



Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

97070 Würzburg  
Domerschulstraße 16  
Telefon: (0931) 31-8 82335  
E-Mail: [Kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de](mailto:Kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de)  
Sekretariat: [REDACTED]

Würzburg, den 18.09.2018

**Gutachterliche Stellungnahme  
zur Bedeutung der Landeshaushaltsordnung und dem europäischen  
Beihilferecht im Kontext der  
Rekommunalisierung der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH**

**im Auftrag der Behörde für Umwelt und Energie der  
Freien und Hansestadt Hamburg**

**erstattet durch Professor Dr. Kyrill-A. Schwarz (Universität Würzburg)**

**September 2018**

## I. Ausgangssituation

Der Senat und die Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg haben durch Volksentscheid vom 22. September 2013 den nach Art. 50 Abs. 4a Satz 1 bindenden Auftrag erhalten, die zuvor privatisierten Energienetzgesellschaften wieder vollständig in die Öffentliche Hand zu übernehmen.

*Der Text der Fragestellung lautet: „Senat und Bürgerschaft unternehmen fristgerecht alle notwendigen und zulässigen Schritte, um die Hamburger Strom-, Fernwärme- und Gasleitungsnetze 2015 wieder vollständig in die Öffentliche Hand zu übernehmen. Verbindliches Ziel ist eine sozial gerechte, klimaverträgliche und demokratisch kontrollierte Energieversorgung aus erneuerbaren Energien...“ – zitiert nach der Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft vom 15. Oktober 2013, Drs. 20/9600, S. 1 -*

Ein Teil davon ist auch die Fernwärmeversorgung (bisher: Vattenfall Wärme Hamburg GmbH), an der die Stadt auf der Grundlage eines entsprechenden notariellen Vertrages vom 28. November 2011 bereits mit 25,1 Prozent beteiligt ist. Für den weiteren Erwerb der verbleibenden Anteile in Höhe von 74,9 Prozent ist ein Beschluss der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg erforderlich.

In der Umsetzung der verbindlichen Vorgaben des Volksentscheids hat der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg (über die Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement – HGV) mit der Vattenfall GmbH als derzeitigem Mehrheitsgesellschafter einen Vertrag geschlossen, der der Stadt die Option zum Kauf der verbleibenden Anteile zum 1. Januar 2019 einräumt.

- vgl. dazu die Vereinbarung Wärme einschließlich der 2. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag Wärme vom 15./16. Januar 2014, Ziffer 6a -

Ausweislich der zuvor genannten Vereinbarung ist die Festsetzung eines Mindestpreises in Höhe von 950 Mio. Euro vereinbart.

- vgl. dazu die Vereinbarung Wärme einschließlich der 2. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag Wärme vom 15./16. Januar 2014, Ziffer 6a.3 -

Zudem haben die Parteien vereinbart, den Unternehmenswert als objektivierte Marktwert des Eigenkapitals nach dem Discounted-Cashflow-Verfahren nach IDW S 1 zu ermitteln.

- vgl. dazu die Vereinbarung Wärme einschließlich der 2. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag Wärme vom 15./16. Januar 2014, Ziffer 6a.3 a (i) -

Dabei sind sich die Parteien ferner einig gewesen, dass ein so ermittelter höherer Wert zu einer Preisanpassung nach oben (entsprechend dem tatsächlichen Unternehmenswert) führt, bei einem den Mindestkaufpreis unterschreitenden Unternehmenswert die Freie und Hansestadt Hamburg indes zur Zahlung des vertraglichen Mindestkaufpreises in Höhe von 950 Mio. Euro verpflichtet bleibt.

- vgl. dazu die Vereinbarung Wärme einschließlich der 2. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag Wärme vom 15./16. Januar 2014, Ziffer 6a.3 -

In der Zwischenzeit liegt ein entsprechendes Gutachten vor, das den objektivierten Unternehmenswert auf 645,1 Mio. Euro beziffert.

## II. Gutachtauftrag

Vor diesem Hintergrund hat die Behörde für Umwelt und Energie der Freien und Hansestadt Hamburg den Unterzeichner um die Erstellung eines Rechtsgutachtens zu folgender Fragestellung gebeten:

- **„Wie verhalten sich die Bindungswirkung des Volksentscheids vom 22. September 2013 einerseits und die Bestimmungen der Landeshaushaltsordnung (LHO) – hier in Sonderheit § 7 LHO – andererseits zueinander?**
- **Wie ist das Wirtschaftlichkeitsgebot der LHO im Hinblick auf den Erwerb des Fernwärmeunternehmens – auf der Grundlage eines Beschlusses der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg und auf die damit verbundenen Zielsetzungen auszulegen?**
- **Welcher Stellenwert kommt in diesem Zusammenhang einer Unternehmensbewertung zu? In welchem Umfang müssen bei einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung neben dem objektivierten Ertragswert (IDW S 1) weitere Faktoren berücksichtigt werden (Unternehmenswert aus Käufersicht, Gestaltungsmöglichkeiten als kommunaler Eigentümer (Luftreinhaltung, Klimaschutz, soziale Preisgestaltung etc.))?“**
- **Welche beihilferechtlichen Fragestellungen können sich aus einem entsprechenden Rückkauf ergeben?**

Das erbetene Rechtsgutachten wird hiermit vorgelegt. Das Gutachten berücksichtigt nach bestem Wissen und Gewissen Rechtsprechung und Literatur. Dem Unterzeichner haben zur gutachterlichen Prüfung der zuvor genannten Fragen die entsprechenden notariellen Verträge zur Rekommunalisierung vorgelegen.

Das Gutachten beschränkt sich ausschließlich auf die Prüfung der normativen Vorgaben einer Rekommunalisierung und enthält sich jeder politischen Bewertung der im Einzelnen hochkomplexen Vorgänge.

