



Kai-Oliver Knops/  
Karsten Nowrot (Hrsg.)

**Hamburger Verfassung und  
Grundgesetzjubiläum –  
Aktuelle Herausforderungen:  
75 Jahre Grundgesetz,  
72 Jahre Verfassung der Freien  
und Hansestadt Hamburg**

Rechtswissenschaftliche  
Beiträge der  
Hamburger Sozialökonomie

Heft 66

Kai-Oliver Knops/  
Karsten Nowrot (Hrsg.)

**Hamburger Verfassung und  
Grundgesetzjubiläum -  
Aktuelle Herausforderungen:  
75 Jahre Grundgesetz,  
72 Jahre Verfassung der Freien  
und Hansestadt Hamburg**

Rechtswissenschaftliche  
Beiträge der  
Hamburger Sozialökonomie

Heft 66

**Professor Dr. Kai-Oliver Knops**

Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht, insbes. Bank-, Kapitalmarkt- und Verbraucherrecht an der Universität Hamburg.

**Professor Dr. Karsten Nowrot, LL.M. (Indiana)**

Professor für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Hamburg.

**Impressum**

Kai-Oliver Knops, Marita Körner, Karsten Nowrot (Hrsg.)  
Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie

Kai-Oliver Knops/Karsten Nowrot (Hrsg.)  
Hamburger Verfassung und Grundgesetzjubiläum – Aktuelle Herausforderungen: 75 Jahre Grundgesetz, 72 Jahre Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg  
Heft 66, April 2025

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikationsreihe in der Deutschen Nationalbibliografie;  
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.  
ISSN 2366-0260 (print)  
ISSN 2365-4112 (online)

Reihengestaltung: Ina Kwon  
Produktion: UHH Druckerei, Hamburg  
Schutzgebühr: EUR 5,-

Die Hefte der Schriftenreihe „Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie“ finden sich zum Download auf der Website des Fachgebiets Rechtswissenschaft am Fachbereich Sozialökonomie unter der Adresse:

<https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoek/professuren/nowrot/fiwa/publikationsreihe.html>

Fachgebiet Rechtswissenschaft  
Fachbereich Sozialökonomie  
Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften  
Universität Hamburg  
Von-Melle-Park 9  
20146 Hamburg

Tel.: 040 / 42838 - 3521

E-Mail: [Beate.Hartmann@uni-hamburg.de](mailto:Beate.Hartmann@uni-hamburg.de)

# Inhalt

<b>Vorwort</b> .....	5
<b>A. 75 Jahre Grundgesetz, 72 Jahre Hamburger Verfassung</b> (Nowrot) .....	7
<b>B. Genese der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg im Lichte des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland</b> (Strenge) .....	11
<b>C. Neuerungen in der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg I - Bedeutende Belange in der Präambel</b> (Kotzur) .....	21
<b>D. Neuerungen in der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg II - Panel-Diskussion zum Wohnraumrecht</b> .....	31
I. Die Staatszielbestimmung des Art. 73a der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg (Bodendiek) .....	31
II. Wohnungspolitik mit Verfassungsrang in der Freien und Hansestadt Hamburg (Dressel/Zimmer/Schapp) .....	35
III. Art. 72 Abs. 6 Satz 1 der Hamburger Verfassung i. V. mit § 64 Abs. 5 LHO Hamburg als Hemmnis für die günstige Wohnraumversorgung in Hamburg (Mediger) .....	41
<b>E. Haushaltsausgleich ohne „Einnahmen aus Krediten“ und die Nutzung von „Sondervermögen“</b> (Knops) .....	43
<b>F. Schuldenbremse - Nach fest kommt lose?: Das Notverschuldungsrecht im Mehrebenensystem des Grundgesetzes nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts</b> (Brockner) .....	55
<b>G. Partizipation im 21. Jahrhundert - Von der repräsentativen zur direkten Demokratie? - Panel-Diskussion</b> .....	61
I. Volksgesetzgebung in der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg – Funktionen und Funktionalität direktdemokratischer Elemente (Hellwig) .....	61
II. Volkspartizipationsverfahren gem. Art. 50 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg – Direkte Demokratie zwischen gelungenen rechtlichen Rahmenbedingungen und partiell „hemdsärmeliger“ Nutzungspraxis (Nowrot) .....	64
III. Gegen „Politikverdrossenheit“ und für mehr Vertrauen der Bevölkerung in den Staat: Ausbau der Bürgerbeteiligung notwendig (Trepoll) .....	67

<b>H.</b>	<b>Institutionalisierung des Verbraucher- und Datenschutzes im Mehrebenensystem? - Panel-Diskussion</b> . . . . .	71
I.	Institutionalisierung des Datenschutzes im Mehrebenensystem (Fuchs) . . . . .	71
II.	Verbraucherschutz im Mehrebenensystem: Herausforderungen und Perspektiven in Deutschland (Gatschke) . . . . .	80

## **Vorwort**

Anlässlich des 72. Geburtstages der Hamburger Verfassung vom 1. Juli 1952 sowie des 75. Jubiläums des Grundgesetzes vom 23. Mai 1949 fand am 24. Mai 2024 an der Universität Hamburg die Tagung mit dem Titel „Hamburger Verfassung und Grundgesetzjubiläum – Aktuelle Herausforderungen: 75 Jahre Grundgesetz, 72 Jahre Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg“ statt. Auf dieser wurden im ersten Teil die Historie und die geltende Rechtslage einschließlich der Reformen und Neuerungen in der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg behandelt. Im zweiten Teil waren insbesondere die Schuldenbremse im Grundgesetz und in den Verfassungen der Bundesländer, Fragen zur demokratischen Partizipation im 21. Jahrhundert und die Institutionalisierung des Verbraucher- und Datenschutzes im Mehrebenensystem Gegenstand von Vorträgen und Panel-Diskussionen. Der vorliegende Band gibt die wesentlichen Ergebnisse der ReferentInnen und DiskutantInnen aus der Wissenschaft und der Praxis, insbesondere der politischen Parteien, wieder.

Allen, die vielfältig zum Gelingen der Tagung beigetragen haben, sei an dieser Stelle nochmals herzlich gedankt.

Hamburg, im Frühjahr 2025

Univ.-Prof. Dr. Kai-Oliver Knops

Univ.-Prof. Dr. Karsten Nowrot, LL.M.



## A. Begrüßung

### **75 Jahre Grundgesetz, 72 Jahre Hamburger Verfassung – Zu zwei Erfolgsgeschichten einer Bewahrung durch Wandel**

*Karsten Nowrot\**

Guten Morgen, meine sehr geehrten Damen und Herren,

mein Kollege, Herr Prof. Kai-Oliver Knops, und ich heißen Sie ganz herzlich willkommen zu unserer heutigen Veranstaltung „Hamburger Verfassung und Grundgesetzjubiläum – Aktuelle Herausforderungen“ aus Anlass des 75. Jubiläums unseres Grundgesetzes sowie des in gut einem Monat bevorstehenden 72. Jubiläums unserer Hamburger Verfassung!

75 Jahre Grundgesetz, 72 Jahre Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg – das ist schon ein beachtliches und beachtenswertes Alter für zwei Verfassungen, vor allem wenn man berücksichtigt, dass die „Lebensdauer“ von Verfassungen global betrachtet bezogen auf die vergangenen rund zweihundert Jahre, also seit den Ursprüngen moderner Verfassungsstaatlichkeit, durchschnittlich nur ungefähr 19 Jahre beträgt.<sup>1</sup> In Anlehnung an den bekannten Ausspruch, dass sieben Hundejahre durchschnittlich einem Menschenjahr entsprechen, kann man vor diesem Hintergrund also konstatieren, dass ein Menschenjahr ungefähr vier Verfassungsjahren entspricht.

Und ein solches aktives Jubiläum deutlich jenseits der 70 einer weiterhin in Kraft befindlichen Verfassung, also keine Gedenkveranstaltung wie beispielsweise 100 Jahre Weimarer Reichsverfassung vor fünf Jahren, ist insbesondere für Verfassungen von freiheitlichen demokratischen politischen Gemeinwesen wie der Bundesrepublik Deutschland und der Stadt Hamburg auch ein wirklich gutes Zeichen – ja, man kann sagen, eine Erfolgsgeschichte; hat doch beispielsweise schon der Soziologe und Jurist Niklas Luhmann uns seinerzeit gelehrt, dass gute freiheitliche demokratische Verfassungen dazu bestimmt sind, „altes Recht“ zu werden.<sup>2</sup>

Verfassungen haben gerade auch die Funktion, als Grundordnung eines politischen Gemeinwesens zu dessen Stabilisierung beizutragen, indem sie bestimmte grundlegende Fragestellungen und Entscheidungen gleichsam außer Streit stellen und den alltäglichen Diskussionen und Kontroversen des modernen Lebens entziehen.<sup>3</sup> Sie bilden damit eine Art normativen Ruhepol, der den Mitgliedern eines politischen Gemeinwesens im Sinne einer über die Zeit

\* Prof. Dr. Karsten Nowrot, LL.M. (Indiana) ist Professor für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Hamburg.

1 Vgl. *Elkins/Ginsburg/Melton*, *The Endurance of National Constitutions*, 2009, S. 2 u. 129 ff.

2 *Luhmann*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), S. 176 (183).

3 Zu dieser Stabilisierungsfunktion von Verfassungen vgl. auch statt vieler Supreme Court of Canada, *Hunter v. Southam*, Urteil vom 17. September 1984, [1984] 2 SCR 145, 155; *Kägi*, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, S. 52 ff.; *Krüger*, *DÖV* 1976, S. 613 (615) („Der erste Sinn einer jeden ‚Verfassung‘ ist es, Lebensverhältnisse ihren täglichen Schwankungen zu entziehen, indem sie dieselben normativ verfestigt, stabilisiert, perpetuiert.“); *Kirste*, *JöR NF* 56 (2008), S. 35 (38) („Verfassungen haben einen langen Atem und sollen bestimmte Fragen den alltäglichen Aufregtheiten entziehen.“); sowie *Fassbender*, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, 2009, S. 23 („The instrument shall, in principle for an indefinite period of time, provide a legal frame and guiding principles for the political life of a community.“).

hinweg wirksamen Selbstvergewisserung immer wieder vor Augen führt und in Erinnerung ruft, unter welchen rechtlichen Grundbedingungen sie ein gutes Leben in Freiheit und Selbstbestimmung führen wollen.

Und diese Funktion haben sowohl das Grundgesetz als auch die Hamburger Verfassung mit ihren gemeinwesensgestaltenden Grundentscheidungen unter anderem für die Achtung und den Schutz der Menschenwürde, die Demokratie, die Rechtsstaatlichkeit und die Sozialstaatlichkeit in den vergangenen mehr als siebenzig Jahren erfolgreich erfüllt und auf diese Weise die rechtlichen Rahmenbedingungen geschaffen und erhalten, um uns seit nunmehr rund drei Menschengenerationen ein solches gutes Leben in Freiheit und Selbstbestimmung zu ermöglichen. Das ist – nicht zuletzt im Lichte der insgesamt bekanntermaßen sehr wechselvollen deutschen Geschichte – keine Kleinigkeit und daher nicht zu gering zu schätzen. Das ist keine Selbstverständlichkeit. Und schon deswegen blicken wir heute im Rahmen dieser Veranstaltung selbstverständlich auch darauf zurück, wie das entstanden ist, was unsere politischen Gemeinwesen Bundesrepublik Deutschland und Freie und Hansestadt Hamburg weiterhin in grundlegender rechtlicher Hinsicht in zentraler Weise mitprägt.

Aber der Blick zurück ist natürlich nur gleichsam eine Seite der Medaille, nur eine der grundlegenden Betrachtungsperspektiven. Wie schon der Untertitel zu unserer heutigen Veranstaltung mit seiner Bezugnahme auf „aktuelle Herausforderungen“ verdeutlicht, soll es heute gerade auch um eben solche aktuellen Herausforderungen gehen. Diese zweite Betrachtungsperspektive ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass hier und heute alltäglichen sowie ständig wechselnden Aufgeregtheiten ungebührlich Zeit und Raum eingeräumt werden soll. Das würde auch nicht dem schon etwas besonderen Anlass dieser Veranstaltung entsprechen. Vielmehr soll es hier in diesem Zusammenhang um einige zentrale Fragestellungen, vor allem auch unter Bezugnahme auf Hamburg, gehen, auf die unsere politischen Gemeinwesen in ihrer aktuellen Gestalt und aktuellen Zusammensetzung in jüngerer Zeit eine adäquate (verfassungs-)rechtliche Antwort geben wollten bzw. möglicherweise noch geben müssen.

Auch dieser Aspekt darf bei einer Veranstaltung aus Anlass unseres Verfassungsjubiläums nicht gleichsam zu kurz kommen; und kommt er heute ja auch wahrlich nicht. Ganz im Gegenteil bildet er ja sogar, wie aus dem Programm ersichtlich wird, den Schwerpunkt unserer heutigen Veranstaltung. Und das ist auch richtig und gut so. Denn eine gute Verfassung für ein freiheitliches demokratisches politisches Gemeinwesen muss – über die Statuierung von über die Zeit hinweg verbindlichen Grundentscheidungen hinaus – immer auch gemeinwesensoffen und zukunfts offen sein.

Dieses weitere notwendige Charakteristikum von Verfassungen steht dabei auch keineswegs in einem Spannungsverhältnis zu der ihr aufgegebenen Stabilisierungsfunktion. Ganz im Gegenteil wird man sogar sagen können, dass ein gleichsam untrennbarer Zusammenhang zwischen diesen beiden Dimensionen – der Stabilisierungsfunktion und der Offenheitsfunktion – besteht. Eine Verfassungsordnung kann die in ihr statuierten Grundentscheidungen nur dann erfolgreich und effektiv über die Zeit hinweg bewahren, wenn sie sich auch gegenüber neuen politischen Herausforderungen, dem technischen Fortschritt sowie sich wandelnden gesellschaftlichen Vorstellungen als affirmativ-offen und damit insgesamt auch als wandlungsfähig erweist.

Bewahrung ist nur durch Wandel möglich. Alte Verfassungen wie das Grundgesetz und die Hamburger Verfassung, sollen sie weiterhin die soziale Tatsächlichkeit aktiv steuernd begleiten, müssen also immer auch Grundordnungen für das von ihnen konstituierte politische Gemeinwesen in seiner jeweils aktuellen und sich in vielerlei Hinsicht immer wieder auch

verändernden Gestalt sein; also – etwas zugespitzt formuliert – müssen sie lebendige Verfassungen<sup>4</sup> für die Lebenden bleiben.

Diese Gemeinwesens- und Zukunftsoffenheit als Qualitätsmerkmal gerade auch des Grundgesetzes und der Hamburger Verfassung manifestiert sich in verschiedener Weise:<sup>5</sup> Beispielsweise durch den Charakter der Verfassungen als Rahmenordnungen, die bewusst auch zukunftsorientierte politische Gestaltungsspielräume wie beispielsweise im Kontext der Wirtschaftspolitik eröffnen. Sie zeigt sich überdies an der Möglichkeit, den Bedeutungsgehalt bestimmter verfassungsrechtlicher Begriffe an sich wandelnde gesellschaftliche Auffassungen anzupassen; ein flexibles und gesellschaftsorientiertes Rechtsverwirklichungsphänomen, welches der Verfassungsrechtler Peter Häberle in prägnanter Weise mit dem Konzept der „Offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“,<sup>6</sup> zu der wir alle gehören, schon vor nunmehr beinahe fünfzig Jahren in wirkungsmächtiger Weise begrifflich und dogmatisch erfasst hat.

Diese Gemeinwesens- und Zukunftsoffenheit manifestiert sich aber nicht zuletzt gerade auch in den Prozessen der formellen Verfassungsänderung selbst, insbesondere dem „Aktuell-Halten“ einer Verfassung durch die Aufnahme neuer Staatszielbestimmungen und weiterer Regelungsinhalte. Und um diesen letztgenannten Wandlungs- und Dynamisierungsansatz soll es heute im Rahmen dieser Veranstaltung vor allem gehen. Denn gerade auch in dieser Hinsicht haben sich das Grundgesetz sowie insbesondere auch die Hamburger Verfassung in den vergangenen Jahrzehnten als anschauliche Praxisbeispiele für lebendige Verfassungen erwiesen. Die jüngeren Ergänzungen der Hamburger Verfassung um neue Staatszielbestimmungen in der Präambel und – bezogen auf die Bereitstellung bezahlbaren Wohnraums – in Art. 73a der Hamburger Verfassung, werden uns heute genau so beschäftigen wie die Einführung und Ausgestaltung der so genannten „Schuldenbremse“ in das Grundgesetz und die Hamburger Verfassung. Gleiches gilt für die Verankerung direktdemokratischer Partizipationsmöglichkeiten in der Hamburger Verfassung sowie – aus nicht zuletzt auch verfassungsrechtspolitischer Perspektive – die Institutionalisierung des Verbraucher- und Datenschutzes.

Alle diese realisierten bzw. angedachten Verfassungsergänzungen sind natürlich nicht gänzlich herausforderungsfrei; sie werden und lassen sich zu Recht auch kontrovers diskutieren. Und auch das ist gut so. Denn ansonsten würde unsere heutige Veranstaltung ja tendenziell Gefahr laufen, partiell langweilig zu werden. Und das wünschen Sie sich nicht, und das wünschen wir als Organisatoren Ihnen und uns natürlich auch ganz gewiss nicht. Vielmehr wünschen wir Ihnen allen jetzt eine spannende, interessante und erkenntnisreiche – und damit im besten Sinne schöne – Veranstaltung. In diesem Sinne: *Sit ludos incipere!*

4 Zum Verständnis einer Verfassung als „living constitution“ bzw. „living instrument“ siehe auch bereits exemplarisch *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., 2010, S. 36 („Die Verfassung ist als ein lebendes Instrument zu begreifen, das es im Lichte der heutigen Verhältnisse auszulegen gilt.“); *Strauss*, *The Living Constitution*, 2010, S. 7 ff.; *Ackerman*, *Harvard Law Review* 120 (2007), S. 1737 ff.; *Volkman*, in: Vesting/Korioth (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, 2011, S. 23 (37); sowie Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, *Tyrer v. United Kingdom*, Appl.-Nr. 5856/72, Urteil vom 25. April 1978, para. 31 („The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.“).

5 Allgemein zur Gemeinwesensoffenheit und Zukunftsoffenheit von Verfassungen *Nowrot*, *Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft – Methodische Annäherungen an die Normalität eines Verfassungsprinzips*, 2014, S. 111 ff., m.w.N.

6 *Häberle*, *JZ* 1975, S. 297 ff.



## **B. Genese der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg im Lichte des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland**

*Hans-Peter Strenge\**

### **I. Hamburg unter britischer Besatzung 1945/46**

Am 3. Mai 1945 besetzten britische Truppen Hamburg. Einen Tag später wurde Reichsstathalter Kaufmann verhaftet, nicht aber Bürgermeister Krogmann, der mit einigen der bisherigen Beigeordneten und leitenden Verwaltungsbeamten von den Briten damit betraut wurde, einen geordneten Übergang der Verwaltung in die Besatzungszeit sicherzustellen. Nach Krogmanns Verhaftung am 11. Mai arbeitete ein vorläufiger Verwaltungsausschuss<sup>1</sup> weiter mit dem Auftrag, Personalvorschläge für einen Bürgermeister zu machen. Man schlug den Bruder des früheren Bürgermeisters Carl Petersen, Rudolf Petersen vor, den die Militärregierung am 15. Mai 1945 zum Bürgermeister ernannte.<sup>2</sup>

Er erhielt umfassende Kompetenzen zur Führung der Verwaltung, insbesondere zur Zusammenlegung von Staatsverwaltung und Gemeindeverwaltung, zur Aufhebung der Kreisverwaltungen (bis auf Harburg und Bergedorf) und zur Berufung von Senatoren für eine künftige Landesregierung: Der „Erste Erlaß zur Zusammenlegung von Staats- und Gemeindeverwaltung der Hansestadt Hamburg“ vom 28. Juni 1945<sup>3</sup> von Bürgermeister Petersen begann mit den Worten:

„Die Militärregierung hat mir die Staatsverwaltung der Hansestadt Hamburg unterstellt, die zur Vereinfachung der Verwaltung nach Maßgabe der Ziffern 2 bis 4 der Gemeindeverwaltung zusammengelegt wird.“

Es folgt dann eine Aufzählung der nach § 2 des Gesetzes über die Verfassung und Verwaltung der Hansestadt Hamburg vom 9. Dezember 1937<sup>4</sup> der Staatsverwaltung vorbehaltenen Ämter und Behörden. Damit war die Aufteilung von 1937 und erst recht die Zuordnung zum Reich beendet und ein erster Schritt zur „vollen Stadtstaatlichkeit“<sup>5</sup> der späteren vorläufigen Verfassung erreicht.

Die Militärregierung ließ dem Bürgermeister bei der Auswahl der Senatoren weitgehend freie Hand. In der „Bekanntmachung über die Neuregelung der hamburgischen Verwaltung“ vom 14. September 1945<sup>6</sup> werden neben dem früheren SPD-Polizeisenator Schönfelder als

\* Hans-Peter Strenge ist Staatsrat a.D. der Freien und Hansestadt Hamburg.

1 *Martens*, Hamburgs Weg zur Metropole, Von der Groß-Hamburg-Frage zum Bezirksverwaltungsgesetz, 2004, S. 141 f.

2 *Gabrielsson*, Zwischen Kapitulation und Senatsneubildung: die hamburgische Verwaltung in den ersten Nachkriegstagen 1945, in: Landeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches: Politischer Neuaufbau 1945/46 bis 1949, 2000, S. 13 (16 ff.); *Thieme*, Entstehung, des Landes Hamburg und seiner Verfassung, in: Hoffmann-Riem/Koch (Hrsg.), Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1. Aufl., 1988, S. 1 (20 f.).

3 HVBl., S. 11.

4 RGBl. I, S. 1317.

5 *Ipsen*, Hamburgs Verfassung und Verwaltung, Von Weimar bis Bonn, 1988, S. 147.

6 HVBl., S. 15.

Stellvertreter Petersens neun Senatoren genannt, davon vier Sozialdemokraten (Eisenbath, Landahl, Borgner und Leuteritz), drei Parteilose (Willink, Kruse und Biermann-Ratjen) und zwei aus der NS-Zeit (Martini und Toepffer). Bis zum Zusammentritt der ernannten Bürgerschaft im Februar 1946 änderten sich Zahl und Namen aber häufig.<sup>7</sup> Nach längerem Zögern der Militärregierung ernannte Petersen im November 1945 auch zwei Kommunisten (Dettmann und Heitgres) zu Mitgliedern seines Senats. Die aus der NS-Zeit stammenden Senatoren waren im Oktober 1945 entlassen worden.

## II. Die Ernante Bürgerschaft vom Februar 1946

Am 26. Juli 1945 erschienen vier Parteienvertreter bei der Militärregierung und schlugen dieser die Berufung eines „Beratenden Ausschusses der Bürgerschaft“ vor. Die Briten lehnten zu diesem Zeitpunkt ab.

Zwei Monate später, im September 1945, kündigte die Militärregierung ihrerseits die Berufung von „Ratsausschüssen“ in ihrer Besatzungszone an und beauftragte Petersen, ihr für Hamburg Vorschläge zu machen. Dabei sollte nicht an die Bürgerschaft mit parteipolitischer Zusammensetzung wie vor 1933 angeknüpft werden. 50 Organisationen wurden zur Namensnennung aufgefordert. Schließlich ernannte die Militärregierung im Februar 1946 81 Mitglieder des jetzt als „Bürgerschaft“ bezeichneten Gremiums, von denen nur 16 von den vier Parteien SPD, KPD (je 6), FDP (3) und den Christdemokraten (1) entsandt werden konnten. Gewerkschaften, Kirchen, Berufsgruppen, Handel und Gewerbe, Landwirtschaft und Grundeigentümer benannten das Gros der Abgeordneten.<sup>8</sup> Dazu kamen je zwei Vertreter aus Bergedorf und Harburg.

Dass es sich bei der Ernante Bürgerschaft allenfalls um eine Art Vorparlament handelte, sah man daran, dass die Senatsmitglieder ihr ebenfalls mit Sitz und Stimme angehörten. Als Präsident wählte die Bürgerschaft den Zweiten Bürgermeister Schönfelder. Damit blieb man im Frühjahr 1946 verfassungsrechtlich vor dem mit der Verfassung von 1860 erreichten Zustand einer Trennung von Rat (Senat) und Parlament (Bürgerschaft). Dieses ständisch geprägte Parlament entwickelte sich in wenigen Wochen zu einem solchen mit mehreren Fraktionen, da sich die meisten Abgeordneten – und das galt auch für die Senatsmitglieder – den von der Besatzungsmacht zugelassenen Parteien zuordneten.<sup>9</sup> Die wichtigste Aufgabe außer der Bewältigung der vielen Alltagsprobleme im zerstörten Hamburg war die Verabschiedung einer vorläufigen Verfassung und das Ziel, im Herbst mit der Zustimmung der Militärregierung zu „echten“ Wahlen zu kommen.

7 *Tormin*, Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches, in: Landeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches: Politischer Neuaufbau 1945/46 bis 1949, 2000, S. 51 (62 ff.).

8 Eine Aufstellung der 81 Abgeordneten nach Herkunft und Benennung findet sich bei *Tormin*, Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches, in: Landeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches: Politischer Neuaufbau 1945/46 bis 1949, 2000, S. 51 (75). Siehe auch *Bolland*, Die Hamburgische Bürgerschaft in alter und neuer Zeit, 1959, S. 129 f.

9 *Tormin*, Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches, in: Landeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches: Politischer Neuaufbau 1945/46 bis 1949, 2000, S. 51 (77).

### III. Die Vorläufige Verfassung vom 15. Mai 1946

Im März 1946 legte Bürgermeister Petersen der Bürgerschaft den Entwurf einer von der Militärregierung zuvor genehmigten Vorläufigen Verfassung vor. Die ernannte Bürgerschaft diskutierte den Text intensiv, veränderte ihn aber nicht. Das hätte ein erneutes Zustimmungsvorverfahren bei der Militärregierung erfordert, vor dem die Abgeordneten zurückschreckten.<sup>10</sup> So wurde der Text am 26. April 1946 mit Zweidrittelmehrheit verabschiedet und vom Senat mit Zustimmung der Militärregierung(!) am 15. Mai 1946 verkündet.<sup>11</sup>

In 29 Artikeln knüpft der Text in vielen Passagen an die Verfassung von 1921 an, bleibt bei den Rechten des Senats aber hinter 1921 zurück und geht bei der Bürgerschaft – vor allem in der Rechtssetzungsbefugnis – darüber hinaus. Die beiden ersten Artikel regeln wichtige Weichenstellungen: Nach Art. 1 ist die Hansestadt Hamburg „ein deutsches Land und gleichzeitig eine Gemeinde.“ Ihre Organe nehmen „die Aufgaben des Landes und der Gemeinde einheitlich“ wahr. Also kein Zurück zu den Gemeinden im Staat Hamburg wie 1921 mit den Städten Bergedorf, Cuxhaven und Geesthacht sowie den Geest- und Marschlanden. Auch keine Trennung von Landes- (früher Staats-) Verwaltung und Gemeindeverwaltung. Aber es gibt das Land Hamburg und die Gemeinde, räumlich identisch, aber nicht bei der Rechtsetzung. Denn in diesem Abschnitt ab Art. 17 beschließt die Bürgerschaft sowohl Gesetze als auch (gemeindliche) Satzungen. Deshalb wird das Kapitel – anders als 1921 – auch „Rechtsetzung“ und nicht „Gesetzgebung“ überschrieben. Und anders als in Art. 4 der Verfassung von 1952 werden zumindest bei der Rechtsetzung staatliche und gemeindliche Aufgaben sehr wohl getrennt. Praktisch wird das von 1946 bis 1952 nicht, die Bürgerschaft beschließt nicht eine einzige (gemeindliche) Satzung.<sup>12</sup> Und eine Kommunalaufsicht gibt es wegen der einheitlichen Organe (§ 1 Abs. 2 Vorl. Verf.) schon gar nicht. Nach Art. 2 gehen Staatsgewalt und Selbstverwaltungsrechte – wiederum zweierlei! – vom Volke aus und werden nach Maßgabe der Verfassung und Gesetze ausgeübt. Die Rechtsetzung liegt bei der Bürgerschaft, die Verwaltung beim Senat.

Die Bestimmungen zur Bürgerschaft (Art. 3 – 10) sind denjenigen von 1921 nachgebildet. Das Parlament besteht zunächst aber weiterhin aus 81 Abgeordneten, die für drei Jahre gewählt werden. Bis „zur Erreichung der Wahlorganisation“ werden sie durch die Militärregierung berufen. Die Wahlorganisation behält sich die Militärregierung vor und bestimmt dafür zum 13. Oktober 1946 eine Wahl nach dem Mehrheitswahlrecht in 84 Wahlkreisen mit Reservelisten für 26 Plätze, die proporzmäßig auch an kleine Parteien ohne eigene Wahlkreissitze fallen. Den Weg für 110 Sitze hatte die Bürgerschaft durch Änderung der Vorläufigen Verfassung mit Gesetz vom 8. Oktober 1946<sup>13</sup> freigemacht. Bei der ersten Bürgerschaftswahl seit 1932 erhielt die SPD mit 43,1 % der Stimmen wegen des Mehrheitswahlrechts 83 von 110 Sitzen.<sup>14</sup> Dennoch bildete der frühere Altonaer Oberbürgermeister Max Brauer, der 1933 ins Exil geflüchtet und als amerikanischer Staatsbürger 1946 nach Hamburg zurückgekehrt war und dem nach der Ausbürgerung 1934 wieder die deutsche Staatsangehörigkeit zuerkannt worden war, eine Regierung mit SPD-, FDP- und KPD-Senatoren.

Erst durch die Verfassungsänderung vom Oktober 1946 wurde in Art. 11 und 12 eine

10 *Tormin*, Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches, in: Landeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches: Politischer Neuaufbau 1945/46 bis 1949, 2000, S. 51 (80).

11 GVBl., S. 51.

12 *Ipsen*, Hamburgs Verfassung und Verwaltung, Von Weimar bis Bonn, 1988, S. 148.

13 GVBl., S. 103.

14 *Tormin*, Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches, in: Landeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches: Politischer Neuaufbau 1945/46 bis 1949, 2000, S. 51 (98 ff.), zum Ergebnis am 13.10.1946 und zur Senatswahl am 15.11.1946.

„echte“ Wahl der Senatoren durch die Bürgerschaft und der vorgeschriebene Rücktritt bei Entzug des Vertrauens geregelt. Vorher war eine Ernennung der beiden Bürgermeister aus der Mitte der Bürgerschaft vorgesehen. Diese Wahl traf nach der Änderung des Art. 13 der Senat selbst jeweils für die Dauer eines Jahres; eine Regelung, die bis 1996 Bestand haben sollte. Der Verfasser dieser Zeilen hat als dienstjüngster Staatsrat in der letzten Senatssitzung des Jahres 1995 die nach der Geschäftsführung des Senats vorgeschriebene (letztmalige) Einsammlung der Stimmzettel von den Senatsmitgliedern bei der Bürgermeisterwahl in der Ratsstube vorgenommen.

Anders als nach der Verfassung von 1921 konnte der Senat Gesetzesbeschlüsse der Bürgerschaft nicht aufhalten und einen Volksentscheid darüber herbeiführen. Art. 19 räumte ihm lediglich ein Aussetzungsrecht für einen Monat ein, das die Bürgerschaft nach Fristablauf mit der Verabschiedung des Gesetzes oder der Satzung mit absoluter Mehrheit überstimmen konnte. Dann musste der Senat nach Art. 20 die Normen ausfertigen und verkünden.

Nach Art. 21 wurden die Verwaltungsbehörden und Ämter nach Richtlinien und Weisungen des zuständigen Senators von fachlich geeigneten Beamten geleitet. Die Bürgerschaft ernennt nach Art. 21 Ausschüsse und Unterausschüsse, die für die Prüfung von Angelegenheiten der verschiedenen Behörden erforderlich sind. Jedermann aus der Bevölkerung oder jeder Beamte aus der Verwaltung kann als Berater ohne Stimmrecht hinzu gewählt werden. Das ist noch nicht die Wiedereinführung der Deputationen, aber die Mitwirkung der Bürger an der Verwaltung klingt schon an.

Nach Art. 27 trat das HVVG von 1937 außer Kraft. Die Verfassung von 1921 oder Teile davon wurden nicht wieder in Kraft gesetzt. Nach Absatz 2 „blieben das geltende Reichs-, Landes- und Gemeinderecht in Kraft, soweit es seinem Wortlaut oder Sinn nach mit den Bestimmungen dieser vorläufigen Verfassung nicht im Widerspruch steht“.<sup>15</sup> An den territorialen Entscheidungen des Groß-Hamburg-Gesetzes vom 27. Januar 1937<sup>16</sup> wurde also festgehalten.

## IV. Schritte zu einer Hamburger Verfassung von 1948 bis 1952

### 1. Erster Senatsentwurf (Januar 1948)

Dem Senat und der gewählten Bürgerschaft war die Vorläufigkeit der Verfassung von 1946 bewusst, und so war man bestrebt, in der bis 1949 laufenden Legislaturperiode eine endgültige Verfassung für Hamburg zu beraten und zu verabschieden. Dazu legte der Senat im Januar 1948 dem Parlament einen Entwurf vor,<sup>17</sup> der sich an den Text von 1921 anlehnte, aber darüber hinaus einen Grundrechtskatalog, ein Kapitel „Wirtschaft und Arbeit“, Schul- und Bildungsfragen und Aussagen zu Religionsverfassung enthielt.<sup>18</sup> Die Länder der amerikanischen

15 Vgl. hierzu auch *Ipsen*, Hamburgs Verfassung und Verwaltung, Von Weimar bis Bonn, 1988, S. 144 ff.; *Thieme*, Entstehung, des Landes Hamburg und seiner Verfassung, in: Hoffmann-Riem/Koch (Hrsg.), Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1. Aufl., 1988, S. 1 (22).

16 RGBI. I, S. 91.

17 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft Nr. 6 vom 13.1.1948.

18 *Ipsen*, Hamburgs Verfassung und Verwaltung, Von Weimar bis Bonn, 1988, S. 219 ff.; *David*, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2. Aufl., 2004, Vorbemerkungen, Rn. 47; *Bolland*, Die Hamburgische Bürgerschaft in alter und neuer Zeit, 1959, S. 135; *Thieme*, Entstehung, des Landes Hamburg und seiner Verfassung, in: Hoffmann-Riem/Koch (Hrsg.), Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1. Aufl., 1988, S. 1 (25 f.); *Lütke*, Hanseatische Tradition und demokratischer Umbruch. Die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 7. Januar 1921, 2016, S.

Besatzungszone hatten in ihren Verfassungen von 1946 ebenfalls ausführliche Regelungen zu Grundrechten sowie Wirtschaft und Arbeit vorgesehen. So war nach der hessischen Verfassung zum Beispiel die Aussperrung im Land verboten, was im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 und 31 GG nach 1949 obsolet wurde.

Anders als in der Verfassung von 1921 fehlten alle plebiszitären Elemente. Die Gründe waren vielschichtig: Zum einen wurde zwischen 1921 und 1933 von keiner der damals vier möglichen Wege zu Volksbegehren und Volksentscheide in Hamburg<sup>19</sup> Gebrauch gemacht. Es hatte nur zu Mietrechtsfragen Anfang der 1920er Jahre einen Anlauf mit der Sammlung von Unterschriften gegeben; es wurde aber nicht einmal das Quorum für ein Volksbegehren erreicht.

Auch auf Reichsebene hatte es in Weimar nur zwei – erfolglose – Volksentscheide gegeben, den zur Fürstenenteignung 1926 und den zum Youngplan 1929. Freilich hatte es die Direktwahl des Reichspräsidenten 1925 und 1932 sowie eine Reihe von Länderplebisziten z.B. zur Auflösung von Landtagen vor Ende der Wahlperiode – in Preußen 1931 erfolglos, in Oldenburg 1932 erfolgreich – gegeben, kein Vorbild für die Hamburger Verfassungsgeber. Die vier Volksabstimmungen bzw. „Wahlen“ während der NS-Zeit 1933, 1934, 1936 und 1938 sowie die Abstimmung in Sachsen zur „Enteignung der Kriegsverbrecher und Monopole“ 1945 trugen auch nicht gerade zur Motivation für eine Volksgesetzgebung in Hamburg bei.<sup>20</sup>

Die Entwicklung in den westlichen Besatzungszonen über die Frankfurter Dokumente, die „Rittersturz-Konferenz“ der Ministerpräsidenten in Koblenz, die Beratungen in Herrenchiemsee (Hamburger Vertreter: Senatssyndikus Wilhelm Drexelius und Dr. Praß aus dem Rechtsamt des Senats) bis hin zur Bildung des Parlamentarischen Rats im September 1948 führte dazu, dass die Bürgerschaft die Beratung nicht vorantrieb und auf die Regelung der Verfassungsfragen auf der Ebene der Trizone wartete.

Im Parlamentarischen Rat war Hamburg durch den Sozialdemokraten Adolph Schönfelder und den CDU-Abgeordneten Paul de Chapeaurouge vertreten. Letzterer war im Tausch mit Carlo Schmid aus Württemberg-Hohenzollern benannt worden, da die SPD den zweiten ihr an sich in Hamburg zustehenden Sitz für ihr politisches Schwergewicht Schmid aus dem Süden nutzen wollte, wo nur der CDU im Tübinger Landtag ein Sitz für den Parlamentarischen Rat zustand.

