatz – der Einspeisevergütung, die die höheren Aufwendungen der Ökostromerzeuger ausgleichen soll – abgenommen. Die Übertragungsnetzbetreiber verkaufen den Strom als konventionellen Strom am Börsenspotmarkt. Die Differenz zwischen der Einspeisevergütung und dem niedrigeren Verkaufspreis wird im Rahmen der im Strompreis enthaltenen EEG-Umlage von allen Stromletzverbrauchern getragen. Die Stromversorgungsunternehmen müssen diese Umlage an die Übertragungsnetzbetreiber weitergeben.⁵ Der durch diese Regelungen in das Stromnetz eingespeiste und damit in jedem Stromtarif enthaltene Ökostromanteil betrug Ende 2012 ca. 20 %.⁶

Nach Auffassung der EU-Kommission bilden der Markt für EEG-Strom und der Markt für konventionellen Strom zwei unterschiedliche Produktmärkte. Der durch Einspeisevorrang und Einspeisevergütung geprägte EEG-Strommarkt ist dadurch gekennzeichnet, dass er – anders als der Markt für konventionellen Strom – unabhängig von Nachfrage- und Preissignalen nicht-wettbewerblich organisiert ist.⁷

- Direktvermarktung: Der Strom wird vom Erzeuger nicht über Netzbetreiber und Strombörse, sondern zu einem vereinbarten Preis direkt an den Abnehmer verkauft. Dabei kann der Stromerzeuger seit 2012 nach § 33a EEG eine Prämie beanspruchen, die mindestens die Differenz zwischen seinem erzielten Direktvermarktungspreis und der EEG-Umlage ausgleicht (Marktprämienmodell). Auch diese Prämie wird im Rahmen der EEG-Umlage letztlich vom Endabnehmer über den Strompreis finanziert.
- Aufspaltung von Ökostrom in jeweils eigenständig handelbare Produkte: Zum einen in einen realen Teil, den konventionellen („grauen“) Strom, und zum anderen in einen ideellen Teil, die Herkunftsnachweise (Zertifikate oder Renewable Energy Certificates).

12. Dementsprechend haben die Händler von Ökostrom grundsätzlich zwei Möglichkeiten der Strombeschaffung: den Direkteinkauf von tatsächlichem Ökostrom beim Erzeuger oder den Einkauf von konventionellem Strom an der Börse und den zusätzlichen Erwerb ausreichender Herkunftsnachweise („Vergrünen von Graustrom“).

⁵ Durchführungsbeschluss der Kommission vom 24. April 2012 zur Freistellung der Erzeugung und des Großhandels von Strom aus konventionellen Quellen in Deutschland < ... >, Amtsblatt der EU vom 26. April 2012, L 114/21, Rn. 37.

⁶ Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft: Erneuerbare Energien und das EEG: Zahlen, Fakten, Grafiken (2013).

⁷ Durchführungsbeschluss der Kommission vom 24. April 2012, a.a.O., Rn. 16 bis 21.

Viele Ökostromanbieter vermarkten Ökostrom aus eigenen Erzeugungsanlagen und hinzugekauftem Strom, sind also sowohl als Erzeuger als auch als Händler tätig.

Überwiegend wird die Ansicht vertreten, dass die Beschaffung von Ökostrom nur insoweit einen Zusatznutzen für den Klimaschutz hat, als sie zu einer Ausweitung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien führt, die das aufgrund staatlicher Fördermaßnahmen (EEG) ohnehin erzeugte Volumen übersteigt. Danach kommt Ökostrom nur dann ein ökologischer Zusatznutzen zu, wenn die Anbieter in neue regenerative Stromerzeugungsanlagen investieren, die nicht ohnehin aufgrund der Förderung durch das EEG gebaut werden.⁸ Ökostromtarife, die ausschließlich auf Herkunftsnachweisen basieren, führen momentan hingegen faktisch zu keinem ökologischen Zusatznutzen, da derzeit in Europa mehr Ökostrom produziert als nachgefragt wird. Eine „Umetikettierung“ von konventionellem Strom in Ökostrom durch Zertifikate ist somit möglich, ohne zusätzliche Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie zu schaffen.⁹

⁸ Buy Smart+, Beschaffung und Klimaschutz – Leitfaden zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen. Ökostrom, S. 8.

⁹ Buy Smart+, a.a.O., S. 8, unter Verweis auf Stiftung Warentest: Ökostrom – Wechsel auf Grün.

3. Hamburg Energie GmbH als öffentliches Unternehmen

3.1 Haushaltsrechtliche Grundlagen

13. Die Freie und Hansestadt Hamburg ist an einer Vielzahl von Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts beteiligt.¹⁰ Die haushaltsrechtlichen Vorgaben für die Gründung eines Unternehmens in privater Rechtsform bzw. für die Beteiligung daran ergeben sich aus § 65 LHO (siehe Anlage 1). Der Rechnungshof hat die Gründung der HE untersucht.

Voraussetzung für das Eingehen einer **unmittelbaren** Beteiligung ist gemäß § 65 Absatz 1 Nr. 1 LHO insbesondere, dass ein wichtiges staatliches Interesse vorliegt und sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt. Hinzu treten weitere Bedingungen: die Begrenzung der Einzahlungsverpflichtung auf einen bestimmten Betrag, die Einräumung eines angemessenen Einflusses und die Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses nach den Vorgaben des Handelsgesetzbuchs (HGB).

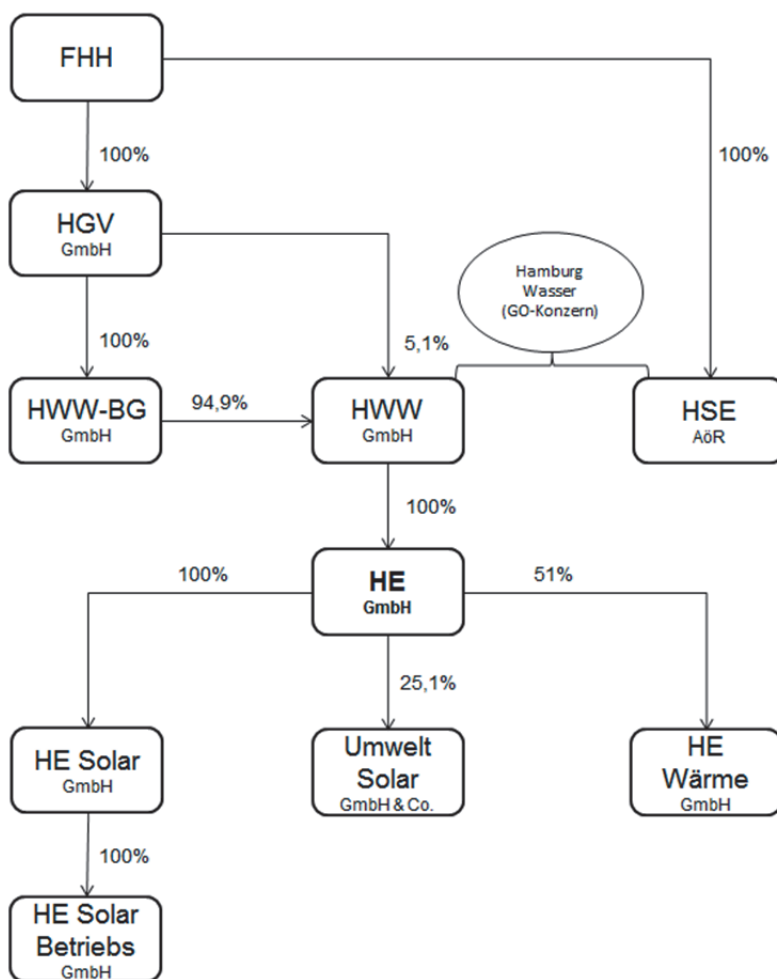
Beim Eingehen einer **mittelbaren** Beteiligung verlangt § 65 Absatz 3 Satz 2 LHO dagegen lediglich die entsprechende Anwendung der Grundsätze des Absatzes 1 Nrn. 3 (Einfluss) und 4 (Jahresabschluss). Das Vorliegen eines wichtigen staatlichen Interesses (Nr. 1) sowie die Begrenzung der Einzahlungsverpflichtung (Nr. 2) werden hier nicht unmittelbar gefordert.

Allerdings knüpfen die Hinweise für die Verwaltung von Beteiligungen der Freien und Hansestadt Hamburg an Unternehmen (Hinweise), die nach Auffassung des Rechnungshofs die Qualität von Verwaltungsvorschriften haben und damit für die Verwaltung verbindlich sind, in Tz. 40 den Erwerb mittelbarer Beteiligungen an bestimmte weitere Voraussetzungen. Dazu gehört, dass deren Unternehmenszweck und Geschäfte in einem Zusammenhang mit dem Hauptzweck der Muttergesellschaft stehen müssen und dass das mit der Beteiligung verbundene Risiko größenordnungsmäßig überschaubar und den Kapitalverhältnissen angemessen ist (siehe Anlage 1). In diesem Zusammenhang kommt der Frage nach dem Vorliegen des von § 65 Absatz 1 Nr. 1 LHO geforderten wichtigen staatlichen Interesses bei der Beteiligung an Unternehmen in privater Rechtsform Bedeutung zu.

¹⁰ Siehe Beteiligungsbericht 2011, Bürgerschaftsdrucksache 20/5900 vom 20. November 2012.

3.2 Beachtung bei Gründung von Hamburg Energie

14. Wie die nachstehende Grafik zur Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zeigt, handelt es sich bei der HE um eine mittelbare Beteiligung Hamburgs bzw. der HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH (HGV).



GO-Konzern: Gleichordnungskonzern

Stand: 31. Dezember 2012, eigene Darstellung

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nach der Präambel im Hamburger Corporate Governance Kodex, der Tz. 2 der Hinweise sowie langjährig geübter Staatspraxis die unmittelbaren Beteiligungen der HGV wie unmittelbare Beteiligungen der Freien und Hansestadt Hamburg selbst behandelt werden. Die HWW hat ungeachtet der zwischengeschalteten HWW Beteiligungsgesellschaft mbH (HWW-BG) unstrittig den Status einer unmittelbaren Beteiligung.

15. Die HE wurde mit dem in Anlage 2 dargestellten Gesellschaftszweck am 19. Mai 2009 errichtet und zwei Tage später in das Handelsregister eingetragen. Wie in Tz. 13 ff. angesprochen, verlangen die LHO bzw. die Hinweise für mittelbare Beteiligungen wie die HE im Einzelnen, dass
- a) der Freien und Hansestadt Hamburg ein angemessener Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, eingeräumt wird (§ 65 Absatz 1 Nr. 3 LHO),
 - b) gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, < ... >, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buches des HGB für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden (§ 65 Absatz 1 Nr. 4 LHO),
 - c) das mit der Beteiligung verbundene Risiko größenordnungsmäßig überschaubar ist und in angemessenem Verhältnis zum angestrebten Erfolg und zu den Kapitalverhältnissen des Unternehmens steht (Tz. 40 Nr. 2 der Hinweise) und
 - d) der Unternehmenszweck und die Geschäfte der Beteiligung in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit dem Hauptzweck der Muttergesellschaft stehen (Tz. 40 Nr. 1 der Hinweise).
16. Hinsichtlich der Gründung von HE stellt sich die Sachlage wie folgt dar:
- a) Gemäß Tz. 41 der Hinweise sind Vertreter Hamburgs in Aufsichtsräten mittelbarer Beteiligungen nur in Ausnahmefällen erforderlich. § 7 Absatz 1 des Gesellschaftsvertrags der HE geht über diese Vorgabe hinaus und regelt, dass der Aufsichtsrat des Unternehmens aus sechs Mitgliedern besteht, von denen vier von der Freien und Hansestadt Hamburg berufen/abberufen und zwei von der Gesellschafterversammlung gewählt werden. Da entsprechend verfahren wurde, ist der geforderte angemessene Einfluss für die Freie und Hansestadt Hamburg gegeben.
 - b) § 13 Absatz 1 des Gesellschaftsvertrags der HE setzt die Vorgaben hinsichtlich der Aufstellung und Prüfung von Jahresabschluss und Lagebericht in der geforderten Weise um. Hier wurde in der Praxis ebenfalls wie vorgegeben verfahren, indem die HE seit ihrem Gründungsjahr wirtschaftsprüferte Jahresabschlüsse vorlegt.
 - c) Gemäß Beschluss des Aufsichtsrats der HWW vom 15. Mai 2009 wurde die HE mit einem Gründungskapital von 10 Mio. Euro ausgestattet, es wurden 1 Mio. Euro als Stammkapital eingezahlt und 9 Mio. Euro als Gesellschafterdarlehen zur Verfügung gestellt. Die 2009 erstellte mittelfristige Wirtschaftsplanung der HE hat für den Zeitraum bis 2011 Verluste

von insgesamt 5 bis 6 Mio. Euro und im Jahr 2012 das Erreichen der Gewinnzone vorgesehen. Da die Ergebnisse bis 2012 der Planung weitgehend entsprochen haben, ist diese als realistisch einzuschätzen. Aufgrund der weit vorauslaufenden Beschaffungsaktivitäten, die auf erwarteten Kundenzahlen basieren, wurde das Beschaffungsrisiko als das für die HE wesentliche Risiko eingeschätzt und Anfang 2010 ein Risikomanagementsystem zur Überwachung des Beschaffungsrisikos aufgebaut. Es liegen keine Hinweise darauf vor, dass Risiken, Kapitalverhältnisse und Unternehmenserfolg in einem Missverhältnis zueinander stünden.

- d) Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung der HWW vom 19. Mai 2009 wurde der Gegenstand des Unternehmens um die „Versorgung der Allgemeinheit mit Energie“ erweitert. Ebenso ist nach dem Gesellschaftsvertrag die Beteiligung an Unternehmen der Energiewirtschaft zulässig, siehe im Einzelnen Anlage 2. Unternehmensgegenstand („Versorgung der Allgemeinheit sowie der öffentlichen Einrichtungen der Freien und Hansestadt Hamburg mit Energie“) und Geschäfte der HE stehen danach formal in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einem Hauptzweck ihrer Muttergesellschaft.

3.3 Erweiterung des Unternehmenszwecks der Hamburger Wasserwerke

17. An eine wesentliche Änderung des Unternehmenszwecks sind dieselben haushaltsrechtlichen Voraussetzungen wie an die Gründung einer Beteiligung selbst zu stellen, um eine Umgehung der Voraussetzungen des § 65 Absatz 1 LHO auszuschließen. Dessen Voraussetzungen sind folglich in Fällen einer wesentlichen Änderung des Unternehmenszwecks der Mutter zumindest entsprechend zu beachten.

