

Professor Dr. Thomas Rönnau



## Rechtsgutachten

zur untreuestrafrechtlichen Bewertung eines möglichen Erwerbs von  
Geschäftsanteilen an der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH durch  
die Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsma-  
nagement mbH

erstattet im Auftrag der Freien und Hansestadt Hamburg, Finanzbehörde,  
Vermögens- und Beteiligungsmanagement, vertreten durch



## Gliederung

A. Gutachterliche Fragestellung und einbezogene Unterlagen .....	1
B. Sachverhalt .....	3
C. Gutachterliche Prüfung .....	8
I. Struktur und Tatbestandsvoraussetzungen der Untreue im Überblick (§ 266 StGB) .....	8
II. Besonderheiten der Haushaltsuntreue .....	11
III. Untersuchung des vorliegenden Sachverhalts .....	12
1. Untreuestrafbarkeit von Bürgerschaftsabgeordneten .....	13
2. Untreuestrafbarkeit beteiligter Senatsmitglieder und der ihnen untergeordneten Beamten .....	13
a) Vermögensbetreuungspflicht .....	14
b) Verletzung einer vermögensbezogenen Pflicht .....	15
aa) Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit .....	16
(1) Bindung der Hamburgischen Bürgerschaft an den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit .....	17
(2) Anwendbarkeit des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit im vorliegenden Fall .....	18
(3) Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit im vorliegenden Fall .....	18
(a) Normativer Gehalt des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit .....	19
(b) Überprüfung der Zweck-Mittel-Relation im vorliegenden Fall .....	23
(4) Zwischenergebnis .....	28
bb) Verstoß gegen das Beihilferecht der Europäischen Union .....	29
c) Vermögensnachteil .....	31
d) Vorsatz .....	32
e) Zwischenergebnis .....	33
3. Untreuestrafbarkeit der Geschäftsführung der HGV .....	34
IV. Fazit .....	34

## A. Gutachterliche Fragestellung und einbezogene Unterlagen

Der Unterzeichner wurde durch die Freie und Hansestadt Hamburg, Finanzbehörde, Vermögens- und Beteiligungsmanagement, vertreten durch Frau Dr. Roggencamp und Herrn Hintze mit Vereinbarung vom 27.8.2018 / 3.9.2018 beauftragt, im Rahmen eines Rechtsgutachtens die Frage zu erörtern, inwieweit sich die beteiligten Verantwortungsträger – unter Zugrundelegung des nachstehenden Sachverhalts – gem. § 266 StGB strafbar machen, wenn die HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH die ihr mit Vertrag vom 15./16. Januar 2014 vertraglich eingeräumte Option zum Kauf von 74,9 % der Geschäftsanteile an der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH wahrnimmt und die Anteile erwirbt.

Zur Begutachtung dieser Fragestellung wurde – neben den frei einsehbaren Drucksachen der Hamburgischen Bürgerschaft zu diesem Vorgang – Einsicht in die folgenden Unterlagen genommen:

- Sondernutzungsvertrag Wärme zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Vattenfall Europe Wärme AG vom 24. November 2011
- Beteiligungsvertrag Wärme zwischen der HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH, der Vattenfall Europe AG und der Vattenfall Europe Wärme AG vom 28. November 2011
- Gutachten von PricewaterhouseCoopers zum objektivierten Unternehmenswert des von der Vattenfall Europe Wärme AG, Hamburg, in Hamburg betriebenen Fernwärmegeschäfts zum 1. Januar 2012 vom 28. November 2011

- Abspaltungs- und Übernahmevertrag zwischen der Vattenfall Europe Wärme AG und der Vattenfall Europe Tepor Vermögensverwaltungs GmbH vom 19. September 2012
- 1. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag Wärme zwischen der HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH und der Vattenfall Europe Wärme AG vom 11. Dezember 2013
- 1. Änderungsvereinbarung zum Sondernutzungsvertrag Wärme zwischen der HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH, der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH und der Vattenfall Europe Wärme AG vom 11. Dezember 2013
- 1. Änderungsvereinbarung zur Prozessvereinbarung zwischen der HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH, der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH, der Stromnetz Hamburg GmbH und der Vattenfall Europe Wärme AG vom 11. Dezember 2013
- Vereinbarung Wärme einschließlich 2. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag Wärme zwischen der HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH, der Vattenfall GmbH (vormals: Vattenfall Europe AG), der Vattenfall Europe Wärme AG und der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH vom 15. / 16. Januar 2014
- Änderung der Prozessvereinbarung und Verzicht und bedingte Verzichtsvereinbarung zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg, der Vattenfall Wärme GmbH Hamburg, der

Stromnetz Hamburg GmbH und der Vattenfall Europe Wärme AG vom 30. Januar 2014

- Memorandum Allen & Overy LLP „Projekt Fernwärme – Kartellrechtliche und regulatorische Fragen“ vom 26. April 2018
- Sprechzettel Allen & Overy LLP zum Thema „Fernwärme Hamburg – Energie-, kartell- und zivilrechtliche Fragestellung“ vom 14. Juni 2018
- Kurzstellungnahme der Kanzlei Rödl & Partner zu den „Anforderungen an Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bei der Rekommunalisierung der Fernwärme in der Freien und Hansestadt Hamburg“ vom 15. August 2018
- Rechtsgutachterliche Kurzstellungnahme von Professor Dr. Stephan Koriath zum Thema „Haushaltsrechtliche und beihilferechtliche Vorgaben für einen Erwerb von 74,9 % der Anteile an der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH durch die Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH“ vom 6. September 2018

## **B. Sachverhalt**

Mit notariell beurkundetem, öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 24. November 2011 verließ die Freie und Hansestadt Hamburg (im Folgenden: FHH) der Vattenfall Europe Wärme AG (im Folgenden: VEWAG) das nicht ausschließliche Recht zur Nutzung von öffentlichen Wegen für die Errichtung, den Betrieb und die Erhaltung von Fernwärmeanlagen (Sondernutzungsvertrag Wärme). Dieser Sondernutzungsvertrag trat am 1. Januar 2015 in Kraft und hat eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2034.

Am 28. November 2011 erwarb die HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögen- und Beteiligungsmanagement mbH (im Folgenden: HGV) – eine 100-%ige Tochtergesellschaft der FHH – mit notariell beurkundetem Beteiligungsvertrag 25,1 % der Geschäftsanteile an der Vorratsgesellschaft Vattenfall Wärme Hamburg GmbH (im Folgenden: VWH) von der Vattenfall Europe AG (im Folgenden: VEAG). Durch Abspaltungs- und Übernahmevertrag vom 25. September 2012 übertrug die VEWAG der VWH ihre Unternehmensinheit „Wärme Hamburg“ einschließlich des Sondernutzungsvertrags Wärme. Im Gegenzug zahlte die FHH 325.045.000 EUR an die VEAG. Dem Erwerb lag ein Unternehmenswert von EUR 1.300.000.000 EUR zu Grunde, der durch die PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (im Folgenden: PwC) auf Basis des Discounted Cash-Flow Verfahrens nach der Methode IDW S1 ermittelt wurde.

Am 22. September 2013 wurde der Volksentscheid „Unser Hamburg – Unser Netz“ durchgeführt und mehrheitlich angenommen. Der Tenor des Entscheides lautete:

*„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.“*

Am 15./16. Januar 2014 ergänzten HGV, VEWAG und VEAG den am 28. November 2011 geschlossenen Beteiligungsvertrag – unter anderem – um ein Optionsrecht für den Erwerb der restlichen 74,9 % der Geschäftsanteile an der VWH zum 1. Januar 2019 (Kaufoption), wobei die Vattenfall GmbH als Rechtsnachfolgerin der VEAG auf (potentieller) Verkäuferseite stand. Das Optionsrecht kann zwischen dem 21. und 30. November 2018 ausgeübt werden.

Mit Blick auf eine zum Zeitpunkt des Abschlusses des Beteiligungsvertrags noch ausstehende Investitionsentscheidung für ein Gas- und Dampfturbinenkraftwerk in Wedel („GuD“) wurde die Höhe des Kaufpreises für die vorgenannte Kaufoption an eines von zwei **Alternativ-Szenarien** geknüpft.<sup>1</sup> Da das „GuD“-Projekt letztlich nicht verwirklicht wurde, greift das in Ziffer 6a.3 (a) (ii) des Beteiligungsvertrags beschriebene Szenario, wonach der Kaufpreis vom Unternehmenswert der VWH zum Stichtag 1. Januar 2019 abhängig ist. Gleichzeitig wurde jedoch ein Mindestkaufpreis festgelegt, der auf einem (fiktiven) Mindest-Unternehmenswert i.H.v. 950.000.000 EUR (gerechnet auf 100 % der Geschäftsanteile) beruht. Von dem ermittelten Unternehmenswert der VWH zum Stichtag 1. Januar 2019 bzw. von dem Mindest-Unternehmenswert soll dann in einem zweiten Schritt ein Betrag i.H.v. 325.045.000 EUR in Abzug gebracht werden, der bereits für den Erwerb von 25,1 % der Geschäftsanteile an der VWH gezahlt wurde (siehe Ziffer 6a.3 (a) (ii) (B) des ergänzten Beteiligungsvertrags). Aus diesen Vorgaben lässt sich ein **Mindestkaufpreis i.H.v. 624.955.000 EUR** errechnen, für den die restlichen 74,9 % der Anteile an der VWH durch die HGV erworben werden können.

Die HGV hat der Vattenfall GmbH am 23. Oktober 2017 angekündigt, ihre Kauf-Option eventuell ausüben zu wollen. Da die Parteien sich nicht auf einen Kaufpreis einigen konnten, wurde (beteiligungs-)vertragsgemäß die BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Schiedsgutachterin bestellt, um den Unternehmenswert der VWH zum 1. Januar 2019 zu ermitteln. Dieses Gutachten wurde im Mai 2018 mit dem Ergebnis vorgelegt, dass der **objektivierte Wert für 100 % der Geschäftsanteile an der VWH inklusive Heizkraftwerk Wedel (integrierter Unternehmenswert) 645.100.000 EUR** zum Stichtag 1. Januar 2019 beträgt (Hamburgische Bürgerschafts-Drs. 21/13186, S. 1). Das mit der Kauf-Option zu erwerbende Anteilspaket (74,9 %) hat demnach einen objektivierten

---

<sup>1</sup> Dazu näher Hamburgische Bürgerschafts-Drs. 20/10666, S. 10 ff.

Wert von 483.179.900 EUR und das bereits erworbene Paket (25,1 %) ist mit 161.920.100 EUR zu bewerten. Der Gesamtwert der Anteile liegt damit 304.900.000 EUR unter dem insgesamt dafür zu entrichtenden (und teilweise schon vorläufig und widerruflich entrichteten) Kaufpreis i.H.v. 950.000.000 EUR.

