Abschrift

elblaw · RECHTSANWÄLTE · KAISER-WILHELM-STR. 93 · 20355 HAMBURG

Hamburgisches Verfassungsgericht
Sievekingplatz 2
20355 Hamburg

Sekretariat Frau Suter
T: +49 (40) 411 89 38-51
steffen@elblaw.de

Aktenzeichen
664/12TS02/su

Hamburg, den 18.01.2013

elblaw
RECHTSANWÄLTE

MATTHIAS MÖLLER
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

REINALD BERCHTER
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

DR. TILL STEFFEN
Senator a. D.
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht

DR. SABINE KRAMER
Rechtsanwältin,
Fachanwältin für
Familienrecht,
Mediatorin (BAFM)

SVEN KRUMBÜGEL
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht,
Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht

BETTINA BACHINGER
Rechtsanwältin

MARTIN BILL
Rechtsanwalt

- HVerfG 7/2012 -

In der Sache

Durchführung des Volksentscheides
"Unser Hamburg - Unser Netz"

wird beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung werden unter A. zunächst Hinweise zum Verfahrensgang gegeben. Unter B. wird sodann das Anliegen der Initiative „Unser Hamburg – unser Netz" dargestellt. Unter C. wird zur Zulässigkeit und schließlich aus Gründen der Klarstellung unter D. zur Begründetheit Stellung genommen.

Kaiser-Wilhelm-Str. 93
20355 Hamburg

T: +49 (40) 411 89 38-0
F: +49 (40) 411 89 38-37

Gerichtsfach 553

kanzlei@elblaw.de
www.elblaw.de

Hamburger Sparkasse
BLZ 200 505 50
KTO 1261157042

elblaw
RECHTSANWÄLTE

A.

Hinweise zum Verfahrensgang

Bei der weiteren Ausgestaltung des Verfahrens sollten die Möglichkeiten zur Beschleunigung der Entscheidung genutzt werden. Durch das nun anhängige Verfahren werden die Möglichkeiten der Initiative „Unser Hamburg – unser Netz" erheblich beschränkt, den Volksentscheid vorzubereiten. Sie ist dazu gezwungen, die anstehende Kampagne bereits während des Verfahrens zu beginnen und sieht sich stets dem Einwand ausgesetzt, dass ja zunächst gerichtlich geklärt werden müsse, ob der Volksentscheid überhaupt stattfindet. Selbst für den Fall, dass das Gericht den Antrag für unzulässig halten sollte, droht also nachwirkender Schaden. Sollte etwa eine Entscheidung erst unmittelbar vor den Sommerferien ergehen, so kann die Urlaubszeit nur eingeschränkt genutzt werden; für den ungehinderten Ablauf der Kampagne verblieben dann nur noch sieben Wochen. In der politischen Auseinandersetzung um energiepolitische Konzepte sollten Anträge, die sich im Ergebnis als unzulässig erweisen, beim Hamburgischen Verfassungsgericht kein Mittel sein.

Es wird deswegen bereits jetzt für den Fall, dass das Gericht zunächst getrennt über die Zulässigkeit entscheiden möchte, auf eine mündliche Verhandlung über die Frage der Zulässigkeit verzichtet.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

B.

Ziel der Initiative „Unser Hamburg – unser Netz"

Mit dem Volksentscheid soll eine vollständige Rücknahme der Hamburger Verteilnetze für Strom, Gas und Fernwärme in die öffentliche Hand erreicht werden. Dies bedeutet, dass die Stadt Hamburg bei dem durchzuführenden ordnungsgemäßen und diskriminierungsfreien Konzessionsverfahren für Gas und Strom bei den Vergabekriterien einen kommunalen Einfluss auf den Betrieb der Energienetze hoch gewichten soll. Ein erfolgreicher Volksentscheid würde außerdem dazu führen, dass abschließend geklärt wird, ob ein bislang von Vattenfall blockiertes Konzessionsverfahren für die Fernwärme durchgeführt werden muss. Dieses war zwischen der FHH und der HEW 1994 vertraglich vereinbart worden.

Fällt unter der Maßgabe eines starken kommunalen Einflusses auf den zukünftigen Netzbetreiber die Entscheidung der Stadt für ein entsprechend qualifiziertes städtisches Unternehmen, wird den bisherigen Betreibern Vattenfall (Strom, Fernwärme) und E.on (Gas) der kalkulatorische Restwert („Kaufpreis") der Anlagen erstattet. Die Höhe dieses Kaufpreises wird anhand der von den Energieunternehmen dann offen zu legenden technischen und betriebswirtschaftlichen Daten zu den Leitungsnetzen ermittelt.

Die Stadt Hamburg übernimmt dann z. B. durch ein öffentliches Netz-Unternehmen unter dem Dach der HGV (Hamburger Gesellschaft für Vermögen) das Eigentum und den Betrieb der Energienetze. Der Kaufpreis würde über die HGV kreditär zu finanzieren sein, die Stadt Hamburg bürgt im notwendigen Umfang für das erforderliche Eigenkapital.

Der Drucksache 19/8659 der Hamburgischen Bürgerschaft ist zu entnehmen, dass das Unternehmen Vattenfall im Jahr 2011 an Nutzungsentgelten allein für das Stromnetz Einnahmen von 315 Millionen Euro zu verzeichnen hatte. Da diese Einnahmen dann der öffentlichen Netzgesellschaft zufließen würden, könnten notwendige Kredite daraus bedient werden.

Mit der Übernahme der Anlagen wäre auch ein Betriebsübergang des Personals verbunden (§ 613a BGB), so dass die Kompetenz der Mitarbeiter erhalten bliebe und lediglich ein städtisches Management installiert werden müsste.

Nach Angaben des Verbands kommunaler Unternehmen e.V. (VKU) hat es seit 2007 im Zuge auslaufender Konzessionsverträge bereits 170 Konzessionsübernahmen durch öffentliche Unternehmen gegeben (Stand August 2012), http://www.vku.de/service-navigation/presse/pressemitteilungen/liste-pressemitteilung/gemeinsame-presse mitteilung-120926.html). Dies zeigt, dass eine Rekommunalisierung ein mittlerweile etablierter Vorgang in Deutschland ist und insbesondere die anfänglichen rechtlichen Unklarheiten weitgehend ausgeräumt sind.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Der Vorgängersenat hatte zudem ein umfangreiches Gutachten erstellen lassen, welches dem hier skizzierten Modell sehr nahe kommt (LBD 2009: Überführung der Energienetze in öffentliche Verantwortung und Gründung kommunaler Stadtwerke, download unter: http://klima.hamburg.de/machbarkeitsstudien/). Zur Finanzierbarkeit einer solchen Übernahme sind in der Anhörung vor dem Umweltausschuss am 23.10.2011 von verschiedenen Experten auch zustimmende Äußerungen abgegeben worden.

So führt der Experte Herr Landshöft von GETEC Hannover Folgendes aus (Protokoll Umweltausschuss 19/23, Seite 33):

> *„Per Gesetz sind Netzbetreiber angehalten, ein Netz wirtschaftlich und sicher zu betreiben. Das können sie nur, indem sie dieses Netz pflegen. Das heißt, wenn sie zunächst mal in einen Kaufpreis investieren, dann ist das alles. Danach ist nicht zu erwarten, dass man dann hinschaut, macht die Türen auf und findet einen Haufen Schrott und muss alles neu machen. Das ist nicht zu erwarten. Sie werden dann mit einem Netzbetrieb beginnen können, der wird funktionieren und aus den Erlösen wird man ganz in Ruhe ein Unternehmen strukturieren und aufbauen, das genauso funktioniert wie der heutige Netzbetrieb."*

Herr Wübbels als Experte des VKU verdeutlicht die Finanzierbarkeit (Protokoll Umweltausschuss 19/23, Seite 46):

> *„Worauf es mir ankommt, ist, das ist eine nominale Rendite, real bewegt sie sich im kommunalen Bereich, also bei den Stadtwerken, in der Größenordnung zwischen, je nach dem, wie gut das Netz geführt ist, zwischen 5 und 7 Prozent. Das heißt also, das ist durchaus eine im Vergleich zu anderen Anlagen, die man machen kann, eine beachtliche Rendite. Und daraus kann natürlich dann auch eine entsprechende Finanzierung, Refinanzierung des Netzkaufs erfolgen. Insofern muss man sich keine Gedanken darüber machen, dass - unter der Voraussetzung, dass man keinen überhöhten Kaufpreis gezahlt hat - sich nicht aus den Netzentgelten beziehungsweise der zustehenden Rendite dieser Netzkauf refinanzieren lässt."*

Herr Böck als Vertreter der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BBH München geht insbesondere auf das Risiko einer Rekommunalisierung und der notwendigen Investitionen ein (Protokoll Umweltausschuss 19/23, Seite 49):

> *"Sollten Investitionen notwendig sein, die sich nicht über Netzentgelte refinanzieren lassen - was ich im Moment so ganz klar nicht sehen kann, das kann sein, dass im Smart Metering Bereich so etwas Ähnliches entstehen könnte -, dann ist es so, dass das natürlich bei der Berechnung des Ertragswerts in den Ertragswert mit einfließt. Das ist ganz klar, wenn ich heut aufgrund von gesetzlichen Vorgaben Investitionen tätigen muss, die ich nicht refinanzieren kann, dann drückt das den Ertragswert. <u>Also insoweit hat eine Hansestadt, die heute ein Netz übernimmt, an der Stelle meines Erachtens kein Risiko</u>."*
> *(Hervorhebung durch den Verfasser)*

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Und Herr Berger von Rödl & Partner betont, dass eine Übernahme der Netze auch in Hinblick auf notwendige Investitionen mehr Chancen als Risiken bietet (Protokoll Umweltausschuss 19/23, Seite 67):

> *„Natürlich ist das Thema Netzumbau, Smart Grid, intelligente Netze ein Zukunftsthema schlechthin. Und da stimme ich auch den Vorrednern bei, dass das auch zukünftiges großes Thema sein wird. Gut, wir wissen alle nicht natürlich, wie sich das genau entwickelt, aber zumindest die Perspektive ist da. Wir meinen, dass auch unter Berücksichtigung dieser Aspekte durchaus mehr Chancen da sind als Risiken, so ein Netz zu übernehmen."*

Das Gutachten von Rödl & Partner vom 15.11.2011,

Anlage 1,

zeigt weitere Optionen auf. So können beispielsweise zur Finanzierung der Rücknahme in die Öffentliche Hand externe Kapitalgeber eingebunden und/oder auch den Hamburger Bürgern ein Anteilserwerb ermöglicht werden. Letzteres wäre über eine Energiegenossenschaft denkbar.

Die entscheidende Bedingung, die sich aus dem Abstimmungstext des Volksentscheides ergibt, ist die vollständige Übernahme in die Öffentliche Hand. Bei der konkreten Ausgestaltung einer Netzübernahme, die sich je nach Kooperationsbereitschaft der bisherigen Netzbetreiber über mehrere Jahre erstrecken kann, ergeben sich unter der vorangestellten Bedingung erfahrungsgemäß Gestaltungsspielräume, in denen die Bürgerschaft ihr Haushalts- und Gestaltungsrecht im Detail wahrnehmen kann.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

C.

Zur Zulässigkeit

Der Antrag ist unzulässig.

Ein Antrag zur Überprüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit einer „anderen Vorlage" vor dem Volksentscheid ist unstatthaft. Die Wahrung der Grenzen des Art. 50 Abs.1 S.2 HV durch einen Akt der mehrstufigen Volksgesetzgebung ist zwar vom HVerfG auf Antrag zu überprüfen, dies jedoch im Stadium von durchgeführter Volksinitiative vor dem entsprechenden Volksbegehren.

Ein verfassungsgerichtliches Verfahren über die Durchführung von Volksentscheiden zur umfassenden materiellen Kontrolle des Vorlagegenstands ist im hamburgischen Recht nicht vorgesehen. Die Antragsteller behaupten die Existenz eines solchen Verfahrens und wollen dabei insbesondere die Wahrung der Grenzen von Art. 50 Abs. 1 S. 2 HV und die Vereinbarkeit mit sonstigem höherrangigem Recht überprüft wissen. Ein solches Verfahren ergibt sich jedoch weder aus dem einfachen Recht (I.), noch unmittelbar aus der Verfassung (II.)

I.

