

Kurzgutachten für die Freie und Hansestadt Hamburg – Finanzbehörde -

„Verstößt ein Erwerb von 74,9 % der Anteile an der Vattenfall Wärme GmbH (VWH) zu einem überhöhten Kaufpreis gegen Haushaltsrecht?“

I. Zur Einordnung des Kurz-Gutachtenauftrags und rechtliche Maßstäbe:

Das Thema des Kurzgutachtens stellt die Frage ins Zentrum, ob eine Ausübung der vereinbarten Kaufoption trotz des zwischenzeitlich nach Vertragsabschluss eingetretenen erheblichen Wertverlustes des zu erwerbenden Anteils (300 Mio. Euro) rechtlich unzulässig wäre, weil dieses Verwaltungshandeln mit § 7 der Landeshaushaltsordnung Hamburg (Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) unvereinbar und deshalb rechtlich verboten wäre.

Dieser Frage kommt zentrales Gewicht zu, sie lässt sich aber nach meiner Überzeugung rechtlich nicht trennen von der möglicherweise vorgreiflichen Ausgangsfrage, wie weit durch den mit Mehrheit der Abstimmenden beschlossenen Volksentscheid eine gesetzliche Verpflichtung zur Ausübung der konkreten Kaufoption ausgelöst wurde. Also mit der Frage, wie weit der beschlossene Volksentscheid eine rechtlich verpflichtende Bindungswirkung für den Senat ausgelöst hat. Diese Bindungswirkung könnte möglicherweise dem Gebot des § 7 LHO vorgehen oder sie könnte die rechtlichen Anforderungen des

§ 7 LHO möglicherweise tangieren. Diese rechtlich jedenfalls nicht entfernt liegenden Fragen sind ebenfalls zu prüfen und zu beantworten. Ein Gutachten wäre sonst an tragender Stelle unvollständig und rechtlich eher in Frage zu stellen. Die Gutachtenfrage kann letztlich rechtlich nur unter Einbeziehung dieser Fragen bewertet und beantwortet werden.

Zur Einschätzung der rechtlichen Bindungswirkung des Volksentscheids für ein konkretes Handeln des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg und zur Bewertung der Reichweite und Konkretisierung des § 7 LHO liegen ein Vermerk und ein Gutachten eines Anwaltsbüros vor, die zu diesen aufgeworfenen Fragen rechtliche Gesichtspunkte geprüft haben. Ich bin gebeten worden, im Rahmen meiner rechtlichen Prüfung und Bewertung auch auf die wesentlichen Gesichtspunkte dieser Unterlagen einzugehen. Die maßgeblichen Punkte und gegebenenfalls Einwände werde ich im Rahmen meiner rechtlichen Prüfung jeweils ansprechen und behandeln.

Die zugrundeliegenden und hier einbezogenen Unterlagen sind folgende:

1. Kurzstellungnahme des Anwaltsbüros Rödl & Partner vom 15.8.2018
2. Vermerk aus der Senatskanzlei Hamburg vom 27.8.2018 zur verfassungsrechtlichen Beurteilung und Bindungswirkung des Volksentscheids

Rechtliche Maßstäbe:

1. Für die Frage, welche Rechtswirkungen für die zu beantwortende Gutachtenfrage der beschlossene Volksentscheid spielt, kommt es auf die Auslegung und Anwendung von Art. 50 Abs. 4 a der Landesverfassung Hamburg sowie auf den Wortlaut des beschlossenen Volksentscheids an - und die daraus folgende mehr oder weniger konkretisierte Verpflichtung der Exekutive. Dem beschlossenen Volksentscheid kommt – soweit der Gegenstand nicht allein eine Befassung, sondern eine Verpflichtung sein soll – die formelle Wirkung eines Landesgesetzes zu (Art. 48 Abs. 2, Art. 50 Abs. 1 Satz 1 LV). Insoweit steht der Volksentscheid aber auch anderen – möglicherweise konfligierenden – Landesgesetzen in gleichem Rang gegenüber. Bei möglichen Konflikten mit bundesgesetzlichen Regelungen

oder anderem höherrangigen Recht (Europarecht, Völkerrecht) findet ein Volksentscheid – wie andere Landesgesetze ebenso – rechtliche Grenzen, denn die Regelungskompetenz des Volksentscheids geht nicht über die der Bürgerschaft (Landtag) hinaus (zum Ganzen: Klaus David, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2003, Rn. 22 zu Art. 50).

Nach Art. 65 Abs. 3 Nr. 5 LV-HH entscheidet das Verfassungsgericht unter anderem auf Antrag des Senats über die Durchführung von Volksentscheiden. Der Senat hat verfahrensrechtlich die Möglichkeit, die Durchführung von Volksentscheiden wegen Unvereinbarkeit mit Regelungen der Landesverfassung oder höherrangigem Recht als unzulässig feststellen zu lassen. Es ist ebenfalls der Frage nachzugehen, ob die Nichtdurchführung eines solchen Verfahrens vor dem Verfassungsgericht umgekehrt die Feststellung einschließt, dass dem beschlossenen Gegenstand des Volksentscheids rechtliche Einwände nicht mehr entgegengehalten werden können. Und ob eine solche Wirkung auch bereits vor Inkrafttreten der ausdrücklichen Regelung des § 65 Abs. 3 Nr. 5 LV angenommen werden kann.

2. Die Auslegung und Anwendung des § 7 LHO-HH hat nach Wortlaut, gesetzessystematischem Zusammenhang, Zweck und Geschichte der Norm sowie im Zusammenhang mit den bundesgesetzlichen Regelungen des Grundgesetzes und des Haushaltsgrundsätzegesetzes zu erfolgen.

Der rechtlichen Prüfung wird der Sachverhalt zugrunde gelegt, der in der Auftragsbeschreibung vorgegeben ist.

II. Sachverhalt

Am 5. Juli 2010 hat der BUND der Senatskanzlei der Freien und Hansestadt Hamburg den Beginn der Unterschriftensammlung für eine Volksinitiative „Unser Hamburg – Unser Netz“ angezeigt. Der Senat hat am 14. September 2010 das Zustandekommen dieser Volksinitiative festgestellt. Die Frist zur Anrufung des Hamburgischen Verfassungsgerichts nach dem damals geltenden § 26 Absatz 1 Nummer 1 des Volksabstimmungsgesetzes (VAbstG) lief am 20. Januar

2011 ab, ohne dass ein Antrag gestellt wurde. Am 18. April 2011 überarbeiteten die Initiatoren den Text der Vorlage und gaben ihm die folgende Form:

„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 19. Juli 2011 stellte der Senat dann das Zustandekommen des Volksbegehrens fest. Der Volksentscheid wurde am 22. September 2013 durchgeführt und führte zur Annahme der Vorlage.

In der Folgezeit wurden das Strom- und Gasleitungsnetz in die Trägerschaft der öffentlichen Hand zurückübernommen.