Als Grund für den Wertverlust der Geschäftsanteile der VWH gibt die BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft dabei eine deutliche Veränderung der energiewirtschaftlichen Rahmenbedingungen an. Das genannte Gutachten der BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft wurde im Auftrag der HGV durch die PwC überprüft. PwC hat als Ergebnis mitgeteilt, dass die durch die BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durchgeführte Unternehmensbewertung den Anforderungen des IDW S 1 genügt und keine Anhaltspunkte für wesentliche sachliche oder methodische Fehler vorliegen (Hamburgische Bürgerrechts-Drs. 21/13186, S. 2). Die HGV hat sich daraufhin entschieden, den gutachterlich ermittelten Unternehmenswert zu akzeptieren und kein Zweitgutachten in Auftrag zu geben (a.a.O.).

Die Rechtsanwaltskanzlei Allen & Overy LLP legte der HGV unter dem 26. April 2018 ein Memorandum vor, aus dem hervorgeht, dass keine aussichtsreichen rechtlichen Möglichkeiten bestehen, gegenüber der Vattenfall GmbH einen Kaufpreis für die fehlenden 74,9 % der Geschäftsanteile an der VWH durchzusetzen, der unter dem Optionsmindestpreis i.H.v. 624.955.000 EUR liegt. Insbesondere ergebe sich weder aus dem Energierecht, noch aus dem Kartell- und Wettbewerbsrecht und auch nicht aus dem Zivilrecht eine Unwirksamkeit der Mindestpreisregelung unter gleichzeitiger Fortgeltung der Kaufoption oder Eingreifens eines gesetzlichen Übertragungsanspruches.

Für die Zwecke dieses Gutachtens wird davon ausgegangen, dass sich aus einem technischen Due-Diligence-Bericht der Fichtner GmbH & Co. KG, den der



Unterzeichner selbst nicht einsehen konnte, ergibt, dass die **technischen Anlagen** der VWH ordnungsgemäß gewartet wurden, und dass in dieser Hinsicht keine Schadenersatzansprüche der HGV gegen die Vattenfall GmbH oder eine mit ihr verbundene Gesellschaft bestehen.

Eine Senkung des Kaufpreises konnte ferner auch in monatelangen Verhandlungen zwischen der HGV und der Vattenfall GmbH nicht durchgesetzt werden.

Vor diesem Hintergrund steht der Senat der FHH – und insbesondere der ressortverantwortliche Finanzsenator – vor der Entscheidung, die Geschäftsführung der HGV zur Ausübung der Option zum Kauf von 74,9 % der Geschäftsanteile an der Wärmegesellschaft Hamburg für 624.955.000 EUR anzuweisen oder die Option verstreichen zu lassen.

Für den Fall, dass der Senat die Ausübung der Option anstrebt, wird er zuvor bei der Hamburgischen Bürgerschaft eine **Bewilligung** für die Kosten beantragen, die der FHH durch den Erwerb der Anteile an der VWH entstehen würden. Die Bürgerschaft müsste diesem Antrag noch vor Ablauf des Optionsrechts am 30. November 2018 zustimmen. Danach wäre der ressortverantwortliche Finanzsenator gehalten, für die FHH als Alleingesellschafterin der HGV die dortige Geschäftsführung anzuweisen, das Optionsrecht auszuüben.

Für den Zweck dieses Gutachtens wird davon ausgegangen, dass sich – sollten sich der Senat und die Hamburgische Bürgerschaft für die Ausübung der Option entscheiden – noch im Jahr 2018 ein haushalterischer Mehrbedarf in Höhe des bei der HGV aktivierungsfähigen Unternehmenswertes (= Anschaffungskosten) und der Kaufpreisverbindlichkeiten ergibt, da in Höhe dieser Differenz entweder sich das zu spiegelnde Eigenkapital der Finanzanlage HGV bei der FHH mindert oder der Verlustausgleichsbedarf sich für 2018 erhöht. Dieser haushalterische Mehrbedarf ist durch den Senat mit einem

**Deckungsvorschlag** zu verstehen, um dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Gesamtdeckung von Haushaltsplänen (Art. 66 Abs. 1 S. 2 der Verfassung der FHH) zu entsprechen. Es wird ferner davon ausgegangen, dass Art. 72a der Verfassung der FHH („Schuldenbremse“) durch das geplante Vorhaben nicht verletzt wird.

### C. Gutachterliche Prüfung

Damit ist nun zu prüfen, ob sich in der skizzierten Entscheidungskette (= Senat der FHH beantragt bei der Hamburgischen Bürgerschaft unter Beifügung eines Deckungsvorschlags, die Ausübung der Call-Option zu bewilligen, die Hamburgische Bürgerschaft beschließt diese Bewilligung mit der erforderlichen Mehrheit, der Finanzsenator weist daraufhin für die FHH als (Allein-)Gesellschafterin der HGV die Geschäftsführung der HGV an, das Optionsrecht auszuüben, was diese schließlich tut) eine Strafbarkeit der Beteiligten nach § 266 StGB ergibt. Zum besseren Verständnis ist der eigentlichen rechtlichen Analyse dabei zunächst eine Einführung in die Struktur und die Tatbestandsvoraussetzungen der Untreue im Allgemeinen (I.) und der Haushaltsuntreue im Speziellen (II.) voranzuschicken, um dann den konkret vorliegenden Sachverhalt zu bewerten (III.). Das Gutachten schließt mit einem Fazit (IV.).

#### I. Struktur und Tatbestandsvoraussetzungen der Untreue im Überblick (§ 266 StGB)

Die Untreue ist ein Vermögensschädigungsdelikt, dessen Strafhandlungsunrecht nach herrschender Lesart im **Fehlgebrauch einer eingeräumten Herrschaftsmacht über fremdes Vermögen** liegt.<sup>2</sup> Sowohl der Tatbestand der sog.

---

<sup>2</sup> Ausführlicher *Römann*, ZStW 119 (2007), 887, 891 m.w.N.; s. auch *Schünemann*, NSStZ 2005, 473, 475 sowie *ders.*, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 1: „Untreue ist das (Garanten-)Sonderdelikt der vorsätzlichen Schädigung fremden Vermögens von innen heraus, nämlich durch rechtswidrigen Gebrauch einer fremdnützig anvertrauten rechtsgeschäftlichen Machtstellung oder sonstigen Obhutsherrschaft.“

Missbrauchsuntreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB als auch der sog. Treubruchstatbestand gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB zielen damit auf den Schutz der besonderen Verletzlichkeit eines Vermögensinhabers ab, der seine wirtschaftlichen Interessen in fremde Hände legt und auf die Redlichkeit des Beauftragten angewiesen ist.<sup>3</sup> Nach heute herrschender, insbesondere von der Rechtsprechung favorisierter Meinung stellt der Missbrauchstatbestand dabei jedoch nur einen Spezialfall des umfassenderen Treubruchstatbestandes dar,<sup>4</sup> so dass eine Unterscheidung beider Tatbestandsvarianten praktisch irrelevant ist. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird deshalb im Folgenden ausschließlich das Vorliegen der Voraussetzungen von § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB geprüft. Dabei kommt es – neben dem auf subjektiver Ebene zu prüfenden Untreuevorsatz – objektiv entscheidend auf drei Elemente an:

Der Täter muss **erstens** Inhaber einer qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht („Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“) sein, d.h. er muss in einer Nähebeziehung zum (potentiell) Geschädigten stehen, die eine besondere, über die für jedermann geltenden Pflicht zur Wahrung der Rechtssphäre anderer hinausgehende Verantwortung für dessen materielle Güter mit sich bringt.<sup>5</sup>

**Zweitens** muss der Täter eine konkret aus dem Vermögensbetreuungsverhältnis fließende Pflicht verletzt haben. Ob eine bestimmte Handlung als pflichtwidrig einzustufen ist, bestimmt sich dabei in erster Linie akzessorisch nach dem insoweit vorgelagerten Zivilrecht und öffentlichem Recht.<sup>6</sup> Allerdings ist die Verletzung vorgelagerter Rechtsnormen nach herrschender Ansicht nur notwendige, aber noch nicht hinreichende Bedingung der Strafbarkeit; vielmehr

<sup>3</sup> BVerfGE 126, 170, 201; *Perrow*, GA 2009, 219, 223.

<sup>4</sup> Stg. Rspr. seit BGHSt 24, 386, 387 f.; s. ansonsten nur *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 6a m.w.N.

<sup>5</sup> S. nur BGHSt 61, 48, 62 f. m. zahlr. Nachw.

<sup>6</sup> Näher *Rönnan*, ZStW 119 (2007), 887, 906 ff. m.w.N.

erfordert es der Charakter des Strafrechts als *ultima ratio* staatlicher Verhaltenssteuerung, in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Verletzung der außerstrafrechtlichen Primärnorm auch strafwürdig ist.<sup>7</sup> Mit anderen Worten ist die Anwendung des Untreuetatbestands auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken; derart gravierende Pflichtverletzungen lassen sich nur dann bejahen, wenn die Pflichtverletzung evident ist.<sup>8</sup>

Dritte (objektive) Kernvoraussetzung einer Untreuestrafbarkeit ist schließlich, dass der Täter durch seine pflichtwidrige Handlung einen Nachteil (= Schaden) an dem zu betreuenden Vermögen verursacht. Um einen solchen Nachteil festzustellen, wird im Rahmen einer saldierenden Gesamtbetrachtung geprüft, ob durch die Pflichtverletzung eine Vermögensminderung entstanden ist, die nicht durch einen zugleich den Verlust aufwiegenden Vermögenszuwachs unmittelbar kompensiert wird.<sup>9</sup>

Bei der Subsumtion unter diese Tatbestandsmerkmale ist zu beachten, dass das Bundesverfassungsgericht den § 266 StGB trotz seiner vagen Formulierung für verfassungsgemäß hält, vor dem Hintergrund des in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Bestimmtheitsgebots jedoch verschiedene „Auflagen“ zur Anwendung der Norm wie etwa das Verbot der Verschleifung und Batgrenzung von

---

<sup>7</sup> Zu diesem häufig als „negative“ und/oder „asymmetrische“ Akzessorizität bezeichneten Verhältnis zwischen Untreuetatbestand und vorgelagertem Recht s. instruktiv *Dierlamm*, in: *MüKo/StGB*, Bd. V, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 174; *Schünemann*, in: *LK-StGB*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 93; *Wittig*, in: *BeckOK/StGB*, 39. Ed. Stand: 01.08.2018, § 266 Rn. 41 – jew. m. zahlr. Nachw.

<sup>8</sup> So zuletzt etwa BGH NJW 2017, 578, 579 – „FHS Nordbank“; s. darüber hinaus auch BVerfGE 126, 170, 210 f. sowie BGH NStZ 2013, 715 – jew. m.w.N.

<sup>9</sup> Einführend *Peroni*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 40 sowie *Dierlamm*, in: *MüKo/StGB*, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 206 – jew. m.w.N.

