

I. Ergebnis der Überprüfung der MVR-Jahresabschlüsse 1995 - 2011

In der ZDF-Fernsehsendung „Frontal 21“ am 28.02.2012 wurden die hohen Umsatzrenditen verschiedener Müllverbrennungsanlagen in Deutschland kritisiert. Die MVR Rugenberger Damm stach mit einer behaupteten Umsatzrendite von 42,5% besonders hervor.

Der Entsorgungsverbund (bestehend aus den Landkreisen Harburg, Stade, Rotenburg und dem Heidekreis) hatte deshalb die BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft AG beauftragt, sämtliche Jahresabschlüsse der MVR GmbH & Co. KG hinsichtlich Umsatzerlösen, Jahresüberschüssen und Umsatzrenditen zu überprüfen, weil die Stadtreinigung Hamburg (SRH) und MVR zuvor in einer gemeinsamen Stellungnahme erklärt hatten, dass insbesondere in den ersten Betriebsjahren hohe Verluste zu verzeichnen waren und infolgedessen eine so hohe Umsatzrendite gar nicht erzielt werden konnte. Bei der Ermittlung der Umsatzrendite von 42,5% habe der von Frontal 21 beauftragte Wirtschaftsprüfer lediglich das Jahr 2010 betrachtet.

Die BDO AG stellt in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2012 im Ergebnis fest, dass die durchschnittliche Umsatzrendite der Jahre 1995 bis 2010 zwischen 5,1% (bei Berücksichtigung fiktiver Körperschaftsteuer) und 6,8% (bei Nichtberücksichtigung fiktiver Körperschaftsteuer) liegt. Unter Berücksichtigung des Jahresabschlusses zum 31.12.2011, der im Juni noch nicht veröffentlicht war, ergibt sich eine durchschnittliche Umsatzrendite der Jahre 1995 - 2011 von 7,4% (bei Berücksichtigung fiktiver Körperschaftsteuer) bzw. von 9,5% (ohne Berücksichtigung fiktiver Körperschaftsteuer).

Zu den Ursachen der Differenzen zwischen den Kosten der Müllverbrennung lt. Preiskalkulation und dem Aufwand in den Gewinn- und Verlustrechnungen der MVR hat die BDO mit Schreiben vom 24.10.2012 Folgendes festgestellt:

1.) In der Handelsbilanz hat die MVR degressiv abgeschrieben. Das hat zur Folge, dass in den Anfangsjahren hohe Aufwendungen aus Abschreibung in das Ergebnis eingeflossen sind. In späteren Jahren ist der Abschreibungsaufwand gesunken und das Ergebnis hat sich sukzessive verbessert.

Demgegenüber ist preisrechtlich nach den Leitsätzen für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP) nur eine lineare Abschreibung zulässig (Nr. 38, 39 LSP). Das führt dazu, dass in den ersten Jahren des Anlagenbetriebs die Abschreibungen in der Handelsbilanz deutlich höher sind als in der Preiskalkulation; während in den letzten Jahren die Abschreibungen in der Preiskalkulation höher sind als in der Handelsbilanz. Dieser Unterschied ist ein wesentlicher Grund für die geringeren handelsrechtlichen Aufwendungen, die sich in den letzten Jahren des Anlagenbetriebs ergeben haben.

2.) In der Preiskalkulation sind kalkulatorische Zinsen angesetzt worden; und zwar in Höhe von 6% p.a. auf das betriebsnotwendige Vermögen.

Die für Fremdkapital tatsächlich entstandenen Aufwendungen (Zinsen) sind außer Ansatz geblieben (Nr. 43 Abs. 3 LSP).

Demgegenüber sind in der handelsrechtlichen GuV die tatsächlichen Fremdkapitalzinsen angesetzt worden. Da diese deutlich niedriger als die kalkulatorischen Zinsen waren, liegt hierin ein weiterer Grund für die Abweichung zwischen Kosten in der Preiskalkulation und Aufwendungen in der GuV.

Am Beispiel der kalkulatorischen Zinsen zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen Preiskalkulation und handelsrechtlicher Rechnungslegung. In die Preiskalkulation fließen zum Teil kalkulatorische Kosten ein; also Kosten - wie die kalkulatorischen Zinsen -, die nicht die tatsächlichen Aufwendungen abbilden, sondern nach kostenrechnerischen Gesichtspunkten (kalkulatorisch) ermittelt werden (sog. Zusatz- oder Anderskosten). Die tatsächlichen Aufwendungen werden in der Preiskalkulation neutral erfasst (Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl., Nr. 37 LSP, Rdnr. 1).

3.) Der im vorliegenden Fall kalkulierte Selbstkostenfestpreis beruht auf einer Vorkalkulation; also einer Kalkulation, die - soweit sich die Grundkostenelemente hinreichend übersehen lassen - zwingend im Voraus anzustellen ist (§ 6 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53).