### III. Rechtliche Rahmenbedingungen

#### 1. Die Bindungswirkung des Volksentscheids vom 22. September 2013

Zentrale rechtliche Vorgabe für die Frage nach der Bindungswirkung des Volksentscheids ist Art. 50 Abs. 4a Satz 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg.

- „Ein Volksentscheid über eine andere Vorlage bindet Bürgerschaft und Senat.“ -

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg in Art. 50 Abs. 1 Satz 2 einen Negativkatalog der Themenkomplexe enthält, die nicht zum Gegenstand plebiszitärer Elemente gemacht werden dürfen.

- Art. 50 Abs. 1 Satz 2: „Bundesratsinitiativen, Haushaltspläne, Abgaben, Tarife der öffentlichen Unternehmen sowie Dienst- und Versorgungsbezüge können nicht Gegenstand einer Volksinitiative sein.“ -

Auch wenn der Volksentscheid vom 22. September 2013 nicht unmittelbar die Gesetzgebung betrifft, so handelt es sich gleichwohl um eine nach Art. 50 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg grundsätzlich zulässige plebiszitäre Entscheidung, betrifft sie doch eine „Befassung mit bestimmten Gegenständen der politischen Willensbildung (andere Vorlage)“. Sie ist – wie auch der Wortlaut der Fragestellung deutlich macht – als Aufforderung an Senat und Bürgerschaft zu verstehen, ihrerseits entsprechende Maßnahmen einzuleiten.

- vgl. dazu *HbgVerfG*, NVwZ-RR 2006, 370 (371) -

Allerdings kann die Bindungswirkung nach Art. 50 Abs. 4a Satz 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg nur dann zu bejahen sein, wenn der Volksentscheid im Übrigen rechtmäßig war.

Zweifel daran können sich zunächst aus der Finanzwirksamkeit der Fragestellung und der dann erforderlichen Umsetzung ergeben, da unstreitig die entsprechenden finanziellen Mittel auf der Grundlage eines Beschlusses der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg über den Haushaltsplan bereitgestellt werden müssen. Dies gilt allerdings nicht für unverbindliche Artikulationen des Volkswillens, die gerade keine Bindungswirkung entfalten.

- vgl. dazu *David*, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2. Aufl., 2004, Art. 50 Rdnr. 43 -

Wenngleich seit der Verfassungsänderung aus dem Jahr 2008 die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg nicht mehr den Begriff der „Haushaltsangelegenheiten“ in Art. 50 Abs. 1 Satz 2, sondern den engeren Begriff der „Haushaltspläne“ verwendet, so ist dieser – nach hier vertretener Ansicht – durch die Finanzierung des Rückerwerbs (also der in Rede stehenden Rekommunalisierung) unmittelbar berührt.

Auch wenn nicht übersehen werden darf, dass sicherlich nicht jede Finanzwirksamkeit zur Unzulässigkeit entsprechender plebiszitärer Entscheidungen führen darf, da anderenfalls nur wenig Raum für eine Volksgesetzgebung bliebe,

- vgl. dazu auch *HbgVerfG*, NVwZ-RR 2006, 370 (372) -

so ist doch zu berücksichtigen, dass nach der – im Wesentlichen übereinstimmenden – Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte die Frage der Finanzwirksamkeit im Einzelfall nach Maßgabe folgender Erwägungen zu beantworten ist. Insgesamt handelt es sich jedenfalls um eine wertende Gesamtbetrachtung.

- so beispielsweise *BayVerfG*, DVBl. 1995, 419 (424, 426 f.); DVBl. 2000, 397 (399); *Nds-StGH*, DVBl. 2002, 43 (46) -

Dabei sei für die Frage, ob das Budgetrecht des Parlaments beeinträchtigt werden könne, zum einen maßgeblich auf die absolute und relative Höhe der ausgelösten Belastungen sowie auf Art und Dauer der Belastungen abzustellen.

- vgl. nur *BayVerfG*, DVBl. 1995, 419 (424, 426 f.) -

Auch sei dann eine Unzulässigkeit eines Volksentscheids anzunehmen, wenn die Entscheidung auf den Gesamtbestand des Haushalts Einfluss nehme und damit das Gleichgewicht des gesamten Haushalts gestört werde und dies zu einer Neuordnung der Finanzen führen müsste.

- vgl. nur *BremStGH*, NVwZ 1998, 388 (390); *NdsStGH*, DVBl. 2002, 43 (46); ähnlich auch *BVerfGE* 102, 176 (188 f.) zur Sicherung der Etathoheit -

Das Hamburgische Verfassungsgericht hat – allerdings in einer Entscheidung, für die noch Art. 50 Abs. 1 Satz 2 in der alten Fassung („Haushaltsangelegenheiten“) galt – auch auf eine wertende Gesamtbetrachtung abgestellt, bei der neben der absoluten und relativen Höhe der Kosten eines Volksbegehrens auch die Umstände des Einzelfalls einzubeziehen sind.

- vgl. dazu auch *HbgVerfG*, NVwZ-RR 2006, 370 (373) -

Maßgeblich sei insoweit das Gebot, die Leistungsfähigkeit von Staat und Verwaltung zu sichern.

- so *HbgVerfG*, NVwZ-RR 2006, 370 (373) unter Hinweis auf *BVerfGE* 102, 176 (187) -

Lassen die vorstehenden Ausführungen zunächst durchaus Zweifel an der (damaligen) Zulässigkeit des Volksentscheids vom 22. September 2013 erkennen,

- vgl. zu entsprechenden Bedenken auch den Antrag der CDU-Fraktion vom 8. Februar 2012, Drs. 20/3165 -

so ist aber zu berücksichtigen, dass dieser Volksentscheid nicht zum Gegenstand eines nach Art. 50 Abs. 6 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg möglichen verfassungs-

gerichtlichen Verfahrens gemacht wurde und schon aus diesem Grund keine abschließende – und rechtlich verbindliche (Gesetzeskraft der Entscheidung) – Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Volksentscheids getroffen wurde.