Tatbestandsmerkmalen<sup>10</sup> oder das Gebot präzisierender Rechtsfortbildung<sup>11</sup> gemacht hat, die sämtlich auf eine restriktive Auslegung des § 266 StGB abzielen.<sup>12</sup>

## II. Besonderheiten der Haushaltsuntreue

Eine Untreuestrafbarkeit kann sich im öffentlich-rechtlichen Kontext insbesondere aus Verstößen gegen haushaltsrechtliche Vorschriften ergeben. Unter dem damit verknüpften Topos der „Haushaltsuntreue“<sup>13</sup> hat die Rechtsprechung bisher beispielsweise Fälle zu behandeln gehabt, in denen Angehörige der Exekutive hoheitliche Mittel für private Zwecke ausgaben<sup>14</sup> oder die sachliche oder zeitliche Bindung von Haushaltsmitteln missachteten.<sup>15</sup> Auch Verstöße gegen den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit waren bereits Gegenstand von untreuestrafrechtlichen Verurteilungen.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> BVerfGE 126, 170, 198 u. 211; weiterführend *Kvll*, ZStW 126 (2015), 902 ff.

<sup>11</sup> BVerfGE 126, 170, 198.

<sup>12</sup> Allgemein dazu *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 1a; speziell zur restriktiven Handhabung der Haushaltsuntreue s. auch *Adick/Kvll/Wackernagel*, in: *Adick/Bülte (Hrsg.)*, Fiskalstafrrecht, 2015, Kap. 23 Rn. 8 f.

<sup>13</sup> Zur Begrifflichkeit *Mmz*, Haushaltsuntreue, 2001, S. 3 ff.

<sup>14</sup> S. etwa BGH NJW 1982, 2881 (Inanspruchnahme von Universitätspersonal für die Abwicklung privater Gutachten- und Forschungsaufträge ohne Zahlung von Nutzungsentgelt durch den Inhaber eines Lehrstuhls für Volkswirtschaft).

<sup>15</sup> Beispiele: BGH NStZ 1984, 549 (Erhöhung des Veranstaltungsbudgets einer Festhalle durch Entnahme von Haushaltsmitteln aus einem anderen Haushaltstitel); BGH NStZ 1986, 455 (Barauszahlung für fingierte Portokosten an einen Schulleiter für die Teilnahme an einer schulischen Fachausstellung); BGHSt 30, 287 (Übertragung von Haushaltsmitteln eines Ministeriums, die mangels Inanspruchnahme einer Ausgabeermächtigung zum Jahresende verfallen wären, an eine andere Behörde desselben Rechtsträgers; BGHSt 40, 287 – „BND-Fall“ (Überweisung von Geldern aus einem unverbrauchten Ausgabentitel, dessen Mittel zum Jahresende in den Bundeshaushalt zurückgeflossen wären, auf ein Konto des BND); BGHSt 43, 293 – „Gönnenwein“ (Überschreitung des Haushalts des Württembergischen Staatstheaters in Stuttgart durch den Generalintendanten und den Verwaltungsdirektor); BGH NStZ 2011, 248 (Auszahlung von Haushaltsmitteln am Jahresende ohne aktuellen Bedarf).

<sup>16</sup> Leitentscheidungen: BGH NStZ-RR 2005, 83 (i.E. straflose Zahlung einer Abfindung an einen städtischen Angestellten); BGH NStZ-RR 2006, 207 (Einstellung von unqualifiziertem Personal unter Missachtung des vorgegebenen Auswahlverfahrens); NStZ 2008, 87 (Zahlung überhöhter Honorare an einen externen Berater). Näher zur

Gemeinsam ist den genannten Fällen, dass dort jeweils **finanzielle Ausgaben der Verwaltung** darauf überprüft wurden, ob sie durch haushaltsplanerische Festsetzungen der Legislative gedeckt sind. Davon unterscheidet sich die vorliegende Konstellation insofern, als dass die Hamburgische Bürgerschaft hier von den geplanten Ausgaben für den Erwerb von Geschäftsanteilen an der VWH informiert wird und ihnen zustimmen soll. Die rechtliche Betrachtung verlagert sich daher auf eine **Überprüfung des legislativen Ermächtigungsakts** für die Ausgabe von öffentlichen Mitteln und die Frage, welche Grenzen der Budgethoheit des Parlaments – also hier der Hamburgischen Bürgerschaft – gesetzt sind, wenn sie die Exekutive zu Ausgaben ermächtigt. Dass legislativ festgesetzte Haushaltspläne insofern durch Gerichte überprüft werden, ist nicht ohne Vorläufer.<sup>17</sup> Es ist jedoch bisher kein Fall öffentlich bekannt geworden, in dem aus der möglichen Unwirksamkeit haushaltsplanerischer Festsetzungen durch die Legislative der Verdacht einer Untreue abgeleitet wurde. Insofern vermag das vorliegende Gutachten sich also nicht auf unmittelbar einschlägige Präzedenzfälle zu stützen, sondern muss (und kann) seine Schlüsse aus allgemeinen Prinzipien der Untreuedogmatik herleiten.

### III. Untersuchung des vorliegenden Sachverhalts

Nach einführender Skizzierung der Tatbestandsvoraussetzungen der Untreue im Allgemeinen sowie der Spezifika der Haushaltsuntreue im Besonderen gilt es nun zu prüfen, ob sich eine Untreuestrafbarkeit aus dem zur Begutachtung vorliegenden Sachverhalt ergibt. Dabei ist zwischen einer möglichen

---

Rechtsprechung in diesem Bereich *Rojas*, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011, S. 162 ff.

<sup>17</sup> Ein prominentes Beispiel bildet die Entscheidung des VerFGH NRW, Urt. v. 15.03.2011 – VerFGH 20/10, in der das Gericht Teile des vom Landtag in NRW beschlossenen Nachtragshaushaltsgesetzes aus dem Jahr 2010 wegen eines Verstoßes gegen Art. 83 S. 2 der Landesverfassung NRW für nichtig erklärt hat. S. ferner VerFGH NRW, Urt. v. 02.09.2003 – VerFG 6/02, juris, VerFGH RP, Urt. v. 22.02.2017 – VGHN 2/15, juris sowie VerFG MV, Urt. v. 07.07.2015 – VerFG 7/04, juris.

Strafbarkeit von Akteuren auf Ebene der Abgeordneten der Hamburgischen Bürgerschaft (1.), des Senats und der Senatsverwaltung der FHH (2.) sowie der Geschäftsführung der HGV (3.) zu unterscheiden.

## 1. Untreuestrafbarkeit von Bürgerschaftsabgeordneten

Eine Untreuestrafbarkeit der Bürgerschaftsabgeordneten, die in der Bürgerschaft für die Bewilligung der Kosten stimmen (welche im Falle einer Ausübung der Call-Option auf den Kernhaushalt der FHH durchschlagen würden), scheidet schon mit Blick auf die von Art. 14 Abs. 1 der Verfassung der FHH gewährte Indemnität aus. Die Indemnität bewirkt, dass Abgeordnete zu keiner Zeit wegen Abstimmungen oder Äußerungen, die sie in der Bürgerschaft oder einem ihrer Ausschüsse getan haben, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb der Versammlung zur Verantwortung gezogen werden dürfen (mit Ausnahme von verleumderischen Beleidigungen, Art. 14 Abs. 2 der Verfassung der FHH).<sup>18</sup> Dies erfasst erkennbar auch die Abstimmung über haushalterische Nachbewilligungsanträge des Senats. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass eine Untreuestrafbarkeit von Bürgerschaftsabgeordneten im Zusammenhang mit der avisierten Ausübung der Call-Option ausgeschlossen ist.

## 2. Untreuestrafbarkeit beteiligter Senatsmitglieder und der ihnen untergeordneten Beamten

Der Blick richtet sich damit auf die exekutive Ebene. Hier stellt sich die Frage nach einer möglichen Strafbarkeit der Mitglieder des Senats der FHH und der für sie tätigen Beamten, die daran beteiligt sind, bei der Hamburgischen Bürgerschaft die Bewilligung der durch die in Betracht gezogene Ausübung der Call-Option für den Haushalt der FHH entstehenden Kosten zu beantragen und –

---

<sup>18</sup> Instruktiv *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, 82. EL Januar 2018, Art. 46 Rn. 31 ff. (zu Art. 46 Abs. 1 GG, der inhaltlich Art. 14 Abs. 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg entspricht).

im Falle einer Zustimmung der Bürgerschaft – die Geschäftsführung der HGv zur Ausübung der Call-Option anzuweisen.

a) Vermögensbetreuungspflicht

Das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht umreißt den Kreis der tauglichen Täter des § 266 StGB und prägt damit den Charakter der Untreue als ein (Sonder-)Delikt,<sup>19</sup> bei dem der Täter seinem Opfer nicht durch Eindringen in die Vermögenssphäre „von außen“ Schaden zufügt, sondern eine übertragene rechtliche oder übernommene tatsächliche herausragende Herrschaftsposition über fremdes Vermögen dazu ausnutzt, das anvertraute Vermögen durch Aushöhlung „von innen“ zu schädigen.<sup>20</sup>

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass dem Finanzminister oder -senator eines Bundeslandes bei Anwendung dieses Maßstabs eine strafrechtlich relevante Pflicht zur Betreuung des ihm anvertrauten Staatsvermögens zukommt.<sup>21</sup> Dasselbe muss für andere Mitglieder einer Regierung gelten und zwar nicht nur, soweit diese zur Ausgabe von Finanzmitteln im Rahmen ihrer Ressortzuständigkeit ermächtigt sind,<sup>22</sup> sondern – in Anwendung des Gedanken der

<sup>19</sup> *Bauer*, Untreue durch Cash-Pooling im Konzern, 2008, S. 61; *Evers*, Das Verhältnis des Vermögensnachteils bei der Untreue (§ 266 StGB) zum Vermögensschaden beim Betrug (§ 263 StGB) unter besonderer Berücksichtigung des Gefährdungsschadens, 2018, Rn. 237 m. Fn. 584.

<sup>20</sup> BVerfGE 126, 170, 201 unter Rückgriff auf *Schünemann*, NStZ 2005, 473, 474; mit ähnlichen Phrasierungen *Kudhdürw*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 31; *Salger*, in: *Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis*, Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 266 Rn. 11; *Schramm*, in: *Momsen/Grützner*, Wirtschaftsstrafrecht, 2013, 5 B. Rn. 4; *Waffner*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 266 Rn. 10.

<sup>21</sup> BGH NJW 2016, 2585, 2593 f. (insofern in BGHSt 61, 48 nicht abgedruckt) – „Nürburgring“ (Täterstellung des Finanzministers von Rheinland-Pfalz); s. auch BGH NJW 2016, 3253, 3254 f.