Statthaftigkeit nach einfachem Recht

Weder das VAbstG noch das HmbVerfGG sehen das von den Antragstellern angestrengte Verfahren vor. Regelungen über Verfahren zur Überprüfung von Gegenständen der Volksgesetzgebung auf Antrag von Senat oder (Teilen der) Bürgerschaft finden sich in § 26 VAbstG; keine der dortigen Regelungen führt zur Statthaftigkeit des Antrags.

1. Zwischen Volksbegehren und Volksentscheid statthafte Verfahren

Nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 VAbstG kann das Verfassungsgericht (auch) zwischen Volksbegehren und Volksentscheid angerufen werden. Gegenstand kann allerdings nur die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Überarbeitung einer Vorlage sein, was hier nicht streitgegenständlich ist.

2. Zu anderen Zeitpunkten statthafte Verfahren

Die von den Antragstellern gestellte Frage kann Gegenstand eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens sein und zwar insbesondere nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 VAbstG und daneben auch nach § 26 Abs. 1 Nr. 4 VAbstG.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

a. Für das Verfahren nach § 26 Abs. 1 S. 1 VAbstG ist jedoch die Frist versäumt. Dies gilt für die Frist nach § 26 Abs. 2 VAbstG neuer wie alter Fassung. Nach § 26 Abs. 2 S. 1 VAbstG n.F. hätte der Antrag binnen eines Monats nach Ablauf der Antragsfrist auf Durchführung des Volksbegehrens gestellt werden müssen. Diese Frist dürfte am 20.2.2011 abgelaufen sein. Weil dieser Fristablauf und auch der Fristbeginn vor Inkrafttreten der aktuellen Fassung des VAbstG am 10.10.2012 lagen, dürfte die bis dahin geltende Fassung von 1996 anzuwenden gewesen sein. Danach hätte der Antrag fünf Monate nach Einreichen der Unterschriftenlisten gestellt werden müssen, so dass die Frist bereits am 20.1.2011 abgelaufen wäre.

b. Mit Verstreichen dieser Frist ist jedoch nicht vermacht, dass Bürgerschaft und Senat Volksentscheide umzusetzen hätten, die gegen höherrangiges Recht verstoßen. Neben den allgemein zur Verfügung stehenden Verfahren beim Verfassungsgericht zu Zwecken der Überprüfung anhand höherrangigen Rechts ist im Rahmen der Reform von Art. 50 HV im Jahre 2008 gezielt eine Regelung geschaffen worden, die der Bürgerschaft eine Reaktionsmöglichkeit verschafft, wenn ein Volksentscheid von ihr rechtlich, finanziell oder faktisch Unmögliches verlangt oder sie aus anderen Gründen mit dem Ergebnis nicht einverstanden ist. Anders als vielfach behauptet wurde durch die Verfassungsänderung eben nicht dafür gesorgt, dass Volksentscheide bindend sind. Die Bürgerschaft kann sehr wohl vom Ergebnis des Volksentscheids abweichen und zwar indem sie gem. Art. 50 Abs. 4 S. 1 HV ein anderes Gesetz beschließt oder im Falle einer anderen Vorlage gem. Art. 50 Abs. 4a S. 2 HV beschließt, davon abzuweichen. Diese Beschlüsse der Bürgerschaft unterscheiden sich von sonstigen Beschlüssen der Bürgerschaft nur dadurch, dass gegen sie mit erleichterten Voraussetzungen (lediglich zweistufiges Verfahren mit Sammlung von Unterschriften von 2,5 % der Abstimmungsberechtigten) ein Volksentscheid möglich ist und zur Sicherung dieses Verfahrens eine dreimonatige Karenzzeit besteht. Dieses vom Verfassungsgeber vorgesehene Verfahren holt Streitfragen über Volksentscheide bewusst in den politischen Raum und will die notwendige Begrenzung der Möglichkeiten direkter Demokratie und die Wahrung der Handlungsmöglichkeiten der repräsentativen Demokratie weniger über rechtliche Regelungen vornehmen, über deren Auslegung vor Gericht gestritten werden müsste.

Wenn die Bürgerschaft von dem Ergebnis eines Volksentscheids abweicht, weil sie der Auffassung ist, dass höherrangiges Recht entgegen steht, so muss sie sich nicht auf ein endlos mögliches Hin und Her von Bürgerschaftsbeschlüssen und Volksentscheiden einlassen. Sie kann dann ein Verfahren nach § 26 Abs. 1 Nr. 4 VAbstG anstrengen, das einen im Ergebnis identischen Prüfungsgegenstand wie § 26 Abs. 1 Nr. 1 VAbstG hat. Dieses Recht steht dann auch wieder einem Fünftel der Abgeordneten zu.

Der Effekt der Regelung aus Art. 50 HV ist, dass die Bürgerschaft entweder ganz frühzeitig rechtliche Einwände geltend machen muss oder nach einem Volksentscheid zunächst die Möglichkeiten ausloten soll, dem Volksentscheid Rechnung zu tragen, bevor sie

wiederum ein Vorgehen wählt, das auf eine rechtliche Auseinandersetzung hinausläuft.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

II.

Gewährleistung unmittelbar aus der Verfassung

Die von den Antragstellern behauptete Gewährleistung des von ihnen angestrengten Verfahrens durch die Verfassung besteht nicht. Der Wortlaut von Art. 50 Abs. 6 S. 1 HV verlangt kein Verfahren unmittelbar vor Durchführung des Volksentscheids.

Die Bestimmung des Art. 50 Abs. 6 S. 1 HV lautet:

> *„Das Hamburgische Verfassungsgericht entscheidet auf Antrag des Senats, der Bürgerschaft, eines Fünftels der Abgeordneten der Bürgerschaft oder der Volksinitiatoren über die Durchführung von Volksbegehren* ***und*** *Volksentscheid."* [Hervorhebung nicht im Original]

Der Verfassungsgeber hat insoweit eine Formulierung gewählt, die eben nicht ein isoliertes Verfahren über die Durchführung des Volksentscheids verlangt. Hätte der Verfassungsgeber zum Ausdruck bringen wollen, dass zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens sämtliche Fragen, die im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit eines Verfahrens auf Basis einer Volksinitiative eine Rolle spielen können, so hätte er dies auch regeln können. Der Text der Verfassungsbestimmung weist jedoch in die entgegengesetzte Richtung: Die Formulierung „über die Durchführung von Volksbegehren und Volksentscheid" ist wegen der Verwendung der Verknüpfung „und" so zu verstehen, dass die Verfassung ein einheitliches Verfahren fordert. Die genannten möglichen Antragsteller können ein Verfahren anstrengen, das zu einer Überprüfung der Durchführung von Volksbegehren und Volksentscheid führt. Entweder Volksbegehren und Volksentscheid sind rechtlich zulässig (wozu insbesondere die Grenzen von Art. 50 Abs. 1 S. 2 HV aber auch die Einhaltung anderer Verfassungsbestimmungen Hamburgs oder des Bundes gehören) oder Volksbegehren und Volksentscheid sind nicht zulässig.

Hätte der Verfassungsgeber zum Ausdruck bringen wollen, dass sowohl vor Durchführung eines Volksbegehrens als auch noch einmal danach eine Überprüfungsmöglichkeit bestehen soll, so hätte er dies einerseits ausdrücklich tun können; er hätte aber auch schlicht sich durch die Verwendung des Wortes „oder" statt „und" behelfen können, um die für die Antragsteller bestehende Wahlfreiheit zum Ausdruck zu bringen. So hat er es schließlich in derselben Verfassungsbestimmung gelöst, um die Alternativität der Antragsteller zum Ausdruck zu bringen: Senat, Bürgerschaft, ein Fünftel der Abgeordneten der Bürgerschaft und die Volksinitiatoren müssen den Antrag eben nicht gemeinsam stellen, es reicht, wenn aus der Aufzählung ein Element sich als Antragsteller findet. In der Sache ist das selbstverständlich, sprachlich wird dies durch „oder" klar zum Ausdruck gebracht.

Wenn im gleichen Satz zwei Aufzählungen zu finden sind, wobei die erste mit „oder" verknüpft, die zweite jedoch mit „und", so muss aus der

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Unterschiedlichkeit der Verknüpfungen ein Bedeutungsunterschied geschlossen werden: Während die erste eine Alternativität vorsieht, führt die zweite zur Kumulation der aufgezählten Elemente.

Die Verfassung verlangt kein eigenständiges Verfahren unmittelbar vor Durchführung des Volksentscheids.

Selbst wenn man mit den Antragstellern Art. 50 Abs. 6 S. 1 HV gegen den Wortlaut so auslegte, dass diese Bestimmungen zwei getrennte Verfahren vorsieht, so ist festzustellen, dass der einfache Gesetzgeber sowohl ein Verfahren über die Durchführung des Volksbegehrens und – getrennt davon – ein Verfahren über die Durchführung des Volksentscheids geschaffen hat. Das Verfahren über die Durchführung des Volksbegehrens ist geregelt in § 26 Abs. 1 Nr. 1 VAbstG, das Verfahren über die Durchführung des Volksentscheids in § 26 Abs. 1 Nr. 2 VAbstG. Der einfache Gesetzgeber hat mit dem Verfahren nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 VAbstG nach der vorzugswürdigen am Wortlaut orientierten Auslegung von Art. 50 Abs. 6 S.1 HV genauso ein von der HV nicht ausdrücklich verlangtes Verfahren geschaffen wie mit dem Verfahren über das Zustandekommen von Volksinitiativen nach § 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 VAbstG.

Das Verfahren nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 VAbstG ist ein Verfahren über die Durchführung eines Volksentscheids. Es fällt auf, dass die Antragsteller sich nicht zu der Frage äußern, warum dieses Verfahren – bei unterstellter Alternativität der Verfahren – nicht ein Verfahren über die Durchführung eines Volksentscheids sein soll, obwohl es genau dies ist und sich dem Wortlaut von Art. 50 Abs. 6 S. 1 HV ein bestimmter Prüfungsmaßstab nicht entnehmen lässt. Stattdessen versuchen sie diese offenkundige Lücke in ihrer Argumentation wortreich durch nicht in den Motiven der Verfassungsgebung abgestützte teleologische Interpretationen zu überspielen.

Sowohl aus den Materialien anlässlich der Änderung von Art. 50 HV in den Jahren 1996 und 2008 als auch aus den jeweils begleitenden Gesetzgebungsverfahren zum VAbstG folgt jedoch, dass sowohl bei der Verfassungsänderung 1996 als auch bei der Verfassungsänderung 2008 beim Verfassungsgeber ein Verständnis zu Grunde lag, dass von Art. 50 Abs. 6. S. 1 HV unmittelbar vor dem Volksentscheid nicht mehr an gerichtlicher Überprüfungsmöglichkeit verlangt wird als § 26 Abs. 1 Nr. 2 VAbstG in alter und neuer Fassung gewährt.

Art. 50 HV wurde im Rahmen der Verfassungsänderung 1996 vollkommen neu gestaltet. Er geht zurück auf einen Vorschlag des Senats, der in einer Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft mit dem Titel „Schaffung der Rechtsgrundlagen für eine Volksinitiative, ein Volksbegehren und einen Volksentscheid in Hamburg" enthalten war (Drs. 15/2881 vom 21.2.1995). Jene Senatsmitteilung umfasste neben einem Vorschlag für Art. 50 HV einen Vorschlag für ein Gesetz über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid sowie Änderungsvorschläge für das Gesetz über das Hamburgische Verfassungsgericht.

In dem Vorschlag für Art. 50 HV befand sich in Abs. 3 die Formulierung, die schließlich Abs. 6 wurde und so unverändert bis heute gilt. Zur Begründung führte der Senat aus (a.a.O., S. 4):

elblaw
RECHTSANWÄLTE

„Absatz 3 begründet die Zuständigkeit des Hamburgischen Verfassungsgerichts für Streitigkeiten über die Durchführung von Volksbegehren und Volksentscheid. [...] Entspricht der zur Durchführung des Volksbegehrens eingereichte Gesetzentwurf nicht den Anforderungen des Artikels 50 Absatz 1 und ist er rechtswidrig oder entspricht das von der Bürgerschaft verabschiedete Gesetz bereits dem Anliegen der Volksinitiative, so obliegt es der Entscheidung des Senats, der Bürgerschaft oder eines Viertels der Abgeordneten der Bürgerschaft, ob sie die Durchführung des Volksbegehrens für rechtswidrig erachten und deshalb das Hamburgische Verfassungsgericht anrufen. Dieses Verfahren vermeidet Folgeprobleme, die mit einer förmlichen Entscheidung des Senats oder der Bürgerschaft über die Zulässigkeit oder die Verfassungsmäßigkeit des Volksbegehrens verbunden wären; insbesondere kommt es nicht zu einer Monopolisierung der Prüfungsbefugnisse bei dem Senat oder der Bürgerschaft. Auch käme es zu vermeidbaren Verzögerungen, wenn zunächst Senat oder Bürgerschaft einen förmlichen Bescheid über die Zulässigkeit oder Verfassungsmäßigkeit des Volksbegehrens erlassen müßten, der dann erst in einem zweiten Schritt vor dem Hamburgischen Verfassungsgericht angegriffen werden könnte.

