

# Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

---

Michael Günther \*  
Hans-Gerd Heidel \* (bis 30.06.2020)  
Dr. Ulrich Wollenteit \*<sup>1</sup>  
Martin Hack LL.M. (Stockholm) \*<sup>1</sup>  
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) \*  
Dr. Michéle John \*  
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) \*  
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) \*  
Dr. Davina Bruhn \*  
André Horenburg

<sup>1</sup> Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
\* Partner der Partnerschaft  
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150  
20148 Hamburg  
Tel.: 040-278494-0  
Fax: 040-278494-99  
www.rae-guenther.de

**15.11.2021**  
00474/21 /L /vg  
Mitarbeiterin: Birgit Westphal  
Durchwahl: 040-278494-21  
Email: westphal@rae-guenther.de

## Rechtliche Stellungnahme zur Kohleinsatz-Reduktionsverpflichtung in Hamburg

Auftraggeber:

EnergieNetz Hamburg eG

erstellt von:

Rechtsanwalt  
Dr. Dirk Legler

Rechtsanwalt  
Victor Görlich

---

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse  
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83  
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG  
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00  
BIC DRESDEFF200

GLS Bank  
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00  
BIC GENODEM1GLS

## Zusammenfassung

Das Hamburgische Gesetz zum Schutz des Klimas (HmbKliSchG) räumt dem Ziel der Reduktion von Stein- und Braunkohle gegenüber der unmittelbaren wirtschaftlichen Interessenlage Priorität ein. Ein konventioneller betriebswirtschaftlicher Maßstab, dessen Bezugspunkt die Bilanz eines Unternehmens ist, ist für die Umsetzung des „Paris-Ziels“ kein übergeordneter Maßstab. Diese Grundwertung folgt nicht zuletzt aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021<sup>1</sup> und kommt zudem auf Landesebene durch die Änderung der Präambel der Hamburger Verfassung zum Ausdruck.

Der Senat der FHH ist daher verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass das im Eigentum der FHH stehende Wärmeversorgungsunternehmen aus Stein- oder Braunkohle produzierte Wärme nicht verwendet und die Produktion von Strom aus Stein- oder Braunkohle unterlässt, wenn es die äußeren Rahmenbedingungen zulassen. Er hat dafür das Dekarbonisierungspotential städtischer Wärmeversorgungsunternehmen stetig zu prüfen und muss geeignete Steuerungsinstrumente zur tatsächlichen Sicherstellung der Reduktion unter dynamischen Rahmenbedingungen einsetzen. Die Exekutive hat zwar einen Beurteilungsspielraum, muss aber die gesetzgeberische Grundwertung zugunsten einer möglichst frühzeitigen Dekarbonisierung beachten und Entscheidungen, die diesem Ziel abträglich sind, gut und nachvollziehbar begründen. Die Auswirkungen, die ein Unterlassen von Reduktionsmaßnahmen auf Individual- und Kollektivrechtsgüter hat, sind so weitreichend, dass den Interessen der Energieversorger nicht bloß ein abstraktes Staatsziel, sondern Freiheitsrechte mit Verfassungsrang gegenüberstehen. Den Energieversorgern kann deshalb wirtschaftlich mehr abverlangt werden, je dringender eine Emissionsreduktion für die Allgemeinheit ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Energieversorgungsunternehmen zu 100% öffentlich getragen ist. Denn Hoheitsträger sind nach Art. 1 Abs. 3 GG zum Schutz und zur Achtung der Grundrechte verpflichtet. Der Hamburger Senat bzw. die Behörde für Umwelt, Klima, Energie und Agrarwirtschaft hat dies bei der Bestimmung des „wirtschaftlich Vertretbaren“ gegenüber der Wärme Hamburg GmbH zu beachten. Die Bestimmung des „wirtschaftlich Vertretbaren“ erfolgt hierbei durch die öffentliche Verwaltung, für die Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes gilt. Eine willkürliche oder beliebige Bestimmung im Widerspruch zum HmbKliSchG wäre rechtswidrig. Die verbindliche Vorgabe von Reduktionsquoten durch den öffentlichen Träger einer Körperschaft hat dabei nicht die Wirkung einer verdeckten Gewinnausschüttung nach § 8 Abs. 3 S. 2 des Körperschaftssteuergesetzes (KStG). Um eine demokratische Kontrolle dieser Vorgaben zu ermöglichen, trifft sowohl den Gesetzgeber aus dem verbindlichen Abstimmungstext des Volksentscheids „Unser Hamburg – unser Netz“ als auch den Senat aus dem geltenden Recht eine Transparenzpflicht.

---

<sup>1</sup> BVerfG, 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18.

## I.

### **Wie sind die Vorgaben des HmbKliSchG und insbesondere die Regelung des § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG für die kommunal betriebenen Kohlekraftwerke Wedel und Tiefstack mit Blick auf ihre Verbindlichkeit auszulegen?**

Die Formulierung des § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG bedeutet eine gesteigerte Abwägungs- und Begründungspflicht sowie eine gesetzgeberische Grundwertung zugunsten alternativer Energiequellen. Soweit die Exekutive also Entscheidungen unter Beeinträchtigung oder Verzögerung der Umsetzung der Ziele des HmbKliSchG trifft, sind die überragende Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und die Erheblichkeit der Entscheidungsfolgen, die eine solche Entscheidung rechtfertigen sollen, nachvollziehbar abzuwägen. Aus der Vorschrift folgt aber keine statische Grenze, bei deren Überschreitung ein Verwendungsverbot von aus Stein- oder Braunkohle produzierter Wärme bestehen würde. Die äußeren Rahmenbedingungen, also insbesondere der Energiepreis, Nachfrage nach Wärme, der technische Stand, die Haushaltslage und andere Einsparmöglichkeiten, sind naturgemäß dynamisch. Die offenen Formulierungen des HmbKliSchG bieten der Exekutive Spielraum, sich dieser dynamischen Entwicklung anzupassen, sie sollen also einen Interessenausgleich ermöglichen. Allerdings begründet § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG eine Priorität von alternativen Energiequellen, die die Exekutive bei Entscheidungen auch außerhalb der Vorschrift zu beachten hat.