Zudem ist in Erwägung zu ziehen, dass gerade die Änderung der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg aus dem Jahr 2008 den Anwendungsbereich der Finanzwirksamkeit enger zieht und gerade nicht mehr „Haushaltsangelegenheiten“ zum Maßstab der Finanzwirksamkeit macht, sondern nur noch auf Haushaltspläne abzielt.

Vor diesem Hintergrund könnte man zum einen in Erwägung ziehen, den Haushaltsvorbehalt nunmehr auch – in Anlehnung an die Rechtsprechung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofes – deutlich enger zu ziehen und einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Haushaltsgrundsätze erst dann anzunehmen, wenn der Haushalt infolge des Volksgesetzes mit den einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar wäre, ohne dass der parlamentarische Gesetzgeber eine rechtliche Möglichkeit hätte, dieses zu verhindern.

- so *SächsVerfGH*, NVwZ 2003, 472 (476) -

Dementsprechend könnte man die Fragestellung des Volksentscheids auch so interpretieren, dass er lediglich einen Handlungsauftrag (also das „Ob“ einer politischen Umsetzung) formuliert, das „Wie“ der Umsetzung – und insbesondere deren finanzielle Bewältigung – aber Bürgerschaft und Senat mit einem politischen Gestaltungsspielraum belässt, ohne unmittelbar in das Budgetrecht der Bürgerschaft einzugreifen. Bei diesem Verständnis könnte die Finanzierungsfrage der Umsetzung sich gewissermaßen als bloßer Rechtsreflex erweisen, ohne dass die Budgethoheit entsprechend beeinträchtigt wird. Ein solches Verständnis der Fragestellung würde es auch gestatten, das Merkmal der „...zulässigen und notwendigen Schritte...“ so zu interpretieren, dass selbstverständlich auch bei der Umsetzung des Volksentscheids die sich im Übrigen aus der Rechtsordnung ergebenden Grenzen, zu deren Beachtung nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg das Gebot der Rechtsstaatlichkeit und damit der Vorrang des Gesetzes gehört, zu beachten sind. Dies führt nicht etwa dazu, dem Volksentscheid seine Verbindlichkeit abzusprechen; vielmehr wird die Entscheidungsfrage so interpretiert, dass es im Ergebnis um einen allgemeinen Handlungsauftrag geht, der der näheren Konkretisierung und Umsetzung durch die Bürgerschaft und den Senat der Freien und Hansestadt Hamburg bedarf.

- es sei nur darauf hingewiesen, dass es in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte bisher keine Entscheidung zur Interpretation entsprechender plebiszitärer Begehren gibt; gleichwohl stellt dies keine offene verfassungsrechtliche Flanke dar, da eine verfassungsgerichtliche Überprüfung des Volksentscheids vom 22. September 2013 ohnehin prozessual verfristet wäre -

Im Ergebnis kann daher von einer Bindungswirkung des Volksentscheids vom 22. September 2013 ausgegangen werden, die allerdings wegen der Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt

nicht so verstanden werden kann, dass sie gleichzeitig eine Freizeichnung von der Beachtung des im Übrigen geltenden Rechts begründet.

- politisch haben Koalitionspartner, SPD und Grüne, in ihrem Koalitionsvertrag vom April 2015, S 66, vereinbart. „(...) Die Koalition wird die Zielsetzungen des Volksentscheids vom 22. September 2013 vollständig verwirklichen. Sie wird diesen Auftrag, unter Beteiligung von Öffentlichkeit und gesellschaftlichen Gruppen, wie im Beteiligungsprozess vorgesehen, weiter umsetzen. Die Stadt wird 2018 und 2019 die Optionen zum Rückkauf des Gasnetzes und der Fernwärmeversorgung wahrnehmen. (...)“

## **2. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in § 7 LHO HH**

Vor diesem Hintergrund kommt es entscheidend in Ansehung eines erheblich über dem Unternehmenswert liegenden Mindestkaufpreises von 950 Mio. Euro auf die Frage der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eines entsprechenden Vorgehens durch Bürgerschaft und Senat der Freien und Hansestadt Hamburg an.

- § 7 Abs. 1 LHO HH: *„Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit staatlichen Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederungen und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können.“* -

### **a) Der materielle Gehalt des Wirtschaftlichkeitsgebots**

#### **aa) Allgemeine Aussagen**

Die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als Grundregeln für einen sachgemäßen Umgang mit öffentlichen Geldern

- so auch *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 562; sehr deutlich auch *Nöhrbaß*, in: Piduch (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 49 Ergl., 2015, § 7 BHO Rdnr. 2: *„Da jedem Träger öffentlicher Aufgaben eine Treuhandfunktion im Verhältnis zu denjenigen zukommt, die Zwangsabgaben an ihn zu entrichten haben, ist jede Ausgabe am Gebot wirtschaftlicher Notwendigkeit zu messen.“* -

finden sich nicht nur in § 7 LHO HH. Es handelt sich vielmehr um unbestimmte Rechtsbegriffe des Haushaltsrechts, die daher interpretationsfähig und interpretationsbedürftig sind.

- siehe dazu nur *v. Lewinsky/Burbat*, BeckOK BHO, 1. Aufl., 2013, § 7 Rdnr. 4; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 565 -

Während die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg keine Aussagen zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit enthält, finden sich auf grundgesetzlicher Ebene die Grunds-

ätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG ebenso wieder wie in § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz – HGrG) und in § 7 Abs. 1 Satz 1 der Bundeshaushaltsordnung (BHO). Vor diesem Hintergrund der weitgehend einheitlichen Regelungsaussagen können daher im Folgenden auch Literatur und Rechtsprechung – soweit vorhanden – zu den entsprechenden Parallelregelungen herangezogen werden.