Die Durchführung der Volksinitiative selbst bleibt allein in der Hand der Initiatoren. Es ist nicht geboten, ein Verfahren vor dem Hamburgischen Verfassungsgericht vorzusehen, in dem über die Zulässigkeit der Durchführung der Volksinitiative gestritten wird. Klärungsbedarf entsteht erst hinsichtlich des Volksbegehrens.“ [Hervorhebung nicht im Original]

Es wird deutlich, dass die Begründung im Vorschlag des Senats sich ausschließlich auf die Durchführung des Volksbegehrens bezieht. Die isolierte Anfechtung der Durchführung des Volksentscheids findet in der Begründung nicht mal indirekte Erwähnung.

Diesem Vorschlag des Senats hat sich die Bürgerschaft angeschlossen. Auf Empfehlung des Verfassungsausschusses (Drs. 15/5353) wurde der als Abs. 3 von Art. 50 HV vorgeschlagene Wortlaut als Abs. 6 am 22.5.1996 beschlossen. Der Verfassungsausschuss hatte nicht nur den Wortlaut übernommen, er hatte sich nach Diskussion der Regelung auch ausdrücklich positiv auf den Vorschlag bezogen. Im Zwischenbericht des Ausschusses vom 12.6.1995 (Drs. 15/3500, S. 17) heißt es:

„Die in der Senatsvorlage vorgesehenen Regelungen bezüglich des Verfahrens vor dem Hamburgischen Verfassungsgericht und des Ruhens von Volksbegehren und Volksentscheid fanden die Zustimmung des Ausschusses.“

Gegenstand des gleichen Gesetzgebungsprozesses war wie erwähnt die Schaffung eines Gesetzes über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid.

Der Verfassungsausschuss hat die Einführung einer verfassungsrechtlichen Regelung in Art. 50 HV über die

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Volksgesetzgebung in den gleichen Sitzungen beraten wie das VAbstG (Sitzungen am 16.5.1995, 22.6.1995, 12.9.1995, 19.3.1996, 22./23.3.1996, 23.4.1996, 7.5.1996). Wenn die Bürgerschaft mit Art. 50 Abs. 6 S. 1 HV tatsächlich zwei unterschiedliche Verfahren hätte normieren wollen, so hätte sie nicht Regelungen im VAbstG geschaffen, die eine isolierte Entscheidung über die Durchführung des Volksentscheids nicht vorsehen. Der Verfassungsausschuss hat sich auch eingehend mit der genauen Fassung von § 26 Abs. 1 VAbstG befasst; die beschlossene Formulierung geht auf eine Neufassung im Rahmen der Ausschussberatungen zurück (Drs. 15/5400, Anlage 8, S. A 88). Sie lautete (bis zur Änderung im Jahre 2012):

> *„Auf Antrag des Senats, der Bürgerschaft oder eines Fünftels der Abgeordneten der Bürgerschaft entscheidet das Hamburgische Verfassungsgericht*
> *1. über die Durchführung des Volksbegehrens,*
> *2. ob die Gesetzentwürfe nach § 6 Absatz 2 und § 18 Absätze 1 und 2 die Grenzen der Überarbeitung des ursprünglichen Gesetzentwurfs wahren."*

Es kann auch nicht damit argumentiert werden, dass die einfache Mehrheit an einem einfachen Gesetz gearbeitet habe, das nicht die Zustimmung der verfassungsändernden Mehrheit gefunden hätte: Das VAbstG wurde am 22.5.1996 in erster Lesung mit sehr großer Mehrheit und am 20.6.1996 in zweiter Lesung bei wenigen Gegenstimmen und wenigen Enthaltungen, also jeweils mit Zustimmung jedenfalls der Fraktionen der SPD und der CDU, beschlossen.

Schon dieser Gang des Gesetzgebungsverfahrens macht deutlich, dass die teleologische Auslegung das Ergebnis hat, dass Art. 50 Abs. 6 S. 1 HV nicht mehr an Rechtsschutzmöglichkeiten fordert, als § 26 Abs. 1 VAbstG in der Fassung von 1996 bietet. Denkbar ist im Hinblick auf den Wortlaut von Art. 50 Abs. 6 S. 1 HV allenfalls, dass die Bürgerschaft als Verfassungsgeber weniger Rechtsschutzmöglichkeiten für zwingend erforderlich hielt als sie im gleichen Zuge als einfacher Gesetzgeber einräumte.

Im Rahmen der Neufassung von Art. 50 HV durch das 11. Gesetz zur Änderung der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg (verkündet am 16.12.2008), das auf einen Antrag u.a. der CDU-Fraktion zurückgeht, erfolgte keine Änderung des Wortlauts von Art. 50 Abs. 6 S. 1 HV. In der Begründung (Drs. 19/1476) heißt es zu Art. 50 Abs. 5 und 6 HV, dass diese Regelungen unverändert aus dem geltenden Recht übernommen worden seien. Da eine weitere Klarstellung nicht erfolgte, erstreckt sich die – einstimmig beschlossene – Übernahme bisherigen Rechts auch auf die Auslegung, die sich aus der Begründung in der initiierenden Senatsdrucksache und der im Jahre 1996 gleichzeitigen Befassung mit dem konkreten Inhalt von § 26 Abs. 1 VAbstG ergibt. Die Einstimmigkeit beruhte auf einem starken Bemühen aller Fraktionen, die strittigen Auseinandersetzungen über die Ausgestaltung der Volksgesetzgebung der Vergangenheit angehören zu lassen; weitere Fortentwicklungen in diesem Bereich sollten künftig im Konsens erfolgen (Plenarprotokoll 19/15 vom 19.11.2008, S. 790-796).

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Die Antragsteller zitieren das nun angerufene Gericht mit einem obiter dictum aus einer Entscheidung aus dem Jahre 2011 (Urt. V. 14.12.2011, HVerfG 3/10, Rn. 144, juris):

> *„Die weitergehende Frage nach der Vereinbarkeit der Vorlage mit den sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen [...] ist dem Verfahren nach § 26 Abs.1 Nr. 1 VAbstG zugeordnet [...], wobei offenbleiben kann, ob, was indes nahe liegt, davon unabhängig durch Art. 50 Abs. 6 HV selbst u.a. eine Prüfung des Abstimmungsgegenstandes auch noch vor Durchführung des Volksentscheids eröffnet ist."*

Hierzu ist anzumerken, dass es sich um ein obiter dictum handelt, das für die seinerzeitige Entscheidung nicht tragend war. Es ist nicht ersichtlich, dass sich das Gericht mit der Entstehungsgeschichte von Art. 50 Abs. 6 HV und der Besonderheit, dass das ausführende einfache Recht gleichzeitig beschlossen wurde, auseinandergesetzt hat. Es hat sich auch ausdrücklich nicht festgelegt und insoweit eine besonders schwache Form des obiter dictums gewählt.

Noch deutlicher wurde der Senat im Rahmen einer Beratung des Verfassungsausschusses der Bürgerschaft (Drs. 20/4628, S. 4):

> *„Was genau das Verfassungsgericht habe sagen wollen, ist reine Spekulation."*

Der Verfassungsgeber hatte bis dahin keinen Anlass, sich mit dieser für ihn überraschenden Betrachtungsweise auseinander zu setzen. Hätte das Gericht die Frage der Reichweite von Art. 50 Abs. 6 S. 1 HV zu einem früheren Zeitpunkt aufgeworfen, so wäre die im Jahre 2008 erfolgte Überarbeitung eine gute Gelegenheit gewesen – jedenfalls in der Begründung – die vom Gericht angerissene Frage eindeutig in die eine oder andere Richtung zu beantworten. Tatsächlich hat der Verfassungsgeber sich darauf beschränkt, das bisherige Recht fortgelten zu lassen. Dies schließt die sich aus amtlicher Begründung und der gleichzeitigen Befassung mit dem einfachen Recht ergebende Auslegung ein, dass Art. 50 Abs. 6 HV nicht mehr fordert als § 26 Abs. 1 VAbstG gewährt.

Die Bürgerschaft hatte jedoch – auch noch nach dem zitierten Urteil des HVerfG – Anlass, sich mit dem einfachen Recht auseinanderzusetzen. Die 2008 vorgenommene Änderung in Art. 50 HV war nämlich nicht in allen Punkten hinreichend ins einfache Recht übertragen worden. Aus diesem Grund wurde auf Antrag aller Fraktionen einstimmig am 15.12.2011 der Senat ersucht, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die wegen der Änderung von Art. 50 HV erforderlichen Anpassungen des einfachen Rechts vorsieht.

Dem kam der Senat durch einen der Bürgerschaft am 19.6.2012 vorgelegten Gesetzentwurf nach (Drs. 20/4525). Dieser Gesetzentwurf sah eine Änderung von § 26 Abs. 1 VAbstG vor.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Der Entwurf des Senats sah folgende Neufassung vor:

> *„Auf Antrag des Senats, der Bürgerschaft oder eines Fünftels der Abgeordneten der Bürgerschaft entscheidet das Hamburgische Verfassungsgericht*
> *1. über die Durchführung des Volksbegehrens, insbesondere ob eine zustande gekommene Volksinitiative die Grenzen des Artikels 50 Absatz 1 Satz 2 der Verfassung wahrt oder mit sonstigem höherrangigem Recht vereinbar ist,*
> *2. ob die Überarbeitung eines Gesetzentwurfs oder einer anderen Vorlage nach § 6 Absatz 1 Satz 1 und § 18 Absatz 1 Satz 3 die Grenzen einer gemäß § 6 Absatz 1 Satz 4 zulässigen Überarbeitung und des Artikels 50 Absatz 1 Satz 2 der Verfassung wahrt oder mit sonstigem höherrangigem Recht vereinbar ist,*
> *3. ob ein Änderungsgesetz oder ein Änderungsbeschluss im Sinne von Artikel 50 Absatz 4 oder 4a der Verfassung vorliegt,*
> *4. über die Durchführung eines Referendums, insbesondere ob es mit höherrangigem Recht vereinbar ist."*

Zur Begründung führte der Senat zu der Neufassung von § 26 VAbstG aus:

> *„[…] Daneben werden die bisherigen Nummern 1 und 2 um den jeweiligen Prüfungsmaßstab ergänzt. […]"*

Der Senat hatte sich – ausweislich einer entsprechenden Ausschussberatung (Drs. 20/4628, S. 4) – spätestens am 10.4.2012, also gut zwei Monate vor Vorlage des Gesetzentwurfs – mit dem zitierten obiter dictum auseinandergesetzt. Die gewählte noch deutlichere gesetzliche Formulierung und die gegebene Begründung sind deswegen so zu verstehen, dass der Senat der vom Gericht in den Raum gestellten Interpretation von Art. 50 Abs. 6 HV entgegentreten wollte.

Das sich anschließende parlamentarische Verfahren wies eine Besonderheit auf: Der Senat brachte den Gesetzentwurf am 19.6.2012 ein. Bereits am 8.2.2012 hatte die CDU-Fraktion mit der Drs. 20/3165 einen Antrag in die Bürgerschaft eingebracht, mit dem sie forderte, die Bürgerschaft möge den Senat auffordern, einen Antrag beim Hamburgischen Verfassungsgericht gem. Art. 50 Abs. 6, 65 Abs. 3 Nr. 5 HV zu stellen, um feststellen zu lassen, dass die zum Volksentscheid angemeldete Vorlage des Volksbegehrens „Unser Hamburg – unser Netz" gegen Art. 50 Abs. 1 S. 2 HV verstößt. Dieser Antrag wurde am 10.4., 15.5. sowie am 15.6.2012 im Verfassungsausschuss beraten. Im Ausschuss wurde die Ablehnung – im Bewusstsein des obiter dictums – damit begründet, dass eben gerade nicht vorgesehen sei, zwischen Volksbegehren und Volksentscheid eine Überprüfung auf Verletzung von Art. 50 Abs. 1 S. 2 HV stattfinden zu lassen (Drs. 20/4628, S. 5 f.).