Bei der damit maßgeblichen Frage, ob ein wichtiges staatliches Interesse bejaht werden kann, anerkennt der Rechnungshof von jeher einen weiten Beurteilungsspielraum des Senats. In der Folge kann der jeweils in der Regierungsverantwortung stehende Senat entsprechend seiner grundsätzlichen politischen Ausrichtung sowie den jeweiligen aktuellen Rahmenbedingungen durchaus und rechtsfehlerfrei zu unterschiedlichen Bewertungen ein und derselben Beteiligung gelangen. Da es nur wenige anerkannte objektive Grenzen der Zulässigkeit einer unmittelbaren Beteiligung gibt, wie etwa reines Gewinnstreben der öffentlichen Hand, und deshalb von einem weiten Beurteilungsspielraum des Senats hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen staatlichen Interesses beim Eingehen von Beteiligungen auszugehen ist, richtet sich der Prüfungsansatz des Rechnungshofs darauf, ob Umstände ersichtlich sind, die für ein Überschreiten der Grenzen des Beurteilungsspielraums und damit gegen das Vorliegen eines wichtigen staatlichen Interesses sprechen.

18. Der Senat hat in seinem Klimaschutzkonzept von 2008 das Ziel einer CO₂-armen Stromerzeugung für den Ballungsraum formuliert und zur Energieversorgung ausgeführt:

„Damit die CO₂-Ziele für das Jahr 2020 erreicht und weitergehende CO₂-Reduktionen bis 2050 möglich werden, ist es erforderlich, dass in Hamburg in großem Umfang CO₂-freier bzw. CO₂-armer Strom eingesetzt wird. Deshalb verfolgt der Senat das Ziel, ein städtisches Unternehmen mit der Erzeugung und Vermarktung von umweltfreundlich erzeugter Energie zu beauftragen, welches im nächsten Jahr mit einem den Klimaschutzzielen des Senats entsprechenden Angebot für atom- und kohlefreien, klimafreundlichen Strom am Markt auftritt.“¹¹

19. Für die Prüfung müssen die erklärte politische Zielsetzung der CO₂-Reduktion, ihre beabsichtigte Umsetzung durch den verstärkten Einsatz von sogenanntem Ökostrom und die Entscheidung dafür, ein städtisches Unternehmen als Instrument zu nutzen, klar unterschieden werden, um Ziele und Umsetzungsstrategien nicht zu vermengen. Das wichtige staatliche Interesse, das hier zum Ausdruck kommt, wird dabei durch die Zielsetzung bestimmt, die im Übrigen als zumindest von einer breiten politischen Mehrheit getragen angesehen werden muss. Dies dürfte ähnlich für die Fokussierung auf die bevorzugte Nutzung regenerativ erzeugten Stroms gelten. Die Umsetzung gerade durch ein öffentliches Unternehmen mag indes je nach ordnungspolitischer Ausrichtung unterschiedlich bewertet werden, wie auch die dem Bürgerschaftlichen Ersuchen zugrundeliegende parlamentarische Auseinandersetzung deutlich gemacht hat. Im Ergebnis ist es für den Rechnungshof zum insoweit zunächst maßgeblichen Zeitpunkt der Umsetzung dieser Entscheidung aber nicht erkennbar, dass das vom Senat definierte Ziel als wichtiges staatliches Interesse seinerzeit nicht hätte begründend herangezogen werden dürfen.

Der Unternehmenszweck der HWW bestand seit 1924 ausschließlich in der „Wasserversorgung“ und wurde erst im Mai 2009 im Zuge der Errichtung von HE mit der „Versorgung der Allgemeinheit mit Energie“ erheblich ausgeweitet (vgl. Anlage 2). Im Ergebnis wurde damit erreicht, dass die Geschäftszwecke von HE und HWW kompatibel wurden. Dem lag auch, wie eben dargestellt, ein nicht zu beanstandendes wichtiges staatliches Interesse im Sinne von § 65 Absatz 1 Nr. 1 LHO zugrunde.

20. Es ist für den Rechnungshof auch nicht erkennbar, dass ein in diesem Sinne verstandenes wichtiges staatliches Interesse später wieder weggefallen wäre und letztlich zur Aufgabe der Beteiligung hätte führen müssen. Ein solcher Wegfall liegt insbesondere nicht in dem endgültigen Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus

¹¹ Bürgerschaftsdrucksache 19/1752 vom 9. Dezember 2008, Anlage 1, S. 12.

der Atomenergie, der 2011 erklärt wurde.¹² Denn damit wurden weder die übergangsweise Nutzung von in Deutschland erzeugtem Atomstrom noch dessen Import aus dem Ausland noch die Nutzung nicht regenerativer Energiequellen (Kohle, Erdöl, Gas) ausgeschlossen, sodass sich das Senatsziel einer verstärkten Nutzung von sogenanntem Ökostrom dadurch nicht von selbst erledigte.

3.4 Weitere Vorgaben

21. Vor der Änderung des Unternehmensgegenstands einer unmittelbaren Beteiligung Hamburgs bzw. der HGV – hier: Versorgung der Allgemeinheit mit Energie durch die HWW – ist gemäß § 65 Absatz 2 LHO noch die Einwilligung (vorherige Zustimmung) der Finanzbehörde einzuholen. Entsprechend verhält es sich, wenn ein wirtschaftlich bedeutendes Unternehmen, das wie die HWW dem erweiterten Verantwortungsmodell unterliegt (Anlage zur VV zu § 65 LHO), seinerseits eine Beteiligung von mehr als einem Fünftel an einem anderen Unternehmen erwirbt. Demnach bedurfte die Gründung von HE durch die HWW ebenfalls der vorherigen Zustimmung der Finanzbehörde (Verwaltungsvorschriften [VV] Nr. 2.2 zu § 65 LHO).

Mit Schreiben vom 13. Mai 2009 hat die Finanzbehörde sowohl der Änderung des Unternehmensgegenstands der HWW als auch der Neugründung der HWW-Tochtergesellschaft HE zugestimmt. Dabei nahm sie Bezug auf die entsprechenden Beschlussfassungen des Senats, insbesondere zur Fortschreibung des Hamburger Klimaschutzkonzepts. Darin erteilte der Senat unter anderem ausdrücklich den Auftrag, *„ein städtisch geführtes Unternehmen, das ein Angebot für atom- und kohlefreien, klimafreundlichen Strom auf den Markt bringt, zu einem starken, am Gemeinwohl orientierten Wettbewerber auf dem Energiemarkt zu entwickeln und diesen Entwicklungsprozess spätestens 2011 zu evaluieren“* (Beschluss vom 9. Dezember 2008 zur Drucksache 2008/1838).

22. Zuletzt ist bei der Prüfung die erklärte Vorgabe des Senats zu berücksichtigen, dass die jeweils zuständige Fachbehörde bei der Schaffung neuer Geschäftsfelder in öffentlichen Unternehmen oder Beteiligungen, soweit sie – wie vorliegend HE – in Konkurrenz zu privaten, insbesondere mittelständischen, in Hamburg ansässigen Anbietern stehen, auf eine intensive Prüfung und restriktive Genehmigung durch den Aufsichtsrat hinwirken möge (Beschluss der Senatskommission für öffentliche Unternehmen als Beschluss für den Senat vom 8. Juli 2003, Hinweise Anlage 3a, hier wiedergegeben in der Anlage 1).

¹² 13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 31. Juli 2011, BGBl. I S. 1704.

Den beteiligten Fachbehörden bzw. dem Aufsichtsrat der HWW war nach Darlegung der BSU der oben genannte Beschluss der Senatskommission für öffentliche Unternehmen bei der Erweiterung des Geschäftszwecks der HWW bekannt.

3.5 Bewertung

23. Nach alledem hat die Prüfung des Rechnungshofs keine Feststellungen ergeben, nach denen Gründung oder Betrieb von HE als Beteiligung von HWW und damit als mittelbare Beteiligung der Stadt nicht mit den Voraussetzungen des § 65 LHO in Einklang gestanden haben oder stehen.

4. Vergabe öffentlicher Aufträge

4.1 Gegenstand der Untersuchung

24. In die Betrachtung einbezogen wurden alle 16 Vergaben der Freien und Hansestadt Hamburg und von ihr beherrschter Unternehmen ausschließlich über Leistungen zur Deckung des eigenen Bedarfs mit Energie (Strom/Gas), an denen die HE sich seit ihrer Gründung bis zum Abschluss der Erhebungen im Frühsommer 2013 beteiligt hat. Die fünf als Inhousegeschäfte vergebenen Aufträge wurden wegen der im Jahr 2010 in Bezug auf die Stromvergabe dazu bereits ergangenen Entscheidung des HansOLG¹³ nicht untersucht. In neun dieser verbleibenden elf Fälle erhielt die HE den Zuschlag (vgl. Anlage 3). Der Rechnungshof hat die Vergaben nicht vollumfassend geprüft, sondern angesichts des zugrundeliegenden Ersuchens die Prüfung darauf beschränkt, ob die HE rechtswidrig durch die Wahl bzw. Durchführung der Vergabeverfahren begünstigt worden ist.¹⁴ Eine Beauftragung von Beteiligungsunternehmen der HE durch die Freie und Hansestadt Hamburg oder von ihr beherrschte Unternehmen ist dem Rechnungshof angabegemäß nicht bekannt.

4.2 Energiebeschaffung und Vergaberecht

4.2.1 Beschaffungsmodelle

25. Energiebeschaffung besteht aus
- der Energieproduktlieferung (Strom/Gas),
 - dem Netzanschluss beim Abnehmer und seiner Nutzung sowie
 - Abwicklungsdienstleistungen und dem sogenannten Bilanzkreismanagement.
- Im Einzelfall sind ferner Dienstleistungen wie
- Beratung, Marktbeobachtung und Marktanalyse sowie
 - Maklerleistung/Marktzugang zum Börsenhandel
- erforderlich.
26. Für die Beschaffung von Energie bestehen generell unterschiedliche Möglichkeiten:

¹³ HansOLG, Beschluss vom 14. Dezember 2010 – Verg 5/10.

¹⁴ Vertragsinhalte werden im Folgenden nur wiedergegeben, soweit sie für die Darstellung erforderlich sind.

- Einkauf direkt an der Börse, zum Beispiel an der European Energy Exchange (EEX): Vertragspartner des Auftraggebers ist dabei nicht der Energielieferant selbst, der sein Produkt an der Börse anbietet, sondern die Clearinggesellschaft der EEX. Hierfür ist eine Börsenlizenz erforderlich, über die öffentliche Auftraggeber in der Regel nicht verfügen. Entsprechende Verträge werden daher üblicherweise über einen „Börsenmakler“ abgewickelt, dessen Beauftragung ihrerseits einen Dienstleistungsauftrag darstellt. Ökostrom wird erst seit dem 6. Juni 2013 in Form von Herkunftsnachweisen an der EEX gehandelt.
 - OTC-Vertrag („over the counter“), bei dem – anders als beim Börsenhandel – außerbörslich bilaterale Verträge zwischen Auftraggeber und Energielieferant geschlossen werden.
 - Schließlich besteht die Möglichkeit, dass der öffentliche Auftraggeber Energie von einem Energieversorgungsunternehmen bezieht, das als Zwischenhändler auftritt. Dies ist dann der Fall, wenn der Zwischenverkäufer Energie – auch im Voraus – an der Börse kauft und an einen beliebigen öffentlichen Auftraggeber weiterverkauft.
27. Wirtschaftlich bestehen zwischen den einzelnen Beschaffungsmodellen nur geringe Unterschiede. Wegen der Struktur der Energiepreise (vgl. Tz. 9) entstehen Gewinnmöglichkeiten hauptsächlich im Bereich der zu erbringenden Dienstleistungen. Der größte Posten, der Energiepreis, wird im Wesentlichen vom Energieunternehmen an den Kunden durchgereicht, sodass hier grundsätzlich nur geringe Gewinnmargen möglich sind.
28. Im Hinblick auf die Volatilität der Energiemärkte (stark schwankende Energiepreise) haben sich unterschiedliche Vertragsformen im Verhältnis Energieversorger/Auftraggeber herausgebildet:
- Beim Vollversorgungsvertrag, der auch sämtliche zu erbringende Dienstleistungen sowie die Netznutzung umfasst, vereinbart der Auftraggeber mit einem Energieunternehmen gegebenenfalls über mehrere Jahre die Belieferung mit Energie (Strom/Gas) und fixiert in der Regel den Preis nahe dem Zeitpunkt des Angebots. Veränderungen des Marktpreises kann im Rahmen dieser Verträge in der Praxis nur in gewissen Umfang durch vertraglich vereinbarte Preisgleitklauseln begegnet werden.¹⁵ Der Volatilität des Energiemarkts wird in diesem Modell kaum Rechnung getragen, sodass insoweit ein Risiko bestehen bleibt.

¹⁵ Meyer-Hofmann/Tönnemann, Stromeinkauf an der European Energy Exchange – Ein Fall für das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung?, ZfBR 2009, S. 554 (555).

- Alternativ kann ein „integrierter“ Vertrag über Energielieferung und Dienstleistungen (sogenannter Tranchenvertrag) geschlossen werden. Diese beiden Komponenten werden preislich voneinander „entkoppelt“. Für die Lieferkomponente wird dabei in der Regel eine Tranchenbeschaffung festgelegt, bei der der Auftraggeber für vorab festgelegte zeitlich und mengenmäßig bestimmte Tranchen von dem Energieunternehmen zum im Zeitpunkt der Auslösung der Tranche geltenden Energiepreis einkauft. Damit kann er der Volatilität des Energiepreises Rechnung tragen und Energie zu jeweiligen Börsenpreisen beziehen. Für die erforderlichen Dienstleistungen (Abwicklungsmanagement) wird in der Regel ein Festpreis festgelegt.
- Schließlich können Liefer- und Dienstleistungen auch völlig isoliert voneinander bei unterschiedlichen Unternehmen in Auftrag gegeben werden. Bei der Beschaffung von Ökostrom wird gegebenenfalls noch der Aufpreis für Ökostrom (Zertifikate) fixiert.