## 2. Zweiter Senatsentwurf (Juli 1949)

Nach Verabschiedung des Grundgesetzes im Mai 1949 legte der Senat der Bürgerschaft im Juli 1949 einen weiteren Entwurf vor,<sup>21</sup> nunmehr in Anpassung an die verfassungsrechtliche Lage auf Bundesebene ohne Grundrechtskatalog, Schul- und Bildungsfragen und Religionsverfassung. Der Abschnitt zu Wirtschaft und Arbeit blieb (zunächst) erhalten. Trotz eingehender Beratung im bürgerschaftlichen Verfassungsausschuss von Juli bis September 1949, in der immer wieder auf das inzwischen in Kraft getreten Grundgesetz geblickt wurde, wurde die Zeit angesichts der auf den 16. Oktober 1949 anberaumten Neuwahlen und der zur Verabschiedung in der letzten Plenarsitzung am 2. September anstehenden gewichtigen Themen Schulgesetz und Bezirksverwaltungsgesetz zu knapp. Die Verabschiedung einer neuen Verfassung schaffte die erste gewählte Bürgerschaft nicht mehr.

481 f.

19 Dazu im Einzelnen unten in Abschnitt V.

20 Zu den Abstimmungen in den 1920er, 1930er und 1940er Jahre *Strenge*, ZRP 1994, S. 271 (272 f.).

21 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft Nr. 170 vom 19.7.1949.

### 3. Dritter Senatsentwurf (Januar 1950)

Der Senat legte daraufhin der neuen Bürgerschaft im Januar 1950 einen dritten Verfassungsentwurf vor,<sup>22</sup> der 80 Artikel in neun Abschnitten umfasste, darunter als Abschnitt VIII wiederum Regelungen zum Bereich Wirtschaft und Arbeit.<sup>23</sup> Der Senat – das war jetzt eine SPD-Alleinregierung, denn die Wahlen vom Oktober hatte wiederum die SPD mit 65 Sitzen von nunmehr 120 mit absoluter Mehrheit gewonnen, obwohl ihr Prozentanteil nur 42,5 % betrug. Das bürgerliche Lager kam mit dem Vaterstädtischen Bund Hamburg (CDU, FDP, Deutsche Konservative Partei) sowie der getrennt kandidierenden Deutschen Partei trotz eines Stimmanteils von 47,8 % auf nur 49 Sitze. Zu einem Wahlbündnis aller bürgerlichen Parteien war es nicht gekommen, da die Deutsche Partei auf der schwarz-weiß-roten Fahne beharrte und ihre Verhandlungsführer in Reitstiefeln nach SA-Manier zum Gespräch mit CDU und FDP erschienen waren.

Brauer entschied sich ohne Koalitionspartner zu regieren.<sup>24</sup> Zur Verabschiedung der Verfassung war die SPD aber auf Kompromisse mit den bürgerlichen Parteien angewiesen.

### 4. Beratung und Verabschiedung in der Bürgerschaft

Im Verfassungsausschuss der Bürgerschaft wurde bis ins Frühjahr 1952 beraten. Dabei kamen verschiedene Grundsatzfragen zur Erörterung: Die Frage, ob es neben gewählten Abgeordneten auch (ständische) Berufsgruppen im Parlament geben sollte oder zwanzig beratende Oberalte, die 1948 diskutiert worden war,<sup>25</sup> hatte sich nach Verabschiedung des Grundgesetzes mit dessen Art. 28 erledigt. Aber sollte es doch Volksentscheide wie in der Verfassung von 1921 geben oder zumindest die Verfassung selbst nach Verabschiedung durch die Bürgerschaft dem Hamburger Volk zur Zustimmung vorgelegt werden? Letzteres wurde unter Hinweis auf andere Länderverfassungen und die Verabschiedung der Verfassung von 1921 ohne Volksbeteiligung und des Grundgesetzes durch den Parlamentarischen Rat ohne Abstimmung durch die Bevölkerung der Westzonen verneint.<sup>26</sup> Wie hoch sollte das Zustimmungsquorum in der Bürgerschaft sein? Eine Dreiviertelmehrheit stand zunächst im Raum. Eine weitere Frage: Soll eine Präambel vorangestellt werden und wenn ja mit welchem Text?

Sämtliche Fragen wurden im Bericht des Verfassungsausschusses an das Plenum schließlich verneint.<sup>27</sup> Allerdings wurde in den abschließenden Lesungen am 28. Mai und 4. Juni 1952 in der Bürgerschaft doch eine Präambel eingefügt, in der man den bisherigen Abschnitt zu Wirtschaft und Arbeit integrierte.<sup>28</sup> Dabei nahm man in Kauf, dass die Aussagen zu Wirtschaft und Arbeit keine Ansprüche oder beratende Kammern begründeten, sondern eher Programmsätzen und einer gewissen „Hafenfolklore“ glichen.

Die Verfassung der Freien und Hansestadt wurde abschließend in zweiter Lesung gegen

22 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft Nr. 16 vom 20.1.1950.

23 *Ipsen*, Hamburgs Verfassung und Verwaltung, Von Weimar bis Bonn, 1988, S. 111 ff.; *David*, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2. Aufl., 2004, Vorbemerkungen, Rn. 48.

24 *Tormin*, Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches, in: Landeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Hamburg nach dem Ende des Dritten Reiches: Politischer Neuaufbau 1945/46 bis 1949, 2000, S. 51 (212 ff.) zu Vorfeld und Ergebnis der Oktober-Wahl 1949.

25 *Bolland*, Die Hamburgische Bürgerschaft in alter und neuer Zeit, 1959, S. 137 f.

26 *Ipsen*, Hamburgs Verfassung und Verwaltung, Von Weimar bis Bonn, 1988, S. 225.

27 2. Bericht des Verfassungsausschusses über den Senatsantrag Nr.16/50, Stenographische Berichte über die Sitzungen der Bürgerschaft 1952, S. 645 ff., 663 ff.

28 *David*, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2. Aufl., 2004, Präambel, Rn. 7-10.

drei Stimmen der KPD-Fraktion mit großer Mehrheit angenommen und am 6. Juni 1952 verkündet.<sup>29</sup> Sie trat nach Art. 76 am 1. Juli 1952 in Kraft. Zugleich trat die Vorläufige Verfassung vom 15. Mai 1946 mit den Änderungen vom Oktober und November 1946 außer Kraft.

## V. Parallelen und Unterschiede der Verfassungen von 1952 und 1921 und Auswirkungen des seit 1949 geltenden Grundgesetzes

Nach Art. 1 beider Hamburger Verfassungen ist Hamburg ein Land der Bundesrepublik Deutschland bzw. des Deutschen Reichs. Die Vorläufige Verfassung fügte hinzu „und zugleich eine Gemeinde“. Auch war im dortigen Verfassungstext von Selbstverwaltung und Satzungen die Rede. Die Verfassung von 1952 spricht die gemeindliche Ebene nur in Art. 4 Abs. 1 an, wonach in Hamburg staatliche und gemeindliche Aufgaben nicht getrennt werden. Ein besonderer Abschnitt zu „Gemeinden“, wie noch 1921 in Art. 67 und Art. 68 mit der Unterscheidung der Stadt Hamburg mit Senat und Bürgerschaft als den zuständigen Organen in Gemeindeangelegenheiten und den Städten und dem Landgebiet mit Selbstverwaltung und Rechtsaufsicht, gibt es in der Einheitsgemeinde nicht mehr. Die Verfassung von 1952 kennt nur staatliche Organe, die aber auch die Funktion des kommunalen Magistrats und der Stadtverordnetenversammlung haben.<sup>30</sup> Die Gebietskörperschaft Hamburg weist eine „Doppelgestalt“ auf, sie ist zugleich Staat und Gemeinde, nimmt dabei aber nicht einen „Zwilling zweier juristischer Personen“ an.<sup>31</sup>

Ob Hamburg überhaupt Gemeinde sei und dieses Art. 28 Abs. 2 GG unabdingbar fordere, ist viel diskutiert worden.<sup>32</sup> Die Entwicklung zur Einheitsgemeinde seit dem HVVG von 1937<sup>33</sup> hat die Verfassung von 1952 nicht infrage gestellt. Immerhin nahm sie die Entwicklung der Regionalen Verwaltung seit 1943 und das Bezirksverwaltungsgesetz vom September 1949 insoweit zur Kenntnis, als Art. 4 Abs. 2 vorsah, dass durch Gesetz Teilgebiete Verwaltungseinheiten gebildet werden, denen die selbständige Erledigung übertragener Aufgaben obliegt. Damit – so David treffend<sup>34</sup> – habe Art. 4 den einfachgesetzlich zuvor verabschiedeten Gesetzen über Verwaltungsbehörden und Bezirksverwaltung als „Kompromiss zwischen zentraler und dezentrierter Verwaltung ihren verfassungsrechtlichen Segen“ erteilt.

Die Regelungen zur Bürgerschaft und zum Bürgerausschuss von 1921 wurden im Wesentlichen auch in die Verfassung von 1952 übernommen. Das Parlament wurde von 160 auf 120 Sitze verkleinert, der Bürgerausschuss hatte weiterhin 20 Mitglieder unter Leitung des Bürgerschaftspräsidenten. Die Wahlperiode wurde von drei auf vier Jahre verlängert. Eine Wahl nach dem Verhältniswahlrecht war nicht vorgeschrieben. Stattdessen wurde das Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 4 dem einfachen Gesetzgeber überlassen. Erst zur Bürgerschaftswahl 1957 wurde nach dem Verhältniswahlrecht mit reinen Landeslisten gewählt. Ein grundlegender Systemwechsel erfolgte, durch Volksentscheid 2004 und weiteren Volksinitiativen vorbereitet,

29 GVBl., S. 117.

30 *Voscherau*, in: Albers/Asche/Gündisch/Seeler/Thieme (Hrsg.), *Recht und Juristen in Hamburg*, Bd. I, 1994, S. 4 ff.

31 *Ipsen*, *Hamburgs Verfassung und Verwaltung*, Von Weimar bis Bonn, 1988, S. 233 f.

32 Verneinend eher *Voscherau*, in: Albers/Asche/Gündisch/Seeler/Thieme (Hrsg.), *Recht und Juristen in Hamburg*, Bd. I, 1994, S. 4 (5); bejahend *David*, *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, Kommentar, 2. Aufl., 2004, Art. 4, Rn. 9 ff.; OVG Hamburg, Urteil vom 16.4.1981, HmbJVBl. 1981, S. 154.

33 Dazu im Einzelnen *David*, *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, Kommentar, 2. Aufl., 2004, Art. 4, Rn. 20 ff.

34 Dazu im Einzelnen *David*, *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, Kommentar, 2. Aufl., 2004, Art. 4, Rn. 32.

mit der Einführung von Wahlkreisen durch eine Novelle des Wahlgesetzes zur Bürgerschaft 2009 und einer Verfassungsänderung in Art. 6 zur erschwerten Änderung (allein) durch das Parlament.<sup>35</sup> Weitere Veränderungen folgten, nicht nur einfachgesetzlich, sondern auch durch die Einführung einer 3 %-Klausel für die Wahl zu den Bezirksversammlungen in Art. 4 Abs. 3 und konsequenterweise dann auch eine 5 %-Klausel für die Bürgerschaftswahl in Art. 6 Abs. 2. Erstmals war sie 1953 einfachgesetzlich eingeführt worden. Das Recht zur Selbstauflösung mit absoluter Mehrheit, das 1932 einmal praktiziert worden war, blieb erhalten und wurde zur Beendigung der so genannten „Hamburger Verhältnisse“ – einer jeweiligen Oppositionsmehrheit im Parlament für mehrere Monate – 1982 und 1986 ausgeübt.

Auch die Verfassungsnormen zum Senat in den Art. 33 ff. haben in weiten Teilen die Verfassung von 1921 zum Vorbild. Er ist die Landesregierung, arbeitet als Kollegialorgan und führt die Verwaltung mit umfassenden Ingerenzrechten, darunter dem Evokationsprinzip, das die Verfassung von 1952 in § 1 Abs. 4 des Gesetzes über Verwaltungsbehörden von 1947<sup>36</sup> vorfand und das in der Neufassung des Gesetzes vom 30. Juli 1952<sup>37</sup> bekräftigt wurde. Allerdings gab es in den beiden Verfassungen auch gravierende Unterschiede bei den Befugnissen des Senats: Art. 36 der Verfassung von 1921 hatte ein einfaches Misstrauensvotum zum Gegenstand, während die Art. 35 und 36 HmbVerf 1952 den Art. 67 und 68 GG entsprachen, also dem konstruktiven Misstrauensvotum und der Vertrauensfrage. Andererseits konnte sich der Senat nach Art. 36 der Verfassung von 1921 wehren, indem er einen Volksentscheid darüber herbeiführen konnte, ob er selbst zurückzutreten habe oder die Bürgerschaft neu zu wählen sei. Ebenso konnte er nach einem Einspruch gegen ein von der Bürgerschaft beschlossenes Gesetz nach Art. 53 einen Volksentscheid herbeiführen, es sei denn, die Bürgerschaft überstimmte das Senatsvotum mit Zweidrittelmehrheit. 1952 blieb das Einspruchsrecht nach Art. 50 – David<sup>38</sup> bezeichnet den Senat insoweit treffend als „verkappte zweite Kammer“ und weist zu Recht auf einen Restbestand des Kyriens von 1860/1879 hin – bis zur Reform von 1996 erhalten, konnte aber durch eine absolute Mehrheit bei der zweiten Lesung von der Bürgerschaft überwunden werden.<sup>39</sup> Eine Art landesrechtliches „Notverordnungsrecht“ neben Art. 48 Abs. 4 WRV, wie es in Art. 44 der Verfassung von 1921 vorgesehen war – „Der Senat hat die gesetzliche Ordnung aufrechtzuerhalten und die Sicherheit des Staates zu wahren“ – stand dem Senat nicht mehr zu. Er musste aber auch nicht mit einer Senatsanklage vor dem zuständigen Verfassungsgericht, wie in Art. 49 der Verfassung von 1921 vorgesehen, rechnen. Eine solche Regelung wurde nicht mehr getroffen, auch nicht in dem Abschnitt Rechtsprechung einschließlich der Bildung eines Landesverfassungsgerichts (Art. 62 ff.), den es so in der Verfassung von 1921 nicht gegeben hatte.

Schließlich sei noch auf zweierlei hingewiesen: In beiden Hamburger Verfassungen fehlt ein Grundrechtskatalog. Der Verfassungsgeber von 1952 konnte angesichts des drei Jahre zuvor im GG geregelten ausführlichen Grundrechtsteils davon absehen. Wie oben ausgeführt hatte der erste Senatsentwurf von 1948 solche Rechte im Land Hamburg noch vorgesehen.

Formen der direkten Demokratie mit Volksbegehren oder Volksentscheid hat die Verfassung 1952 von derjenigen von 1921 nicht übernommen. Dort waren neben den beiden schon genannten Fällen in Art. 58 zwei weitere Möglichkeiten vorgesehen: Entweder beantrage die

35 David, in: ders./Stüber (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2020, Art. 6, Rn. 3 ff.; Zwölftes Gesetz zur Änderung der Verfassung vom 8.7.2009, GVBl., S. 221.

36 GVBl., S. 25.

37 GBVl., S. 163.

38 David, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 1. Aufl., 1994, Art. 50, Rn. 5.

39 Zu den wenigen praktischen Fällen bis zur Reform von 1996 vgl. David, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 1. Aufl., 1994, Art. 50, Rn. 3.

Hälfte der Bürgerschaft die Aussetzung der Verkündung eines verabschiedeten Gesetzes und 5 % der stimmberechtigten Hamburger konnten einen Volksentscheid beantragen. Oder die Initiative kam wie nach Art. 73 WRV im Reich nach Volksbegehren von mindestens 10 % der Stimmbürger unter Vorlage eines ausgearbeiteten Gesetzentwurfs zustande, der dem Volksentscheid unterworfen wurde, es sei denn, die Bürgerschaft übernahm den Entwurf unverändert.

Neben den oben zur Vorläufigen Verfassung von 1946 genannten Gründen kam 1952 noch der Blick auf das Grundgesetz hinzu: Dieses sah trotz Art. 20 (Wahlen und Abstimmungen) nur solche bei Länderneugliederungen oder Ersatz des GG durch eine gesamtdeutsche Verfassung (Art. 29, 146 GG a.F.) vor. Die Beitritte des Saarlandes 1957 und der DDR 1990 zur Bundesrepublik Deutschland erfolgten ohne Volksentscheid über Art. 23 GG (a.F.). Nur die Neugliederung im Südwesten durch Bildung des Landes Baden-Württemberg 1952 erfolgte dort durch Volksabstimmung, die 1970 nach einem Urteil des BVerfG wegen des im ehemaligen Land Baden fehlenden Quorums in Südbaden wiederholt werden musste. Der Zusammenschluss von Berlin und Brandenburg scheiterte bei der dafür erforderlichen Volksabstimmung an der fehlenden Mehrheit.

Eine Ironie der Hamburger Geschichte der direkten Demokratie war dann im Jahr 1958 der Versuch des Brauer-Senats, eine Volksabstimmung unter dem Motto „Kampf dem Atomtod“ auf landesgesetzlicher Ebene in Hamburg vorzusehen, dem das Bundesverfassungsgericht ebenso wie dem gleichgerichteten Versuch des Bremer Senats unter Hinweis auf die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes ein Ende bereitete.<sup>40</sup>

40 BVerfG, Urteil vom 30.7.1958, BVerfGE 8, S. 104 ff.



## C. Neuerungen in der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg I – Bedeutende Belange in der Präambel

*Markus Kotzur\**

### I. Neugefasster Vorspruch – erweitertes Versprechen

Mit Gesetz vom 07. 03. 2023, das die Erfordernisse von Art. 51 der Verfassung erfüllt, hat die Präambel der Hamburgischen Verfassung, auch vorher schon zu den eher umfangreichen Verfassungsvorsprüchen rechnend<sup>1</sup>, eine neue, nochmals erweiterte Gestalt erhalten.<sup>2</sup> Das freilich darf nicht als abundante Geschwätzigkeit abgetan werden, sondern entspricht – auch wenn sich manche Landesverfassungen kürzer fassen und das Saarland gar ganz auf eine Präambel verzichtet – guter (bundesstaatlicher) Verfassungstradition.<sup>3</sup> In feierlicher Sprache, nicht ohne Pathos und dennoch um Bürgernähe bemüht, verorten Verfassungspräambeln die konstitutionelle Einheitsbildung einer (gesamt-, glied- oder sogar überstaatlichen) politischen Gemeinschaft historisch, verbinden werthafte Bekenntnisse mit wegleitenden Erkenntnissen, künftiges Wollen mit vorangegangenem Tun und wagen so den Blick aus Vergangenen in die Zukunft, kurz: sie formulieren die Quintessenz des folgenden Textes, wollen Narrativ, „Meistererzählung“, Vorspruch und Versprechen sein.<sup>4</sup> Sie knüpfen, um eine Terminologie des Historikers Reinhart Koselleck aufzugreifen, an „Erfahrungsräume“ an und eröffnen „Erwartungshorizonte“.<sup>5</sup> Präambeln verschaffen dem Selbstverständnis einer politischen Gemeinschaft wichtigen Resonanzraum und wollen diese politische Gemeinschaft zugleich zur beständigen Selbstvergewisserung darüber einladen, wer und wie sie sein will<sup>6</sup>, wo und wie sie sich im politischen Mehrebenensystem<sup>7</sup> aus Landes-, Bundes-, Europa- und Völkerrecht respektive im multiplen

\* Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke Univ.) ist Professor für Europa- und Völkerrecht an der Universität Hamburg.

- 1 Unter den deutschen Länderverfassungen hatten nur das Saarland und Schleswig-Holstein gänzlich auf eine Präambel verzichtet, siehe etwa *R. Gröschner*, in: J. Linck/M. Baldus/J. Lindner/H. Poppenhäger/M. Ruffert (Hrsg.), *Die Verfassung des Freistaats Thüringen. Handkommentar*, 2013, Präambel, Rn. 1; ausführliche verfassungsvergleichende finden sich Hinweise ebd. unter Rn. 9 ff. Mittlerweile hat auch Schleswig-Holstein im Rahmen der Verfassungsreform vom 11. Dezember 2014 seiner Verfassung eine Präambel vorangestellt: Art. 3 Abs. 2 SHVerf 2014, GVOBl. SchlH 2014, 328.
- 2 Schon an dieser Stelle sei verwiesen auf die Kommentierung von *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Präambel*, Rn. 1 ff.
- 3 *P. Häberle*, *Präambel im Text und Kontext von Verfassungen*, FS Broermann, 1982, S. 211 ff. Mit Blick auf die häufigen Gottesbezüge in Verfassungspräambeln (sei es in Form der „invocatio“ oder der bloßen „nominatio dei“) *ders.*, „Gott“ im Verfassungsstaat?, FS Zeidler, 1987, 3 ff.
- 4 *P. Häberle*, *Präambel im Text und Kontext von Verfassungen*, FS Broermann, 1982, S. 211 ff. (245); *M. Kotzur*, *Vorspruch und Versprechen. Der Europäische Integrationsprozess nach Lissabon im Lichte der Präambeltexte des EUV, des AEUV und der EU-Grundrechtecharta* in: Mitglieder der Juristenfakultät (Hrsg.), *Festschrift der Juristenfakultät zum 600jährigen Bestehen der Universität Leipzig*, 2009, S. 511 ff.; *ders.*, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, insbes. S. 102; siehe auch *A.-C. Kulow*, *Inhalte und Funktionen der Präambel des EG-Vertrages*, 1997.
- 5 *R. Koselleck*, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 1988, S. 322 ff.
- 6 *F. I. Michelman*, *The constitution, social rights, and liberal political justification*, *ICON I* (2003), S. 13 ff. (13) prägt, allerdings bezogen auf die bill of rights, das wunderbare Bild eines „mirror reflecting the national soul“.
- 7 *M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch*, *Regieren in dynamischen Mehrebenensystemen*, in: dies. (Hrsg.), *Europäische Integration*, 1996, S. 25 ff.; *I. Pernice*, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, *Common Market Law Review* 36 (1999), S. 703 ff.

konstitutionell vernetzten europäischen Verfassungsverbund<sup>8</sup> verorten will. Deshalb nimmt die Präambel der Hamburgischen Verfassung auch sehr bewusst nicht nur die in ihren drei Gewalten institutionalisierte Staatlichkeit, sondern darüber hinaus den Einzelnen, die Bürgerinnen und Bürger, die Stadtgesellschaft einer stolzen „Welthafenstadt“, ja sogar die Wirtschaft (einschließlich der Wettbewerbsfreiheit und genossenschaftlicher Selbsthilfe) in ihren Blick.<sup>9</sup>

In Präambeln spiegeln sich Kontinuitäten und Brüche wider, sie legen Motive offen und stellen Kontextbezüge her. So verorten sie die politische Gemeinschaft in all jenen Bedingtheiten, die jenseits ihrer selbst liegen, und stimmen die Grundmelodie politischer Einheitsbildung an.<sup>10</sup> Auch wenn sie, anders als der operative Verfassungssteil, keine unmittelbare Bindungswirkung entfalten, sind sie normativ nicht etwa irrelevant, sondern geben etwa wichtige Impulse für die Auslegung der folgenden Verfassungsbestimmungen. In seinem Grundvertragsurteil hat das BVerfG für die Grundgesetzpräambel diese präambelspezifische Form gestufter Normativität eindeutig festgestellt.<sup>11</sup> Das Steuerungsanliegen der Verfassungsvorsprüche denkt vom Ursprung des Verfassungswerkes auf sein Ziel hin. Präambeln stehen so in einem ganz eigenen Spannungsfeld von Vergangenheit und Zukunft, von Stabilität und Dynamik.<sup>12</sup> Sie wollen, ohne ein historisch exaktes Geschichtsbuch zu schreiben, die Brücke vom Woher zum Wohin zu bauen, wollen, verbunden mit einer gewissen Kontinuitätserwartung, künftige Generationen für den Verfassungskonsens gewinnen<sup>13</sup> und so eine bewusste Integrationsfunktion wahrnehmen. Aus dem Zusammenspiel von retro- und prospektiven Elementen eines Verfassungsvorspruchs wird jedenfalls deutlich, dass „Verfasstheit“ keinen ein für alle Mal fixierten Zustand, sondern den Rahmen für ein immer neues Werden, für immer neues Sich-Verfassen, für immer neues Ringen um politische Einheit meint.<sup>14</sup> Deshalb ist es sinnvoll, wenn Präambeln nicht nur als Momentaufnahme aus der Zeit der Verfassungsentstehung, sondern als von einer inneren Entwicklungsdynamik geprägte, in Verfassungsreformprozessen veränderbare Texte verstanden werden, die ihre Geschichte weiterspinnen, ihre Programmatik fortschreiben und die Reaktion auf sich wandelnde Wirklichkeiten nicht nur einer dynamisch-evolutiv arbeitenden Verfassungsrechtsprechung überlassen, sondern ihrerseits neue Textstufen wagen.<sup>15</sup>

Das tut die Präambel der Hamburger Verfassung seit ihrer Fortschreibung vom März 2023 auf drei Feldern. Sie ergänzt die in ihr immer schon angelegte internationale Offenheit um ein ausdifferenzierten Europabekenntnis. Sie schreibt weiterhin die Verpflichtung fest, Kinderrechte zu achten, zu schützen und zu fördern. Am umfassendsten ausbuchstabiert ist das dritte Themenfeld, das sich am besten unter den Schlagworten Vielfalt und Weltoffenheit bündeln lässt. Neben diesen beiden Aspekten geht es, konkreter gefasst, um den Schutz der Würde und

- 8 *I. Pernice*, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: Bieber/Widmer (Hrsg.), *Der europäische Verfassungsraum*, 1995, S. 225 (261 ff.), und *ders.*, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, EuR 1996, S. 27 ff.; *M. Knauff*, *Der Regelverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, 2010.
- 9 *M. Kotzur*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023*, Einleitung 1: Die Hamburger Landesverfassung im internationalen Kontext, Rn. 2.
- 10 Dazu *M. Kotzur*, in: I. v. Münch/Ph. Kunig/A. Kämmerer/M. Kotzur (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2025, Präambel, Rn. 2.
- 11 Grundlegend BVerfG 36, 1 (17) – *Grundlagenvertragsurteil*.
- 12 *M. Kotzur*, in: I. v. Münch/Ph. Kunig/A. Kämmerer/M. Kotzur (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2025, Präambel, Rn. 5.
- 13 In diesem Kontext sei auch erinnert an den wegweisenden Klimabeschluss des BVerfG BVerfGE 157, 30; aus der Lit. etwa *G. Kirchhof*, *Intertemporale Freiheitssicherung. Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung*, 2022; *ders./D. Wolff* (Hrsg.), *Zukunftssicherndes Verfassungsrecht*, 2024; *I. Appel*, *Umwelt- und Tierschutz*, in: U. Kischel/H. Kube (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, Neuausgabe 2024, § 43, Rn. 44 f.
- 14 *P. Häberle*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl. 1998. Eine interessante Parallele findet sich bei *R. Jaeggi*, *Fortschritt und Regression*, 2023, die Fortschritt als einen nie abgeschlossenen Prozess des Lernens, der Anreicherung von Erfahrungen und damit letztlich der Emanzipation begreift.
- 15 Zum Textstufenparadigma *P. Häberle*, *Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates* (1989), in: *ders.*, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, S. 3 ff.

Freiheit, um den Einsatz gegen Rassismus, Antisemitismus und gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit, schließlich um das Eintreten gegen totalitäre Ideologien, insbs. die Verklärung und Verherrlichung des Nationalsozialismus.<sup>16</sup> Begonnen sei mit dem Blick nach Europa, der zugleich ein Blick auf Europa und auf die sich europazugewandt definierende Freie und Hansestadt Hamburg selbst ist.

## II. Vielfalt und Weltoffenheit europaspezifisch gedacht, mehr als ein Europabekenntnis

Seit März 2023 unterstreicht die Verfassungspräambel die „Vielfalt und Weltoffenheit“<sup>17</sup> einer „Welthafenstadt“, die schon vorher versprochen hatte, „im Geiste des Friedens eine Mittlerin zwischen allen Erdteilen und Völkern der Welt sein“.<sup>18</sup> Das ausdrückliche Europabekenntnis lässt sich als europaspezifisches Moment dieser Vielfalt und Weltoffenheit lesen. Hamburg unterfütterte bewusst – und selbstbewusst – die offene Staatlichkeit des Grundgesetzes gliedstaatlich.<sup>19</sup> Wenn im Jahr seines 75. Geburtstags regressive Tendenzen zur „Ent-Entgrenzung“<sup>20</sup> um sich greifen, ist, salopp formuliert, solche „Schützenhilfe“ hoch willkommen. Zudem reiht sich Hamburg in den Kreis europaoffener Landesverfassungen ein, die schon längst jedenfalls allgemeine Europabekenntnisse kennen.<sup>21</sup> Hier seien nur zwei Beispiele aus der Nachbarbarschaft genannt. Art. 1 Abs. 2 der Verfassung Niedersachsens begreift das Land als „Teil der europäischen Völkergemeinschaft“. Die Freie und Hansestadt Bremen betont gleich an mehreren Stellen ihre ebenso selbstverständliche wie selbstverständnisprägende Einbindung in Europa (Art. 64 Verf. Brem., Art. 65 Abs.2, Art. 79 Abs.2 Art. 101 Abs. 3, Art. 131 lit. c). Wenn die Länder der Bundesrepublik das Thema Europa, sei es in der Präambel oder im operativen Teil ihrer jeweiligen Verfassung, aufgreifen, folgen sie einem doppelten Impuls. Neben der grundsätzlichen Integrationsoffenheit geht es immer auch um die Sicherung von Mitwirkungsrechten<sup>22</sup>, fürchten die Länder doch, der allein zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union berufene Gesamtstaat könnte dadurch originäre Länderkompetenzen – etwa

16 B. Voßkuhler, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Präambel, Rn. 29.

17 B. Voßkuhler, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Präambel, Rn. 11.

18 Auf diesen Passus verweist als verfassungsvergleichendes Beispiel explizit P. Häberle, Ein lateinamerikanisches Verfassungs-, Lese- und Lebensbuch – im Kontext einer universalen Verfassungslehre, 2021, S. 227. Solche landesverfassungsrechtlichen Bezüge auf eine universelle Friedensordnung sind in der Literatur keineswegs auf ungeteilte Zustimmung gestoßen; für eine kritische Auseinandersetzung sei etwa verwiesen auf D. Merten, Über Staatsziele, DÖV 1993, S. 368 ff. (375); ders. Verfassungspatriotismus und Verfassungsschwärmerei, VerwArch 83 (1992), S. 283 ff. (293), wonach „der Weltfrieden in den Landesverfassungen nichts verloren“ habe.

19 Wegweisend K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964; weiterhin W. Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967; R. Bernhardt, Verfassungsrecht und internationale Lagen, DÖV 1977, S. 457 ff.; kooperativ weitergedacht P. Häberle, Der kooperative Verfassungsstaat (1978), in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998, S. 407 ff.; sodann B. Beutler, Offene Staatlichkeit und europäische Integration, in: FS E.-W. Böckenförde, 1995, S. 109 ff.; U. Di Fabio, Das Recht offener Staaten, 1998; S. Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998; D. Knop, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013; F. Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017.

20 Für das Gegenmodell K.-P. Sommermann, Der entgrenzte Verfassungsstaat, in: D. Merten (Hrsg.), Der Staat am Ende des 20. Jahrhunderts, 1998, S. 19 ff.

21 Für eine Übersicht J. Ph. Terhechte, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Einleitung 2: Die Hamburger Landesverfassung im europäischen Kontext, Rn. 3; B. Voßkuhler, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Präambel, Rn. 5.

22 J. Ph. Terhechte, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Einleitung 2: Die Hamburger Landesverfassung im europäischen Kontext, Rn. 4.

im sensiblen Kulturbereich – auszehren.

Hamburg macht hier keine Ausnahme. Hinter Satz 2 der Präambel wird folgender Satz eingefügt: „Sie (gemeint ist die Freie und Hansestadt) fördert ein geeintes Europa und leistet ihren Beitrag zu einer Europäischen Union, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen sowie dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist.“ Angesichts der „allgegenwärtigen“ politischen Bekenntnisse zur Bedeutung der europäischen Integration für den Wirtschafts- und Handelsstandort ist das ein längst überfälliger Schritt.<sup>23</sup> Formuliert ist der neue Präambelpassus freilich weniger in Bekenntnisform als vielmehr dem Typus eines klassischen Europa-Artikel entsprechend, wie ihn – in unterschiedlichen Varianten, oft indikativisch – mehr oder weniger alle EU-Mitgliedstaaten kennen.<sup>24</sup> Die Parallele zum teils wörtlich rezipierten Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG liegt auf der Hand, auch wenn dem gliedstaatlichen Präambeltext die vergleichbare Normativität fehlt. Insoweit ist eher an einen Gleichklang zum Europa-bekenntnis in der Grundgesetzpräambel zu denken.

Soweit die grundgesetzliche Integrationsoffenheit europaspezifisch angelegt ist, konnte die Bezugnahme auf Europa im Jahre 1949 weder die noch nicht gegründeten Gemeinschaften noch die sie erst sehr viel später überwölbende Europäische Union meinen. Der Europabegriff der Grundgesetz-Präambel war und ist ein geographischer, vor allem aber ideengeschichtlich-kultureller, auf ein gemeinsames Erbe hin orientierter.<sup>25</sup> Auch die neugefasste Hamburger Verfassungspräambel denkt über das Europa der EU und sein Recht hinaus. Mit seiner Unterscheidung zwischen einem „geeinten Europa“, das die Hansestadt fördern, und der Europäischen Union, zu der sie beitragen will, lässt der Wortlaut daran keinen Zweifel. Das geeinte Europa verweist auf den kulturellen Raum eines geteilten, gemeinsamen politischen „Schicksals“, deutet dieses Europa aus der Tiefe seines kulturellen Erbes. Den völkerrechtlichen Rechtsrahmen eines Europa im weiteren Sinne stecken vor allem das Recht des Europarates (mit der EMRK) oder der OSZE ab. Soweit der Präambeltext die Europäische Union in Bezug nimmt, so tut er das auf Grundlage ihrer heutigen Entwicklungsstufe als politischer, konstitutionell verdichteter Gemeinschaft, und eben nicht nur einer ihrer ökonomischen Funktionslogik folgenden Wirtschaftsgemeinschaft.<sup>26</sup> Der Text tut das weiterhin in Form der Kombination aus einer Staatszielbestimmung und Struktursicherungsklausel, die ihrerseits verbundtypisch mit dem Wertartikel aus Art. 2 EUV korrespondiert. Ob die Präambel dafür der richtige Ort ist, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden.<sup>27</sup> Eine entsprechende Ergänzung des operativen Teils wäre gewiss der verfassungstheoretisch und gesetzgebungstechnisch überzeugendere Schritt gewesen. Ob sich dafür auch eine entsprechende verfassungsändernde Mehrheit gefunden hätte, steht indes auf einem ganz anderen Blatt. Zudem hat es der Verfassungsgerichtshof in der Hand, sollte es zum Verfassungsrechtsstreit kommen, die im Präambeltext angelegten Ressourcen durch Auslegung zu aktivieren. Die unzweideutige Sprache („fördert“ bzw. „leistet ihren Beitrag“) gibt ihm dafür hinreichende Anhaltspunkte. Die Hansestadt als solche steht in der Pflicht, einen europa- und europarechtsfreundlichen Rahmen auszuformen<sup>28</sup> und das Eu-

23 J. Ph. Terhechte, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, 2023, Einleitung 2: Die Hamburger Landesverfassung im europäischen Kontext, Rn. 2.

24 P. Häberle/M. Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl. 2016, Rn. 79, 202 ff., 208 ff.; U. Everling, *Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes*, DVBl. 1993, S. 936 ff., 940.

25 Peter Häberle, *Europäische Rechtskultur*, 1994.

26 Nachweise zu funktionalistischen Integrationstheorien bei R. Bieber/A. Epiney/M. Haag/M. Kotzur, *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, 16. Aufl. 2024, § 1, Rn. 43.

27 J. Ph. Terhechte, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, 2023, Einleitung 2: Die Hamburger Landesverfassung im europäischen Kontext, Rn. 2.

28 M. Payandeh, *Völkerrechtsfreundlichkeit*, in: U. Kischel/H. Kube (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, Neuausgabe 2024, § 45, insbes. Rn. 66.

roparecht effektiv umzusetzen.

### III. Die Kinderrechte

Vielleicht noch stärkere Zweifel am systematisch richtigen Platz weckt die Verortung der Kinderrechte in der Präambel. Hinter dem neuen Satz 6 werden folgende Sätze eingefügt: „Die Arbeitskraft steht unter dem Schutz des Staates. Die Freie und Hansestadt Hamburg achtet, schützt und fördert die Rechte der Kinder.“<sup>29</sup> Zunächst sei nicht vergessen, dass auch das Aufgreifen der Kinderrechte für die eben zitierte Welt- und damit implizit auch Völkerrechtsoffenheit der Hamburger Verfassung steht. Schon am 20. November 1989 hatten die Vereinten Nationen das Übereinkommen über die Rechte des Kindes verabschiedet.<sup>30</sup> Es ist in Deutschland seit 1992 in Kraft, aber freilich nur im Sinne einer völkerrechtlichen Verpflichtung der Bundesrepublik und gerade nicht „self-executing“; das Übereinkommen, meist schlicht Kinderrechtskonvention<sup>31</sup> genannt, findet also innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung<sup>32</sup>. Seine Gehalte müssen vielmehr durch innerstaatliches Recht umgesetzt werden. Das verlangt Art. 4 ausdrücklich von allen Unterzeichnerstaaten: „States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention.“

Für eine Umsetzung auf Verfassungsebene haben sich immer wieder unterschiedliche Akteure stark gemacht. So setzt sich seit 1994 das Aktionsbündnis Kinderrechte – Deutsches Kinderhilfswerk, Deutscher Kinderschutzbund, UNICEF Deutschland – für die vollständige Umsetzung der Kinderrechte ein. Wörtlich heißt es auf der Internetpräsenz: „In Kooperation mit der deutschen Liga für das Kind fordern wir, die Kinderrechte ins Grundgesetz aufzunehmen.“<sup>33</sup> Die Ampel-Koalition aus SPD, Grünen und FDP hatte diese Forderung zu einem Teil ihrer Zukunfts-Agenda gemacht. Im Januar 2021 verabschiedete das Bundeskabinett einen Gesetzentwurf, der Artikel 6 Absatz 2 des Grundgesetzes durch die folgenden Sätze ergänzen sollte: „Die verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist angemessen zu berücksichtigen. Der verfassungsrechtliche Anspruch von Kindern auf rechtliches Gehör ist zu wahren. Die Erstverantwortung der Eltern bleibt unberührt.“<sup>34</sup> Das Projekt fand indes nicht die für eine Verfassungsänderung notwendige Zweidrittel-Mehrheit.