Bei den nur wenige Monate später stattfindenden Beratungen über die Neufassung von § 26 VAbstG wurde der Gesetzesvorschlag des Senats nicht in Frage gestellt und die Fassung mit dem noch klareren Ausschluss einer Überprüfung unmittelbar vor dem Volksentscheid

elblaw
RECHTSANWÄLTE

anhand von Art. 50 Abs. 1 S.2 HV sogar einstimmig beschlossen. Eine abweichende Interpretation wurde von keiner Fraktion geltend gemacht.

Die Antragsteller wollen also ein Klagerecht in Anspruch nehmen, das sie noch im letzten Jahr anderen möglichen Antragstellern nicht gewähren wollten.

Die Ausgestaltung des in Art. 50 Abs. 6 HV vorgesehenen Klagverfahrens in § 26 Abs. 1 VAbstG alter und neuer Fassung ist sogar von Verfassungs wegen geboten. Dies folgt aus dem Grundsatz der Organtreue und aus dem Zweck des Regelungssystems in Art. 50 HV insgesamt.

Die Bürgerschaft musste bei der Ausgestaltung eines Rechtsschutzsystems verschiedene Aspekte in den Blick nehmen. Dies war nicht nur die Gewährung effektiven Rechtsschutzes. Jener verlangt in diesem Zusammenhang, dass jede Verletzung von Vorschriften der Volksgesetzgebung auch rechtzeitig einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können muss. Rechtzeitig bedeutet hier, dass unumkehrbare Tatsachen aber auch erheblicher politischer Schaden noch nicht eingetreten sein dürfen.

Dies ist aber nicht der einzige Aspekt. Art. 50 HV verankert die Volksgesetzgebung und die Entscheidung des Volkes über andere Vorlagen. Wie das HVerfG im Urteil vom 14.12.2011 (HVerfG 3/10, juris) zum wiederholten Mal betont hat, ist auf diese Belange nach der Rechtsprechung des Gerichts besondere Rücksicht zu nehmen, weil einerseits die Volkswillensbildung ohnehin sehr aufwändig (vgl. HVerfG, Urteil vom 30.11.2005, 16/04, juris) bzw. langsam und schwerfällig ist, andererseits bei der Auslegung von Verfassungsbestimmungen der Grundsatzentscheidung Rechnung getragen werden muss, dass Volksgesetzgebung sinnvoll möglich sein soll (HVerfG, Urteil vom 22.04.2005, 5/04, juris). Gefordert ist also eine Verfahrensgestaltung, die nicht durch unüberwindbare Hindernisse oder kontraproduktive Erschwernisse die Volksgesetzgebung so schwierig machen, dass die Bürgerinnen und Bürger eher von ihr abgehalten werden.

Das Verfahren bis zu einem Volksentscheid ist ausgesprochen aufwändig. Einerseits bedarf es im ersten Schritt 10.000 Unterstützerinnen und Unterstützer für eine Volksinitiative und im zweiten Schritt der Unterstützung von einem Zwanzigstel der Wahlberechtigten für ein Volksbegehren. Selbst für ein Anliegen, das unzweifelhaft die Unterstützung von mehr als einem Zwanzigstel der Wahlberechtigten hat, ergibt sich ein erheblicher zeitlicher Vorlauf. Bis zu einer Entscheidung des Volkes vergehen mehrere Jahre – im streitgegenständlichen Fall werden dies bei einer Entscheidung zum Zeitpunkt der Bundestagswahl über drei Jahre sein. Nötig ist deswegen selbst bei ungestörtem Ablauf des Volksgesetzgebungsverfahrens sorgfältigste Planung um sicherzustellen, dass eine bestimmte Frage rechtzeitig abgestimmt wird. Jede Stufe der Volksgesetzgebung setzt die Organisation erheblicher personeller (meist ehrenamtlicher) und finanzieller Ressourcen voraus, was auch langfristig zu planen ist. Es besteht

elblaw
RECHTSANWÄLTE

insofern ohnehin schon ein erhebliches Risiko, dass Bürgerschaft und Senat zwischenzeitlich vollendete Tatsachen schaffen, die dem Anliegen der Volksinitiative zuwider laufen und den Volksentscheid sinnlos werden lassen.

Die Bemühungen einer Volksinitiative, eine Entscheidung des Volkes herbeizuführen, sind umso leichter zu stören, je mehr Gelegenheiten bestehen, den Ablauf des Verfahrens durch gerichtliche Auseinandersetzungen zu behindern. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Regelung in Art. 50 Abs. 6 S. 2 HV, dass Volksbegehren und Volksentscheid während des Verfahrens ruhen. Ein auf Anstoß einer Volksinitiative zustande gekommenes Verfahren würde schon dadurch erheblich gestört, dass Verfahren vor dem Verfassungsgericht angestrengt werden, die sich im Ergebnis als unzulässig oder unbegründet erweisen.

Ähnliches gilt, sofern tatsächlich der Vorschlag einer Volksinitiative mit höherrangigem Recht nicht vereinbar ist. Wird ein behebbarer Rechtsverstoß bereits nach Zustandekommen der Volksinitiative festgestellt, so besteht in diesen Fällen die Möglichkeit, mit einem an die Rechtsprechung angepassten Begehren eine erneute Volksinitiative zu starten. Dann hätten die Initiatoren nur einige Monate und nicht einige Jahre verloren.

Neben der Sicherstellung, dass ein Verfahren der Volksgesetzgebung praktikabel bleibt, würde ein spätes Stoppen eines Volksgesetzgebungsverfahrens zum Gegenteil des mit der Einführung der Volksgesetzgebung verfolgten Zwecks führen: Sollte die Volksgesetzgebung der Entfremdung des Volkes von politischen Prozessen entgegenwirken, so würde ein Stoppen eines Verfahrens, nachdem sich Bürgerinnen und Bürger in sechsstelliger Zahl für ein bestimmtes Anliegen engagiert haben, zu einer Erhöhung des Verdrusses über politische Entscheidungsprozesse führen. Es ist daher im Interesse nicht nur der Volksinitiatoren, sondern aller Verfassungsorgane, wenn ein unzulässiges Volksgesetzgebungsverfahren frühzeitig gestoppt wird und nicht über Monate Bürgerinnen und Bürger aktiviert und in dem Glauben gelassen werden, sie könnten über den zur Abstimmung gestellten Vorschlag entscheiden.

Eine Haltung von potentiellen Antragstellern, zunächst überhaupt den ausreichenden Zuspruch bei einem Volksbegehren abzuwarten und erst ganz am Schluss rechtliche Einwände geltend zu machen, könnte als Trickserei wahrgenommen werden.

Potentielle Antragsteller müssen daher die Anträge auf Überprüfung durch das Verfassungsgericht zu dem Zeitpunkt stellen, zu dem ihnen das möglich ist und können nicht aus taktischen Gründen mit einer solchen Antragstellung warten. Diesem Grundsatz hat der Gesetzgeber mit der Ausgestaltung der Rechtschutzmöglichkeiten in § 26 VAbstG Rechnung getragen. Während die Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 50 Abs. 1 S. 2 HV oder sonstiges höherrangiges Recht vorliegt, bereits vor Durchführung des Volksbegehrens beurteilt werden kann, kann die Überarbeitung einer Vorlage, die nach dem Volksbegehren erfolgt, auch erst vor dem Volksentscheid überprüft werden.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass dann konsequenterweise bereits eine Überprüfung zwischen Anmeldung und Sammlung für eine Volksinitiative hätte vorgeschrieben werden müssen. Einerseits ist es legitim, dass das Gesetz eine gewisse Relevanzschwelle zugrunde legt, da nicht jede Volksinitiative ausreichend Unterstützung erhält. Vor allem aber kann die Bürgerschaft eventuelle Verstöße gegen höherrangiges Recht erst dann erkennen, wenn über den Gegenstand bereits eine Ausschussberatung stattgefunden hat, in der auch Gelegenheit zum Austausch mit dem Senat und für die Durchführung von Anhörungen bestand. Nach Zustandekommen des Volksbegehrens hat die Bürgerschaft dagegen keine zusätzlichen Erkenntnisquellen. Es darf erwartet werden, dass die Bürgerschaft die ihr zur Verfügung stehenden Instrumente nutzt, um Erkenntnisse über eine eventuelle Rechtswidrigkeit einer Volksinitiative zu gewinnen.

So war es auch im vorliegenden Verfahren: Während der Frist aus § 26 Abs. 2 VAbstG a.F. für die Stellung des Antrags nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 VAbstG fanden Expertenanhörungen statt, die sämtliche von den Antragstellern angeführten Argumente bereits enthielten und auf die die Antragsteller sich ja auch ausführlich beziehen.

Soweit die Antragsteller anführen, dass

> *„der enge Kreis der Antragsberechtigten [...] diese engen Fristen in frühen Verfahrensstadien des Volksbegehrens häufig bereits aus politischen Zwängen heraus nicht wahren [können]" (Blatt 53 der Antragsschrift),*

bleibt vollkommen offen, welche politischen Zwänge dies sein und welche rechtliche Relevanz diese haben sollen. In diese Äußerung könnte allenfalls ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gelesen werden. Selbst wenn man zunächst offen ließe, was sich denn nun genau hinter dem Hinderungsgrund „politische Zwänge" verbergen soll, so fehlte es in entsprechender Anwendung von § 32 Abs. 2 S. 1 HmbVwVfG an einem Antrag binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hinderungsgrundes. Denn jedenfalls am 8.2.2012 waren die Antragsteller ausweislich ihres Antrags in der Bürgerschaft (Drs. 20/3165) den angeführten politischen Zwängen nicht mehr unterworfen.

Die Antragsteller haben es unterlassen, einen Antrag gem. Art. 50 Abs. 6, 65 Abs. 3 Nr. 5 HV i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 1 VAbstG zu einem Zeitpunkt zu stellen, als dies ohne jeden Zweifel möglich gewesen war und sie über alle Argumente verfügten, die sie jetzt anführen. Stattdessen haben sie rund ein Jahr nach Verstreichen der Frist einen Antrag gestellt, dass die Bürgerschaft den Senat auffordern solle, einen solchen Antrag zu stellen. Dies, obwohl sie durch Art. 50 Abs. 6 HV die gleichen Rechte haben wie der Senat. Beides zusammen erweckt den Eindruck, dass es den Antragstellern gar nicht um die Stellung zulässiger Anträge beim Verfassungsgericht geht. Vielmehr wollen sie offenbar jede Gelegenheit nutzen, um mit der Behauptung, dass es sich um eine verfassungswidrige Vorlage handele, die öffentliche Meinung zu beeinflussen.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

D.

Zur Begründetheit

Der Antrag ist auch unbegründet. Das zur Abstimmung gestellte Volksbegehren ist weder zu unbestimmt (I.) noch verstößt es inhaltlich gegen die Verfassung (II.).

I.
Bestimmtheit des Abstimmungstexts

1. Maßstäbe für die Bestimmtheit

Die von den Antragstellern behaupteten verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die hinreichende Bestimmtheit einer „anderen Vorlage" bestehen so nicht. Nach Auffassung der Antragsteller sind die Anforderungen an die Normenklarheit, die aufgrund des Rechtsstaatsprinzips für Gesetze gelten, auf „andere Vorlagen" nicht nur zu übertragen, sondern durch diese quasi noch zu übertreffen. In erster Linie begründet wird dies mit der angeblich fehlenden Diskussions- und Rückfragemöglichkeit einerseits und mit der Verpflichtung des Bürgerschaftsabgeordneten, ein nicht von ihm gewolltes politisches Handeln umzusetzen, andererseits.

Schon der Ansatz ist nicht zutreffend. Die Bewertung einer „anderen Vorlage" im Hinblick auf die Frage hinreichender Bestimmtheit ist von der eines Gesetzes grundverschieden. Während ein Gesetz mit unmittelbarer Wirkung für und gegen eine Vielzahl Betroffener eine rechtliche Regelung trifft, folgt aus einer anderen Vorlage ein politischer Auftrag. Dies geht schon aus dem Verfassungstext selbst hervor, der in Art. 50 Abs.1 Satz 1 HV von

> *„bestimmten Gegenständen der politischen Willensbildung"*

spricht.