Nach allgemeiner Ansicht bedeutet Wirtschaftlichkeit die Forderung nach einer optimalen Befriedigung von Bedürfnissen durch eine rationale Nutzung knapper Güter.

- vgl. dazu übereinstimmend *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 5; v. *Lewinsky/Burbat*, BeckOK BHO, 1. Aufl., 2013, § 7 Rdnr. 3; *ders.*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 9; *Nöhrbaß*, in: Piduch (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 47 Ergl., 2013, § 7 BHO Abschnitt A; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 568 -

Dabei bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten, nämlich entweder die Erzielung eines möglichst hohen Nutzens auf der Grundlage eines im Voraus feststehenden Einsatzes an Ressourcen (Nutzenmaximierung) oder die Erreichung eines vorab festgelegten Nutzens unter möglichst geringem Ressourcenverbrauch (Minimal- oder Sparsamkeitsprinzip)

- so auch *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 6; *ders.*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 9; v. *Lewinsky/Burbat*, BeckOK BHO, 1. Aufl., 2013, § 7 Rdnr. 5; *Nöhrbaß*, in: Piduch (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 47 Ergl., 2013, § 7 BHO Abschnitt A; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 568; siehe im Übrigen auch die Verwaltungsvorschriften zu LHO (im Folgenden: WV-LHO), § 7 Ziff. 1 -

Diese Aussagen unterstreichen auch, dass das Sparsamkeitsprinzip einen Unterfall bzw. eine Ausprägung des Wirtschaftlichkeitsprinzips darstellt.

- so die h.M., vgl. nur die Nachweise bei *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 7; *ders.*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 10; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 567; siehe auch v. *Lewinsky/Burbat*, BeckOK BHO, 1. Aufl., 2013, § 7 Rdnr. 5, wonach größtmögliche Sparsamkeit maßgeblich ist, um dem Wirtschaftlichkeitsprinzip zu entsprechen -

Versucht man, diese beiden Varianten näher zu umschreiben, dann geht es in erster Linie darum, ein möglichst günstiges Verhältnis zwischen Ressourceneinsatz und möglichem Nutzen zu erreichen.

- so auch *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 8; *ders.*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 11; *Grupp*, Wirtschaftlichkeit im „schlanken Staat“, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Fortschritte der Finanzkontrolle in Theorie und Praxis, 2000, S. 9, 12; v. *Lewinsky/Burbat*, BeckOK BHO, 1. Aufl., 2013, § 7 Rdnr. 3; *Nöhrbaß*, in: Piduch (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 47 Ergl., 2013, § 7 BHO Abschnitt A; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 566; ähnlich auch *Burgí*, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ipsen (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, 22. Bad Iburger Gespräche zum Kommunalrecht, 2012, S. 12, 30 -

**Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ein formales Prinzip darstellt, das zwar geeignet ist, die Art der Durchführung einer bestimmten staatlichen Aufgabe zu charakterisieren, das aber selbst keine Aussagen zu den dahinterstehenden Zielen und Beweggründen gestattet. Als ökonomisches Prinzip ist es daher nur sinnvoll, wenn es in Relation zu einem bestimmten Ziel gesetzt wird und dann danach gefragt wird, mit welchem Mittelaufwand dieses Ziel erreicht werden kann.**

- vgl. insoweit nur: v. *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 36 ff.; *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 10; *ders.*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 11; *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 114 Rdnr. 24; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 568 f. -

**Dies erhellt auch, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht als starre, regelhafte Aussage, die keine Abwägung zugänglich wäre, verstanden werden kann; vielmehr geht es um Optimierung im Einzelfall unter Beachtung externer Abwägungsparameter, wobei im Einzelnen zu prüfen ist, welche Ziele mit welchen Maßnahmen verfolgt werden.**

- so auch *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 12; *ders.*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 15; 30; *Heun/Thiele*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar Bd. III, 3. Aufl., 2018, Art. 114 Rdnr. 33; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 566 -

**Letzten Endes handelt es sich bei dem Maßstab der Wirtschaftlichkeit um eine spezifische Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in finanz- und haushaltsrechtlicher Ausprägung.**

- vgl. dazu übereinstimmend *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 12; *ders.*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 30; *Kirchhof*, NVwZ 1983, 505 (514); siehe ferner auch aus der Rechtsprechung: *VerfGH NRW*, DÖV 2004, 121 (121 f.) -

**Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nach allgemeiner Ansicht Bindungswirkung für die Ausübung aller staatlichen Gewalt entfaltet.**

- so auch v. *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 71 ff.; *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 15; *ders.*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 16 ff.; *Grupp*, DVBl. 1994, 140 (146); *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 114 Rdnr. 27; v. *Lewinsky/Burbat*, BeckOK BHO, 1. Aufl., 2013, § 7 Rdnr. 3, 7, der aber zugleich darauf hinweist, dass eine gerichtliche Kontrolle wirtschaftlichen Handelns nur bei subjektiver Betroffenheit möglich ist, was in Ansehung des formalen Charakters des Haushaltsplans, der gerade keine subjektiven Ansprüche begründet, ausgeschlossen sein dürfte; zur Durchsetzungsschwäche siehe auch *Burgi*, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Ipsen* (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, 22. Bad Iburger Gespräche zum Kommunalrecht, 2012, S. 12, 32; siehe ferner auch VV-LHO zu § 7, Ziff. 1.2 -