Die politische wie fachwissenschaftliche Diskussion verlief erwartungsgemäß kontrovers.<sup>35</sup> Während die einen die von der Kinderrechtskonvention gewährleisteten Rechte durch

29 B. Voßkuhler, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Präambel, Rn. 27.

30 Resolution der Generalversammlung 44/25.

31 S. Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar, 2017; siehe auch M. Liebel, Kritische Kinderrechtsforschung. Politische Subjektivität und die Gegenrechte der Kinder, 2023.

32 BGBl. II, 1992, S. 990.

33 Aktionsbündnis Kinderrechte (kinderrechte-ins-grundgesetz.de, zuletzt besucht am 02. 09. 2024).

34 Nachweise auf unter: BMFSFJ - Kinderrechte ins Grundgesetz (www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/kinder-und-jugend/kinderrechte/kinderrechte-ins-grundgesetz-115436, zuletzt besucht am 02. 09. 2024).

35 Aus der Fülle der einschlägigen Veröffentlichungen aus einer kontroversen Debatte etwa S. Dittrich, Kinderrechte ausdrücklich ins Grundgesetz – aber mit Bedacht!, NZFam 2024, S. 1 ff.; B. Veit, Kinderrechte im Grundgesetz, JZ 2023, S. 11 ff.; J. Maywald, Kinderrechte ins Grundgesetz – Ein langer Atem ist notwendig, JAmt 2022, S. 136 ff.; M. Jestaedt, „Kinderrechte im Grundgesetz“ statt „Kinderrechte ins Grundgesetz“. Zwischenstand in einer un abgeschlossenen Debatte, JAmt 2021, S. 358 ff.; Ph. B. Donath/M. Lemmert, „Kinderrechte ausdrücklich ins Grundgesetz“ statt „Kinderrechte unsichtbar im Grundgesetz“, JAmt 2021, S. 607 ff.; I. Lischewski, Kinderrechte im Grundgesetz

die Grundrechte des Grundgesetzes vollständig verwirklicht sehen, versprechen sich die anderen von einer expliziten Garantie zumindest eine stärkere Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung. Eine Förderdimension war im Entwurf der Regierungskoalition aber, anders als jetzt in der Hamburger Präambel, nicht vorgesehen. Die Hamburger Präambeländerung kann durchaus in diesem Kontext gesehen werden. Hamburg geht einen ganz eigenständigen Weg – weder die Präambel des Grundgesetzes noch die anderer Landesverfassungen kennen vergleichbare Verbürgungen –, schafft vorerst ein Alleinstellungsmerkmal, will aber durchaus Nachahmer finden. Dass in der „Werkstatt Bundestaat“<sup>36</sup> eine Landesverfassung experimentierfreudig vorgeht, Neues wagt und, längerfristig gedacht, dadurch auch Impulse für andere Länder und den Bund vermitteln will, macht gerade die Stärke föderaler Ordnungen aus. Das gilt nicht nur für den Erfolgsfall, sondern auch für das Scheitern eines gliedstaatlichen Experiments im bundesstaatlichen Lernverbund.<sup>37</sup>

Die Aufnahme der Kinderrechte in die Verfassungspräambel wirft nämlich durchaus Zweifel (weniger inhaltlicher, sondern systematischer) Art auf. Die Hamburger Verfassung verzichtet ganz auf einen Grundrechtsteil, überlässt die Grundrechtsverbürgungen bewusst dem Grundgesetz und war vor der Änderung im März 2023 zurückhaltend mit einem allgemeinen Menschenrechtsbekenntnis. Dass sie nun aus der Fülle klassischer und neuer Grund- und Menschenrechte nur die Kinderrechte hervorgehoben hat, und zwar an einer Stelle, an der Menschenrechtsverbürgungen üblicher Weise nicht platziert werden, irritiert. Die besondere Vulnerabilität von Kindern mag diese Selektivität erklären, was aber ist mit anderen vulnerablen Gruppen? Wollte Hamburg gliedstaatlich eine Flanke schließen, die gesamtstaatlich – aus Sicht der Befürworter konstitutioneller Kinderrechte – das Grundgesetz offen lässt, konnte dies im systematisch passenderen Grundrechtekatalog aber schlicht deswegen nicht tun, weil es eben keinen solchen Katalog gibt?

Bemerkenswert ist auch, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die Sprache operativer normativer Verpflichtungen wählt („achten“, „schützen“, „fördern“) und sogar eine Förderpflicht anspricht, obwohl die Präambel eine solche Verbindlichkeit gar nicht garantieren kann und eher Appellcharakter hat. Das gilt freilich auch für viele andere Präambelbestimmungen, etwa die sittliche Pflicht jedermanns, für das Wohl des Ganzen zu wirken. Ganz bewusst knüpft der Wortlaut an die völkerrechtliche Schutztrias „respect, protect, enforce“ an<sup>38</sup>, die auch in der Debatte um die „Responsibility to Protect“<sup>39</sup> eine maßgebliche Rolle spielt. Die systematische Stellung ist auch aus einem weiteren Grund nicht ganz glücklich. Der vierte Abschnitt adressiert gerade nicht primär die staatlichen Gewalten als die klassischen Grundrechtsverpflichteten, sondern „jedermann“ und die „Allgemeinheit“. Es bietet sich indes an, wie *B. Voßkuhler* in ihrer Präambelkommentierung vorschlägt, „die neu aufgenommene Verpflichtung (...) zum Schutz der Kinderrechte in diesem Kontext so zu verstehen, dass die Freie und Hansestadt die

– Kinder vor dem Verfassungsgericht?, DÖV 2020, S. 102 ff.; *G. Kirchhof*, Kinderrechte in der Verfassung – zur Diskussion einer Grundgesetzänderung, ZRP 2007, S. 149 ff.

36 *P. Häberle*, Die Verfassungsbewegung in den fünf neuen Bundesländern Deutschlands 1991 bis 1992, JöR 42 (1994), S. 149 (195 ff.).

37 Der Terminus ist inspiriert von *F. Merli*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), S. 392 ff. Er spricht, bezogen auf das Miteinander von mitgliedstaatlicher und Unionsgerichtsbarkeit, von einem „höchstgerichtlichen Lernverbund, der im Zuge der europäischen Integration des letzten halben Jahrhunderts entstanden ist“ (S. 418).

38 *D. J. Karp*, What is the responsibility to respect human rights? Reconsidering the ‘respect, protect, and fulfill’ framework, in: *International Theory* 12 (2020), S. 83 ff.

39 Report of the International Law Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility to Protect*, 2001; UN Doc. GA/Res. 60/1 (2005 World Summit and Outcome); *C. Stahn*, Responsibility to Protect. Political Rhetoric or Emerging Legal Norm, *AJIL* 101 (2007), S. 99 ff.; *A. v. Arnould*, Souveränität und die responsibility to protect, *Die Friedenswarte* 84 (2009), S. 11 ff.

Rahmenbedingungen schaffen muss, um die Allgemeinheit in die Lage zu versetzen, getreu dem Auftrag der Präambel die Rechte der Kinder zu achten, zu schützen und zu fördern.<sup>40</sup> So wird jenseits konkreter grundrechtlicher Berechtigungen und Verpflichtungen ein Bezug zur Gemeinwohlkonkretisierung hergestellt, bei dem die Bedürfnisse der Kinder und das Kindeswohl eine zentrale Rolle spielen.<sup>41</sup> Ein Diskussionsimpuls zum Thema Kinderrechte wird ohne Zweifel gegeben – und das weit über Hamburg hinaus.

#### IV. Vom Schutz der Vielfalt bis zum Eintreten gegen totalitäre Ideologien

Durch die Präambelnovelle vom März 2023 erhält das weite Themenfeld Vielfalt, Weltoffenheit, Schutz der Würde und Freiheit, der Einsatz gegen Rassismus, Antisemitismus und gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit, das Eintreten gegen totalitäre Ideologien, insbes. die Verklärung und Verherrlichung des Nationalsozialismus einen besonderen Stellenwert im Gesamtgefüge der Hamburger Verfassung.<sup>42</sup> Von einer strikten Beschränkung auf die staatsorganisatorische Seite kann nicht mehr die Rede sein.

Zur entwicklungsgeschichtlichen Vergegenwärtigung: Im Unterschied zu vielen Landesverfassungen (respektive deren Präambeln) verzichtet die Hamburger Variante auf konkrete historische Bezüge zu Zeit und Kontext ihrer Verabschiedung. Einen ganz anderen, textlich ebenso eindrücklichen wie eindringlichen Weg gehen etwa Bayern und Bremen.<sup>43</sup> Die Bayerische Verfassung vom 8. Dezember 1946<sup>44</sup> steht eineinhalb Jahre nach Kriegende vor einem „Trümmerfeld“, zu dem „eine Staats- und Gesellschaftsordnung ohne Gott, ohne Gewissen und ohne Achtung vor der Würde des Menschen die Überlebenden des Zweiten Weltkriegs geführt hat.“ Der hanseatische Nachbar Bremen sieht sich ein knappes Jahr später in seiner Verfassung vom 21. Oktober 1947<sup>45</sup> „erschüttert von der Vernichtung, die die autoritäre Regierung der Nationalsozialisten unter Missachtung der persönlichen Freiheit und der Würde des Menschen in der jahrhundertealten Freien und Hansestadt Bremen verursacht hat.“ Die Überwindung einer anderen totalitären Vergangenheit ruft nach der Wiedervereinigung etwa die Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. August 1992<sup>46</sup> in Erinnerung: „gründend auf den friedlichen Veränderungen im Herbst 1989.“ Im Fehlen einer vergleichbaren Bezugnahme sahen viele Abgeordnete der Hamburger Bürgerschaft eine beklagenswerte Leerstelle<sup>47</sup>, die sie nicht nur retrospektiv-erinnernd, sondern prospektiv-verpflichtend durch ein Bekenntnis gegen Rassismus, Antisemitismus und „gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit“ zu schließen trachteten – das verbunden mit einem Eintreten gegen die Erneuerung und Verbreitung

40 *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Präambel, Rn. 27.

41 Zu Fragen des Kindeswohl schon *M. Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983; *H.-U. Erichsen*, Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt, 1985; *B. Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, 1993; vor allem *F. Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, 2015.

42 *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Präambel, Rn. 29.

43 Dazu *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Präambel, Rn. 3.

44 GVBl. S. 333.

45 Brem. GBl. S. 251.

46 GVBl. I S. 298.

47 Nachweise bei *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Präambel, Rn. 3.

totalitärer Ideologien und insbesondere gegen die Verherrlichung des Nationalsozialismus.<sup>48</sup> Die ursprünglich angedachte Formulierung vom Eintreten gegen extremistische Bestrebungen wurde wegen ihrer Weite und Unbestimmtheit aus guten Gründen aufgegeben.<sup>49</sup> Umgesetzt wurde indes ein paralleles Bekenntnis zu den unveräußerlichen Menschenrechten und zur Menschenwürde.<sup>50</sup> Die ursprüngliche – und im operativen Teil nach wie vor durchgehaltene – Verfassungsentscheidung, sich auf ein Staatsorganisationsstatut zu beschränken<sup>51</sup>, ist durch den neugefassten Vorspruch, wie schon gesagt, relativiert.

Der Zeitpunkt für die Präambelrevision ist gewiss nicht zufällig gewählt. Vorbei sind die Zeiten, in denen nach der Euphorie des Mauerfalls ein weltweiter Siegeszug der liberalen Demokratie und einer globalen „rule of law“ greifbar schienen.<sup>52</sup> Die Wiederkehr alter Wirklichkeiten – einschließlich der Geopolitik überkommenen Zuschnitts<sup>53</sup> – hat den Glauben in die Problemlösungskompetenz der Demokratie mit jedem Krieg, mit jeder Krise ein Stück weit erodiert. Die Krisendynamik befeuert Misstrauen, Populismen (aktuell vor allem rechter Provenienz) und eine prekäre Tendenz zu demokratischen Selbstzweifeln.<sup>54</sup> Der Konsens über die „Gelingensbedingungen“ politischer Gemeinschaftsbildung wird fragiler, die Verabsolutierung der je eigenen politischen Ordnungsvorstellungen attraktiver. Immer neue Unsicherheiten<sup>55</sup> lassen die Sehnsucht nach vermeintlichen Gewissheiten wachsen. Ob Pandemie oder Migration, Klimawandel oder Staatsverschuldung, ob Krieg gegen die Ukraine oder Krieg im Nahen Osten, die überkomplexe Balance der davon berührten Freiheits-, Sicherheits-, Wohlstands- und Zukunftsinteressen leistet unterkomplexen Antworten, Polarisierungen und neuem Autoritarismus unwillkommenen Vorschub. National-identitäre Modelle behaupteten einen „wahren Willen“ des Volkes, den sie mit Hate Speech, Fake News und Verschwörungsmythen unterlegen.<sup>56</sup> Die schon in sich widersprüchliche Rede von der illiberalen Demokratie<sup>57</sup> will sich auf ein explizites Freiheitsversprechen gar nicht mehr erst einlassen. Bei der Rede vom authentischen Willen eines homogenen Volkes verschaffen sich rassistische, oft antisemitische Untertöne immer lauter und immer ungenierter Gehör.

Auf diese der pluralistischen Demokratie notwendig immanenten Gefahren sucht die Präambel der Hamburger Verfassung nun mit einer starken Gegenrede zu reagieren. Zwischen dem vierten und fünften Absatz wird folgender neuer Absatz eingefügt: „Vielfalt und Weltoffenheit sind identitätsstiftend für die hanseatische Stadtgesellschaft. In diesem Sinne und mit festem Willen schützt die Freie und Hansestadt Hamburg die Würde und Freiheit aller Menschen. Sie

48 *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, 2023, Präambel, Rn. 19.

49 Nachweide bei *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, 2023, Präambel, Rn. 19.

50 *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, 2023, Präambel, Rn. 6.

51 *J. Menzel*, *Landesverfassungsrecht, Verfassungshoheit und Homogenität im grundgesetzlichen Bundesstaat*, 2002, S. 126; *J. A. Kämmerer*, *Landesgrundrechte in Hamburg*, in: D. Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. VIII, 2017, § 250 Rn. 1; *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, 2023, Präambel, Rn. 7, 15 ff.

52 *A. Watts*, *The International Rule of Law*, *German Yearbook of International Law* 36 (1993), S. 15 ff.; *D. Thürer*, *Internationales „Rule of Law“ – Innerstaatliche Demokratie*, *Swiss Review of International Law* 5 (1995), S. 455 ff.; *S. Chesterman*, *Rule of Law*, in: *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2007; *M. Wittiger*, *Das Rechtsstaatsprinzip – vom Nationalen Verfassungsprinzip zum Rechtsprinzip der Europäischen und der Internationalen Gemeinschaft?*, *JöR* 57 (2009), S. 427 ff.

53 *W. R. Mead*, *The Return of Geopolitics. The Revenge of Revisionist Powers*, *Foreign Affairs* 93 (2014), S. 69 ff.

54 Siehe auch *J. H. Ely*, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 1980.

55 In diesem Kontext: *M. Nußbaum*, *Königreich der Angst*, 2019.

56 S. Eleftheriadi-Zachariaki/S. Hebing/G. Manstetten/S. Paganini (Hrsg.), *Vom Umgang mit Fake News, Lüge und Verschwörung. Interdisziplinäre Perspektiven, Kommunikations- und Medienethik* 17, 2022.

57 Früh *F. Zakaria*, *The Rise of Illiberal Democracy*, *Foreign Affairs* 76 (1997), S. 22 ff.

setzt sich gegen Rassismus und Antisemitismus sowie jede andere Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit ein. Sie stellt sich der Erneuerung und Verbreitung totalitärer Ideologien sowie der Verherrlichung und Verklärung des Nationalsozialismus entgegen.“ Die Selbstzuschreibung von Vielfalt und Weltoffenheit<sup>58</sup> spielt gewiss an die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes<sup>59</sup> an, will die „Hamburger Stadtgesellschaft“ aber vor allem als pluralistische – und in diesem Sinne vielfaltsoffene – Demokratie grundieren.<sup>60</sup> Der Pluralismus ist ihr Selbstverständlichkeit und zugleich verfassungsstaatliches Erziehungsziel.<sup>61</sup> Auf die Grundlegung des Grundlegenden verweist dann die Verpflichtung auf den Schutz der Menschenwürde<sup>62</sup>. Der implizite Bezug zu Art. 1 Abs. 1 GG liegt auf der Hand.<sup>63</sup> Mit der „Freiheit der Menschen“ klingt nicht weniger als die für den modernen Verfassungsstaat und eine liberale Weltordnung gleichermaßen konstitutive Freiheitsidee. Die Freiheit liegt politischer Gemeinschaftsbildung als Ordnungsprinzip zugrunde, ihre Sicherung ist für den Verfassungsstaat schlechthin konstitutiv. Weil Demokratie die Herrschaft der Freien und Gleichen ist, meint demokratische Freiheit immer ein Stück weit „Gleichheit in der Freiheit“.<sup>64</sup>

Im Geiste dieser Freiheit und Gleichheit setzt sich die Hansestadt gegen Rassismus und Antisemitismus sowie jede andere Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit – eine besonders geglückte, den Sozialwissenschaften entlehnte Wortschöpfung<sup>65</sup> – ein. Solche unbestimmten Rechtsbegriffe stehen im Einklang mit dem Bestimmtheitsgebot, solange sie durch Praxis und Rechtsprechung im Auslegungswege ausgefüllt werden können bzw. bereits ausgefüllt worden sind.<sup>66</sup> Gleiches gilt für den Begriff der „Erneuerung und Verbreitung totalitärer Ideologien“. Die Verherrlichung und Verklärung des Nationalsozialismus ist auf der Folie des Volksverhetzungstatbestands aus § 130 StGB zu denken, der in seinen Abs. 1 und 3 solches Verhalten strafbewehrt. Das übergreifende Thema dieses neu eingefügten Präambelabschnitts ist ein hoch aktuelles: Die Verfassung will ihre Resilienz gegenüber anti-demokratischen und verfassungsfeindlichen Anfechtungen stärken<sup>67</sup> und nimmt dazu die gesamte Bürgergesellschaft in Verantwortung. Die Rede von der „Identitätsstiftung“ will nicht nur Zuschreibung und Selbstvergewisserung, sondern zugleich Warnung und Mahnung sein.

58 Darin mag durchaus auch ein kosmopolitisches Moment anklingen, etwa *D. Thüerer*, Kosmopolitisches Staatsrecht, 2005.

59 Siehe schon BVerfGE 6, 309 (362 f.).

60 *R. Lhotta*, Artikel „Pluralismus“, in: Evangelisches Staatslexikon, Neuauflage 2006, S. 1793 ff.; klassisch *E. Fraenkel*, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentags, Bd. 2 B, 1965; *P. Häberle*, Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 1980; *ders.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 134 ff.; *W. Stefani*, Pluralistische Demokratie, 1980; *G. McLennan*, Pluralism, 1995.

61 Etwa Art. 131, 136 Abs. 1 Verf. Bayern, Art. 26 Verf. Bremen. Dazu schon *P. Häberle*, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, 1981. In kritischer Auseinandersetzung mit den klassischen Menschenwürdekonzepten *M. Nettesheim*, „Leben in Würde“: Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht hinter den Grundrechten, JZ 2019, S. 1 ff.

62 Art. 26 Ziff. 1 Verf. Bremen; vgl. auch Art. 3, 27 und 30 Abs. 1 S. 1 Verf. Hessen in ihrer Zusammenschau.

63 Aus der Grundlagenliteratur *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 22; *Ch. Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, 1997.

64 *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 41.

65 *K. Möller*, Entwicklung und Ausmaß gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit, in: A. Scherr/A.-El-Mafaalani/G. Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 425 ff.

66 *M. Kotzur*, in: I. v. Münch/Ph. Kunig/A. Kämmerer/M. Kotzur (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2025, Art. 20 Rn. 148.

67 Aus der aktuellen Resilienzdebatte: *K. v. Lewinski* (Hrsg.), Resilienz des Rechts, 2016; *A. Klafki*, Resilienz des Grundgesetzes im Zeitalter des Populismus, KritV 2020, S. 113 ff.; *T. Barczak*, Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2021; *J. Ph. Schaefer*, Resilienz der Verfassung. Zur Konzeption des neuen Art. 21 GG, AöR 146 (2021), S. 401 ff.; *J. F. Lindner/J. Unterreitmeier*, Zur Resilienz des Grundgesetzes, Rechtstheorie 51 (2020), S. 129 ff.; *M. Fahrner*, Vulnerabilität und Resilienz der freiheitlichen Demokratie, 2022; *K. Dicke*, Über die Resilienz der Demokratie. Zur Kultur freiheitlicher Politik, 2023.

## V. Schlussbemerkung

Viele weitere Themen finden in der Präambel Widerklang: von der Gleichberechtigung bis zur wirtschaftlichen Demokratie, von der Weltoffenheit bis zu den natürlichen Lebensgrundlagen und der Verantwortung für die Begrenzung der Erderwärmung. Kritiker vollmundiger Präambelbekenntnisse warnen gerne vor „Verfassungsslyrik“ und einem moralisch selbstgerechten konstitutionellen Sammelsurium alles Guten, Wahren und Schönen. Mein Vorschlag ist ein anderer: Nehmen wir Präambeln auch dort beim Wort, wo sie mehr wollen und mehr versprechen als die politische Gemeinschaft regelmäßig erfüllen und halten kann. Wenn die Präambel „den Bürgerinnen und Bürger aufgibt, ihr Handeln an den (...) genannten Zielen und am Gemeinwohl auszurichten (und sich gerade nicht auf die Durchsetzung ihrer Rechte und Interessen zu beschränken), weist sie ihnen eine Mitverantwortung für ein Funktionieren der Staatsorganisation zu“, stellt sie einen „Verantwortlichkeitszusammenhang“ zwischen Staatsleitung und Staatsvolk her.<sup>68</sup> Gewiss, bloße (Verantwortungs-)Appelle, wohlklingende Narrative und Beschwörungsformeln machen die Welt nicht besser, aber dystopische Wirklichkeitsbeschreibungen tun das auch nicht. Wer zu viel verspricht, wird rasch unglaubwürdig und enttäuscht unsere Erwartungen, wer zu wenig verspricht, dem trauen wir wegen dieses zaghaften Zögern und Zauderns zu wenig zu und von dem erwarten wir vielleicht noch weniger. Beide Extreme sind für den demokratischen Verfassungsstaat gleichermaßen destruktiv. Vorsichtig, aber entschlossen, dürfen Präambeln Utopien wagen<sup>69</sup> – und zwar als Mahnung zu demokratischer Verantwortung, als Einladung zu demokratischer Teilhabe und als Erinnerung an die immer bestehenden Gefährdungen der Demokratie. So gelesen, will auch die Präambel der Hamburgischen Verfassung unsere Freiheit bewahren, sie gegen ihre Feinde bewehren und uns alle auffordern, uns immer neu in der Demokratie zu bewähren.

68 So wörtlich *B. Voßkuhler*, in: K.-O. Knops/S. P. J. Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, 2023, Präambel, Rn. 11, auch unter Verweis auf die von *E.-W. Böckenförde* geprägte Begrifflichkeit.

69 *P. Häberle*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, S. 518 ff.; *ders.*, *Utopien als Literaturgattungen des Verfassungsstaates*, in: GS Martens, 1987, S. 73 ff.

## **D. Neuerungen in der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg II – Panel-Diskussion zum Wohnraumrecht**

### **I. Die Staatszielbestimmung des Art. 73a der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg**

*Frank Bodendiek\**

In die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg wurde am 20.04.2023 mit Wirkung zum 26.04.2023 in Art. 73a eine neue Staatszielbestimmung eingefügt. Diese Verfassungsnovelle steht im Kontext einer Einigung mit der Volksinitiative „Boden & Wohnraum behalten – Hamburg sozial gestalten! Keine Profite mit Boden & Miete!“.<sup>1</sup> Nach Art. 73a Satz 1 HmbVerf fördert und unterstützt die Freie und Hansestadt im Rahmen ihrer Möglichkeiten die Schaffung, die Erhaltung und die Bereitstellung von bezahlbarem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen. Als landesverfassungsrechtliche Staatszielbestimmung trifft Art. 73a Satz 1 HmbVerf nur die Staatsgewalten der Freien und Hansestadt Hamburg, allerdings eben grundsätzlich alle drei Gewalten des Bundeslandes.<sup>2</sup>

1. Die Schaffung von bezahlbarem Wohnraum betrifft die Errichtung neuer Wohngebäude<sup>3</sup> Besonders angesprochen wird als Instrument zur Förderung und Unterstützung dieses Teilziels in Art. 73a Satz 2 HmbVerf die öffentliche Bauleitplanung, wobei dort neben dem Wohnen als weitere zu berücksichtigende Belange die Wirtschaft und die Infrastruktur ausdrücklich genannt werden. Der Kreis der Belange, die nach der bundesgesetzlichen Vorgabe in § 1 Abs. 6 BauGB insbesondere zu berücksichtigen sind, ist demgegenüber sehr viel weiter gefasst. Überdies unterliegt auch die Bauleitplanung in Hamburg dem bundesgesetzlichen Gebot der gerechten Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB); der die Bauleitplanung abschließende Abwägungsvorgang darf also nicht sachwidrig verkürzt werden.<sup>4</sup> Da die kommunale Planungshoheit zwar von Art. 28 Abs. 2 GG geschützt ist, ihre Grenzen aber im Rahmen der Bundesgesetze findet<sup>5</sup>, ist die Wirkmächtigkeit des Art. 73a Satz 2 HmbVerf also von vornherein deutlich begrenzt. Ein enger normativer Zusammenhang besteht ferner mit Art. 72 Abs. 6 HmbVerf, der die Veräußerung von Grundstücken, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, limitiert.

2. Der Begriff der Erhaltung von bezahlbarem Wohnraum in Art. 73a Satz 1 HmbVerf betrifft die Instandhaltung, also die Renovierung und Sanierung.<sup>6</sup> Auf dieser Ebene – aber natürlich auch auf der Ebene der Schaffung neuen bezahlbaren Wohnraums – hat zur Ausfüllung der Staatszielbestimmung die konkrete Ausgestaltung der Anforderungen an die bauliche Sanierungstätigkeit durch das Bauordnungsrecht eine besondere Bedeutung, und zwar

\* Dr. Frank Bodendiek ist Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.

1 *Knops*, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 73a, Rn. 2.

2 *Schladebach*, JuS 2018, S. 118 (122).

3 *Knops*, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 73a, Rn. 4.

4 *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 15. Aufl., 2022, § 1 BauGB, Rn. 113.

5 *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 15. Aufl., 2022, § 2 BauGB, Rn. 20.

6 *Knops*, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 73a, Rn. 4.

namentlich beim Erlass von Rechtsverordnungen zu den baulichen Anforderungen nach § 81 HBauO und von technischen Baubestimmungen nach § 81a HBauO. Die Existenz der Staatszielbestimmung führt in diesem Kontext dazu, dass der Ordnungsgeber bei der Abwägung mit Grundrechtspositionen, insbesondere dem Eigentumsrecht der Grundstückseigentümer, und dem Klimaschutzgebot aus Art. 20a GG<sup>7</sup> nicht nur einen verhältnismäßigen Ausgleich anstreben muss, sondern einen Ausgleich nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz, mithin einer Lösung, die von den betroffenen Verfassungswerten möglichst viel Substanz erhält, also einen optimalen Ausgleich schafft.<sup>8</sup> Daneben rechtfertigt sich durch Art. 73a Satz 1 HmbVerf die – natürlich ebenfalls unter dem Vorbehalt der finanziellen Ressourcen – stehende Ausstattung von Förderprogrammen, namentlich der Hamburgischen Investitions- und Förderbank, einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts.<sup>9</sup>

3. Und schließlich betrifft die Staatszielbestimmung des Art. 73a Satz 1 HmbVerf auch die Bereitstellung von bezahlbarem Wohnraum, also die Überlassung an private Dritte, die indes nicht durch die öffentliche Hand in Hamburg selbst erfolgen muss, sondern auch durch die private Wohnungswirtschaft oder ggf. öffentliche Träger des Bundes oder anderer Länder erfolgen kann.<sup>10</sup>

a) Mit der Bereitstellung von bezahlbarem Wohnraum ist insbesondere die Vermietung und damit der Bereich des Mietrechts – namentlich der Bereich des Mietpreisrechts - angesprochen.<sup>11</sup> Die Bundesländer haben allerdings im Bereich des Mietpreisrechts keine eigenen gesetzgeberischen Handlungsmöglichkeiten, da der Bundesgesetzgeber mit den §§ 556 bis 561 BGB von der konkurrierenden Zuständigkeit für das bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, Art. 72 Abs. 1 GG) umfassend Gebrauch gemacht hat.<sup>12</sup>

b) Wenn demnach der Hamburgischen Bürgerschaft als Gesetzgeberin in diesem Kontext kein Gestaltungsspielraum bleibt, hat jedenfalls der Senat die Staatszielbestimmung des Art. 73a Satz 1 HmbVerf in mehrfacher Hinsicht zu berücksichtigen:

Er hat sie zunächst zu berücksichtigen bei der Entscheidung über die Wahrnehmung der bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigungen zur Einführung einer Mietpreisbremse (§ 556d Abs. 2 Satz 1 BGB), zur Herabsetzung der Kappungsgrenze (15 % statt 20 % innerhalb von drei Jahren) für die Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB) und zur Verlängerung der Kündigungsbeschränkung bei der Umwandlung in Wohnungseigentum (zehn Jahre statt drei Jahre: § 577a Abs. 2 Satz 2 BGB).<sup>13</sup> Der Hamburger Ordnungsgeber hat die sich ihm insoweit bietenden Möglichkeiten erschöpfend genutzt: In der Mietpreisbegrenzungsverordnung vom 23.06.2020<sup>14</sup> hatte er – noch vor Einführung des Art. 73a Satz 1 HmbVerf - das gesamte Hamburger Stadtgebiet zu einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt erklärt; die Verordnung zur Mietpreisbremse ist bis zum 30.06.2025 befristet, womit der Höchstzeitraum des § 556d Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschöpft wurde. Nach Implementierung der neuen Staatszielbestimmung erfolgte am 08.08.2023 die Entscheidung des Senats für die maximal mögliche Verlängerung der Kappungsgrenzenverordnung (zu

7 Vgl. Uechtritz/Ruttloff, NVwZ 2022, S. 9 (10).

8 Schladebach, JuS 2018, S. 118 (121).

9 Vgl. § 4 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 lit. a des Gesetzes über die Hamburgische Investitions- und Förderbank (IFBG) in der Fassung vom 6. März 1973, HmbGVBl. 1973, S. 41, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. November 2022, HmbGVBl. S. 585.

10 Knops, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 73a, Rn. 4.

11 Knops, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 73a, Rn. 4.

12 BVerfG, Beschluss vom 25.03.2021, 2 BvF 1/20, BvL 4/20, BvL 5/20, NJW 2021, S. 1377, Berliner Mietendeckel, Tz. 148 ff.

13 Knops, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 73a, Rn. 5.

14 HmbGVBl. S. 341.

§ 558 Abs. 3 Satz 2 BGB) bis zum 31.08.2028<sup>15</sup> und der Kündigungsschutzfristverordnung (zu § 577a Abs. 2 Satz 2 BGB) bis zum 31.08.2033.<sup>16</sup> Art. 73a HmbVerf wird in den jeweiligen Verordnungs begründungen allerdings nicht zitiert.

Darüber hinaus ist Art. 73a Satz 1 HmbVerf vom Senat aber auch bei der Wahrnehmung der Rechte Hamburgs im Bundesrat zu beachten, namentlich im Hinblick auf das Initiativrecht für die Bundesgesetzgebung aus Art. 76 Abs. 1 GG. In der aktuellen rechtspolitischen Diskussion steht zum einen die Verlängerung der Mietpreisbremse, die bereits in der ursprünglichen Koalitionsvereinbarung der Ampel-Koalition enthalten war und im April 2024 von der Regierungskoalition erneut verabredet worden ist<sup>17</sup>, bislang<sup>18</sup> aber noch nicht im parlamentarischen Verfahren angekommen ist. Einer Bundesratsinitiative bedurfte es insoweit also nicht. Anders liegt es hinsichtlich weitergehender Instrumente zur Mietpreiskontrolle, nämlich insbesondere hinsichtlich des „Widerscharfstellen“ des § 5 WiStG: Nach dieser Norm handelt ein Vermieter ordnungswidrig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig einen unangemessen hohen Mietpreis fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Nachdem der Bundesgerichtshof in Entscheidungen aus den Jahren 2004 und 2006<sup>19</sup> erhöhte Darlegungsanforderungen an den Vortrag des geschädigten Mieters postuliert hatte, hatte diese Norm vor den Zivilgerichten, d.h. hinsichtlich der Rückforderung durch den Mieter wegen Teilnichtigkeit des überhöhten Mietzinses<sup>20</sup>, ihre Bedeutung verloren. Der Bundesrat hat dann 2019 und 2021 Gesetzesinitiativen in Gestalt des Entwurfs eines „Gesetzes zur besseren Bekämpfung von Mietwucher“ verabschiedet<sup>21</sup>, der aber bislang nicht Gesetzeskraft erlangt hat. Unabhängig vom Schicksal des konkreten Entwurfs zur Verschärfung von § 5 WiStG durch Verzicht auf subjektive Komponenten in der Person des Vermieters, gibt Art. 73a Satz 1 HmbVerf auch zukünftig Anlass für den Hamburger Senat zur Überprüfung, ob unter Beachtung der kollidierenden Grundrechte der Vermieter weitere Bundesratsinitiativen zur Förderung der Bereitstellung von bezahlbarem Wohnraum geboten sind.

c) Schließlich sind dem Grundsatz nach durch die Staatszielbestimmung in Art. 73a Satz 1 HmbVerf die Gerichte in Hamburg angesprochen. Auch die Gerichte sind Teil der Staatsgewalt in Hamburg; Art. 64 Abs. 1 HmbVerf spricht diese Bindung der Gerichte hinsichtlich der Hamburgischen Gesetze und Rechtsverordnungen ausdrücklich aus. Andererseits sind die Hamburger Gerichte, insbesondere die Zivilgerichte in Anwendung des Mietrechts und des Mietpreisrechts, natürlich auf Bundesebene an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>22</sup> Für das Mietrecht muss dieses Spannungsverhältnis indessen nicht näher aufgelöst werden, da das Mietrecht ohnehin kaum Raum für das Einfließen verfassungsrechtlicher Wertungen in das Gesetzesrecht bietet. Das Mietrecht ist, insbesondere in §§ 556 bis 561 BGB, sehr stark determiniert; es gibt nur wenige Generalklauseln, über die verfassungsrechtliche Wertungen in die richterliche Rechtsfindung überhaupt einfließen könnten. Allenfalls wäre insoweit an die Definition des wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB) und des berechtigten Interesses für die ordentliche Kündigung (§ 573 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu denken. Allerdings wird spätestens der Bundesgerichtshof im Interesse der

15 HmbGVBl. S. 267.

16 HmbGVBl. S. 261.

17 <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/ampel-einigung-mietpreisbremse-100.html>.

18 Stand: 07.07.2024, [https://www.focus.de/immobilien/bezahlbares-wohnen-verlaengerung-der-mietpreisbremse-verzoegert-sich\\_id\\_260090176.html](https://www.focus.de/immobilien/bezahlbares-wohnen-verlaengerung-der-mietpreisbremse-verzoegert-sich_id_260090176.html).

19 BGH, Urteile vom 28.01.2004, Az. VIII ZR 190/03, NJW 2004, 1740, sowie 25.01.2006, Az. VIII ZR 56/04, NJW-RR 2006, S. 591, Tz. 12.

20 Vgl. Artz, in: Münchener Kommentar, 9. Aufl., 2023, § 5 WiStG, Rn. 19.

21 Vgl. BR-Drs. 527/19; und BT-Drs. 849/21.

22 Knops, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 64, Rn. 2.

Wahrung der bundesweiten Rechtseinheit in diesen zentralen mietrechtlichen Fragen dem Art. 73a Satz 1 HmbVerf keine zusätzliche Stärkung der Position der Mieterseite hinsichtlich der Erhaltung ihres Mietverhältnisses entnehmen.