Der politischen Willensbildung ist immanent, dass es hier oft um ein ganz konkretes Tun oder Unterlassen (Verkauf oder Nicht-Verkauf des LBK) geht, oft aber auch um eine komplexere Entscheidung (von der Übertragung der staatlichen Berufsschulen in Hamburg auf eine Stiftung oder einen anderen Träger abzusehen – HVerfG, Urteil vom 30.11.2005, 16/04, juris). Komplexer kann eine andere Vorlage insbesondere sein, wenn es nicht um die Verhinderung eines konkreten Plans, sondern um die Aufforderung geht, etwas Bestimmtes anzustreben oder herbeizuführen.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Exemplarisch sei insofern auf die Volksinitiative „VolXUNI – Rettet die Bildung" verwiesen, die der Entscheidung im Verfahren HVerfG 5/04 zugrunde lag. Dort hieß es u.a.:

> *„Senat und Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg werden aufgefordert, [...] das Hamburgische Hochschulgesetz sowie andere betroffene Hamburgische Rechtsvorschriften mit dem Ziel zu ändern, [...] dass alle Hochschulgremien nur mit und von Mitgliedern der Hochschulen in gleichberechtigter und verfassungsgemäßer Art und Weise besetzt werden, [...]".*

Hierzu hat das HVerfG entschieden, dass das entsprechende Volksbegehren durchzuführen sei. Wörtlich heißt es (HVerfG, Urteil vom 22.04.2005, 5/04, juris):

> *„Die Unbestimmtheit dieser Forderung ist im Hinblick darauf, dass sie im Rahmen einer anderen Vorlage im Sinne von Art. 50 Abs.1 S.1 HV und nicht in Form eines Gesetzes zur Abstimmung gestellt wird, hinzunehmen."*

Deutlicher kann man der Auffassung der Antragsteller hinsichtlich der erforderlichen Bestimmtheit einer anderen Vorlage nicht widersprechen. Auch wenn dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgegeben wird, in welchem Modell genau diese gleichberechtigte und verfassungsmäßige Repräsentation herzustellen ist, ist die Entscheidung darüber, wie der maßgebliche Endzustand auszusehen hat, hinreichend bestimmt.

Auch der von den Antragstellern als zweites Standbein angeführte Gesichtspunkt des (zusammenfassend ausgedrückt) „freien Abgeordnetenmandates" führt nicht dazu, dass eine andere Vorlage das Gewollte ohne jeglichen Spielraum für Parlament und Regierung bis in alle Einzelheiten regeln muss. Denn es ist das tägliche Brot der Parlamentarier, dass sie Maßnahmen treffen oder Entscheidungen umsetzen müssen, die möglicherweise nicht mit ihren eigenen Überzeugungen übereinstimmen. Dies resultiert schon aus der Fülle der europarechtlichen und bundesrechtlichen Gesetze und Richtlinien, die einen bestimmten Bereich regeln, aber der Ausführung und Umsetzung durch den Landesgesetzgeber bedürfen. Hierzu sei nur auf das – auf Bundesebene gelagerte – aktuelle Beispiel eines Bundesministers verwiesen, der ein Gesetz zur Verbringung von Atommüll in das Ausland entwerfen lässt und gleichzeitig erklärt, dies zu tun sei keinesfalls seine Absicht, das Parlament müsse aber die entsprechende Richtlinie der EU umsetzen.

Tatsächlich ist in einem komplexen politischen System, welches mehrere Gesetzgeber bzw. Entscheidungsgremien kennt – von Rat und Parlament der EU über das Bundesparlament bis zu den Landesparlamenten und Volksentscheiden – die Freiheit des Abgeordneten eingebunden in das derart bestimmte Entscheidungs- und Normgebungsgeflecht. Dass die von einer anderen Institution – besonders häufig dem Bundestag – getroffene Grundentscheidung in ihren Einzelheiten von der Bürgerschaft geregelt werden muss und wird, ist dabei kein Ausnahmefall.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Eine gerade in Haushaltsfragen massiv einschneidende Vorgabe einer anderen Ebene ergibt sich durch die in Art. 109 und 109 a i.V.m. Art. 143 d GG geregelte Schuldenbremse, die wiederum durch europarechtliche Vorgaben bedingt ist. Die Haushaltsgesetzgeber in den Ländern sind nun abweichend von ihren eigenen verfassungsrechtlichen (!) Regelungen ab 2020 gezwungen, ihre Haushalte grundsätzlich ohne Kredite zu finanzieren. Wie sie im Einzelnen damit umgehen, ist ihnen überlassen. Sie haben nicht nur zu entscheiden, mit welchen Einschnitten sie den Anforderungen gerecht werden. Die Landesparlamente müssen als Landesverfassungsgeber auch entscheiden, wie sie die Regelungen im Einzelnen ausgestalten, wie es die Hamburgische Bürgerschaft mit Art. 72 a HV getan hat. Die diese Entscheidung tragenden Fraktionen müssen dabei hinnehmen, dass sie für die Einführung der Schuldenbremse in Hamburg kritisiert werden, obwohl die Einführung von Art. 72 a HV nichts an der durch das GG vorgenommenen Grundentscheidung ändert; Art 72 a HV erweitert sogar den Handlungsspielraum des Haushaltsgebers etwas gegenüber der Situation vor Schaffung dieser landesverfassungsrechtlichen Regelung.

Die Situation, dass politische Verantwortungsträger ihre Entscheidungen durch externe Restriktionen begründen, ist also sowohl ihnen selbst als auch der interessierten Öffentlichkeit geläufig. Das Beispiel der Schuldenbremse belegt, dass es dabei auch Zwangslagen gibt, die nicht self-executing sind, bei denen der Gesetzgeber auf Landesebene also auch noch selbst einen Entscheidungsspielraum und -bedarf hat.

Eine derartige Grundentscheidung kann auch in einer „anderen Vorlage" durch Volksentscheid gefällt werden. Denn ein

bestimmter Gegenstand der politischen Willensbildung

liegt bei einer (hinreichend bestimmten, dazu s.u.) Grund- oder Richtungsentscheidung ebenfalls vor.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch einen Rekurs auf Sinn und Zweck der Volksgesetzgebung und die Motive des Verfassungsgebers bei der Einfügung der Regelungen über die „andere Vorlage" in die HV. Die Materialien zu dieser Verfassungsänderung – insbesondere die Drucksache 16/1212 vom 12.08.1998 – zeigen eine intensive Befassung mit der Frage, ob die Volksgesetzgebung auf Gesetze beschränkt bleiben soll. Einige der angehörten Auskunftspersonen hielten dies durchaus für angezeigt. Die seinerzeit hauptsächlich diskutierte Frage war die der Einbeziehung von Bauleitplänen und daraus folgende rechtliche Probleme. Daneben wurde wiederholt die Befürchtung geäußert, bei anderen Vorlagen steige die Gefahr eigennütziger Interessen der Abstimmenden; nur über eine Beschränkung auf Gesetze sei sicherzustellen, dass Volksgesetzgebung entsprechend ihrer Bedeutung nur auf wesentliche Angelegenheiten der Hamburger Politik Anwendung fänden.

Dem gegenüber wiesen die Befürworter einer erweiterten Zulassung darauf hin, dass eine andere Vorlage die Möglichkeit weiterer Beteiligung schaffe, da nicht alle politisch aktuell wichtigen Dinge durch Gesetz geregelt würden. Es könne zudem von Vorteil sein, wenn die Möglichkeit eröffnet werde, einen Akt der Gesetzgebung durch eine

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Volksinitiative auf den Weg zu bringen, ohne dass sogleich eine genaue Formulierung vorgelegt werden müsse, denn dieses Verfahren gebe dem Parlament die Chance, eine inhaltlich für richtig gehaltene Intention in die richtige Form zu bringen (a.a.O., S.114).

Auf Erfahrungen aus Schleswig-Holstein und Brandenburg hinweisend wurde dargestellt, dass dort mehrfach Volksbegehren (z.B. Wiedereinführung des Buß- und Bettages; Kreisneugliederung) in Form einer anderen Vorlage durchgeführt worden waren, deren letztendliche Umsetzung durchaus ein Gesetz erforderte. Offensichtlich – so Privatdozent Dr. Jung – hätten die Initiatoren eine auf den sachlichen Kern konzentrierte und dem Publikum besser vermittelbare Fassung ihres Anliegens gewählt, anstatt eine schwer verständliche rechtstechnische Gesetzesvorlage auszuarbeiten und die ggf. erforderliche Umsetzung durch eine solche der Regierungs- bzw. Parlamentsbürokratie überlassen (a.a.O., S.122).

Der Verfassungsausschuss – und nachfolgend die Bürgerschaft – hat sich trotz der geäußerten Einwände dafür entschieden, Art. 50 Abs.1 HV wie geschehen zu erweitern und zwar mit Ausnahme der Regenbogenfraktion einstimmig. Dabei stand ihm in Anbetracht der dargelegten Erfahrungen vor Augen, dass mit der „anderen Vorlage" Grundentscheidungen vom Volk gefällt werden können, deren Umsetzung im Einzelnen durch Parlament und Regierung ausgefüllt werden muss.

Zusammenfassend ist zu wiederholen, dass ein abstrakter Obersatz dergestalt dass an eine „andere Vorlage" stets höhere Bestimmtheitsanforderungen zu stellen seien als an ein Gesetz und dass sie insbesondere keine eigenständige Entscheidung von Parlament und Regierung über das „Wie" ihrer Umsetzung zulassen dürfe, nicht haltbar ist.

2. Anwendung auf den Abstimmungstext

Das hier streitige Volksbegehrens ist hinreichend bestimmt.

a. Maßgeblich für diese Einordnung ist nach ständiger Rechtsprechung des Hamburgischen Verfassungsgerichts und der Verfassungsgerichte anderer Länder, dass

> *„Die stimmberechtigten Bürger [...] bei ihrer Abstimmung [...] zuverlässig erkennen können, über welchen Inhalt sie durch ihre Zustimmung oder Ablehnung oder auch durch Nichtteilnahme entscheiden."*

(HVerfG Urteil vom 3.5.2005, 5/04, unter Anschluss an BremSTGH, Urt. vom 14.2.2000).

In der späteren Entscheidung HVerfG 16/04 vom 3.11.2005 hat das HVerfG dies folgendermaßen weiter präzisiert *(HVerfG a.a.O.)*:

> *„Für die Auslegung eines Volksbegehrens ist maßgeblich auf dessen Wortlaut abzustellen. Da den Stimmberechtigten lediglich Zustimmung oder Ablehnung möglich ist und für Nachfragen oder Formulierungsänderungen kein Raum ist, muss der Vorschlag*

elblaw
RECHTSANWÄLTE

das Gewollte unmissverständlich zum Ausdruck bringen. Dementsprechend kann nur ein eindeutig erkennbares Anliegen Inhalt eines Volksbegehrens sein. Für die erforderliche Auslegung ist auf den Blickwinkel eines objektiven Betrachters abzustellen. Auf die unausgesprochenen Vorstellungen, die die Volksinitiatoren mit dem Volksbegehren verbinden, kommt es nicht an. Die Begründung für den Abstimmungsvorschlag kann für die Auslegung herangezogen werden, wenn und soweit sie im zeitlichen Zusammenhang mit der Unterschriftensammlung veröffentlicht und dem Text beigegeben worden ist. [...] Das Volksbegehren hat denjenigen Inhalt, den ihm die abstimmenden Bürgerinnen und Bürger im Zeitpunkt ihrer Unterschriftsleistung bei verständiger Betrachtungsweise beigeben konnten und mussten. Dabei geht es nicht nur darum, dass die Frage oder Forderung, die das Begehren ausmacht, nach ihrer Formulierung mit „ja" oder „nein" beantwortet werden kann. Es muss auch hinreichend klar sein, über welche Angelegenheit der Bürger abstimmen soll. Die Fragestellung muss in sich widerspruchsfrei, in allen Teilen inhaltlich nachvollziehbar und in diesem Sinne aus sich heraus verständlich sein [...]. Die entscheidende Aussage im Volksbegehren muss nicht nur bestimmt im Sinne von eindeutig sein, sondern darüber hinaus muss ein konkreter Anwendungsbereich hiervon erkennbar betroffen sein.