**Dementsprechend sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowohl bei der Aufstellung als auch bei der Ausführung des Haushaltsplans zu beachten. Sie sind damit zunächst verbindliche Handlungs- und Prüfungsmaßstäbe für die Exekutive und erfassen somit alle Maßnahmen, die die Einnahmen und Ausgaben des Haushalts unmittelbar oder mittelbar betreffen.**

- so auch *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 18; v. *Lewinsky/Burbat*, BeckOK BHO, 1. Aufl., 2013, § 7 Rdnr. 7; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, Rdnr. 560 -

**Allerdings kann nicht übersehen werden, dass das Wirtschaftlichkeitsprinzip unbeschadet seiner prinzipiellen Verbindlichkeit einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt, der nicht zwingend eindeutige Schlussfolgerungen gestattet, sondern einen – nur begrenzt justiziablen – Beurteilungsspielraum eröffnet, dessen Grenzen erst dann erreicht sein dürften, wenn die Entscheidung offensichtlich unvertretbar erscheint.**

- wie hier auch *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 19; *ders.*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 34, der zu Recht darauf verweist, dass diese Rechtsprechung die Kontrolldichte erheblich reduziert; ähnlich auch *Burgi*, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Ipsen* (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, 22. Bad Iburger Gespräche zum Kommunalrecht, 2012, S. 12, 31 -

## **bb) Maßstäbe für Wirtschaftlichkeit**

Da Wirtschaftlichkeit bewertet werden muss, stellt sich die Frage nach handhabbaren Maßstäben. Dabei sind bei einer ersten Betrachtung für den Mitteleinsatz die Kosten der Maßstab, während für das Ergebnis der am Markt erzielbare Preis ausschlaggebend ist.

- so auch *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 24 -

Vor diesem Hintergrund wird aber auch nachvollziehbar, warum nach § 7 Abs. 2 LHO HH für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen anzustellen sind und zwar sowohl bei der Planung als auch beim Vollzug und bei der abschließenden Erfolgskontrolle.

- so auch *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 30, v. *Lewinsky/Burba*t, BeckOK BHO, 1. Aufl., 2013, § 7 Rdnr. 18 ff.; *Nöhrbaß*, in: Piduch (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 47 Ergl., 2013, § 7 BHO Abschnitt B; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 571; siehe ferner auch VV-LHO zu § 7, Ziff. 2.1 -

Dabei stehen durchaus verschiedene Methoden zur Bestimmung der Wirtschaftlichkeit einer bestimmten Maßnahme zur Verfügung, wobei im Einzelnen die finanzielle Bedeutung der Maßnahme ebenso zu berücksichtigen sind wie die nachvollziehbar begründbare

- Vgl. IDW S1, Rz. 12 & 17

**Bewertungsmöglichkeit des Nutzens.**

- im Einzelnen und ausführlich dazu auch *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 34 ff., *Nöhrbaß*, in: Piduch (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, 47 Ergl., 2013, § 7 BHO Abschnitt B VI; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 577 ff.; siehe ferner auch VV-LHO zu § 7, Ziff. 2.2 -

Insgesamt dienen die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen der systematischen Klärung der Frage, ob eine vorgesehene Maßnahme ein politisches oder gesellschaftliches Ziel wirksam erreicht, ob die eingesetzten Ressourcen und Ergebnisse in einem möglichst vorteilhaften Verhältnis zueinanderstehen und ob der Mitteleinsatz möglichst gering ist.

- so auch *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 561 -

Im Ergebnis ist das Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel erst dann verletzt, wenn eine sachliche nicht gerechtfertigte, unangemessene Ausgabe getätigt wird. Es muss also im Ergebnis ein krasser Widerspruch zwischen dem Mitteleinsatz und den damit verbundenen Zielen vorliegen.

### cc) Konkrete Anwendung der vorstehenden Maßstäbe

In Ansehung der vorstehenden Maßstäbe wird deutlich, dass eine abstrakte Bewertung der Zahlung eines deutlich höheren Mindestkaufpreises im Gegensatz zum nach einer bestimmten Bewertungsmethode festgestellten Wert des Unternehmens kaum möglich ist. Vertretbar erscheint allerdings vor diesem Hintergrund eine Übertragung der Grundsätze der verwaltungsgerichtlichen Planungskontrolle, wonach die für die Entscheidung zuständigen Stellen zunächst gehalten sind, alle für die Abwägung maßgeblichen Faktoren zu ermitteln, dann zu gewichten und dann eine – dann aber nur begrenzt nachprüfbar – Abwägungsentscheidung vorzunehmen. Dies bedeutet, dass man sich aber auch zunächst möglicher Gegenargumente widmen muss, um rechtliche Risiken, die mit der Entscheidung verbunden sind, minimieren zu können.

So könnte man zunächst in Ansehung eines deutlich über dem nach einer bestimmten Bewertungsmethode festgestellten Unternehmenswert liegenden (Mindest-)Kaufpreises in Erwägung ziehen, die Maßstäbe des Kommunalrechts zu Schenkungen der Öffentlichen Hand heranzuziehen. So sind nach allgemeiner Ansicht freiwillige Übertragungen von Vermögen oder Vermögensbestandteilen ohne entsprechende Gegenleistung grundsätzlich untersagt.

- siehe dazu nur *Holzner*, in: BeckOK, BayVerf, Stand: 2018, Art. 12 Rdnr. 69 -

Dementsprechend verbieten auch die Gemeindeordnungen – vgl. insoweit nur beispielsweise Art. 75 BayGO – entsprechende Verträge, die ohne Gegenleistung das Kommunalvermögen mindern.