4.2.2 Vergaberechtliche Grundlagen

29. Die Beschaffung von Strom und Gas durch die Freie und Hansestadt Hamburg stellt grundsätzlich einen öffentlichen Auftrag über die Beschaffung von Waren gemäß § 97 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dar und unterliegt daher oberhalb der jeweiligen Schwellenwerte¹⁶ dem durch europäische Richtlinien geprägten sogenannten Kartellvergaberecht.¹⁷

Unterhalb der Schwellenwerte findet über die Vorgaben der LHO und des Hamburgischen Vergabegesetzes (HmbVgG) das sogenannte nationale Vergaberecht Anwendung; siehe hierzu auch die Grafiken auf den beiden folgenden Seiten.

Die verschiedenen Beschaffungsmodelle haben teilweise unterschiedliche vergaberechtliche Implikationen:

- Soweit die Freie und Hansestadt Hamburg Liefer- und Dienstleistungen in einem Vollversorgungsvertrag zusammen vergibt, wird in der Regel der Auftragswert den Schwellenwert für europaweite Vergaben (§ 99 GWB) überschreiten; werden die Leistungen getrennt vergeben, liegt der Wert der Dienstleistungen in der Regel darunter.
- Waren, die an Börsen notiert und gekauft werden, können im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (§ 3

¹⁶ Zurzeit 200.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Bereich der Energieversorgung.

¹⁷ Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen Meyer-Hofmann/Tönnemann, a.a.O., S. 554 ff.

Absatz 4 lit. I) EG-VOL/A) bzw. im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung (§ 6 Absatz 2 Nr. 8 Sektorenverordnung [SektVO]) vergeben werden. Aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts als solchem sind sie jedoch nicht ausgenommen.¹⁸ Der vergaberechtliche Ablauf solcher Verfahren ist nicht abschließend geklärt;¹⁹ dies kann jedoch für die Untersuchung der Vergaben an die HE offen bleiben, weil kein entsprechender Liefervertrag mit der HE selbst zustande gekommen ist.

- Sofern die Freie und Hansestadt Hamburg einen Zwischenhändler beauftragt, handelt es sich letztlich um einen herkömmlichen Energieliefervertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und diesem Dritten.²⁰ Das Auftragsvolumen wird in der Regel oberhalb des EU-Schwellenwerts liegen. Indikatoren für diese Beschaffungsart sind zum einen, dass der öffentliche Auftraggeber die Energie nicht zum Börsenpreis bezieht, zum anderen, dass der Zwischenhändler das Börsengeschäft auf eigene und nicht auf Veranlassung und Rechnung des öffentlichen Auftraggebers abschließt.²¹

¹⁸ Vgl. § 3 Absatz 4 lit. i) VOL/A EG bzw. § 6 Absatz 2 Nr. 8 SektVO.

¹⁹ Vgl. dazu Meyer-Hofmann/Tönnemann, a.a.O., S. 554 (556).

²⁰ Vgl. ebenda.

²¹ Vgl. ebenda.

Einen Überblick über die vergaberechtlichen Vorschriften vermitteln die folgenden Grafiken:

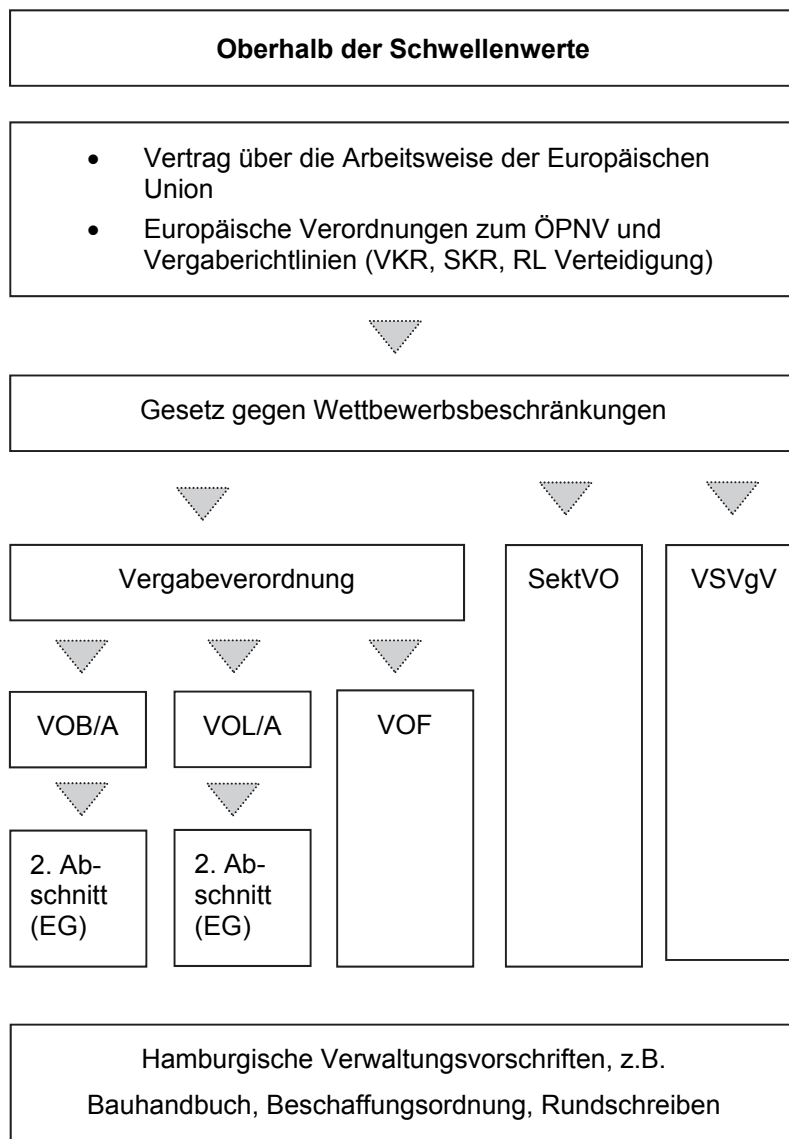
Unterhalb der Schwellenwerte

- Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
- Landeshaushaltsordnung
- Hamburgisches Vergabegesetz



Abschnitt 1 der VOB/A und VOL/A oder SektVO

Hamburgische Verwaltungsvorschriften, z.B.
Bauhandbuch, Beschaffungsordnung, Rundschreiben



Quelle: Eigene Darstellung

EG	Einkaufsgemeinschaft
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
SKR	Sektorenkoordinierungsrichtlinie – Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste
VKR	Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie – Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge
VSVgV	Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit

4.3 Unzulässige Inhousevergabe

30. Aufträge einer Gebietskörperschaft an eigene Beteiligungsunternehmen (sogenannte Inhousevergaben) sind nur unter engen Voraussetzungen vom Vergaberecht ausgenommen. Sie setzen voraus, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer wie eine eigene Dienststelle kontrollieren kann und dieser im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig ist.²²
31. Unmittelbar nach Gründung der HE beauftragte die Freie und Hansestadt Hamburg die Gesellschaft „inhouse“ und damit ohne Ausschreibung mit der Gasversorgung der Freien und Hansestadt Hamburg sowie Beratungs- und Abwicklungsdienstleistungen.

Darüber hinaus wurde die HE von Hamburg Wasser in Einkaufsgemeinschaft mit weiteren öffentlichen Unternehmen mit den Aufträgen zur Energieversorgung (Ökostrom, Gas und Abwicklungsdienstleistungen) beauftragt. Das HansOLG hat im Dezember 2010 entschieden, dass die Inhousebeauftragung von HE durch die Freie und Hansestadt Hamburg im Sommer 2010 vergaberechtlich unzulässig gewesen ist. Der HE fehle es grundsätzlich an der „Inhousefähigkeit“, weil die Gesellschaft angesichts ihrer Verträge mit Privatkunden nicht im Wesentlichen für die Freie und Hansestadt Hamburg bzw. ihr zuzurechnende Einrichtungen, sondern im Wettbewerb tätig sei.²³

Entsprechend wurde dieser Vertrag unverzüglich beendet. Die HE wurde im Folgenden nicht mehr im Wege von Inhousegeschäften beauftragt.

4.4 Vergaben durch die Freie und Hansestadt Hamburg

32. Seit der genannten Gerichtsentscheidung führt die Freie und Hansestadt Hamburg für neue Verträge europaweite Vergabeverfahren zur Deckung ihres Bedarfs an Energieleistungen durch. Die HE hat an drei entsprechenden Vergabeverfahren der Freien und Hansestadt Hamburg/BSU teilgenommen (vgl. Anlage 3, Aufträge Nrn. 1 bis 3) und bei einem (Nr. 2) den Zuschlag erhalten.
33. Oberhalb der EU-Schwellenwerte ist gemäß § 98 Nr. 1 GWB die Freie und Hansestadt Hamburg als Gebietskörperschaft bei der Vergabe von Aufträgen an die Vorschriften des Kartellvergaberechts gebunden und hat hierbei insbesondere die Vorschriften des GWB, der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) und des zweiten Abschnitts der VOL/A und der VOB/A so-

²² Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 18. November 1999 – Rs. C-107/98 – „Teckal“.

²³ HansOLG, Beschluss vom 14. Dezember 2010 – 1 Verg 5/10.

wie der VOF zu beachten. Unterhalb der EU-Schwellenwerte gelten gem. § 2 Absatz 1 HmbVgG die Vorschriften des HmbVgG sowie die ersten Abschnitte der VOL/A und VOB/A. Für freiberufliche Leistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt das HmbVgG gemäß § 1 Absatz 2 HmbVgG nicht. Darüber hinaus hat sie die Verwaltungsvorschriften zum Vergaberecht, insbesondere die Beschaffungsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg zu beachten.

34. Bewertend ist festzustellen, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Freie und Hansestadt Hamburg bei den hier in Rede stehenden Vergaben unter Verstoß gegen die von ihr zu beachtenden Vergabevorschriften die HE gezielt begünstigt hat. Gegen eine solche Begünstigung spricht vielmehr, dass die nicht zugunsten der HE erteilten Zuschläge ausweislich eines internen Vermerks auch vor dem Hintergrund erfolgten, rechtliche Risiken bei der Vergabe zu minimieren und eine erneute rechtliche und politische Auseinandersetzung über eine Beauftragung der HE zu vermeiden.

4.5 Vergaben durch Hamburg Wasser und Bäderland

4.5.1 Ausgangslage

35. Die beiden im Gleichordnungskonzern Hamburg Wasser zusammengeschlossenen Unternehmen HWW und HSE sowie Bäderland²⁴ beauftragten die HE, teilweise in Einkaufsgemeinschaften, auch nach der oben genannten OLG-Entscheidung ohne förmliche Vergabeverfahren (vgl. Anlage 3, Aufträge Nrn. 4 bis 8). Hierbei handelte es sich insbesondere um Gas- und Stromlieferungen sowie teilweise Abwicklungsdienstleistungen, wobei – hier allein interessierend – Auftrag Nr. 4 als Verlängerung eines vor der OLG-Entscheidung inhouse vergebenen Vertrags deklariert wurde.
36. Hamburg Wasser ist als Sektorauftraggeberin sowie öffentliche Auftraggeberin grundsätzlich an vergaberechtliche Vorschriften gebunden:
- Die HWW ist Sektorauftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 4 GWB, da die Gesellschaft sich aufgrund von ausschließlichen Rechten auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung betätigt. Soweit sie Aufträge im Bereich ihrer Sektorentätigkeit vergibt, ist sie oberhalb der EU-Schwellenwerte (derzeit 400.000 Euro) daher an die SektVO gebunden. Unterhalb der

²⁴ Die teilweise gemeinsame Vergabe von Bäderland mit Hamburg Wasser beruht zum einen auf der „historischen“ Nähe als ehemalige Tochtergesellschaft von HWW, zum anderen auf der früheren gemeinsamen Vergabepaxis in Einkaufsgemeinschaften.

Schwellenwerte ist sie gemäß § 7 der Geschäftsanweisung des Aufsichtsrats für die Geschäftsführung der HWW verpflichtet, die Vorschriften der VOB/A, VOL/A sowie des HmbVgG anzuwenden. Gemäß § 2a Absatz 1 Satz 2 HmbVgG ist die HWW für Aufträge im Sektorenbereich seit dem 27. April 2010 auch unterhalb der Schwellenwerte an die SektVO gebunden. VOB/A, VOL/A und VOF finden im Bereich der SektVO keine Anwendung, weil diese die Vergabeverfahren einheitlich für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen (einschließlich freiberuflicher Leistungen) regelt.²⁵ Gemäß § 1 Absatz 2 HmbVgG gilt das HmbVgG jedoch nicht für die Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte. Konzernintern gilt außerdem die Verfahrensweisung Vergabe.

- Die HSE ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB, da die Anstalt sich zu 100 % im Eigentum der Stadt befindet und mit der Stadtentwässerung eine Tätigkeit im Allgemeininteresse und nichtgewerblicher Art ausübt. Oberhalb der EU-Schwellenwerte hat sie ebenfalls die Vorschriften des GWB sowie die der VOB/A, VOL/A und der VOF anzuwenden. Unterhalb der Schwellenwerte ist sie nach § 2a HmbVgG als eine der Aufsicht der Freien und Hansestadt Hamburg unterstehende Person des öffentlichen Rechts (AöR) an die Vorschriften der VOB/A, VOL/A, des HmbVgG sowie an § 55 LHO gebunden. Des Weiteren hat sie bei der Auftragsvergabe die VOF anzuwenden.²⁶ Konzernintern gilt wie bei der HWW die Verfahrensweisung Vergabe.

37. Demgegenüber ist Bäderland nicht als öffentliche Auftraggeberin anzusehen, weil die Gesellschaft gewerblich und im Wettbewerb mit privaten Bäderbetreibern tätig ist. Unterhalb des EU-Schwellenwerts ist sie zwar nach § 7 der Geschäftsanweisung des Aufsichtsrats für die Geschäftsführung zur Anwendung der VOB/A und VOL/A verpflichtet, nimmt aber die Ausnahmeregelung in Satz 2 in Anspruch, weil sie mit 80 % ihres Umsatzes im Wettbewerb zu anderen privaten Schwimmbädern stehe.²⁷

Bilden mehrere Auftraggeber, die unterschiedlichen vergaberechtlichen Regelungen unterliegen, eine Einkaufsgemeinschaft, so gelten für deren Beschaffungen jeweils die strengsten vergaberechtlichen Vorschriften.²⁸

²⁵ http://www.dstgb-vis.de/home/aktuelles_news/aktuell/sektorenverordnung_in_kraft_getreten/index.html. Abruf vom 8. November 2013.