Im Einzelnen:

Das HmbKliSchG ist als formelles Landesgesetz in seinem Anwendungsbereich nach Art. 64 Abs. 2 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg (Hmb-Verf) verbindlich. Fraglich ist indes, wie die Formulierung des § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG auszulegen ist und welche konkreten Pflichten sich daraus für den Normadressaten ableiten lassen. § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG verpflichtet die Freie Hansestadt Hamburg (FHH) und die in ihrem Eigentum stehenden Wärmeversorgungsunternehmen dazu, den Einsatz von unmittelbar aus Stein- oder Braunkohle produzierter Wärme bereits vor Ablauf der in Satz 1 genannten Frist „möglichst weitgehend“ zu vermeiden.

#### 1.

Die Formulierung einer „*möglichst weitgehenden Vermeidung*“ ist ein unbestimmter, also auslegungsbedürftiger Rechtsbegriff. Vorliegend regelt das Merkmal der „möglichst weitgehenden Vermeidung“ nicht die Rechtsfolgenseite, sondern unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen der Normadressat (die FHH) verpflichtet ist, unmittelbar aus Stein- oder Braunkohle produzierte Wärme nicht zu nutzen, mithin die Reduktion des Versorgungsanteils der Kohlekraftwerke Tiefstack und Wedel durchzusetzen. Unabhängig von der Konkretisierung dieser tatbestandlichen Voraussetzungen kann eine entsprechende Regelung jedoch über ihre eigene Rechtsfolge hinaus als Ausdruck einer gesetzgeberischen Wertung ermessenslenkend wirken (dazu unter 3.).

Grundsätzlich ist die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe umfassend gerichtlich überprüfbar. Der anwendenden Behörde steht insoweit kein eigener, nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.<sup>2</sup> Dies ermöglicht und erfordert eine einheitliche Konkretisierung anhand anerkannter Auslegungsregeln durch den Rechtsanwender und die Rechtsprechung. Ausnahmsweise räumt die höchstrichterliche Rechtsprechung der Exekutive aber auch im Rahmen von unbestimmten Rechtsbegriffen einen eigenen, gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum ein. Hier kommt zwar in Betracht, § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG der insoweit anerkannten Fallgruppe der Risiko-, und Prognoseentscheidungen zuzuordnen, und damit der Exekutive also einen gerichtlich nicht kontrollierbaren Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Allerdings folgt bereits aus der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG und dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG, dass auch in dieser - hier allein in Betracht kommenden - Fallgruppe kein unbegrenzter Beurteilungsspielraum „im luftleeren Raum“ besteht. Die Kontrolle wäre insoweit lediglich auf die „äußeren“ Abläufe, also das Verfahren und die Sachverhalts- und Maßstabsentwicklung beschränkt.<sup>3</sup> Auch für die Rechtmäßigkeitskontrolle einer Maßstabsentwicklung bleibt also zunächst die Auslegung des jeweiligen Begriffs nach den allgemeinen Grundsätzen (Wortlaut, Regelungszweck, Historie und Systematik) maßgeblich.

## 2.

Ausgangspunkt der Auslegung ist nach der Gesetzssystematik hier das Spannungsfeld zwischen dem in § 2 Abs. 1 HmbKliSchG normierten Gesetzesziel, der Förderung und Sicherung der Ziele des Übereinkommens von Paris vom 12. Dezember 2015 und den nach § 2 Abs. 4 HmbKliSchG ungewollten Nebenfolgen seiner Umsetzung auf sozialer und wirtschaftlicher Ebene. Die Grenze wirtschaftlicher Beeinträchtigungen zieht das Gesetz insbesondere schon in § 2 Abs. 1 S. 2 HmbKliSchG durch den Begriff des „wirtschaftlich Vertretbaren“ (dazu II.).

§ 2 Abs. 4 S. 2 und Abs. 5 S. 1 HmbKliSchG sprechen mit Blick auf die gebotenen Maßnahmen von einer „günstigen Zweck-Mittel-Relation“ und „geeigneten Mitteln“.<sup>4</sup> Dabei handelt es sich um die klassischen Rechtsbegriffe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Aus diesem Regelungszusammenhang ergibt sich, dass das HmbKliSchG eine *spezifische*, auf die Folgen einer Umstellung von Energie- und Wärmequellen gerichtete *Verhältnismäßigkeitsprüfung* fordert.

---

<sup>2</sup> BVerfGE 103, 142 (156).

<sup>3</sup> Kment/Vorwalte, JuS 2015, 193 (195f.).

<sup>4</sup> Gemäß § 2 Abs. 4 HmbKliSchG sind im Rahmen der Erreichung der Ziele des Übereinkommens von Paris vom 12. Dezember 2015 das Prinzip der Sozialverträglichkeit und das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 der Landeshaushaltsordnung) zu berücksichtigen. Die günstigste Zweck-Mittel-Relation im Sinne dieses Gesetzes besteht insbesondere darin, dass ein möglichst hoher Beitrag zur Erreichung der Ziele nach Absatz 1 mit einem möglichst geringen Einsatz von Mitteln erreicht wird.“

Die Regelung des § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG konkretisiert diese zwar mit Blick auf den Einsatz von unmittelbar aus Stein- oder Braunkohle produzierter Wärme, hat aber insoweit überwiegend deklaratorischen Charakter, da sich die Pflicht zu einer spezifischen Verhältnismäßigkeitsprüfung für die gesamte Strom- und Wärmeerzeugung der im Eigentum der FHH stehenden Energieversorgungsunternehmen bereits aus § 2 Abs. 4 S. 2 und Abs. 5 S. 1 HmbKliSchG ergibt. Schon danach ist der Einsatz von Kohle in den Kraftkraftwerken Wedel und Tiefstack wegen der hohen Klimaschädlichkeit vorrangig zu bewerten.