- siehe dazu nur *Holzner*, in: BeckOK, BayVerf, Stand: 2018, Art. 12 Rdnr. 71 -

Auch das Haushaltsrecht kennt – vgl. dazu nur die Regelung in § 63 Abs. 3 LHO – das grundsätzliche Gebot, dass Vermögenswerte nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden dürfen, wobei nach § 63 Abs. 3 Satz 3 LHO bei einem dringenden Bundesinteresse Ausnahmen zugelassen werden können.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass ein Kauf zu einem höheren Preis als dem festgestellten Wert jedenfalls dann grundsätzlich zulässig sein dürfte, wenn dies sowohl dem Grund als auch der Höhe nach zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe notwendig ist und dies auch entsprechend begründet werden kann.

- vgl. insoweit nur *OVG Rh.-Pf.*, DÖV 1981, 145 -

Vor diesem Hintergrund wird man aber die Rekommunalisierung durchaus als einen Beitrag zur Erfüllung genuin öffentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge ansehen können.

- ausführlich dazu im Schrifttum: *Bauer*, DÖV 2012, 329 ff.; *ders.*, Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung, in: *Bauer/Büchner/Hajasch* (Hrsg.), *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge*, KWI-Schriften, Band 6, 2012, S. 11 ff.; *Burgi*, *Privatisierung und Kommu-*

nalisation aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ipsen (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, 22. Bad Iburger Gespräche zum Kommunalrecht, 2012, S. 12 ff. -

Dies gilt in Sonderheit in Ansehung der Tatsache, dass die kommunale Ebene – und dies gilt gleichermaßen für Stadtstaaten wie die Freie und Hansestadt Hamburg – nicht nur zur Wirtschaftlichkeit verpflichtet ist, sondern gleichzeitig auch gewährleisten muss, dass die eigene Aufgabenerfüllung gewährleistet ist.

- siehe zu diesem Zielkonflikt auch *Brüning*, Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, KWI-Schriften, Band 6, 2012, S. 59, 67; *Burgi*, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ipsen (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, 22. Bad Iburger Gespräche zum Kommunalrecht, 2012, S. 12, 17 -

Vor diesem Hintergrund kommt es entscheidend darauf an, welche weiteren Gründe für einen entsprechenden Erwerb zum Mindestkaufpreis mitangeführt werden können, die auch solches Gewicht aufweisen, dass der prima facie möglich erscheinende Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Ergebnis verneint werden kann. Dieser Frage soll nachfolgend unter 3. nachgegangen werden.

#### **b) Mögliche Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Wirtschaftsgebotsgebot**

Zu prüfen ist auch, welche Rechtsfolgen ein (unterstellter) Verstoß gegen das Wirtschaftsgebotsgebot nach sich ziehen kann. Während bei einer Verletzung der entsprechenden kommunalrechtlichen Regelungen zum Schutz des öffentlichen Vermögens die Verträge wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nicht sind,

- vgl. insoweit nur *Holzner*, in: BeckOK, BayVerf, Stand: 2018, Art. 12 Rdnr. 72; siehe auch *Schulz*, PdK, Stand: 2018, Art. 75 BayGO, Ziff. 2.5; siehe ferner auch *BayObLG*, BayVBl. 1995, 667 f. sowie *BGH*, NJW 2013, 3779, 3780 -

und damit dem Gedanken des Schutzes des öffentlichen Vermögens als Voraussetzung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung Rechnung trägt, lässt sich diese Aussage nicht ohne weiteres auf einen Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung übertragen.

Nicht nur die Schwäche der konkreten Maßstäbe für das Vorliegen wirtschaftlichen Handelns, sondern vielmehr die Tatsache, dass das Unterlassen entsprechender Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen oder auch die unzureichende Ermittlung des Abwägungsmaterials mangels subjektiver Rechtsverletzung keine rechtlichen Konsequenzen hat,

- So übereinstimmend *Burgi*, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ipsen (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, 22. Bad Iburger Gespräche zum Kommunalrecht, 2012, S. 12, 32; v. *Lewinsky/Burbat*, BeckOK

BHO, 1. Aufl., 2013, § 7 Rdnr. 3, 7; dezidiert dagegen *Gröpl*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 22, der die Gefahr einer Banalisierung der haushaltsrechtlichen Vorschriften sieht, wenn das Haushaltsrecht traditionell dem Innenrecht zugeordnet wird; im Ergebnis lehnt auch *Gröpl* die Möglichkeit einer individuellen Geltendmachung ab, vgl. nur *ders.*, in: Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 23 -

**dürfte ein entscheidendes Argument dafür sein, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot sich nur als objektives Rechtsprinzip darstellt, dessen Verletzung erst dann anzunehmen sein dürfte, wenn die finanzwirksame Entscheidung offensichtlich unvertretbar erscheint.**

- so auch im Schrifttum *Gröpl*, in: *ders.* (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 19; ähnlich auch *Burgí*, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ipsen (Hrsg.), Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, 22. Bad Iburger Gespräche zum Kommunalrecht, 2012, S. 12, 31 -

**Im Übrigen hat auch der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass haushaltsrechtliche Vorschriften kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellen.**

- *BGH*, NJW 2014, 2354, 2355, entschieden allerdings zu Verstößen öffentlicher Auftraggeber gegen haushaltsrechtliche Vorschriften -

**Auch wenn der Bundesgerichtshof in Einzelfällen ein Verbotsgesetz angenommen hat,**

- vgl. *BGHZ* 146, 250, 257 f. unter Hinweis auf *BGHZ* 139, 287, 391 -

**so setzte das doch immer voraus, dass das Gesetz sich gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit richtet und damit zugleich auch gegen den wirtschaftlichen Erfolg.**