<sup>22</sup> S. etwa OLG Rostock, Beschluss vom 22.2.2016 – 20 Ws 345/15, S. 13 f. (unveröffentlicht) zur Vermögensbetreuungspflicht eines Landwirtschaftsministers im Kontext der Vergabe von landwirtschaftlichen Subventionen.



Allzuständigkeit in Leitungsgremien<sup>23</sup> – grundsätzlich bezüglich aller finanziell relevanten Regierungsentscheidungen.

Nicht einfach zu beantworten ist, inwieweit auch die Angehörigen der dem Minister nachgeordneten Ministerial- bzw. Senatsbürokratie innerhalb ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereichs zum Kreis der tauglichen Täter einer Untreue gerechnet werden müssen. Soweit diesen Personenkreis jedoch selbst keine Vermögensbetreuungspflicht treffen sollte, kommt zumindest eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Untreue (§§ 266 Abs. 1, 27 StGB) in Betracht, soweit die Betroffenen den handelnden Minister bzw. Senator bei der Durchführung von untreuerelevantem Verhalten unterstützen.

#### b) Verletzung einer vermögensbezogenen Pflicht

Tathandlung des § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB ist die Verletzung einer aus dem Treueverhältnis fließenden Vermögensbetreuungspflicht. Ob eine solche Pflichtwidrigkeit vorliegt, ist grundsätzlich akzessorisch zu dem insoweit vorgelagerten Zivilrecht und öffentlichen Recht zu prüfen.<sup>24</sup> Neuerdings betont der BGH zudem, dass die Verletzung einer Rechtsnorm nur dann auch pflichtwidrig i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB ist, wenn der verletzten Pflicht zumindest mittelbar ein vermögensschützender Charakter zukommt.<sup>25</sup> Diese Restriktion wird als notwendig erachtet, um der Eigenschaft des Untreuetatbestandes als

<sup>23</sup> Zur Anerkennung dieses Rechtsprinzips im Strafrecht s. grundlegend BGHSt 37, 106, 124 – „Lederspray“.

<sup>24</sup> Näher dazu Könnan, ZStW 119 (2007), 887, 906 ff. Speziell zur Haushaltsrechtsakzessorität Adick/Kroll/Wackernagel, in: Adick/Bülte (Hrsg.), Fiskalstrafrecht, 2015, Kap. 23 Rn. 14 ff.

<sup>25</sup> Leitentscheidung BGHSt 55, 288, 297 ff. – „Fall Siemens/AUB“; s. ferner BGH NJW 2011, 1747, 1749 – „Kölner Parteispendenaffäre“, BGHNSZ 2013, 164 und zuletzt BGHSt 61, 48, 73 – „Nürburgring“; vgl. auch BGH NSZ 2013, 165, 166 – „Telekom-Spitzelaffäre“.

Vermögensdelikt gerecht zu werden, der nicht zur Pönalisierung von rechts-gutsfremdem Fehlverhalten zweckentfremdet werden darf.<sup>26</sup>

Eine vermögensrelevante Pflicht könnte sich im vorliegenden Fall daraus ergeben, dass der zuständige Finanzsenator bzw. die ihm nachgeordneten Beamten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Geschäftsanteile an der VWH Kosten verursachen, die nicht durch eine wirksame haushaltsrechtliche Ermächtigung gedeckt sind.

Aus einem Gegenschluss zu § 5 Abs. 1 LHO HH folgt, dass die Verwaltung der FHH keine Kosten verursachen darf, die nicht im Haushaltsplan veranschlagt wurden und zu der die Bürgerschaft die Verwaltung nicht zuvor ermächtigt hat.<sup>27</sup> Dementsprechend soll für den Fall, dass der Senat der FHH sich politisch für die Ausübung der Call-Option entscheidet, ein Bewilligungsantrag an die Bürgerschaft gestellt werden. Auf Grundlage eines solchen Bürgerschaftsbeschlusses könnte der Senat die Ausübung der Call-Option durch die Geschäftsführung der HGV veranlassen und dadurch mittelbar (nämlich in Form von Kosten aus Abschreibungen aus der Finanzanlage HGV) Kosten für den Haushalt der FHH verursachen und die Buchung dieser Kosten im Haushalt anordnen. Dafür müsste die von der Bürgerschaft erteilte Ermächtigung jedoch *rechts-wirksam* sein. Dem könnte jedoch entgegenstehen, dass ein solcher Beschluss gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (aa) oder gegen das Beihilferecht der Union (bb) verstoßen würde und daher unwirksam wäre.

**aa) Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**

Damit ist zunächst zu prüfen, ob ein etwaiger Beschluss der Bürgerschaft, die durch eine Ausübung der Call-Option für den Haushalt der FHH entstehenden Kosten zu bewilligen, gegen den Rechtsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und

---

<sup>26</sup> Näher *Rönnan/Becker*, JR 2017, 204, 208 m.w.N.

<sup>27</sup> *Gröpl*, in: *Gröpl*, BHO/LHO, 2011, § 1 Rn. 31 i.V.m. Rn. 60.

Sparsamkeit verstoßen würde.<sup>28</sup> Voraussetzung dafür ist, dass dieses Prinzip die Hamburgische Bürgerschaft erstens bindet (1), zweitens im konkret vorliegenden Fall anwendbar (2) und drittens verletzt ist (3).

(1) **Bindung der Hamburgischen Bürgerschaft an den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit**

Gem. § 7 Abs. 1 S. 1 LHO HH sind bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und – als dessen Untergrundsatz<sup>29</sup> – der Grundsatz der Sparsamkeit zu beachten. Die Hamburgische Bürgerschaft ist dabei vom Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 1 LHO HH nicht erfasst, da sie den Haushaltsplan weder aufstellt noch ausführt, sondern ihn gem. § 2 Abs. 1 LHO HH feststellt.<sup>30</sup> Anders als in vielen anderen Bundesländern sind Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip nicht in der Verfassung der FHH verankert,<sup>31</sup> so dass sich auch daraus keine Bindung für die Hamburgische Bürgerschaft ergibt. Zu beachten ist jedoch, dass § 7 Abs. 1 S. 1 LHO HH durch die Artt. 109 Abs. 4, 114 Abs. 2 S. 1 GG und – konkretisierend – durch § 6 Abs. 1 Haushaltsgrundsatzgesetz (HGtG) als höherrangige Normen überwölbt wird.<sup>32</sup> Jedenfalls aus diesen Vorschriften wird herrschend eine Bindung selbst der Legislative an den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

<sup>28</sup> Dass einem solchem Verstoß im Kontext des Untreuetatbestands ein hinreichender Vermögensbezug innewohnt, ist allgemein anerkannt, s. etwa BVerfG NStZ 2010, 626, 628; BGHSt 61, 48, 70; BGH NStZ 2008, 87, 89; vgl. ferner BVerfGE 126, 170, 217 f. sowie *Rajas*, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011, S. 148 ff. und *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 19b u. Rn. 44.

<sup>29</sup> *Gröpl*, in: Gröpl, BHO/LHO, 2011, § 7 Rn. 1, 7; *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht in Bund und Ländern, 2014, A. Rn. 567.

<sup>30</sup> Vgl. *Gröpl*, in: Gröpl, BHO/LHO, 2011, § 7 Rn. 22.

<sup>31</sup> Dazu *Thieme*, Verfassung der FHH, 1998, S. 194 f. und *David*, Verfassung der FHH, 2. Aufl. 2004, Art. 66 Rn. 13 ff.

<sup>32</sup> Instruktiv *Heller*, Haushaltsgrundsätze, 2. Aufl. 2010, Rn. 2, 5, 20 sowie *Heintzen*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 120 Rn. 48.

abgeleitet,<sup>33</sup> so dass diese Prinzipien im Ergebnis auch von der Hamburgischen Bürgerschaft beachtet werden müssen.

**(2) Anwendbarkeit des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit im vorliegenden Fall**

Binden der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit also grundsätzlich auch die Hamburgische Bürgerschaft in ihren Beschlüssen, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob dieser Rechtssatz auf die mögliche Ausübung der Call-Option anwendbar wäre. Dies ist zu bejahen: Zwar trifft das Gebot wirtschaftlicher und sparsamer Haushaltsführung unmittelbar nur die FHH als juristischer Person des öffentlichen Rechts und nicht privat verfasste Tochterunternehmen wie die HGV, die den Anteilskauf durchführen soll. Allerdings würde die Wertdifferenz zwischen dem für die erworbenen Anteile der VWH gezahlten Kaufpreis und dem tatsächlichen Wert dieser Anteile als **Kosten aus Abschreibungen** auf die Finanzanlage HGV auf den Kernhaushalt durchschlagen. Diese mittelbare Kostenfolge der Ausübung der Call-Option unterliegt der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

**(3) Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit im vorliegenden Fall**

Damit ist auf einer dritten Prüfungsstufe zu untersuchen, ob der genannte Grundsatz verletzt wäre, wenn die Bürgerschaft die Ausübung der Call-Option trotz der erheblichen Differenz zwischen dem objektivierten Wert der zu erwerbenden Anteile und dem gezahlten Kaufpreis bewilligt.

---

<sup>33</sup> VerfGH NRW, Urt. v. 02.09.2003 – VerfG 6/02, juris Rn. 47; Leitfaden des Präsidenten des Bundesrechnungshofes bezüglich Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen finanzwirksamer Maßnahmen nach § 7 BHO, 2013, S. 17; *Heintzen*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 120 Rn. 48 m.w.N. auch zur Gegenauffassung; *Eller*, Haushaltsgrundsätze, 2. Aufl. 2010, Rn. 712 unter Verweis auf § 1 HGrG; *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2015, § 7 III 4 Rn. 565.

(a) **Normativer Gehalt des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebietet es, die bestmögliche Nutzung öffentlicher Ressourcen sicherzustellen<sup>34</sup> und eine möglichst günstige Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln anzustreben.<sup>35</sup> Ausprägungen dieses Rechtssatzes sind das sog. **Maximalprinzip**, wonach mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis erzielt werden soll, und das **Minimalprinzip** (auch Sparsamkeitsprinzip), das vorgibt, öffentlich-rechtliche Zielsetzungen mit möglichst geringem Mitteleinsatz zu erreichen.<sup>36</sup>

Durch diese Definition wird klar, dass es sich bei dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit um ein **rein formales Prinzip** handelt, das keine normative Aussage über die Zweckmäßigkeit bestimmter politischer Ziele oder Mittel *per se* trifft, sondern lediglich ein bestimmtes Optimierungsprogramm für die Relation zwischen Zweck und Mittel enthält,<sup>37</sup> das z.T. zutreffend auch als spezieller finanzbezogener **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** apostrophiert wird.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> BGHSt 61, 48, 70 sowie *Saliger*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2017, § 266 StGB Rn. 119 – jew. m.w.N.