Die Formulierung einer „möglichst weitgehenden“ Vermeidung, die auch in zahlreichen anderen Regelungen mit Naturschutzbezug auftaucht<sup>5</sup>, kann seinem Wortlaut nach nur mit Bezug auf eine innerhalb des Regelungszusammenhangs bestimmte (oder aus diesem bestimmbare) äußere Grenze konkretisiert werden. Die Reduktionspflicht muss „so weit wie möglich“ bis zu dieser äußeren Grenze erfüllt werden. Dies ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung zum § 4a Abs. 2 des HmbKliSchG a. F., der dem neuen § 9 Abs. 2 S. 2. HmbKliSchG entspricht: Diese sieht in der Vorschrift eine „stetige Prüfpflicht“ geregelt und fordert, dass „die Potenziale zur Treibhausgasreduktion sowie zum Einsatz von erneuerbaren Energien [...] *soweit als möglich* genutzt werden [sollen].“ Dies solle sicherstellen, dass gegebenenfalls neue, am Markt dann verfügbare Technologien in die weitere Planung einbezogen werden, also eine dynamische Anpassung ermöglichen.<sup>6</sup> Es bietet sich aber insbesondere an, die Einsatzreihenfolge und die Einsatzzeiten bestehender Anlagen ökologischen Gesichtspunkten anzupassen. Dies kann ohne neue Technologie geschehen und erfordert lediglich die technische Bestimmung der Versorgungssicherheitsgrenze und einen Abwägungsprozess, der die Ziele des HmbKliSchG und die Landeshaushaltsordnung beachtet.

Im Rahmen des § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG ist die äußerste Grenze die Versorgungsgefährdung. Unterhalb dieser Grenze, also in Fällen, in denen die Energie- und/oder Wärmeversorgung nicht gefährdet ist, eine Reduktion jedoch voraussichtlich negative wirtschaftliche oder soziale Folgen hat, ist eine Vermeidung von durch Stein- und Braunkohle produzierter Wärme bis zur Zumutbarkeitsschwelle dem Wortlaut nach zwar rechtlich vertretbar. Das HmbKliSchG liefert aber auf der anderen Seite hinsichtlich unmittelbarer und zeitnaher Nebenfolgen mit der Begrenzung auf das „wirtschaftlich Vertretbare“ bereits starke Argumente für eine Umsetzung unterhalb des „gerade noch Zumutbaren“ (dazu II.). Da die konkreten Folgen naturgemäß jedoch ohnehin von dynamischen Faktoren wie dem Energiepreis, der Haushaltslage und anderweitigen Einsparmöglichkeiten abhängen, kann aus § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG im Ergebnis eine gesteigerte Begründungs- und Prüfpflicht der Exekutive, nicht jedoch ein starrer „Vermeidungsplan“ abgeleitet werden.

---

<sup>5</sup> z.B. § 21 S. 2 RIPFLFischO, § 1 Abs. 4 SHLJagdG, § 6 Nr. 1 BWLWaldG.

<sup>6</sup> Drucksache 21/17287 21.05.19.

### 3.

Daneben hat die gesetzgeberische Wertung des § 9 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG allerdings außerhalb seines unmittelbaren Anwendungsbereichs ermessenslenkende Wirkung im Rahmen von Ermessensentscheidungen, die das HmbKliSchG eröffnet oder die einen engen Sachzusammenhang zu seinem Regelungsgegenstand aufweisen. Aus seiner Wertung zugunsten einer frühzeitigen Dekarbonisierung folgt im Rahmen behördlicher *Ermessensentscheidungen*, die eine Abwägung zwischen unmittelbar aus Stein- oder Braunkohle produzierter Wärme und anderen Wärmequellen zum Gegenstand haben, eine seitens der entscheidenden Behörde zu beachtende gesetzgeberische Grundentscheidung im Sinne einer Ermessensdirektive bzw. eines intendierten Ermessens. Dieses von der Rechtsprechung entwickelte Institut bedeutet eine Verengung des Ermessensspielraums, mindestens aber eine gesteigerte Begründungspflicht, wenn die entscheidende Behörde von der gesetzgeberischen Intention abweichen will. Auf der anderen Seite hat die Behörde im Zweifel im Sinne der gesetzgeberischen Wertung – hier zugunsten anderer als der in § 9 Abs. 2 HmbKliSchG genannten Wärmequellen - zu entscheiden. Insoweit räumt das HmbKliSchG dem Ziel der Reduktion von Stein- und Braunkohle gegenüber der unmittelbaren wirtschaftlichen Interessenlage bzw. betriebswirtschaftlichen Maßstäben Priorität ein. Diese Wertung kommt auch durch die Änderung der Präambel der Hamburger Verfassung zugunsten einer ausdrücklichen Verantwortung für die Begrenzung der Erderwärmung zum Ausdruck. Daneben hat das BVerfG mit Beschluss vom 24.03.2021<sup>7</sup> entschieden, dass das Erreichen der „Paris-Ziele“ nicht nur die Konkretisierung des in Art. 20a GG verankerten Staatsziels ist, sondern deren Nichtbeachtung in die Freiheitsrechte zukünftiger Generationen eingreift. Danach ist es insbesondere verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, die Reduktionslast ohne besondere Gründe auf spätere Generationen zu verlagern.