Der Bereich der Wärme befindet sich im Wettbewerb. Die Energieversorgungsunternehmen beliefern Ihre Kunden über die jeweiligen eigenen geschlossenen Netze. In Hamburg gibt es rund 50 dieser Netze.

Ein Teil, aber nicht das gesamte Wärmenetz in der Stadt, befand und befindet sich im Eigentum der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH (VWH) und versorgt ca. 20 % des hamburgischen Gebäudebestandes (Privat-, Gewerbe- und sonstige Kunden wie z.B. FHH) mit Wärmeenergie. Darunter befinden sich rd. 480.000 Wohneinheiten. Die Gesellschafteranteile an der VWH befinden sich seit 2011 zu 74,9% im Eigentum der Vattenfall Europe AG (VE) und zu 25,1% im Eigentum der HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH (HGV), einer 100%igen Tochtergesellschaft der FHH. Zur vollständigen Rückübernahme des (anteiligen) Fernwärmenetzes der VWH wurde am 14./15.01.2014 zwischen der VE und der HGV E ein ergänzender Vertrag geschlossen, der sowohl eine Kaufoption (sog. Call-Option) für 74,9% der Gesellschafteranteile der VWH als auch einen Verzicht (Put-Option) unter Rückabwicklung des Kaufvertrages aus dem Jahre 2010 zu den seinerzeitigen Konditionen vorsieht. Gleichzeitig wurden Mindestunternehmenswerte mit und ohne Berücksichtigung einer Ersatzlösung für das Heizkraftwerkes Wedel vertraglich festgelegt. Der Mindestunternehmenswert ohne die Ersatzlösung für

Wedel beträgt demnach 950 Mio. Euro. Der zu entrichtende Kaufpreis für die restlichen 74,9 % errechnet sich danach unter Abzug des damaligen Kaufpreises für die bereits erworbenen 25,1 % der Anteile von 325 Mio. Euro mit insgesamt 625 Mio. Euro. Grundlage dieser Kaufpreise war ein Unternehmenswert-Gutachten vom 28.11.2011. Für die Ausübung der Optionen ist auf ein Zeitfenster vom 23. bis zum 30. November 2018 festgelegt.

Zugleich wurde vereinbart, mit einer Absichtserklärung der HGV, eine der Optionen ausüben zu wollen, die im November 2017 abgegeben wurde, eine neue bzw. aktuelle Unternehmensbewertung durchzuführen. Auftraggeber für diese Unternehmensbewertung waren sowohl VE als auch die HGV. Dieses Gutachten, das von der BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellt wurde, ermittelt den gesamten Unternehmenswert nach dem standardisierten Ertragswertverfahren (IDW S 1) nunmehr mit 645 Mio. Euro. Die Methodik dieses Gutachtens wurde von der PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (PwC) im Auftrage der beiden Vertragsparteien bestätigt. Beide Gutachten liegen ausschließlich den beiden Kaufvertragsparteien vor, allerdings sind im Laufe der Zeit die Unternehmenswertzahlen, die fälschlicherweise in den Medien als Kaufpreise benannt werden, der Öffentlichkeit bekannt gegeben worden.

Mit dem Erwerb der Anteile zu Anschaffungskosten von insgesamt 950 Mio. € mit wirtschaftlicher Wirkung zum 01.01.2019 ist davon auszugehen, dass zum Bilanzstichtag 2019 eine Abwertung der Finanzanlage VWH bei der HGV vorzunehmen ist. Dieses führt zu einer entsprechenden Minderung des Eigenkapitals (Rücklagen) der HGV und damit zu einem Abschreibungsbedarf bei der FHH für die dortige Finanzanlage HGV nach der Eigenkapitalspiegelbildmethode mit einem (nicht zahlungswirksamen) Budgetbedarf im Haushalt nach den doppelten (handelsrechtlichen) Regelungen.

III. Rechtliche Prüfung

1. Bindungswirkung des beschlossenen Volksentscheids für das Haushaltsrecht und für das Handeln des Senats?

1.1. Eine Bindungswirkung und andere Rechtswirkungen des beschlossenen Volksentscheids könnten aus Art. 50 Abs. 4 a Hamburgische Landesverfassung (im Folgenden: LV) folgen. „Ein Volksentscheid über eine andere Vorlage bindet Bürgerschaft und Senat.“ Ist der Volksentscheid in Form des Erlasses, der Aufhebung oder der Änderung eines Gesetzes ergangen, folgt diese Bindung aus der Wirkung eines solchen Landesgesetzes selbst und unmittelbar. Aus der in der Verfassung klarstellend konstituierten normativen Bindung für „andere Vorlagen“ folgt, dass dem beschlossenen Volksentscheid – auch wenn er nicht in der Form eines Gesetzes beschlossen wird – der vergleichbare Rang eines Landesgesetzes zukommt. Materielle Pflichten und Rechte der Bürger begründet er nicht. Auf Bürgerschaft und Senat wirkt er aber verpflichtend wie ein Gesetz ein. Solche normativen Verpflichtungen der Exekutive werden als Gesetze im „formellen Sinn“ bezeichnet.

Ein darüber hinaus gehendes Gewicht und einen weiter reichenden Geltungsanspruch kann er indessen auch nicht beanspruchen. Das bestimmt seine Bedeutung und sein Gewicht gegenüber anderen Landesgesetzen, wenn diese Gesetze nicht selbst durch Änderungsanträge zum Gegenstand des Volksentscheids gemacht wurden. Divergierende normative Pflichten von Landesgesetzen und beschlossenen Volksentscheiden sind nicht ausgeschlossen, wenn der Volksentscheid den möglichen Konflikt nicht selbst aufgegriffen und zugleich eine Änderung des möglicherweise entgegenstehenden Landesgesetzes beantragt hat.

Eine Änderung des § 7 der LHO ist nicht Gegenstand des hier fraglichen Volksentscheids gewesen. Das wäre wohl auch rechtlich nicht zulässig gewesen, weil der Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit (der Verwendung durch

Zwangsabgaben erhobener öffentlicher Mittel), Bundes- und Verfassungsrecht darstellt, das einer Änderung durch Landesrecht auch im Wege eines Volksentscheids nicht zugänglich wäre. Schlussfolgerung: Der beschlossene Volksentscheid kann für sich nicht automatisch Geltung beanspruchen, wenn er mit der Landeshaushaltsordnung, insbesondere mit § 7 LHO nicht vereinbar wäre. Ihm kommt kein übergeordneter Rang zu (so ausdrücklich: Verfassungsgericht Hamburg im Urteil vom 13.10.2016 – HverfG 2/16 – Leitsatz 5). Ein mögliches Konflikt- und Spannungsverhältnis müsste rechtlich thematisiert und durch Auslegung sachgerecht gelöst werden. Das probate methodische Mittel dafür ist die „praktische Konkordanz“: möglichst weitgehende Effektivierung beider Gesichtspunkte, so die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für Grundrechtskonflikte. Diese Auslegung müsste sich jedenfalls auch im Rahmen der durch Bundes- und Verfassungsrecht gezogenen Grenzen halten, diese dürfen auch durch einen Volksentscheid nicht überschritten werden. Er ist beschränkt auf die Handlungskompetenz des Landesgesetzgebers, der an diese Grenzen ebenfalls gebunden ist (Klaus David, a.a.O., Kommentierung zu Art. 50).