Davon ausgehend sind in der Rechtsprechung überwiegend für kommunale Bürgerbegehren folgende Maßstäbe entwickelt worden:

Der Regelungsgehalt des zur Abstimmung gestellten Textes muss für jeden Bürger eindeutig und zweifelsfrei erkennbar sein [...]. Abstrakte Fragen wie diejenige, ob eine Gemeinde immer rechtmäßig oder gut oder energisch handeln sollte, sind zu unbestimmt für eine Entscheidung durch Bürgerentscheid; dagegen können hinreichend bestimmte Grundsatzentscheidungen gefällt werden, wie etwa die, eine Gemeinde möge „alle rechtlichen Mittel – insbesondere – im Planfeststellungsverfahren einlegen", um eine bestimmte Straßenplanung zu verhindern [...]. Gleichermaßen setzt die hinreichende Bestimmtheit voraus, dass wertungsbedürftige Begriffe hinlänglich konkretisiert sind, was für die Forderung, die Steuer- und Abgabenbelastung der Bevölkerung „maßvoll" zu gestalten, nicht zutrifft. [...] Begründungselemente oder hervorgehobene Motive sind nicht als Teil des Abstimmungsgegenstandes zu qualifizieren, auch wenn sie mit der konkreten Forderung sprachlich verbunden sind. [...]

Die insoweit entwickelten Maßstäbe sind auch für die Beurteilung eines Volksbegehrens auf der Ebene eines Bundeslandes heranzuziehen.[...]"

b. Die Prüfung des Volksbegehrens „Unser Hamburg – unser Netz" anhand dieser Rechtsprechung ergibt Folgendes:

Der in Satz 1 formulierte Abstimmungstext des Volksbegehrens ist hinreichend bestimmt. Sowohl für Abstimmende als auch für die Adressaten Senat und Bürgerschaft ist eindeutig, was damit gemeint

elblaw
RECHTSANWÄLTE

ist. Das Volk soll eine Grundsatzentscheidung treffen, deren Auskleidung im einzelnen Senat und Bürgerschaft überlassen bleibt.

Soweit die Antragsteller vertreten, schon der Ausdruck „Öffentliche Hand" sei zu unbestimmt, da nicht festgelegt sei, in welcher der zahlreichen möglichen, von den Antragstellern ausgeführten Rechtsformen die Netze nach dem Willen des Volksbegehrens zu betreiben seien, ist dieser Einwand unzutreffend. Es kommt der Durchschnittsbürgerin und dem Durchschnittsbürger eben nicht auf das Ergreifen einer bestimmten Maßnahme an. Für die Bürgerinnen und Bürger entscheidend ist vielmehr, dass sie entscheiden sollen, ob die Netze künftig (wieder) in öffentlicher Hand sein sollen oder ob sie dem überwiegenden Einfluss privater Unternehmen unterstehen sollen. Welche Maßnahmen Bürgerschaft und Senat zur Verwirklichung dieses Anliegens des Volksentscheids ergreifen dürfen und sollen, ist den Bürgerinnen und Bürgern dabei gleichgültig.

Die Frage nach der Rechtsgestaltung im Einzelnen ist offensichtlich nicht Gegenstand des Volksbegehrens. Aus diesem Grunde bedarf es auch keiner eindeutigen Festlegung. Das Volksbegehren maßt sich nicht an, die von vielen Faktoren abhängende Entscheidung darüber zu treffen, welche Rechtsform für den Netzbetrieb in der Situation der FHH die angemessene ist. Diese Entscheidung kann und muss die Bürgerschaft und der von ihr getragene Senat fällen. Einerseits dürfte diese Frage für das Verfahren der Volksgesetzgebung zu komplex sein, da für ihre Beantwortung Kenntnisse einer Vielzahl von Regelungen z.B. des Gesellschafts- und Steuerrechts, aber auch der finanziellen Gesamtlage und der Gesamtgestaltung im „Konzern Hamburg" erforderlich sind. Die „Politik" ist insofern insbesondere frei darin, ob sie sich für einen „share deal" oder einen „asset deal" entscheidet oder ob sie sich nur hinreichende Nutzungsrechte sichert, um die mittels des Volksentscheids dann geforderte Einflussnahme der öffentlichen Hand sicher zu stellen. Die Kenntnisse, um einen all diese Fragen beantwortenden Vorschlag beurteilen zu können, können bei der Masse der Bürgerinnen und Bürger weder vorausgesetzt werden noch im Rahmen eines Volksbegehrens hinreichend vermittelt werden.

Zum anderen ist es Ausdruck der Organtreue, dass und wenn der Volksgesetzgeber Parlament und Regierung das Heft des Handelns nicht mehr als unbedingt nötig aus der Hand nimmt. Es wird nicht in Frage gestellt, dass die vom Volk gewählten Abgeordneten und der von ihnen getragene Senat aufgrund ihrer Arbeitsbedingungen, des ihnen zur Verfügung stehenden Apparates und der möglichen Unterstützung durch die Fachbehörden die richtigen Verfassungsorgane sind, um eine Entscheidung auf die richtige Weise umzusetzen.

Das Anliegen des Volksbegehrens ist, die Netze vollständig in die Öffentliche Hand zu übernehmen – in welcher Rechtsform auch immer. Insofern handelt es sich um eine hinreichend bestimmte Grundentscheidung, wie sie das HVerfG für zulässig gehalten hat.

Da die Rechtsform von dem Volksbegehren nicht geregelt werden soll, führt die Offenheit des Begriffs „Öffentliche Hand" auch nicht zu seiner Unbestimmtheit.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Auch die Auffassung der Antragsteller, die Verpflichtung von Senat und Bürgerschaft, *„alle notwendigen und zulässigen Schritte"* zu unternehmen sei zu unbestimmt, trifft nicht zu.

Die Begriffe „notwendig" und „zulässig" lassen sich beide mit einem jeweils klaren Bedeutungsgehalt bestimmen. Für das Wort „notwendig" haben die Antragsteller selbst das Richtige ausgeführt. Notwendig ist danach das, was unbedingt erforderlich ist, um die Maßnahme durchzuführen – nicht weniger, aber auch nicht mehr. Die Adressaten dürfen keine – zulässige, dazu unten – Aktivität unterlassen, die für die Übernahme der Netze in die Öffentliche Hand Bedingung ist.

Wie die Antragsteller selbst feststellen, hängt die konkrete Bestimmung dessen, was notwendig ist, mit dem Modell zusammen, in dem die FHH gegebenenfalls die Netze betreibt. Wie dargelegt wurde, bleibt die Wahl dieses Modells aber Senat und Bürgerschaft überlassen. Für dieses Modell ist das jeweils Notwendige zu veranlassen. Das Volksbegehren beschränkt sich darauf, Senat und Bürgerschaft auf die Übernahme der Netze zu verpflichten, ohne ihnen die jeweiligen Verfahrenskautelen vorzugeben.

Auch die Beschränkung auf „zulässige" Schritte ist vor diesem Hintergrund zu sehen und hinreichend bestimmt. Es ist sicher vertretbar, diese Beschränkung für überflüssig zu halten, denn es ist selbstverständlich nicht zu erwarten, dass Senat und/oder Bürgerschaft zu rechtlich unzulässigen Handlungen neigen. Gleichwohl ist damit deutlich ausgedrückt dass die nationalen und europarechtlichen Normen, die dazu führen, dass die Netzübernahme durch eine Gemeinde nur auf bestimmten Wegen und nicht voraussetzungs- und schrankenlos zu bewerkstelligen ist, einzuhalten sind. Von den Adressaten wird gerade nicht verlangt, die Netze um jeden Preis und auf welchem Wege auch immer in die Öffentliche Hand zurück zu holen. Den Unterzeichnern des Volksbegehrens ist bewusst, dass es hier Regeln einzuhalten gibt. Auch für die Adressaten ist klar, dass das Volk mitnichten von ihnen verlangt, außerhalb rechtlich geordneter Bahnen zu handeln.

c. Die Zulässigkeit eines derartigen Richtungs- oder Grundsatzbeschlusses, der die konkrete Ausführung im einzelnen Bürgerschaft und Senat überlässt, folgt neben dem bisher Ausgeführten auch aus dem Zeitregime, das der Verfassungsgeber in Art. 50 HV verankert hat. Die Fristen von jeweils vier Monaten, die der Bürgerschaft in Art. 50 Abs. 2 und 3 HV eingeräumt sind sowie die grundsätzliche Festsetzung des Tages der Bundestags- oder Bürgerschaftswahl als Tag der Abstimmung über den Volksentscheid bringen mit sich, dass das Verfahren vom Beginn der Volksinitiative bis zur Verabschiedung eines Volksentscheids sich regelmäßig über einen langen Zeitraum hinzieht. Im hier zu entscheidenden Fall sind es mehr als drei Jahre. Angesichts der Regelungsdichte aller Lebensbereiche auch durch Bundes- und Europarecht ist schon bei einer Zeitspanne von einem Jahr eine große Wahrscheinlichkeit gegeben, dass Normen außerhalb des Hamburger Landesrechts verändert werden, die zumindest mittelbar für das zur Abstimmung stehende Vorhaben Relevanz haben. Würde man vom Volksgesetzgeber verlangen, auch bei einer anderen Vorlage über die Grundentscheidung hinaus die Umsetzung bis in alle Einzelheiten selbst zu entwerfen, bestünde die reale Gefahr, dass am Abstimmungstag der Abstimmungstext insoweit

elblaw
RECHTSANWÄLTE

auf nicht mehr gültige oder einschlägige Regelungen verweist und schon deshalb keine Bindungskraft mehr haben kann, ja eigentlich unzulässig geworden ist. Sofern aber eine solche Veränderung nicht das Grundanliegen der anderen Vorlage betrifft, sondern lediglich Einzelheiten seiner möglichen Umsetzung, wäre eine daraus folgende Verfassungswidrigkeit des gesamten Volksentscheids ein Ergebnis, dass mit dem Sinn der Einführung der anderen Vorlage in Art. 50 HV nicht zu vereinbaren wäre.

d. Die Einwände der Antragsteller gegen die Zielvorgaben in Satz 2 des Abstimmungstextes gehen gleichfalls ins Leere. Zielvorgaben sind mittlerweile als gängiger Gesetzesinhalt insbesondere in Umweltgesetzen weit verbreitet. Die Antragsteller behaupten ja gerade, die Zielsetzungen des Volksbegehren sei irreführend, weil sämtlich als Ziel bereits in den einschlägigen Gesetzen enthalten. Dies ist jedoch nicht der Fall, wie in der als

Anlage 2

beigefügten Stellungnahme von Rechtsanwalt Dr. Legler (Rechtsanwälte Günther, Hamburg) heraus gearbeitet wird. Diese Stellungnahme wird zum Vortrag der Beteiligten zu 2) gemacht.

Der Verweis auf das EnWG ist nur insoweit zutreffend, als dass sich Satz 2 des Abstimmungstextes die Regelungstechnik des EnWG zu eigen macht. Neben konkreten Vorgaben zur Organisation des Energiemarkts stellen u.a. §§ 1 und 3 EnWG und eben auch Satz 2 des Abstimmungstexts Zielbestimmungen dar, die bei der Ausfüllung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen zu beachten sind. Von ihrem Inhalt unterscheiden die Zielvorgaben des EnWG und Satz 2 des Abstimmungstexts sich jedoch erheblich.

Es ist namentlich unzutreffend, dass bereits aus dem EnWG das Gebot einer klimaverträglichen Energieversorgung für alle Netzbetreiber folge. Lediglich für die Strom- und Gasnetzbetreiber gibt es die unverbindliche Zielvorgabe im Sinne einer bloßen Absichtserklärung, die Umwelt „möglichst" wenig zu belasten und „möglichst" eine umweltverträgliche Energieversorgung sicher zu stellen (vgl. §§ 3 Nr. 33 EnWG sowie § 1 Abs. 1 EnWG). Für den Fernwärmenetzbetreiber gibt es schließlich noch nicht einmal eine solche Bestimmung, nach der nach Möglichkeit umweltverträglich zu agieren sei. Im Hinblick auf die erneuerbaren Energien heißt es in § 1 Abs. 1 EnWG, dass die Energieversorgung „zunehmend" auf ihr beruhen solle. Dem Wortlaut wäre also schon dann genügt, wenn die Steigerung des Anteils der Erneuerbaren Energien gerade oberhalb des Messbaren läge.