Wenn demnach die direkte Bedeutung des Art. 73a Satz 1 HmbVerf für die Hamburger Gerichte als gering einzuschätzen ist, sind allerdings aus der Perspektive der Hamburger Gerichte zwei andere Gesichtspunkte als zentral zu bewerten:

Zum einen kann die Bedeutung des Hamburger Mietenspiegels als erprobtes und wichtiges Instrument der Erhaltung bezahlbaren Wohnraums gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Der Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch den nach §§ 558c, 558d BGB ermittelten qualifizierten Mietspiegel kommt eine – für Mieterseite wie Vermieterseite – stark befriedende Bedeutung zu. Ohne einen solchen Mietspiegel wäre naturgemäß die sichere und zeitnahe Feststellung der nach § 558 BGB zulässigen Mieterhöhung gefährdet. Entsprechende Mieterhöhungsklagen sind nach übereinstimmender Einschätzung aller Praktiker an den Hamburger Gerichten weitaus zahlreicher als die Verfahren, die auf die Mietpreisbremse gestützt werden. Es ist deshalb unerlässlich, dass dieses Instrument ohne Wirksamkeitsbedenken ungeschmälert zur Verfügung steht. Der Hamburger Senat sollte – auch dies lässt sich aus Art. 73a Satz 1 HmbVerf entnehmen – auf Bundesebene das Funktionieren der Regelungen zur Ermittlung des Mietspiegels im Blick behalten und sich für funktionale Regeln einsetzen.<sup>23</sup>

Zum anderen muss der Haushaltsgesetzgeber die rechtsprechende Gewalt personell und sachlich so ausstatten, dass die Hamburger Gerichte in der Lage bleiben, durch zeitnahe Entscheidungen an dem Ziel der Bereitstellung von bezahlbarem Wohnraum mitzuwirken. Die Durchsetzung der Regeln des Mietpreisrechts in Einzelfall muss funktionieren. Soweit sie – wie aktuell – funktioniert, sollte man diesen Zustand erhalten und nicht aufgrund haushälterischer Zwänge gefährden.

23 Wirksamkeitsbedenken haben sich aktuell z.B. für die Frage ergeben, wie sich überhöhte, d.h. unter Verstoß gegen die Mietpreisbremse, vereinbarte Neumieten aus dem Datenmaterial für den Mietenspiegel eliminieren lassen, ohne dass es zu Bedenken an der Wirksamkeit des Mietspiegels als Begründungselement im Mieterhöhungsprozess kommt, vgl. dazu die Diskussionen auf dem 26. Deutschen Mietgerichtstag, vgl. *Börstinghaus*, NZM 2024, S. 345 ff.

## II. Wohnungspolitik mit Verfassungsrang in der Freien und Hansestadt Hamburg

*Andreas Dressel, Nils Zimmer und Hilke Schapp\**

### 1. Einleitung

Die Schaffung von neuem Wohnraum und der Erhalt von günstigem bestehendem Wohnraum gehört seit Jahren zu den zentralen Zielen des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH). Hierzu hat der Senat bereits in der Vergangenheit weitreichende Maßnahmen umgesetzt, wichtige Schritte eingeleitet und konsequent weiterverfolgt. So wurden beispielsweise mit den Verbänden der Wohnungswirtschaft und dem städtischen Wohnungsunternehmen unter partnerschaftlicher Beteiligung der Hamburger Mietervereine im „Bündnis für das Wohnen in Hamburg“ verbindliche Absprachen über den Bau von Wohnungen getroffen. Das klare Bekenntnis der FHH zur Wohnraumförderung hat nun auch Eingang in die Verfassung gefunden.

### 2. Verfassungsänderung

Die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg (HmbVerf) wurde durch Änderungsgesetz vom 20. April 2023<sup>1</sup> in ihrem Art. 72 Abs. 6 geändert und durch einen Art. 73a ergänzt. Die Änderung ist am 26. April 2023 in Kraft getreten.<sup>2</sup>

#### a) Entstehungsgeschichte

Auslöser der Abstimmungen zur Erarbeitung der Verfassungsänderung war die Bildung einer Volksinitiative<sup>3</sup> „*Boden & Wohnraum behalten – Hamburg sozial gestalten! Keine Profite mit Boden & Miete!*“, welche im Oktober 2020 ihre Unterschriftenliste beim Senat eingereicht hatte. Die Volksinitiative hatte die Forderung nach einem grundsätzlichen Verbot der Veräußerung von Grundstücken und Wohnungen der FHH und ihrer Unternehmen zum Gegenstand. Nach einer Anhörung im Stadtentwicklungsausschuss im Januar 2021 traten die Vertreterinnen und Vertreter der Volksinitiative in einen intensiven Dialog mit Vertreterinnen und Vertreter des Senats, der Verwaltung sowie der Bürgerschaft ein. Dessen Ergebnisse endeten im November 2022 in einem Antrag der Regierungsfractionen.<sup>4</sup> Es konnte eine Einigung dahingehend erzielt werden, dass ein grundsätzliches Veräußerungsverbot für Wohnungsbaugrundstücke gelten solle.<sup>5</sup> Es wurden jedoch Ausnahmen und Spielraum für eine aktive Liegenschafts- und Boden-

\* Dr. Andreas Dressel ist Senator und Präses der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg. Nils Zimmer und Dr. Hilke Schapp sind Referent bzw. Referentin im Landesbetrieb Immobilienmanagement und Grundvermögen der Freien und Hansestadt Hamburg.

1 Zweiundzwanzigstes Gesetz zur Änderung der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, HmbGVBl. 2023, S. 169.

2 Gem. Art. 54 S. 1 HmbVerf.

3 Siehe Art. 50 HmbVerf und Hamburgisches Gesetz über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid (VAbstG).

4 Drs. 22/9844, Einigung mit der Volksinitiative „Boden & Wohnraum behalten – Hamburg sozial gestalten! Keine Profite mit Boden & Miete!“.

5 Ebd., S. 2.

bevorratungspolitik verlangt. Das Grundeigentum Hamburgs soll wachsen und der Anteil der Erbbaurechtsvergaben größer werden.<sup>6</sup> Die Grundzüge der später zu beschließenden gesetzlichen Ausnahmetatbestände waren in der Drucksache bereits niedergelegt.<sup>7</sup>

Die Bürgerschaft überwies die Drucksache in den Verfassungsausschuss, welcher in drei Sitzungen und einschließlich einer Expertenanhörung beriet.<sup>8</sup> Der Ausschuss empfahl die Annahme mit einer Änderung im Wortlaut des zukünftigen Art. 72 Abs. 6 HmbVerf.<sup>9</sup> Die Drucksache wurde im April 2023 beschlossen, das Änderungsgesetz noch in demselben Monat verkündet.

### ***b) Fortentwicklung der Wohnungspolitik der FHH***

Die Begründung des verfassungsrechtlichen Verbots des Verkaufs von Wohngrundstücken stellt keinen Bruch in der Wohnungspolitik der FHH dar, sondern ist als eine natürliche Weiterentwicklung der Neuausrichtung der Wohnungspolitik zu verstehen, die ihren Anfang mit dem Beschluss der sogenannten „Bodenpolitikdrucksache“<sup>10</sup> im Jahre 2019 nahm. Damals wurde für den Bereich Wohnen die Grundsatzentscheidung zur stärkeren Verwendung des Erbbaurechts getroffen, die in den folgenden Jahren konsequent von der Verwaltung bei Wohngrundstücken und – über den Anwendungsbereich der vorgenannten Bodenpolitikdrucksache hinaus – auch bei gewerblichen Grundstücken umgesetzt wurde. Je größer, je zentraler und je stärker die Fläche mit vorhandenem städtischem Besitz verknüpft ist, desto eher sollte ein Erbbaurecht bestellt werden.<sup>11</sup> Die FHH hatte damals die Vorteile des Erbbaurechts für eine aktive Bodenpolitik gerade zur Wohnraumförderung erkannt. Die Bestellung von Erbbaurechten ermöglicht es einer Kommune, langfristig auf die Nutzung eines Grundstücks Einfluss zu nehmen. Anders als bei einem Verkauf ist die Vereinbarung längerer Mietpreis- und Belegungsbindungen, die für den Erhalt des günstigen sozialen Wohnraums essenziell sind, problemlos möglich. Außerdem bleibt der FHH eine stadtentwicklungspolitische Gestaltungs- und Entwicklungsmöglichkeit erhalten. Die FHH hat nach Auslaufen des Erbbaurechts die Möglichkeit, auf veränderte Bedarfe der Stadtentwicklung und Wohnbedingungen zu reagieren. Schließlich kommt die Bodenwertsteigerung der Allgemeinheit zugute. Insgesamt hat die Bestellung von Erbbaurechten einen dämpfenden Effekt auf die Entwicklung der Bodenwerte.

### ***c) Änderung Artikel 72 Absatz 6 HmbVerf***

Die ursprüngliche Regelung des Art. 72 Abs. 6 HmbVerf a.F. – die Veräußerung (sämtlichen) Staatsguts, die nicht zum regelmäßigen Gang der Verwaltung gehört, ist nur auf Beschluss der Bürgerschaft zulässig – findet sich nunmehr in Art. 72. Abs. 6 S. 4 HmbVerf n.F. Die neuen Regelungen zu Wohnungsbaugrundstücken nehmen die S. 1-3 ein. Auch wenn der neue Wortlaut des Absatzes eine andere Interpretation zugelassen hätte,<sup>12</sup> bedarf die Veräußerung von Wohnungsbaugrundstücken, die nicht zum regelmäßigen Gang der Verwaltung gehört, ebenfalls

6 Ebd., S. 4.

7 Ebd., S. 7 f.

8 Ausschussprotokolle 22/62, 22/64 und 22/66.

9 Ausschussbericht Drs. 22/11275.

10 Drs. 21/18514.

11 Ebd., S. 14.

12 So versteht es *Knops*, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Art. 72, Rn. 36 Fn. 84.

eines Beschlusses durch die Bürgerschaft, auch wenn ein Ausnahmetatbestand des Ausführungsgesetzes (§ 64 LHO<sup>13</sup>) einschlägig ist.<sup>14</sup> Dies ergab sich bisher bereits aus der Aufgabenbeschreibung der Kommission für Bodenordnung (KfB) in § 3 Abs. 1 S. 1 KfB-Gesetz a.F.<sup>15</sup>. Im neu geschaffenen § 64 Abs. 5 S. 4 LHO wird es für die Wohnungsbaugrundstücke nunmehr explizit geregelt. Veräußerungsgeschäfte gehören insbesondere dann nicht zum regelmäßigen Gang der Verwaltung, wenn sie unter dem Verkehrswert erfolgen oder aufgrund ihres Umfangs oder ihrer Bedeutung eine Befassung der Bürgerschaft notwendig erscheinen lassen.<sup>16</sup>

Die Definition der Wohnungsbaugrundstücke stellt auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Wohnnutzungen ab. Detaillierte Ausführungen zu den unterschiedlichen Gebietstypen können der Gesetzesbegründung zum Änderungsgesetz<sup>17</sup> sowie zum Ausführungsgesetz § 64 LHO – hierzu sogleich – entnommen werden.

Der Gesetzesentwurf enthielt zunächst den Begriff des „Dritten“ und wurde im Beratungsverlauf hin zu „anderen“ abgeändert. Der Grund dafür war, dass nach Einschätzung eines bei der Expertenanhörung im Verfassungsausschuss zugezogenen Experten der Begriff des „Dritten“ vor allem in Verträgen genutzt werde, um einen an dem Vertrag unbeteiligten Dritten zu kennzeichnen. Mit dieser Begründung wurde dem Verfassungsausschuss die Verwendung des neutralen Begriffs „andere“ empfohlen.<sup>18</sup> Mit dem Ausführungsgesetz erfolgte eine Klarstellung dahingehend, dass der Begriff alle natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts sowie des öffentlichen Rechts meint, die nicht unselbstständiger Teil der FHH sind, also insbesondere auch städtische Unternehmen.<sup>19</sup>

Das Ausführungsgesetz zu Art. 72 Abs. 6 S. 2 und S. 3 Alt. 1 HmbVerf ist § 64 LHO. Im Ergebnis ergibt sich folgende Systematik: Nach Art. 72 Abs. 6 S. 1 HmbVerf ist die Veräußerung von Wohnungsbaugrundstücken grundsätzlich ausgeschlossen. Ausnahmsweise ist sie nach Art. 72 Abs. 6 S. 3 Alt. 1 HmbVerf abstrakt-generell zugelassen, wenn sie unter einen Ausnahmetatbestand des neuen § 64 Abs. 6 LHO fällt. Zudem kann sie die Bürgerschaft nach Art. 72 Abs. 6 S. 3 Alt. 2 HmbVerf konkret-individuell durch Beschluss zulassen, wofür die Verfassung keine Fallgruppen oder Beurteilungskriterien vorgibt.

Der Verwaltung stehen hier unterschiedliche Möglichkeiten der Befassung der Bürgerschaft zu: Die Verwaltung kann der Bürgerschaft eine konkrete Beschlussvorlage mit allen Konditionen vorlegen. Mit der Zustimmung der Bürgerschaft ist die Verwaltung dann ohne weitere Befassung der Kommission für Bodenordnung zum Verkauf berechtigt. Die Verkaufsvorlage kann aber auch vorsehen, dass die Bürgerschaft nur über das „ob“ eines konkreten Verkaufs entscheidet. In diesem Fall würde die Verwaltung die Zustimmung der Kommission für Bodenordnung dann im zweiten Schritt einholen, wenn die einzelnen Konditionen (wie Vertragspartner, Kaufpreis etc.) feststehen. Entsprechendes gilt für den Grundsatzbeschluss über mehrere Grundstücke (§ 64 Abs. 6 Nr. 15 LHO).

Das verfassungsrechtliche Gebot, keine Wohngrundstücke zu verkaufen, bindet unmittelbar die FHH und diejenigen öffentlichen Unternehmen, die im Auftrag der FHH Grundstücke

13 Haushaltsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg.

14 Gesetzesbegründung, Drs. 22/13910, S. 7.

15 Gesetz über die Kommission für Bodenordnung.

16 Vgl. *Knops*, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Art. 72, Rn. 36, zu „wertmäßig oder ideell bedeutsamen Staatsgut“.

17 Drs. 22/9844, S. 6 f.

18 S. Ausschussprotokoll 22/64 v. 06.01.2023 zur Drs. 22/9844. *Knops*, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Art. 72, Rn. 32 war irrtümlich davon ausgegangen, dass die Veräußerung von Wohngrundstücken an öffentliche Unternehmen nicht vom Veräußerungsverbot umfasst sein sollte und hatte die Verwendung des Begriffs „andere“ daher als nicht geglückt bezeichnet.

19 Drs. 22/13910, S. 7.

der FHH vermarkten (wie die IBA Hamburg GmbH oder Hafencity Hamburg GmbH hinsichtlich der im „Sondervermögen Stadt und Hafen“ eingelegten Grundstücke). Nicht an das Gebot gebunden sind natürliche oder sonstige juristische Personen, die damit grundsätzlich weiterhin Wohngrundstücke verkaufen dürfen. Die Handlungsfreiheit von öffentlichen Unternehmen wird aber dadurch eingeschränkt, dass der Senat das Bürgerschaftliche Ersuchen (gemäß Ziffer I. 2. a) aus der verfassungsändernden Drucksache zur Einführung einer Melde- und Andienungspflicht innerhalb des FHH-Konzerns für entbehrliche Grundstücke am 22. November 2022 umgesetzt hat.

**d) Artikel 73a HmbVerf neu:  
Wohnraumförderung als Staatszielbestimmung**

Der Art. 73a wurde gänzlich neu geschaffen. Er stellt eine Staatszielbestimmung dar.<sup>20</sup> Als solche enthält er einen Handlungsauftrag für die FHH und dient als Leitlinie bei Abwägungsentscheidungen.<sup>21</sup>

Satz 1 formuliert das Ziel der Versorgung mit bezahlbarem Wohnraum. Der Verweis auf den „Rahmen des Möglichen“ verdeutlicht die Angewiesenheit auf entsprechende Rahmenbedingungen wie haushaltsrechtliche Beschränkungen und die Verfügbarkeit von entsprechenden Grundstücken und geeigneten Vorhabenträgern. Grund und Boden sind nicht vermehrbar und in einem Stadtstaat naturgemäß stark begrenzt. Einen maßgeblichen Beitrag zur Zielerreichung wird eine aktive Boden- und Liegenschaftspolitik des Senats und die langfristige Mehrung des städtischen Grundvermögens leisten.

Erreicht werden soll das Ziel gemäß Satz 2 insbesondere durch eine entsprechende Bauleitplanung. Dabei werden – aus dem Katalog der in § 1 Abs. 6 BauGB aufgeführten abwägungsrelevanten Belange – das „Wohnen“, die „Wirtschaft“ sowie die „Infrastruktur“ besonders betont.<sup>22</sup> „Maßnahmen der Innenentwicklung“ sind ein vom Bundesgesetzgeber<sup>23</sup> seit einigen Jahren verstärkt forciertes und von vielen Kommunen einschließlich der FHH verfolgtes Mittel, welches vorhandene Bauflächen ausnutzt und regelmäßig keine oder nur geringe nachteilige Umweltauswirkungen hervorruft. Daneben wird es aber zur Zielerreichung auch nötig sein, „neue Bauflächen“ auszuweisen, welche behutsam mit den „natürlichen Lebensgrundlagen“ umgehen – eine der Aufgaben der Bauleitplanung gem. § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB.

### 3. Ausführungsgesetz: Änderung § 64 LHO

Die verfassungsändernde Drucksache enthielt einen klaren Regelungsauftrag, den § 64 LHO um die in der Drucksache bereits angelegten Ausnahmetatbestände zu ergänzen und somit das Ausführungsgesetz zu Art. 72 Abs. 6 S. 2 und S. 3 Alt. 1 HmbVerf zu schaffen.<sup>24</sup> Dem ist der Senat, unmittelbar nach der Verfassungsänderung, nachgekommen. Nach einer ausführlichen Behördenabstimmung legte der Senat den entsprechenden Gesetzesentwurf mit Begründung

20 Drs. 22/9844, S. 8; vgl. Knops, in: ders./Jänicke (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Art. 73a, Rn. 14, zu entsprechenden Staatszielbestimmungen anderer Bundesländer.

21 Vgl. Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG Kommentar, Art. 20a vor Rn. 1, zur Staatszielbestimmung Umweltschutz im Grundgesetz.

22 Dadurch wird die Bedeutung der übrigen Belange des § 1 Abs. 6 BauGB nicht in Abrede gestellt.

23 Siehe insbesondere das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts, BGBl. I 2013, S. 1548.

24 Drs. 22/9844, S. 7 f.

zum Jahresbeginn 2024 vor.<sup>25</sup> Nach Beratung im Stadtentwicklungs- und Haushaltsausschuss<sup>26</sup> beschloss die Bürgerschaft das Gesetz, mit einer geringfügigen Änderung des Wortlauts, im April 2024. Verbunden wurde der Beschluss mit einem Bürgerschaftlichen Ersuchen aus einem Zusatzantrag der Regierungsfractionen.<sup>27</sup> Das Änderungsgesetz ist am 27.04.2024 in Kraft getreten.<sup>28</sup>

Neben einer geringfügigen Ergänzung in § 64 Abs. 3 LHO wurden die neu geschaffenen Absätze 5 und 6 eingefügt. Absatz 5 regelt die Grundlagen, während in Absatz 6 die konkreten Ausnahmetatbestände aufgeführt sind.

Während Abs. 5 S. 1 die Verfassungsvorgabe in die LHO überführt, geht S. 2 darüber hinaus, indem klargestellt wird, dass die Bestellung von Erbbaurechten an den grundsätzlich nicht zu veräußernden Grundstücken zulässig ist. Dies setzt die zentrale Zielsetzung der verfassungsändernden Drucksache um. Das umfassende Beschlussrecht der Bürgerschaft wird zudem durch die – bereits zuvor erwähnte – Regelung zum „regelmäßigen Gang der Verwaltung“ in S. 4 gewahrt.

Der Anwendungsbereich des Absatzes 6 wurde – aufgrund seines Charakters als Ausnahmenvorschrift – bewusst eng umgrenzt. Die Detailschärfe der Regelungen resultiert in einer Vielzahl an Tatbeständen – Nummern 1 bis 16. Sie erfassen beispielsweise Arrondierungs- und Funktionsgrundstücke, Tauschgeschäfte, Infrastrukturmaßnahmen, eine Übertragung an städtische Unternehmen oder Altfälle. Bei ihnen ist eine abstrakt-generelle Vorfestlegung dahingehend gegeben, dass ein öffentliches Interesse an der Eigentumsübertragung i.S.d. Artikel 72 Absatz 6 Satz 2 HmbVerf gegeben ist. Für die weiteren Einzelheiten wird auf die Gesetzesbegründung verwiesen.<sup>29</sup>

#### 4. Zukünftiger Verkauf von Wohngrundstücken in der FHH

Die FHH wird trotz der Verfassungsänderung auch weiterhin Wohngrundstücke verkaufen, allerdings stets mit Beteiligung der Bürgerschaft – entweder in den gesetzlich normierten Ausnahmefällen in § 64 Abs. 6 LHO (die von der Bürgerschaft mit dem Erlass des Gesetzes abstrakt-generell beschlossen wurden) oder nach konkreter Befassung durch Vorlage einer Drucksache.

Insbesondere in Stadtentwicklungsgebieten wird die Verwaltung künftig die Bürgerschaft um Zustimmung zu Verkäufen von Wohngrundstücken bitten, damit mit den Verkaufserlösen die sehr hohen Entwicklungskosten finanziert werden können und es der FHH so ermöglicht wird, weiterhin neue Wohngebiete zu entwickeln. Die Verwaltung bereitet derzeit eine Beschlussvorlage über den Verkauf in Stadtentwicklungsgebieten vor, welche die Bürgerschaft nach den aktuellen Planungen bis Ende des Jahres 2024 erreichen soll.<sup>30</sup>

25 Drs. 22/13910, v. 02.01.2024, Gesetz zur Änderung der Landshaushaltsordnung und des Gesetzes über die Kommission für Bodenordnung.

26 Drs. 22/14727, Ausschussbericht des Haushaltsausschusses mit Anlage Stellungnahme des Stadtentwicklungsausschusses.

27 Drs. 22/14868, Antrag zu Drs. 22/14727.

28 HmbGVBl. 2024, S. 97 (S. 98 f.).

29 Drs. 22/13910, S. 6 ff.

30 Die Bürgerschaft hat über die ersten Anwendungsfälle bereits am 26. Juni 2024 entschieden (Drs. 22/15249, Verkauf von Wohnungsbaugrundstücken (2024/Nr. 1)). Es handelte sich teilweise um Altfälle und um Fälle, bei denen nach Einschätzung der Verwaltung rechtliche oder tatsächliche Gründe eine Eigentumsübertragung erfordern (etwa zur Realisierung eines bestimmten Nutzungskonzepts durch einen Projektträger).

## 5. Attraktivität des Erbbaurechts

Die Bürgerschaft hat den Senat in ihrer verfassungsändernden Drucksache um Steigerung der Attraktivität des Erbbaurechts ersucht.<sup>31</sup> Dem hat der Senat mit der kurz darauf vorgelegten Drucksache „Verbesserte Konditionen für das Erbbaurecht – Fortschreibung der sozial gerechten Bodenpolitik für Hamburg“ entsprochen.<sup>32</sup> Die Steigerung der Attraktivität des Erbbaurechts ist eine wichtige Voraussetzung dafür, dass die Wohnungswirtschaft weiterhin den dringend benötigten Wohnraum schafft.

Damit gilt der abgesenkte – und somit besonders attraktive – jährliche Erbbauzins von 1,3 % für Wohnen (und 1,6 % für Gewerbe) verbindlich bis 2025. Zudem wurden längere Laufzeiten (100 Jahre) und wiederkehrende Verlängerungsoptionen geschaffen, so dass bei Ausbleiben eines Vetos der FHH ein unendliches Erbbaurecht möglich ist. Erbbauberechtigte haben wie bisher ein Wahlrecht, ob sie ein kapitalisiertes Einmalentgelt oder einen laufenden Erbbauzins zahlen. Wie bisher werden die Baulichkeiten am Ende der Laufzeit zu 100 % entschädigt. Soziale Bindungen werden bei der Verkehrswertermittlung des Grundstücks wertmindernd berücksichtigt. Auch Maßnahmen zur weiteren Verbesserung der Beleihbarkeit wurden getroffen. In dem neuen Mustervertrag Erbbaurecht Wohnen wird ein Rangrücktritt der FHH gegenüber der Finanzierungsgrundschuld der Erbbauberechtigten erfolgen. Der Mustervertrag wurde in Abstimmung mit Vertretern der Wohnungswirtschaft im Detail noch erbbaurechtsnehmerfreundlicher ausgestaltet. Sowohl beim vom Erbbaurechtsverband e.V. in Hamburg ausgerichteten Erbbaurechtskongress 2024 als auch beim vom Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen durchgeführten Fachdialog Erbbaurechte des Bündnisses für bezahlbares Wohnen wurden die Erbbaurechtskonditionen der FHH als Beispiel für einen besonders gelungenen Ausgleich zwischen den Interessen der Immobilienwirtschaft und einer Kommune hervorgehoben.

31 Drs. 22/9844, S. 5. f., Ziff. I. 6.

32 Drs. 22/11998 v. 23.05.2023, von der Bürgerschaft am 05.07.2023 beschlossen.

### **III. Art. 72 Abs. 6 Satz 1 der Hamburger Verfassung i. V. mit § 64 Abs. 5 LHO Hamburg als Hemmnis für die günstige Wohnraumversorgung in Hamburg**

*Kai Mediger\**

Die Änderungen der Hamburger Verfassung betreffend die hier in der Diskussion maßgeblichen Art. 72 Abs. 6, 73a HmbVerf. Diese Änderungen können wir als Verband norddeutscher Wohnungsunternehmen e.V. (VNW) nicht begrüßen und halten sie sowohl rechtlich wie auch wohnungspolitisch für falsch. Das aus folgenden Gründen:

Art. 72 Abs. 6 HmbVerf, 73a HambVerf i. V. mit § 64 Abs. 5 Satz 1 u. 2 LHO perpetuiert einen politischen Willen, nämlich – unter anderem – dass die Veräußerung von städtischen Grundstücken grundsätzlich nur noch im Wege der Erbbaurechtsvergabe möglich sein soll. Die grundsätzliche Vergabe öffentlicher Grundstücke nur noch im Wege des Erbbaurechts halten wir für falsch. Sie ist nicht zielführend für das bezahlbare Wohnen und hemmt das bezahlbare Wohnen in Hamburg und auch die Bautätigkeit insgesamt.

Ich möchte auch gerne erklären, warum. Der VNW ist ein genossenschaftlicher Prüfungsverband, dem die Hamburger Genossenschaften sowie die SAGA Unternehmensgruppe angehören. Die durchschnittlichen Mieten unserer Mitgliedsunternehmen liegen unter dem jeweiligen Mittelwert des Hamburger Mietenspiegels. Unsere Genossenschaften sehen bereits durch ihren satzungsrechtlichen Auftrag die günstige und sozialverträgliche Wohnraumvermietung an ihre Mieter und somit die Hamburger Bürger vor. Die Genossenschaften sind daher quasi eine eigene „Mietpreisbremse“.

Die Mitgliedsunternehmen des VNW sind durchweg sogenannte Bestandshalter, die ihre einmal errichteten Wohngebäude für sehr lange Zeit bewirtschaften. Allerdings beteiligen sie sich in aller Regel nicht am „Gewöhnlichen Geschäftsverkehr“ (§ 194 BauGB / § 3 WertV) und haben daher weder die Absicht noch die Möglichkeit, Wertsteigerungen ihrer Grundstücke durch Verkauf zu realisieren.

Unsere Genossenschaften arbeiten nicht gewinnorientiert, müssen jedoch auch wirtschaftlich arbeiten. Investitionen in den Bestand müssen genauso wie Modernisierungen aus der jeweiligen Miete refinanziert werden. Das steht dem Ziel einer günstigen Miete also grundsätzlich entgegen, weil die Ausgaben gegenüber den Mieteinnahmen abgewogen werden müssen.

Bezahlbare Mieten können dauerhaft jedoch nur gesichert werden, wenn einmalige oder laufende Aufwendungen für das Grundstück nicht von seiner Ertragskraft entkoppelt werden, wie dies aber bspw. durch Kopplung des Erbbauzinses an die Entwicklungen im „gewöhnlichen Geschäftsverkehr“ von Grundstücken geschieht.

Das Grundproblem liegt darin, dass die Preisbildung bei Grundstücksgeschäften (Ankauf von Grundstücken, Ablösung/Verlängerung von Rechten) durch den Hamburger Landesbetrieb Immobilien und Grundvermögen (LIG) erfolgt in Bezug auf einen für die bestandshaltende Wohnungswirtschaft „fremden“ Markt.

Abgeleitet wird der zugrunde gelegte „Marktwert“ (Bodenrichtwert) vom Gutachterausschuss aus der Kaufpreissammlung – das heißt, aus den tatsächlich erzielten Kaufpreisen in real erfolgten Kauffällen. Als Vergleichswert gibt er *„einen ungefähren Überblick darüber, welcher Wert der Grund und Boden eines Grundstücks hat, wenn die im gewöhnlichen Ge-*

\* Dr. Kai Mediger ist Rechtsanwalt beim Verband norddeutscher Wohnungsunternehmen e.V.

*schäftsverkehr für vergleichbare andere Grundstücke tatsächlich gezahlten Preise zum Maßstab genommen werden“* (aus: Erläuterung der Bodenrichtwerte zum 31. Dezember 2017/ Quelle Gutachterausschuss Hamburg). Aus den begrenzten Erträgen wohnungswirtschaftlicher Bestände, die nicht im gewöhnlichen Geschäftsverkehr gehandelt werden, können die so gebildeten Preise aber nicht refinanziert werden.

Vereinfacht könnte man sagen: Aus geringen Erträgen lassen sich keine teuren Grundstücke refinanzieren, ebenso wenig wie die teure Verlängerung oder Ablösung von Rechten.

Diese Situation spitzt sich in den letzten Jahren wegen der extrem dynamischen Preisentwicklungen am Grundstücksmarkt für die Unternehmen des VNW zu. Heute ist es den Unternehmen kaum mehr möglich, ein Grundstück zu erwerben (Ausnahme: über Konzeptausschreibungen) oder Rechte zu verlängern bzw. abzulösen, da sich die Forderungen der Stadt dafür am jeweils aktuellen Grundstücksmarkt orientieren. Das führt dazu, dass der Ankauf von Erbbaurechtsgrundstücken kaum attraktiv für unsere Mitgliedsunternehmen ist.

Ein Beispiel aus dem Jahr 2018: Einer Genossenschaft wurde im Juni 2016 ein Angebot für den Ankauf von 12 Erbbaurechtsgrundstücken in Eimsbüttel in Höhe von 52 Mio. € unterbreitet. Im Jahr 2005 waren dieselben Grundstücke für einen Kaufpreis von rund 9 Mio. € angeboten worden. Seinerzeit war der Ankauf jedoch aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich.

Noch gravierender ist dies aber für die Mitgliedsunternehmen, die noch immer über Erbbaurechte verfügen. Auch dort ist eine Verlängerung des jeweiligen Erbbaurechts an den jeweiligen Verkehrswert gekoppelt und eben nicht an den tatsächlichen Ertragswert. Diese Genossenschaften sind praktisch dazu gezwungen, eine Verlängerung einzugehen, obwohl die Perspektive wirtschaftlich schlecht ist.

Ich möchte zum Schluss dieses kleinen Plädoyers nicht verschweigen, dass durch die gute Zusammenarbeit der handelnden Akteure und den intensiven Dialog seitens der handelnden Akteure sehr wohl Verbesserungen eingetreten sind. Das betrifft zum Beispiel die Absenkung des Erbbauzinses auf 1,3 %.

Die Stadtentwicklungssenatorin Frau Karen Pein und der Finanzsenator Herr Dr. Andreas Dressel sind in ständigem Austausch mit der Wohnungswirtschaft und sind als Ansprechpartner auch geschätzt. Es bestehen also intensive Bemühungen von Seiten der Stadt Hamburg für Verbesserungen.

Jedoch auch trotz dieser verbesserten Konditionen sehen wir als VNW das Instrumentarium des Erbbaurechts im Ergebnis noch immer kritisch. Das zeigt sich in der Praxis an einer „Abstimmung mit Füßen“ – selbst die „neuen“ Erbbaurechtsverträge werden von unseren Mitgliedsunternehmen kaum bis überhaupt nicht angenommen.

Und hier zeigt sich auch, dass der Gesetzeswortlaut in Art. 72 Abs. 6 Satz 1 der Hamburger Verfassung von einer unzutreffenden Prämisse ausgeht. Es heißt dort, dass „zur Gewährleistung der Wohnraumversorgung“ das Eigentum an Grundstücken für den Wohnungsbau grundsätzlich nicht an „andere“ übertragen werden soll.

Diese Vorgabe in Verbindung mit der Vorgabe, dass öffentliche Grundstücke im Wege des Erbbaurechts vergeben werden können (§ 64 Abs. 5 S. 2 LHO), hemmt jedoch gerade die Wohnraumversorgung. Die „Betroffenen“, nämlich gerade auch die im VNW organisierten sozialen Vermieter, werden dadurch in ihrem Tätigkeitsfeld der Erstellung und Bereitstellung von günstigem Wohnraum eingeschränkt.

Die günstige Versorgung der Hamburger Bevölkerung mit Wohnraum wird durch diese neue Regelung in Art. 72 Abs. 6 Satz 1 der Hamburger Verfassung also nicht gefördert, sondern eher gehindert.

## **E. Haushaltsausgleich ohne „Einnahmen aus Krediten“ und die Nutzung von „Sondervermögen“\***

*Kai-Oliver Knops\*\**

Meine Damen und Herren - wir leben in unruhigen Zeiten!

Der Staat muss sich nunmehr schon seit Jahren ganz besonderen und vor allem neuen Herausforderungen stellen, gleich ob hausgemacht oder extern erzwungen. Viele Ressourcen haben die vergangenen Krisen, sei es die Finanzkrise oder die Corona-Epidemie, schon verschlungen. Dennoch ist der aktuelle finanzielle Bedarf enorm und wächst weiter. Beispielhaft zu nennen sind die Kosten der Digitalisierung, für den Erhalt und die Erneuerung der Infrastruktur oder die (Wieder-)Herstellung der Wehrfähigkeit und Verteidigung. Hinzu kommen Mammutaufgaben wie den Klimaveränderungen oder den immer noch wachsenden sozialen Ungleichheiten zu begegnen. Insgesamt sind die zu erfüllenden Aufgaben kostenmäßig kaum abschätzbar und wohl auch nicht allein staatlicherseits zu erfüllen. Es werden auch private Investitionen, ggf. auch Vorfinanzierungen für den Staat, benötigt. Angesichts der enormen Herausforderungen verwundert es nicht, dass insbesondere nach den strengen Vorgaben, die das BVerfG dem Bund 2023 in Haushaltsfragen gemacht hat,<sup>1</sup> über die sog. „Schuldenbremse“ diskutiert wird.<sup>2</sup> Danach sind die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen.

Zunächst soll es daher um eine kurze Erläuterung der Struktur der Schuldenbremse und ihrer begrenzten Wirksamkeit gehen (I.) und danach, ob die anstehenden Ausgaben nicht jenseits der Einnahmen aus Krediten, also anderweitig gedeckt werden können (II.). Dabei ist vor allem der zentrale Begriff der Kreditaufnahme in den Blick zu nehmen, weil man nur so feststellen kann, welche Möglichkeiten dem Staat daneben bleiben, um seine Ausgaben zu decken. Wenn allerdings alternative Möglichkeiten zur Ausgabendeckung entweder nicht bestehen oder nicht ausreichen, sieht das GG wie das Landesrecht auch Ausnahmen vor, die aber strengen tatsächlichen Voraussetzungen wie rechtlichen Grenzen unterworfen sind. So können für Ausgaben in spezifischen Bereichen Sondervermögen eingesetzt werden (III.). Dies ist nicht nur durch Neubildung möglich, sondern unter Umständen auch durch Nutzbarmachung bereits bestehender Kreditermächtigungen. Enden möchte ich mit einem praktischen Beispiel zu einer Alternative einer kreditfinanzierten Deckung von Staatsbedarf (IV.).

\* Die Vortragsform wurde beibehalten. Eine erweiterte Fassung eines Teils des Vortrages wird demnächst in einer Fachzeitschrift erscheinen.

\*\* Prof. Dr. Kai-Oliver Knops ist Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht, insbes. Bank-, Kapitalmarkt- und Verbraucherrecht an der Universität Hamburg.

1 BVerfG Urt. v. 15.11.2023 – 2 BvF 1/22, NJW 2023, 3775 – Zweites Nachtragshaushaltsgesetz 2021.

2 Siehe dazu nur Wernsmann, NVwZ 2024, S. 694; Henneke, DVBl 2024, S. 197; Stüber, DÖV 2024, S. 366; Meyer, DÖV 2024, S. 90; Kirchhof, NJW 2023, S. 3757.

## I. Struktur der Schuldenbremse

Gemäß Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG sind die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Darunter ist die sog. Nettoneuverschuldung zu verstehen, also der Umfang der zusätzlichen finanziellen Zukunftsbelastungen durch Kreditaufnahmen, die über diejenigen Kreditaufnahmen zur Umschuldung und Tilgungsleistungen hinausgehen. Kredite, die eben dafür verwendet werden, bleiben also für die Schuldenregel außer Ansatz.<sup>3</sup> Maßgeblich sind mithin nur die verbleibenden Nettoerlöse.<sup>4</sup>

Dies lässt sich gut an dem Haushaltsplan für 2024 zeigen. Gemäß dem darin enthaltenen Kreditfinanzierungsplan für das Jahr 2024 stehen im Bund den Einnahmen aus Krediten von rund 399 Mrd. Euro Ausgaben zur Tilgung von Krediten von rund 319 Mrd. Euro gegenüber.<sup>5</sup> Der Überschuss entspricht der für den Bund möglichen Verschuldung i.H.v. 0,35 % des Bruttoinlandsproduktes, was den Ländern allerdings nicht erlaubt ist. Die neuen Schulden finanzieren vor allem (oder in den Ländern ganz) die Verbindlichkeiten aus Altschulden – ein Teufelskreislauf. Allein die Zinsaufwendungen für Altschulden sollen sich im Bund im Jahre 2023 auf ca. 40 Mrd. Euro jährlich belaufen haben.<sup>6</sup> Größter Einzelposten sind dabei die Zinsen, die der Bund den Haltern von Bundesanleihen zahlen muss,<sup>7</sup> also denjenigen natürlichen oder juristischen Personen, die dem Staat praktisch als Darlehensnehmer Geld auf Zeit zur Verfügung gestellt haben.