<sup>35</sup> Ziffer 1 VV zu § 7 LHO HH; s. auch Sächsisches OVG, Urteil v. 18.12.2017 – 5 A 149/16, juris Rn. 47; *Koenig/Meyer*, NJW 2014, 3547, 3551; *Gröpl*, BHO/LHO, 2011, § 7 Rn. 9.

<sup>36</sup> Leitfaden des Präsidenten des Bundesrechnungshofes bezüglich Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen finanzwirksamer Maßnahmen nach § 7 BHO, 2013, S. 13; *Nowak/Kailmann/Banspach/Eckes/Rüdinger*, in: Hessischer Rechnungshof (Hrsg.), *Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im Haushaltsrecht*, 2016, S. 15, 21; *Heintzen*, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 120 Rn. 48; *Koenig/Meyer*, NJW 2014, 3547, 3551 – jew. m.w.N.

<sup>37</sup> VerfGH NRW, Ur. v. 02.09.2003 – VerfG 6/02, juris Rn. 48; *Nowak/Kailmann/Banspach/Eckes/Rüdinger*, in: Hessischer Rechnungshof (Hrsg.), *Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im Haushaltsrecht*, 2016, S. 15, 21 f.; *Rajas*, *Grundprobleme der Haushaltsuntreue*, 2011, S. 144 f.; *von Lewinski/Burbat*, *Bundshaushaltsordnung*, 2013, § 7 Rn. 5.

<sup>38</sup> VerfGH NRW, Ur. v. 02.09.2003 – VerfG 6/02, juris Rn. 47; *Heintzen*, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 120 Rn. 48; *Kirchhof*, *NVwZ* 1983, 505 ff., 514.

Hervorzuheben ist, dass bei der damit vorgezeichneten Abwägung der Kosten und mit dem Nutzen einer staatlichen Maßnahme nicht nur monetäre Nutzeneffekte in die Abwägung eingestellt werden dürfen. Vielmehr sind auch – nicht exakt bezifferbare – nicht-monetäre Nutzeneffekte zu Gunsten der Allgemeinheit in die Betrachtung einzubeziehen.<sup>39</sup> Es liegt auf der Hand, dass eine andere Auffassung mit dem durch die Artt. 20, 28 Abs. 1 S. 1 GG statuierten Sozialstaatsgebot inkompatibel wäre, auf dessen Grundlage der Staat Sozialleistungen (z.B. Grundsicherung für Arbeitssuchende oder Kindergeld) ausreicht, ohne dafür eine finanzielle Gegenleistung zu erhalten. Dasselbe gilt für Maßnahmen der staatlichen Regional- und Wirtschaftsförderung, bei der es ebenfalls zur Auszahlung von Geld (etwa in Form von Subventionen) kommt, ohne dass der öffentlichen Hand dafür ein unmittelbar messbarer monetärer Gegenwert zufließt.

Nichts anderes kann gelten, wenn die öffentliche Hand – wie im vorliegenden Fall – private Infrastruktur aufkauft. Als Paradebeispiel für eine solche Konstellation kann dabei eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts herangezogen werden, mit der das Gericht (inzident) über die Frage entschieden hat, inwieweit es mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vereinbar ist, wenn eine Gemeinde ein privates Grundstück, das zu Zwecken des Straßenbaus benötigt wird, zu einem Preis erwirbt, der knapp 43 % über dem Verkehrswert des Grundstücks liegt.<sup>40</sup> Im Ergebnis hielt der Senat den Ankauf für rechtmäßig, da sachliche Gründe für die Akzeptanz des überhöhten Kaufpreises – die Gemeinde hatte insofern das Interesse an einem möglichst

---

<sup>39</sup> Einfachrechtlich schlägt sich dies nicht zuletzt darin nieder, dass die im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen i.S.v. § 6 Abs. 2 HGrG unter anderem verwendeten Methoden der Nutzwertanalyse und der Kosten-Nutzen-Analyse jeweils auch nicht-monetäre Faktoren berücksichtigen, s. dazu instruktiv Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), BfHO/LHO, 2011, § 7 Rn. 40 f.

<sup>40</sup> BVerwG, Urteil v. 14.12.1979 – 4 C 28/79, Junon Rn. 14; aufgegriffen auch durch Sächsisches OVG, Urteil v. 18.12.2017 – 5 A 149/16, juris Rn. 42.

schnellen Straßenbau sowie an einer Vermeidung eines erfahrungsgemäß langwierigen Enteignungsverfahrens vorgebracht – „ein Überschreiten des Verkehrswertes – unter Umständen auch ein beträchtliches Überschreiten – rechtfertigen“<sup>41</sup> können.

Da eine Abwägung von monetären mit nicht-monetären Nutzeneffekte sich naturgemäß einer engmaschigen rationalen Überprüfung entzieht, kann das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – ähnlich wie die sog. „Business-Judgment“-Rule im privatwirtschaftlichen Bereich (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)<sup>42</sup> – nur einen äußeren Begrenzungsrahmen des bestehenden politischen Entfaltungs- und Gestaltungsspielraums abstecken und dementsprechend allein solche Maßnahmen verbieten, die mit dem Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlicht unvereinbar und folglich zweifelsfrei unvertretbar sind.<sup>43</sup> Damit liegt – positiv formuliert – kein Verstoß gegen die Anforderungen ordnungsgemäßen Wirtschaftens vor, wenn auch nur *ein* objektiver und unabhängiger Sachkundiger die Entscheidung für vertretbar hält.<sup>44</sup>

Der damit umrissene breite Ermessensspielraum bei der Zweck-Mittel-Abwägung wurde in der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung bisher stets in Fällen angesprochen, die das Verhalten der Verwaltung betreffen – und dabei

---

<sup>41</sup> BVerwG, Urteil v. 14.12.1979 – 4 C 28.79, jurion Rn. 14.

<sup>42</sup> Instruktiv zur Übertragung der „Business Judgment Rule“ auf den Bereich der Haushaltsuntrene *Adick/Krell/Wackernagel*, in: *Adick/Bülte* (Hrsg.), *Fiskalstrafrecht*, 2015, Kap. 23 Rn. 22 m.w.N.

<sup>43</sup> BGHSt 61, 48, 71 – „Nürburgring“; BGH NStZ 2009, 87, 88 f.; BGH NStZ-RR 2005, 83, 84; KG BeckRS 2014, 22076; Sächsisches OVG, Urteil v. 18.12.2017 – 5 A 149/16, juris Rn. 42; BayVGfH, Urteil v. 18.3.1990 – 4 B 97.3249, juris Rn. 17; OVG NRW, Beschl. v. 26.10.1990 – 15 A 1099/87, juris Rn. 10 f.; BVerwG, Urteil v. 14.12.1979 – 4 C 28.79, jurion Rn. 14; vgl. auch *Adick/Krell/Wackernagel*, in: *Adick/Bülte* (Hrsg.), *Fiskalstrafrecht*, 2015, Kap. 23 Rn. 31 f.

<sup>44</sup> Vgl. zu diesem Verständnis des Begriffs der Vertretbarkeit einer Entscheidung im strafrechtlichen Kontext nur *Burger*, Untreue durch das Auslösen von Sanktionen zu Lasten von Unternehmen, 2007, S. 94 f.; *Tiedemann*, in: *LK/StGB*, Bd. IX/2 (§§ 267–283d), 12. Aufl. 2009, Vor § 283 Rn. 117; *Waffner*, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 94 – jew. m.w.N.

mit dem letztlich aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG entlehnten Gedanken legitimiert, dass Exekutivhandeln ohne eine gewisse Prärogative zur Bewertung von Entscheidungen am Maßstab des Gemeinwohls („safe harbor“) gelähmt würde.<sup>45</sup> Ein noch größerer Spielraum muss jedoch in Fällen anerkannt werden, die – wie hier – die Bindung des Haushaltsgesetzgebers an den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit betreffen. Denn soweit es um haushalterische Entscheidungen der Legislative geht, gründet sich ein Bedarf für einen weitgefassten Ermessensspielraum nicht allein auf Praktikabilitätsabwägungen und den naturgegebenen Unwägbarkeiten wirtschaftlicher Entscheidungsprozesse. Vielmehr ist die Legislative im System der parlamentarischen Demokratie von allen drei Gewalten kraft Wahl durch den Souverän auch am stärksten dazu legitimiert, festzulegen, welches Verhältnis von Kosten und Nutzen im objektiven Interesse der Allgemeinheit liegt.<sup>46</sup> Über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand entscheidet das Parlament „in Verantwortung gegenüber dem Volk“.<sup>47</sup> Diese besondere Legitimation kommt nicht zuletzt in der verfassungsrechtlich sowohl auf Ebene des Bundes als auch der Länder besonders geschützten **Budgethoheit** als „Königsrecht“ des Parlaments zum Ausdruck,<sup>48</sup> das „zu den Grundlagen der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im

<sup>45</sup> Zum „safe harbor“-Gedanken als *ratio* von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG s. die Leitentscheidung BGHZ 135, 244, 253 – „ARAG/Garmenbeck“, *Dammer-Lieb*, in: Henssler/Stroh, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 17 ff. und (im strafrechtlichen Kontext) BGH NStZ 2017, 227, 230 – „HSF Nordbank“. Für eine Übertragung dieses Prinzips auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Haushaltsrecht s. BGHSt 61, 48, 64 f. – „Nürburgring“ m.w.N.

<sup>46</sup> Dazu BVerwGE 10, 140, 143 mit der treffenden Formulierung, wonach der „mit der Haushaltsfeststellung verbundenen bindenden Festlegung der Verwendung öffentlicher, im Wesentlichen durch Leistungen der Staatsbürger aufgebracht Mittel eine so überragende und die Interessen aller Staatsbürger auf Stärkste berührende Bedeutung [zukomme], dass sie in einem demokratischen Staat nur in die Hände der Volksvertretung gelegt werden“ könne.

<sup>47</sup> BVerfGE 130, 318, 343 (in Bezug auf den Bundestag).

<sup>48</sup> BVerfGE 45, 1, 32 betont die „rechtliche umfassende, alleinige Entscheidungs- und Feststellungskompetenz des Gesetzgebers“ im Rahmen der Haushaltsgesetzgebung; mit ähnlicher Stoßrichtung stellt BVerfGE 130, 318, 342 insofern eine „hervorgehobene verfassungsrechtliche Stellung“ des Parlaments fest.



Verfassungsstaat“ zählt<sup>49</sup> und – historisch betrachtet – der absolutistischen und (später) teil-parlamentarischen Monarchie durch die Bewegung des Konstituti-  
onalismus mühsam abgerungen wurde.<sup>50</sup> Eine gerichtliche Kontrolle dieses  
Rechts unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit kann  
daher schon aus demokratietheoretischer Sicht nur auf krasse Ausnahmefälle  
beschränkt bleiben.