Qualitativ enthält der Volksentscheid damit eine Vorgabe, die deutlich über die energierechtliche Gesetzeslage hinaus geht. Der Inhalt der Vorgabe ist auch allgemein verständlich: Es ist allgemein bekannt, dass in bestimmten Netzbereichen mehr klimaschädliche und gesundheitsgefährdende Anlagen zur Wärme-, Strom- und Gasversorgung angesiedelt sind und in anderen weniger. Die Bürgerinnen und Bürger sollen mit dem Volksentscheid die Möglichkeit erhalten, ihrer Bürgerschaft und ihrem Senat den Auftrag zu erteilen, innerhalb dessen, was diesen beiden möglich ist, sicherzustellen, dass die Netzbetreiber der Hamburger Gas-, Wärme- und Stromnetze wenig

elblaw
RECHTSANWÄLTE

solcher umweltgefährdenden und gesundheitsgefährdenden Anlagen in ihrem Netzbereich zulassen.

Diese Argumentation gilt genauso auch für die „soziale Gerechtigkeit", denn auch diese soll keineswegs laut einem Energiegesetz verbindliches Ziel eines Netzbetreibers sein. Das EnWG normiert lediglich für den Strom- und Gasbereich, dass die Energieversorgung „möglichst verbraucherfreundlich" erfolgen soll (vgl. Stellungnahme Dr. Legler, a.a.O.). Der Abstimmungstext knüpft damit an die weit verbreitete Sorge an, dass die „Energiewende" dazu führe, dass Strom für einige Menschen unbezahlbar wird.

Hinsichtlich der ebenfalls im Abstimmungstext enthaltenen Vorgabe, dass die Energieversorgung auch als Zielvorgabe „demokratisch kontrolliert" werden solle, enthalten alle Energiegesetze ebenfalls keinerlei Vorgaben, so dass auch von daher das seitens der Antragsteller angeführte Argument der Irreführung nicht trägt. Zugleich bestehen auch gegen die hinreichende Bestimmtheit diesbezüglich keine Bedenken, denn unter einer „demokratischen Kontrolle" wird im Zuge der derzeitigen Re-Kommunalisierungsbestrebungen eine möglichst weit reichende Einflussnahme der öffentlichen Hand verstanden, d.h. eben ein Mehr als bloße indirekte demokratische Legitimation aufgrund dessen, dass sich Netzbetreiber stets an (von Parlamenten verabschiedetes) Gesetz und Recht zu halten haben. Dieses eindeutige Verständnis ergibt sich erst Recht aus einer systematischen Betrachtung im Zusammenhang mit Satz 1 des Abstimmungstextes, worin eindeutig die Zielvorgabe manifestiert ist, dass die Netze innerhalb des Zulässigen möglichst weitgehend von der „öffentlichen Hand" kontrolliert werden sollen.

e. Schließlich ist der Abstimmungstext der Volksinitiative auch nicht irreführend.

Die Antragssteller führen aus, dass der *bloße Erwerb der Netze als solcher klimaneutral* sei und somit nicht zu den Zielen des Volksentscheides beitragen würde. Die Antragsteller verkennen, dass gerade dem Zugriff auf die Verteilnetze eine zentrale Rolle in der Ausgestaltung der Energiewende zukommt und hier entscheidende Hemmnisse beobachtet werden können. So hat die Technische Universität Berlin (TU Berlin) im Auftrag des Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) eine umfassende und hoch aktuelle Studie mit dem Titel „Netze als Rückgrat der Energiewende" erstellt und diese im Oktober 2012 veröffentlicht (http://opus.kobv.de/tuberlin/volltexte/2012/3730/pdf/netze_rueckgrat_energiewende.pdf).

Die Autoren der Studie stellen folgendes fest (Seite 17):

> *„Auch für den Ausbau der Verteilnetze stellen der hohe Finanzierungsaufwand bzw. Wirtschaftlichkeitsaspekte maßgebliche Restriktionen dar. Diese werden verstärkt durch die oft geringe Motivation der Verteilnetzbetreiber, aktiv Möglichkeiten zur Aufnahme von möglichst viel erneuerbar erzeugtem Strom voranzutreiben. In der Regel streben Netzbetreiber die Maximierung ihrer Gewinne an und scheuen Investitionen in die Netze, die sich negativ auf die Erlöse auswirken."*

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Es ist also von entscheidender Bedeutung, dass der jeweilige Netzbetreiber den Aus- und Umbau des entsprechenden Verteilnetzes vorantreibt, damit die Energiewende gelingt. Dies kann eine Kommune, die stärker dem Allgemeinwohl verpflichtet ist und als neutraler „Hüter" der Energienetze agiert, sehr viel konsequenter betreiben als ein auf Rendite ausgerichtetes Wirtschaftsunternehmen. Dies gilt insbesondere für den von den Antragsstellen fast vollständig ausgeblendetem Bereich der Fernwärmeversorgung, der gerade nicht von den Regelungen des EnWG erfasst ist. In Hamburg sind derzeit ca. 440.000 Wohneinheiten an die Fernwärmeversorgung angeschlossen, eine Übernahme des Fernwärmenetzes schließt zudem auch Erzeugungsanlagen mit ein. Dem klimaverträglichen Umbau der Fernwärme in Hamburg misst auch ein Gutachten im Auftrag der zuständigen Fachbehörde BSU eine entscheidende Rolle zu. So heißt es im Basisgutachten zum Masterplan Klimaschutz in Bezug auf die erforderlichen CO_2-Einsparungen (http://klima.hamburg.de/contentblob/2581032/data/basisgutachten-masterplan.pdf):

> *„Es verbleibt für das Jahr 2020 eine Lücke von weiteren 1,6 Mio. t CO_2, die durch zusätzliche Maßnahmen und Instrumente geschlossen werden muss. Den größten Beitrag von bis zu 0,43 Mio. t kann dabei die Fernwärmeversorgung leisten, wenn sie künftig CO_2-arm, d.h. ohne den Einsatz von Steinkohle, erfolgt."*

In der Öffentlichkeit und auch von den Antragstellern wird immer wieder vorgetragen, dass mit den Energienetzen keine aktive Energiepolitik gemacht werden könne und die Netze „neutral" seien. So formuliert die CDU-Fraktion in der Hamburger Bürgerschaft in ihrem Antrag 20/2447 folgendes:

> *„[...] Netze als neutrale Verbindungsstücke nur der diskriminierungsfreien Durchleitung der Energie – egal ob erneuerbar oder konventionell – von der Erzeugungsstätte zum Endverbraucher dienen. Eine Reduktion von CO_2 oder eine soziale Ausgestaltung der Energietarife, wie von der Initiative gefordert, ist mit ihrem vollständigen oder teilweisen Besitz nicht zu realisieren."*

Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Schon die Verallgemeinerung „Netze" blendet die besondere Situation des Fernwärmenetzes aus (s.o.), bei dessen Rücknahme in die öffentliche Hand auch Erzeugungsanlagen einbezogen wären. Aber auch in Bezug auf das Gas- und Stromnetz ist die Aussage nicht richtig. So betont beispielsweise das Bundeswirtschaftsministerium (http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Stromnetze/intelligente-netze-und-intelligente-zaehler,did=354138.html):

> *„Die volatile Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erfordert es, Netze, Erzeugung und Verbrauch effizient und intelligent miteinander zu verknüpfen - es besteht die Notwendigkeit einer bedarfs- und verbrauchsorientierten Verknüpfung von Erzeugung und Nachfrage.*

elblaw
RECHTSANWÄLTE

> *Intelligente Netze ("Smart grids") sollen die fluktuierende Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und den Stromverbrauch ausbalancieren. Auf diese Weise erfolgt eine Verschiebung von der bisherigen "verbrauchsorientierten Stromerzeugung" hin zu einem "erzeugungsoptimierten Verbrauch""*

Auch die Deutsche Energie-Agentur (dena) betont in ihrer aktuellen Studie „Ausbau- und Innovationsbedarf in den Stromverteilnetzen in Deutschland bis 2030" aus dem Dezember 2012 die „*wachsende Bedeutung der Stromverteilnetze für das Gelingen der Energiewende in Deutschland*" (http://www.dena.de/fileadmin/user_upload /Publikationen/Energiesysteme/Dokumente/121210_denaVNS_Ergebniszusammenfassung_PSG_pdf.pdf).

Der Verband Kommunaler Unternehmen (VKU) misst den Verteilnetzen bei der Umsetzung der Energiewende ebenfalls eine wichtige Rolle zu. Die Pressemeldung des VKU 61/2012 trägt die Überschrift *Verteilnetze sind Schlüssel für erfolgreiche Energiewende* und VKU-Hauptgeschäftsführer Hans-Joachim Reck wird wie folgt zitiert (http://www.vku.de/service-navigation/presse/pressemitteilungen /liste-pressemitteilung/pressemitteilung-6112.html):

> *"Der beschleunigte Umbau der Energielandschaft braucht eine leistungsfähige Infrastruktur, insbesondere auf der Verteilnetzebene."*

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (bitkom) beziffert schließlich sogar die Einsparpotenziale in Bezug auf einen Umbau der Verteilnetze (http://www.bitkom.org/files/documents/edit_BITKOM_Presseinfo_CeBIT-PK_Smart_Grids_01_03_2011.pdf):

> *„Allein bei Privathaushalten könnten durch die Einführung von zeitabhängigen Tarifen und eine Visualisierung des tatsächlichen Energieverbrauchs an einem Smart Meter nach konservativer Schätzung 9,5 Terawattstunden Strom pro Jahr gespart werden. Das entspricht mehreren Kohlekraftwerken oder ungefähr einem AKW-Block."*

Da laut Umweltbundesamt (UBA) der Anteil der Privathaushalte am Stromverbrauch nur ca. 27 % am Gesamtstromverbrauch ausmacht, liegt das Einsparpotenzial insgesamt noch deutlich höher. Somit kann über die Rücknahme der Energienetze und einem konsequenten und für die Energiewende zwingend erforderlichen Aus- und Umbau der Hamburger Verteilnetze eine deutlich klimaverträglichere Energieversorgung vorangebracht und ein hohes Einsparpotenzial genutzt werden.

Letztlich bestätigt auch der Senat in seiner Kooperationsvereinbarung mit den Energieunternehmen Vattenfall und E.on den klima- und energiepolitischen Gestaltungsspielraum in Bezug auf das Hamburger Verteilnetz. So heißt es in der Drucksache 20/2392 unter Verweis auf die vereinbarten Maßnahmen:

> *„Modernisierung und Ausbau des Stromnetzes. Vattenfall wird pro Jahr durchschnittlich mehr als 160 Millionen Euro in den Ausbau und die Modernisierung der Netzinfrastruktur investieren.*

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Das Netz wird zu einem intelligenten Netz („smart grid") weiterentwickelt, um die Flexibilität zu erhöhen und einen Beitrag zur Energiewende zu leisten."
(Hervorhebung durch den Verfasser)

II.

Verstoß gegen den Haushaltsvorbehalt

Das Volksbegehren „Unser Hamburg – unser Netz" verstößt auch nicht gegen Art. 50 Abs. 1 Satz 2 HV, wonach u.a. Haushaltspläne nicht Gegenstand einer Volksinitiative sein können.

1. Die Auslegung von Art. 50 HV durch die Antragsteller, wonach durch den Begriff Haushaltspläne Volksinitiativen mit haushaltsrechtlichen Folgen ausgeschlossen sein sollen, ist unzutreffend. Die Antragsteller bemühen eine Argumentation, nach der sich durch die Verfassungsänderung 2008 quasi nichts geändert habe.

Diese Auslegung ist bereits mit dem Wortlaut der Norm nicht zu vereinbaren. Aufgrund der Rechtsprechung des HVerfG hat der Verfassungsgeber im Dezember 2008 den bis dahin in Art. 50 HV verwendeten Begriff der Haushaltsangelegenheiten durch den sehr viel engeren und bestimmten Begriff der Haushaltspläne ersetzt.