Problematisch bleibt, dass sich die Schuldenbremse, gleich ob im Bund oder in den Ländern, rein auf ein Verbot der strukturellen Neuverschuldung beschränkt und mithin nicht zu einem konsolidierten Haushaltsausgleich unter Einbeziehung der Gesamtverschuldung und der Altschulden.<sup>8</sup> Von vornherein nicht erfasst werden auch die für die strukturelle Verschuldung der Kommunen nicht unerheblichen, aber immer wieder in Anspruch genommenen Kassenverstärkungskredite ebenso wie die Verwaltungsschulden öffentlicher Haushalte. In der Rechnung der Schuldenbremse bleibt auch die implizite Verschuldung durch Begründung zukünftiger Leistungspflichten – wie Pensionslasten – außen vor.<sup>9</sup> Um die Staatsverschuldung insgesamt zu senken, spricht dies alles viel eher für eine Verschärfung als für eine Aufweichung der Schuldenbremse. Die (allerdings nur im Vergleich als relativ niedrig empfundene) Verschuldensquote von derzeit gut 63 % bleibt ein strukturelles Problem.

3 Zum Ganzen Tappe/Wernsmann in: Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 3. Aufl. 2023, a) Kreditbegriff und Gesetzesvorbehalt (Art. 115 Abs. 1 GG) Rn. 448 f.

4 Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 65. Zugleich wird unter der „Aufnahme von Krediten“ jede rechtsgeschäftliche Beschaffung von finanziellen Mitteln verstanden, die zurückgezahlt werden müssen (s. abermals Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 115 Rn. 14, worauf bei Art. 109 Rn. 65 ebenfalls verwiesen wird).

5 BGBl. Jahrgang 2024 Teil I Nr. 38 v. 12.2.2024 S. 23.

6 Siehe Lindner, Finanzpolitische Zeitenwende – das Fundament für Wachstum schaffen, Wirtschaftsdienst 2023, Heft 8, 530 ff.

7 BTag, Haushalt 2024: Höhere Zinsen, weniger Schulden v. 21.8.2023 (abrufbar unter <https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-963262>).

8 Siehe Heintzen, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 29 ff.

9 Zutreffend Droegge in: Kahl/Ludwigs, Hdb. d. VerwaltungsR, Bd. III, 2022, § 88 Rn. 58 m.zahlr.w.N.

## II. Deckung der Ausgaben ohne „Einnahme aus Krediten“

Auch wenn die Europäischen Verträge kein absolutes Verschuldungsverbot normieren<sup>10</sup> sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemäß Art. 126 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verpflichtet, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden.<sup>11</sup> Um eben dieser Verpflichtung nachzukommen,<sup>12</sup> hat der Deutsche Bundestag 2009 als Kernstück<sup>13</sup> der Föderalismusreform II beschlossen, Art. 109 GG zu ändern und vorzusehen, dass die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen sind. In der Hamburger Verfassung (HmbVerf) ist diese Verpflichtung bspw. fast wortgleich in Art. 72 Abs. 1 umgesetzt worden.<sup>14</sup> Dieser Grundsatz des Haushaltsausgleichs ist als zwingender Verfassungsbefehl zu verstehen;<sup>15</sup> Ausnahmen sind eng auszulegen.

Gut drei Jahre nach der GG-Änderung haben sich auf EU-Ebene im Zuge der sog. Staatsschuldenkrise die rechtlichen Anforderungen nochmals verschärft und zwar durch den seit dem 2.3.2012 geltenden Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKSV). Nach dessen Art. 3 Abs. 1 a hat der gesamtstaatliche Haushalt einer Vertragspartei ausgeglichen zu sein oder einen Überschuss aufzuweisen. Damit ist die Schuldenbremse auch europäisch abgesichert<sup>16</sup> und steht nicht mehr einseitig zur Disposition der Vertragsparteien als Mitgliedstaaten der Europäischen Union, was zuweilen in der Diskussion übersehen wird.

### 1. „Einnahmen“ aus Krediten

Wenden wir uns nun dem Kernproblem zu: Was sind Einnahmen aus Krediten, was nicht? Nach Art. 109 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 72 Abs. 1 der HmbVerf dürfen „Einnahmen“ aus Krediten nicht zum Haushaltsausgleich dienen. Der Begriff der „Aufnahme von Krediten“ in Art. 115 Abs. 1 GG ist hingegen weiter und wird strikt<sup>17</sup> von dem in Art. 109 GG unterschieden,<sup>18</sup> der auch in Art. 72 Abs. 5 HmbVerf verwendet wird. Solche Kredite stehen „nur“ unter Parlamentsvorbehalt; umfasst wird der Abschluss jedweder Kredite, auch ohne Einnahmen.

„Einnahmen aus Krediten“ sollen nach weit verbreiteter Auffassung zum einen nur Zuflüsse von Geld meinen, und zum anderen nur solche betreffen, die zu vertraglich begründeten Rückzahlungsansprüchen führen,<sup>19</sup> was sich auch an der Historie des Art. 115 GG nachweisen ließe.<sup>20</sup> Beide Thesen halte ich für falsch. Denn dann fiel bspw. der Sachdarlehensvertrag, der gesondert in den §§ 607–609 BGB geregelt ist,<sup>21</sup> aus dem Raster. Dieser Vertrag

10 BVerfGE 164, 193-347, Rn. 155.

11 Gemäß Art. 310 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV ist der Haushaltsplan der Europäischen Union selbst ebenfalls in Einnahmen und Ausgaben auszugleichen.

12 Siehe den Gesetzentwurf der CDU/CSU und SPD zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d), BT-Drs. 16/12410 S. 6 r. Sp.

13 Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 95.

14 Vergleichbare Regelungen finden sich etwa in Art. 141 HessVerf, Art. 65 Abs. 2 MVVerf, Art. 117 RPVerf und Art. 53 SchlVerf.

15 Richtig Droege, in: Brocker/Droege/Jutzi (Hrsg.), Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2. Aufl. 2022, Art. 117 Rn. 9.

16 BVerfGE 132, 195-287, Rn. 201.

17 Dürig/Herzog/Scholz/Kube, 103. EL Januar 2024, GG Art. 109 Rn. 129.

18 So auch Tappe/Wernsmann in: Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 3. Aufl. 2023, a) Kreditbegriff und Gesetzesvorbehalt (Art. 115 Abs. 1 GG) Rn. 448.

19 BerlVerfGH NVwZ-RR 1997, 506 mw.N.

20 Dürig/Herzog/Scholz/Kube, 103. EL Januar 2024, GG Art. 115 Rn. 68 m.w.N.

21 Siehe im Einzelnen Derleder, in: Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht,

ist nicht auf die zeitlich begrenzte Überlassung von Geld, sondern von anderen vertretbaren Sachen gerichtet und unterfällt nach ganz herrschender Meinung natürlich trotzdem dem Begriff des Darlehens.<sup>22</sup> Die Vorschriften über das Sachdarlehen finden gerade bei der darlehensweisen Übertragung sog. Wertrechten Anwendung, die nicht verbrieft sind, was bspw. für die Schuldbuchforderungen nach dem Bundesschuldenwesengesetz<sup>23</sup> angenommen wird.<sup>24</sup> Diese können nicht ernsthaft von der Schuldenbremse ausgenommen sein. Auch sind sog. Nichtgelddarlehen, die früher als Pfandbriefdarlehen der Realkreditinstitute nur eine gewisse Bedeutung, heute aber als praktisch<sup>25</sup> viel bedeutsamere Wertpapierleihe in der Vertragspraxis vorkommen,<sup>26</sup> nicht zu unterschlagen. Auch mit solchen Gestaltungen werden dem Haushalt unmittelbar Vermögenswerte hinzugefügt, die in der Haushaltsrechnung auf der Einnahmenseite zu verbuchen sind und damit zu einem Ausgleich der Ausgaben führen können. Die einseitige Beschränkung auf den rückzahlbaren Geldkredit kann daher nicht überzeugen.

Zweifelhaft ist zudem, ob bereits von „Einnahmen“ gesprochen werden kann, wenn der Staat Aufwendungen erspart, die das Haushaltsergebnis positiv beeinflussen.<sup>27</sup> Hier von einer Art „Einnahmegleichheit“ zu sprechen, wird schon deswegen schwierig festzustellen sein, weil die aus Krediten resultierenden Geldströme nicht zweckgebunden sind, sondern für jede Ausgabeposition des Haushaltes verwendet werden können. Dies aber ist bei ersparten Aufwendungen nicht der Fall, weil sie bereits einem ganz bestimmten Zweck zugeordnet oder zuzuordnen sind. Die Ersparnis des Abflusses von Geldmitteln reicht mithin nicht aus, um von Einnahmen sprechen zu können. Wenn dem Haushalt aber ein bestimmter Gegenstand von Wert zugeführt wird, also nicht in Form von Geld, sondern in seiner Substanz, ist es ohne Weiteres gerechtfertigt von einer „Einnahme“ zu sprechen, die aber eben auch durch „Kredit“ erlangt sein muss. Nur so wird ein Schuh daraus.

## 2. „Kredite“

Was aber sind nun „Kredite“? Im Rahmen des Art. 119 GG wie auch des Art. 115 GG werden zur Bestimmung, was ein Kredit ist, verschiedene, – aus Sicht eines Bank- und Kapitalmarktrechters zum Teil überraschende – Auffassungen vertreten. Weil der Verfassungsgesetzgeber den Kreditbegriff nicht eigenständig definiert hat, ist auf den Wortlaut und auf die Entstehungsgeschichte der Norm, einfachgesetzliche Regelungen sowie den Sinneszusammenhang innerhalb der Finanzverfassung Bezug zu nehmen.

Das Wort „Kredit“ kommt vornehmlich aus dem Lateinischen<sup>28</sup> und beruht auf dem Verb „credere“, was sich schlicht mit „vertrauen“<sup>29</sup> oder „Vertrauen haben“<sup>30</sup> übersetzen lässt. Dementsprechend wird in der Kaufmannssprache davon gesprochen, bei jemandem Kredit zu haben oder zu genießen, womit es um das einer Person oder einem Unternehmen entgegengebrachte Vertrauen in die Kreditwürdigkeit, mithin ihre finanzielle Vertrauenswürdigkeit geht.

3. Aufl. 2017, Bd. I, § 12 Rn. 6 und zur Abgrenzung von anderen Verträgen Rn. 23 ff.

22 Siehe nur BeckOGK/Binder, 1.3.2022, BGB § 488 Rn. 2 f.

23 Gesetz zur Regelung des Schuldenwesens des Bundes (Bundesschuldenwesengesetz - BSchuWG) vom 12. Juli 2006, BGBl. I S. 1466.

24 BeckOGK/Lohsse, 1.8.2023, BGB § 607 Rn. 9 mwN.

25 Zur wirtschaftlichen Nützlichkeit der Wertpapierleihe BeckOGK/Lohsse, 1.8.2023, BGB § 607 Rn. 18.1.

26 Siehe dazu etwa Köndgen, WM 2001, 1637 ff.

27 Pünder in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. ErgLief. 2024, Art. 115 GG, Rn. 50.

28 Nach Angaben des Duden, Das Fremdwörterbuch, 12. Aufl. 2020 hat es zudem seinen Ursprung neben dem Italienischen im Französischen

29 Ganter, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 69 Rn. 1.

30 Pamp, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 50 Rn. 1.

Besonders in der Wirtschaft ist mit Kredit hingegen konkret ein (im Rahmen eines Geschäfts) befristet zur Verfügung gestellter Geldwert gemeint, also meist ein Darlehen oder bei Verwendung im Singular ein (gewährter) Zahlungsaufschub oder eine Stundung,<sup>31</sup> was sich alles leicht und präzise in die bestehenden schuldrechtlichen Kategorien einordnen lässt. Im Fokus stehen die einer Person oder einem Unternehmen kurz- oder langfristig zur Verfügung stehenden fremden Geldmittel oder Sachgüter und das Vertrauen in die Bereitschaft und Fähigkeit, daraus resultierende Verbindlichkeiten ordnungsgemäß, insbesondere fristgemäß, zu erfüllen.

Systematisch wird der Kredit in Art. 115 Abs. 1 GG – man muss sagen naturgemäß – geschieden von der Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, was aus dem strukturellen Wesensunterschied von Darlehen und Krediten einerseits und den dafür (typischerweise) bestellten Sicherheiten andererseits folgt<sup>32</sup> und für Art. 109 Abs. 3 S. 1 bedeutsam ist, da aus Gewährleistungen keine Einnahmen für den Haushalt erzielt werden können.<sup>33</sup>

Von der Historie her betrachtet ist der Prototyp der Kreditgewährung der Geldkredit nach den §§ 488 ff. BGB.<sup>34</sup> Auch in dem hier maßgeblichen Zusammenhang hat der Verfassungsgeber den Kredit mit der Reform des Art. 115 GG in der fünften Legislaturperiode offensichtlich zunächst vornehmlich als Geldkredit verstanden, bei dem die Mittel dem Haushalt zufließen und mit Zinsen wieder zurückzuzahlen sind.<sup>35</sup> Mit Aufhebung der zweiten Reichsschuldenordnung von 1924 wurden 2001 erstmals seit Bestehen der Bundesrepublik in § 6 Abs. 1 des Bundeswertpapierverwaltungsgesetzes<sup>36</sup> diejenigen Finanzierungsinstrumente benannt, die für die Kreditaufnahme des Bundes zur Verfügung stehen. Damit wurde u.a. dem Einsatz neuer Finanzierungsinstrumente Rechnung getragen und die Weisungsunabhängigkeit der Bundesschuldenverwaltung aufgehoben.<sup>37</sup> Inhaltlich unverändert finden sich die tatbestandlichen Konkretisierungen heute in § 4 Abs. 1 des Bundesschuldenwesengesetzes von 2006. Danach erfolgt die Aufnahme von Krediten durch den Bund und seine Sondervermögen durch die Ausgabe von Schuldverschreibungen, die Aufnahme von Darlehen gegen Schuldschein, durch Bankkredite oder die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten und zudem – als Auffangklausel gedacht – durch sonstige an den Finanzmärkten übliche Finanzierungsinstrumente.

Ich will hier nur auf die zwei Wichtigsten eingehen:

### *a) Bankkredite*

Den Kern von „Krediten“ stellen Darlehen dar, also solche im Sinne von § 488 BGB. Wesensmerkmal solcher Darlehen ist, dass der Darlehensgeber durch den Darlehensvertrag verpflichtet wird, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen, der bei Fälligkeit zurückzuzahlen ist. Nicht konstitutiv für einen Darlehensvertrag ist hingegen eine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen, weil dies einer Vereinbarung mit dem

31 Siehe Stichwort Kredit unter <https://www.duden.de/rechtschreibung>.

32 Siehe zum Ganzen die Kapitel 12 ff. in: Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, Bd. I.

33 Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 109 Rn. 105; Tappe/Wernsmann in: Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 3. Aufl. 2023, a) Kreditbegriff und Gesetzesvorbehalt (Art. 115 Abs. 1 GG) Rn. 451.

34 Siehe im Einzelnen Derleder, in: Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, Bd. I, § 12 Rn. 6 und zur Abgrenzung von anderen Verträgen Rn. 23 ff.

35 Siehe BTag, Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses v. 6.12.1968, BT-Drs. V/3605 S. 13 f.

36 Gesetz zur Neuordnung des Schuldbuchrechts des Bundes und der Rechtsgrundlagen der Bundesschuldenverwaltung (Bundeswertpapierverwaltungsgesetz - BWpVerwG) vom 11.12.2001 – BGBl. I 2001, Nr. 67 vom 17.12.2001, S. 3519.

37 Siehe BT-Drs. 14/7010 S. 11.

Darlehensnehmer bedarf („geschuldeter Zins“), was § 488 Abs. 3 S. 3 BGB nochmals dadurch deutlich macht, dass der Darlehensnehmer auch ohne Kündigung zur Rückzahlung berechtigt ist, wenn Zinsen nicht geschuldet sind. Deswegen ist auch von vornherein die Auffassung verfehlt, Kredite im Sinne des Art. 109 Abs. 3 GG könnten nur verzinsliche Darlehen sein.<sup>38</sup> Unter den Darlehensbegriff des § 488 BGB fallen neben verzinslichen und unverzinslichen Krediten viele verschiedenen Arten.<sup>39</sup> Insgesamt zeigen die Bestimmungen des KWG eine große Bandbreite an verschiedenen Erscheinungsformen von Krediten. Zu nennen sind insbesondere die in § 19 KWG und § 23 KWG aufgelisteten Kredite, die nicht Darlehen im Sinne der §§ 488 ff., 607 ff. BGB sind.

### **b) Schuldverschreibungen**

Die wohl größte Bedeutung kommt bei der Staatfinanzierung traditionell den sog. Anleihen zu; die Auflistung der Schuldverschreibungen an Nr. 1 überrascht deshalb nicht. Sie sind für den Bund im Gegensatz etwa zur herkömmlichen Finanzierung von Unternehmen die Haupteinnahmequelle von fremden Geldzuflüssen.<sup>40</sup> Konkret gemeint sind die üblichen Schuldverschreibungen des Bundes, namentlich Bundesschatzbriefe, Finanzierungsschätze, Bundesanleihen, Bundesobligationen, Bundesschatzanweisungen und unverzinsliche Schatzanweisungen,<sup>41</sup> wobei eine abschließende Aufzählung im Hinblick auf die ständigen Neuerungen an den Finanzmärkten für nicht möglich gehalten wird.<sup>42</sup> Bund und Länder „begeben“ praktisch als Darlehensnehmer solche – auch Bonds genannten – Wertpapiere, zumeist in Form von (Staats-) Schuldverschreibungen. Aus solchen Anleihen sind zwar primär das Schuldverschreibungsgesetz oder (nur) die §§ 793 ff. BGB anwendbar; sie unterfallen aber auch je nach Ausgestaltung den Darlehensregeln des BGB. Wirtschaftlich sind sie ohnehin als Darlehen und damit als Kredite auch im Sinne von Art. 109 GG und Art. 72 Abs. 1 HmbVerf anzusehen.

Daran ändert auch die Ausgestaltung als sog. ewige Anleihen nichts. Unzutreffend ist es deshalb auch, eine Rückzahlungsverpflichtung als Wesensmerkmal eines Darlehens und Kredits im Sinne des Art. 72 Abs. 1 HmbVerf<sup>43</sup> ansehen zu wollen. Bundesgesetzlich ist in Abs. 1 S. 2 von § 488 BGB bestimmt, dass die Rückzahlung von der Fälligkeit abhängt; nach dessen Abs. 3 hängt die Fälligkeit davon ab, dass einer der Vertragsparteien kündigt, wenn für die Rückzahlung eine Zeit nicht bestimmt ist. Wird die Kündigung dauerhaft und zulässigerweise ausgeschlossen, handelt es sich immer noch um ein Darlehen. Für Anleihen (meist in Form von Schuldverschreibungen) gilt, auch wenn sie nicht direkt unter den Anwendungsbereich der §§ 488 ff. BGB fallen, gleiches.<sup>44</sup> Für die Eigenschaft als Kredit, also der Überlassung von Kapital auf Zeit, ist also mitnichten erforderlich, dass der Darlehensnehmer das Darlehen nach einer bestimmten Zeit zurückzahlt – was im Übrigen auch schon durch die Vielzahl der Darlehen ohne feste Laufzeit belegt wird, die eben ohne Kündigung unbefristet Jahre oder Jahrzehnte laufen. Auch im wirtschaftlichen Ergebnis führt eine sog. ewige Anleihe dem Staatshaushalt unmittelbar die vereinbarte Geldmenge zu und zwar gegen Zahlung von Zinsen über einen dann unübersehbaren Zeitraum.<sup>45</sup> Insgesamt betrachtet bedarf mithin die Frage, ob ein Kapitalzufluss

38 So etwa Hauser, in: Heuer/Engels/Eibelschäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Art. 115 (2011) Anm. 8.

39 Siehe nur BeckOGK/Binder, 1.3.2022, BGB § 488 Rn. 19 ff. m.zahlr.w.N.

40 Vgl. BT-Drs. 14/7010 S. 13.

41 So schon BT-Drs. 14/7010 S. 13.

42 BT-Drs. 16/1336 S. 14.

43 So aber Stüber, in: David/Stüber, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2020, Art. 72 Rn. 22.

44 Vgl. dazu Müller-Eising/Bode, BKR 2006, 480 ff.

45 Zumal sog. ewigen Anleihen nie – wie andere Bonds - mit einem negativen Zinssatz am Markt zu platzieren sind oder

als Kredit im Sinne des Art. 72 Abs. 1 wie auch des Art. 109 Abs. 3 und 115 Abs. 1 GG zu werten ist, einer genauen Betrachtung im Einzelfall und keiner die bundesgesetzlichen Normen oft nicht hinreichend berücksichtigenden Pauschalisierungen oder gar schlichten Behauptungen.

### 3. Alternative Finanzierungsformen, insbes. Leasing

An und für sich könnte die genaue Aufzählung der in § 4 Abs. 1 des Bundesschuldenwesengesetzes genannten Instrumente bedeuten, dass es dem Bund nicht erlaubt ist, andere als die dort genannten für die Kreditaufnahme zu nutzen. Das gilt aber nicht für die Länder. Ohnehin ist keineswegs sicher, ob die dort aufgeführten oder unter die Auffangklausel subsumierbaren Produkte – je nach ihrer ganz konkreten Ausgestaltung und nicht als Typus – überhaupt „Kredite“ im Sinne des Art. 109 Abs. 3 S. 1 GG sind und erst recht nicht, dass ein dort nicht genanntes Produkt nicht auch ein solches im Sinne des Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG bzw. Art. 72 Abs. 1 HmbVerf ist. Es ist daher in jedem Fall zu prüfen, ob es sich nicht um eine Konstruktion handelt, die einer möglicherweise auf den ersten Blick verdeckten Kreditaufnahme gleichkommt bzw. als Kredit im Normsinne zu werten ist. Auch hier will ich nur die wichtigste in Betracht kommende Alternative behandeln, das Leasing.

Der Begriff „Leasingvertrag“ umfasst nach dem gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauch einen Vertrag, mit dem eine der Parteien der anderen Partei einen Kredit zur Finanzierung der Nutzung eines Gegenstands, dessen Eigentümerin sie bleibt und den die andere Partei bei Vertragsende zurückgeben oder kaufen kann, im Wege der Miete gewährt, wobei die meisten mit dem rechtlichen Eigentum verbundenen Chancen und Risiken während der gesamten Laufzeit des Vertrags auf die andere Partei übergehen.<sup>46</sup> Leasingverträge sind nach h.M. in der zivil- wie auch der öffentlichen-rechtlichen Rechtsprechung und Literatur als atypische Mietverträge zu behandeln, weil ihr Vertragsgegenstand die entgeltliche Gebrauchsverschaffung und -belassung des Leasinggutes ist<sup>47</sup> und sich der dem Leasingnehmer zugute kommende Vorfinanzierungseffekt rechtstechnisch nicht ihm gegenüber, sondern in der Sphäre des Leasinggebers vollzieht, den die Pflicht trifft, die Finanzierung zu organisieren.<sup>48</sup> Solche Verträge werden vom EuGH nicht als klassische Bankdienstleistungen angesehen.<sup>49</sup> Doch kommt es auf die konkrete Vertragsgestaltung an.

#### a) *Verträge ohne Kaufverpflichtung*

Wenn der Vertrag wie etwa im KfZ-Leasing weithin keine Verpflichtung des Leasingnehmers vorsieht, den Gegenstand des Vertrags am Ende seiner Laufzeit zu kaufen, besteht er zwar auch zum einen aus einem Kreditelement in Form einer Finanzierungshilfe und zum anderen aus einem Mietelement, während eines bestimmten Zeitraums ein dem Leasinggeber gehörendes

waren.

46 EuGH, Urt. v. 21.12.2023 - C-38/21, C-47/21, C-232/21 BMW Bank, ECLI:EU:C:2023:1014 Rn. 134 = BeckRS 2023, 36805.

47 BGH NJW 1990, 1113; Arnold, DStR 2002, 1049 (1053).

48 Mankowski/Knöfel, in: Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, Bd. I, § 23 Rn. 36 m.w.N.

49 Im Sinne von Art. 2 Buchst. b RL 2002/65 EuGH, Urt. v. 21.12.2023 - C-38/21, C-47/21, C-232/21 BMW Bank, ECLI:EU:C:2023:1014 Rn. 142 = BeckRS 2023, 36805.

Fahrzeug zu nutzen. Ein solcher Vertrag unterscheidet sich aber in weiten Teilen nicht von einem langfristigen Mietvertrag, vorausgesetzt, der Vertrag sieht keine Verpflichtung zum Kauf des Fahrzeugs am Ende der Leasingzeit vor, der Leasingnehmer hat nicht die Vollamortisation der Kosten zu tragen, die demjenigen, der das Fahrzeug zur Verfügung stellt, für dessen Erwerb entstanden sind, und er trägt nicht die Risiken, die mit dem Restwert des Fahrzeugs bei Vertragsende verbunden sind.<sup>50</sup> Ein solcher Vertrag kann daher nach der Rechtsprechung des EuGH noch nicht einmal als Vertrag über eine Finanzdienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung und auch nicht als Vertrag über den Vertrieb einer „Finanzdienstleistung“ eingestuft werden. Solche Verträge sind also definitiv keine Kredite.

### **b) Verträge mit Kaufverpflichtung oder Andienungs- oder Erwerbsrechten**

Ganz anders ist dies bei Verträgen, bei denen der Leasingnehmer am Ende der Laufzeit das Leasinggut zu Eigentum erwerben muss oder der Leasinggeber frei darüber entscheidet, ob er dies tun muss (sog. Andienungsrecht). Gleiches gilt, wenn dem Leasingnehmer von vornherein ein Erwerbsrecht eingeräumt wird. Diese Vertragsgestaltungen sind zum einen ökonomisch zu allermeist auf Vollamortisation des Leasinggebers gerichtet und stehen für den Leasingnehmer einer klassischen Finanzierung zum Erwerb des Objekts fast gleich, weil hier die nur zeitweilige Nutzungsmöglichkeit in den Hintergrund tritt. Solche Verträge sind daher auch als Kredite i.S.d. Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG bzw. i.S.d. entsprechenden Regelungen in den Landesverfassungen anzusehen, in dem das Leasinggut als „Einnahme“ zu werten ist.

### **c) Sonderform „sale-and-lease-back“**

Beim einem sog. „sale-and-lease-back“-Leasingvertrag wird das Eigentum an einer Mobilität oder Immobilie durch einen Kaufvertrag auf den Leasinggeber übertragen, der das Gut an den Verkäufer (Leasingnehmer) vermietet. Zu einer Sonderfallkonstellation, dem sog. Liegenschaftsmodell des Landes Schleswig-Holstein, hat das BVerfG ausdrücklich offengelassen, ob die daraus resultierenden Einnahmen so zu behandeln sind als seien sie Einnahmen aus Kredit.<sup>51</sup> In dem speziellen Fall war vorgesehen, Liegenschaften des Landes zum Verkehrswert an die praktisch landeseigene Investitionsbank zu veräußern und die veräußerten bebauten und unbebauten Grundstücke langfristig zur Marktmiete zurück zu mieten, um eine effiziente Bewirtschaftung der Landesliegenschaften zu ermöglichen, den Haushalt zu entlasten und die Neuverschuldung zu reduzieren.<sup>52</sup> Zur Finanzierung des Kaufpreises sollte die Investitionsbank selbst einen Kredit in Höhe von 1 Milliarde DM aufnehmen und diese Summe dann planmäßig an das Land abführen. In der Tat käme dies einem Liquiditätszufluss mit Rückzahlungsverpflichtung und einer Kreditaufnahme durch die Hintertür gleich, wenn das Handeln der Investitionsbank dem Land zuzurechnen ist.

Maßgeblich ist aber nicht, dass das Land und insbesondere die späteren Haushalte durch den Schuldendienst in Gestalt von Mietzahlungen belastet werden; das ist die Folge eines jeden mittel- oder langfristigen Miet- oder Leasingvertrages und keine Kreditierung. Entscheidend ist in diesem Fall vielmehr, dass der Kredit zur Kaufpreisfinanzierung von einer landeseigenen

50 Auf eine Verpflichtung, den Wertverlust des Fahrzeugs bei übermäßiger Nutzung auszugleichen, kommt es hingegen nicht an.

51 BVerfGE 99, 57 = BeckRS 1998, 22678 Rn. 39.

52 BVerfGE 99, 57 = BeckRS 1998, 22678 Rn. 1.

Bank, also gleichsam dem Staat aufgenommen wurde und von eben diesem über die Haushaltsmittel auch wieder abgetragen wird. Nur in dieser Konnexität liegt eine (verdeckte) Einnahme aus Kredit vor, nämlich der Vereinnahmung des Kaufpreises vom Haushalt, der aus einem Darlehen stammt, das der Staat in Gestalt seiner Landesbank selbst aufgenommen hat.<sup>53</sup>

### III. Nutzung von Sondervermögen

Lassen Sie mich nun kurz auf die Sondervermögen eingehen: Abgesehen vom Ausnahmetatbestand des Art. 109 Abs. 3 Satz 2 GG, wonach Bund und Länder<sup>54</sup> auf die konjunkturelle Entwicklung sowie Naturkatastrophen oder außergewöhnliche Notsituationen reagieren können, lässt das GG wie die Haushaltsgesetze des Bundes und der Länder nur die Bildung von Sondervermögen zur Erfüllung bestimmter Aufgaben zu.<sup>55</sup> Die Klimakrise als solche und auch die Transformations-Herausforderungen der Wirtschaft begründen keine Notlage im Sinne des Haushaltsrechts.

#### 1. Bildung neuer Sondervermögen

Die derzeit bekanntesten Sondervermögen des Bundes sind die zur Stärkung der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit in Höhe von bis zu 100 Milliarden Euro gemäß Art 87a GG, für welches das GG geändert werden musste, und das noch aus der Kohl-Zeit stammende Sondervermögen Deutsche Bundespost.<sup>56</sup> Im Kreditfinanzierungsplan des Haushaltsgesetzes 2024 werden zahlreiche anderen Sondervermögen genannt („Aufbauhilfe“, „Aufbauhilfe 2021“, „Ausbau ganztägiger Bildungs- und Betreuungsangebote für Kinder im Grundschulalter“, „Digitale Infrastruktur, „Kinderbetreuungsausbau“, „Klima- und Transformationsfonds“, „Kommunalinvestitionsförderungsfonds“ und „Vorsorge für Schlusszahlungen für inflationsindexierte Bundeswertpapiere“).

Die Etablierung neuer kreditfinanzierter nicht rechtsfähiger Sondervermögen sind von der Schuldenbremse ausgenommen, drohen aber das Neuverschuldungsverbot der Artt. 109, 115 GG auszuhöhlen.<sup>57</sup> Sie sind – wie die Entscheidung des Hessischen Verfassungsgerichts vom 27.10.2021<sup>58</sup> auf Landesebene deutlich gemacht hat – nur unter strengen Voraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig, insbesondere im Hinblick darauf, ob und in welcher Intensität sie das Budgetrecht des Landtags beeinträchtigen. Auf Länderebene hat bspw. Bremen jüngst ein Sondervermögen „Klimaneutrale Transformation der Wirtschaft“ mit den Stimmen der Regierung und der CDU beschlossen. Die übrige Opposition kann dagegen nur deswegen nicht klagen, weil ihr dazu das erforderliche Quorum von zwanzig Prozent der Abgeordneten nach

53 Im Ergebnis ebenso Kirchhof, DÖV 1999, 242 ff.

54 Der Ausnahmetatbestand für Naturkatastrophen oder außergewöhnliche Notsituationen findet sich auf Länderebene bspw. in Art. 72 Abs. 3 Satz 1 HmbVerf.

55 Bspw. § 106 Abs. 2 und 3 HmbLHO.

56 Vgl. Art. 87f Abs. 2 u. 3, 143b Abs. 1 GG

57 Richtig Lendermann, in: Hopt/Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2. Aufl., § 4 BSchuWG I. 1. Rn. 6.

58 HessStGHG, NVwZ 2022, 147 ff.

Art. 140 Abs. 1 der Bremischen Landesverfassung fehlt. Auch in Hamburg gibt es solche Sondervermögen. Bei ihnen handelt es sich um rechtlich unselbstständige, abgesonderte Teile des Vermögens der Freien und Hansestadt Hamburg mit eigener Wirtschaftsführung und eigenem Rechnungswesen, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zur Erfüllung bestimmter Aufgaben geschaffen werden.

Dabei gelten – wie das BVerfG zum Zweiten Nachtragshaushaltsgesetz 2021 klar gestellt hat<sup>59</sup> – die für Aufstellung des Haushalts geltenden Prinzipien der Jährlichkeit, Jährigkeit und Fälligkeit ebenfalls. Das BVerfG betont, dass auch juristisch unselbstständige Nebenhaushalte von dem Verbot der Neuverschuldung nach Art. 109 Abs. 3 S. 1, Art. 115 Abs. 2 GG umfasst werden, weshalb die allgemeinen Anforderungen aus dem Zeitbezug der Schuldenbremse bei dem Einsatz eines Sondervermögens im Grundsatz anwendbar bleiben.

## 2. „Revalutierung“ der bisherigen Sondervermögen

Von der politisch und rechtlich schwierigen Bildung neuer Sondervermögen abgesehen, fällt Art. 143d Abs. 1 S. 2 2. Halbs. GG ins Auge, wonach die bis zum 31.12.2010 bestehenden Kreditermächtigungen für bereits eingerichtete Sondervermögen unberührt blieben. Hier stellt sich die Frage, ob angesichts der bestehenden Kreditermächtigungen, die eben von der Schuldenbremse nicht erfasst werden, nicht eine – natürlich nach wie vor zweckgebundene – Revitalisierung in Betracht kommt. Bei Darlehen nennt man dies im Fachjargon Revalutierung, wobei – das Einverständnis des Gläubigers vorausgesetzt – die Kreditzusage wieder bis zur vollen Höhe ausgeschöpft wird, ggf. sogar unter Anpassung weiterer Konditionen. Hier könnten sich je nach Begründung und Ausgestaltung der Sondervermögen auf Bundes- und Landesebene ganz erhebliche Spielräume eröffnen, deren Nutzung allerdings parlamentarisch zur Haushaltsverantwortung abgesichert werden sollten oder auch müssten.

## IV. Schlussfolgerung mit Beispielen

Mit Einführung der Schuldenbremse hat sich der Gesetzgeber endlich von dem seit Ende der 1960er-Jahre verfolgten Modell gelöst, Kredite seien ein modernes Instrumentarium<sup>60</sup> zu Zwecken antizyklischer Finanzpolitik.<sup>61</sup> Wie aber lassen sich nun angesichts der enormen finanziellen Herausforderungen Auswege aus der Schuldenfalle für Bund und Länder finden? Bei kluger Ausschöpfung der vorhandenen Möglichkeiten lässt sich der Bedarf in vielen Sektoren mittels der genannten Alternativen zur Aufnahme von eigenen Krediten und dem damit erst möglichen Erwerb von Gütern aller Art decken. Miete, Pacht oder Leasing sind in Zeiten leerer Kassen dem eigenfinanzierten Kauf von Immobilien oder von sehr hochpreisigen Mobilien m.E. eindeutig vorzuziehen.

Dazu zum Schluss ein praktisches Beispiel: So will die Polizei in NRW in den nächsten

59 BVerfG, NJW 2023, 3775 Rn. 174.

60 Siehe BT-Drs. V/3605, S. 13.

61 Vgl. Stern, StaatsR, Bd. II, 1980, S. 1072.

drei Jahren bis zu 3000 ausgemusterte Streifenwagen und andere Dienstautos versteigern lassen. Alle Fahrzeuge wurden angeschafft, oft nachträglich umgerüstet und müssen jetzt wieder zurückgebaut werden, um sie am Markt anbieten zu können. Das Land trägt das volle Erlösrisiko und kann sich dabei nicht wie die großen Leasinggeber, die in diesem Sektor meist den Herstellern selbst gehören, auf eine feste Struktur stützen. Diese geben Leasingfahrzeuge oft in ihr Händlernetz zurück und erzielen gute Preise. Drittfirmen zur Verwertung können dies meist nicht und müssen die Fahrzeuge oft ins Ausland, zumeist in östliche Staaten verkaufen, wo die Preise unter denen in Deutschland liegen und erhebliche Transportkosten anfallen. Insgesamt ist der Erwerb einmalig teuer und die anschließende Verwertung risikoreicher und meist geringer als durch die Herstellerorganisationen. Die nur für die Nutzungsdauer zu entrichtenden Leasingraten kommen den Staat demgegenüber in der Summe oft viel günstiger; feste Restwerte lassen das Geschäft zudem langfristig gut kalkulieren.

Mit meinen vorherigen Ausführungen möchte ich zugleich zur Diskussion stellen, ob es insgesamt betrachtet wirklich einer grundlegenden Reform des Normbestandes oder gar der vollständigen Aussetzung der Schuldenbremse bedarf. Bequemer wäre dies allemal, ob es aber auch opportun wäre, ist doch sehr zweifelhaft.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



## **F. Schuldenbremse – Nach fest kommt lose?: Das Notverschuldungsrecht im Mehrebenensystem des Grundgesetzes nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts**

*Lars Brocker\**

### **I. Vorbemerkung**

Verfassungsrichter sind, wie es der erste Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Höpker-Aschoff* plastisch formuliert hat, „nur Knechte im Weinberg des Rechts und nur den Gesetzen Gehorsam schuldig“. Sie buchstabieren als solche die Vorgaben der Verfassung autoritativ aus, dürfen ihre Kompetenzen aber auch nicht überdehnen. Dabei spielt stets eine Rolle, wie sehr die Schraube angezogen wird, die den Abstand zwischen verfassungsgerichtlicher Kontrolle und dem originären Funktionsbereich des Gesetzgebers – in diesem Fall dem Haushaltsgesetzgeber in Zusammenhang mit dem Königsrecht des Parlaments, dem Budgetrecht – markiert. Haushaltsplan und -gesetz sind nicht nur fiskalische Instrumente, sondern in erster Linie eine in Zahlen gegossene politische Agenda. Die Schraube darf daher insbesondere in diesem Kontext nicht überdreht werden, denn „nach fest kommt lose“, d.h. eine Verfassungsbestimmung könnte sich in ihrer autoritativen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht im schlimmsten Fall als (dann) dysfunktional erweisen.