Zunächst muss der beschlossene Volksentscheid in Bezug auf seine Bindungswirkung zur Ausübung des Optionsrechts ausgelegt werden. Im zweiten Schritt kann sodann geprüft werden, ob eine gegebenenfalls bestehende Bindung mit § 7 der LHO vereinbar wäre, bei einem möglichen Konflikt wäre im dritten Schritt eine Auslegung mit dem Mittel der „praktischen Konkordanz“ zu suchen.

1.2. Die Vorlage des dann beschlossenen Volksentscheids hatte folgenden Wortlaut; es wird hier vorausgesetzt, dass die im Verfahren vorgenommenen Änderungen sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen gehalten haben:

„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.“

Der Bindungswille richtet sich darauf „fristgerecht alle notwendigen und zulässigen Schritte“ zur vollständigen Übernahme in die Öffentliche Hand in 2015 zu unternehmen. Konkrete Handlungen werden damit nicht vorgegeben, die Formulierung „notwendige und zulässige Schritte“ lässt dem Senat die Wahl dieser Schritte in concreto frei. Vorgegeben wird allerdings mit klarem Bindungswillen, die zügige vollständige Übernahme in die Öffentliche Hand – also das Ziel wird für das Handeln des Senats deutlich und unmissverständlich vorgegeben. Dies wird auch nicht relativiert durch den zweiten Satz, der das weitere Ziel der Ersetzung durch erneuerbare Energien ergänzt, der erste Satz enthält für sich eine klar formulierte Zielbestimmung für eine konkrete Handlung, die durch den zweiten Satz nicht wieder aufgehoben oder eingeschränkt wird. Eine Handlungsstrategie, die dieses Ziel nicht stringent und nachhaltig verfolgt, wäre mit dem beschlossenen Volksentscheid und mit seiner Bindungswirkung nach Art. 50 Abs. 4 a LV unvereinbar. Auch ein Verhalten, das faktisch die Zielerreichung konterkariert, müsste wohl so einzuschätzen sein.

Es besteht allerdings ein gewisser Widerspruch zwischen der offenen Bestimmung der Mittel und dem Spielraum, der dadurch eingeräumt wird, und der zeitlichen Vorgabe „2015“. Wenn die Vorgabe „2015“ als unmittelbar und direkt bindend verstanden werden wollte, müsste im Zeitpunkt der Beschlussfassung klar gewesen sein, dass die Umsetzung des Bindungswillens mit der offenen Bestimmung der Mittel bereits im Jahre 2015 direkt möglich gewesen wäre. Der Verlauf der Verhandlungen hat indessen gezeigt, dass eine solche bindende Konkretisierung schon tatsächlich nicht möglich, nicht umsetzbar gewesen ist. Übernahmeverhandlungen solcher großtechnischer Anlagen sind in einem solchen Zeitrahmen nicht zu realisieren. Die Auslegung wird allerdings nicht dafür sprechen können, dass mit der tatsächlichen Nichterreichbarkeit des vorgegebenen Zeitrahmens, die Zielvorgabe „2015“ gegenstandslos entfallen ist. Eine Auslegung des Wortlauts und des Zwecks des Textes des Volksentscheids sprechen nach meiner Meinung dafür, dass – wenn eine Umsetzung in 2015 sich als nicht möglich erweist – eine Fristsetzung nicht ganz entfällt, sondern dass dem Volksentscheid zumindest ein „Beschleunigungsgebot“ für die Umsetzung der „notwendigen und zulässigen Mittel“ bei der Rekommunalisierung zu entnehmen ist. Die Bindung wird nach der Auslegung von Wort, Sinn, Zweck und Geschichte des Volksentscheids ergeben, dass eine deutliche Bindung für das Ziel der Rekommunalisierung auch

der Fernwärme besteht und dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels möglichst zeitnah eingesetzt werden müssen.

1.3. Verstoß gegen das Budgetrecht des Parlaments?

Es stellt sich die Frage, ob Verpflichtungen und Bindungen, die sich aus dem beschlossenen Volksentscheid ergeben könnten, bereits deshalb nicht durchgreifen können, weil sie möglicherweise gegen das Budgetrecht des Parlaments (der Bürgerschaft/Landtag) verstoßen. Diese Position klingt etwa in dem Vermerk aus der Senatskanzlei vom 27.8.2018 (Seite 4 f.) an.

Weiter ist sodann die Frage zu beantworten, ob Verstöße gegen den sogenannten Haushaltsvorbehalt des Parlaments gegenüber Volksentscheiden auch dann noch eingewandt werden können, wenn vor Durchführung des Volksbegehrens/Volksentscheids ein Verfahren vor dem Verfassungsgericht zur Feststellung der Unzulässigkeit des Volksbegehrens/Volksentscheids nicht durchgeführt wurde. Ob also der Verzicht auf einen Antrag und das Verfahren vor dem Verfassungsgericht dazu führt, dass der spätere Einwand ausgeschlossen ist (Frage aufgeworfen im Vermerk vom 27.8.2018, Seite 5 f.). Das könnte der Fall sein, wenn dem Verfahren vor dem Verfassungsgericht allein/exklusiv die Befugnis obliegt, die Unzulässigkeit eines Volksbegehrens/Volksentscheids festzustellen und dies nur vor Durchführung des Verfahrens und dem Beschluss des Volksentscheids rechtlich zugelassen wäre.

Zur Sicherung des Budgetrechts des Parlaments enthalten die Landesverfassungen einer ganzen Reihe von Ländern neben dem direkten Ausschluss von Volksentscheiden über den Haushalt einen „Haushalts- oder Finanzvorbehalt“, der Volksentscheide dann verfassungsrechtlich ausschließt oder an strenge Regeln bindet, wenn sie einen wesentlichen Einfluss auf die Finanzierungsfunktion des Haushalts haben (Art. 71 Abs. 2 BremVf., Art. 59 Abs. 3 Satz 1 BWVf., Art. 74 Abs. 2 BayVf., Art. 48 Abs. 1 Satz 2 NdsVf. Weitere Nachweise in: Fischer-Lescano, Rinken, Stauch u.a., Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, Kommentar, Baden-Baden 2016, Art. 71 Eingangskommentierung). Eine solche ausdrückliche Regelung enthält die Hamburger Verfassung nicht, ebenso nicht eine „Ewigkeitsklausel“: ausdrückliche Benennung nicht änderbarer Verfassungsgrundsätze; enthalten

ist lediglich die Bestimmung „Haushaltspläne können nicht Gegenstand einer Volksinitiative sein“, Art. 50 Abs. 1 Satz 2 LV).