²⁶ § 11 der Verordnung über die Satzung der HSE.

²⁷ Vgl. Bürgerschaftsdrucksache 19/6278 vom 25. Mai 2010, Anlage 3.

²⁸ Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16. November 2012 mit Besprechung Zerwell, VPR 2013, S. 43.

4.5.2 Bewertung

38. Es gibt keine Hinweise darauf, dass bei den Vergaben durch die HWW organisatorische oder personelle Verflechtungen zwischen Hamburg Wasser und der HE bestehen. Der Zuschnitt der Aufträge ist aber aus Sicht des Rechnungshofs erkennbar dadurch geprägt, vergaberechtliche Möglichkeiten zu nutzen, um die HE mit der Strom- und Gasversorgung der Unternehmen direkt und damit konzernintern zu beauftragen. Dabei werden nach Auffassung des Rechnungshofs die Grenzen des vergaberechtlich Zulässigen teilweise überschritten bzw. erhebliche vergaberechtliche Risiken eingegangen:
39. So stellt die Verlängerung der vor der OLG-Entscheidung inhouse vergebenen Gasliefer- und Dienstleistungen (Anlage 3, Auftrag Nr. 4) eine unzulässige Neuvergabe dar, weil der ursprüngliche Vertrag keine Verlängerungsoption enthielt.²⁹ Zudem war zum Zeitpunkt der Vertragsverlängerung bereits die Unzulässigkeit von Inhousevergaben an HE bekannt.
40. Die Aufträge zur Strom- und Gaslieferung (Anlage 3, Aufträge Nrn. 5, 6 und 8) wurden jeweils in Liefer- und Dienstleistungsverträge getrennt. Zwar können Liefer- und Dienstleistungen im Energiebereich grundsätzlich auch voneinander getrennt beauftragt werden (vgl. Tz. 28). Dem Auftraggeber steht insoweit das Bestimmungsrecht über den Auftragsgegenstand zu. Bei Vorliegen eines funktionalen Zusammenhangs zwischen den Einzelverträgen müssen aber die jeweiligen Auftragswerte addiert werden. Eine Aufteilung von Aufträgen in der Absicht, sie dem EU-Vergaberecht zu entziehen, verstößt gegen § 3 Absatz 2 VgV bzw. § 2 Absatz 2 SektVO. Der funktionale Zusammenhang besteht zwischen den geprüften Liefer- und Dienstleistungsverträgen über die miteinander verschränkten Entgeltregelungen,³⁰ sodass bei wirtschaftlicher Betrachtung von einem einheitlichen Vertragsverhältnis über sämtliche Leistungen auszugehen ist. Entsprechend wurden bei den Aufträgen, bei denen die Auftraggeber (noch) von einer Vergaberechtsfreiheit ausgingen – Inhousebeauftragung und vergaberechtsfreie Beauftragung durch die Bäderland (Anlage 3, Auftrag Nr. 7) –, statt getrennter jeweils einheitliche Verträge über vergleichbare zu erbringende Leistungen geschlossen.
41. Für die Lieferverträge (Anlage 3, Aufträge Nrn. 5 und 6) nahmen die HWW und die HSE die Ausnahmetatbestände für vereinfachte Beschaffungen börsennotierter Waren (§ 6 Absatz 2 Nr. 8 SektVO,

²⁹ Vgl. zur faktischen Neuvergabe EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008 – Rs. C-454/06, Rn. 40, 60; HansOLG, Beschluss vom 25. Januar 2007 – 1 Verg 5/06.

³⁰ So ist das Serviceentgelt des Liefervertrags, das HE für die Lieferung der Energie zu Börsenpreisen erhalten soll, nach Angaben von Hamburg Wasser und HE im pauschalen Dienstleistungsentgelt (Dienstleistungsvertrag) mit enthalten. Umgekehrt spricht der Liefervertrag neben dem Börsenpreis von einer „Gesamtpreisabrechnung“, die nach Angaben von Hamburg Wasser auch die Entgelte nach dem Dienstleistungsvertrag umfasst.

§ 3 Absatz 4 lit. i EG-VOL/A) in Anspruch. Wie alle vergaberechtlichen Ausnahmetatbestände sind auch diese Vorschriften restriktiv auszulegen.³¹ Nach den Feststellungen des Rechnungshofs lagen die Voraussetzungen dieser Tatbestände bei den konkreten Vergaben teilweise nicht vor. Vertragsgegenstand der Stromlieferverträge ist die Lieferung von Ökostrom. Im Zeitpunkt der Vergabe war dieser jedoch noch nicht – auch nicht in Form von Herkunftsnachweisen – an der EEX handelbar (vgl. Tz. 26).

Überdies befreien die Tatbestände nicht von der Anwendung des Vergaberechts als solchem. Sie erlauben lediglich die Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb bzw. (öffentliche) Bekanntmachung. Das Verhandlungsverfahren ist gemäß § 101 Absatz 5 GWB ein Verfahren, bei dem sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Auch im Verhandlungsverfahren sind die Grundsätze von Transparenz, Wettbewerb und Nichtdiskriminierung uneingeschränkt zu beachten.³² Aus dem Wettbewerbsgrundsatz folgt, dass grundsätzlich mehrere Anbieter zu beteiligen sind. Entsprechend hätten die Auftraggeber auch im Verhandlungsverfahren mehrere Anbieter zur Abgabe von Vergleichsangeboten auffordern müssen, statt die Aufträge direkt an HE zu vergeben. Ein Wettbewerb hätte insoweit – trotz Lieferung zu (wettbewerblichen) Börsenpreisen – um das Serviceentgelt für die Beschaffung bzw. den „Gesamtpreis“ (vgl. Fußnote 30) stattfinden können und müssen.

42. Auch für die Dienstleistungsverträge hätten die HWW bzw. die Einkaufsgemeinschaften bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen – entsprechend dem funktionalen Zusammenhang mit dem Liefervertrag – das addierte Auftragsvolumen zugrunde legen und ein wettbewerbliches Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte durchführen müssen.
43. Weder das „besondere Vertrauensverhältnis“ noch eine gesellschaftsrechtliche Verbindung sind ein sachgerechter Grund für eine Direktbeauftragung. Es würde hiermit vielmehr in diskriminierender und vergaberechtlich unzulässiger Weise das vom HansOLG ausdrücklich für rechtswidrig erklärte konzerninterne Inhousegeschäft mit HE faktisch wieder eingeführt.
44. Insgesamt überschreiten die Beauftragungen der HE durch die HWW und die HSE sowie durch die Einkaufsgemeinschaften den Rahmen des vergaberechtlich Zulässigen. Die wettbewerblichen Vorteile der HE sind angesichts der nur im Bereich der Dienstleistungen erzielbaren Gewinnmargen jedoch wirtschaftlich über-

³¹ EuGH, Urteil vom 8. April 2008, Rs. C-337/05, Kommission/Italienische Republik, Rn. 57 ff.

³² Müller-Wrede, GWB, § 101, Rn. 33, 43.

schaubar, zumal der Auftragswert für die Dienstleistungen nur einen geringen Anteil des Lieferwerts ausmacht.

Die von der Bäderland allein getätigten Vergaben sind nicht zu beanstanden.

4.6 Vergaben durch die Hamburger Hochbahn

4.6.1 Ausgangslage

45. Die Hochbahn hatte wegen rechtlicher Bedenken schon vor der Entscheidung des HansOLG keine Inhousevergaben an die HE vorgenommen. Zwischen 2009 und 2012 erteilte sie folgende Aufträge an HE:
- Gasvollversorgungsvertrag (Anlage 3, Auftrag Nr. 9): Im September 2009 und damit noch vor Inkrafttreten der SektVO führte die Hochbahn unter Einschaltung eines einschlägigen Beratungsunternehmens für Energiegroßkunden über dessen Vergabeplattform ein formloses Verfahren durch. Dieses Instrument wird zur wirtschaftlichen Beschaffung u. a. von nicht an das GWB gebundenen Auftraggebern genutzt. Die Hochbahn wählte dieses Vorgehen, weil sie davon ausging, dass auf Seiten der Bieter/Lieferanten seinerzeit noch nicht im gebotenen Maße Erfahrung mit Beschaffungsvorgängen/Vergabeverfahren nach dem GWB bestand. Die HE legte erst nach Ablauf der Angebotsfrist ein Angebot vor. Der darauf mit der HE geschlossene Vertrag wurde zweimalig unter Anpassung der Preisblätter verlängert.
 - Gasliefer- und Dienstleistungsvertrag, der als dritte Vertragsverlängerung deklariert wurde (Anlage 3, Auftrag Nr. 10): Die HE bot der Hochbahn kurzfristig mit einer Bindefrist von 24 Stunden die „Verlängerung“ des oben genannten Vertrags Nr. 9 zu sogenannten Sonderkonditionen, die eine Tranchenbeschaffung zu Börsenkonditionen zuzüglich eines sogenannten Serviceentgelts vorsahen. Die Hochbahn nahm das Angebot ohne Einholung von Vergleichsangeboten innerhalb der 24-Stunden-Frist an, nachdem sie festgestellt hatte, dass der angebotene Preis unter dem Preis des Altvertrags lag. Den Verzicht auf die Einholung von Vergleichsangeboten begründet sie damit, dass es sich bei dem Angebot um eine „günstige Gelegenheit“ im Sinne des § 6 Absatz 2 Nr. 10 SektVO handelte.
 - Stromliefer- und Dienstleistungsvertrag (Anlage 3, Auftrag Nr. 11): 2012 schrieb die Hochbahn zur Deckung ihres gesamten Strombedarfs für 2014 bis 2016 europaweit die integrierte Lieferung von Strom zu Börsenkonditionen sowie die Abwicklungsdienstleistungen aus. In der ersten Angebotsrunde gab von den drei Bietern nur die HE ein wertbares Angebot

ab. Die Hochbahn versetzte daraufhin das Verfahren als „milderes Mittel“ zur Aufhebung der Ausschreibung wegen mangelnden Wettbewerbs in den Stand vor Angebotsabgabe zurück und forderte die vorherigen qualifizierten Bewerber erneut zur Angebotsabgabe auf. Am Ende des Vergabeverfahrens erhielt die HE als günstigster Bieter den Zuschlag.

46. Die Hochbahn ist im Rahmen ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet des Verkehrs Sektorenauftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 4 GWB. Oberhalb des EU-Schwellenwerts ist sie daher (lediglich) an die Vorschriften für Sektorenauftraggeber³³ gebunden. Unterhalb der Schwellenwerte ist sie gemäß § 7 der Geschäftsanweisung des Aufsichtsrats für den Vorstand der Hochbahn verpflichtet, die Vorschriften der VOB/A, VOL/A sowie des HmbVgG anzuwenden, das sie in § 2a Absatz 1 Satz 2 an die Vorschriften der SektVO bindet, soweit es sich um Aufträge im Sektorenbereich handelt.

4.6.2 Bewertung

47. Gemäß der zum Beginn des Verfahrens für Sektorenaufträge geltenden § 17b VOL/A 2006 in Verbindung mit § 2 Nr. 1 VgV sowie nach den internen Vorschriften der Hochbahn gemäß Beschaffungshandbuch war der Gasvollversorgungsvertrag (Anlage 3, Auftrag Nr. 9) europaweit auszuschreiben. Die HE ist unzulässigerweise nachträglich einbezogen worden und hatte keinen Preis für ein zweites Vertragsjahr angeboten. Das Angebot musste rechnerisch durch das Hinzufügen eines „fiktiven“ Aufpreises im zweiten Jahr vergleichbar gemacht werden. Insofern war das Angebot der HE nicht vergleichbar und unvollständig. Die HE hätte somit den Zuschlag nicht erhalten dürfen.
48. Bei der sogenannten „Vertragsverlängerung zu Sonderkonditionen“ für die Gaslieferung (Anlage 3, Auftrag Nr. 10) handelt es sich rechtlich um den Abschluss eines neuen Vertrags. Für die Vergabe dieses Vertrags im Jahr 2011 gelten die Vorschriften der SektVO. Der neu vergebene Vertrag hätte nicht ohne Vergabeverfahren abgeschlossen werden dürfen. Gemäß § 6 Absatz 2 Nr. 10 SektVO ist es ausnahmsweise zulässig, ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, wenn Waren aufgrund einer besonders günstigen Gelegenheit, die sich für einen sehr kurzen Zeitraum ergeben hat, zu einem Preis beschafft werden können, der erheblich unter den marktüblichen Preisen liegt. Wie alle vergaberechtlichen Ausnahmeregelungen ist auch diese Vorschrift restriktiv auszulegen.³⁴ Entsprechend genügt da-

³³ Dies sind bei Vergabeverfahren, die nach dem 29. September 2009 begonnen wurden, die Vorschriften der SektVO; bei Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der SektVO begonnen wurden, die §§ 8 ff. VgV sowie die Vorschriften des 3. Abschnitts der VOL/A und VOB/A (für Sektorenauftraggeber, die zugleich öffentliche Auftraggeber sind).

³⁴ Vgl. zur restriktiven Auslegung vergaberechtlicher Vorschriften EuGH, Urteil vom 8. April 2008 – Rs C-337/05, Kommission/Italienische Republik, Rn 57 f.

her dafür nicht, dass der neue Vertrag für die Hochbahn wirtschaftlicher war als der Altvertrag; maßgeblich ist vielmehr, ob der angebotene Preis erheblich unterhalb des marktüblichen Preises lag. Dies hat die Hochbahn – schon wegen der kurzen Bindefrist – jedoch nicht geprüft. Die Vergabe des Stromliefer- und Dienstleistungsvertrags (Anlage 3, Auftrag Nr. 11) weist demgegenüber keine Anhaltspunkte für eine Begünstigung der HE auf. Vielmehr nutzte die Hochbahn gerade nicht die Gelegenheit, nach der ersten Angebotsrunde den Auftrag ohne weiteren Wettbewerb an die HE als zunächst einzigen Anbieter zu vergeben, sondern eröffnete den Wettbewerb erneut.³⁵

³⁵ Beauftragt wurde hier allerdings die Lieferung von Graustrom zu Börsenkonditionen; ausdrücklich zugelassen ist auch die Beschaffung von Strom im Wege eines OTC-Geschäfts. Da HE sich durch den Gesellschaftsvertrag zur ausschließlichen Lieferung von Grünstrom/Ökostrom verpflichtet sieht, trägt die Gesellschaft die Kosten für die „Vergrünung“ des an der Börse zu beschaffenden Graustroms über Zertifikate in diesem Vertragsverhältnis selbst.