Die Auslegung und Anwendung der Verfassung (wie auch sonst des Rechts) ist letztlich (zumindest auch) ein schöpferischer Akt. Dies gilt umso mehr, wenn eine Norm erstmals der Konkretisierung unterzogen wird, wie es das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 15. November 2023<sup>1</sup> zu den verfassungsgerichtlichen Anforderungen an notlagenbedingte Kreditaufnahmen (Art. 109 Abs. 3 Satz 1 und 2, Art. 115 Abs. 2 Satz 1 und 6 GG) getan hat. Die sogenannte Schuldenbremse ist damit auf Bundesebene verfassungsgerichtlich ausbuchstabiert und „scharf gestellt“ worden. Vorausgegangen sind zwei Entscheidungen von Verfassungsgerichten der Länder – Hessen (27. Oktober 2021)<sup>2</sup> und Rheinland-Pfalz (1. April 2022)<sup>3</sup> –, mit denen sich das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich auseinandergesetzt hat. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang auch Feststellungen zu unselbständigen Sondervermögen (Nebenhaushalten), zur Jährlichkeit (Art. 110 Abs. 2 Satz 1 GG – konkret zum Grundsatz der Vorherigkeit) getroffen, sowie zur Jährlichkeit und Fälligkeit. Außerdem hat es in einem Akt seltener Rigorosität und ohne nähere Begründung (und für viele überraschend) keine – zumindest teilweise – Fortgeltungsanordnung getroffen bzw. den Nichtigkeitsausspruch nicht auf die Wirkung *ex nunc* beschränkt.<sup>4</sup> Konkret bedeutet dies, dass die in Rede stehenden 60 Mrd. EUR sofort einzusparen waren; von dem Bundesministerium der Finanzen wurde kurz

\* Prof. Dr. Lars Brocker ist Präsident des VerfGH und des OVG Rheinland-Pfalz.

1 BVerfG, Urteil vom 15.11.2023 – 2 BvF 1/22, NVwZ 2023, 1892 ff.

2 StGH Hessen, Urteil vom 27.10.2021 – P.St. 2783 u.a., juris.

3 VerfGH RP, Urteil vom 1.4.2022 – VGH N 7/21, juris.

4 BVerfG, Urteil vom 15.11.2023 – 2 BvF 1/22, NVwZ 2023, 1892 (1906 Rn. 230 f.).

nach der Verkündung des Urteils eine Haushaltssperre verhängt. Das von dem Bundesverfassungsgericht gefundene Ergebnis überzeugt nur teilweise.

## II. Darstellung und Kritik des Urteils des Bundesverfassungsgerichts

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, warum die Entscheidung – die sich schon auf den ersten Blick durch einen überbordenden Maßstabsteil und einen vergleichsweise kurzen und knappen Subsumtionsteil auszeichnet – im Großen und Ganzen Zustimmung verdient (1.), aber gleichwohl in ihrer überschießenden Tendenz politische Handlungsspielräume an entscheidenden Stellen ohne Not und über Gebühr verkürzt (2.) und in dieser Rigorosität auch angesichts der Funktionsgrenzen der Staatsorgane als nicht unproblematisch erscheint (3.). Die Schraube könnte hier teilweise zu weit gedreht worden sein, so dass eine zu strenge Rechtsprechung (auch ungewollt) aus politischer (und ökonomischer) Sicht dringenden gesetzgeberischen Korrekturbedarf auslösen könnte. Denn die Schuldenbremse ist bei allem Verständnis für das gebotene Ziel der Staatsschuldenbegrenzung letztlich doch ein Korsett für Politik und Staat, das innerstaatliche Souveränität und politische Handlungsspielräume verkürzt und grundsätzliche Auswirkungen auf das Gemeinwesen hat. Daran schließen sich einige Bemerkungen zu den Auswirkungen der Rechtsprechung auf die Länder an (4.), woran sich ein knapper Hinweis anschließt, aus gegebenem Anlass möglichst rasch in einen konzentrierten (und konzertierten) Prüfungsprozess einzutreten, um notwendigen Reformbedarf zu identifizieren und entsprechend zu handeln (5.).

### 1. Notlagenbedingte Kreditaufnahme

Das Bemerkenswerteste an dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist bereits auf den ersten Blick die weit ausgreifende Maßstabbildung. Das Gericht hat offenkundig die Gelegenheit genutzt, auch nicht entscheidungserhebliche Aspekte des Notverschuldungsrechts auszubuchstabieren; die Gelegenheit hierzu kommt ja auch nicht allzu häufig,<sup>5</sup> so dass ein Gericht leicht der Versuchung erliegen kann, mehr zu sagen, als die Lösung des Falles erfordert.

Um es kurz zu machen: Das Bundesverfassungsgericht sichert die „Krisenkonnexität“ der notlagenbedingten Kreditaufnahme vor allem dadurch ab, dass es (insoweit ausdrücklich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz und des Staatsgerichtshofs Hessen) als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Schuldenregel überzeugend einen „sachlichen Veranlassungszusammenhang“ zwischen der festgestellten Notsituation und dem Überschreiten der Kreditgrenze fordert.<sup>6</sup> Während der

5 Dies gilt zumindest solange, wie nicht das Gericht der Versuchung erliegen sollte, entgegen den Vorgaben des Grundgesetzes ein Grundrecht auf Einhaltung des Verbots der Nettoneuverschuldung zur Absicherung demokratischer Teilhabe etwa in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG zu „finden“ bzw. zu erfinden (vgl. in diese Richtung bereits *S. D. Meyer*, NVwZ 2023, 1698 [1700 ff.]; *ders.*, DÖV 2024, 90 [100]), um im Wege der „Grundrechtsexpansion“ (vgl. dazu eingängig *Dreier*, DÖV 2024, 413 ff.) seine Zugriffs- und Kontrollmöglichkeit durch Eröffnung der Verfassungsbeschwerde prozessual zu erweitern.

6 BVerfG, Urteil vom 15.11.2023 – 2 BvF 1/22 – NVwZ 2023, 1892 (1896 Rn. 126 ff.) m.w.N.

Umstand, ob eine Naturkatastrophe oder außergewöhnliche Notsituation vorliegt, die sich der Kontrolle des Staates entzieht, der vollen verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterliegt, ist die Überprüfungsichte hinsichtlich des Veranlassungszusammenhangs ebenso wie für das Erfordernis einer erheblichen Beeinträchtigung der staatlichen Finanzlage und für die Ausgestaltung der Rückführung der aufgenommenen Kredite binnen eines angemessenen Zeitraums eingeschränkt. Für beide Fragen kommt dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu.<sup>7</sup> Die Inanspruchnahme der notlagenbedingten Kreditaufnahme unterliegt richtigerweise insbesondere keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>8</sup>

Hiermit wäre der Fall schon zu lösen gewesen;<sup>9</sup> bereits danach war eine „Umwidmung“ bzw. „Umbuchung“ der in Rede stehenden ungenutzten „Corona-Kreditermächtigungen“ in Höhe von 60 Mrd. EUR im Wege der Zuführung an den „Energie und Klimafonds“ (EKF) ausgeschlossen. Die Klimakrise war nicht der Grund für die Notkredite und konnte es auch nicht sein, wie übrigens auch bereits der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz für den strukturell ähnlich gelagerten Fall entschieden hatte, dass derartige Klimaschutzziele bereits in sog. Coronakredite „eingewebt“ werden und es deshalb an einem Veranlassungszusammenhang fehlt.<sup>10</sup> Die nachträgliche Umwidmung derartiger Notkredite geht noch darüber hinaus und ist damit vom Bundesverfassungsgericht zutreffend für verfassungswidrig erklärt worden.

## 2. Jährlichkeit, Jährigkeit, Fälligkeit und Einrichtung von Sondervermögen

Die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts zu der die Notlagenkredite beschränkenden Wirkung der Grundsätze der Jährlichkeit und Jährigkeit und der damit einhergehenden Begrenzung der überjährigen Einrichtung und Bewirtschaftung von Sondervermögen<sup>11</sup> ist vor diesem Hintergrund demgegenüber zum einen überflüssig und zum andern in seiner Tendenz überschießend. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit ausgeführt:

„In einem engen funktionalen Zusammenhang zu dem in Art. 110 Abs. 2 Satz 1 GG ausdrücklich verankerten Prinzip der Jährlichkeit der Haushaltsaufstellung steht das Prinzip der Jährigkeit des Haushaltsvollzugs; während Ersteres Anforderungen an die Periodizität der Aufstellung des Haushalts stellt, adressiert Letzteres die Frage nach dem Geltungszeitraum der Ermächtigungen in den Haushaltsplänen [...]. Das inhaltliche Prinzip der Jährigkeit ergänzt das äußerliche Prinzip der Jährlichkeit in seiner Schutzwirkung zugunsten des parlamentarischen Budgetrechts, indem es verhindert, dass der Entscheidungsspielraum künftiger Haushaltsgesetzgeber durch fortwirkende Vorfestlegungen aus früheren Haushalten eingeschränkt wird [...]. Es verhindert damit eine Lastenverschiebung in die Zukunft.“<sup>12</sup>

Das einfachgesetzliche Jährigkeitsprinzip wird damit vom Bundesverfassungsgericht in Verfassungsrang erhoben und dies letztlich im Wege einer bloßen semantischen Verknüpfung mit dem Jährlichkeitsprinzip. Dieser Schluss vom einfachen Recht auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben kann schon systematisch nicht überzeugen.<sup>13</sup>

7 BVerfG, Urteil vom 15.11.2023 – 2 BvF 1/22, NVwZ 2023, 1892 (1895 Rn. 115 ff.).

8 BVerfG, Urteil vom 15.11.2023 – 2 BvF 1/22, NVwZ 2023, 1892 (1898 Rn. 144 ff.); vgl. auch VerfGH RP, Urteil vom 1.4.2022 – VGHN 7/21 –, juris Rn. 111 ff. m.w.N.

9 Vgl. insoweit zutreffend auch *Pracht*, NVwZ 2023, 1906 (1907).

10 VerfGH RP, Urteil vom 1.4.2022 – VGHN 7/21, juris Rn. 108, 150.

11 BVerfG, Urteil vom 15.11.2023 – 2 BvF 1/22, NVwZ 2023, 1892 (1899 Rn. 155 ff.).

12 BVerfG, Urteil vom 15.11.2023 – 2 BvF 1/22, NVwZ 2023, 1892 (1899 Rn. 159-162).

13 *Fisahn*, ZUR 2024, 67 (70); *Korioth*, JZ 2024, 43 (45 ff.); *Stüber*, DÖV 2024, 366 (370 f.); *Waldhoff*, ZG 2024, 83 (91).

Mit einer weiteren Umdrehung werden die Spielräume des Haushaltsgesetzgebers sodann noch weitergehend verengt: Denn praktisch der Boden entzogen wird der Einrichtung von Sondervermögen und einer flexiblen Handhabung von Kreditermächtigungen zur Überwindung von Notlagen schließlich durch den zusätzlichen Streich, dass das Jährlichkeitsprinzip wiederum um das haushaltsrechtliche Prinzip der kassenwirksamen Fälligkeit angereichert wird. Für die Berechnung der zulässigen Gesamtkreditaufnahme in einem Haushaltsjahr soll damit nicht die Ermächtigung der Kreditaufnahme maßgeblich sein, sondern die tatsächliche Aufnahme der Kredite.

Diese Vermischung verschiedener zum Teil verfassungsunmittelbarer und zum Teil lediglich einfachgesetzlicher Vorgaben des Haushaltsrechts legt dem Haushaltsgesetzgeber nicht nur Fesseln an, die mit der Grundintention des Notverschuldungsrechts, nämlich die Handlungsfähigkeit des Staates bei der Krisenbewältigung ungeschmälert zu gewährleisten, kaum in Einklang zu bringen sind.<sup>14</sup> Das ist auch dogmatisch nicht überzeugend.<sup>15</sup> Ausgangspunkt der Prüfung ist insofern richtigerweise (und so hat es im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz gemacht) das Budgetrecht des Parlaments. Der Haushaltsgesetzgeber darf sich nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure – auch im Hinblick auf deren zeitliche Streckung – seiner Budgetverantwortung entäußern. Für die Einrichtung mehrjährig zu bewirtschaftender Sondervermögen kann es aber gewichtige sachliche Gründe geben, die der mit einer solchen Konstruktion verbundenen Schwächung der parlamentarischen Rückbindung (und Kontrolle) im konkreten Einzelfall die Waage halten. Der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz z.B. hat für die Einrichtung des Corona-Sondervermögens die Intention des Haushaltsgesetzgebers, eine Bündelung und transparente Darstellung der Mittel zu ermöglichen und den betroffenen Bereichen ein Höchstmaß an Planbarkeit und Verlässlichkeit zu verschaffen, ausdrücklich ausreichen lassen.

Im Übrigen geht auch Art. 110 Abs. 2 Satz 1 GG vom Grundsatz der Jährlichkeit des Haushaltsplans aus, lässt aber auch die Feststellung eines Haushaltsplanes für mehrere Haushaltsjahre zu. Die Verfassung verbietet die Einrichtung von Sondervermögen gerade nicht.

Schließlich schafft die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insoweit ökonomisch unsinnige Fehlanreize („hau das Geld raus“; „nimm Geld auf, bevor Du es tatsächlich brauchst“). Denn es erklärt mit einem Federstrich für Notkredite sowohl § 18 BHO (Ermächtigung für Einnahmen aus Krediten bis zum Ende des nächsten Haushaltsjahrs) und § 5 HGrG (Verpflichtungsermächtigungen für künftige Jahre) für nicht anwendbar.

Die Hoffnung, dass sich diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – einschließlich des befürchteten Dominoeffekts auf die in den Ländern eingerichteten Sondervermögen –<sup>16</sup> durch die einfachrechtliche Klärung der Frage, wie das Instrument der Verpflichtungsermächtigungen einzusetzen ist, lösen lässt,<sup>17</sup> erscheint angesichts der verfassungsrechtlichen Hochzönung des Prinzips der Jährigkeit durch das Bundesverfassungsgericht allzu optimistisch.

Die in weiser Voraussicht erfolgte verfassungsunmittelbare Absicherung des Sondervermögens Bundeswehr (Art. 87a Abs. 1a GG) im Jahr 2022<sup>18</sup> war daher auch unter diesem Gesichtspunkt ein Segen. Will man aber darüber hinaus das Instrument des Sondervermögens gerade für Notlagenkredite künftig nicht leerlaufen lassen, bedarf es sicherlich entsprechender

14 *Fisahn*, ZUR 2024, 67 (70); *Korioth*, JZ 2024, 43 (45 ff.); *Stüber*, DÖV 2024, 366 (370 f.); *Waldhoff*, ZG 2024, 83 (91).

15 Vgl. ebd.

16 *G. Kirchhof*, NJW 2023, 3757.

17 *Waldhoff*, ZG 2024, 83 (91).

18 Vgl. dazu *Müller-Franken*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2024, Art. 87a Rn. 72 ff.

Modifikationen der Schuldenregel im Grundgesetz.<sup>19</sup>

### 3. Nichtigerklärung ex tunc

Die Rigorosität, aber mindestens Nonchalance, mit der das Bundesverfassungsgericht die Nichtigerklärung des Sondervermögens mit ex tunc-Wirkung ausgesprochen hat,<sup>20</sup> macht im Übrigen auch wenig Hoffnung, dass das Bundesverfassungsgericht künftig die politischen Auswirkungen seiner Entscheidungen im Haushaltsverfassungsrecht (wieder wie in der Vergangenheit) hinreichend in eine Folgenabwägung einstellen wird. Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Entscheidung eine Haushaltskrise ausgelöst. Es hätte zumindest nahegelegt, dass das Bundesverfassungsgericht etwas dazu ausführt, warum es von der die Funktionsgrenzen der Gewalten wahrenen Möglichkeit, die Nichtigerklärung auf die Aussprache ex nunc zu beschränken (wie es dies früher und der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz in einem vergleichbaren Fall getan hat), keinen Gebrauch gemacht hat. Auch der zugegebenermaßen durchaus als Warnhinweis zu verstehende Satz in dem Beschluss vom 22. November 2022 über die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung, es sei „derzeit davon auszugehen, dass die Kreditemächtigungen bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht in voller Höhe aufgebraucht sein werden“,<sup>21</sup> erscheint insoweit nicht als ausreichend.

### 4. Schuldenregeln in den Ländern

Es besteht ferner kein Zweifel daran, dass die Landesverfassungsgerichte der Länder die vom Bundesverfassungsgericht zur Notverschuldung entwickelten Grundsätze künftig werden beachten müssen, soweit die Vorgaben des Art. 109 Abs. 3 Satz 1 und 2, Art. 115 Abs. 2 Satz 1 und 6 GG auf die Schuldenregeln in den Ländern durchschlagen. Es handelt sich insoweit um Durchgriffsnormen des Grundgesetzes, die von den Landesverfassungsgerichten im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auszulegen sind und die unmittelbar Vorgaben für die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen machen.<sup>22</sup> Dies gilt selbstverständlich auch für die Schuldenregel in Art. 72 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg. Betroffen sind aber auch diejenigen Länder, die auf die Aufnahme einer „eigenen“ Schuldenbremse in der Landesverfassung verzichtet haben.<sup>23</sup> Ebenso könnte sich die Notwendigkeit ergeben, dass der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz und der Staatsgerichtshof Hessen ihre Rechtsprechung künftig entsprechend „nachscharfen“ müssen. Kurzum: Bund und Länder sind von dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts gleichermaßen und grundlegend in ihrer Haushaltswirtschaft betroffen.

19 Koriath, JZ 2024, 43 (48 f.).

20 BVerfG, Urteil vom 15.11.2023 – 2 BvF 1/22, NVwZ 2023, 1892 (1906 Rn. 230 f.); kritisch hierzu auch Koriath, JZ 2024, 43 (47 f.); Waldhoff, ZG 2024, 83 (91).

21 BVerfG, Beschluss vom 22.11.2022 – 2 BvF 1/22, NVwZ 2023, 326 (336 Rn. 236).

22 G. Kirchhof, NJW 2023, 3757.

23 A.A. Wernsmann/Geiß, NVwZ 2023, 1113 (1121).

## 5. Schluss: Reformbedarf ermitteln und rasch handeln

Der Befund liegt daher nahe, dass das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf das Prinzip der Jährigkeit, einschließlich des von ihm damit verknüpften haushaltsrechtlichen Prinzips der kassenwirksamen Fälligkeit, die Schraube zu sehr angezogen hat. Es hat auf diesem Wege die in seinem Urteil zunächst zutreffend entfaltetten weiten Spielräume des Haushaltsgesetzgebers in einem zweiten Schritt im Wesentlichen wieder eingesammelt, indem es für die Ausgestaltung von Notkrediten Zusatzanforderungen aufgestellt hat, die sich der Verfassung nicht entnehmen lassen. Seine rigiden Vorgaben für die Aufnahme und Ausgestaltung von Notlagenkrediten entfalten so gleichsam erdrosselnde Wirkung für den Haushaltsgesetzgeber in Bund und Ländern und stellen so die Frage nach der notwendigen Aufrechterhaltung der Handlungsfähigkeit des Staates insgesamt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber sollte daher überprüfen, ob eine ökonomisch sinnvolle Haushaltswirtschaft gerade in Zeiten der Notlagenbekämpfung auf das Instrument des ausgelagerten Sondervermögens und der überjährigen Bewirtschaftung von Kreditermächtigungen vernünftigerweise verzichten kann und sollte.

Der Blick könnte dabei aus aktuellem Anlass geweitet werden auf die Frage, ob die Schuldenregel in ihrer jetzigen Form nicht dringend notwendige Investitionen in den Klimaschutz (keine Notsituation i.S. der Schuldenregel) oder die Infrastruktur (Verkehrswegeinfrastruktur hat übrigens auch Implikationen für die Verteidigungsfähigkeit) entgegensteht.<sup>24</sup> Dies gilt umso mehr, als dass gerade in diesem Bereich langfristige Planungen notwendig sind, die mit einem zu rigoros verstandenen Jährigkeitsprinzip, wie es das Bundesverfassungsgericht zugrunde legt, in der Praxis kaum in Einklang zu bringen sein dürften. Der durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Schuldenbremse ausgelöste Nachsteuerungsbedarf erscheint daher offensichtlich. Es liegt nahe, die Schuldenbremse in ihrer, durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts ganz wesentlich verschärften, investitionsfeindlichen Wirkung abzumildern.<sup>25</sup>

Die Länder sollten schließlich bei dieser Gelegenheit thematisieren, warum eigentlich ihnen im Gegensatz zum Bund eine strukturelle Neuverschuldung (0,35 v.H. des BIP) versagt ist und insoweit auf eine Gleichbehandlung drängen. Eine derartige Bevorzugung des Bundes gegenüber den Ländern erscheint jedenfalls nicht als selbsterklärend.<sup>26</sup>

24 *Fisahn*, ZUR 2024, 67 (70 f.); *Köhne/Tiedemann*, DÖV 2024, 721 (728 f.); *Korioth*, JZ 2024, 43 (48 f.); *Waldhoff*, ZG 2024, 83 (93).

25 Vgl. auch *Köhne/Tiedemann*, DÖV 2024, 721 (728); *Korioth*, JZ 2024, 43 (48 f.); *Waldhoff*, ZG 2024, 83 (93).

26 *Köhne/Tiedemann*, DÖV 2024, 721 (728 f.); *Korioth*, JZ 2024, 43 (48); *Waldhoff*, ZG 2024, 83 (93).

## **G. Partizipation im 21. Jahrhundert – Von der repräsentativen zur direkten Demokratie? – Panel-Diskussion**

### **I. Volksgesetzgebung in der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg – Funktionen und Funktionalität direktdemokratischer Elemente**

*Kristina Hellwig\**

Seit 1996 beinhaltet die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg von 1952 das direktdemokratische Element der Volksgesetzgebung.<sup>1</sup> Aus einer historischen Perspektive sind direktdemokratische Elemente keine Innovation und in verschiedenen Versionen über die deutsche Verfassungsgeschichte hinweg zu beobachten.<sup>2</sup> Insbesondere die negativen Erfahrungen aus der Vergangenheit<sup>3</sup> führen jedoch regelmäßig zu einer gewissen Skepsis diesem Instrument gegenüber. Dennoch wurde auf Empfehlung der Enquete-Kommission<sup>4</sup> das Element der Volksgesetzgebung in die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg eingeführt und seitdem ist es ein nicht mehr wegzudenkender Teil politischer Praxis. Volksgesetzgebung stellt dabei eine Form der Ausübung von Staatsgewalt durch das Volk als Staatsorgan dar,<sup>5</sup> das im Rahmen der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg als Ergänzung zur repräsentativen Demokratie konzipiert wurde<sup>6</sup> und in keiner Weise die repräsentativen Elemente der Verfassung ersetzen soll. In der Theorie soll dieses Instrument der vertiefteren Partizipation dienen, die Integration unterschiedlicher Überzeugungen im demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozess verbessern, und eine Innovationsfunktion haben.<sup>7</sup> Diese Entwicklung hin zu der Einführung von plebiszitären Elementen ist auch in einigen weiteren Landesverfassungen erkennbar, auch wenn die Ausgestaltung im Detail unterschiedlich ausfällt.<sup>8</sup> Auch auf Bundesebene gibt es in einer gewissen Regelmäßigkeit Bemühungen ähnliche Volkspartizipationsverfahren einzuführen, bisher waren diese Versuche jedoch nicht erfolgreich.<sup>9</sup>

Im Lichte der nun deutlich aktuelleren Erfahrungswerte, stellt sich die Frage, wie sich dieses Instrument in der Praxis bewährt und welche Einflüsse es auf das politische Umfeld hat und haben könnte.

Eine ständige Herausforderung, der im Rahmen von Volksgesetzgebung begegnet werden

\* Kristina Hellwig ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Hamburg.

1 HmbGVBl. 1996, S. 77.

2 Siehe z.B. *Streng*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Einleitung 4: Hamburger Verfassungsgeschichte, Rn. 58, 113 u. 117-118.

3 Siehe hierzu z.B. *Streng*, „Genese der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg im Lichte des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland“, in diesem Band.

4 Enquete-Kommission Bü-Drs. 14/2600, S. 218 ff.

5 *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 50, Rn. 1.

6 *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 50, Rn. 1.

7 *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 50, Rn. 2. So auch bezüglich der Entwürfe zu vergleichbaren Normen auf Bundesebene *Roth*, „Das Politikmonopol der Parteien durchbrechen – Direkte Demokratie stärken“, in: Wirtschaftsdienst Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 2002, vol. 82(9), 515-517, 515 ff.

8 Siehe hierzu beispielsweise die Übersicht in *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 50, Rn. 4-9.

9 Siehe z.B. BT-Drs. 11/3826, 16/474, 17/1199, 17/13873 19/16, 20/6274.

muss, ist, dass je nach Ausgestaltung des Verfahrens, dieses mehr oder weniger anfällig für die Steuerung durch Einzelne und Partikularinteressen sein kann.<sup>10</sup> Auch wenn klar ist, dass die Organisation von direktdemokratischen Initiativen regelmäßig auf einzelne Interessengruppen zurückzuführen sind und dass diese nicht immer in gleicher Weise die Interessen des Volks repräsentieren können,<sup>11</sup> hat das Institut durchaus seine Daseinsberechtigung soweit dieser Gefahr begegnet wird. Die geforderten Mehrheiten für die einzelnen Verfahrensschritte sind dabei ein gewisser Kontrollmechanismus, der sicherstellen kann, dass erfolgreiche Initiativen auch tatsächlich die Wünsche und Interessen einer ausreichenden Menge von Individuen widerspiegeln. Verbesserungsbedarf wird jedoch teilweise gesehen zum Beispiel hinsichtlich der aktuellen Zustimmungsquoren.<sup>12</sup>

Auch die Möglichkeit, das Hamburgische Verfassungsgericht auf Antrag des Senats, der Bürgerschaft, eines Fünftels der Abgeordneten der Bürgerschaft oder der Volksinitiatoren über die Durchführung von Volksbegehren, Volksentscheide und Bürgerschaftsreferenden entscheiden zu lassen, stellt eine weitere Sicherung gegen Missbrauch des Instruments dar.<sup>13</sup> Dieses Instrument bietet die Möglichkeit, die Einhaltung verfassungsrechtlicher Grundsätze zu wahren und problematische Verfahren bereits frühzeitig zu stoppen. Es verhindert damit auch die Umgehung verfassungsrechtlicher Grundsätze über direktdemokratische Elemente. Und in der Tat wurde diese Möglichkeit der Überprüfung durch das Hamburgische Verfassungsgericht bereits mehrmals genutzt, so zuletzt auch bezüglich des Volksbegehrens „Hamburg Werbefrei“.<sup>14</sup>

Aus der allgemeinen Praxis zu den direktdemokratischen Verfahren können einige interessante Beobachtungen gezogen werden. Seit der Einführung der Volksgesetzgebung im Jahr 1997 bis 2024 gab es ca. 68 Verfahren von denen sieben zu Abstimmungen und fünf im Sinne der Initiative zum Erfolg führten.<sup>15</sup>

So lässt sich beispielsweise erkennen, dass nicht alle Initiativen in vollständiger Weise die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen beachtet haben.<sup>16</sup> Welche Folgen dies für das Instrument als Ganzes hat, lässt sich jedoch derzeit nicht abschließend klären. Gerade die Verfahren, die an einer fehlenden Gesetzgebungskompetenz scheiterten, werfen jedoch die Frage auf, ob solche Initiativen nicht sogar als politisches Statement instrumentalisiert werden und gar nicht primär den Zweck der Gesetzgebung verfolgen.

Andererseits lässt sich aber auch beobachten, dass Initiativen das frühzeitige Verständnis und die vertiefte Dialog zwischen Abgeordneten und der Bevölkerung zur Folge haben können und vielleicht sogar einer Politikverdrossenheit entgegenwirken können.<sup>17</sup> In Einzelfällen haben sie sogar zu anderweitigen Einigungen geführt und konnten damit auch außerhalb des Instruments der Volksgesetzgebung Abhilfe schaffen.

10 *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 50, Rn. 3.

11 *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 50, Rn. 3.

12 *Trepoll*, „Gegen „Politikverdrossenheit“ und für mehr Vertrauen der Bevölkerung in den Staat: Ausbau der Bürgerbeteiligung notwendig“, in diesem Band.

13 Art. 50 Abs. 6 HmbVerf. So auch bezüglich der Entwürfe zu vergleichbaren Normen auf Bundesebene *Roth*, „Das Politikmonopol der Parteien durchbrechen – Direkte Demokratie stärken“, in: Wirtschaftsdienst - Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 2002, vol. 82(9), 515-517, 517.

14 HmbVerfG, Urteil v. 06.09.2024 - HVerfG 1/23.

15 Hamburg, Behörde für Inneres und Sport, „Übersicht der Volksabstimmungen in Hamburg seit 1997“, <https://www.hamburg.de/resource/blob/890736/1532bedd9b6b5874e5b78682dcc155cf/uebersicht-ueber-volksabstimmungen-in-hamburg-data.pdf>.

16 Siehe hierzu *Nowrot*, „Volkspartizipationsverfahren gemäß Art. 50 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg – Direkte Demokratie zwischen gelungenen rechtlichen Rahmenbedingungen und partiell „hemdsärmeliger“ Nutzungspraxis“, in diesem Band.

17 So auch *Trepoll*, „Gegen „Politikverdrossenheit“ und für mehr Vertrauen der Bevölkerung in den Staat: Ausbau der Bürgerbeteiligung notwendig“, in diesem Band; *Thürer*, „Direkte Demokratie in Deutschland?“, in: Legal Policy Forum, 2007, vol. 40, 5-22; *Solar*, „Regieren im Schatten der Volksrechte“, 2016, 423.

*Solar* geht sogar davon aus, dass ein Anteil der von ihm analysierten Verfahren in Hamburg (und Berlin) als ein Veto-Instrument genutzt worden sind und dass diese Verfahren das Ziel hatten, politische Entscheidungen zu korrigieren.<sup>18</sup>

Dies sind nur ein paar der vielen Beobachtungen, die bei einer genaueren Betrachtung der aktuelleren Erfahrungen mit den direktdemokratischen Elementen der Hamburgischen Verfassung gemacht werden können. Gerade bei der verfahrensrechtlichen Einführung, Gestaltung und Umgestaltung solch zentraler Instrumente ist es wichtig, aus den vergangenen positiven und negativen Erfahrungen zu lernen und die Instrumente entsprechend anzupassen. Auch für das Erkennen von Missständen hinsichtlich des aktuellen Verfahrens und potenzieller Verbesserungsnotwendigkeit kann die Betrachtung der aktuellen Praxis bedeutend sein. Wird also die Einführung solcher Elemente auf Bundesebene diskutiert, sind gerade die bisherigen Erfahrungen sicherlich nützlich. Doch auch auf Landesebene kann das Befassen mit diesem Instrument von Vorteil sein. Insgesamt hängt die immer wieder auflebende Diskussion rund um das Thema Volksbeteiligung aber auch in grundlegender Weise mit anderen aktuellen politischen Herausforderungen zusammen. Sowohl auf inhaltlicher als auch auf übergeordneter Ebene hat dieses Instrument ein gewisses Potenzial für positive aber auch für negative Entwicklungen zu sorgen bzw. instrumentalisiert zu werden. Während vereinzelte Gruppen die Volksgesetzgebung als Alternative zur repräsentativen Demokratie anbieten wollen, und dabei auf ein Misstrauen gegenüber aktuellen Vertretern bauen und dieses sogar bestärken, braucht das Verständnis und die tatsächlich effektive Nutzung dieses Instruments einer immer weitergehenden Erforschung seiner Stärken und Schwächen und der aktuellen praktischen Herausforderungen. Auch die Beobachtung wann dieses Instrument genutzt, angeboten oder verteufelt wird und was die tatsächlichen Gründe für diese Handlungen sind, kann hilfreiche Auskünfte über die aktuelle politische Stimmung, über (Un-)Zufriedenheit und bestehende Missstände liefern und das sogar über den Inhalt der Initiativen hinaus.

18 *Solar*, „Regieren im Schatten der Volksrechte“, 2016, 419-420.

## II. Volkspartizipationsverfahren gemäß Art. 50 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg – Direkte Demokratie zwischen gelungenen rechtlichen Rahmenbedingungen und partiell „hemdsärmeliger“ Nutzungspraxis

*Karsten Nowrot\**

Obgleich ursprünglich in der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg von 1952, im Unterschied zur Verfassung von 1921, nicht vorgesehen,<sup>1</sup> ist das direktdemokratische Instrument der Volksgesetzgebung gemäß Art. 50 HmbVerf – insofern einen allgemeinen Trend auf der Ebene der Länder (bekanntermaßen weiterhin jedoch nicht auf Bundesebene) widerspiegelnd – heute aus der politischen Praxis in Hamburg gleichsam nicht mehr wegzudenken.<sup>2</sup> Und das ist auch gut so. Ebenso wie andere formell ausgestaltete Volkspartizipationsverfahren wie beispielsweise die Volkspetition gemäß Art. 29 HmbVerf<sup>3</sup> dient auch diese Vorschrift aus übergreifender Perspektive betrachtet zunächst einmal der partizipativen und damit politischen Mitgestaltung der Bevölkerung an der Identifikation und Verwirklichung von öffentlichen Interessen des Gemeinwesens. Weiterhin, und auf dem Vorgenannten aufbauend, bringt auch die in Art. 50 HmbVerf verankerte normative Ordnungsidee direkter Demokratie zum Ausdruck, dass die Ausrichtung des politischen Gemeinwesens auf die Durchsetzung des Gemeinwohls, welche richtigerweise auch bezogen auf die HmbVerf ihre Grundlage in der verfassungsgestaltenden Grundentscheidung für die Republik findet,<sup>4</sup> die Mitwirkung der Gesellschaft im Wege einer gestaltenden Einflussnahme auf staatliche Entscheidungsprozesse als eines von mehreren Realisierungselementen struktureller Gemeinwohlverwirklichung voraussetzt; sich gerade für den modernen freiheitlichen Verfassungsstaat also die Vorstellung einer notwendig arbeitsteiligen und kooperativen Verwirklichung des Gemeinwohls durch staatliche Organe und gesellschaftliche Akteure als prägend erweist.<sup>5</sup>

Schließlich und drittens, spiegelt sich im Ergebnis auch in dem Rechtsinstitut der Volksgesetzgebung gemäß Art. 50 HmbVerf in positivrechtlich normierter Weise die Wahrnehmung wider, dass die der HmbVerf zugrunde liegende Ordnungsidee parlamentarischer Repräsentation<sup>6</sup> im Lichte des Demokratie- und des Republikprinzips durch die Vorstellung geprägt ist, dass das Handeln der durch das Wahlvolk demokratisch autorisierten Mitglieder der Bürgerschaft in der Folgezeit, also nach dem Wahlakt, nicht grundsätzlich den Prozessen öffentlicher Willensbildung, Einflussnahme und Auseinandersetzung auf gesellschaftlicher Ebene entzogen werden darf. Die erforderliche gesellschaftliche Rück- und Einbindung der Abgeordneten findet dabei ihre Manifestation nicht zuletzt in der von Verfassungen wegen erwarteten und

\* Prof. Dr. Karsten Nowrot, LL.M. (Indiana) ist Professor für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Hamburg.

1 Hierzu *Strenge*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Einleitung 4: Hamburger Verfassungsgeschichte, Rn. 113 u. 118.

2 Ähnlich auch bereits z.B. *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 50, Rn. 3 („feste Verankerung der Volksgesetzgebung in Hamburg“).

3 Im vorliegenden Kontext hierzu schon *Boor/Nowrot*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 29, Rn. 1 ff.

4 *Nowrot*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 7, Rn. 18.

5 Eingehender *Nowrot*, Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft – Methodische Annäherungen an die Normalität eines Verfassungsprinzips, 2014, S. 408 ff., m.w.N.