**Das aber ist gerade bei § 7 LHO HH abzulehnen, da die Vorschrift erkennbar nur objektiven Charakter aufweist und nicht etwa bestimmte Rechtsgeschäfte in den Blick nimmt. Vor diesem Hintergrund dürfte jedenfalls § 7 LHO HH sich weder gegen den Abschluss eines Rechtsgeschäfts als solches wenden, noch dürfte es dessen privatrechtliche Wirksamkeit beeinträchtigen, da durch den Haushaltsplan gerade keine zivilrechtlichen Ansprüche begründet oder aufgehoben werden und mithin auch keine subjektiven Rechte beeinträchtigt werden können.**

- vgl. dazu nur *Heintzen*, Staatshaushalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 120, Rdnr. 53; *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 8 Aufl., 2018, Art. 110 Rdnr. 35 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, S. 1203 f. -

### c) **Das Wirtschaftlichkeitsgebot als Optimierungsgebot**

Versteht man Wirtschaftlichkeit nach den vorstehenden Ausführungen als Optimierungsgebot, so wird deutlich, dass es entscheidend auf die Frage nach der konkreten Maßstababbildung ankommt.

Für die Prüfung des Kaufpreises haben sich die Vertragsparteien für die Ermittlung eines objektivierte Unternehmenswerts nach Maßgabe von IDW S 1 entschieden. Dabei handelt es sich um die Feststellung eines objektivierte Wertes ohne Berücksichtigung der Vorstellungen der Parteien eines Kaufvertrages über den Wert des Unternehmens, der gerade nicht durch individuelle Vorstellungen über eine Preisuntergrenze auf Seiten des Verkäufers oder eine Preisobergrenze auf Seiten des Käufers geprägt wird.

Ein solcher Ansatz kann in Ansehung seiner objektiven Maßstäbe zunächst prinzipiell geeignet sein, den Anforderungen einer Kosten-Nutzen-Rechnung auf der Grundlage monetär ermittelter Preise zu genügen.

- so auch *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 7 Rdnr. 41; ausführlich zur Kosten-Nutzen-Analyse auch *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 579 -

Allerdings ist es unter Berücksichtigung der vom Gesetz geforderten umfassenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auch zulässig und geboten, weitere Kriterien für die Beantwortung der Frage nach der Wirtschaftlichkeit des Kaufpreises mitheranzuziehen (siehe dazu sogleich auch unter 3).

### 3. **Abwägung von Wirtschaftlichkeit und Bindungswirkung**

Die Abwägung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit mit andern Rechtsprinzipien ist ein ergebnisoffener Prozess, in den notwendigerweise zahlreiche Wertungen einfließen, was zugleich eine Abwägung juristischer und politischer Erwägungen mit sich bringt.

- vgl. dazu nur *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl., 2007, § 121, Rdnr. 32; *Heun/Thiele*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar Bd. III, 3. Aufl., 2018, Art. 114 Rdnr. 33: „Eine klare Abgrenzung von politischen Wertungen ist daher praktisch nicht möglich.“ -

Dabei sind im Rahmen betriebswirtschaftlicher Überlegungen aus dem Blickwinkel der Stadt, als zukünftiger Eigentümerin, Entwicklungsmöglichkeiten, Synergiepotenziale und günstige Finanzierungskosten ebenso zu berücksichtigen wie monetär nicht messbare, qualitative politische Ziele.

- siehe dazu nur *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2014, A, Rdnr. 579; ähnlich auch *Heun/Thiele*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar Bd. III, 3. Aufl., 2018, Art. 114 Rdnr. 33, die eine „umfassende Berücksichtigung aller denkbaren Entscheidungsgesichtspunkte“ für zulässig halten -

Hier kann zunächst schon – auf einer abstrakten Ebene – die Vorschrift des § 65 LHO HH zur Begründung herangezogen werden, wonach die Freie und Hansestadt Hamburg sich nur dann an Unternehmen beteiligen (bzw. diese auch übernehmen) darf, wenn ein wichtiges staatliches Interesse vorliegt und sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt.

So können neben den Synergieeffekten durch die enge Zusammenarbeit von fünf öffentlichen Leitungsinfrastrukturbetrieben (Wasser, Abwasser, Strom, Gas, Fernwärme) beispielsweise bei einer vollständigen Kontrolle des Unternehmens durch die Öffentliche Hand Aspekte der Standort- und Versorgungssicherheit ebenso angeführt werden wie das Ziel sozial verantwortbarer und gerechter Energiepreise. Auch können Aspekte der Nachhaltigkeit und des Umweltschutzes als weitere nicht-monetäre Ziele genannt werden. Dies gilt auch für die Möglichkeit der Verringerung von nicht die Wärmepreise eingespeisten CO<sub>2</sub>-Folgekosten, gilt aber auch für die Minimierung von Gesundheitsfolgekosten durch geringere Giftstoffemissionen. So kann ferner auch ein strategisches Instrument für eine klimafreundliche Stadtentwicklungsplanung geschaffen werden; dies gilt auch für die erforderliche und mit der Rekommunalisierung deutlich leichtere Harmonisierung von Wärmeversorgungsplänen und Stadtentwicklungsplänen. Zudem können durch die Rekommunalisierung die Klimaschutzziele, wie sich in Sonderheit aus umweltvölkerrechtlichen Vorgaben und deren Umsetzung in das nationale Recht ergeben, besser erfüllt werden.

Von zentraler Bedeutung dürfte auch sein, dass mit einer Rekommunalisierung verhindert werden kann, dass ein erheblicher Teil der Infrastruktur durch ausländische Investoren erworben werden kann und damit eine Abhängigkeit der Daseinsvorsorge von privaten Dritten ausgeschlossen werden kann.