5. Marktkonformität und Wettbewerb

5.1 Einführung

5.1.1 Fragestellung

49. Der Rechnungshof hat untersucht, ob die Liefer- und Leistungsbeziehungen sowie die gesellschaftsrechtlichen und Haftungsbeziehungen zwischen den Konzernen Hamburg Energie und Hamburg Wasser sowie der Freien und Hansestadt Hamburg marktkonform sind oder wettbewerbswidriges Verhalten in Form sogenannter Quersubventionierung vorliegt.

5.1.2 Subventionen

50. Subventionen sind (in der Regel wiederkehrende) Leistungen oder Verzichte, denen keine adäquate Gegenleistung des Empfängers gegenübersteht. Als Quersubventionierung wird hier die Zuleitung von Ressourcen aus der Wertschöpfung eines Segments an ein anderes bezeichnet. Das kann überall dort geschehen, wo Erträge, Kosten und Risiken zusammengefasst werden.³⁶ Im unternehmerischen Bereich ist dies beispielsweise zwischen den Produktparten eines Unternehmens (Mischkalkulation) oder zwischen den Unternehmen eines Konzerns möglich. Es handelt sich dabei grundsätzlich um unternehmerische Entscheidungen, die zwar unternehmens- oder konzernintern zu Fehlallokationen führen können, aber im Hinblick auf die Marktposition des gesamten Unternehmens bzw. Konzerns als sinnvoll betrachtet werden und grundsätzlich wettbewerbsrechtlich nicht verboten sind. Das Steuerrecht berührt die Frage der Quersubventionierung, sofern Leistungsaustausche zwischen Konzernunternehmen verschiedener Länder stattfinden (transfer pricing).
51. Im EU-Beihilfe- bzw. Wettbewerbsrecht kommt Quersubventionierung dann Bedeutung zu, wenn die Wettbewerbsstellung der betroffenen Unternehmen unterschiedlich ist, insbesondere zwischen monopolistischen und dem Wettbewerb ausgesetzten Unternehmen. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob die Beziehungen zwischen Mutter- und Tochterorganisationen so gestaltet sind, dass mit Monopolgewinnen aus (Zwangs-)Beiträgen, Gebühren bzw. Nutzungsentgelten der Mütter die marktwirtschaftlichen Tätigkeiten der Töchter wettbewerbsverzerrend subventioniert werden.³⁷

³⁶ Vgl. Martin Höpner: Determinanten der Quersubventionierung: Ein Vorschlag zur Analyse wirtschaftlicher Liberalisierung. In: Berliner Journal für Soziologie 16/1, 2006, S. 8. VS Verlag für Sozialwissenschaften.

³⁷ Ein prominentes Beispiel hierfür war der Rechtsstreit zwischen dem privaten Paketdienstleister United Parcel Service (UPS) und der Deutschen Post AG.

5.1.3 Marktkonformität

52. Im Jahr 2005 hat die EU-Kommission im Rahmen eines Beihilfeverfahrens die Frage aufgeworfen, ob in der Bundesrepublik Deutschland die auf Wettbewerbsmärkten tätigen Beteiligungsunternehmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit Rundfunkgebühren subventioniert werden. Entsprechend der zwischen der EU und der Bundesrepublik Deutschland geschlossenen Übereinkunft müssen sich die Rundfunkanstalten ihren wettbewerblich tätigen Töchtern gegenüber marktkonform verhalten.³⁸ Zur Prüfung dieser Marktkonformität hat das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) in Zusammenarbeit mit den Rechnungshöfen den Prüfungsstandard 721 zur Marktkonformität im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entwickelt.

Die Beziehung zwischen Hamburg Wasser und Hamburg Energie ist mit dem Verhältnis zwischen den Rundfunkanstalten und deren auf Wettbewerbsmärkten tätigen Töchtern vergleichbar. Der Finanzierung der Rundfunkanstalten durch Zwangsbeiträge entspricht die Finanzierung bei Hamburg Wasser durch die aus einer Monopolstellung resultierenden Gebühren und Entgelte.³⁹ Ebenso wie die Töchter der Rundfunkanstalten bewegt sich Hamburg Energie auf einem wettbewerbsgeprägten Markt. Um einen vorhandenen und anerkannten Maßstab für die Prüfung der Marktkonformität anlegen zu können, hat sich der Rechnungshof an dem vorgenannten IDW-Prüfungsstandard orientiert.

53. Der Begriff Marktkonformität wird darin als Gestaltung des Leistungsaustauschs definiert, wie er unter voneinander unabhängigen fremden Dritten üblich ist (Grundsatz des Fremdvergleichs). Ferner sind die Beziehungen zwischen Gesellschafterin und Gesellschaft so zu regeln, wie es ein marktwirtschaftlich handelnder Investor tun würde (private investor test). In der Praxis sind bei beiden Merkmalen erhebliche Bandbreiten zu beobachten. Da es im Rahmen der parlamentarischen Erörterungen und auch im Bürgerschaftlichen Ersuchen zu Hamburg Energie bei den Fragen zu Quersubventionierung, Wettbewerbsverzerrung und Marktkonformität im Kern um die Frage einer Begünstigung von Hamburg Energie als Tochter von Hamburg Wasser und (Ur)Enkeltochter der Freien und Hansestadt Hamburg geht, sind diese drei Begriffe im Rahmen dieses Gutachtens in einem Sinne zu verstehen.

UPS hatte der Post vorgeworfen, dass mit den Gewinnen aus dem monopolistisch organisierten Briefgeschäft die aus nicht kostendeckenden Niedrigpreisen resultierenden Verluste des Paketgeschäfts quersubventioniert und damit andere Wettbewerber aus dem Markt gedrängt würden. Vgl. i.Ü. Borrmann/Finsinger: Ein generalisiertes Konzept der Quersubventionierung – Theorie und Anwendung. In: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Band 25, Heft 4, 2002, S. 391, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, sowie den jüngsten Beschluss der EU-Kommission in dieser Sache vom 25. Januar 2012 – C(2012) 184.

³⁸ Vgl. § 16 des Rundfunkstaatsvertrags in der Fassung vom 15. Dezember 2008.

³⁹ Siehe dazu im Einzelnen die Erläuterungen in Anlage 2.

54. Der dem IDW-Prüfungsstandard 721 zugrunde gelegte Grundsatz des Fremdvergleichs und der private investor test dienen auch im EU-Beihilferecht (Artikel 107 ff. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) zur Beantwortung der Frage, ob eine staatliche Maßnahme zur wettbewerblichen Begünstigung eines Unternehmens führt. Im Rahmen des zum Maßstab genommenen Fremdvergleichs hat der Rechnungshof die wesentlichen Leistungsbeziehungen zwischen Hamburg Wasser, der Freien und Hansestadt Hamburg und Hamburg Energie untersucht. Für einen private investor test wurden die Kapitalausstattung, Ergebnisübernahmen sowie Haftungsverhältnisse und ähnliche Vereinbarungen betrachtet. Die Bewertungen beruhen auf dem Geschäftsbetrieb und den Jahresabschlüssen der betrachteten Gesellschaften bis zum 31. Dezember 2012. Nach Angaben von HE macht die Summe der vom Mutterhaus eingekauften Dienstleistungen 2012 nur 1,16 Mio. Euro (etwa 0,9 % der gesamten Betriebsaufwendungen von HE) aus.

Die Gestaltung dieser Beziehungen folgt dem Konzerngedanken und kann aus diesem Blickwinkel heraus ökonomisch sinnvoll sein, weil so Synergieeffekte im Konzern Hamburg Wasser genutzt werden können. Gleichwohl könnte dies im Hinblick auf die hier zu untersuchende Fragestellung als nicht markt- bzw. wettbewerbskonform zu bewerten sein.

5.2 Leistungsbeziehungen

5.2.1 Administrativer Bereich

55. Bei den Leistungsbeziehungen im administrativen Bereich handelt es sich um Servicefunktionen und Personalgestellungen der HWW an die HE für verschiedene Unternehmensbereiche und um die Untervermietung der Geschäftsräume an die HE sowie jene des gemeinsamen Kundenzentrums am Ballindamm durch die HWW. Auch die Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgabe ist hier einzuordnen.

– Kundenservice/Kommunikation

In den Bereichen Kundenservice (Call Center und Kundenabrechnung) mit acht Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Unternehmenskommunikation mit zwei Mitarbeitern zu je 50 %, Rechtsberatung mit einer Mitarbeiterin und Assistenz der Geschäftsführung mit einer Mitarbeiterin zu 50 % findet eine direkte Personalgestellung statt. Die Verrechnung erfolgt über Monats- oder Jahrespauschalen, in denen die Personalkosten der für die jeweiligen Tätigkeiten zuzuordnenden Hamburg Wasser-Entgeltgruppe sowie eine allgemeine Personalkostenumlage für Pensionen, Beihilfen u. ä. und in den Fällen, in denen die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht direkt bei der HE ihren Arbeitsort haben, eine Umlage

für Raum- und Leitungskosten (Arbeitsplatzumlage) enthalten sind. Die HE hat geltend gemacht, dass für den Kundenservice ein Angebot eines externen Dienstleisters mit identischem Leistungsumfang zu günstigeren Konditionen vorlag.

– IT-Leistungen

Die IT-Leistungen zur Ingangsetzung des Geschäftsbetriebs im Jahr 2009 umfassten die Einrichtung und Herstellung der technischen Funktionsfähigkeit spezifischer Hard- und Software für das betriebliche Rechnungswesen und den Kundenservice. Es wurde vereinbart, dass die HE diese Einmalaufwendungen über einen Zeitraum von drei Jahren in monatlichen Raten tilgt.

Der Leistungsumfang der laufenden IT-Betreuung umfasst die Bereitstellung und laufende Betreuung aller kaufmännischen Systeme und Schnittstellen zu Buchführung, Zahlungsmanagement und Kundenabrechnung sowie den Betrieb der Telefonanlagen im Kundenservice und in den Geschäftsräumen der HE, Projektstätigkeiten, die Beleg- und Postbearbeitung sowie die Bereitstellung der technischen Büroausstattung (PC, Drucker, Scanner usw.). Hier sind der HE keine konkreten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der HWW zugeordnet. Für die laufende System- und Telefonbetreuung sowie die Projektstätigkeiten werden nutzungsbezogene Personalkosten und Arbeitsplatzumlagen des IT-Bereichs sowie Netzwerkkosten und Abschreibungen verrechnet. Die Verrechnung der technischen Büroausstattung erfolgt separat und beinhaltet Wartungsentgelte. Für die Beleg- und Postbearbeitung werden monatlich die bearbeiteten Mengen mit den jeweils gültigen Preisen des HWW-Preiskatalogs in Rechnung gestellt.

– Rechnungswesen

Auch im Bereich Rechnungswesen/Personal, der die laufende Buchhaltung, Zahlungsverkehr/Liquiditätsmanagement, die Erstellung von Jahresabschlüssen und Steuererklärungen, Personalbetreuung und -abrechnung sowie Projektcontrolling und Kostenrechnung umfasst, gibt es keine direkte Personalzuordnung. In den Monatspauschalen werden auch hier Personalkosten der für die jeweiligen Tätigkeiten zugeordneten Hamburg Wasser-Entgeltgruppen, allgemeine Personalkostenumlagen sowie Arbeitsplatzumlage verrechnet. Die hier von der HWW geltend gemachten Aufwendungen entsprechen dem Einsatz von rund ein bis eineinhalb Mitarbeitern.

– Materialwirtschaft

Im Bereich Materialwirtschaft werden die bezogenen Mengen mit den jeweils gültigen Preisen des HWW-Preiskatalogs und im Bereich Innenrevision die anfallenden Prüferstunden mit

intern errechneten Stundensätzen in Rechnung gestellt. Die Dienstleistungsverträge zwischen der HWW und der HE sehen eine jährliche Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung der vereinbarten Leistungsentgelte in den Folgejahren vor.⁴⁰

– Geschäftsräume/Kundenzentrum

Für die Geschäftsräume der HE sowie für das Kundenzentrum hat die HWW jeweils Verträge mit den privaten Vermietern geschlossen, in denen Mietentgelte und Betriebskostenvorauszahlungen geregelt sind. Zwischen der HWW und der HE wurden jeweils Untermietverträge geschlossen, mit denen die Mietflächen im Fall der Geschäftsräume vollständig und im Fall des Kundenzentrums zu einem Drittel der Erdgeschossfläche der HE überlassen werden. Die jeweiligen Quadratmetermieten und -betriebskosten werden in voller Höhe an die HE weitergegeben.

Die für den Umbau des Erdgeschosses des Kundenzentrums von der HWW getätigten Investitionen wurden zu einem Drittel an die HE weiter verrechnet. Der Verrechnungsbetrag ist von der HE über einen Zeitraum von vier Jahren in monatlichen Raten zu tilgen und die jeweilige Restschuld zu verzinsen.

– Geschäftsführung

Die Geschäftsführung der HE wird im Nebenamt von einem hauptamtlich für Hamburg Wasser tätigen Geschäftsführer wahrgenommen. Zwischen der HE und dem Geschäftsführer wurde ein Anstellungsvertrag geschlossen, der zwar die Vergütung für diese Tätigkeit (Fixbetrag zuzüglich variabler Bestandteil), nicht aber Regelungen zum Leistungsumfang im Sinne einer Arbeitszeitverteilung zwischen der HE und Hamburg Wasser vorsieht.

56. Unter Zugrundelegung des IDW-Prüfungsstandards 721 bewertet der Rechnungshof die Vertragsbeziehungen wie folgt:

Den Leistungsverrechnungen liegen ausnahmslos Verträge zugrunde. In den Bereichen Unternehmenskommunikation, Rechtsberatung und bei der Weiterverrechnung der Investitionen für das Kundenzentrum tragen diese allerdings kein Datum. In allen betrachteten Fällen findet eine Verrechnung von direkt leistungsbezogenen Kosten sowie Gemeinkostenanteilen statt.

⁴⁰ Mit der Abrechnung für Hausverwaltung/Poststelle, Betriebsrestaurant und Betriebsarzt hat sich der Rechnungshof wegen Geringfügigkeit nicht vertieft befasst.