6 Allgemein hierzu *Nowrot*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 7, Rn. 19 ff.

vorausgesetzten Kommunikationsoffenheit und Berücksichtigungsbereitschaft der Mitglieder der Bürgerschaft im Sinne einer Responsivität für die politischen Auffassungen, Sachinformationen, Erwartungen, Befürchtungen und artikulierten Interessen der Mitglieder des politischen Gemeinwesens.<sup>7</sup>

Dass diese übergreifenden Gesichtspunkte zu Volkspartizipationsverfahren im Allgemeinen gerade im Lichte der politischen Praxis in Hamburg auch auf die in Art. 50 HmbVerf normierten Mechanismen direkter Demokratie Anwendung finden, zeigt sich nicht zuletzt, und nicht zu gering, an dem Umstand, dass eine durchaus signifikante Anzahl an eingeleiteten Volksgesetzgebungsverfahren in konsensorientierter Weise mittels einer Kompromisslösung zwischen der Bürgerschaft und den InitiatorInnen nach dem Zustandekommen der jeweiligen Volksinitiative beendet worden sind.<sup>8</sup> Dies gilt beispielsweise für die Volksinitiative „Transparenz schafft Vertrauen“,<sup>9</sup> die Volksinitiative „Gute Inklusion für Hamburgs SchülerInnen“,<sup>10</sup> die Volksinitiative „Hamburgs Grün erhalten“,<sup>11</sup> die Volksinitiative „Tschüss Kohle“,<sup>12</sup> die Volksinitiative „Radentscheid Hamburg – Sicheres Radfahren für alle, überall in Hamburg“,<sup>13</sup> die Volksinitiative „Boden & Wohnraum behalten – Hamburg sozial gestalten! Keine Profite mit Boden & Miete!“<sup>14</sup> sowie die Volksinitiative „„Neubaumieten auf städtischem Grund – für immer günstig! Keine Profite mit Boden & Miete!““.<sup>15</sup>

Die aktuell auf Seiten einiger InitiatorInnen von Volksinitiativen teilweise in der Tat auch wahrnehmbare Unzufriedenheit mit der Ausgestaltung und rechtspraktischen Handhabung des direktdemokratischen Instruments der Volksgesetzgebung gemäß Art. 50 HmbVerf – insbesondere in den in der Praxis gerade in jüngerer Zeit keineswegs seltenen Fällen, in denen

- 7 Hierzu u.a. *Payandeh*, VVDStRL 81 (2022), S. 171 (196 ff.); *Nowrot*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar*, 2023, Art. 7, Rn. 27 ff.
- 8 Zu diesem Phänomen vgl. auch bereits *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar*, 2023, Art. 50, Rn. 16 f.
- 9 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Feststellung des Senats über die Rücknahme der Volksinitiative „Transparenz schafft Vertrauen“, HmbBü-Drs. 20/4929 v. 14. August 2012; sowie Antrag der Abgeordneten Urs Tabbert u.a., Weiterentwicklung des Hamburger Informationsfreiheitsrechts – Schaffung eines Transparenzgesetzes, HmbBü-Drs. 20/4268 v. 23. Mai 2012.
- 10 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Feststellung des Senats über die Rücknahme der Volksinitiative „Gute Inklusion für Hamburgs SchülerInnen“, HmbBü-Drs. 21/11821 v. 30. Januar 2018; sowie Antrag der Abgeordneten Dr. Andreas Dressel u.a., Maßnahmen zur Verbesserung der Inklusion an Hamburgs Schulen – Konsens mit den Initiatoren der Volksinitiative „Gute Inklusion“, HmbBü-Drs. 21/11428 v. 19. Dezember 2017.
- 11 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Feststellung des Senats über die Rücknahme der Volksinitiative „Hamburgs Grün erhalten“, HmbBü-Drs. 21/17551 v. 18. Juni 2019; sowie Antrag der Abgeordneten Dirk Kienscherf u.a., Vertrag für Hamburgs Stadtgrün: Siedlungsentwicklung ermöglichen – Naturqualität verbessern – Lebensqualität steigern. Maßnahmen zur Verbesserung von Hamburgs Grün – Verständigung mit den Initiatoren der Volksinitiative „Hamburgs Grün erhalten“, HmbBü-Drs. 21/16980 v. 24. April 2019.
- 12 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Feststellung des Senats über die Rücknahme der Volksinitiative „Tschüss Kohle“, HmbBü-Drs. 21/17850 v. 23. Juli 2019; sowie Antrag der Abgeordneten Dirk Kienscherf u.a., Kohleausstieg für die Hamburger Fernwärme – Konsens mit den Initiatorinnen und Initiatoren der Volksinitiative „Tschüss Kohle!“, HmbBü-Drs. 21/17287 v. 21. Mai 2019; vgl. zu den vorgenannten Beispielen auch bereits *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar*, 2023, Art. 50, Rn. 16.
- 13 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Feststellung des Senats über die Rücknahme der Volksinitiative „Radentscheid Hamburg – Sicheres Radfahren für alle, überall in Hamburg“, HmbBü-Drs. 22/460 v. 9. Juni 2020; sowie Antrag der Abgeordneten Dirk Kienscherf u.a., Einigung mit der Volksinitiative Radentscheid Hamburg. Die Fahrradstadt Hamburg wird inklusiver, HmbBü-Drs. 22/106 v. 21. April 2020.
- 14 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Feststellung des Senats über die Rücknahme der Volksinitiative „Boden & Wohnraum behalten – Hamburg sozial gestalten! Keine Profite mit Boden & Miete!“, HmbBü-Drs. 22/12064 v. 30. Mai 2023; sowie Antrag der Abgeordneten Dirk Kienscherf u.a., Einigung mit der Volksinitiative „Boden & Wohnraum behalten – Hamburg sozial gestalten! Keine Profite mit Boden & Miete!“, HmbBü-Drs. 22/9844 v. 2. November 2022.
- 15 Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Feststellung des Senats über die Rücknahme der Volksinitiative „Neubaumieten auf städtischem Grund – für immer günstig! Keine Profite mit Boden & Miete“, HmbBü-Drs. 22/10433 v. 20. Dezember 2022; sowie Antrag der Abgeordneten Dirk Kienscherf u.a., Einigung mit der Volksinitiative „Neubaumieten auf städtischem Grund – für immer günstig! Keine Profite mit Boden & Miete“, HmbBü-Drs. 22/9845 v. 2. November 2022.

aufgrund einer Entscheidung des Hamburgischen Verfassungsgerichts im einem Verfahren gemäß Art. 50 Abs. 6, Art. 65 Abs. 3 Nr. 5 HmbVerf i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 1 HmbVAbstG die beantragte Durchführung des entsprechenden Volksbegehrens mangels Vereinbarkeit der zustande gekommenen Volksinitiative mit höherrangigem Recht nicht erfolgt<sup>16</sup> – mag zwar in gewissem Umfang gleichsam menschlich verständlich und nachvollziehbar sein (und dies ganz unabhängig davon, wie man individuell im Einzelfall zu den Anliegen der entsprechenden Volksinitiativen inhaltlich stehen mag). Gleichwohl sollte aber auch nicht ungesagt bleiben, dass diese aktuellen Entwicklungen und die einschlägigen Entscheidungen des Hamburgischen Verfassungsgerichts gelegentlich ihre Ursache auch in einem Verhalten bzw. Vorgehen einiger InitiatorInnen der betroffenen Volksinitiativen selbst haben, welches man gleichsam als einen gewissen „hemdsärmeligen“ Umgang mit den durch diese Volksinitiativen aufgeworfenen juristischen Fragestellungen charakterisieren kann.

Exemplarisch sei in diesem Zusammenhang zunächst auf die Volksinitiative „Volksbegehren gegen den Transport und Umschlag von Rüstungsgütern über den Hamburger Hafen“ verwiesen. Es ist keineswegs als überraschend oder gar als juristisch umstritten anzusehen, dass das Hamburgische Verfassungsgericht in seinem Urteil vom 1. September 2023 zu dem Ergebnis gelangt ist, dass dieses beantragte Volksbegehren nicht durchzuführen ist;<sup>17</sup> lag doch unter anderem im Lichte des freien Mandats der Abgeordneten der Bürgerschaft gemäß Art. 7 Abs. 1 Satz 2 HmbVerf,<sup>18</sup> der bundesstaatlichen Kompetenzordnung sowie der übergeordneten Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips die Unvereinbarkeit des mit diesem Volksbegehren verfolgten Anliegens mit höherrangigem Recht gleichsam auf der Hand. Ähnliches gilt unter anderem für das beantragte Volksbegehren „Rettet Hamburgs Grün – Klimaschutz jetzt!“ unter Berücksichtigung der bundesrechtlichen Vorgaben für die Bauleitplanung auf der Grundlage des BauGB.<sup>19</sup> Schließlich, um nur noch ein weiteres Beispiel zu nennen, war auch die Entscheidung des Hamburger Verfassungsgerichts vom 4. Dezember 2020, das beantragte Volksbegehren für ein „Gesetz zur Streichung der Schuldenbremse aus der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg“ nicht durchzuführen, schon vor dem Hintergrund der finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes deutlich mehr als vertretbar.<sup>20</sup>

Vor diesem Hintergrund ist zu konstatieren, dass im Hinblick auf das direktdemokratische Instrument der Volksgesetzgebung gemäß Art. 50 HmbVerf aktuell kein Bedarf an einer Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen oder gar ihrer Auslegung und Anwendung in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechungspraxis besteht. Vielmehr erscheint nicht zuletzt, und nicht zu gering, gelegentlich insbesondere noch etwas mehr Bewusstsein für die Relevanz juristischer Fragestellungen in der Nutzungspraxis auf Seiten der InitiatorInnen von Volksinitiativen angezeigt.

16 Eingehender zu den Rechtsmitteln im Kontext des Art. 50 HmbVerf *Rudolf*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 50, Rn. 99 ff.

17 HmbVerfG, Urteil v. 1. September 2023 - HverfG 3/22, S. 12 ff.

18 Allgemein und eingehender hierzu *Nowrot*, in: Knops/Jänicke (Hrsg.), Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Kommentar, 2023, Art. 7, Rn. 31 ff.

19 HmbVerfG, Urteil v. 8. Dezember 2023 - HverfG 4/22, S. 20 ff.

20 HmbVerfG, Urteil v. 4. Dezember 2020 - HverfG 4/20, S. 26 ff.

### **III. Gegen „Politikverdrossenheit“ und für mehr Vertrauen der Bevölkerung in den Staat: Ausbau der Bürgerbeteiligung notwendig**

*André Trepoll\**

Die repräsentative Demokratie hat in Deutschland Frieden, Freiheit und Wohlstand gesichert. Die deutsche Demokratie ist eine Erfolgsgeschichte. In Hamburg wurden direkte demokratische Elemente erst in den 90er Jahren eingeführt, 1996 in die Verfassung aufgenommen und die Hürden für Volksentscheide 2001 gesenkt. 2008 wurden Volksentscheide politisch verbindlich, und 2015 wurde das Bürgerschaftsreferendum geschaffen, um die Bevölkerung frühzeitig zu wichtigen Themen zu befragen.

#### **Vorhandene Instrumente haben sich etabliert**

Volksinitiativen, Volksbegehren und Volksentscheide sind heute selbstverständliche Instrumente der Demokratie in Hamburg. Insbesondere das Internet und die sozialen Medien haben die Forderung nach öffentlicher Beteiligung an politischen Entscheidungen spürbar erhöht. Diese Entwicklung bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die parlamentarische Demokratie.

In Hamburg hat sich bereits eine Vielzahl an Beteiligungsformen im Vorwege von politischen Entscheidungen etabliert: Seien es die gesetzlich vorgeschriebenen wie öffentliche Plandiskussionen bei Bebauungsplänen oder weitere Beteiligungsinstrumente wie öffentliche Anhörungen oder Planungswerkstätten. Alle haben das Ziel, politische Entscheidungswege im Vorwege durch umfassende Bürgerbeteiligung zu ergänzen und zu verbessern. Bürger- oder Volksentscheide sollen so möglichst gar nicht erst in Anspruch genommen werden müssen.

Bereits 68 Volksinitiativen gab es bisher in Hamburg. Nicht alle waren erfolgreich. Manche wurden politisch bereits im Vorwege im Kompromiss mit den Initiativen geregelt. Nur sieben wurden bisher durch eine Volksabstimmung entschieden. Gleiches gilt für die Bezirke, denn auch hier werden wie bereits erwähnt Bürgerbegehren und -entscheide als Instrumente direkter Demokratie häufig in Anspruch genommen.

#### **Chancen und Risiken direkter Demokratie und was die Politik daraus lernen kann**

Es ist unerlässlich, mehr Transparenz in politische Entscheidungsprozesse zu bringen und alle Bürger zu animieren, sich aktiv und bürgerschaftlich einzubringen. Dazu gehört es auch, den Willen der Bevölkerung vor Ort zu respektieren und ihn nicht durch die Entmachtung der Bezirke, sei es durch Verträge oder durch Ausübung des Evokationsrechts, zu beschränken.

\* André Trepoll ist u.a. Vizepräsident der Hamburgischen Bürgerschaft und Fachsprecher für u.a. Verfassung der CDU-Bürgerschaftsfraktion.

Hamburg hat das Potential für Verfahrenserleichterungen allerdings mittlerweile nahezu ausgereizt, will man nicht den repräsentativen Grundzug der Demokratie in Frage stellen und die Funktionsfähigkeit ihrer Organe schwächen. Eine repräsentative Demokratie kann nicht beliebig um direktdemokratische Elemente angereichert und mit diesen vermischt werden. Dazu besteht auch kein Bedarf, denn die parlamentarische Demokratie ist keine defizitäre Variante von Demokratie, sondern hat sich bewährt.

Direkte Demokratie ist, viel stärker noch als die repräsentative Demokratie, von kurzfristigen Stimmungslagen und -schwankungen abhängig und macht sie damit anfälliger für Populisten. Daher ist es auch verständlich, dass so manch alternativlose Populisten eine Ausweitung der direkten Demokratie in Deutschland einfordern, denn es ist ein wesentliches Element populistischer Weltbilder, der Idee eines sogenannten Volkswillens anzuhängen. Diesen klaren Volkswillen gibt es aber häufig nicht. Dies zeigt sich nicht nur an der vielfältigen Zusammensetzung unserer Parlamente, sondern auch daran, dass die meisten Volksabstimmungen extrem knapp ausgehen. Das „Volk“ setzt sich aber nicht nur aus den fünfzig plus x Prozent der Gewinner eines Volksentscheides zusammen. Auch die Unterlegenen gehören dazu. Es ist die Stärke der repräsentativen Demokratie, zwischen diesen Gruppen immer wieder aufs Neue Interessenausgleiche zu finden und Kompromisse zu schließen. Kompromisse sind bei Volksentscheidungen aber kaum noch möglich. Hier gilt „Ja“ oder „Nein“.

Die in die Parlamente gewählten Politiker sind immer nur Abgeordnete auf Zeit. Spätestens bei der nächsten Wahl müssen sie sich für ihre Entscheidungen rechtfertigen. Erweisen sich ihre Entscheidungen als falsch oder haben sie ihr Mandat aus Sicht der Wähler schlecht ausgeübt, können sie abgewählt werden. Das ist der Kern der repräsentativen Demokratie. Dieses Prinzip des „Sich-verantworten-müssens“ zwingt die Abgeordneten dazu, abzuwägen, was die mittel- und langfristigen Auswirkungen ihrer Entscheidungen bei Sachfragen sind und sich am Gemeinwohl zu orientieren. Dies gilt bei Volksentscheidungen gerade nicht: Jeder kann in der Wahlkabine frei nach seinen partikularen Interessen abstimmen und – die Erfahrung zeigt dies – tut es auch.

Direkte Demokratie als Ergänzung zur repräsentativen Demokratie hat jedoch auch entscheidende Vorteile und kann im richtigen Miteinander helfen, die allgemeine Politikverdrossenheit deutlich abzumildern. So kann das Sammeln von Unterschriften ein Frühwarnindikator dafür sein, dass eine politische Diskussion und Entscheidung nicht auf ungeteilte Zustimmung stößt. Dadurch kann Politik bereits frühzeitig vor der eigentlichen Entscheidung auf entsprechende Kritik eingehen. Allerdings, und das ist die Aufgabe der gewählten Abgeordneten, muss dabei eingeschätzt werden, ob der vorgetragene Widerspruch auch breitflächig trägt und eine Entscheidung oder Nicht-Entscheidung daher auch tatsächlich geboten ist.

Zur Demokratie gehören nun einmal das Vermitteln von Kompromissen und das Ausgleichen unterschiedlicher Interessen. Wir müssen aufpassen, dass unser Gemeinwohl bei Sachentscheidungen nicht von Partikularinteressen kleiner, aber lauter Bevölkerungsgruppen überlagert wird. Auch Volksentscheide müssen daher repräsentativ sein.

### **Quoren sichern Repräsentanz**

Anspruchsvolle Quoren sichern die Repräsentanz, denn nur sie vermögen eine hinreichende Mobilisierung und damit eine hinreichende Gemeinwohlsicherung und spätere Akzeptanz des Gesetzes sicherzustellen. Über Quoren qualifiziert sich der plebiszitäre Eingriff in das parlamentarische Mandat. Das Festhalten an der Wirkung einer Volksgesetzgebung, die auf einer

geringen Partizipation fußt, erscheint vor dem Hintergrund der Ziele der Kompensation von Funktionsdefiziten der repräsentativen Demokratie fragwürdig. So geht es ja gerade darum, die Partizipation zu verbessern und der Privilegierung mächtiger partikulärer Interessengruppen auf Gesetzgebungsprozesse im parlamentarisch-demokratischen System entgegenzuwirken.

Die Zusatzbedingung des Quorums gibt es als Begehrensquorum auf der Stufe des Volksbegehrens und als Abstimmungsquorum auf der Stufe des Volksentscheids und dort im Wesentlichen in zwei Formen: Beim sogenannten Zustimmungsquorum muss die erreichte Mehrheit zugleich einem bestimmten Anteil der Gesamtheit der Stimmberechtigten entsprechen. Beim sogenannten Beteiligungsquorum gilt die getroffene Entscheidung nur dann, wenn sich ein bestimmter Anteil der Stimmberechtigten insgesamt an der Abstimmung beteiligt hat. Welche Quoren aber gilt es nun anzuheben?

Nach dem Krieg herrschte, soweit Volksgesetzgebung eingeführt wurde, zunächst die Tendenz hoher Begehrensquoten bei gleichzeitigem Verzicht auf Abstimmungsquoten vor. Jahrzehntlang kannte lediglich Bremen diese Zusatzbedingung. In den letzten Jahren ist eine Art Wettlauf der Länder um geringere Begehrensquoten festzustellen, während Abstimmungsquoten eine Renaissance erfahren. Immer öfter liegt das Unterstützungsquorum für Volksbegehren bei nur 5 Prozent, so auch in Hamburg.

Gegen hohe Beteiligungsquoten spricht, dass sie zu Boykottstrategien verleiten. Sehr deutlich wird dies anhand der Volksentscheide zur „Fürstenenteignung“ 1926 und zum „Youngplan“ 1929, die von rechts bzw. der SPD erfolgreich boykottiert wurden und denen jeweils ein Beteiligungsquorum von 50 Prozent zugrunde lag. Ein Quorum, das eine Seite mit rationalen Gründen zur Nichtbeteiligung anhält, verstößt schlichtweg gegen den Geist der Demokratie.

Weiterhin müssen Beteiligungsquoten mit der Paradoxie leben, dass ein Abstimmender glaubt, mit seiner „Nein“-Stimme zur Ablehnung der Vorlage beizutragen, er aber mitunter genau das Gegenteil bewirkt.

Bei einem Zustimmungsquorum – bei dem die „Nein“-Stimmen praktisch nicht interessieren – liegt die Gefahr eines Boykotts nicht so offensichtlich auf der Hand, besteht aber dennoch in abgeschwächter Form. Eine politische Kosten-Nutzen-Rechnung des Gegners eines vorgeschlagenen Projekts lässt einen Boykottaufruf weitaus günstiger und erfolgreicher erscheinen als eine Mobilisierung. Zudem kann so eine „offene“ Niederlage vermieden werden.

Dennoch sollte, um das eingangs formulierte Ziel, die direkte Demokratie repräsentativer zu machen, über eine Anhebung des Zustimmungsquorums bei Volksentscheiden nachgedacht werden. Zudem erscheint auch eine Änderung des Begehrensquorums angebracht.

### **Die direkte Demokratie muss repräsentativer werden**

Es ist offensichtlich, dass viele Menschen sich insbesondere in der Kommunal- und Landespolitik mehr direkte Beteiligung wünschen, als nur alle vier oder fünf Jahre zu einer Parlamentswahl aufgerufen zu werden. Und so ist es nicht in Abrede zu stellen, dass die direkte Demokratie die Arbeitsweise der Politik in den letzten Jahren verändert hat. Zwar wurde manches komplizierter, aber eben auch bürgernäher und transparenter. Die Herangehensweise an Themen hat sich gewandelt. Heute bindet Politik die Öffentlichkeit möglichst frühzeitig in die Entscheidungen mit ein. Als Vertreter der parlamentarischen Demokratie ist es die Aufgabe der Abgeordneten, selbst komplizierteste Sachverhalte so aufzuarbeiten, dass der Weg zur Entscheidungsfindung von der Öffentlichkeit vollständig nachvollzogen werden kann. Gerade in Zeiten wachsender Politikverdrossenheit muss daher auch über eine Stärkung und

Attraktivitätssteigerung der parlamentarischen Gremien diskutiert werden.

Dennoch müssen die bisher äußerst niedrigen Beteiligungsquoten bei Volksentscheiden und Bürgerbegehren auf Sinnhaftigkeit und Praktikabilität hinterfragt werden. So kommt ein Bürgerbegehren bereits erfolgreich zustande, wenn innerhalb von sechs Monaten drei vom Hundert bzw. bei mehr als 300.000 Einwohnern zwei vom Hundert der wahlberechtigten Einwohner des Bezirks das Begehren unterstützen. Bereits nach Abgabe von einem Drittel der erforderlichen Unterstützer-Unterschriften, dürfen die Bezirksorgane in der Sache keine dem Bürgerbegehren entgegenstehende Entscheidung mehr herbeiführen. Die Tatsache, dass bereits einer relativ kleinen Gruppe der Abstimmungsberechtigten eine derartige Blockademöglichkeit zukommt, überwiegt die Bedenken gegenüber hohen Beteiligungsquoten deutlich.

Eine Anhebung der Zustimmungsqoten bei Volksentscheiden außerhalb von Wahlen ist unentbehrlich, zumindest dann, wenn Volksentscheide danach der Verbindlichkeitsklausel unterliegen. Das Argument, eine entsprechende Mobilisierung kann außerhalb von Wahlen nicht oder nur schwer erreicht werden, greift dabei aus meiner Sicht nicht. Wer eine Entscheidung des Volkes möchte, muss auch sicherstellen, dass eine kritische Mindestbeteiligungsgröße dabei nicht unterschritten wird. Es gibt zwar in Deutschland keine Pflicht, an Wahlen oder Abstimmungen teilzunehmen, jedoch leidet die Legitimität einer Abstimmung, wenn verstärkt nur noch einzelne Stadtteile und soziale Schichten von ihrem Abstimmungsrecht Gebrauch machen. Diese Entwicklung ist natürlich auch bei Wahlen in Hamburg erkennbar, auch dort sind es dieselben Stadtteile, in denen die Beteiligung höher oder niedriger ausfällt. Jedoch ist die Beteiligung an Wahlen insgesamt deutlich höher. Es ist ein Problem, wenn bei Sachentscheidungen vor allem die an der Abstimmung teilnehmen, die ihre partikularen Interessen durchsetzen wollen. Eine Erhöhung der Zustimmungsqoten auf mindestens 25 Prozent der Wahlberechtigten wäre eine gute Lösung, um die Beteiligung an Volksentscheiden und damit die Legitimität insgesamt deutlich zu erhöhen, insbesondere da die Initiatoren dann auch dort um Zustimmung für ihr Anliegen werben müssen, wo bisher nur niedrige Beteiligungen zu erwarten sind. Sollte das Zustimmungsquorum nicht erreicht werden, bleibt die Willensbekundung derer, die abgestimmt haben. Eine Verbindlichkeitsklausel könnte daraus dann aber nicht abgeleitet werden.

Die direkte Demokratie ist in Hamburg nicht mehr wegzudenken. Während sie die Bürgerbeteiligung stärkt, bleibt die durch Parlamente ausgeübte repräsentative Demokratie das geeignetere Instrument für komplexe, ausgewogene Sachentscheidungen.

## **H. Institutionalisation des Verbraucher- und Datenschutzes im Mehrebenensystem? – Panel-Diskussion**

### **I. Institutionalisation des Datenschutzes im Mehrebenensystem**

*Thomas Fuchs\**

Datenschutz ist ein Grundrecht mit einem besonderen Alleinstellungsmerkmal. Obwohl es als Individualrecht ausgestaltet ist, wird seine Einhaltung durch unabhängige Aufsichtsbehörden überwacht. Im Vergleich ist dies ungewöhnlich. So gibt es keine spezifische staatliche Durchsetzungsstelle für Versammlungsfreiheit, Eigentumsfreiheit oder körperliche Unversehrtheit. Teilweise kümmert sich die Polizei um diese Anliegen im Rahmen der allgemeinen Gefahrenabwehrbefugnis, im Übrigen ist der Weg zu den Gerichten das Mittel der Rechtsdurchsetzung. Für den Datenschutz wurden jedoch unabhängige Institutionen eingerichtet, die sich nicht nur gesamtgesellschaftlich relevanter Digitalisierungsthemen, sondern auch und vor allem Einzelanliegen betroffener Bürger:innen annehmen und deren Rechte gegenüber datenverarbeitenden Stellen durchsetzen.

Hintergrund ist die Zielrichtung des Grundrechts auf Ausgleich von Asymmetrien zwischen datenverarbeitenden Stellen und Betroffenen. Datenschutz wird besonders wichtig in Konstellationen, in denen eine vergleichsweise einflussreiche datenverarbeitende Stelle auf eine tendenziell abhängige Einzelperson treffen, wie bspw. bei Beschäftigungs- oder Mietverhältnissen. Nimmt die mächtigere Stelle intensive Einblicke in die Daten der schwächeren Einzelpersonen, wird das Ungleichgewicht verstärkt. Der Datenschutz ist hier ein Mittel, um dieses Ungleichgewicht zumindest abzumildern. Um es zu durchbrechen, benötigen die über wenig eigene Einflusshebel verfügenden Individuen eine starke Stelle, die sich für sie einsetzt.

#### **1. Datenschutz im Mehrebenensystem**

Auch die Genese des Datenschutzgrundrechts ist ein Unikum. Im Text des Grundgesetzes ist es nicht erwähnt, weil es 1948/49 noch nicht als Grundrecht (an)erkannt war. Zwar hat die Machtasymmetrie des nationalsozialistischen Staates gegenüber den jeweiligen Bürgern eine Grundlage für den Bedarf nach informationeller Selbstbestimmung gelegt. Erst die Verbreitung der elektronischen Datenverarbeitung in den 1980er Jahren hat jedoch den endgültigen Anlass zur Schaffung eines Datenschutzgrundrechts gegeben. Ein breites gesellschaftliches Bündnis hegte damals massive Skepsis gegenüber der ursprünglich für das Jahr 1981 geplanten bundesweiten staatlichen Volkszählung. Mit dem bisherigen Grundrechtekatalog konnten die Vorbehalte nicht rechtlich artikuliert werden. Gegen staatliche Informationserhebung war seinerzeit keine Rechtsposition verfügbar, auf die die Kritiker sich hätten berufen können. Mit der Zunahme der Proteste bis hin zu Großdemonstrationen und Boykottbewegungen wurde deutlich, dass die Angst vor nicht konkret greifbaren Gefahren der Datenerfassung mittels EDV nicht unbeantwortet bleiben konnte und auch als Rechtsposition ein eigenes Gewicht hat.

\* Thomas Fuchs ist Hamburgischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit.

### a) Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

Die gesellschaftliche Bewegung engagierte sich auch mit juristischen Mitteln. Dies gipfelte in das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1983 (BVerfGE 65, 1). Das Gericht leitete darin ein eigenständiges Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus dem Zusammenspiel der Menschenwürde und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ab (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Bereits die bloße Befürchtung, einer undurchsichtigen Datenerfassung unterworfen zu sein, stellt danach einen Grundrechtseingriff dar. Das Bundesverfassungsgericht formuliert in dem Urteil bereits alle Kerninhalte des europäischen Datenschutzrechts. So stellt es die Verarbeitung personenbezogener Daten unter den Vorbehalt, dass diese nur auf Basis einer verhältnismäßigen gesetzlichen Grundlage oder einer freiwillig erteilten Einwilligung erfolgen darf. Es thematisiert die Prinzipien der Zweckbindung und der Datensparsamkeit, wonach nur die für den konkreten Verarbeitungszweck erforderlichen Daten erhoben werden dürfen und nicht ohne weiteres an dritte Stellen weiterzugeben sind. Es etabliert eine informationelle Gewaltenteilung, nach der „der Staat“ nicht als Einheit betrachtet werden darf und Informationen nicht einfach ohne jede Einschränkung zwischen zum Beispiel Polizei, Gesundheitsamt, Jugendschutz und Finanzamt ausgetauscht werden dürfen. Auch Betroffenenrechte als verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen benennt das Bundesverfassungsgericht. Konkret etabliert es Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten. Das Urteil ist wegweisend, weil es nicht nur eine bis dato nicht anerkannte Grundrechtsposition anerkennt, sondern zugleich bereits fein ausdifferenzierte Elemente benennt, die noch heute den deutschen und europäischen Datenschutz ausmachen und weltweit von zahlreichen Staaten adaptiert werden.

Das Gericht hat schon vergleichsweise früh erkannt, dass Datenschutz zum einen dem individuellen Schutz vor öffentlicher Bloßstellung dient, zum anderen aber eine gesamtgesellschaftliche Perspektive hat. Es liest sich dabei erstaunlich aktuell: *„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden ... Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“* (BVerfGE 65, 1, 43).

Dadurch wird das Grundrecht zu mehr als einem bloßen Abwehrrecht, sondern zur Grundlage einer demokratischen Kommunikationsordnung, die den Datenaustausch nicht verhindern, sondern regulieren will, und dies nicht nur im Interesse Einzelner, sondern zur Ermöglichung eines demokratischen Gemeinwesens.

### ***b) Einfachgesetzliche Konkretisierung***

Im weiteren Verlauf wurden diese Grundprinzipien des Bundesverfassungsgerichts im Bundesdatenschutzgesetz und den Datenschutzgesetzen der Länder aufgegriffen und weiter konkretisiert. Zudem haben die Gesetzgeber sowohl in den Datenschutzgesetzen als auch in zahlreichen Fachgesetzen Rechtsgrundlagen und einschränkende Garantien für Datenverarbeitungen festgelegt. Vom Hochschulgesetz bis zum Abfallwirtschaftsgesetz – mittlerweile existiert kaum ein öffentlich-rechtliches Rechtssetzungsvorhaben, das keine Vorgaben zur spezifischen Datenverarbeitung in dem jeweiligen Regelungskontext enthält. Es ist daher nicht verkehrt, von einer „Verrechtlichungsfalle“ zu sprechen, da die Materie selbst für Experten kaum noch einheitlich überschaubar ist.

Inzwischen ist Datenschutz eine europäische Rechtsmaterie. Die als Wirtschaftsgemeinschaft ausgestaltete Europäische Gemeinschaft erkannte divergierenden Datenschutz als Handelshemmnis. Sowohl für Konsumierende als auch Handelsunternehmen gestaltet sich der grenzüberschreitende Verkehr von Waren und Dienstleistungen unbürokratischer und einfacher, wenn die datenschutzrechtlichen Anforderungen im Europäischen Wirtschaftsraum einheitlich geregelt sind. In einem ersten Schritt wurde deshalb im Jahr 1995 die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG erlassen. Der Text der Richtlinie war eng an das damalige Bundesdatenschutzgesetz angelehnt. Sie griff damit die ursprünglich vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze auf und etablierte sie als Mindestinhalt eines in jedem Mitgliedstaat zwingend einzuführenden Datenschutzrechts.

Mit der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ist die Harmonisierung weiter vorangeschritten. Als unmittelbar anwendbares Recht gilt sie in allen Mitgliedstaaten und ersetzt die vorherigen nationalen Datenschutzgesetze. Lediglich dort, wo die DSGVO punktuell Öffnungsklauseln enthält, bleibt Raum für mitgliedstaatliche Konkretisierungen und Differenzierungen. In Deutschland werden diese im Bundesdatenschutzgesetz und auf Landesebene im Hamburgischen Datenschutzgesetz ausgefüllt.

Das Zeitalter der DSGVO ist geprägt durch eine massive Aufwertung des Datenschutzes in der Praxis. Auch wenn die materiellen Pflichten sich in Deutschland nicht wesentlich von der vorherigen Rechtslage unterscheiden, ist klar zu erkennen, dass die Verankerung im Unionsrecht zu einer stärkeren Beachtung bei datenverarbeitenden Stellen führt. Die Heraufstufung zum Unionsrecht ist nicht nur symbolischer Natur. Für die Rechtsanwendung bedeutsam war vor allem die Einbeziehung des Datenschutzrechts in das europäische Sanktionsregime mit Bußgeldrahmen, das zuvor überwiegend im EU-Kartellrecht etabliert war. Die mediale Berichterstattung über das neue, vermeintlich strengere Datenschutzrecht trug ihr Übriges dazu bei, dass die DSGVO in den Vorstandsetagen stärker angekommen ist als das vorherige BDSG. Zahlreiche seit 2018 ergangene Urteile des Europäischen Gerichtshofs unterstützten die Bedeutung der Rechtsmaterie, indem sie häufig eine strikte Rechtsauslegung im Sinne des Datenschutzes zementierten.

### ***c) Unionsgrundrecht auf Schutz personenbezogener Daten***

Für die Auslegung des nun europäischen Datenschutzrechts sind primär die Unionsgrundrechte heranzuziehen. Damit hat das europäische Pendant das deutsche Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bei der Rechtsanwendung in der Praxis weitestgehend abgelöst. Inhaltlich ändert der Fokus auf das europäische Grundrecht wenig, weil es klar an das deutsche Vorbild angelehnt ist. Als der Europäische Grundrechtskonvent die im Dezember 2000

proklamierte Charta entwickelt hatte, hat er beim Datenschutzgrundrecht des Art. 8 GRCh das damalige sekundärrechtliche Datenschutzrecht im Blick gehabt. In seinen offiziellen Erläuterungen zu den einzelnen Grundrechten hat das Präsidium des Konvents festgeschrieben, dass sich Art. 8 GRCh inhaltlich auf Art. 286 EGV (jetzt Art. 16 AEUV) sowie auf die Vorschriften der EG-Datenschutzrichtlinie stützt (CHARTE 4473/00, S. 11). In Anbetracht der Tatsache, dass zur Ausgestaltung des Datenschutzgrundrechts bereits ein komplexes Regelwerk existiert hat, haben sich die Konventmitglieder dazu entschlossen, die wesentlichen Regelungsinhalte und Schlagworte der Richtlinie in Art. 8 GRCh zusammenzufassen. Vom Schutz personenbezogener Daten und dem Vorbehalt der Rechtsgrundlage oder Einwilligung für Verarbeitungen über die Zweckbindung bis hin zu Betroffenenrechte wie Auskunft und Berichtigung beinhaltet das EU-Grundrecht die wesentlichen Kerninhalte, die bereits das Bundesverfassungsgericht zwei Dekaden zuvor im Volkszählungsurteil aufgestellt hatte.

## 2. Institutionalisation der Datenschutzaufsicht

Ein Kernelement des datenschutzrechtlichen Grundrechtsschutzes ist die Aufsicht durch eine unabhängige Behörde. Deren Existenz und Handlungsfähigkeit hat Verfassungsrang bzw. ist primärrechtlich garantiert. Bereits im Volkszählungsurteil weist das Bundesverfassungsgericht auf die erhebliche Bedeutung der Einbindung unabhängiger Datenschutzbeauftragter für einen effektiven Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hin. Das Unionsgrundrecht greift dies auf mittels eines eigenständigen 3. Absatzes in Art. 8 GRCh: „*Die Einhaltung dieser Vorschriften wird von einer unabhängigen Stelle überwacht.*“ Damit ist in einem einmaligen legislativen Vorgang die Existenz und die Unabhängigkeit einer auf ein spezifisches Grundrecht bezogenen Aufsichtsbehörde festgelegt und mit einer Ewigkeitsgarantie abgesichert.

In Hamburg greift Art. 60a HV die unionsrechtliche Vorgabe auf, eine aufsichtsführende Stelle einzurichten. Der bzw. die Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (HmbBfDI) hat daher in Hamburg seit 2017 Verfassungsrang. Absatz 2 der Verfassungsnorm gewährt ihm bzw. ihr Unabhängigkeit, die sich auch auf die von ihm bzw. ihr geleitete Behörde erstreckt.

### a) Unionsrechtliche Vollzugsbehörde

Seit Geltungsbeginn der DSGVO am 25. Mai 2018 ist der HmbBfDI eine hamburgische Behörde für den Vollzug des Europarechts. Im gleichen Atemzug hat der Unionsgesetzgeber ihm ausgeweitete Ermittlungs- und Abhilfebefugnisse eingeräumt. Seine Rolle wurde dadurch massiv aufgewertet. Erfüllte er zum Zeitpunkt der Gründung seiner Behörde im Jahr 1982 noch eher die Funktion eines Ombudsmanns, verfügt er inzwischen über einschneidende rechtliche Gestaltungs- und Sanktionsmöglichkeiten. So kann er neben Hinweisen und Verwarnungen auch weitreichende Anordnungen erlassen und damit tief in die Geschäftsmodelle der kontrollierten Stellen eingreifen. Nicht zuletzt obliegt ihm auch die Befugnis zur Verhängung von Bußgeldern, die auch die Millionenhöhe erreichen können. Bekannte Fälle in Hamburg sind u.a. eine Geldbuße im Jahr 2020 in Höhe von 35,3 Millionen Euro gegen einen Textilhändler im Kontext des Beschäftigtendatenschutzes oder eine aktuelle (2024) Sanktion in Höhe

von 900.000 Euro gegen einen Dienstleister im Bereich des Forderungsmanagements. Der HmbBfDI ist somit eine einflussreiche Durchsetzungsstelle und nicht mehr nur Vermittler der Betroffeneninteressen gegenüber den datenverarbeitenden Stellen. Zugleich nimmt die Bürgerorientierung weiter einen hohen Stellenwert ein, indem sein Haus den jährlich rund 2.000 bis 2.500 bei ihm eingehenden Individualbeschwerden nachgeht. Dabei ist er zu einer ermessensfehlerfreien Ermittlung und Behandlung des jeweiligen Falles verpflichtet.

Die Aufgaben und Befugnisse des HmbBfDI folgen direkt aus dem Unionsrecht. Art. 57, 58 und 83 DSGVO regeln das Aufsichtsregime umfassend und für die Mitgliedstaaten verbindlich. Lediglich zur Konkretisierung der praktischen Vorgehensweise gelten die Vorschriften des HmbVwVfG und des OWiG ergänzend. Wiederholt hat der Europäische Gerichtshof in der erforderlichen Deutlichkeit klargestellt, dass mitgliedstaatliche Verfahrensregeln die Wirksamkeit der Befugnisausübung der Datenschutzbehörden nicht unterlaufen dürfen (zuletzt im Urt. v. 5.12.2023 - C-807/21 – Deutsche Wohnen).