Das ist indessen für die Frage des Haushaltsvorbehalts unschädlich. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 3.7.2000, BVerfGE 102, 176 ff., 185 ff. klargestellt, dass ein Ausschluss von Volksinitiativen über den Haushaltsplan nicht allein den Haushaltsplan (das Haushaltsgesetz) im engeren Sinne umfasst, sondern alle Gesetze und sonstigen Verpflichtungen, die wesentliche Bedeutung für das Budget erlangen können. Mit ausdrücklichem Bezug auf Entscheidungen des Staatsgerichtshofs Bremen, des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs und des Nordrhein-Westfälischen Verfassungsgerichtshofs hat es entschieden, dass haushaltswirksame Gesetzentwürfe unzulässig sind, wenn sie auf den Gesamtbestand des Haushalts Einfluss nehmen (Nachweise in: BVerfGE 102, 189; Bezug u.a. auf: BayVGH, Entscheidung vom 31.3.2000 – Vf. 2-IX-00 – DÖV 2000, S. 911 ff.; NRWVerfGH, Beschl. v. 26.6.1981 – VerfGH 19/80 – NVwZ 1982, 188 f.; BremStGHE 6, 203 ff., 224 f.; weitere Nachweise in: Fischer-Lescano/Rinken u.a., Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, Kommentar, Baden-Baden 2016, Stauch/Maierhöfer: Art. 70, Rn. 73 ff.). Maßgeblich ist dabei, ob die Initiative die Haushaltsplanung wesentlich beeinflusst und zu einer Neuordnung des Gesamtgefüges zwingt. Dabei kommt es auch darauf an, ob es sich um einmalige oder dauerhafte Belastungen handelt (BVerfGE, 102, 190). Aus dem Leitsatz der Entscheidung wird im Übrigen auch deutlich, dass es auf die tatsächlichen Wirkungen auf die finanzwirtschaftliche Handlungsfähigkeit im Ganzen ankommt, auf Einnahmen ebenso wie auf Ausgaben und auch auf sonstige Belastungen, die sich darauf auswirken können. „Das Budgetrecht (des Parlaments, Verf.) stellt ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar (vgl. BVerfGE 70, 324; 79, 311, 329).“: so in BVerfGE 129, 177 ff., 178; 130, 318 ff., 343. In der Entscheidung BVerfGE 129, 177 ff. wird u.a. ausgeführt:

„Soweit überstaatliche Vereinbarungen getroffen werden, die aufgrund ihrer Größenordnung für das Budgetrecht von struktureller Bedeutung sein können, etwa durch die Übernahme von Bürgschaften, deren Einlösung die Haushaltsautonomie gefährden kann, bedarf nicht nur jede einzelne Disposition der Zustimmung des Bundestages, es muss darüber hinaus gesichert sein, dass weiterhin ein hinreichender parlamentarischer Einfluss auf die Art und Weise des Umgangs mit den zur Verfügung gestellten Mitteln besteht ...“

Das verdeutlicht, dass ein materieller Haushaltsvorbehalt gegenüber Volksbegehren und Volksentscheiden auch dann besteht, wenn in der fraglichen Verfassung nach ihrem Wortlaut nur der Haushaltsplan selbst ausgenommen ist. Der Haushaltsplan/das Haushaltsgesetz muss nach den Haushaltsgrundsätzen der Vollständigkeit, des Haushaltsausgleichs und der Gesamtdeckung in dem zeitlichen Rahmen seiner Geltung, alle Einnahmen und Ausgaben und die Kredite, die sich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verschuldungsgrenze halten, zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der Gebietskörperschaft enthalten und in einem Gestaltungsrahmen zusammenführen. Diese umfassende Aufgabe kann nur in einer Gesamtsicht durch das Parlament erfüllt werden. Die notwendig punktuelle Volksgesetzgebung ist verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie diese Aufgabe des Parlaments wesentlich berührt und damit in Frage stellt. Das Budgetrecht des Parlaments ist damit eine wesentliche Ausprägung rechtsstaatlicher Demokratie (BVerfGE 129, 124 ff., 177). Eine dementsprechende Auslegung der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg ist damit auch bundesrechtlich geboten (Art. 28 Abs. 1 GG). So im Ergebnis auch das Verfassungsgericht Hamburg im Urteil vom 13.10.2016 – HVerfG 2/16 -, das sich zur Begründung auf die identitätsstiftenden und -sichernden Grundentscheidungen der Hamburger Verfassung stützt.

Eine strikte Verpflichtung, Rechtsgeschäfte mit erheblichem finanzwirtschaftlichen Gewicht abzuschließen, die geeignet sind, den Ausgleich und die wesentliche Gestaltung des Haushalts zu berühren, sind damit grundsätzlich geeignet, das Budgetrecht des Parlaments zu verletzen und unter den Haushaltsvorbehalt für Volksentscheide zu fallen, der auch für die Verfassungslage in Hamburg angenommen werden muss.

Die dargestellte Auslegung des beschlossenen Volksentscheids ist m.E. mit der nicht strikten Bindung zu ganz konkreten Rückkaufmaßnahmen – in dieser Fassung – mit dem Budgetrecht des Parlaments noch vereinbar. Das Auslegungsergebnis wäre damit in dieser Form auch noch als verfassungskonform anzusehen.

Es kann dahinstehen, ob das finanzwirtschaftliche Gewicht des für den Rückkauf erforderlichen Finanzvolumens nach den konkreten Umständen der Hamburger Haushalts- und Finanzwirtschaft so bedeutend ist, dass die Struktur des Haushalts „wesentlich“ im Sinne der Rechtsprechung des

Bundesverfassungsgerichts berührt wäre. Der Umfang und das Gewicht der fraglichen haushaltswirksamen Maßnahmen, die als „wesentlich“ in diesem Sinne anzunehmen wären, ist in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Länder unterschiedlich und nicht mit eindeutigen Kriterien entschieden worden. Von einer eingehenden Darstellung dieser Rechtsprechung im Einzelnen wird hier abgesehen. Nur soweit: Der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen sieht eine wesentliche Beeinflussung bereits dann, wenn der Schwerpunkt des Volksbegehrens in der Anordnung von Einnahmen und Ausgaben liegt (Beschl. v. 26.6.1981, NVwZ 1982, 188 f.). Der Bremer Staatsgerichtshof – auf den sich auch das BVerfG bezogen hat – hat – jedenfalls nach Bremer Verhältnissen – einen Einfluss auf den Gesamtbestand des Haushalts bereits bei jährlichen Belastungen in zweistelliger mittlerer Millionenhöhe gesehen; auch ein Veräußerungsverbot kommunalen Eigentums, das potentielle Veräußerungserlöse von mehreren hundert Millionen verwehrt hätte, wurde als unzulässig angesehen. Allein die Einschränkung der Handlungsfähigkeit – ohne absehbar konkrete Veräußerungsabsichten – würde als unvereinbar mit dem Budgetrecht des Parlaments angesehen (weitere Nachweise bei Fischer-Lescano/Rinken u.a., Verfassung der Freien Hansestadt Bremen – Kommentar, Baden-Baden 2016, Art. 70, Rn. 73 ff.). Bei der Frage, ob der Haushalt „wesentlich“ berührt wird, würde es jedenfalls auch darauf ankommen, ob die erforderlichen Mittel in einem oder in mehreren Haushaltsjahren aufzubringen wären und dass es sich hier nicht um eine dauerhafte Belastung des Haushalts handeln würde (a.a.O.).