- so hat jüngst beispielsweise die KfW im Auftrag der Bundesregierung Anteile an Eurogrid/50Hertz erworben, um eine Übernahme durch ausländische Investoren zu verhindern, vgl. dazu nur [www.kfw.de](http://www.kfw.de) -

Ob dagegen die Bindungswirkung des Volksentscheids als alleiniges Argument durchschlagen kann, erscheint zweifelhaft, zumal zu berücksichtigen ist, dass der Volksentscheid selbst mehr appellative Bedeutung hat und schon ausweislich des Wortlauts der Fragestellung eine Einschränkung auf die „notwendigen und zulässigen“ Schritte enthält und damit deutlich macht, dass auch die Umsetzung des Willens des Souveräns nur im Rahmen des Rechts erfolgen kann.

Insgesamt dürften vor allem die Aspekte des Klimaschutzes, der Stadtentwicklung, der Arbeitsplatzsicherung, soziale Gestaltung der Endkundenpreise, der CO<sub>2</sub>-Reduzierung und des Gesundheitsschutzes als durchschlagende Argumente angesehen werden, da sie nicht nur originären Staatsaufgaben entsprechen, sondern zugleich als Ausdruck eines modernen, weil nachhaltigen Verständnisses von Daseinsvorsorge interpretiert werden können. Gerade weil durch den vollständigen Erwerb des Fernwärmenetzes auch für die Zukunft eigene Handlungs- und Gestaltungsspielräume für die Bewältigung energiewirtschaftlicher und klimapolitischer Herausforderungen eröffnet werden, verfolgt die Freie und Hansestadt Hamburg damit zugleich auch gewichtige Gemeinwohlinteressen, die in die notwendige Abwägung maßgeblich miteinfließen.

Vor diesem Hintergrund dürfte ein Erwerb der Anteile zu einem höheren als dem gutachterlich ermittelten Kaufpreis nicht als unvertretbare, offensichtlich unwirtschaftliche Entscheidung anzusehen sein; vielmehr lassen sich – wie zuvor ausgeführt – hinreichend gewichtige Gründe finden, die eine solche Entscheidung von Senat und Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg als gerechtfertigt erscheinen lassen.

#### **IV. Beihilferechtlicher Kontext**

Der Rückerwerb zu einem über dem gutachterlich ermittelten Kaufpreis könnte zudem mit Blick auf das Europäische Beihilferecht problematisch sein, wird hier doch ein Kaufpreis bezahlt, der auf den ersten Anschein höher zu sein scheint als der gutachterlich ermittelte objektivierte Ertragswert (IDW S 1).

##### **1. Vorliegen einer Beihilfe aus staatlichen Mitteln?**

Zwar mag man der Ansicht sein, dass ein entsprechender Rückerwerb zu einem prima facie für den Verkäufer günstigen Kaufpreis, der nämlich als Kaufpreis mehr erhält als den objektivierten Unternehmenswert, sich als Beihilfe darstellt, da hier aus staatlichen Mitteln eine finanzielle Vergünstigung erfolgt; indes übersieht diese Sichtweise schon die primäre Schutzwirkung des Europäischen Beihilferechts, das eben gerade Wettbewerbsverzerrungen zwischen Unternehmen im Europäischen Wirtschaftsraum verhindern möchte. Hier stellt sich aber schon die grundlegende Frage, ob eine solche, das Beihilferechtsregime auslösende Wettbewerbslage überhaupt gegeben ist.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen der Mitgliedstaaten (das umfasst auch in föderalen Mitgliedstaaten Beihilfen der Länder und der kommunalen Ebene) gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen,

mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Der Begriff der Beihilfe ist nach dem Wortlaut („gleich welcher Art“) und vor allem nach dem Zweck der Vorschrift weit zu fassen und umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH alle mitgliedstaatlichen „...*Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.*“

- std. Rspr., vgl. grundlegend *EuGH*, Rs. 30/59, Slg. 1961, 1 (43); vgl. auch *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., 2010, Art. 107 AEUV Rdnr. 7 -

Unbeschadet der Frage, ob das Beihilferegime in einer wie hier vorliegenden Fallgestaltung überhaupt Anwendung finden kann, dürfte es entscheidend auf die Frage der Rentabilität von Leistung und Gegenleistung ankommen.

- so auch *EuGH*, Rs. C-256/97, Slg. 1999, Rdnr. 24 -

Wenn aber, wie vorliegend, die öffentliche Hand auf der Grundlage eines notariellen Vertrages und in der Umsetzung eines – verfassungsrechtlich verbindlichen – Volksentscheids ein Unternehmen zu einem objektiv festgestellten Kaufpreis (und zugleich unter Berücksichtigung weiterer wirtschaftlicher und sozialpolitischer Faktoren) erwerben will, dann handelt es sich um eine Entscheidung des Erwerbers – also der Freien und Hansestadt Hamburg- unter marktgerechten Bedingungen, bei der eine Vielzahl von – politisch frei zu entscheidenden Faktoren – eine Rolle spielen; entscheidend ist, der Rückkauf erfolgt zu Marktbedingungen; es liegt gerade keine einseitige Begünstigung vor. Dies entspricht auch der Beihilfenbekanntmachung der Europäischen Kommission, die keine Bedenken erhebt, wenn der Rückerwerber - wie hier - „...*soziale, wirtschaftliche und ökologische Rahmenbedingungen...*“ verfolgt.

- Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vom 19.6.2016 (2016 C 262/01), Rdnr. 107 -

Das aber ist genau im Fall der Rekommunalisierung zu bejahen, weil die Freie und Hansestadt Hamburg – wie oben dargelegt – mit dem Rückerwerb durchaus soziale, wirtschaftliche und ökologische Zielsetzungen verfolgt.

## **2. Abschließende Bewertung**

Vor diesem Hintergrund bestehen auch keine beihilferechtlichen Bedenken gegen eine Rekommunalisierung; das europäische Beihilferecht erfasst schon tatbestandlich die vorliegende Fallgestaltung nicht.

gez. Kyrill-A. Schwarz