Das bedingt natürlich, dass die tatsächliche Kostenentwicklung sich nur mehr oder weniger genau schätzen lässt. Das Risiko, das in jeder Vorkalkulation liegt, tragen die Vertragsparteien, d.h. der Auftraggeber muss gewärtig sein, dass die tatsächlich Kosten niedriger sind als in der Vorkalkulation angenommen, während der Auftragnehmer die Gefahr höherer Kosten trägt (Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 8. Aufl., § 6 VO PR Nr. 30/53, Rdnr. 2). Für die Landkreise bedeutet das, dass sie das Risiko niedrigerer Kosten als in der Vorkalkulation angenommen tragen.

II. Bindung der Landkreise an den nach Preisprüfung festgestellten Selbstkostenfestpreis

Mit der im Jahr 2007 durchgeführten öffentlichen Preisprüfung ist der beim Landgericht Hamburg anhängig gewesene Zivilrechtsstreit über die preisrechtliche Zulässigkeit des durchsatzunabhängigen Teils des Verbrennungspreises einvernehmlich beendet worden. Die Parteien haben sich im Vergleichswege darauf verständigt, dass der von MVR/SRH kalkulierte Preis einer Preisprüfung unterzogen und der vom Prüfer als zulässig bestimmte Preis als durchsatzunabhängiger Verbrennungspreis für die gesamte Vertragslaufzeit (1999-2019) gelten solle. Die Parteien sind an diesen Preis gebunden.

Ein Abrücken von diesem Vergleich kommt nur unter engen Voraussetzungen in Betracht; nämlich im Falle

- des Rücktritts (1.)
- der Aufhebung (2.)
- der Nichtigkeit (3.)
- der Anfechtbarkeit (4.)
- des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (vgl. Zöller; Zivilprozessordnung, 25. Aufl., § 794, Rdnr. 15 ff.) (5.)

1. Rücktritt

Ein Rücktrittsrecht ist im Vergleich nicht vorgesehen.

2. Aufhebung

Es ist nicht zu erwarten, dass SRH/MVR einer einvernehmlichen Aufhebung zustimmen werden.

3. Nichtigkeit

Ein Vergleich, durch den der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird, ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde (§ 779 Abs. 1 BGB).

Der als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt ist der unstreitige Sachverhalt, von dem die Parteien bei Abschluss des Vergleichs ausgehen (Palandt; BGB, 71. Aufl., § 779, Rdnr. 15). Geregelt ist hiermit der Fall eines beiderseitigen Irrtums, der außerhalb des Streits der Parteien war (Palandt, a.a.O., Rdnr. 1). Nicht erfasst ist dagegen der Sachverhalt, der vor dem Vergleich als streitig oder ungewiss angesehen wurde (Palandt, a.a.O., Rdnr. 15). Für streitige oder ungewisse Umstände, deren Bedeutung und Folgen die Parteien zur Streitbeilegung im Vergleich regeln, die in Wahrheit aber von den angenommenen Größen abweichen, übernehmen die Parteien selbst das Risiko (OLG Hamm, NJW-RR 2006, 65).

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob der von der Preisprüfungsbehörde festgestellte Selbstkostenfestpreis tatsächlich zutreffend ermittelt wurde. Der preisrechtlich zulässige Höchstpreis war somit gerade Gegenstand des Streits vor dem Landgericht, der durch den Vergleich beendet werden sollte. Eine Unwirksamkeit nach § 779 BGB kommt daher nicht in Betracht.

4. Anfechtbarkeit

Ausgeschlossen von der Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB (Erklärungsirrtum, Inhaltsirrtum) ist jeder Irrtum, der sich auf einen durch den Vergleich erledigten umstrittenen oder ungewissen Punkt bezieht (RG 162,201; Palandt, a.a.O., Rdnr. 26), hier also jeder Irrtum über den preisrechtlich zulässigen Höchstpreis.

Das gilt allerdings nicht für eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB (BGH NJW 1999, 2804). Jedoch sind Abweichungen zwischen dem vorkalkulatorischen Wert und den tatsächlich anfallenden Kosten nicht von vornherein ein Beleg für eine unangemessene vorkalkulatorische Preisermittlung. Zweck eines Selbstkostenfestpreises ist es gerade, für den Auftragnehmer (SRH/MVR) einen Anreiz zu schaffen, organisatorische und betriebliche Leistungssteigerungen anzustreben und dadurch einen zusätzlichen Leistungsgewinn zu erwirtschaften (Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, zu § 6 VO PR Nr. 30/53, (B) IV 1.). Nur soweit die Abweichungen auf vorsätzlich unrichtigen Angaben bei der Erstellung der Vorkalkulation beruhen, käme eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung in Betracht (Michaelis/Rhösa, a.a.O.). Dafür fehlt aber bislang jeder Anhaltspunkt.

5. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrages verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann (§ 313 BGB).

Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind und sich nachträglich schwerwiegend verändert haben, könnten zum einen der im Laufe der Jahre stark erhöhte handelsrechtliche Jahresüberschuss der MVR sein; zum anderen der nachhaltige Rückgang der Abfallmengen.