**(b) Überprüfung der Zweck-Mittel-Relation im vorliegenden Fall**

Die in Betracht gezogene Ausübung der Call-Option, auf den sich ein möglicher  
Bewilligungsbeschluss der Hamburgischen Bürgerschaft (indirekt) beziehen  
würde, dient dem Zweck, die Fernenergiewärmeversorgung in der FHH wieder  
vollständig zu rekommunalisieren. An der Rechtmäßigkeit einer solchen legis-  
lativ festgelegten Zwecksetzung, bestehen keine Zweifel, ja mehr noch: Durch  
den Volksentscheid vom 22. September 2013, der eine „sozial gerechte, klima-  
verträgliche und demokratisch kontrollierte Energieversorgung aus erneuerba-  
ren Energien“ zum „verbindlichen Ziel“ der Politik in der FHH erklärt hat, sind  
Senat und Bürgerschaft ausweislich von Art. 50 Abs. 4a der Verfassung der  
FHH sogar verfassungsrechtlich verpflichtet, diesen Zweck zu verfolgen.<sup>51</sup> Zu  
überprüfen ist daher lediglich noch, ob die Ausübung der Call-Option ein ge-  
eignetes, erforderliches und angemessenes Mittel ist, um das Ziel einer vollstän-  
digen Rekommunalisierung der Fernwärmeversorgung in der FHH zu errei-  
chen.

<sup>49</sup> BVerfGE 130, 318, 343; vgl. auch BVerfGE 123, 267, 359; 129, 124, 177.

<sup>50</sup> Einführend zur historischen Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechts auf dem  
Gebiet der heutigen Bundesrepublik Deutschland seit dem späteren 19. Jahrhundert *Kubs*,  
in: Maunz/Dügg, GG, 83. EL April 2018, Art. 110 Rn. 17 ff. m.w.N.

<sup>51</sup> Dass die FHH bei der Wahl der Mittel zur Erreichung dieses Ziels frei ist und der Gestal-  
tungsauftrag des Volksentscheids insbesondere unter einem Finanzierungsvorbehalt steht,  
wird dabei nicht verkannt. Ausführlich zur Bindungswirkung von Volksentscheiden nach  
der Verfassung der FHH und ihren Grenzen HbGVfG NVwZ 2005, 685 ff.

(aa) **Geeignetheit**

An der **Eignung** des Mittels bestehen dabei keine Zweifel, weil der Erwerb eines großen Fernenergienetzes, wie es von der VWH betrieben wird, die FHH dem Ziel einer umfassenden staatlichen Kontrolle der Fernwärmeversorgung erkennbar näher bringt.

(bb) **Erforderlichkeit**

Zu erörtern ist weiter, ob es sich bei dem Erwerb auch um ein **erforderliches Mittel** handelt oder ob die öffentliche Hand das Ziel einer staatlichen Kontrolle der Fernwärmeversorgung zu geringeren Kosten in gleicher Weise fördern könnte wie durch eine Ausübung der Call-Option. Insofern ist zunächst festzustellen, dass das genannte Rekommunalisierungsziel auch durch andere Mittel wie z.B. den Aufbau eines eigenen staatlichen Fernwärmenetzes oder den Kauf anderer Fernwärmenetze, die es neben dem VWH-Netz in der FHH gibt, gefördert werden könnte. Allerdings besteht hier die erhebliche Gefahr, dass der eigenständige Aufbau eines neuen Fernenergiewärmenetzes in der Größenordnung des VWH-Netzes für die FHH, die mit dem Aufbau eines Fernenergienetzes sowie dem dazugehörigen Vertriebsaufwand nicht die gleiche Erfahrung hat wie der Vattenfall-Konzern, mindestens ebenso hohe oder (wahrscheinlich) noch höhere Kosten verursachen würde als der (wenn auch teure) Ankauf eines bereits bestehenden Netzes. Ebenso ungewiss ist, ob die FHH durch den Ankauf mehrerer kleinerer Fernenergienetze in derselben Zeitspanne einen ähnlich großen Marktanteil wie über einen vollständigen Kauf der VWH-Anteile erlangen und dafür einen geringen Preis zahlen würde. Eingedenk der der Hamburgischen Bürgerschaft insofern zustehenden **Einschätzungsprärogative** ist daher davon auszugehen, dass die erwogene Ausübung der Call-Option erforderlich ist, um das Ziel einer vollständigen Rekommunalisierung der Fernwärmeversorgung in der FHH zu fördern. Dafür spricht insbesondere auch, dass es der FHH nicht möglich ist, durch rechtlichen oder

wirtschaftlichen Druck den von der Vattenfall GmbH verlangten Kaufpreis für die Geschäftsanteile an der VWH noch zu senken. Denn ausweislich des Memorandums der Rechtsanwaltskanzlei Allen & Overy LLP vom 26. April 2018 ergibt sich weder aus dem Energierecht noch aus dem Kartell- und Wettbewerbsrecht und auch nicht aus dem Zivilrecht eine Unwirksamkeit der Mindestpreisregelung unter gleichzeitiger Fortgeltung der Kaufoption oder das Eingreifen eines gesetzlichen Anspruchs zur Übertragung der Netzinfrastruktur zum Verkehrswert. Ferner hat die FHH bzw. die HGV im Verlauf wochenlanger Verhandlungen versucht, durch Ausübung wirtschaftlichen Drucks einen günstigeren Kaufpreis durchzusetzen, blieb dabei jedoch erfolglos.

#### (cc) Angemessenheit

Schließlich müsste der geplante Kauf der Geschäftsanteile an der VWH auch angemessen sein, d.h. Kosten und Nutzen dieser Maßnahme dürfen nicht außer Verhältnis stehen. Wie oben unter C. III. 2. b) aa) (3) (a) bereits dargelegt, sind hierbei sowohl monetäre als auch nicht-monetäre Nutzeneffekte in die Abwägung einzustellen.

Unter monetären Gesichtspunkten ist zunächst anzumerken, dass der für den Stichtag 01.01.2019 festgestellte objektivierte Wert der Geschäftsanteile an der VWH, der erheblich unter dem dafür veranschlagten Kaufpreis liegt, eine bilanzielle Momentaufnahme darstellt und noch im Jahr 2014, als die Call-Option vereinbart wurde, annähernd auf dem Niveau des nun von der Vattenfall GmbH verlangten Kaufpreises lag. Der Grund für den zwischenzeitlichen Wertverlust der Geschäftsanteile der VWH liegt dabei laut der BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die mit der Bewertung der Anteile betraut wurde, nicht in Beeinträchtigungen der Substanz der ordnungsgemäß gewarteten und instandgesetzten Betriebsmittel der VWH (Rohrsysteme, Amaturanlagen etc.), sondern in einer deutlichen Veränderung der energiewirtschaftlichen

Rahmenbedingungen (Preisentwicklung, Konkurrenz durch andere Formen der Energieversorgung etc.). Da die Hamburgische Bürgerschaft im Falle einer Bewilligung der mit einer Ausübung der Call-Option verbundenen Kosten für die FHH den Weg einer langfristigen staatlichen Kontrolle der Fernwärmeversorgung einschlagen würde, ist es also keinesfalls ausgeschlossen, dass der Wert der Anteile im Laufe der Jahre wieder steigen wird. Eine *sichere* Prognose wird sich darüber angesichts der unwägbaren politischen, wirtschaftlichen und technologischen Variablen, durch die die Energiewirtschaft typischerweise geprägt ist, wie bei jeder Investitionsentscheidung zwar nicht treffen lassen. Eine Verengung der Kosten-Nutzen-Abwägung auf den Wert der VWH-Anteile an einem bestimmten Stichtag – den 01.01.2019 – würde dem der Bürgerschaft insofern zustehenden Prognosespielraum aber jedenfalls sicher nicht gerecht werden.

Davon abgesehen lassen sich zahlreiche **gemeinwohlorientierte Sachgründe** nicht unmittelbar monetär bezifferbarer Art benennen, die die Annahme vertretbar erscheinen lassen, dass die mit einer Ausübung der Call-Option verursachten Kosten letztlich in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel einer vollständigen (Re-)Kommunalisierung der Fernenergieversorgung der FHH stehen. Zu nennen ist hier zunächst das **umweltpolitische Ziel einer klimafreundlichen Stadtentwicklungsplanung**, das auf Landesebene durch die Hamburger Klimaschutzziele<sup>52</sup> und auf Bundesebene durch die Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris<sup>53</sup> überwölbt wird. Wenn die Hamburgische Bürgerschaft meint, ein solches – mit verfassungsrechtlicher Dignität ausgestattetes (Art. 20a GG) – Ziel durch den Ankauf der VWH-Anteile schneller als durch andere Maßnahmen erreichen zu können, kann dies aus

---

<sup>52</sup> Vgl. dazu den „Masterplan Klimaschutz“ des Senats der FHH vom 25.6.2013, Hamburgische Bürgerschafts-Drs. 20/8493.

<sup>53</sup> Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015, online abrufbar unter <http://t1p.de/cq0l>.

gutachterlicher Sicht auch die Inkaufnahme kurzfristiger monetärer Einbußen rechtfertigen.

Eng mit dem Klimaschutzgedanken verknüpft ist ferner das – angesichts einer aus den Artt. 2 Abs. 1, 1 Abs. 3 GG diesbezüglich erwachsenden Schutzpflicht des Staates – besonders gewichtige Ziel des **Gesundheitsschutzes** durch eine Herabsetzung von Giftstoffemissionen, die bei der Fernwärmeerzeugung auf Basis fossiler Brennstoffe auftreten.

Berücksichtigt werden müssen darüber hinaus auch mit dem Ankauf der VWH-Anteile verknüpfte Nutzeneffekte, die zwar nicht unmittelbar finanziell bezieferbar sind, aber absehbar gleichwohl indirekte monetäre Vorteile für die FHH bieten. Dazu gehört beispielsweise eine Erhöhung der **lokalen Wertschöpfung**, die mit einer Kontrolle des VWH-Netzes einhergehen und die sich in höheren Steuereinnahmen für die FHH niederschlagen kann. Positive Standorteffekte können sich insofern auch aus einer **erhöhten Arbeitsplatzsicherheit** ergeben, die häufig mit einem intensivierten Binnenkonsum der Betroffenen verknüpft ist, welcher wiederum gesteigerte Steuereinnahmen nach sich ziehen würde. Ferner könnte die FHH sich bei einem Erwerb der VWH-Geschäftsanteile möglicherweise **Synergieeffekte** kostensparend zu Nutze machen, die durch eine enge Zusammenarbeit von nunmehr fünf **Leitungsinfrastruktur-Unternehmen in öffentlicher Hand** (Abwasser, Fernwärme, Gas, Strom, Wasser) mit einiger Wahrscheinlichkeit entstehen können.