### 4.

Im *Ergebnis* ist der Senat der FHH mithin verpflichtet darauf hinzuwirken, dass die im Eigentum der FHH stehenden Wärmeversorgungsunternehmen aus Stein- oder Braunkohle produzierte Wärme nicht verwenden, soweit es die äußeren Rahmenbedingungen zulassen. Eine quantitative Reduktionsverpflichtung kann jedoch pauschal nicht bestimmt werden. Die Exekutive hat jedoch geeignete Steuerungsinstrumente zu entwickeln, die der Dynamik der Rahmenbedingungen gerecht werden und die für jede aktuelle Entscheidungssituation über den Einsatz der Energieerzeugungsanlagen Bewertungsmaßstäbe bereithalten. Eine bloß situative Reaktion auf veränderte Rahmenbedingungen kann hingegen keine effektive und angemessene Reduktion des Einsatzes von Kohle bis zur Grenze des wirtschaftlich Vertretbaren sicherstellen. Dabei hat die Exekutive allerdings einen Beurteilungsspielraum. Dieser entbindet sie indes nicht von der Pflicht, die Grundwertung zugunsten einer möglichst frühzeitigen Dekarbonisierung zu beachten und Entscheidungen, die diesem Ziel abträglich sind, nachvollziehbar zu

---

<sup>7</sup> BVerfG - 1 BvR 2656/18.

begründen. Insbesondere hat die Exekutive diejenigen Maßstäbe, die sie zur Ausnutzung des Beurteilungsspielraums heranzieht, tatsachenbezogen und gründlich zu ermitteln. Die dafür erforderliche Tatsachengrundlage muss lückenlos und richtig sein. In Betracht kommt, den für die Ausfüllung des Beurteilungsspielraums heranzuziehenden Maßstab an der unteren Versorgungssicherheitsgrenze auszurichten. Insoweit bestünde eine Pflicht zur Analyse des technischen Potentials. Wie oben gezeigt, ist diese *äußerste Grenze* aber nicht der einzig beschränkende Rahmen des HmbKliSchG. Denn ein dieser Grenze vorgelagerter Maßstab ist denkbar. Gleichwohl ist es naheliegend eine Ermittlung der unteren Versorgungssicherheitsgrenze maßstabsbildend heranzuziehen. Indes ist es gerade die Natur des behördlichen Beurteilungsspielraums, die Maßstabsentwicklung zunächst der Behörde zu überlassen.<sup>8</sup> Daher lässt sich die Pflicht zur Entwicklung sachlicher Maßstäbe hier nicht in Richtung eines Anspruchs zur Ermittlung der unteren Versorgungssicherheitsgrenze verdichten. Wenn eine solche allerdings zur Ermittlung der Tatsachengrundlage erfolgt, hat diese in Intervallen, die der Sachlage angemessen sind, oder anlässlich hinzutretender Umstände zu erfolgen.

## II.

### **Wie ist der Begriff des „wirtschaftlich Vertretbaren“ nach § 2 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG auszulegen?**

Mit dem Begriff des „wirtschaftlich Vertretbaren“ konkretisiert das Gesetz ebenfalls den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit der Beschränkung von Maßnahmen zur Umsetzung des HmbKliSchG auf das wirtschaftlich Vertretbare sollen die betroffenen widerstreitenden Interessen in Ausgleich gebracht werden:

Den Energieversorgern kann wirtschaftlich mehr abverlangt werden, je dringender eine Immissionsreduktion für die Allgemeinheit ist. Gleichzeitig soll den Betreibern kein andauernder Verzicht auf Gewinne oder Rücklagen zugemutet werden, die Steuerung der Energiequellen muss also langfristig betriebswirtschaftlich tragbar sein.

Im Einzelnen:

§ 2 Abs. 1 S. 1 HmbKliSchG definiert mit dem Erreichen der Ziele des Übereinkommens von Paris vom 12. Dezember 2015 den wesentlichen Zweck des Gesetzes („Beitrag zur Sicherung der Erreichung“). § 2 Abs. 1 S. 2 HmbKliSchG, der beispielhaft („unter anderem“) die dafür einzusetzenden Mittel benennt, setzt gleichzeitig eine wesentliche Grenze der Umsetzung. Neben der deklaratorischen Erwähnung der begrenzten Zuständigkeiten und Möglichkeiten der FHH begrenzt er die Umsetzung ausdrücklich auf das „wirtschaftlich Vertretbare“.

---

<sup>8</sup> BVerwG - 6 C 15.07 Rn. 21 f.

§ 2 Abs. 3 S. 2 HmbKliSchG in seiner alten Fassung definierte Wirtschaftlichkeit mit Blick auf die Höhe der zusätzlich veranlassten Kosten. Diese sollten, um dem Begriff der Wirtschaftlichkeit zu genügen, die voraussichtlich erzielbaren Einsparungen während der üblichen Nutzungsdauer decken. Das Streichen dieser Formulierung bedeutet zwar nicht unmittelbar, dass der Gesetzgeber mit der Neuformulierung des „wirtschaftlich Vertretbaren“ einen weniger strengen (betriebs-) wirtschaftlichen Maßstab normieren wollte. Auf der anderen Seite kann nicht ohne Weiteres auf die nunmehr gestrichene Formulierung zur Definition eines verwandten Begriffs zurückgegriffen werden.