Eine noch stärkere unionsrechtliche Ausrichtung sieht die künftige Datenschutz-Verfahrensverordnung vor. In dem Gesetzgebungsvorhaben beabsichtigt die EU-Kommission, ein einheitliches, unmittelbar in allen Mitgliedstaaten wirksames Verfahrensrecht für Datenschutzbehörden einzuführen (Vorschlag einer Verordnung zur Festlegung zusätzlicher Verfahrensregeln für die Durchsetzung der Verordnung (EU) 2016/679 v. 4.7.2023). Mit einer Verabschiedung des Regelwerks ist Anfang 2025 zu rechnen. Der HmbBfDI wird, wie alle europäischen Datenschutz-Aufsichtsbehörden, damit in grenzüberschreitenden Fällen künftig spezifisches Verwaltungsverfahrensrecht ausführen. Dieses wird für den Bereich des Datenschutzes Anwendungsvorrang gegenüber dem HmbVwVfG und dem OWiG genießen. Wesentliche Kernelemente sind Regelungen zur einheitlichen Bearbeitung und Untersuchung von Beschwerden, der Anhörung der Betroffenen sowie der Zusammenarbeit mit anderen Datenschutzbehörden.

### ***b) Unabhängigkeit***

Datenschutzbehörden genießen Unabhängigkeit. Diese Vorgabe postulieren einhellig Art. 8 GRCh, Art. 51 Abs. 1 DSGVO, Art. 60a Abs. 2 HV sowie das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts. Gemeint ist damit die äußere Unabhängigkeit von Weisungen etwa im Rahmen einer Rechts- und Fachaufsicht. Auch die Gewährleistung einer eigenständigen faktischen Entscheidungshoheit durch angemessene Ausstattung und eigenständige Personalauswahl wird aus dem Unabhängigkeitsgebot abgeleitet.

Die bereits aus der Entstehungszeit des Datenschutzes anerkannte Garantie hat konkrete Ausweitung erfahren infolge des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 9.3.2010 (Rs. C-518/07). Der Gerichtshof stufte die bis dato in den deutschen Bundesländern eingerichteten organisatorischen Einbettungen der Datenschutzaufsicht als unzureichend ein, um „völlige Unabhängigkeit“ zu gewährleisten. Nach Auffassung des EuGH muss die Behörde „jeglicher äußerer Einflussnahme entzogen sein, die ihre Entscheidungen steuern könnte.“ Infolge des Urteils hat auch die Hamburgische Bürgerschaft die Anbindung des HmbBfDI neu geregelt. Bis zum Jahr 2017 war der HmbBfDI noch als nachgeordnete Behörde bei der Justizbehörde angesiedelt. Auch wenn von dort in der Praxis keine Weisungen an den HmbBfDI erteilt worden sind, bot die organisatorische Verortung keine vollständige Garantie einer Weisungsfreiheit.

Deshalb wurde mit der Schaffung des Art. 60a HV der HmbBfDI in den Status einer senatsunabhängigen obersten Landesbehörde gehoben. Vergleichbar mit dem Rechnungshof ist das Haus zwar Teil der Freien und Hansestadt Hamburg, jedoch gelten grundsätzlich zunächst

nicht die Regelungen, die Senatsbehörden betreffen.

Insbesondere das Amt des HmbBfDI selbst, also der Leitung der gleichnamigen Behörde, ist mittels diverser Garantien in der Hamburgischen Verfassung und im HmbDSG vor Einflussnahme durch den Senat abgesichert: Er oder sie wird direkt durch die Bürgerschaft gewählt und durch die Bürgerschaftspräsidentin ernannt. Für die politische Praxis von Bedeutung ist, dass das Vorschlagsrecht für die Wahl bei den Fraktionen liegt (Art.60a Abs.3 HV), und nicht bei der Regierung. Das Amt ist ausdrücklich keine Beamtenposition, weil das beamtenrechtliche Prinzip der Weisungsgebundenheit der unionsrechtlich erforderlichen Unabhängigkeit im Wege stand. Die für das Beschäftigungsverhältnis notwendigen Regelungen u.a. zu Besoldung, Erholungsurlaub und Beihilfeberechtigung werden analog angewandt (§ 21 Abs. 5 HmbDSG), weil sie nicht unmittelbar gelten.

Die losgelöste Position der oder des HmbBfDI ist konsequent vor dem Hintergrund, dass auch die Exekutive personenbezogene Daten verarbeitet und daher der datenschutzrechtlichen Kontrolle unterliegen muss. Wäre die kontrollierte Behörde zugleich weisungsbefugt gegenüber der Kontrollinstanz, bestünde die Gefahr einer Weisung, die Kontrolle einzustellen oder ohne Abhilfemaßnahmen zu beenden. Der ungewöhnliche verfassungsrechtliche Status passt insofern zu einer Aufsichtsbehörde, die die ungewöhnliche Aufgabe erfüllt, die Einhaltung eines konkreten Grundrechts auch und gerade gegenüber dem Staat zu gewährleisten.

### 3. Die Aufsichtspraxis

#### a) *Öffentliche Stellen: beschränkte rechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten*

Eine faktische Beschränkung der unabhängigen Befugnisausübung gegenüber staatlichen Stellen ist die fehlende sofortige Vollziehbarkeit sowie sodann die mangelnde Vollstreckbarkeit von Entscheidungen der Datenschutzbehörde gegenüber öffentlichen Stellen.

Der HmbBfDI kann zwar z.B. anordnen, dass die Verwaltung Daten löschen, Datenerhebungen einstellen oder Dokumentationen anpassen soll. Die entsprechenden Verwaltungsakte können dann vor dem Verwaltungsgericht angegriffen und verteidigt werden. Klagt eine durch Verwaltungsakt verpflichtete Behörde, ist die Folge die aufschiebende Wirkung für den Zeitraum, bis ein Urteil ergangen ist. Die Aufsichtsbehörde darf gem. § 20 Abs.7 BDSG – eine aus unionsrechtlicher Perspektive zweifelhafte Regelung – nicht die sofortige Vollziehung anordnen.

Es lässt sich nicht beobachten, dass die Hamburgische Verwaltungsgerichtsbarkeit Verwaltungsakte des HmbBfDI höherer priorisiert als andere dort anhängige Verfahren. Mehrjährige Wartezeiten bis zur ersten mündlichen Verhandlung sind deshalb der Regelfall. Die beanstandete Datenverarbeitung kann solange ungehindert fortgeführt werden.

Selbst ein dann erfolgreicher rechtskräftiger Richterspruch, dass der Anordnung des HmbBfDI Folge zu leisten ist, wäre jedoch im Konfliktfall nicht mittels Zwangsvollstreckung durchsetzbar. Das Hamburgische Vollstreckungsrecht sieht keine Zwangsmaßnahmen gegenüber einer Behörde vor. Der Verzicht auf Vollstreckungsmöglichkeiten basiert auf dem Grundvertrauen des Gesetzgebers, dass Behörden stets nach Recht und Gesetz agieren und jedenfalls im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung das betreffende Urteil umsetzen werden.

Es ist vereinzelt zu beobachten, dass politische Entscheidungsträger die mangelnde Vollstreckbarkeit als Argument verwenden, warum den Hinweisen der dortigen Datenschutzbehörde

nicht gefolgt werden muss. Im hamburgischen Tagesgeschäft ist dieses Argument zwar nicht zu hören, allen Akteuren ist jedoch aus den Erfahrungen – z.B. der gerichtlich angegriffenen Löschanordnung von im Zuge des G20-Gipfels angefertigtem Template zur polizeilichen Gesichtserkennung – bewusst, dass der nicht mögliche Sofortvollzug von Entscheidungen des HmbBfDI seine rechtliche Position schmälert.

Stuft der HmbBfDI ein Vorhaben der Verwaltung als rechtswidrig ein, ist deshalb der förmliche Weg selten der zielführendste. Bedient er sich am juristischen Instrumentarium des Art. 58 DSGVO, so ist vielfach mit einer gleichsam juristischen Antwort zu rechnen. Auch deshalb lässt sich über zielführende Beratung und ggf. Aushandlung von Kompromissen das gebotene Datenschutzniveau im öffentlichen Sektor für gewöhnlich schneller erzielen als auf konfrontative Weise. Im Datenschutzrecht ist diese Vorgehensweise auch angelegt. Art. 57 Abs. 1 lit. c) DSGVO räumt nicht nur die Befugnis, sondern auch die Verpflichtung ein, öffentliche Stellen zu beraten. Damit dies auch gelingen kann, verpflichtet die sogenannte Beteiligungsrichtlinie öffentliche Stellen in Hamburg dazu, den HmbBfDI vor Inbetriebnahme größerer IT-Anwendungen und Fachverfahren einzubeziehen. Im Grundsatz funktioniert dies gut, auch wenn die Einbindung nicht durchgehend so frühzeitig erfolgt, wie es für eine sinnvolle Projektbegleitung wünschenswert wäre.

#### ***b) Privatwirtschaft: Die Bußgeldandrohung wirkt***

Ein ganz anderes Bild ergibt sich bei der Privatwirtschaft. Hier entfalten die förmlichen Abhilfemaßnahmen des HmbBfDI durchschlagende Wirkung. Den entscheidenden Unterschied machen drei Faktoren aus: Erstens sind die Maßnahmen per Zwangsvollstreckung durchsetzbar. Zweitens kann mittels Anordnung des Sofortvollzugs eine schnelle und verbindliche gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden. Von besonderer Bedeutung ist drittens die Möglichkeit, Geldbußen in empfindlicher Höhe zu verhängen. Für die Frage des Ob und auch der Höhe des Bußgelds spielt es eine entscheidende Rolle, inwieweit die datenverarbeitenden Stellen mit der Aufsichtsbehörde zusammengearbeitet haben (Art. 83 Abs. 2 lit. f) DSGVO). Bereits das Wissen in den Rechtsabteilungen, dass Sanktionen in Höhe von bis zu vier Prozent des weltweiten Konzernumsatzes verhängt werden können, sorgt in vielen Fällen dafür, dass Anforderungen der Datenschutzbehörde in der Wirtschaft jedenfalls auf konkreten Hinweis hin umgesetzt werden. Vor diesem Hintergrund ist zu beobachten, dass die generelle Compliance im Vergleich zu den Jahren vor Wirksamwerden der DSGVO am 25.5.2018 spürbar besser geworden ist. Öffentlichkeitswirksame Entscheidungen wie hohe Geldbußen sprechen sich in der jeweiligen Branche sowie der Beraterszene schnell herum und sorgen für einen Anpassungsdruck auch bei den Mitbewerbern. Branchenweite Prüfungen wie 2024 bei Dienstleistern des Forderungsmanagement verstärken diesen Effekt (vgl. HmbBfDI, Branchenweite Schwerpunktprüfung im Forderungsmanagement, Pressemitteilung v. 12.11.2024).

#### 4. Verschränkung der Regulierungsbereiche

Das Blickfeld der Datenschutzbehörden ist längst nicht mehr nur auf den Datenschutz beschränkt. Richtigerweise ist der HmbBfDI auch die Aufsichtsbehörde für Informationsfreiheit, weil es sich um ein diametral wirkendes Bürgerrecht handelt. Inwieweit Aktenbestandteile der Stadt nach dem Hamburgischen Transparenzgesetz herauszugeben sind oder ob schützenswerte personenbezogene Daten zurückzuhalten sind, ist sinnvollerweise von derselben Stelle ausgewogen zu beantworten. Ähnliche Überschneidungen bringen zahlreiche neue Digitalrechtsakte mit, bei deren Anwendung Datenschutz stets mitzudenken ist. Von KI-Verordnung über Data Act und Data Governance Act bis hin zu Digital Markets Act und Digital Services Act – zahlreiche neue EU-Verordnungen werden die digitale Welt in den kommenden Jahren maßgeblich prägen. Sie haben gemeinsam, dass sie alle eine Bestimmung enthalten mit dem sinngemäßen oder sogar wörtlichen Inhalt, dass sie die DSGVO unberührt lassen. Die Folge ist, dass immer dann, wenn die neuen Rechtsakte Sachverhalte berühren, in denen auch personenbezogene Daten verarbeitet werden, die Anforderungen nach der DSGVO parallel zu überprüfen und durch die Datenschutzbehörden zu überwachen sind.

Je nach Rechtsakt wurden für die Aufsichtsstrukturen unterschiedliche Wege eingeschlagen. Beim Data Act, der ab September 2025 einen freieren Zugang Dritter vor allem zu Herstellerdaten in der Industrie ermöglicht, wird die Aufsicht zweigeteilt sein. Soweit es um nicht-personenbezogene Daten geht, ist von den Mitgliedstaaten eine Aufsichtsbehörde zu benennen. Infolge der anstehenden Neuwahlen im Bund wird das dafür notwendige Umsetzungsgesetz sich voraussichtlich verzögern. Es spricht jedoch viel dafür, dass die Bundesnetzagentur diese Aufgabe zugewiesen bekommen wird, weil diese auch die Aufsicht über den Parallelrechtsakt Data Governance Act erhalten soll. Sind personenbezogene Daten betroffen, liegt die Aufsichtszuständigkeit hingegen gemäß Art. 37 Abs. 3 Data Act bei den Datenschutzbehörden. An der Schnittstelle ist Kommunikation gefragt. Es wäre verheerend, wenn Bundesnetzagentur und Datenschutzbehörden einen unterschiedlichen Ansatz bei der Beurteilung der hochkomplexen Frage ansetzen würden, wann ein Datum Personenbezug aufweist. Herausfordernd wird auch der Umgang mit gemischten Datensätzen, in denen nur einige Daten personenbezogen sind. Die Antwort kann hier nur Kooperation und enge Abstimmung der beteiligten Aufsichtsbehörden lauten.

Für die KI-Verordnung ist noch nicht entschieden, welcher Behörde die Aufsichtszuständigkeit zugewiesen wird. Ob hier die Datenschutzbehörden zum Zug kommen oder eine andere Stelle wie z.B. die Bundesnetzagentur, ist derzeit Gegenstand der politischen Beratungen. Jedoch sieht die KI-VO in einzelnen Teilbereichen eine explizite Zuständigkeit der Datenschutzbehörden vor, darunter die Marktaufsicht über KI in den Bereichen Strafverfolgung, Justizverwaltung, Migrationskontrolle und Wahlbeeinflussung (Art. 74 Abs. 8 KI-VO; dazu HmbBfDI, KI-VO tritt in Kraft – auch die Datenschutzbehörden werden sie umsetzen, Pressemitteilung v. 12.7.2024). Für alle anderen Bereiche bleibt festzuhalten, dass jegliche Nutzung von KI durch Training, Prompting oder sonstige Verwendung in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, soweit personenbezogene Daten verwendet werden. Da KI-Nutzung häufig mit personenbezogenen Daten erfolgt, muss die jeweilige Handlung dann sowohl nach der KI-VO als auch nach der DSGVO rechtmäßig sein. Über Letzteres wachen die Datenschutzbehörden. Fällt die Aufsichtszuständigkeit auseinander, indem eine andere Behörde die Marktüberwachung nach der KI-VO übernimmt, kontrollieren zwei Stellen denselben Lebenssachverhalt. Es ist dann durchaus möglich, dass die eine Aufsichtsbehörde eine KI-Nutzung erlaubt, die andere aber nach ihren eigenen Kriterien ein Verbot ausspricht. Sollte es zu dieser für alle Beteiligten

unschönen Aufteilung kommen, kann die Lösung nur auf Kommunikation und Kooperation der beteiligten Aufsichtsbehörden basieren.

Im Bereich des Digital Market Acts (DMA) ist die Zusammenarbeit der betroffenen Aufsichtsbehörden spezifisch institutionalisiert. Zentrale Aufsichtsstelle ist hier die Europäische Kommission. Da der Rechtsakt das Ziel eines fairen Marktes im Digitalsektor verfolgt, bestehen starke Überschneidungen u.a. mit Kartellbehörden, Medienanstalten und Datenschutzbehörden. Art. 40 DMA sieht für eine Einbindung dieser Akteure eine High-Level Group bei der EU-Kommission vor. Der HmbBfDI ist dort als ein Vertreter des Europäischen Datenschutzausschusses Mitglied.

Für den Bereich des Kartellrechts hat der EuGH zum einen klargestellt, dass auch Kartellbehörden Entscheidungen auf der Grundlage von DSGVO-Verstößen treffen können (EuGH, Urt. v. 4.7.2023 – C-252/21). Zugleich hat er in derselben Entscheidung eine Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen dem Bundeskartellamt und den Datenschutzbehörden statuiert (dazu HmbBfDI, Einordnung des EuGH-Urteils Meta gegen das Bundeskartellamt, Pressemitteilung v. 22.11.2023). Der ohnehin bestehende regelmäßige Kontakt zwischen der Kartellbehörde und dem HmbBfDI hat damit ein verstärktes rechtliches Fundament erhalten.

## 5. Ausblick

Datenschutzbehörden sind heute mehr als nur Ombudsstellen, die zwischen betroffenen Personen und datenverarbeitenden Stellen vermitteln. Sie sind europäische Vollzugsbehörden mit weitreichenden Kompetenzen zur Regulierung digitaler Geschäftsmodelle. Die Praxis älterer Tage, in denen sie primär mit Bedenken und Warnungen in Erscheinung getreten sind, hat sich zu einer differenzierteren und vor allem mehr gestaltenden Amtsführung entwickelt.

Dieser Weg hin zu einer Regulierungsbehörde für digitale Märkte wird vor dem Hintergrund der weiter rasant voranschreitenden Digitalisierung vieler Lebens- und Wirtschaftsbereiche weiter gegangen werden müssen. Wenn es gesellschaftlich gewollt und demokratisch legitimiert ist, dass sehr große Mengen von personenbezogenen Daten auch im Gemeinwohlinteresse verarbeitet werden, wie etwa im Bereich der medizinischen Forschung, darf der Blick der Datenschutzaufsicht sich nicht auf den einzelnen Beschwerdefall verengen, sondern muss sich weiten zu einer generellen Datennutzungsbetrachtung, die grundrechtlich geschützte Freiheitsrechte mit gesellschaftlichen Datennutzungserfordernissen in Einklang bringt.

Dies erfordert auf der institutionellen Regelungsebene entweder eine Ausweitung der Kompetenzen der Datenschutzaufsichtsbehörden bei der Umsetzung der neuen digitalpolitischen europäischen Rechtsakte, oder ein verbindliches Kooperationsystem der spezifischen Regulierungsbehörden auf Bundes-, Länder- und EU-Ebene.

## II. Verbraucherschutz im Mehrebenensystem: Herausforderungen und Perspektiven in Deutschland

*Lars Gatschke\**

In den einführenden Worten zur Panel-Diskussion wurde auf die unterschiedliche Fokussierung beim vorsorgenden und nachsorgenden Verbraucherschutz zwischen den USA und Deutschland hingewiesen. Am deutlichsten wurde diese Diskrepanz im Umgang mit geschädigten Verbrauchern beim Abgasskandal von Volkswagen. Während Verbraucher in den USA aufgrund der behördlichen Anweisungen schnell und angemessen entschädigt wurden, waren sie in Deutschland zunächst auf sich allein gestellt. Der Unwille der Hersteller, ihre Kunden angemessen zu kompensieren, führte dazu, dass in Deutschland die Musterfeststellungsklage (MFK) eingeführt wurde. Dieses neue Klageinstrument ebnete den Weg hin zu einem Vergleich, der zu einem finanziellen Ausgleich der geschädigten Autobesitzer führte. Seit der Einführung der Einziehungsklage 2002 war die Musterfeststellungsklage der erste große Schritt beim nachsorgenden Verbraucherschutz. Die ersten Verfahren offenbarten die Defizite des neuen Klageinstrumentes. Unterdessen steht mit der Sammelklage ein weiteres Klageinstrument zur Verfügung, so dass unterdessen im nachsorgenden Verbraucherschutz bei der zivilgesellschaftlichen Rechtsdurchsetzung eine positive Entwicklung festzustellen ist.

Weiterhin hat aber der vorsorgende Verbraucherschutz in der behördlichen Rechtsdurchsetzung einen deutlichen Vorrang. Hier muss man feststellen, dass im vorsorgenden Verbraucherschutz ein erhebliches Vollzugsdefizit besteht. Dies hat mehrere Ursachen: entweder ist der Falsche mit der Aufgabe betraut. Es gibt Zielkonflikte bei dem Handelnden. Oder es scheitert schlichtweg an den Ressourcen. Ein Beispiel für den Falschen, der das Recht durchsetzen soll: Die Überwachung über die richtige Angabe des effektiven Jahreszinses bei Verbraucherkrediten und über das repräsentative Beispiel des beworbenen Sollzinses obliegt den Preisbehörden. Die örtliche Wirtschaftsüberwachung kann eine effiziente Kontrolle gewährleisten. Aber nicht immer ist die gewerberechtliche Überwachung der richtige Hebel. Die oben genannte Aufgabe wäre bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) besser angesiedelt.

Was ist mit Zielkonflikten gemeint? Lassen Sie es mich am Beispiel der Finanzdienstleistungsaufsicht verdeutlichen. Die Aufsicht hat zwei Stoßrichtungen: Finanzstabilität und Marktverhalten. Hier kann es zu Zielkonflikten kommen, die dazu führen, dass Staaten die beiden Aufsichtsziele in unterschiedlichen Behörden ansiedeln – Twin-Peak-Modell. Erfreulich ist in diesem Zusammenhang die Ankündigung der Präsidentin der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA) einen stärkeren Fokus auf die Marktverhaltensaufsicht zu legen. Dies erscheint sinnvoll, weil das Marktverhalten und damit das gezeichnete Geschäft natürlich einen Einfluss auf die Finanzstabilität der beaufsichtigten Unternehmen hat.

Das größte Problem sind jedoch die fehlenden Kapazitäten. Eigentlich sollte der Grundsatz gelten, dass der Aufgabe die Finanzierung folgt. Übertragen formuliert: Mit jeder neuen Aufgabe müssen die entsprechenden ausreichenden Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Als wenn die BaFin nicht hinreichend ausgelastet wäre, soll sie jetzt zusätzlich noch die Aufsicht über ESC-Reporting in Deutschland ausüben. Hinsichtlich der Ressourcen sitzen behördlicher und zivilgesellschaftlicher Rechtsschutz im selben Boot. Die qualifizierte Verbraucherorgani-

\* Lars Gatschke ist Referent beim Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

sationen, insbesondere die Verbraucherzentralen haben mit der MFK und der Sammelklage äußerst scharfe Schwerte erhalten, die den unsauberen Unternehmen richtig wehtun können. Dann braucht es aber auch die „Manpower“ und die nötige „Kriegskasse“ dafür, diese Verfahren mit einer entsprechenden Breitenwirkung führen zu können.

Was bedeuten die vorstehenden Ausführungen für die Institutionalisierung des Verbraucher- und Datenschutzes im Mehrebenensystem? Wir haben in Deutschland – historisch bedingt – ein Nebeneinander von behördlicher und zivilgesellschaftlicher Rechtsdurchsetzung; in der Finanzdienstleistungsaufsicht schon lange, im Datenschutz seit jüngerer Zeit. Dies ist ein Vorteil gegenüber anderen Ländern, die nur die behördliche Rechtsdurchsetzung haben, weil beide Wege unterschiedlichen Rechtsphären, Dogmen und Instrumenten folgen. Zu einem Reichtum kann es dann werden, wenn beide Wege sinnvoll miteinander verzahnt werden.

Man sollte zunächst einmal zwischen öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Verbraucherschutz unterscheiden: Lebensmittelsicherheit ist eine klassische Aufgabe der öffentlichen Hand. Die AGB-Kontrolle wäre die originäre Domäne des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes. Stellenweise sind die Zuordnungen nicht so leicht nachvollziehbar. Ältere werden sich noch an das Rabattgesetz erinnern können, in dem restriktiv geregelt wurde, wann Verbraucher einen Rabatt erhalten dürfen. Obwohl man hier eher das Bild vor Augen hat, dass dies eine originäre Aufgabe des Staates sein sollte, oblag die Durchsetzung des Rabattgesetzes den Verbraucherverbänden.

Die kollektive Durchsetzung von zivilrechtlichem Verbraucherschutz ist bisher schon vorrangig den Verbraucherschutzorganisationen zugewiesen. Dies leitet sich aus dem Vorrang der Zivilgerichte für die Auslegung des Zivilrechts ab. Der Gesetzgeber hat der BaFin mit der Zuweisung des kollektiven Verbraucherschutzes als Aufsichtsziel auch bei der Durchsetzung von verbraucherschützendem Zivilrecht eine stärkere Rolle zugewiesen. Ähnliche Diskussionen gibt es bei der Bundesnetzagentur oder dem Bundeskartellamt. Wie dies geschehen soll, wird zurzeit sehr intensiv diskutiert. Der Verbraucherzentrale Bundesverband hat dazu Vorschläge unterbreitet. Diese lassen sich in Kürze wie folgt beschreiben:

Die Aufsichtsbehörden würden dann im Wege eines Verwaltungsverfahrens Zivilrecht durchsetzen. Dies sollte dort erfolgen, wo eine höchstrichterliche Klärung einer Rechtsfrage erfolgt ist und wo eine flächendeckende Durchsetzung auf Grund struktureller Begrenzungen, zum Beispiel bei den zur Verfügung stehenden Klageinstrumenten, nicht sichergestellt werden kann.

In den Fällen, in denen eine Rechtsfrage noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, sollte die Rechtsfortbildung nicht im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erfolgen. Hier wäre es sinnvoll, dass die BaFin zunächst Sachverhalte ermittelt und den Verbraucherschutzorganisationen Informationen zur Klärung einer offenen Rechtsfrage vor Gericht zur Verfügung stellen, bevor sie selbst wiederum die Durchsetzung einer (dann gegebenenfalls abschließend geklärten) Rechtslage mit verwaltungsrechtlichen Mitteln betreibt. Die Verbraucherschutzorganisationen unterliegen dann wiederum bezogen auf den Sachverhalt der Verschwiegenheit.

Um Divergenzen in der Rechtsprechung zu vermeiden, sollten Klagen gegen eine Entscheidung der BaFin nach dem Vorbild des § 50 Absatz 1 des Gesetzes über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten sowie den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (ZKG) zukünftig vor Zivilgerichten verhandelt werden. Maßnahmen der BaFin auf Grundlage des § 4 Absatz 1 des Gesetzes über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (FinDAG) sollten grundsätzlich verjährungshemmende Wirkung haben.

# Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie

ISSN 2366-0260 (print) / ISSN 2365-4112 (online)

Bislang erschienene Hefte

## Heft 1

*Felix Boor*, Die Yukos-Enteignung. Auswirkungen auf das Anerkennungs- und Vollstreckungssystem aufgehobener ausländischer Handelsschiedssprüche

## Heft 2

*Karsten Nowrot*, Sozialökonomie als disziplinäre Wissenschaft. Alternative Gedanken zur sozialökonomischen Forschung, Lehre und (Eliten-) Bildung

## Heft 3

*Florian Hipp*, Die kommerzielle Verwendung von frei zugänglichen Inhalten im Internet

## Heft 4

*Karsten Nowrot*, Vom steten Streben nach einer immer wieder neuen Weltwirtschaftsordnung. Die deutsche Sozialdemokratie und die Entwicklung des Internationalen Wirtschaftsrechts

## Heft 5

*Karsten Nowrot*, Jenseits eines abwehrrechtlichen Ausnahmecharakters. Zur multidimensionalen Rechtswirkung des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG

## Heft 6

*Karsten Nowrot*, Grundstrukturen eines Beratungsverwaltungsrechts

## Heft 7

*Karsten Nowrot*, Environmental Governance as a Subject of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements

## Heft 8

*Margaret Thornton*, The Flexible Cyborg: Work-Life Balance in Legal Practice

## Heft 9

*Antonia Fandrich*, Sustainability and Investment Protection Law. A Study on the Meaning of the Term *Investment* within the ICSID Convention

## Heft 10

*Karsten Nowrot*, Of “Plain” Analytical Approaches and “Savior” Perspectives: Measuring the Structural Dialogues between Bilateral Investment Treaties and Investment Chapters in Mega-Regionals

## Heft 11

*Maryna Rabinovych*, The EU Response to the Ukrainian Crisis: Testing the Union’s Comprehensive Approach to Peacebuilding

## Heft 12

*Marita Körner*, Die Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union: Struktur und Ordnungsprinzipien

## Heft 13

*Christin Krusenbaum*, Das deutsche Krankenversicherungssystem auf dem Prüfstand – Ist die Bürgerversicherung die ultimative Alternative?

## Heft 14

*Marita Körner*, Age Discrimination in the Context of Employment

## Heft 15

*Avinash Govindjee/ Judith Brockmann/ Manfred Walser*, Atypical Employment in an International Perspective

## Heft 16

*Cara Paulina Gries*, Gesetzliche Barrieren bei der Integration von geduldeten Flüchtlingen in den deutschen Arbeitsmarkt

## Heft 17

*Karsten Nowrot*, Aiding and Abetting in Theorizing the Increasing Softification of the International Normative Order - A Darker Legacy of Jessup’s *Transnational Law*?

## Heft 18

*Matti Riedlinger*, Das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz: Implementierung von Corporate Social Responsibility Berichtspflichten in nationales Recht

## Heft 19

*Karsten Nowrot*, “Competing Regionalism” vs. “Cooperative Regionalism”: On the Possible Relations between Different Regional Economic Integration Agreements

## Heft 20

*Karsten Nowrot*, The 2017 EU Conflict Minerals Regulation: An Effective European Instrument to Globally Promote Good Raw Materials Governance?

**Heft 21**

*Karsten Nowrot, The Other Side of Rights in the Processes of Constitutionalizing International Investment Law: Addressing Investors' Obligations as a New Regulatory Experiment*

**Heft 22**

*Karsten Nowrot/Emily Sipiorski, Arbitrator Intimidation and the Rule of Law: Aspects of Constitutionalization in International Investment Law*

**Heft 23**

*Karsten Nowrot, European Republicanism in (Legitimation) Action: Public Participation in the Negotiation and Implementation of EU Free Trade Agreements*

**Heft 24**

*Karsten Nowrot, Non-Recognized Territorial Entities in the Post-Soviet Space from the Perspective of WTO Law: Outreach to Outcasts?*

**Heft 25**

*Marita Körner, Beschäftigtendatenschutz im Geltungsbereich der DSGVO*

**Heft 26**

*Vladena Lisenko/Karsten Nowrot, The 2018 Pridnestrovian Law on State Support for Investment Activities: Some Thoughts on an Investment Statute in a Frozen Conflict Situation*

**Heft 27**

*Marita Körner, Die Rolle des Betriebsrats im Beschäftigtendatenschutz*

**Heft 28**

*Nadia Kornioti/Karsten Nowrot, Looking Back to Learn for the Future?: The Work of the ILA on the Issue of Human Rights in Times of Emergency in the 1980s*

**Heft 29**

*Marita Körner, Der Betriebsrat als datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle*

**Heft 30**

*Karsten Nowrot/Emily Sipiorski, (De-) Constitutionalization of International Investment Law?: Narratives from Africa*

**Heft 31**

*Felix Boor, Die beschleunigte Landreform Mugabes vor deutschen Gerichten - der „Hamburger Kaffeestreit“*

**Heft 32**

*Karsten Nowrot, Corporate Legal and Social Responsibility as an Issue of International Investment Agreements: A Suitable Role Model for the WTO Legal Order?*

**Heft 33**

*Julius Adler, Der Grundsatz der „Full Protection and Security“ im internationalen Investitionsschutzrecht - Bedeutung in Theorie und Praxis*

**Heft 34**

*Sebastian Barth, Gefangenearbeit: Meilen- oder Stolperstein der Resozialisierung? Eine rechtliche Betrachtung von Gefangenearbeit in Bezug auf das Resozialisierungsziel*

**Heft 35**

*Karsten Nowrot, Das gesellschaftliche Transformationspotential der Sustainable Development Goals: Völkerrechtliche Rahmenbedingungen und außerrechtliche Nachhaltigkeitsvoraussetzungen*

**Heft 36**

*Karsten Nowrot, Illegal Trade in Wild Animals and Derived Products during Armed Conflicts: What Role for International Wildlife Agreements?*

**Heft 37**

*Emily Sipiorski, The Seabed and Scientific Legitimization of International Law: Transforming Narratives of Global Justice*

**Heft 38**

*Matti Riedlinger, Mitwirkung des Betriebsrats im Insolvenzplanverfahren*

**Heft 39**

*Karsten Nowrot, „Long Live Deglobalization“ vs. „Free Trade Saves Lives“: Die Rolle des Internationalen Wirtschaftsrechts in Zeiten der Corona-Krise*

**Heft 40**

*Emily Sipiorski, Cocoa and International Law: Some Remarks on the Contradictions and Symmetry in the Role of Private Actors in Elevating and Unifying Standards*

**Heft 41**

*Karsten Nowrot, Vertragskonkurrenz zwischen Menschenrechtsverträgen und Wirtschaftsabkommen in der internationalen Rechtsordnung: Überlegungen zu einem aktuellen völkervertragsrechtlichen Hierarchisierungskonzept*

**Heft 42**

*Felix Boor*, Das Vertragsverletzungsverfahren gegen das ungarische Hochschulgesetz und seine Auswirkungen auf die Internationalisierung des Europäischen Verwaltungsrechts

**Heft 43**

*Kerrin Kobes*, Selbstbestimmung am Lebensende - Eröffnete das BVerfG die Tür einer Suizidassistenten für psychisch Erkrankte?

**Heft 44**

*Laura Kristin Hass*, Infektionsschutzgesetz: Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen am Beispiel von Kontaktbeschränkungen  
*Fulya Zeiml*, Die Verfassungsmäßigkeit von Ausgangssperren anlässlich der Corona-Pandemie

**Heft 45**

*Ferdinand Schönberg*, Sanktionen im Sozialrecht: Änderungsvorschlag zur Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums

**Heft 46**

*Kristina Hellwig/Karsten Nowrot*, Towards Investors' Responsibilities in International Investment Agreements – A Path for China?

**Heft 47**

*Kai-Oliver Knops*, Whatever it takes? - Zur (Un-) Wirksamkeit der Umlage von sog. „Negativzinsen“ auf Kreditinstitute und deren Kunden im EURO-Raum

**Heft 48**

*Joana Kimmich*, Die Corona-Pandemie als Stunde der Exekutive – Verfassungsrechtliche Überprüfung der Impfpriorisierung

**Heft 49**

*Laura Hass*, Nachhaltiges Lieferkettenmanagement multinationaler Unternehmen in der Textilindustrie

**Heft 50**

*Karsten Nowrot*, Der Menschenwürde Werk und des Republikprinzips Beitrag - Gedanken und Anmerkungen zu Verbindungslinien zwischen zwei Konstitutionsprinzipien und ihren normativen Prägeeffekten auf das Verständnis der Grundrechte des Grundgesetzes

**Heft 51**

*Vladlena Lisenco/Karsten Nowrot/Natalia Shchukina*, Human Rights in Times of Health Emergencies: Legal Reflections on the COVID-19 Pandemic on Both Banks of the Dniester River

**Heft 52**

*Karsten Nowrot*, Die Europäische Union und der Krieg in der Ukraine – Eine wirtschaftsrechtliche Betrachtung

**Heft 53**

*Karsten Nowrot*, Klimaschutz und Bahnhofswald, Verfassungsrecht und rechtfertigender Notstand im Strafrecht – Gedanken und Anmerkungen zu einem überraschenden Urteil aus Flensburg

**Heft 54**

*Karsten Nowrot*, Post-Award Remedies in International Investment Arbitration: The Examples of Requests for Correction and Rectification as well as for Additional Awards or Supplementary Decisions

**Heft 55**

*Karsten Nowrot*, Völkerrechtliche Herausforderungen im Zusammenhang mit einer Verhandlungslösung im Ukraine-Konflikt

**Heft 56**

*Karsten Nowrot*, Aller notwendigen Dinge sind drei? Entwicklung und aktuelle Herausforderungen der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union

**Heft 57**

*Karsten Nowrot*, Fostering the Status of Asia's Sovereign Wealth Funds as Responsible Foreign Investors – The Progressive Development of International Legal Personality as a 'Silver Bullet'?

**Heft 58**

*Karsten Nowrot*, „Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“: Konzeptionelle Überlegungen zum verfassungsrechtlichen Grundstatus der Abgeordneten des Deutschen Bundestages gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

**Heft 59**

*Karsten Nowrot*, Die OSZE und ihr Vergleichs- und Schiedsgerichtshof als potentielle Friedensermöglichungsakteure – Eine „schlafende“ Konfliktbeendigungsoption für den Ukraine-Krieg?

**Heft 60**

*Karsten Nowrot*, Von Seevölkerrecht und Selbstverteidigung: Völkerrechtliche Aspekte militärischer Maßnahmen gegen die Huthi im Kontext des aktuellen Nahostkonflikts

**Heft 61**

*Karsten Nowrot*, Was heißt Sozialökonomie im 21. Jahrhundert?

**Heft 62**

*Karsten Nowrot.* Die „Hessen“ gegen die Huthi – Der Einsatz im Rahmen der Operation EUNAVFOR ASPIDES in der Rechtsordnungsgemeinschaft des Völker-, Europa- und Verfassungsrechts

**Heft 63**

*Johanna Baues/Finn Henrik Wiese,* Alliance of Small Island States - An example of a successful international climate alliance

**Heft 64**

*Karsten Nowrot,* Neokolonialismus als völkerrechtlicher Kooperationsbegriff – Überlegungen aus Anlass der Diskussion über den neokolonialen Charakter von Wirtschaftsabkommen der Europäischen Union mit Staaten des globalen Südens

**Heft 65**

*Karsten Nowrot,* Internationales Klimafriedensrecht – Versuch einer Positionsbestimmung