Die Initiatoren der Volksinitiative werden vermutlich auch im Hinblick auf die mögliche verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der Initiative von strikteren Bindungen abgesehen haben. Offenbar nachträglich ist dann noch eine gewisse Erhöhung der Handlungsanforderungen angestrebt worden, diese Ergänzung gegenüber der Offenheit bei den anzustrebenden Maßnahmen bleibt aber – wie dargelegt – im Ergebnis deutlich unter einer strikten Bindung.

Die Frage, ob durch den beschlossenen Volksentscheid das Budgetrecht der Bürgerschaft verletzt wird und ob diese Verletzung durch den Senat gegen die Bindungswirkung nach Art. 50 Abs. 4 a LV noch geltend gemacht werden kann, obwohl zuvor kein Verfahren beim Verfassungsgericht durchgeführt wurde, ist nicht mehr zu entscheiden, wenn – wie hier vertreten – der Volksentscheid nicht dahin ausgelegt werden kann, dass er konkret zur Ausübung des Optionsrechts

verpflichten würde. Dieser Inhalt würde das Budgetrecht jedenfalls nicht verletzen. Die Frage kann - bezogen auf das Budgetrecht - also offenbleiben.

Sie wäre im Übrigen wohl auch nicht zu Gunsten einer direkten Befugnis des Senats zu beantworten. Die Berufung des Senats auf eine Verletzung des Budgetrechts der Bürgerschaft würde in diesem Fall ja eine Verwerfungskompetenz des Senats über die formelle Bindungswirkung des Volksentscheids zur Ausübung des Optionsrechts voraussetzen. Eine solche Verwerfungskompetenz der Exekutive gegenüber der Gesetzgebung, hier in Gestalt des Volksgesetzgebers, wäre mit den Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaats kaum vereinbar. Allenfalls könnte auch noch nach positiver Beschlussfassung über den Volksentscheid für den Senat der Weg zum Verfassungsgericht offen sein. Es würde sich um einen Streit über die Auslegung der Verfassung handeln, über den nach Art. 65 Abs. 3 Nr. 1 LV das Hamburgische Verfassungsgericht entscheidet.

Zu bemerken ist noch, dass das Verfassungsgericht jedenfalls nach dem Wortlaut des Art. 50 Abs. 6, 65 Abs. 3 Nr. 5 LV lediglich über „die Durchführung“ von Volksbegehren und Volksentscheid entscheidet. Das könnte dafür sprechen, dass die Entscheidung über den Antrag sich nicht auf eine inhaltliche Prüfung erstreckt, sondern allein die Verpflichtung des Senats zum Betreiben des Verfahrens von Volksbegehren und Volksentscheid betrifft. Das hätte zur Folge, dass zur Vereinbarkeit mit der Landesverfassung und mit höherrangigem Bundesrecht und etwa auch Europarecht/Völkerrecht erst nach erfolgreichen Volksentscheiden entschieden werden müsste. Diese Erwägung verdeutlicht, dass eine solche Auslegung zu eng wäre. Im Rahmen dieser Verfahren wird auch (ergänzend) nach Art. 65 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 LV über Fragen der Auslegung der Verfassung entschieden werden müssen. Dazu zählen auch die Vereinbarkeit von Volksbegehren und Volksentscheid mit der Landesverfassung, mit Bundesrecht und mit anderem höherrangigen Recht. So bestimmt das auch ausdrücklich § 26 Abs. 1 Nr. 1 des Hamburgischen Volksabstimmungsgesetzes (VAbstG), das neben den Ausschlusstatbeständen (u.a. auch den Haushaltsplan) auch die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht als Verfahrensgegenstand bestimmt.

2. Verhältnis des beschlossenen Volksentscheids zu § 7 LHO Hamburg

Wie oben dargelegt und wie im Urteil vom Hamburgischen Verfassungsgerichts vom 13.10.2016 (Leitsatz 5) ausdrücklich klargestellt, sind Volkswillensbildung und parlamentarische Willensbildung gleichrangig, dem Volksgesetzgeber ist kein höherer Stellenwert einzuräumen. Einem beschlossenen Volksentscheid kommt bei Nichtvereinbarkeit mit einem vom Parlament beschlossenen Gesetz kein höherer Rang zu – der Volksinitiative steht zur Vermeidung dieser Konflikte ja auch direkt das Mittel zu, die Änderung eines bestehenden Landesgesetzes zum Gegenstand seiner Initiative zu³⁾ machen. Wenn Volksentscheid und Landesgesetz divergierende Regelungen treffen, muss nach Möglichkeit im Wege der Rechtsauslegung eine Interpretation gefunden werden, die beide rechtlichen Gebote nach ihrem rechtlichen Gewicht möglichst weitreichend zur Geltung bringt.

2.1. Inhalt und Verbindlichkeit des § 7 LHO (Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit)

§ 7 LHO Hamburg hat folgenden Wortlaut:

(1) Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können.

(2) Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Für geeignete Maßnahmen von erheblicher finanzieller Bedeutung sind Nutzen-Kosten-Untersuchungen anzustellen.

(3) In geeigneten Fällen ist privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen können (Interessenbekundungsverfahren).

(4) Vor der Durchführung von Maßnahmen mit finanzieller Bedeutung ist grundsätzlich deren Zielsetzung zu bestimmen. Während und nach ihrer Durchführung sind diese Maßnahmen auf Zielerreichung, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit zu überprüfen (Erfolgskontrolle).

(5) In geeigneten Bereichen soll eine Kosten- und Leistungsrechnung eingeführt werden.

(6) Das Nähere zu den sachlichen Voraussetzungen sowie zum Verfahren regelt die für die Finanzen zuständige Behörde.

Der Wortlaut der Norm ist identisch mit den Landeshaushaltsordnungen der anderen Länder und des Bundes. Es handelt sich bei der sprachlichen Fixierung des Haushaltsgrundsatzes der Wirtschaftlichkeit (der Grundsatz der Sparsamkeit ist allein ein Unterfall der Wirtschaftlichkeit) um eine historisch beständige bundesweit in Deutschland einheitliche Anforderung an das Haushaltswesen aller Gebietskörperschaften. Die Norm verpflichtet zur bestmöglichen Nutzung aller Ressourcen und auch zur Prüfung, ob staatliche Aufgaben überhaupt durchgeführt werden müssen (Nörbaß, in: Adolf Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Kommentierung zu § 7 BHO). In der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung wird hervorgehoben, dass die Wirtschaftlichkeit aller Maßnahmen sowohl für die Aufstellung wie die Durchführung der Haushaltspläne und für die gesamte Finanzwirtschaft der Gebietskörperschaften gilt. Das beruht maßgeblich darauf, dass es sich bei den einzusetzenden öffentlichen Mitteln um von den Bürgern erhobene Zwangsabgaben handelt, deren Verausgabung die verbindliche und auch effektive Bindung an die öffentlichen Zwecke eingeschrieben ist.