Der Begriff stellt neben der Sozialverträglichkeit die wesentliche Grenze der Pflicht zur Durchführung klimaschützender Maßnahmen und ist auch außerhalb des HmbKliSchG ein zentraler Begriff des Umweltrechts. So beschränkt auch § 5 des Gebäudeenergiegesetzes (GEG) alle Anforderungen und Pflichten, die auf Grund des GEG aufgestellt werden, unter anderem auf deren wirtschaftliche Vertretbarkeit. Auch § 14 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) normiert eine Umwandlung eines Abwehranspruchs in einen Schadensersatzanspruch, wenn die erforderlichen Vorkehrungen „wirtschaftlich nicht vertretbar“ sind.

In diesen Zusammenhängen wird der Begriff anlagen- und einzelfallbezogen verwendet. Dabei wird im Rahmen des GEG grundsätzlich gefordert, dass die jeweilige Maßnahme nicht nur generell zu einer wesentlichen Verminderung von Energieverlusten beiträgt. Es wird darüber hinaus vorausgesetzt, dass sie sich innerhalb angemessener Fristen amortisieren.<sup>9</sup> Auch im Rahmen des BImSchG wird nach ganz überwiegender Auffassung grundsätzlich ein betriebswirtschaftlicher Maßstab zu Grunde gelegt: Entscheidend sei, ob ein branchenüblicher Gewinn, der den Fortbestand des Anlagenbetriebs gewährleistet, erwirtschaftet werden könne. Ein dauernder Verzicht auf hierfür erforderliche Gewinne und Rücklagen sei nicht zumutbar.<sup>10</sup>

Diese anlagenbezogene Auslegung des Begriffs kann jedoch unseres Erachtens nicht ohne Weiteres auf ein Gesetz zur „Staatszielkonkretisierung“ übertragen werden. Eine solche Auslegung greift im Rahmen eines umfassenden Reduktionsplans nämlich zu kurz. Denn selbst der betriebswirtschaftliche Maßstab schließt nach überwiegender Auffassung nicht aus, auch den Umfang der zu verhindernden Umweltbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dies ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der dem Maßstab der Wirtschaftlichkeit ebenfalls zu Grunde liegt: Dem Einzelnen (insbesondere dem Anlagenbetreiber) kann mehr Opfer abverlangt werden, je nachteiliger die Immissionen nach Art und Umfang für die Allgemeinheit sind. Die drohende Stilllegung der Anlage mar-

---

<sup>9</sup> Müller-Kulmann/Stock in Theobald/Kühling, Energierecht Werkstand: 110. EL Januar 2021, Rn. 47.

<sup>10</sup> Jarass BImSchG, § 14 Rn. 15.



kiert damit die äußerste Grenze der Betreiberpflichten.<sup>11</sup> Überträgt man diese Grundsätze auf ein Gesetz wie das HmbKliSchG, das der „Sicherung des Erreichens der Ziele des Übereinkommens von Paris vom 12. Dezember 2015“, also der Sicherung der zivilisatorischen Lebensgrundlage, dient, folgt daraus, dass der rein betriebswirtschaftliche Vertretbarkeitsbegriffs in Richtung einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu öffnen ist.

Im *Ergebnis* dürfen die Maßnahmen den Versorgungsunternehmen also wirtschaftlich nicht unzumutbar sein. *Auf der anderen Seite verschiebt die Bedeutung des Gesetzesziels die Opfergrenze zugunsten des Klimaschutzes.* Es kann aber auch diesbezüglich keine starre Grenze gezogen werden, sondern den jeweiligen Entscheidern nur eine Begründung abverlangt werden, die dies beachtet.

### III.

#### **Wer entscheidet über die Auslegung des „wirtschaftlich Vertretbaren“ bei einer GmbH in kommunaler Hand?**

Das soeben (unter II.) Gesagte gilt insbesondere, wenn der Anlagenbetreiber in öffentlicher Hand ist. Denn eine streng betriebswirtschaftliche Prüfung trägt dann ohnehin nur dem allgemein geltenden (öffentlichen) Haushaltgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Rechnung.<sup>12</sup> Selbst danach ist aber kein bloß betriebswirtschaftlicher Ansatz vorgegeben. Vielmehr hängt der dadurch determinierte Rahmen von der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>13</sup>

Nach § 65 I Nr. 3 der Haushaltsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg (HmbLHO) ist eine Beteiligung der FHH an einer GmbH nur zulässig, wenn ihr ein angemessener Einfluss - insbesondere in einem Überwachungsorgan - gesichert ist. Eine Beteiligung setzt also schon voraus, dass durch den Gesellschaftsvertrag sichergestellt ist, dass die FHH den Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen erteilen kann. Diese Einflussmöglichkeit ist in § 16 des Gesellschaftsvertrags der Wärme Hamburg GmbH (und entsprechend im Gesellschaftervertrag der Stromnetz Hamburg GmbH) gesichert.

Zwar widerspricht § 65 I Nr. 3 HmbLHO der herrschenden Rechtsprechung des BGH, wonach Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse ver-

---

<sup>11</sup> Reh binder Landmann/Rohmer, Umweltrecht Werkstand: 95. EL Mai 2021, Rn. 59, 60 m. w. N.