Zur weiteren Gestaltung der Verträge ist festzustellen, dass im Rahmen der laufenden IT-Betreuung keine Verfügbarkeiten, Antwortzeiten, Sicherungsintervalle, Aufbewahrungsfristen u. ä. geregelt sind. Die Dienstleistungsverträge im Bereich Rechnungswesen sehen keine größenabhängigen (zum Beispiel Belegvolumen, Mitarbeiteranzahl, Bilanzsumme) Vergütungen vor und tragen insofern dem wachsenden Geschäft nicht Rechnung, wie es beispielsweise eine Abrechnung nach der vergleichsweise herangezogenen Steuerberatervergütungsverordnung vorsehen würde. Allerdings sind eine jährliche Nachkalkulation und gegebenenfalls notwendige Anpassung der Verträge vertraglich fixiert. Bei der Vermietung der Teilfläche des Kundencenters ist der Aufteilungs- bzw. Zuordnungsmaßstab, beispielsweise die Nutzung durch HWW- bzw. HE-Kunden, dem Rechnungshof nicht belegt worden und daher auch nicht nachvollziehbar. Insgesamt sind in einigen Verträgen die Leistungsbeschreibungen nicht präzisiert; dies würde zwischen fremden Dritten zumindest Konfliktpotenzial bergen.

In keinem Fall werden neben der Berechnung der Vollkosten die unter fremden Dritten üblichen Gewinnaufschläge erhoben; zudem sind die bei der HWW verbleibenden Risiken wie Personalüberkapazitäten oder Raumleerstände nicht als Risikoaufschlag eingepreist. Einem Fremdvergleich halten alle Verrechnungen damit nicht stand. Nach Darlegung der Behörde sind Risikoaufschläge nicht erforderlich, weil es sich um die Auslastung vorhandener Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Kerngeschäft handele. Diese Argumentation folgt dem Konzerngedanken. In Hinblick auf die zu untersuchende Marktkonformität ist es jedoch unerheblich, warum Leistungen zu unter fremden Dritten unüblichen Konditionen (ungeachtet punktuell angeführter günstigerer Angebote) erbracht werden. Nach Auffassung der Behörde können externe Dritte Risiko- und Gewinnaufschläge nur unter entsprechenden Marktbedingungen erreichen.

In Bezug auf die Höhe der Geschäftsführervergütung⁴¹ ist voranzustellen, dass diese durch die Konzernsicht bei Hamburg Wasser bestimmt und insofern als „Gesamtpaket“ konzipiert ist. In diesem seien von Beginn an bei der HE ein hauptamtlicher sowie mit entsprechender Entgeltregelung ein nebenamtlicher Geschäftsführer vorgesehen. Im Rahmen der Fragestellung nach deren Angemessenheit unter dem Gesichtspunkt der von der HE für die Funktion der Geschäftsführung aufzuwendenden Kosten ist die derzeitige Vergütung aber als weit unter dem in der Energiewirtschaft Marktüblichen einzuordnen, auch wenn die Geschäftsführung nicht als Vollzeitbeschäftigung angelegt ist.

⁴¹ Vgl. Bürgerschaftsdrucksachen 20/7029 vom 25. Februar 2013 und 20/7226 vom 12. März 2013.

5.2.2 Marketing und Vertrieb

57. Bei Marketing und Vertrieb agiert die HE mit eigenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Leistungsbeziehungen zu Hamburg Wasser und anderen öffentlichen Unternehmen bestehen hier hauptsächlich in der Platzierung von Werbung durch die HE. Der Rechnungshof hat sich hierbei auf die bei der Bäderland, der Stadtreinigung Hamburg, im Hamburger Verkehrsverbund und auf hamburg.de platzierte Werbung sowie auf die bis August 2012 erfolgte Nutzung der Rückseite der HWW-Ablesekarten als Werbefläche zur Kundengewinnung für HE konzentriert. Diese Ablesekarten wurden an rund 930.0000 Hamburger Haushalte versandt.
58. Die betrachteten Werbeaktionen der HE mit hamburgischen öffentlichen Unternehmen außerhalb von Hamburg Wasser basieren auf Verträgen oder Agenturplatzierungen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass hier marktunübliche Preise abgerechnet wurden.

Anders stellt sich die Nutzung der HWW-Ablesekarte als Medium zur Kundengewinnung dar: Zum einen lagen dem keine Verträge zugrunde. Zum anderen ist die Unentgeltlichkeit dieses für die HE als durchaus wichtig einzuschätzenden Vertriebskanals nicht marktüblich.

5.2.3 Energiebeschaffung und -erzeugung

59. Die vom Rechnungshof untersuchten Transaktionen umfassen neben dem Bezug von Biogas und dem Kauf einer Windkraftanlage von der HSE auch die Anmietung von Grundstücken und Dachflächen zur Errichtung und zum Betrieb von Windkraft- und Photovoltaikanlagen sowohl von Hamburg Wasser als auch von der Stadt sowie die Anmietung des Energiebunkers in Wilhelmsburg von der Sprinkenhof AG (SpriAG).

– Biogas

Seit 2011 bezieht die HE von der HSE aus dem Klärwerk Köhlbrandhöft stammendes und auf Erdgasqualität aufbereitetes Klärgas (Biogas). Dabei sind die jährlich zu liefernden und abzunehmenden Mengen sowie ein fixer Abnahmepreis vertraglich geregelt.

– Windkraftanlage Dradenau

Im Jahr 2009 hat die HSE eine der beiden von ihr auf dem Gelände des Klärwerks Dradenau errichteten Windkraftanlagen an die HE veräußert. Zudem ist die HE in den mit dem Anlagenhersteller abgeschlossenen Wartungsvertrag eingetreten und hat in einem Dienstleistungsvertrag die HSE mit der Überwachung und Steuerung des Betriebs und der War-

tung der Anlage beauftragt. Die HSE hat sich für diese Anlage ein Rückkaufsrecht einräumen lassen.

60. Die Preise in den Miet- und Pachtverträgen der Grundstücke und Dachflächen zum Betrieb der Energieerzeugungsanlagen sind unterschiedlich gestaltet:

– Grundstücke

Die Fläche zur oben genannten Windkraftanlage am Klärwerk Dradenau hat die HSE an die HE zu einem Festpreis verpachtet.

Die Freie und Hansestadt Hamburg hat seit 2010 sowohl das Grundstück am Obergeorgswerder Deich als auch die darauf errichtete Windkraftanlage zu einem nicht aufgeschlüsselten festen Betrag an die HE vermietet.

Ferner hat die Stadt seit 2011 zum Betrieb einer Windkraftanlage eine Fläche am Georgswerder Bogen an die HE vermietet. Hier wurde neben einem festen Grundbetrag ein Mietzins vereinbart, der sich an den Erlösen des mit der von der HE errichteten Anlage produzierten Stroms orientiert.

– Dachflächen

Die Flächen für die von der HE am Niedergeorgswerder Deich betriebenen Photovoltaikanlage vermietet die Freie und Hansestadt Hamburg der Gesellschaft seit 2009 ebenfalls zu einem festen Grundbetrag und einem Anteil an den Erlösen aus dem Stromverkauf.

Auf den Dachflächen der HSE-Betriebsgebäude im Klärwerk Köhlbrandhöft hat die Hamburg Energie Solar Betriebsgesellschaft bmH (HE-SBG) 2010 Photovoltaikanlagen errichtet, die sie im Auftrag der HSE betreibt. Die HSE erhält für die Einleitung des hier erzeugten Stroms in das öffentliche Netz von der HE die gesetzliche Einspeisevergütung. Diese gibt die Anstalt unter Abzug eines prozentualen Anteils für die Dachflächenüberlassung als Dienstleistungsentgelt an die HE-SBG weiter, sodass im Ergebnis auch hier die Vermietung der Flächen gegen einen Anteil an den Erlösen aus dem Stromverkauf stattfindet.

Seit 2011 überlässt die HWW der HE-SBG unentgeltlich die Dachflächen ihrer Betriebsgebäude an der Ausschläger Allee zur Errichtung und zum Betrieb von Solarstromanlagen. Die Behörde macht hierbei eine Verbindung mit einer ebenfalls unentgeltlichen Dachflächensanierung im Rahmen der Montage seitens der HE geltend. Der dem Rechnungshof dazu vorgelegte Vertrag sieht allerdings keine umfassende Dachsanierung, sondern lediglich sämtliche im Zusammenhang mit der Solarstromanlage stehende Bau-, Verlegungs-,

Wartungs- und Reparaturarbeiten in der Verantwortung und auf Risiko des Anlagenbetreibers vor.

– Energiebunker Wilhelmsburg

In dem 2012 zwischen der SpriAG und der HE geschlossenen Mietvertrag über den ehemaligen Flakbunker an der Neuhöfer Straße in Wilhelmsburg ist dessen Nutzung als Energiezentrale zur Nahwärmeversorgung festgeschrieben. Die HE kann dieses Objekt mietfrei nutzen und muss lediglich Betriebskostenvorauszahlungen an die Vermieterin entrichten. Zur Begründung der Mietfreiheit wird der geringe wirtschaftliche Wert des Bunkers angeführt.⁴²

In einem von der IBA Hamburg GmbH (IBA) beauftragten Sachverständigengutachten wird dem Bunker lediglich ein Anerkennungswert von 1 Euro zugeschrieben. Als wesentliche wertmindernde Faktoren werden die hohen Sanierungsaufwendungen für das Bunkergebäude sowie der zu erwartende hohe Investitionsbedarf für die Errichtung der Energieerzeugungsanlagen angeführt. Eine diese Kosten deckende Miete sei daher nicht erzielbar und dem Objekt deshalb lediglich der oben benannte Anerkennungswert beizumessen.

In der im Herbst 2010 abgeschlossenen Qualitätsvereinbarung zwischen der IBA und der HE ist festgeschrieben, dass das Projekt „Energiebunker“ aus einer Nutzbarmachung des Gebäudes und der Versorgung mit erneuerbarer Energie besteht. Während die Sanierung und Herrichtung des Gebäudes der IBA als Bauherrin obliegt, ist die HE für die Realisierung des Energiekonzepts, also die Errichtung und den Betrieb von Energieerzeugungs- und Speicheranlagen verantwortlich. Zur Finanzierung der für den Bau der Anlagen notwendigen Investitionen fließen der HE umfangreiche öffentliche Fördermittel zu.

61. Unter Zugrundelegung des IDW-Prüfungsstandards 721 bewertet der Rechnungshof die Vertragsbeziehungen wie folgt:

Der Bereich Energiebeschaffung und -erzeugung ist ausnahmslos durch Verträge geregelt.

Der Kaufpreis für die von der HSE erworbene Windkraftanlage basiert auf dem von der HSE ihrerseits gezahlten Einstandspreis und kann damit nicht als unangemessen betrachtet werden. Die für die Biogaslieferungen durch die HSE vereinbarten Preise liegen in der von der Bundesnetzagentur veröffentlichten Bandbreite.⁴³

⁴² Vgl. Bürgerschaftsdrucksache 20/5159 vom 31. August 2012.

⁴³ Bundesnetzagentur, Biogas-Monitoringbericht 2012, S. 26 f.

Zur Vergleichbarkeit der Entgelte der zum Betrieb der Windkraft- und Photovoltaikanlagen angemieteten Grundstücks- und Dachflächen hat der Rechnungshof – im Fall der von der Stadt samt Anlage vermieteten Flächen nach Abzug einer rechnerisch ermittelten durchschnittlichen Anlagenabschreibung – die Mieten ins Verhältnis zu den jeweils mit der Anlage erzielten Umsätzen gesetzt. Hier ist festzustellen, dass in Bezug auf mit Dritten abgeschlossene vergleichbare Verträge alle mit der Freien und Hansestadt Hamburg vereinbarten Mieten leicht unter diesem Fremdvergleich liegen. Die von Hamburg Wasser erhobenen Mieten liegen in einem Fall sogar deutlich darunter, können aber in einem weiteren Fall als angemessen eingeschätzt werden. Eine unentgeltliche Dachflächenvermietung hingegen ist unter fremden Dritten nicht üblich.

Auch die unentgeltliche Anmietung des Energiebunkers Wilhelmsburg durch die HE ist marktunüblich. Da die Sanierung des Gebäudes der IBA obliegt und diese verpflichtet ist, die Flächen der künftigen Energiezentrale nutzbar hergerichtet an die HE zu übergeben, besteht bei diesem Objekt kein wesentlicher Unterschied zu den in Tz. 60 ausgeführten Nutzungsüberlassungen der Grundstücke und Dachflächen. In allen Fällen hat die HE die Kosten für die Errichtung und den Betrieb der Energieerzeugungsanlagen zu tragen, wobei der Betrieb dieser Anlagen bei der HE zu Erlösen führt. Für die Vermieterin SpriAG wäre hier also eine an den Erlösen aus dem Anlagenbetrieb bemessene Miete erzielbar.

5.2.4 Leistungsverrechnung

62. Bei der Leistungsverrechnung ohne Risiko- und Eigenkapitalvergütung kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine beihilfe-rechtlich relevante Begünstigung im Sinne des Artikel 107 Absatz 1 AEUV vorliegt. Ein marktunüblicher Vorteil kann auch in Grundstückskauf-, Miet-, Pacht- und Dienstleistungsverträgen zu vergünstigten Konditionen liegen.⁴⁴ Eine Begünstigung im Sinne des Artikel 107 Absatz 1 AEUV kann daher – auch wenn es sich bei dem leistungserbringenden Unternehmen um ein Monopolunternehmen handelt, das selbst nicht unter „normalen“ Marktbedingungen operiert – nur dann ausgeschlossen werden, wenn die vom leistungsempfangenden Unternehmen zu erbringende Gegenleistung vereinbarungsgemäß sämtliche variable Zusatzkosten sowie eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals enthält.⁴⁵ Eine detaillierte Bewertung hinsichtlich des EU-Beihilferechts ist im Rahmen dieser Gutachtlichen Äußerung nicht geboten, weil dies für die Beantwortung der Fragen des Ersuchens nicht maßgeblich ist.

⁴⁴ IDW-Prüfungsstandard 700, Rn. 16.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 3. Juli 2003, Rs. C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P, Rn. 33, 38, 40; Koenig, „Quersubventionierung im kommunalen Konzern – EU-beihilfenrechtliche Grenzen“, Gewerbearchiv 2011, S. 181 (184 f.). Vgl. im Übrigen Tz. 54.