„Da öffentliche Mittel als Zwangsabgaben erhoben werden, muss jede Ausgabe am Gebot wirtschaftlicher Notwendigkeit gemessen werden.“

(Andreas Reus/Peter Mühlhausen, Haushaltsrecht in Bund und Ländern, München 2014, Seite 120, Rn. 561.)

Eine Beschränkung auf Ausgaben, die allein aufgrund des Haushaltsplans selbst getätigt werden, wäre mit Sinn und Zweck der Norm deshalb nicht vereinbar. Die Anforderung der Wirtschaftlichkeit gilt auch, wenn sich Gebietskörperschaften wie die Länder und Gemeinden zur Erfüllung öffentlicher Zwecke der Rechtsform privater Gesellschaften bedienen. Die Anforderungen des § 7 LHO Hamburg gelten damit auch für die Umsetzung von Maßnahmen im Rahmen des beschlossenen Volksentscheids, insbesondere die Frage, ob das vertraglich vereinbarte Optionsrecht ausgeübt werden kann und darf unterliegt dem Gebot der Wirtschaftlichkeit nach § 7 der LHO Hamburg. Davon geht zu Recht auch das vorliegende Gutachten des Anwaltsbüros Rödl & Partner vom 15.8.2018 aus.

In der rechtswissenschaftlichen Kommentarliteratur (Christoph Gröpl, Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnung – Staatliches Haushaltsrecht Kommentar, München 2011 – hier: Kommentierung zum insoweit wortgleichen § 8 BHO) wird hervorgehoben, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit Handlungs- und Kontrollmaßstab für die Exekutive ist (Gröpl, a.a.O., Rn. 15); eine Bindung wird darüber hinaus, da es sich um eine zentrale Basis für einen funktionierenden Staat handelt, selbst für die Legislative und die Judikative gesehen (a.a.O., Rn. 16). Die Norm richte sich zwar nach dem Wortlaut nicht an die Legislative, müsse sich aber kraft Verfassungsrechts auch darauf erstrecken (a.a.O., Rn. 22).

Das zeigt den umfassenden Geltungsanspruch und den hohen Grad von Verbindlichkeit für den Gesamtstaat auf allen Ebenen. § 8 LHO ist kein allgemeiner Programmsatz, sondern eine gesetzliche Beachtungspflicht (a.a.O. Rn. 18). „Beachten“ heißt als Rechtsverpflichtung, anders als beispielsweise „berücksichtigen“, dass es sich nicht um einen Gesichtspunkt unter anderen handelt, der gegebenenfalls zu gewichten wäre, sondern dass der „Wirtschaftlichkeit“ als Maßstab strikt zu folgen ist. Es handelt sich als gesetzlicher Tatbestand verwaltungsrechtlich um einen unbestimmten Rechtsbegriff (Gröpl, a.a.O., Rn. 19). „Unbestimmter Rechtsbegriff“ heißt, der Begriff ist im Einzelfall auszulegen, die Auslegung wird gegebenenfalls im gerichtlichen Verfahren überprüft, es gibt dabei nur ein zutreffendes Ergebnis. Die Auslegung kann also nur richtig oder falsch sein. Also auch in den Rechtsvoraussetzungen strikte rechtliche Bindungen. Die Verbindlichkeit der Anforderung der „Wirtschaftlichkeit“ wird auch zusätzlich daraus deutlich, dass der Gesetzgeber die Rechtsanforderung ausdrücklich mit der Verpflichtung von Wirtschaftlichkeitsberechnungen in § 7 Abs. 2 Satz 1 LHO verbunden hat. Es sind damit auch verfahrensrechtlich konkretisierende Verpflichtungen geschaffen worden, deren Nichteinhaltung als Rechtsverstoß gewertet werden müsste.

Soweit aber das haushaltswirtschaftliche Handeln im Einzelfall eine Prognose verlangt, also sich auf Sachverhalte bezieht, die in der Zukunft liegen und noch nicht voll absehbar sind, enthält die Auslegung und Anwendungen des § 7 LHO einen darauf bezogenen Beurteilungsspielraum (Gröpl, a.a.O., Rn. 19).

Bei der Bestimmung der Ziele des haushaltswirtschaftlichen Handelns im Einzelfall steht den Verpflichteten demgemäß ein deutlich weiterer Handlungsraum zur Verfügung als bei der konkreten Umsetzung von bereits bestimmten Zielen durch bestimmte einzelne Maßnahmen.

Ein Spannungsverhältnis des § 7 LHO zum Recht auf Selbstverwaltung, das zu einer Relativierung der rechtlichen Anforderungen des § 7 LHO führen könnte, besteht nicht. Darauf stützt sich aber wesentlich die Kurzstellungnahme des Anwaltsbüros Rödl & Partner (Seite 8, 2. Absatz). Der Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit stellt Landes- und Bundesrecht dar, er bindet auch die Gemeinden für ihre Haushaltswirtschaft. Berührt ist hier allein die Frage, ob die Zielbestimmung für die Rekommunalisierung betroffen ist. Das ist indessen nicht der Fall und außer Frage. Es geht um die Wirtschaftlichkeit in den Schritten zur Erreichung des Ziels. Im Rahmen der Zielbestimmung selbst bestehen erhebliche Spielräume der Gebietskörperschaften im Rahmen ihrer jeweils eigenen Befugnisse und Kompetenzen. Auch die abstrakten weiteren Ziele, die in der Kurzstellungnahme eingehend aufgeführt werden (Seite 8 f.) sprechen für sich nicht

zwingend dafür, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt die exakt vorgegebene Maßnahme der Ausübung des Optionsrechts getroffen werden muss. Dies ist allein nach den Maßstäben des § 7 LHO und der konkreten Bindungswirkung des beschlossenen Volksentscheids zu beurteilen.

Die Frage, ob die Ausübung des Optionsrechts unter den konkret gegebenen feststehenden Bedingungen mit dem Rechts- und Haushaltsgrundsatz der „Wirtschaftlichkeit“ vereinbar ist, lässt sich also nicht allgemein beantworten, sondern die dargelegten Maßstäbe und rechtlichen Gesichtspunkte müssen auf den hier vorliegenden Einzelfall konkret bezogen werden.

Welches sind die besonderen Gesichtspunkte, die bei der Frage der Ausübung des Optionsrechts rechtlich in Rechnung gestellt werden müssen?