<sup>12</sup> So auch der Hamburger Klimaplan zur Auswirkung auf den Haushalt: „Die Beiträge der Hamburgischen öffentlichen Unternehmen zu den CO<sub>2</sub>-Einsparzielen sind in deren Unternehmenskonzeptionen und Wirtschaftsplänen so zu berücksichtigen, dass die Auswirkungen auf den Kernhaushalt auf den geringstmöglichen Umfang begrenzt bleiben.“

<sup>13</sup> OVG Sachsen, Beschluss vom 18.12.2017, 5 A 149/16; VG Regensburg, Urteil vom 15.01.2014, RN 3 K 13.540; vgl. zu dieser Frage auch das von der EnergieNetz Hamburg eG in Auftrag gegebene Gutachten der Rödl & Partner GbR vom 15.08.2018 zur Frage der Anforderungen an Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bei der Rekommunalisierung der Fernwärme in der Freien und Hansestadt Hamburg.

pflichtet sind und keinen Weisungen unterliegen.<sup>14</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat jedoch entschieden, dass beim fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH ein Weisungsrecht zulässig ist.<sup>15</sup> Der Gesellschaftsvertrag muss dafür die gesetzliche Regelung durch eine andere Regelung ersetzen, die genügend bestimmt ist, um zusammen mit den nicht abbedungenen gesetzlichen Vorschriften die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, seiner Aufgaben, Befugnisse und seiner Verfahrensweise zweifelsfrei erkennen zu lassen. Das erscheint angesichts des bloßen Verweises in § 16 des Gesellschaftsvertrags auf §§ 53, 54 des Haushaltsgrundsatzgesetzes zwar fraglich. Im Rahmen der Auslegung kann aber das normative Umfeld (also insbesondere die den Träger bindenden Vorschriften des Verfassungs- und Gesetzesrechts) berücksichtigt werden. Hierzu gehört auch ein in der Haushaltsordnung vorgeschriebenes Weisungsrecht. Es spricht insoweit eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Gemeinde (hier: die FHH) die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft einhalten und ein solches Weisungsrecht vereinbaren wollte.

Überdies kann das oberste Organ der GmbH, die Gesellschafterversammlung, in der die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentiert ist, auch Geschäftsführungsfragen an sich ziehen und mit einfacher Mehrheit durch Beschluss entscheiden. Derartige Beschlüsse sind für die Geschäftsführer bindend (sog. Weisungsbefugnis, vgl. § 37 I GmbHG). Grenzen für das Weisungsrecht bestehen dem Inhalt nach grundsätzlich nicht. Es steht den Gesellschaftern frei, den Geschäftsbetrieb einzustellen oder eine sich bietende Geschäftschance nicht zu ergreifen. Weil ein von den Interessen der Gesellschafter getrenntes Interesse der Gesellschaft nicht geschützt ist, können die Gesellschafter auch wirtschaftlich nachteilige Weisungen erteilen, selbst dann, wenn diese dazu führen können, dass das Stammkapital angegriffen wird. Selbst wenn also ein Kohleausstieg kurzfristig wirtschaftlich nachteilig wäre, würde das Privatrecht einer solchen Entscheidung nicht entgegenstehen. Für das Weisungsrecht ergeben sich zwar Grenzen und besondere Anforderungen u.a. aus dem Unternehmensgegenstand, dem Gesellschaftszweck, der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander oder gläubigerschützenden oder im *öffentlichen Interesse* liegenden Vorschriften. Eine Weisung im Sinne des HmbKliSchG fördert indes gerade letzteres. Mithin entscheidet der öffentliche Träger<sup>16</sup> über die Auslegung maßgeblicher Rechtsbegriffe und kann im Zweifel einer abweichenden Auffassung der Geschäftsführung durch Weisung begegnen.

Im **Ergebnis** entscheidet für die Wärme Hamburg GmbH also der Senat (bzw. der Umweltsenator) und damit die Behörde für Umwelt, Klima, Energie und Agrarwirtschaft über die Auslegung des „wirtschaftlich vertretbaren“. Als Teil der öffentlichen Verwaltung gilt für diesen Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes, so-

---

<sup>14</sup> BGHZ 169, 98 = NZG 2006, 945 Rn.18.

<sup>15</sup> BVerwG Urteil vom 31. 8. 2011, Az. 8 C 16. 10, Otto in Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Auflage 2021, Rn. 37.

<sup>16</sup> Die FHH trägt 100% der Anteile der Energienetze GmbH, die wiederum die Mehrheitsanteile (94,9 Prozent) an der Stromnetz Hamburg GmbH hält.

dass eine willkürliche oder beliebige Bestimmung im Widerspruch zum Hmb-KliSchG rechtswidrig wäre.

#### IV.

**Welche Wirkung hat hinsichtlich der Konkretisierung des „wirtschaftlich Vertretbaren“ der bindende Volksentscheid „Unser Hamburg – unser Netz“, der für Hamburg eine Energieversorgung mit „demokratischer Kontrolle“ fordert? Folgt daraus ein spezifisches Transparenzgebot?**

Zur Auslegung der Gesetze, die den Volksentscheid "Unser Hamburg - Unser Netz" umsetzen, ist die sich aus der Begründung des Volksentscheids ergebende Zweckbestimmung (hier die Ermöglichung von demokratischer Kontrolle) heranzuziehen. Dennoch begründet der Volksentscheid für sich kein spezifisches subjektives Informationsrecht. Eine gänzlich andere – hier nicht umfassend behandelte – Frage ist, ob der Senat und die Hamburger Bürgerschaft gemäß dem Abstimmungstext der Vorlage<sup>17</sup> das Ziel der demokratischen Kontrolle durch die bisher zu diesem Zwecke getroffenen Maßnahmen<sup>18</sup> gemäß seiner *Umsetzungspflicht* hinreichend gefördert hat. Denn ohne einen Akt der Umsetzung begründet der Abstimmungstext eines Volksentscheids in Hamburg kein subjektives öffentliches Recht. Die Umsetzung kann aber gemäß Art. 65 Abs. 3 Nr. 5 i. V. m. Art. 50 Abs. 6 HmbVerf gerichtlich überprüft werden. Nach einer Grundsatzentscheidung des Hamburger Verfassungsgerichts hat weder die Bürgerschaft noch der Senat hinsichtlich der Auslegung des Abstimmungstextes eine Einschätzungsprärogative, da dem gesetzgebenden Volk ansonsten der Inhalt des Begehrens „aus der Hand“ genommen würde.<sup>19</sup> Der Inhalt des Abstimmungstextes ist vielmehr anhand einer Auslegung nach einem objektiven Empfängerhorizont zu ermitteln und kann gerichtlich durch das soeben genannte Verfahren vor dem HmbVerfG umfassend überprüft werden.