5.3 Kapitalausstattung, Gewinnverwendung und Verlustübernahmen

63. Die folgenden Betrachtungen beziehen sich aus Wesentlichkeitsgründen auf die HE ohne ihre Tochtergesellschaften.

Zwischen der HE und der HWW sind keine Ergebnisabführungen, Verlustübernahmen oder ähnliches vereinbart. Die bis 2011 aufgelaufenen Verluste von 6,4 Mio. Euro sind in der Gesellschaft verblieben und haben in den Geschäftsjahren 2009 bis 2011 jeweils zu nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbeträgen (Unterbilanzen) bei der HE geführt. Zur Abwendung der bilanziellen Überschuldung hat die HWW 2009 ihr der HE zur Verfügung gestelltes verzinsliches Gesellschafterdarlehen von 9 Mio. Euro mit einem Rangrücktritt versehen. 2012 ist die teilweise Umwandlung des Darlehens in Eigenkapital durch Erhöhung der Kapitalrücklage der HE um 6 Mio. Euro erfolgt.

64. Im Geschäftsjahr 2012 hat die HE rund 30 % ihrer Umsätze mit der Freien und Hansestadt Hamburg, Hamburg Wasser und anderen hamburgischen öffentlichen Unternehmen und ca. 70 % mit dritten Privat-, Geschäfts- und Gewerbekunden erzielt. Dabei wurde zu rund 90 % gehandelte und zu rund 10 % eigenerzeugte Energie verkauft. Das Geschäftsjahr 2012 hat die HE mit einem positiven Ergebnis vor Steuern von 1,2 Mio. Euro und einem Jahresüberschuss von 0,8 Mio. Euro abgeschlossen.

In ihrer Rechnungslegung macht die HE von verschiedenen handelsrechtlichen Bilanzierungswahlrechten Gebrauch. So wurden im Jahr 2009 Aufwendungen für die Inangsetzung und Erweiterung des Geschäftsbetriebs in Höhe von 3,3 Mio. Euro aktiviert, deren Fortschreibung die Ergebnisse der Folgejahre beeinflusst hat. Im Jahr 2012 weist die HE die ihr gezahlten Investitionszuschüsse in Höhe von 4,2 Mio. Euro⁴⁶ in voller Höhe als Umsätze aus der Energieerzeugung aus.⁴⁷ In beiden Fällen stellt sich die Ertragslage der HE kurzfristig positiver dar, nachdem Aufwand in spätere Jahre verschoben bzw. Ertrag vorgezogen wurde. Dies wurde auch in der Mittelfristplanung berücksichtigt. Infolge der oben genannten Aktivierung der Inangsetzungsaufwendungen waren und sind die Jahresergebnisse der HE von der Fortschreibung latenter Steuerabgrenzungsposten beeinflusst.

⁴⁶ Gemäß Angabe HE im Anhang zum Jahresabschluss auf den 31. Dezember 2012.

⁴⁷ Diese Bilanzierung steht im Übrigen den von allen in den Konzernabschluss der Freien und Hansestadt Hamburg einbezogenen Organisationen, also auch von der HE, anzuwendenden Regelungen zur Vereinheitlichung der Bewertungs- und Bilanzierungsstandards im Konzern Freie und Hansestadt Hamburg entgegen. Hiernach ist eine über die Nutzungsdauer der bezuschussten Anlagen verteilte und damit deren Abschreibungen (teilweise) ausgleichende Erlösdarstellung vorgesehen.

65. Im Rahmen des private investor test ist zu überprüfen, ob die HE aus dem Betrachtungswinkel ihrer Gründungsphase wie auch aus heutiger Sicht und langfristig in der Lage war bzw. sein wird, eine ausreichende Rendite auf das von der HWW eingesetzte Eigenkapital von nunmehr 7 Mio. Euro zu erwirtschaften. Denn nur dann ist davon auszugehen, dass auch ein privater Investor das Unternehmen gegründet hätte bzw. nach Beendigung der Gründungsphase aufrechterhalten würde.

Die ersten Geschäftsjahre der Gesellschaft 2009 bis 2011 waren zwar mit nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbeträgen in Höhe von 6,4 Mio. Euro verbunden, lagen damit aber über der Unternehmensplanung. Auch der private Investor erwartet nicht, dass sein Unternehmen unmittelbar nach der Gründung Überschüsse bzw. eine positive Eigenkapitalrendite erwirtschaftet, sofern er im weiteren Verlauf mit Gewinnen rechnen darf, die eine insgesamt angemessene Eigenkapitalrendite gewährleisten.

Das dritte vollständige Wirtschaftsjahr 2012 konnte zwar – der Planung entsprechend – mit dem vorstehend erwähnten Jahresüberschuss in Höhe von 0,8 Mio. Euro abgeschlossen werden. Zu berücksichtigen ist hierbei aber die bereits erwähnte Inanspruchnahme von Bilanzierungswahlrechten. Hierdurch hat die HE ihr Jahresergebnis und damit das bilanzielle Eigenkapital um jeweils 4,2 Mio. Euro verbessert, gleichzeitig aber auch Belastungen in Folgejahre verschoben und eine nochmalige Einzahlung der HWW zum Ausgleich einer Unterbilanz vermieden (vgl. die entsprechenden Geschäftszahlen in Anlage 2). Daher ist das Jahresergebnis 2012 mit Blick auf künftige Geschäftsjahre nicht repräsentativ.

Die gewählte Bilanzierung muss handelsrechtlich zwar nicht als unzulässig angesehen werden, steht gleichzeitig aber nicht im Einklang mit den von allen hamburgischen öffentlichen Unternehmen anzuwendenden „Regelungen zur Vereinheitlichung der Bewertungs- und Bilanzierungsstandards im Konzern Freie und Hansestadt Hamburg“. Die HE führt an, dass für die Umsetzung bestehende Übergangsfristen bis 2015 genutzt worden seien. Der Rechnungshof weist darauf hin, dass es hierfür der Zustimmung der Finanzbehörde bedürft hätte, die ihm nicht vorliegt.

Aus heutiger Sicht ist die Gründungsphase der HE auch im Sinne des private investor test als beendet anzusehen. Der Rechnungshof hält es zwar für möglich, dass sich auch ein privater Investor während der Ingangsetzungsphase eines Unternehmens ähnlich verhalten hätte. Es ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass er die Gesellschaft angesichts der Verluste in der Anlaufphase nur dann fortführen würde, wenn er im Rahmen einer Gesamtbetrachtung davon ausgehen dürfte, eine insgesamt angemessene Rendite auf das eingesetzte Eigenkapital zu erwirtschaften. Dies ist nach den bisherigen Geschäftsplanungen der HE vorgesehen.

66. Allerdings ist die bisherige Geschäftsplanung durch die beschriebene Inanspruchnahme von Bilanzierungswahlrechten im

Jahresabschluss 2012 belastet, weil in den Folgejahren die Abschreibungen auf die geförderten Anlagen vollständig im laufenden Geschäft verdient werden müssen. Dies hat die HE auch in der mittelfristigen Wirtschaftsplanung berücksichtigt. Die Entwicklung in der Energiebranche ist durch erhebliche Unsicherheiten und Risiken gekennzeichnet. Die Erträge werden in starkem Maße von den Rahmenbedingungen der Energiewirtschaft, insbesondere der den Förderumfang regenerativer Energie bestimmenden Gesetzgebung (EEG) oder der Preisentwicklung anderer Energieträger abhängen. Ferner haben die Entwicklung des Wettbewerbs um Kunden und um Erzeugungskapazitäten, das Kundenverhalten wie zum Beispiel die Bereitschaft zum Bezug von Ökostrom bei steigenden Strompreisen und auch der Umfang öffentlicher Aufträge ebenfalls wesentlichen Einfluss auf die künftige Entwicklung. Diese Faktoren vermögen zwar Zweifel an der Realisierung der von der HE geplanten Renditeerwartungen zu begründen, rechtfertigen jedoch derzeit nicht den Schluss, dass diese Erwartungen aus heutiger Sicht als unrealistisch betrachtet werden müssen.

67. Die weitere Beobachtung und Analyse der Ergebnisentwicklung der HE ist auch im Hinblick auf das Beihilferecht notwendig, weil eine Begünstigung nicht ausgeschlossen werden kann, wenn die Kapitaleinlage der HWW selbst bei langfristiger Betrachtungsweise keine angemessenen Rendite der Unternehmensbeteiligung erbringt.⁴⁸

5.4 Haftungsverhältnisse und ähnliche Vereinbarungen

68. Gemäß ihrem Jahresabschluss hat die HWW zum 31. Dezember 2012 Bürgschaften für Hamburg Energie im Gesamtumfang von 32,6 Mio. Euro übernommen, davon 14,6 Mio. Euro zur Besicherung von Darlehen der HE, 13,0 Mio. Euro im Rahmen der Energiebeschaffung der HE und 5,0 Mio. Euro für die HE-SBG. Des Weiteren hat die HWW für die HE-SBG als Emittentin einer Inhaberschuldverschreibung eine Patronatserklärung abgegeben. Daneben wurde der HE von der Freien und Hansestadt Hamburg eine Bürgschaft zur Kreditbesicherung in Höhe von 5 Mio. Euro gewährt.

Überdies besteht die qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung der HWW für das der HE zur Verfügung gestellte Gesellschafterdarlehen im Wert von 0,8 Mio. Euro zum 31. Dezember 2012 weiter (vgl. Tz. 63).

69. Für die von der HWW für die HE abgegebenen Bürgschaften liegen schriftliche Vereinbarungen über die Entrichtung von Bürgschaftsvergütungen sowie für die der HE-SBG gewährten Bürg-

⁴⁸ IDW-Prüfungsstandard 700, Rn.16.

schaft eine entsprechende Abrechnung vor. Die Höhe der Vergütungen bewegt sich im unteren Bereich des derzeit gängigen Korridors von 0,5 bis 2,0 % der Bürgschaftssumme.

Die Vergütung der von der Freien und Hansestadt Hamburg abgegebenen Bürgschaft für die HE wird mit dem für die städtischen Beteiligungen geltenden Regelsatz von 1 % abgerechnet und befindet sich damit im mittleren Bereich des oben genannten Korridors.

Beides ist nicht zu beanstanden.

Hamburg, den 14. November 2013

Dr. Stefan Schulz

Michael Otto-Abeken

Elisabeth Seeler-Kling

Joachim Mose

Philipp Häfner

Rolf Gläßner

Anlage 1 Auszüge aus der LHO und den Hinweisen**§ 65 LHO Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen**

- (1) Die Freie und Hansestadt Hamburg soll sich, außer in den Fällen des Absatzes 4, an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn
1. ein wichtiges staatliches Interesse vorliegt und sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt,
 2. ihre Einzahlungsverpflichtung auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist,
 3. ihr ein angemessener Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, eingeräumt wird,
 4. gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden.
- (2) Bevor die Freie und Hansestadt Hamburg Anteile an einem Unternehmen erwirbt, ihre Beteiligung erhöht oder sie ganz oder zum Teil veräußert, ist die Einwilligung der für die Finanzen zuständigen Behörde einzuholen. Entsprechendes gilt bei einer Änderung des Nennkapitals oder des Gegenstandes des Unternehmens oder bei einer Änderung des staatlichen Einflusses.
- (3) Die zuständige Behörde soll darauf hinwirken, dass ein Unternehmen, an dem die Freie und Hansestadt unmittelbar oder mittelbar mit Mehrheit beteiligt ist, nur mit ihrer Zustimmung eine Beteiligung von mehr als dem fünften Teil der Anteile eines anderen Unternehmens erwirbt, eine solche Beteiligung erhöht oder sie ganz oder zum Teil veräußert. Die Grundsätze des Absatzes 1 Nummern 3 und 4 sowie des Absatzes 2 Satz 2 gelten entsprechend.
- (4) < Regelungen zu Ewerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften >
- (5) Die auf Veranlassung der Freien und Hansestadt Hamburg gewählten oder entsandten Mitglieder der Aufsichtsorgane der Unternehmen haben bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Landes zu berücksichtigen und die zur Wahrnehmung der Aufgabe der Beteiligungsverwaltung erforderlichen Berichte der zuständigen Behörde zu erstatten.

Hinweise Tz. 40

Der Fortbestand und Erwerb mittelbarer Unternehmensbeteiligungen ist gerechtfertigt, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Der Unternehmenszweck und die Geschäfte einer mittelbaren Beteiligung müssen in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit dem Hauptzweck der Muttergesellschaft stehen. Diese Voraussetzung wird von einem Unternehmen erfüllt, wenn es einem oder mehreren der folgenden Zwecke dient:
 - 1.1 Für die Erfüllung des Unternehmenszwecks der Muttergesellschaft notwendige oder nützliche Aktivitäten werden in organisatorisch und rechtlich verselbständigten Einheiten verfolgt, um die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung zu verbessern,
 - 1.2 Die bei der Muttergesellschaft am Hauptzweck ausgerichteten sachlichen und/oder personellen Kapazitäten werden durch verselbständigte Einheiten besser genutzt. Diese Aktivitäten müssen aber rentabel sein oder zumindest einen Deckungsbeitrag zu den sächlichen/personellen Kosten der Muttergesellschaft erwirtschaften.
 - 1.3 Das in der Muttergesellschaft vorhandene Know-how wird durch verselbständigte Einheiten rentabel genutzt.
 - 1.4 Das im Rahmen der Erfüllung des Hauptzwecks der Muttergesellschaft erschlossene Marktpotential wird für rentable Aktivitäten genutzt. Generell gilt, dass die Maßstäbe für die Risikoabwägung um so enger sein müssen, je mehr das Kriterium der Rentabilität im Vordergrund steht.
2. Das mit der mittelbaren Beteiligung verbundene Risiko muss größenordnungsmäßig überschaubar sein und in angemessenem Verhältnis zum angestrebten Erfolg und zu den Kapitalverhältnissen des Unternehmens stehen. Das setzt das Vorhandensein eines mit den konkreten Problemen des jeweiligen Geschäfts vertrauten Managements voraus.

Hinweise Tz. 41

Auch bei mittelbaren Beteiligungen der Freien und Hansestadt Hamburg ist gemäß § 65 Abs. 3 sicherzustellen, dass der Stadt ein angemessener Einfluss, eingeräumt wird.

Die Steuerung mittelbarer Beteiligungen – also von Tochtergesellschaften direkter Beteiligungen Hamburgs und der HGv – erfolgt grundsätzlich über die Muttergesellschaft. Dies setzt eine angemessene Berichterstattung über die Beteiligungen im Aufsichtsrat der Mutter voraus, die im Finanzausschuss oder ggf. in einem gesonderten Beteiligungsausschuss einer intensiveren Diskussion unterzogen werden soll.