Eine feststehende Zielbestimmung liegt bereits vor. Es ist unstrittig, dass das Ziel der Rekommunalisierung auch der Fernwärme angestrebt werden soll. Hier geht es um die Frage, ob die ganz bestimmte festgelegte Maßnahme zur Umsetzung als „wirtschaftlich“ im Sinne von § 7 LHO angesehen werden kann. Also bewegt man sich im engeren rechtlichen Rahmen der Umsetzungsmaßnahmen und nicht der Zielbestimmung. Die Maßnahme selbst, nämlich der Rückkauf zu einem feststehenden Preis, ist unter dem Gesichtspunkt der „Wirtschaftlichkeit“ offenkundig problematisch, denn es würde ein Kauf zu einem eindeutig überhöhten Preis realisiert. Der Freien und Hansestadt Hamburg würde bei Umsetzung dieser Maßnahme auch „ein Vermögensschaden“ entstehen, denn die Differenz zwischen Kaufpreis und tatsächlichem, gutachtlich bewertetem Wert müsste durch eine Zuweisung aus dem Haushalt ausgeglichen werden. Für diese Zuweisung gäbe es keine Gegenleistung. Die Höhe des zu leistenden Betrages wäre mit 300 Mio. Euro auch für sich erheblich und von bedeutendem Gewicht.

Diese Gesichtspunkte werden noch verstärkt durch die Konkretisierung der Anforderungen an die „Wirtschaftlichkeit“ durch § 7 Abs. 2 Satz 1 LHO:

„ (2) Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen.“

Eine solche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ist hier im Verfahren vorgesehen und auch durchgeführt worden und diese Wirtschaftlichkeitsuntersuchung hat zum Ergebnis gehabt, dass der für die Option vorgesehene Kaufpreis nach heutigen Verhältnissen um die genannten 300 Mio. Euro überhöht ist. Bei der Frage, welche Methode der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung angewandt wird, besteht ein gewisser Gestaltungsspielraum der Exekutive. Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen müssen angemessen sein, es sollte die einfachste und wirtschaftlichste Methode gewählt werden (Andreas Reus/Peter Mühlhausen, Haushaltsrecht in Bund und Ländern, München 2014, Seite 125, Rn. 576; Nörbaß, in: Adolf

Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 7 BHO, Ziff. 2.3.1.). Das ist hier nicht zu beanstanden; die hier gewählte Kapitalwertmethode ist insbesondere bei Finanzierungsfragen geeignet, im Besonderen bei Entscheidungen über den Kauf oder die Miete von Vermögensgegenständen (Gröpl, a.a.O., Rn. 39 zu § 7). Die vorgeschriebene Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die hier offenbar nach einer dem Sachverhalt angemessenen Methode durchgeführt wurde, hat damit zu dem Ergebnis geführt, dass der früher vereinbarte Preis zum jetzt abzuschließenden Kauf nicht mehr angemessen ist.

Die Ausführungen des Anwaltsbüro [REDACTED] zur Nutzen-Kosten-Untersuchung, Seiten 17 ff., sind rechtlich bereits deshalb nicht tragfähig, weil diese Form der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung hier nicht durchgeführt wurde und es auch keine rechtliche Verpflichtung gab, für die konkrete Maßnahme des Rückkaufs unter den gegebenen Umständen eine Kosten-Nutzen-Analyse durchzuführen. Weder besteht eine rechtliche Verpflichtung zur Wahl einer bestimmten Methode im Rahmen der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit nach § 7 LHO noch bestehen begründete Zweifel daran, dass die Kapitalwertmethode für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des konkreten Kaufakts sogar die besonders geeignete Methode war.

Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, dass die Ausübung des Optionsrechts unter den gegenwärtigen Umständen als nicht vereinbar mit § 7 LHO anzusehen wäre. Etwas anderes könnte meines Erachtens nur dann gelten, wenn hier nicht allein die Umsetzung des feststehenden Ziels betroffen wäre. Wenn absehbar oder aus Umständen erkennbar wäre, dass das Ziel der vollständigen Rekommunalisierung der Fernwärme bei Nichtausübung der Option nicht mehr erreichbar wäre, wenn also nur dieses und kein anderes Mittel zur Zielerreichung mehr zur Verfügung stünde, dann wäre die Zielerreichung selbst betroffen. Auch Ziele des staatlichen Handelns sind nicht völlig freigestellt von der Anforderung der Wirtschaftlichkeit. Der Gestaltungsspielraum ist hier aber bedeutend größer. Es steht frei, auch hohe Aufwände unter schwierigen nur teilweise absehbaren Umständen einzusetzen, um neue oder weitere staatliche Ziele anzustreben. Dass die Zielerreichung nach Verstreichen des Optionsrechts aufgegeben werden müsste, ist nach den vorliegenden Umständen bisher aber nicht absehbar.

Wenn man den Sachverhalt insoweit als nicht vollständig zu klären ansieht und die Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung des Optionsrechts insoweit auch Unwägbarkeiten enthält, dann spricht das im Ergebnis dafür davon auszugehen,

dass die rechtlichen Erwägungen für eine Nichtvereinbarkeit der Option mit § 7 LHO sprechen,

dass aber wegen der offenen Frage, ob ein späterer Erwerb noch erreichbar sein kann, der Senat jedenfalls nicht im Sinne eines strikten Verbots durch § 7 LHO gebunden ist, sondern dass insoweit noch ein gewisser Beurteilungsspielraum offensteht. Beurteilungsspielraum hinsichtlich der zukünftig noch bestehenden Realisierungsmöglichkeiten der Rekommunalisierung bedeutet, dass die Entscheidung allein daraufhin überprüfbar ist, ob von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachfremden Erwägungen zugrunde gelegt wurden und die Entscheidung bestimmt haben (BVerwGE 128, 329 ff., 332; zum Ganzen: Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, Seite 160 ff.).

Für den Fall, dass tatsächlich ein späterer Erwerb auszuschließen wäre, könnte ein Konflikt zwischen gleichrangigem Landesrecht vorliegen. Der würde gegebenenfalls auch eine Gewichtung zwischen dem Ziel der wirklichen Erreichung Rekommunalisierung und dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zulassen und auch einen Erwerb zu einem Preis deutlich über Marktwert jedenfalls nicht ausschließen.

Nach dem bisherigen Sach- und Erkenntnisstand ist aber auch ein späterer Erwerb nicht absehbar ausgeschlossen. Der Volksentscheid hat die Wahl „angemessener“ Maßnahmen zugelassen (und wäre sonst mit der Budgetfreiheit des Parlaments nicht vereinbar gewesen), damit wäre unter dem Gesichtspunkt der rechtlich zu beachtenden und zu gewichtenden „Wirtschaftlichkeit“ auch ein zeitlicher Aufschub der Rekommunalisierung noch vertretbar. Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, vielmehr durchaus denkbar, dass neben und unabhängig von dieser einzelnen, bestimmten und sehr konkreten Option eine ganze Reihe anderer Möglichkeiten bestehen oder entwickelt werden könnten, die in Schritten das Ziel der Rekommunalisierung verbindlich anstreben und letztlich auch in einem vielleicht längeren Zeitrahmen, aber ohne Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit, den beschlossenen Volksentscheid einlösen könnten.