Der von der Bürgerschaft eingesetzte, öffentlich tagende Energiewendebeirat scheint indes aufgrund der Zusammensetzung der Beiratsmitglieder und des Aufgabenzuschnitts geeignet, eine solche Transparenz herzustellen. So kann er seiner Aufgabe, die Maßstäbe der wirtschaftlichen Vertretbarkeit sowie deren Herleitung mitzuentwickeln, nachkommen und insoweit eine demokratische Kontrolle ermöglichen sowie dem Senat entsprechende Empfehlungen aussprechen.

Überdies besteht hinsichtlich der Maßstabsentwicklung und Bestimmung des „wirtschaftlich Vertretbaren“ ein Anspruch auf Veröffentlichung aus dem Ham-

---

<sup>17</sup> „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.“

<sup>18</sup> z.B. die Einberufung des formalen Beteiligungsverfahrens zum Ersatz des Kohlekraftwerks Wedel durch den Senat, die Einberufung des formalen Energienetzbeirates sowie in dessen Nachfolge der Energiewendebeirat (Drs. 22/4793 der Hamburger Bürgerschaft).

<sup>19</sup> HVerfG 16/04 S. 14 ff.

burgischen Transparenzgesetz (HmbTG). Schon aus der öffentlichen Trägerschaft folgt eine Pflicht zur Transparenz zum Zwecke der demokratischen Kontrolle. Denn in einem freiheitlichen Gemeinwesen obliegt der öffentlichen Hand die Legitimationslast für ihre wirtschaftliche Betätigung.<sup>20</sup> Nach § 1 Abs. 2 HmbTG hat grundsätzlich jeder gegenüber den Hamburger Landesbehörden einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Der - wie oben gezeigt - *konkret zu entwickelnde Maßstab* zur Ermittlung des „wirtschaftlich Vertretbaren“ sowie dessen Herleitung im Sinne des HmbKliSchG ist eine amtliche Information i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 HmbTG. Auch ist diese eine jedenfalls bei der jeweiligen Körperschaft und ihren Organen (§ 2 Abs. 3 2. HS HmbTG) vorhandene und zu amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung, und damit unabhängig von der Art ihrer Speicherung eine amtliche Information gem. § 2 Abs. 1 HmbTG. Dem Anspruch steht auch § 7 HmbTG entgegen, da es sich bei dem dafür zu entwickelnden dynamischen Maßstab nicht um ein Geschäftsgeheimnis im Sinne dieser Vorschrift handelt, denn der aus Art. 12 GG folgende Schutz des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses steht einer juristischen Person in staatlicher Hand nicht zu, diese ist insoweit nicht grundrechtsfähig. Das ist bereits dann der Fall, wenn eine juristische Person maßgeblich staatlich beherrscht wird und insbesondere, wenn diese - wie vorliegend - der Daseinsvorsorge dient.<sup>21</sup>

## V.

### **In welchem Ausmaß und in welcher Form muss das Parlament und die Öffentlichkeit in die Umsetzung des HmbKliSchG grundsätzlich eingebunden werden?**

Unabhängig von der Geltendmachung eines konkreten Informationsanspruchs (IV.) und den Auskunft- und Informationspflichten, die unmittelbar aus der Hamburger Verfassung folgen<sup>22</sup> normiert das HmbTG in seinem 1. Abschnitt (vgl. § 1 HmbTG) eine allgemeine Informationspflicht, die zu einer *anlasslosen Information der Öffentlichkeit verpflichtet*. Schon die Pflicht zur Umsetzung des Abstimmungstextes des Volksentscheids „Unser Hamburg – unser Netz“ gebietet eine umfassende Umsetzung dieser Informationspflicht. Und - soweit diese besteht - erst Recht eine Informationspflicht des Parlaments. Die vom HmbVerfG entwickelten Grenzen für Auskunftspflichten<sup>23</sup> gegenüber der Bürgerschaft sind im Falle von Informationen, die die Umsetzung des HmbKliSchG betreffen, evident nicht berührt. So steht weder höherrangiges Recht, noch vorrangiges Verfassungsrecht einer Information über die Maßstabsentwicklung zur Umsetzung des

---

<sup>20</sup> Kerst, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, VR 2014, S. 325 (331), vgl. auch BVerfGE 7, 198 (208) und BVerfGE 103, 44 (59 f.).

<sup>21</sup> VG Köln, Urt. v. 25.2.2016 – 13 K 5017/13, Rn. Rn. 47 ff. m. w. N.; zur restriktiven Auslegung der Ausnahmetatbestände im Rahmen des IFG: VG Hamburg, Urteil vom 24.11.2008 – 15 K 4014/07.

<sup>22</sup> Das Fragerecht gemäß Art. 25, das Auskunftsrecht gemäß Art. 30, 1. HS, das Enqueterrecht gemäß Art. 27, Das Recht auf Unterrichtung gemäß Art. 31, das Zitierrecht sowie das Recht auf Aktenvorlage gemäß Art. 30 2. HS.

<sup>23</sup> HVerfG, Urteil vom 21.12.2010 – HVerfG 1/10, LVerfGE 21, 15.