Nicht vernachlässigt werden darf schließlich der Gesichtspunkt, dass der in Erwägung gezogene Erwerb der Geschäftsanteile an der VWH auch einer zügigen Umsetzung des **Volksentscheids vom 22. September 2013** dient. Zwar schreibt dieser Volksentscheid – wie bereits erwähnt<sup>54</sup> – der FHH schon ausweislich der Formulierung im Tenor des Entscheids („alle notwendigen und

---

<sup>54</sup> C. III. 2. b) aa) (3) (b) (aa).

zulässigen Schritte“) nicht vor, welche Mittel zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt werden, und steht insbesondere unter Finanzierungsvorbehalt. Gleichwohl darf es bei der Abwägung von Kosten und Nutzen einer staatlichen Maßnahme auch nicht außer Betracht bleiben, wenn die Maßnahme einem durch den Souverän verbindlich formulierten und damit verfassungsrechtlich besonders gewichtigem Ziel zum Nutzen gereicht.

Eine Gesamtschau der damit umrissenen monetären wie nicht monetären Vorteile einer Ausübung der Call-Option zum Erwerb der VWH-Geschäftsanteile lassen eingedenk des Ermessens- und Prognosespielraums, der der Hamburgischen Bürgerschaft insofern von Verfassungen wegen zukommt, die Annahme für gut vertretbar erscheinen, dass der Nutzen der Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu den damit verbundenen – beträchtlichen – Kosten steht. Nur klarstellend sei bemerkt, dass damit nicht die Aussage verbunden ist, der Erwerb der Anteile müsste zwingend erfolgen. Vielmehr bleibt es Bürgerschaft und Senat selbstverständlich unbenommen, dem nicht marktgerechten Kaufpreis im Rahmen der skizzierten Abwägungsentscheidung die ausschlaggebende Bedeutung *gegen* eine Ausübung der Call-Option beizumessen.

#### (4) Zwischenergebnis

Ein etwaiger Beschluss der Bürgerschaft, die durch eine Ausübung der Call-Option für den Haushalt der FHH entstehenden Kosten zu bewilligen, würde nicht gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstoßen und wäre folglich nicht aus diesem Grund unwirksam. Daher kann auch eine vermögenbezogene Pflichtverletzung des zuständigen Finanzsenators bzw. der ihm nachgeordneten Beamten i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB unter diesem Gesichtspunkt nicht angenommen werden.

bb) Verstoß gegen das Beihilferecht der Europäischen Union

Nach der gutachterlichen Einschätzung des Kollegen Korioth wäre eine Ausübung der Call-Option zum Erwerb von Geschäftsanteilen an der VWH als marktkonform einzustufen und daher nach dem Maßstab des Art. 107 Abs. 1 AEUV keine durch das Unionsrecht verbotene Beihilfe.<sup>55</sup> Diese nachvollziehbare Einschätzung soll hier – auch mangels vertiefter beihilferechtlicher Spezialkenntnisse des Unterzeichners – nicht angezweifelt werden. Aus strafrechtlicher Sicht kommt es darauf jedoch gar nicht an. Denn selbst wenn der Erwerb der Geschäftsanteile an der VWH – hypothetisch betrachtet – unter Verstoß gegen die Artt. 107 ff. AEUV erfolgen würde, ist zu beachten, dass der 3. Strafsenat des BGH in seiner „Nürburgring“-Entscheidung unmissverständlich klar gemacht hat, dass ein solcher Verstoß keine Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestands begründen kann, weil die Regelungen des EU-Beihilferechts nicht dem Schutz des Vermögens des Beihilfegebers, sondern dem Schutz des europäischen Binnenmarktes vor Wettbewerbsverzerrungen dienen.<sup>56</sup>

Unschädlich ist in diesem Zusammenhang, dass der 3. BGH-Strafsenat sich in der „Nürburgring“-Entscheidung – gleichsam als „Hintertür“ – offengehalten hat, jedenfalls dann von einer Pflichtverletzung auszugehen, wenn der Treunehmer eine Zahlung tätigt, obwohl das zugrundeliegende Rechtsgeschäft wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB nichtig ist. Dazu folgendes Beispiel aus der BGH-Rechtsprechung (2. Strafsenat in Sachen „Telekom-Spitzelaffäre“):

*Der leitende Angestellte A schließt für sein Anstellungsunternehmen, das Mobilfunkunternehmen DT-AG, einen Vertrag mit der N-GmbH, durch den die N-GmbH*

<sup>55</sup> Rechtsgutachterliche Kurzstellungnahme Professor Dr. Stephan Korioth vom 6. September 2018, S. 12-15.

<sup>56</sup> BGHSt 61, 48, 72 f. mit insofern zust. Anm. *Saliger/Schweiger*; NJW 2016, 2585, 2600 f. und *Brand*, NZG 2016, 690, 692.

*beauftragt wird, die Mobilfunk-Verbindungsdaten bestimmter Aufsichtsratsmitglieder der DT-AG sowie von Journalisten zu überwachen. Dieses Verhalten verstößt u.a. gegen § 206 Abs. 1 StGB, § 88 Abs. 3 TKG sowie § 44 Abs. 1 i. V. mit § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG, weshalb der zugrundeliegende Vertrag zwischen der DT-AG und der N-GmbH gem. § 134 BGB nichtig war. Gleichwohl veranlasst A im Bewusstsein der genannten gesetzlichen Verbote die Auszahlung des vereinbarten Honorars an die N-GmbH.*

Zwar würde auch ein Verstoß gegen das Beihilfeverbot i.S.v. Art. 107 AEUV gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen, das der Beihilfe zugrunde liegt (hier: Ausübung der Call-Option).<sup>57</sup> Jedoch ist die beihilferechtswidrige Ausübung einer Call-Option zum Erwerb von Unternehmensanteilen nicht mit der Konstellation vergleichbar, dass der Treuenehmer eine Zahlung aus dem Vermögen des Treugebers tätigt, obwohl er sich der Gesetzeswidrigkeit des Austauschverhältnisses bewusst ist. Denn wie der BGH in der Entscheidung zur „Telekom-Spitzelaffäre“ deutlich gemacht hat, hängt der Pflichtwidrigkeitsvorwurf in jenen Konstellationen einer bewussten Zahlung auf eine nichtige Forderung damit zusammen, dass der Treugeber das einmal ausgezahlte Vermögen wegen der Konditionssperre in § 817 S. 2 BGB nicht mehr zurückfordern kann. Der Konditionsausschluss des § 817 S. 2 BGB darf jedoch nur angenommen werden, wenn und soweit dies in Einklang mit dem Schutzzweck der Gesetzesnorm steht, gegen die verstoßen worden ist.<sup>58</sup> Diese Voraussetzung ist bei den Artt. 107 ff. AEUV nicht erfüllt, im Gegenteil: Die Ratio der Artt. 107 ff. AEUV liegt gerade darin zu verhindern, dass der Wettbewerb in der Europäischen Union durch die Gewährung staatlicher Beihilfen an private Unternehmen verzerrt wird. Dieses Ziel würde konterkariert, wenn

<sup>57</sup> Statt vieler *Armbrüster*, in: MüKo/BGB, Bd. I, 7. Aufl. 2015, § 134 Rn. 37 m.w.N.

<sup>58</sup> *Schwab*, in: MüKo/BGB, Bd. VI, 7. Aufl. 2017, § 817 Rn. 22; *Stadler*, in: *Jauernig, BGB*, 17. Aufl. 2018, § 817 Rn. 13; *Wandeborst*, in: *BeckOK/BGB*, 46. Ed. Stand: 01.05.2018, § 817 Rn. 23.



die Beihilfempfänger die Beihilfeleistungen unter Berufung auf § 817 S. 2 BGB behalten dürften. Es ist daher anerkannt, dass § 817 S. 2 BGB auf die Leistung rechtswidriger Beihilfen grundsätzlich nicht anwendbar ist und solche Leistungen durch den Staat stets zurückgefordert werden können.<sup>59</sup> Eine Ausnahme gilt allenfalls dann, wenn die Beihilfe unter Einhaltung des in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Verfahrens gewährt worden ist oder wenn Unionsorgane berechnete Erwartungen geweckt haben, die Beihilfe könnte durch die Kommission genehmigt werden<sup>60</sup> – dies greift hier schon mangels Einleitung eines Verfahrens nach Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht.

Es bleibt deshalb für den vorliegenden Fall bei dem Befund, dass ein – hypothetisch unterstellter – Verstoß gegen die Artt. 107 ff. AEUV durch die Ausübung der Call-Option mangels Vermögensbezugs keine untreuerrelevante Pflichtverletzung darstellen kann.

### c) Vermögensnachteil

Da es ausweislich der bisherigen Untersuchung schon an einer Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB fehlt, wird das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils hier nur noch hilfsweise angesprochen.

Ein Vermögensnachteil i.S.v. § 266 StGB liegt vor, wenn dem Treugeber durch die Pflichtverletzung eine Vermögensminderung entsteht, die nicht – im Wege

---

<sup>59</sup> Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 666 unter Verweis auf die Grundsatzentscheidungen des EuGH zur Pflicht der EU-Mitgliedstaaten zur Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen ECLI:EU:C:2005:774 – „Unicredito Italiano“, ECLI:EU:C:2004:207 – „Kommission /i. italienische Republik“, ECLI:EU:C:1997:163 – „Alcan II“ sowie ECLI:EU:C:1990:320 – „BUG-Alutechnik“; s. ferner Schmidt-Räntsch, NJW 2005, 106, 108 (noch zu Art. 88 III 3 EGV) und Wendehorst, in: BeckOK/BGB, 46. Ed. Stand: 01.05.2018, § 817 Rn. 24 – jew. m.w.N.

<sup>60</sup> Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 666.

einer Gesamtsaldierung – durch einen zugleich den Verlust aufwiegenden Vermögenszuwachs unmittelbar kompensiert wird.<sup>61</sup>

Im vorliegenden Fall scheint ein solcher Vermögensnachteil sich auf den ersten Blick jedenfalls insoweit zu ergeben, wie der für den Erwerb der Geschäftsanteile an der VWH zu zahlende Kaufpreis von dem objektivierten Wert der dafür gekauften Anteile abweicht. Dabei würde jedoch verkannt, dass bei einseitigen Leistungsbeziehungen (etwa Maßnahmen der Wirtschaftsförderung) auch nicht monetär exakt bezifferbare Posten wie z.B. positive regionalwirtschaftliche Effekte als legitimer Weise von der öffentlichen Hand verfolgte Ziele kompensatorisch berücksichtigt werden müssen.<sup>62</sup> Vor diesem Hintergrund würde die Feststellung eines untreuerelevanten Vermögensnachteils im vorliegenden Fall jedenfalls erhebliche Probleme mit sich bringen.<sup>63</sup>

#### d) Vorsatz

Die Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale reicht für eine Untreuestrafbarkeit nicht aus. Gefordert ist vielmehr zusätzlich, dass der Täter mit Vorsatz handelt (§ 15 StGB). Neben der besonderen Pflichtenstellung des Täters sowie dem Eintritt eines Vermögensschadens muss dabei insbesondere auch die Pflichtverletzung vom Vorsatz umfasst sein. Angesichts der stark normativen Prägung insbesondere des Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung ist dabei jedoch stark umstritten, ob ein Irrtum über die Pflichtverletzung (d.h. die irrige Vorstellung des Täters, durch sein Handeln keine Vermögensbetreuungspflicht zu verletzen) als (stets vorsatz- und damit tatbestandsausschließender)

<sup>61</sup> Einführend *Porron*, in: Schönke/Schubert, StGB, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 40 sowie *Dierlamm*, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 206 – jew. m.w.N.