Dementsprechend ist die Wahrnehmung von Mandaten in Aufsichtsräten mittelbarer Beteiligungen durch Vertreter Hamburgs nur in Ausnahmefällen erforderlich falls die Fachbehörde eine eigenständige Steuerung von mittelbaren Beteiligungen zur Wahrnehmung ihrer fachpolitischen Verantwortung als notwendig erachtet.

< ... >

Hinweise Tz. 29a

Bzgl. der Genehmigung neuer Geschäftsfelder hat die Senatskommission für öffentliche Unternehmen für den Senat beschlossen, dass die jeweils zuständige Fachbehörde darauf hinwirkt, dass die Schaffung neuer Geschäftsfelder in den öffentlichen Unternehmen und deren Beteiligungen, soweit sie in Konkurrenz zu privaten, insbesondere mittelständischen, in Hamburg ansässigen Anbietern stehen, von den Aufsichtsräten intensiv geprüft und restriktiv genehmigt wird (Neufassung der Drucksache Nr. 14 für die Sitzung der Senatskommission für öffentliche Unternehmen am 08.07.2003, siehe Anlage 3a).

< ... >

Hinweise Anlage 3a

Restriktive Genehmigung neuer Geschäftsfelder

< ... >

Die Finanzbehörde bittet aber aus diesem Anlass, die Eröffnung neuer Geschäftsfelder durch öffentliche Unternehmen restriktiv zu handhaben. Eine weitere Ausdehnung öffentlicher Unternehmen in Tätigkeitsfelder, in denen Wettbewerb zur mittelständischen Wirtschaft besteht, ist nicht erwünscht.

Nach Auffassung der Finanzbehörde kann eine entsprechende Kontrolle am geeignetsten durch den Aufsichtsrat erfolgen. In den Statuten der öffentlichen Unternehmen ist in der Regel vorgesehen, dass der Aufsichtsrat der Übernahme neuer Aufgaben, insbesondere aber auch der Errichtung von Tochtergesellschaften, zuzustimmen hat. Die Zustimmung sollte in der Regel versagt werden, wenn das neue Aufgabenfeld oder das Tochterunternehmen in Konkurrenz zu privaten, insbesondere mittelständischen, in Hamburg ansässigen Anbietern tritt.

Die Drucksache ist mit den Fachbehörden abgestimmt worden.

Petitum

Die Senatskommission für öffentliche Unternehmen wird gebeten,

- von der Drucksache Kenntnis zu nehmen und
- für den Senat zu beschließen, dass die jeweils zuständige Fachbehörde darauf hinwirkt, dass die Schaffung neuer Geschäftsfelder in den öffentlichen Unternehmen und deren Beteiligungen, soweit sie in Konkurrenz zu privaten, insbesondere mittelständischen, in Hamburg ansässigen Anbietern stehen, von den Aufsichtsräten intensiv geprüft und restriktiv genehmigt wird.

Anlage 2 Ausgewählte Unternehmensdaten

Stand: 31. Dezember 2012

Hamburger Wasserwerke GmbH

Geschäftsführung: Dr. Michael Beckereit, Wolfgang Werner

Gesellschaftsvertrag: § 2 – Gegenstand des Unternehmens

- (1) Der Gegenstand der Gesellschaft ist die Versorgung des Gebietes der Freien und Hansestadt Hamburg mit Wasser in Ausführung des zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Gesellschaft geschlossenen Vertrages vom 16. Juli 1951 einschließlich aller Nachträge und der Abschluss anderweitiger Geschäfte, die unmittelbar oder mittelbar hiermit zusammenhängen. Gegenstand des Unternehmens ist darüberhinaus die Versorgung der Allgemeinheit mit Energie.
- (2) Die Gesellschaft ist berechtigt, Ihre Tätigkeit über die Grenzen der Freien und Hansestadt Hamburg auszudehnen, sie kann sich an anderen Unternehmen die mit der Wasser- oder mit der Energiewirtschaft zusammenhängen beteiligen, und solche Unternehmen erwerben, pachten oder errichten.
- (3) Die öffentlichen Interessen sind nach Maßgabe des Senats zu berücksichtigen.

Erläuterung zur Monopolstellung der HWW

Das gebietsbezogene Versorgungsmonopol der HWW beruht darauf, dass die Verbraucher auf der Grundlage eines in § 4 Abs. 2 HBauO geregelten öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwangs mit Trinkwasser versorgt werden und damit ein Wettbewerb ausgeschlossen ist. In dem zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der HWW geschlossenen Gestattungsvertrag vom 16. Juli 1951 beauftragt die Stadt die HWW mit der Wasserversorgung des großhamburgischen Gebietes, überträgt ihr zu diesem Zweck die gesamten Wasserversorgungsanlagen, räumt ihr Nutzungsrechte am öffentlichen Grund ein und beansprucht dafür eine Konzessionsabgabe. Die HWW erhebt zur Finanzierung der ihr aus der Wasserversorgung entstehenden Aufwendungen und Investitionen privatrechtlich Nutzungsentgelte.

Hamburger Stadtentwässerung AöR

Geschäftsführung: Dr. Michael Beckereit, Wolfgang Werner

Errichtungsgesetz § 2 – Aufgaben, Beteiligungen

- (1) Die Stadtentwässerung nimmt die hoheitliche Aufgabe der Beseitigung des Abwassers wahr, das im Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg mit Ausnahme von Neuwerk anfällt. Sie beseitigt das Abwasser, soweit es der Beseitigungspflicht durch die Freie und Hansestadt Hamburg nach § 2 des Hamburgischen Abwassergesetzes vom 21. Februar 1984 mit der Änderung vom 22. Dezember 1992 (...) unterliegt. Die Freie und Hansestadt Hamburg bedient sich der Stadtentwässerung zur Wahrnehmung ihrer Erschließungslast. Im Übrigen obliegt der Stadtentwässerung die Mitwirkung beim vorbeugenden und abwehrenden Katastrophenschutz.
- (2) Der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg kann der Stadtentwässerung durch Rechtsverordnung nach § 1 Absatz 2 des Hamburgischen Gesetzes über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 28. März 1955 (...), zuletzt geändert am 16. Januar 1989 (...), weitere Aufgaben, die im fachlichen Zusammenhang mit den Aufgaben nach Absatz 1 stehen, zur Erfüllung übertragen (Auftragsangelegenheiten), auch soweit sie hoheitlicher Art sind.
- (3) Daneben kann die Stadtentwässerung Geschäfte und Tätigkeiten jeglicher Art auf dem Gebiet der Abwasserbeseitigung sowie Geschäfte und Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Klärschlammabeseitigung durchführen.
- (4) Die Stadtentwässerung hat die vom Senat festgelegten öffentlichen Interessen, insbesondere die umwelt-, arbeitsmarkt- und ausbildungspolitischen sowie städtebaulichen und wohnungsbaulichen Ziele zu beachten.
- (5) Regelungen zum Eingehen von Beteiligungen.
- (6) Regelungen zum Datenschutz.

Erläuterung zur Monopolstellung der HSE

Für die HSE ergibt sich die Monopolstellung aus der in § 4 Abs. 3 HBauO und in § 6 Abs. 1 HmbAbwG festgeschriebenen Anschlusspflicht bebauter Grundstücke an die öffentlichen Abwasseranlagen in Verbindung mit der ihr von der Freien und Hansestadt Hamburg in § 2 Abs. 1 SEG übertragenen hoheitlichen Aufgabe der Abwasserbeseitigung im Hamburger Stadtgebiet. Die Finanzierung der mit der Abwasserbeseitigung verbundenen Aufwendungen und Investitionen erfolgt über die Erhebung öffentlich - rechtlicher Gebühren bei den Nutzern.

Hamburg Energie GmbH

Geschäftsführung: Dr. Michael Beckereit

Gesellschaftsvertrag: § 2 – Gegenstand des Unternehmens

- (1) Gegenstand des Unternehmens ist die Versorgung der Allgemeinheit sowie der öffentlichen Einrichtungen der Freien und Hansestadt Hamburg mit Energie einschließlich aller damit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten. Das Unternehmen plant, errichtet und betreibt kommunale Infrastruktur.
- (2) Die Gesellschaft ist berechtigt alle mit dem Gegenstand des Unternehmens in Zusammenhang stehenden Hilfs- und Nebengeschäfte durchzuführen. Sie ist auch berechtigt, sich an anderen Unternehmen zu beteiligen und Tochtergesellschaften zu gründen.
- (3) Das Unternehmen soll Aufgaben der Daseinsvorsorge übernehmen und wird sein wirtschaftliches Handeln daran ausrichten. Es ist dem Klimaschutz verpflichtet und richtet seine Geschäftspolitik daran aus.
- (4) Das Unternehmen bietet klimafreundlichen Strom (atom- und kohlefrei) am Markt an.

Hamburg Energie Solar GmbH

Geschäftsführung: Volker Malle

Gesellschaftsvertrag: § 2 – Gegenstand des Unternehmens

- (1) Gegenstand des Unternehmens ist die Errichtung und der Betrieb von Photovoltaikanlagen im Stadtgebiet der Freien und Hansestadt Hamburg sowie Beteiligung an Gesellschaften, die vorgenannten Gegenstand des Unternehmens haben.
- (2) Die Gesellschaft darf alle Geschäfte vornehmen, die dem Gegenstand des Unternehmens unmittelbar oder mittelbar zu dienen geeignet sind.

Hamburg Energie Wärme GmbH

Geschäftsführung: Volker Malle, Winfried Beisert

Gesellschaftsvertrag: § 2 – Gegenstand des Unternehmens

- (1) Gegenstand des Unternehmens ist die Erzeugung und der Vertrieb von Energie und Wärme sowie die Errichtung, der Erwerb und der Betrieb von Anlagen und Einrichtungen, die der Versorgung mit Energie und Wärme dienen und alle damit zusammenhängenden Dienstleistungen (ausgenommen Tätigkeiten, die nach § 4 EnWG einer Genehmigungspflicht unterliegen).

- (2) Die Gesellschaft ist zu allen Maßnahmen und Geschäften berechtigt, die dem Gesellschaftszweck unmittelbar oder mittelbar zu fördern oder zu dienen geeignet sind. Die Gesellschaft ist berechtigt, Zweigniederlassungen zu errichten und andere Unternehmen zu gründen, zu erwerben oder sich an solchen zu beteiligen.

Geschäftszahlen zum 31. Dezember 2012 bzw. für 2012

<i>Unternehmen</i>	<i>Bilanzsumme</i>	<i>Eigenkapital</i>	<i>Umsatz</i>	<i>Jahresergebnis</i>	<i>Beschäftigte</i>
	<i>Mio. Euro</i>				<i>Anzahl</i>
HWW	573,9	141,7	217,6	30,1	1.198
HSE	3.240,5	1.122,4	306,3	31,3	1.113
HE	44,5	1,8 (-2,4)	135,3	0,8 (-3,4)	31
HE-S	6,5	-0,8	0,0	0,0	Keine
HE-SBG	26,7	4,0	2,8	0,3	Keine
HE-W	0,4	0,4	0,0	0,0	Keine

Quelle: Geschäftsberichte

Anzahl der Beschäftigten im Jahresdurchschnitt

Die Zahlen in Klammern würden sich für die HE ergeben, wenn Investitionszuschüsse in Höhe von 4,2 Mio. Euro entsprechend den für den Konzern Freie und Hansestadt Hamburg geltenden Bilanzierungsstandards behandelt worden wären (vgl. Tz. 64).

Anlage 3 Übersicht zu der Vergabe von Aufträgen

<i>Nr.</i>	<i>Auftraggeber (vgl. Tz.)</i>	<i>Leistung</i>	<i>Auftrags- volumen</i>	<i>Vergabeart</i>
1	FHH (32)	Dienstleistung zur Strom- lieferung (Abwicklung/ Bilanzkreismanagement)	> EU – SW	Ausschrei- bung/kein Zuschlag
2	FHH (32)	„integrierter“ Stromliefervertrag (Tranchenlieferung zu Börsenpreisen + Dienst- leistungen)	> EU – SW	Ausschreibung
3	FHH (32)	„integrierter“ Gaslieferungs- und Dienstleistungsvertrag (Tranchenbeschaffung zu Börsenpreisen)	> EU – SW	Ausschrei- bung/kein Zuschlag
4	EG „Hamburg Wasser“ ohne HSE (35/39)	„integrierter“ Gaslieferungs- und Dienstleistungsvertrag (Tranchenbeschaffung zu Börsenpreisen)	> EU – SW	Verlängerung
	HWW (35/41)	Dienstleistungsvertrag zur Gaslieferung	< EU – SW	Direktvergabe
		Kaufvertrag Gas/Lieferung zu Börsenpreisen	0 (Lieferwert der Waren > EU – SW)	Direktvergabe
6	HSE (35/41)	Dienstleistungsvertrag zur Gaslieferung	< EU – SW	Direktvergabe
		Kaufvertrag Gas/Lieferung zu Börsenpreisen	0 (Lieferwert der Waren > EU – SW)	Direktvergabe
7	Bäderland (35/40)	„integrierter“ Gaslieferungs- und Dienstleistungsvertrag (Tranchenbeschaffung zu Börsenpreisen)	< EU – SW (Lieferwert der Waren?)	Marktanfrage
8	EG „Ham- burg Was- ser“ (35)	Dienstleistungsvertrag zur Stromlieferung (ohne Abwicklungsleistungen/ Bilanzkreismanagement)	< EU – SW	Direktvergabe
		Kaufvertrag Strom/Lieferung zu Börsenpreisen	0 (Lieferwert der Waren > EU – SW)	Direktvergabe
9	Hochbahn (45/47)	Gaslieferung (Vollversorgung)	> EU – SW	Nicht-förm- liche Aus- schreibung
10	Hochbahn (45/48)	Gasliefer- und Dienstleistungsvertrag	> EU – SW	Verlängerung Auftrag Nr. 9
11	Hochbahn (45/48)	Stromliefer- und Dienstleistungsvertrag	> EU – SW	Europaweites Verhandlungs- verfahren

Quelle: Eigene Darstellung

Auftragsvolumen Netto, über die gesamte Vertragslaufzeit,
ggf. inkl. Verlängerungsoption

EG Einkaufsgemeinschaft

EU – SW EU – Schwellenwert