HmbKliSchG entgegen. Soweit diese bestehende Informationspflicht *durch den Senat* nicht erfüllt wird oder das HmbTG nicht angewendet wird, ist dies nach der hier vertretenen Auffassung rechtswidrig oder aber - soweit man nicht von einer danach bestehenden Informationspflicht ausgeht - die Bürgerschaft der oben genannten Umsetzungspflicht in Sachen parlamentarischer und öffentlicher Kontrollmöglichkeiten nicht hinreichend nachgekommen. Letzteres kann – wie gezeigt – in einem Verfahren nach Art. 65 Abs. 3 Nr. 5 i. V. m. Art. 50 Abs. 6 HmbVerf gerichtlich durchgesetzt werden.

Indes begründet das HmbTG bei konsequenter Anwendung hinreichende Informationspflichten. Das HmbTG geht im Vergleich zu den meisten anderen Landestransparenzgesetzen äußerst weit. In Abgrenzung zum 2. Abschnitt des Gesetzes („Information auf Antrag“) normiert § 1 HmbTG eine allgemeine Pflicht zur Einbindung der Öffentlichkeit (sog. Veröffentlichungspflicht). Das HmbTG ist nach überwiegender Auffassung in diese Richtung auszulegen.<sup>24</sup> Diese Pflicht erstreckt sich auch auf Weisungen gegenüber juristischen Personen in öffentlicher Hand sowie deren Anlass, mithin auch auf die Auslegung und jeweilige *konkrete Bestimmung* des „wirtschaftlich Vertretbaren“ i. S. d. HmbKliSchG.

## VI.

### **Stellen verbindliche Vorgaben durch das Parlament oder den Senat hinsichtlich der Reduktionsquote oder der vertretbaren Gewinneinbußen eine verdeckte Gewinnausschüttung dar?**

Die verbindliche Vorgabe von Reduktionsquoten des öffentlichen Trägers einer GmbH hat *nicht* die Wirkung einer verdeckten Gewinnausschüttung nach § 8 Abs. 3 S. 2 des Körperschaftssteuergesetzes (KStG).

Gemäß § 8 Abs. 3 KStG ist es für die Ermittlung von Einkommen einer Körperschaft ohne Bedeutung, ob das Einkommen auf die Ebene der Gesellschaft oder die Ebene ihrer Anteilseigner verteilt wird. Einkommen kann also auch dadurch ausgeschüttet werden, dass Gesellschafter einen vermögenswerten Vorteil erlangen. Unzulässig sind daher sog. verdeckte (und damit potenziell unbesteuerbare) Gewinnausschüttungen (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG). Unter einer verdeckten Gewinnausschüttung in diesem Sinne wird nach der Rechtsprechung jede vermögenswerte Leistung, Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung verstanden, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und keine offene Gewinnausschüttung (= den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechende Gewinnverteilung) darstellt.<sup>25</sup> Bei der Anwendung der Regelungen und den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur verdeckten Gewinnausschüttung ist im Grundsatz nicht zwi-

---

<sup>24</sup> Hoffmann/Schulz: Open Data für Kommunen, KommJur 2014, 126 (128), Jauch, DVBl 2013, DVBL Jahr 2013 S. 16 ff.; Schnabel, NordÖR 2012, S. 431 ff.; Willenbruch, NordÖR 2013, S. 137 ff.

<sup>25</sup> Ständige Rspr. des 1. Senats des BFH, seit Urteil vom 16. März 1967 I 261/63, BFHE 89, 208, BStBl III 1967, 626.

schen Betrieben gewerblicher Art und öffentlich-rechtlich getragenen Kapitalgesellschaften zu differenzieren.

Hier kommt allein in Betracht, Reduktionsvorgaben als verhinderte Vermögensmehrung der Körperschaft einzuordnen, da aus diesen unmittelbar Umsatz- und Gewinneinbußen folgen können. Eine verhinderte Vermögensmehrung als verdeckte Gewinnausschüttung liegt jedoch nur dann vor, wenn die verhinderte Vermögensmehrung auf der Ebene der Gesellschaft einen korrespondierenden Vorteil auf der Ebene der Gesellschafter oder eines diesen nahestehenden Dritten begründen kann.<sup>26</sup> Es ist nicht ersichtlich, wie ein korrespondierender Vorteil auf der Ebene der öffentlichen Trägerin, der FHH, beziffert werden könnte, noch welcher nahestehende Dritte einen solchen Vorteil korrespondierend erlangen soll. Insbesondere fehlt es an der dafür notwendigen Korrespondenz zwischen Gewinneinbuße und Vorteil auf Gesellschafterseite. Es taugen von vornherein nur solche Vermögensminderungen bei der Gesellschaft als verdeckte Gewinnausschüttung, welche die - objektive - Eignung haben, beim Gesellschafter einen Vorteil in Gestalt eines sonstigen Bezuges i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG auslösen zu können.<sup>27</sup> Folglich bedarf es eines objektiven Zusammenhangs zwischen der Unterschiedsbetragsminderung und der Eignung, beim Empfänger einen bestimm- und messbaren geldwerten Vorteil auszulösen.<sup>28</sup> Das ist hier schon wegen des gesetzlich veranlassten Weisungszwecks - dem Klimaschutz - evident nicht der Fall, so dass im Ergebnis das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG ausscheidet.

Hamburg, im November 2021

Rechtsanwalt  
Dr. Dirk Legler

Rechtsanwalt  
Victor Görlich

---

<sup>26</sup> FG Schleswig-Holstein (1. Senat), Urteil vom 17.12.2020 – 1 K 16/19.

<sup>27</sup> BFH-Urteile vom 7. August 2002 I R 2/02, BFHE 200, 197, BStBl II 2004, 131; und vom 26. Juni 2013 IR 39/12, BFHE 242, 305, BStBl II 2014, 174.

<sup>28</sup> FG Schleswig-Holstein (1. Senat), Urteil vom 17.12.2020 – 1 K 16/19 Rn. 33.