<sup>62</sup> Näher zur Nachteilsberechnung bei einseitigen Leistungsbeziehungen (wie z.B. Subventionen) im Kontext der Untreue *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 109 m.w.N.; zur Vermögensrelevanz staatlicher Zwecksetzungen *Munz* Haushaltsuntreue, 2001, S. 124 ff.

<sup>63</sup> Vgl. zum Kompensationsproblem bei Investitionsentscheidungen im Bereich des Untreuestrafrechts *Munz* Haushaltsuntreue, 2001, S. 101 ff.

Tatumstandsirrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB oder aber als (im Falle der Unvermeidbarkeit des Irrtums schuldausschließender und ansonsten unbeachtlicher) Verbotsirrtum i.S.v. § 17 S. 1 StGB zu werten ist.<sup>64</sup> Dies kann hier jedoch dahinstehen, weil jedenfalls sowohl die Voraussetzungen von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB als auch von § 17 S. 1 StGB erfüllt wären: Angesichts der übereinstimmenden Einschätzungen aller dazu bisher befragter Rechtskundiger, eine etwaige Ausübung der Call-Option sei haushaltsrechtlich zulässig, dürfen die mit Geschäft betrauten Exekutivorgane legitimierterweise darauf vertrauen, durch die Ausübung der Call-Option nicht pflichtwidrig i.S.v. § 266 StGB zu handeln, so dass sie für den (hypothetischen) Fall einer abweichenden Bewertung durch ein Gericht einem Tatumstandsirrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB unterlägen und damit mangels Vorsatzes nicht bestraft werden könnten. Würde man einen solchen Irrtum dagegen als bloßen Rechtsirrtum i.S.v. § 17 Abs. 1 S. 1 StGB einstufen, wäre dieser jedenfalls unvermeidbar und damit schuld- und strafbarkeitsausschließend.

#### e) Zwischenergebnis

Mitglieder des Senats der FHH sowie die für sie tätigen Beamten machen sich nicht gem. § 266 StGB strafbar, wenn sie bei der Hamburgischen Bürgerschaft die Bewilligung der durch die avisierte Ausübung der Call-Option für den Haushalt der FHH entstehenden Kosten beantragen und – im Falle einer Zustimmung der Bürgerschaft – die Geschäftsführung der HGV zur Ausübung der Call-Option anweisen.

---

<sup>64</sup> Mit einer Übersicht dazu *Wittig*, in: BeckOK/StGB, 39. Ed. Stand: 1.8.2019, § 266 Rn. 60, *Dierlamm*, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 282 sowie *Adick/Kroll/Wackernagel*, in: *Adick/Bülte* (Hrsg.), *Fiskalstrafrecht*, 2015, Kap. 23 Rn. 65 ff. – jew. m.w.N.

### 3. Untreuestrafbarkeit der Geschäftsführung der HGV

Die Mitglieder der Geschäftsführung der HGV unterliegen zwar einer strafrechtlich relevanten Pflicht zur Betreuung des Vermögens ihrer Anstellungsgesellschaft i.S.v. § 266 StGB. Jedoch führt hier jedenfalls die Weisung der FHH als Alleingesellschafterin, die Call-Option zum Erwerb der Geschäftsanteile an der VWH auszuüben, zur Strafflosigkeit, da die Weisung strafrechtsdogmatisch als tatbestandsausschließende Einwilligung bzw. als tatbestandsausschließendes Einverständnis zu werten ist. Die Wirksamkeit dieser Einwilligung ergibt sich selbst nach der engsten dazu vertretenen Ansicht, die zur Prüfung der Gültigkeit eines Einwilligungsakts darauf abstellt, ob die Einwilligungshandlung ihrerseits gesetzeswidrig oder zumindest vermögensbetreuungspflichtwidrig ist,<sup>65</sup> aus der bereits unter C. III. 2. festgestellten Konformität des angestrebten Anteilserwerbs mit dem Haushaltsrecht. Der Ankauf würde auch weder das Stammkapital der HGV angreifen noch die Gesellschaft in ihrer Existenz gefährden.<sup>66</sup> Ein möglicher Verstoß gegen das EU-Beihilferecht würde die Einwilligung mangels Vermögensrelevanz der Artt. 107 ff. AEUV ebenfalls nicht unwirksam machen.<sup>67</sup> Im Ergebnis kommt eine Strafbarkeit der Mitglieder der Geschäftsführung der HGV gem. § 266 StGB in der hier untersuchten Fallkonstellation damit nicht in Betracht.

#### IV. Fazit

Im Falle eines Erwerbs von Geschäftsanteilen an der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH durch die Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH auf Anweisung des Finanzsenators des Freien und

<sup>65</sup> Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 92 m.w.N. zum Diskussionsstand.

<sup>66</sup> Zu diesen durch die Rechtsprechung entwickelten Grenzen der Einwilligungskompetenz von GmbH-Gesellschaftern zusammenfassend Rönman, FS Amelung, 2009, S. 247, 249 f. m. zahlr. Nachw.

<sup>67</sup> Vgl. dazu bereits C. III. 2. b) bb).

Hansestadt Hamburg würden die beteiligten Entscheidungsträger sich selbst bei einer Differenz zwischen dem Gesamtwert der Geschäftsanteile und dem insgesamt dafür zu entrichtenden Kaufpreis i.H.v. 304.900.000 EUR nicht gem. § 266 Abs. 1 StGB strafbar machen, sofern die Hamburgische Bürgerschaft die mit dem Anteilskauf verbundenen Kosten für den öffentlichen Haushalt per Beschluss bewilligt.

Zwar wäre die Hamburgische Bürgerschaft bei ihrem Beschluss an die **Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** gebunden, der die Träger der öffentlichen Gewalt zu einem rationalen Einsatz des Staatsvermögens verpflichtet. Die Frage, welche Ziele das Staatswesen verfolgt und welche Mittel es einsetzt, um diese Ziele zu erreichen, müssen in einer parlamentarischen Demokratie jedoch zuvörderst von der mit dem Budgetrecht als ihrem „Königsrecht“ ausgestatteten Legislative – in der Freien und Hansestadt Hamburg also von der Hamburgischen Bürgerschaft – beantwortet werden. Dies folgt nicht zuletzt aus der besonderen Legitimität, die dem Parlament – anders als den anderen Staatsgewalten – angesichts seiner direkten Wahl durch das Volk als Souverän zukommt und die es in besonderem Maße rechtfertigt, dass das Parlament die Prärogative bei der Entscheidung über eine gemeinwohlorientierte Ausgabe öffentlicher Gelder innehat.

Daraus folgt, dass der Hamburgischen Bürgerschaft bei der Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ein **breiter Ermessensspielraum** zuzugestehen ist, der nur in extremen Fällen gänzlich unvertretbarer haushaltsplanerischer Entscheidungen gerichtlicher Kontrolle unterliegt, bei denen für jedermann offenkundig ist, dass das von der Bürgerschaft verfolgte Ziel entweder eindeutig schon nicht im Gemeinwohlinteresse liegt oder die dafür aufgewandten Mittel jedenfalls erkennbar völlig außer Verhältnis zu dem dadurch erzielten Nutzen stehen.

Legt man diesen Maßstab zugrunde, wäre eine Entscheidung für den vollständigen Erwerb der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH durch Freie und Hansestadt Hamburg vertretbar. Dafür spricht insbesondere, dass es ungewiss ist, ob die Freie und Hansestadt Hamburg dem durch den Volksentscheid vom 22. September 2013 verfassungsrechtlich verbindlich festgesetzten Ziel einer vollständigen Rekommunalisierung der Fernwärmeversorgung durch den Einsatz anderer Mittel als dem avisierten Anteilskauf – etwa den Aufbau eines eigenen, neuen Fernenergienetzes oder den Aufkauf anderer Netze – auf finanziell günstigere Weise näher kommen könnte als mit dem Erwerb der Anteile an der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Differenz zwischen dem Gesamtwert der Geschäftsanteile und dem insgesamt dafür entrichteten Kaufpreis i.H.v. 304.900.000 EUR sich auf Basis einer **Momentaufnahme** des objektivierten Unternehmenswertes der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH zum 1. Januar 2019 errechnet, welcher sich noch vor wenigen Jahren mit dem Kaufpreis deckte und lediglich auf Grund veränderter energiewirtschaftlicher Rahmenbedingungen (gesunkene Profitraten etc.) abgenommen hat. Angesichts der Absicht des Senats, sich strategisch längerfristig im Geschäft der Fernwärmeversorgung zu positionieren, darf daher die Möglichkeit nicht außer Acht gelassen werden, dass der Unternehmenswert zukünftig wieder steigt.

Vom unmittelbaren finanziellen Gegenwert der möglicherweise erworbenen Geschäftsanteile an der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH abgesehen ist es plausibel, dass die monetäre Differenz zwischen dem objektivierten Wert der Unternehmensanteile und dem dafür fälligen Kaufpreis durch **nicht-monetäre Nutzeneffekte des Anteilserwerbs für die Allgemeinheit** aufgewogen wird. Zu denken ist hier beispielsweise an eine Minimierung von Gesundheits- und CO<sub>2</sub>-Folgekosten durch eine künftig zu unterbindende Energiegewinnung mit fossilen Brennstoffen, Steigerungen der lokalen Wertschöpfung, eine erhöhte

Sicherheit für mit der Fernenergieversorgung zusammenhängende Arbeitsplätze, eine stärkere öffentliche Kontrolle über die Preisentwicklung auf dem Fernenergiemarkt, die Erlangung direkter Kontrolle über die strategische Ausrichtung des größten Hamburger Fernwärmenetzes sowie das Erreichen von Effizienzsteigerungen auf Grund von Synergie- und Harmonisierungseffekten, die entstehen, wenn in der Freien und Hansestadt Hamburg fortan fünf öffentliche Leitungsinfrastruktur-Unternehmen (Wasser, Abwasser, Strom, Gas und Fernwärme) durch die öffentliche Hand betrieben werden.

Sollte – was im Rahmen dieses Gutachtens nicht überprüft wurde – der geplante Erwerb der Anteile an der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH gegen das Beihilferecht der Europäischen Union, in Gestalt der Artt. 107 ff. AEUV verstoßen, würden sich daraus keine strafrechtlichen Folgen ableiten, weil der Verstoß gegen diese Vorschriften nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mangels Vermögensbezugs nicht in einer untreuerlevanten Pflichtverletzung münden kann.