Was die hohen Jahresüberschüsse der MVR angeht, ist schon sehr fraglich, ob deren Höhe überhaupt Grundlage des Vergleichs gewesen ist. Zwar hat man sich im Zusammenhang mit der Kalkulation des Verbrennungspreises seinerzeit auf einen kalkulatorischen Gewinn der MVR von 2,5% auf das betriebsnotwendige Vermögen (BNV) verständigt. Das bedeutete einen kalkulatorischen Gewinn in Höhe von TEUR 3.262 (Preisstand 31.12.2003). Demgegenüber belief sich der handelsrechtliche Jahresüberschuss zuletzt (2010) auf TEUR 19.288 (vor fiktivem Steueraufwand gemäß § 264c Abs. 3 HGB). Der kalkulatorische Gewinn nach öffentlichem Preisrecht hat jedoch nichts zu tun mit dem Jahresüberschuss nach Handelsbilanz. Es handelt sich um eine reine kostenrechnerische Größe, die zur Ermittlung des preisrechtlich zulässigen Selbstkostenfestpreises erforderlich ist. Sie begrenzt den handelsrechtlichen Gewinn in keiner Weise. Da es im Zivilrechtsstreit mit der SRH nur um den „richtigen“ Selbstkostenfestpreis ging, hat der handelsrechtliche Jahresüberschuss der MVR seinerzeit in den Verhandlungen keine Rolle gespielt. Das spricht gegen seine Qualifizierung als Vertragsgrundlage.

Unabhängig von der Frage, ob der handelsrechtliche Jahresüberschuss Grundlage des Vertrages war, steht auch die vertragliche Risikoverteilung der Anwendung des § 313 BGB entgegen. Nach der Rechtsprechung geben Umstände, die nach dem Vertrag in den Risikobereich einer Partei fallen, dieser kein Recht, sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen (BGHZ 129,236). Als Risikoübernahme ist auch die Vereinbarung eines Festpreises anzusehen (BGHZ, a.a.O.; Palandt, BGB, 71. Aufl., § 313, Rdnr. 20). Das bedeutet, dass derjenige, der einem Festpreis zustimmt, sich im Nachhinein nicht darauf berufen kann, dass dem Preis keine angemessene Gegenleistung gegenüber steht.

Ob diese Rechtsprechung auch auf öffentliche Aufträge Anwendung findet, ist unklar. Immerhin ist ein öffentlicher Auftraggeber gem. § 1 Abs. 2 VO PR 30/53 gehalten, einen Festpreis zu vereinbaren. Es ließe sich argumentieren, dass eine Risikoübernahme nur anzunehmen sei, wenn der Auftraggeber eine Wahl gehabt habe; also auch einen anderen als einen Festpreis hätte vereinbaren können. Diese Frage kann letztlich nicht mit Sicherheit beantwortet werden. In Anbetracht der BGH-Rechtsprechung besteht aber ein hohes Rechts- und Prozessrisiko.

III. Bring or pay-Klausel

Unabhängig von der Frage, ob ein Abrücken vom Prozessvergleich und dem darin enthaltenen Verbrennungspreis rechtlich möglich ist, könnte die bring or pay-Klausel im Vertrag gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Folge wäre, dass bei Anlieferung geringerer Abfallmengen auch nur ein geringerer Preis bezahlt werden müsste. Der Nachweis, dass die bring or pay-Klausel des Entsorgungsvertrages als „Allgemeine Geschäftsbedingung“ (AGB) anzusehen und damit einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist (§ 305 ff. BGB), dürfte allerdings schwer zu führen sein. Dies würde voraussetzen, dass die Klausel a) in weiteren Entsorgungsverträgen (insges. mind. 3 Verwendungen) verwendet wurde und b) die betreffende Klausel von der MVR einseitig „gestellt“ wurde.

Umfragen der Abfallwirtschaft bei benachbarten (insbes. schleswig-holsteinischen) Kreisen ergaben Fehlanzeige. Insofern ist Punkt a) nicht nachweisbar.

Aktenstudium ergab, dass 1995 der Landkreis Harburg in den Verhandlungen mit der SRH die bring or pay-Klausel und die daraus folgenden Konsequenzen am 03.07.1995 bei der SRH ins Gespräch gebracht hat. Herr Dr. Krüger (seinerzeitiger Geschäftsführer der SRH) hat mit Schreiben vom 05.07.1995 mitgeteilt, dass im Falle des Unterschreitens der vertraglich vereinbarten 120.000 t pro Jahr die bring or pay-Klausel angewendet werde. In der Akte findet sich allerdings kein Hinweis darauf, dass dieser Regelung letztlich widersprochen wurde. Es spricht daher einiges dafür, dass die Klausel seinerzeit tatsächlich von der SRH gestellt und nicht individuell verhandelt wurde.

Die - nicht rechtskräftige - Entscheidung des OLG Hamm zu einer bring or pay-Klausel in einem Entsorgungsvertrag mit einer Müllverbrennungsanlage ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar, denn - im Gegensatz zur Entscheidung des OLG Hamm - ist die mehrfache Verwendung der Klausel nicht nachweisbar.

IV. Empfehlung zum weiteren Vorgehen

Ein Vorgehen gegen den Vergleich oder gegen den Ursprungsvertrag ist großen rechtlichen Risiken ausgesetzt und derzeit nicht empfehlenswert.



(RA Stefan Bethge)



(RA Rainer Engelke)