In Abwägung aller vorgetragenen rechtlichen Gesichtspunkte wäre dem Senat aus meiner Sicht daher zu empfehlen, jedenfalls unter den gegenwärtigen Umständen von der Ausübung des konkreten Optionsrechts wegen der durch Wirtschaftlichkeitsberechnung belegten Überhöhung des Kaufpreises nicht Gebrauch zu machen. Gleichwohl sollten zugleich andere Möglichkeiten zur Erreichung des Ziels der Rekommunalisierung eruiert und gegebenenfalls zügig verfolgt werden. Diese Lösung würde in einer Gesamtsicht beiden rechtlichen Geboten am ehesten entsprechen und wäre mit ihnen auch vereinbar.

Prof. Matthias Stauch

Zusammenfassung

1. Der Volksentscheid vom 22.9.2013 entfaltet im Rahmen seines Wortlauts grundsätzlich Bindungswirkung nach Art. 50 Abs. 4 a HambLV. Diese Bindungswirkung entspricht gegenüber dem Senat der formellen Wirkung eines einfachen Landesgesetzes. Eine höhere Wirksamkeit kann der Volksentscheid rechtlich nicht beanspruchen.

Die Auslegung des beschlossenen Wortlauts, auf den abzustellen ist, ergibt, dass das Handlungsziel einer Rekommunalisierung auch der Fernwärme vorgegeben wird. Hinsichtlich der Maßnahmen, mit denen dieses Ziel zu erreichen ist, belässt der Volksentscheid dem Senat aber einen weiten Handlungsspielraum. Die Nennung des Jahres 2015 im Wortlaut des beschlossenen Volksentscheids entfaltet im Zusammenhang mit der weiten Formulierung bei den Umsetzungsmaßnahmen keine konkrete Verpflichtung zu einer ganz bestimmten Maßnahme in einem feststehenden Jahr. Eine Auslegung des Wortlauts im Zusammenhang des Textes ergibt aber jedenfalls ein Gebot zur Beschleunigung der Rekommunalisierung. In dieser dem Wortlaut entsprechenden Auslegung mit im Ergebnis nicht unmittelbar feststehenden einzelnen Verpflichtungen verstößt der beschlossene Volksentscheid nicht gegen das Budgetrecht des Parlaments.

2. Der beschlossene Volksentscheid kann grundsätzlich in Konflikt zu anderen geltenden Landesgesetzen stehen. Im Prinzip ist dieser Konflikt zu vermeiden, in dem der Volksentscheid in diesem Fall auch eine Änderung des betreffenden Landesgesetzes ausdrücklich zum Gegenstand machen muss. Für den Fall, dass das nicht geschehen ist, ist gegebenenfalls der Konflikt im Rahmen der Rechtsauslegung zu thematisieren und durch Rechtsauslegung mit dem Ziel einer möglichst weitgehenden Effektivierung beider Normen zu lösen.
3. Die Auslegung des § 7 LHO Hamburg ergibt, dass es sich bei dem in der Norm verankerten „Grundsatz der Wirtschaftlichkeit“ um ein verbindliches Gebot in Form eines unbestimmten Rechtsbegriffs handelt. Die Norm stellt nicht nur einen Programmsatz dar. Die Auslegung und Anwendung des Grundsatzes ist rechtlich in vollem Umfang bindend und gegebenenfalls auch im Einzelfall zu überprüfen. Nach dem Wortlaut der Norm ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit „zu beachten“ und es sind für das Verfahren mit der Anordnung von Wirtschaftlichkeitsrechnungen auch Konkretisierungen verbindlich vorgegeben. Ein Beurteilungsspielraum besteht nur insoweit als es sich konkret um Sachverhalte in der Zukunft handelt, die zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht vollständig abzusehen sind. Auch in der Zielbestimmung besteht ein eher weiter Spielraum

für die Gebietskörperschaften: Die Maßnahmen zur Umsetzung liegen aber jenseits der allgemeinen Zielbestimmung, sie jedenfalls müssen in der Anwendung und Wirksamkeit überprüfbar mit dem „Grundsatz der Wirtschaftlichkeit“ vereinbar sein.

4. Die für den Rückkauf der Anteile durchgeführte Wirtschaftlichkeitsrechnung nach der Kapitalwertmethode ist angemessen und nicht zu beanstanden. Sie hat unstreitig zu dem Ergebnis geführt, dass die Ausübung der Kaufoption zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu einem Vermögenserwerb unter Wert führen würde. Das spricht grundsätzlich für eine Nichtvereinbarkeit mit dem „Grundsatz der Wirtschaftlichkeit“ nach § 7 LHO Hamburg. Einer Ausübung zum gegenwärtigen Zeitpunkt und zu den feststehenden Bedingungen wäre deshalb aller Voraussicht nach mit § 7 LHO Hamburg nicht vereinbar.
5. Ein greifbarer Konflikt mit dem Wortlaut des beschlossenen Volkssentscheids besteht gegenwärtig nach der oben dargelegten Auslegung nicht, weil der Volkssentscheid nicht ganz bestimmte Maßnahmen zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt gebietet.
6. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn zum gegenwärtigen Zeitpunkt feststehen würde, dass die allgemeine Zielsetzung des Volkssentscheids bei Nichtausübung des Optionsrechts ausgeschlossen wäre, wenn praktisch nur dieses Mittel und nur zum jetzigen Zeitpunkt zur Verfügung stünde, das Ziel überhaupt zu erreichen. Da das Ziel mit einer Vielzahl von Maßnahmen weiterverfolgt werden kann, kann meines Erachtens nicht davon ausgegangen werden, dass eine solche Sachlage gegenwärtig vorliegt. Da es sich insoweit auch um einen Sachverhalt handelt, der Möglichkeiten in der näheren und auch mittleren Zukunft betrifft, steht dem Senat insoweit im Rahmen des § 7 LHO Hamburg ein Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkt rechtlich überprüfbar ist.
7. Da die Ausübung des Optionsrechts zum gegenwärtigen Zeitpunkt dazu führt, dass die Freie Hansestadt Hamburg einen Erwerb von Vermögen um 300 Millionen über dem durch Wirtschaftlichkeitsrechnung festgestellten Wert tätigen würde und der durch den Kauf herbeigeführte Wertverlust haushaltstechnisch auch direkt durch Zuweisung auszugleichen wäre, sprechen die Umstände dafür, dass auch bei einem angenommenen Konflikt mit dem beschlossenen Volkssentscheid im Hinblick auf § 7 LHO Hamburg von der Ausübung der Option abgesehen werden sollte.

Es ist nicht ausgeschlossen, vielmehr durchaus denkbar, dass neben und unabhängig von dieser einzelnen, bestimmten und sehr konkreten Option eine ganze Reihe anderer Möglichkeiten bestehen oder entwickelt werden könnten, die in Schritten das Ziel der Rekommunalisierung verbindlich anstreben und letztlich auch in einem vielleicht längeren

Zeitraumen, aber ohne Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit, den beschlossenen Volksentscheid einlösen könnten.