Das HVerfG hatte in der Entscheidung vom 3. März 2005 (HVerfG 5/04, juris) eine umfangreiche und detaillierte Auslegung der verwendeten Begriffe vorgenommen und klargestellt, dass die seinerzeit von anderen Verfassungsgerichten vorliegende Rechtsprechung zu den jeweils vorliegenden „Haushaltsausschlussklauseln" wie auch die Überlegungen zur Weimarer Reichsverfassung nicht auf die Hamburger Verfassungslage übertragbar seien und zwar wegen des Verfassungstextes. Im einzelnen hat das HVerfG zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen gemacht ((HVerfG, a.a.O.):

> *„Aus dem Wortlaut der Verfassung ergibt sich zunächst, dass der Begriff „Haushaltsangelegenheiten" einen weiteren Anwendungsbereich zulässt als die in anderen Landesverfassungen verwendeten Formulierungen „Staatshaushaltsgesetz" (Baden-Württemberg), „Staatshaushalt" (Bayern), „Landeshaushalt" (Brandenburg), „Haushaltsplan" (Bremen und Hessen), „Haushaltsgesetz" (Sachsen und Sachsen-Anhalt), „Haushalt des Landes" (Schleswig-Holstein). Auch der Verfassungsausschuss der Bürgerschaft hat sich ausdrücklich für den weiten Begriff der „Haushaltsangelegenheiten" im Gegensatz zu dem zur Abstimmung gestellten Begriff „Haushalt" entschieden."*

Bereits aus diesen Ausführungen geht hervor, dass der Begriff „Haushaltsangelegenheiten" anders, nämlich weiter auszulegen ist als der Begriff „Haushaltsplan". Dies wiederholt das Gericht nach Darstellung der Rechtsprechung der angeführten Entscheidung:

elblaw
RECHTSANWÄLTE

„Der mit Schaffung der Volksgesetzgebung in Hamburg im Rahmen des Ausschlusskataloges des Art. 50 Abs. 1 S. 2 HV eingeführte Begriff der „Haushaltsangelegenheiten" beinhaltet zunächst einen weiteren Anwendungsbereich des Finanztabus, als er mit dem bei Einführung der Volksgesetzgebung durch den Verfassungsausschuss der Bürgerschaft verworfenen Begriff „Haushalt" verbunden wäre. Dabei bedeutet die Aufnahme des Begriffs „Haushaltsangelegenheiten" in den Ausschlusskatalog des Art. 50 Abs. 1 S.2 HV nicht, dass jegliche Kostenwirksamkeit von Volksinitiativen diese unzulässig macht, da anderenfalls nur wenig Raum für die Volksgesetzgebung bliebe. Die Bürgerschaft hat die haushaltsrechtliche Gesamtschau, ihr obliegt die Beschlussfassung über den Gesamthaushalt, eine wesentliche Beeinträchtigung des Haushaltsrechts der Bürgerschaft soll mit dem Ausschlusskatalog des Art. 50 Abs. 1 S. 2 HV verhindert werden.

Wann jedoch das Haushaltsrecht der Bürgerschaft wesentlich beeinträchtigt wird, ist im Wege einer wertenden Gesamtschau zu entscheiden."

Das Gericht setzt sich sodann mit von anderen Verfassungsgerichten herangezogenen einzelnen Kriterien für diese wertende Gesamtschau ablehnend auseinander (Missbrauchsgefahr, Kompliziertheit) und führt sodann weiter aus (a.a.O.):

„Die von dem Sächsischen Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 11. Juli 2002 zur sächsischen Verfassungslage vertretene Auffassung, ein Verstoß gegen den Haushaltsvorbehalt könne nur dann angenommen werden, wenn es dem Gesetzgeber anderenfalls unmöglich gemacht werde, einen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Haushalt vorzulegen, ist auf die hamburgische Verfassungsrechtslage nicht übertragbar. Diese enge Auslegung ist mit dem Wortlaut der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg („Haushaltsangelegenheiten") nicht vereinbar und entspricht nicht dem von dem hamburgischen Verfassungsgeber mit dem Haushaltsvorbehalt verfolgten Zweck, nach dem ein weiter Anwendungsbereich des Haushaltsvorbehalts intendiert ist."

Das HVerfG hat also mehrfach betont, dass die Wortwahl „Haushaltsangelegenheiten" von ausschlaggebender Bedeutung bei der Bestimmung der Grenzen des Finanztabus in der Hamburgischen Verfassung ist. Es hat darüber hinaus klargestellt, dass auch unter diesen Bedingungen Volksinitiativen mit begrenzten finanziellen Auswirkungen möglich sein müssen, da dieses Institut ansonsten leerliefe. Diese Grenze hat das HVerfG unter dem damaligen Rechtszustand bei einer Steigerung um 9,9 Prozent des Gesamthaushaltes überschritten gesehen, die sich über Jahre hinaus fortsetze und dazu führe, dass die Haushaltsansätze des Gesamthaushaltes überprüft und neu festgesetzt werden müssten.

Wie die Antragsteller zu Recht feststellen, hat die Bürgerschaft unter ausdrücklichem Hinweis auf dieses Urteil die Verfassung geändert und das Wort „Haushaltsangelegenheiten" durch „Haushaltspläne" ersetzt.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Wie man vor diesem Hintergrund darauf kommen kann, diese Verfassungsänderung habe rein deklaratorischen Charakter und der Inhalt des neuformulierten „Finanztabus" sei just der alte geblieben, bleibt allerdings das Geheimnis der Antragsteller.

Die Änderung der Verfassung dahin gehend, dass nunmehr „Haushaltspläne" von der Volksgesetzgebung ausgeschlossen sein sollen, bewirkt eine deutlich engere Ausschlussklausel als ehedem und genau dies entsprach auch der Intention des Verfassungsgebers. Bewusst hat dieser den nach der Rechtsprechung engeren Begriff Haushaltspläne gewählt und damit zum Ausdruck gebracht, dass er die Rechtslage gegenüber der dem zitierten Urteil zugrundeliegenden ändern möchte.

Die gründlichen und lehrreichen Ausführungen der Antragsteller zum Verständnis der verschiedenen Begriffe in anderen Urteilen und (schon) unter Geltung der WRV geben für den vorliegenden Fall nichts her. Denn das HVerfG hat sich im Urteil HVerfG 5/04 mit all diesen Entscheidungen (bis auf die des BerlVerfGH vom 6.10.2009) und der Literatur bereits auseinandergesetzt, die dortigen Begründungen teilweise ausdrücklich nicht übernommen. Die Feststellung, dass es einen deutlichen Unterschied zwischen „Haushaltsangelegenheiten" und „Haushaltsplan" gibt, hat das HVerfG in Kenntnis der unterschiedlichen Ansichten zu Reichweite und tieferem Grund der einzelnen Formulierungen getroffen. All dies war der Hamburgischen Bürgerschaft bei ihrer einstimmigen Verfassungsänderung bekannt. Sie hat die Verfassung mit eindeutigem Ziel geändert: statt des weiten Begriffs der Haushaltsangelegenheiten sollen nunmehr nur noch Volksinitiativen über die Haushaltspläne ausgeschlossen sein. Dass die Begründung der damaligen Volksinitiative nicht wörtlich übernommen worden ist, ist dabei ohne Belang.

Das Volksbegehren „Unser Hamburg – unser Netz" betrifft aber keinen Haushaltsplan, sondern ist eine Sachvorlage mit finanziellen Auswirkungen und damit nicht vom „Finanztabu" in Art. 50 Abs.1 S.2 HV erfasst.

2. Die Ansicht der Antragsteller, auch abgesehen von der Spezialnorm des Art. 50 HV ergebe sich aus der Hamburgischen Verfassung und dem Grundgesetz die Unzulässigkeit eines haushaltswirksamen Volksbegehrens, trifft ebenfalls nicht zu.

Die Antragsteller wollen auf den Seiten 120 bis 150 der Antragsschrift herleiten, dass das Budgetrecht des Parlaments es ausschließe, finanzwirksame Volksentscheide zuzulassen. Der Haushaltsplan als komplexes und die verschiedenen Interessen abwägendes Gebilde sei Ausdruck der politischen Gestaltungskraft des Parlamentes, das eine Vielzahl von Einzelinteressen austariere und nach seinem politischen Grundkonzept berücksichtige. Hier dürfe nicht „von außen" eingegriffen werden.

Während viele der demokratietheoretischen Ausführungen der Antragsteller höchste Zustimmung verdienen, gilt dies doch nicht für den konkreten Schluss, den die Antragsteller ziehen. Dem von ihnen entworfenen Bild des Parlamentes, das seine politischen Schwerpunkte und die von ihm selbst eingegangenen Verpflichtungen komplex und vielschichtig abwägt, hierin aber nun durch den

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Volksentscheid gestört und fremdbestimmt wird, liegt eine verzerrte Wahrnehmung der verfassungsrechtlichen und faktischen Realität zugrunde:

Schon rechtlich sieht das Grundgesetz seit Bestehen der Bundesrepublik vor, dass die Bundesgesetze in der Regel durch die Länder ausgeführt werden (Art. 83 GG). Der Bund kann hierfür sogar das Verwaltungsverfahren bestimmen. Voraussetzung ist nur die Zustimmung des Bundesrats (Art. 84 Abs. 2 GG). Dieser wird zwar die „Länderkammer" genannt, ist jedoch ein Organ des Bundes. Auf das Verhalten der Ländervertreter haben überdies die Parlamente keinen Einfluss, weil die Länder durch die Landesregierungen vertreten werden, die ihr Stimmverhalten ohne Mitwirkung der Landtage festlegen.

So ist die Hamburgische Bürgerschaft tatsächlich bei der Aufstellung des Haushaltsplan in vielfacher Weise fremdbestimmt. Dies zunächst durch den Bundesgesetzgeber, der eine Vielzahl von haushaltswirksamen Verpflichtungen – früher z.B. die Beamtenbesoldung, immer noch die breite Palette von Ansprüchen aus den Sozialgesetzbüchern (Arbeitslosengeld II, Grundsicherung im Alter, Verpflichtung zur Vorhaltung von Kinderbetreuungsplätzen, Leistungen der Jugendhilfe), zum Bereitstellen von Verfahrenspflegern, zur schärferen Kontrolle von Immissionen oder was auch immer – für den Landeshaushalt sehr genau vorgibt. Der größte Teil der Ausgaben, die der Landesgesetzgeber nach Art und Höhe einplanen muss, gehen auf Entscheidungen des Bundesgesetzgebers zurück, bei der die Zustimmung der Landesparlamente nicht erforderlich ist. In geringerem Umfang ist inzwischen sogar noch nicht einmal der Deutsche Bundestag sondern die EU Schöpferin von weiteren Ansprüchen und Verpflichtungen, die die Landesparlamente in ihre Haushaltsplanung einschließen müssen. Das in der verfassungsrechtlichen Diskussion noch relativ neue Konnexitätsprinzip („Wer bestellt, bezahlt!") ist eben nicht der verfassungsrechtliche Standard, sondern genau das Gegenteil.

Das Landesparlament ist also von vornherein in der Situation, dass es die von den Antragstellern geschilderte eigenverantwortliche politisch motivierte Haushaltsgestaltung nur für einen Teil der von ihm zu verteilenden Finanzmittel vornehmen kann, weil ein anderer Teil von einem anderen „Player" vorgegeben wird. (Hierbei soll außer Acht bleiben, dass darüber hinaus jedes Landesparlament des weiteren umfangreiche Verpflichtungen im Haushaltsplan berücksichtigen muss, die nicht von ihm, sondern von früheren – möglicherweise ganz anderen – Bürgerschaftsmehrheiten eingegangen worden sind, nicht zuletzt die Zinsen.)

Das Hineinregieren jenes anderen Players, des Bundesgesetzgebers, in die Entscheidung, für was das von der Freien und Hansestadt Hamburg zu verteilende Geld ausgegeben werden soll, wird allgemein als demokratietheoretisch unbedenklich angesehen, obwohl die von den Antragstellern beschriebene eigenverantwortliche Entscheidung der Hamburger Bürgerschaftsabgeordneten dadurch massiv eingeschränkt wird. Denn auch der Bundesgesetzgeber ist demokratisch legitimiert und darf angesichts der Gesetzgebungskompetenzen in Art. 70 ff. GG Regelungen mit Finanzfolgen für die Landeshaushalte treffen. Seine Vorgaben hat das

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Landesparlament umzusetzen, die dadurch ausgelösten Finanzbedarfe in seine Haushaltsplanung einzustellen – selbst wenn diese der eigenen politischen Schwerpunktsetzung völlig widersprechen. Mit den von den Antragsgegnern benannten Vorschriften der HV und des GG ist dies ohne Weiteres vereinbar.

Grundsätzlich nichts anderes geschieht, wenn nicht der demokratisch legitimierte Bundestag, sondern das Volk selbst eine Entscheidung trifft, deren finanzielle Folgen im Haushaltsplan berücksichtigt werden müssen. Nach der HV sind der Volksgesetzgeber und der (landes)parlamentarische Gesetzgeber gleichrangig. Die Änderung des Art 50 Abs. 1 S. 2 HV führt dazu, dass nunmehr ohne jeden Zweifel nicht nur zwei weitere Player (der Bund und die Europäische Union), sondern ein dritter (der Volksgesetzgeber) Entscheidungen treffen kann, die haushaltsrelevant sind.

Die Budgethoheit der Bürgerschaft besteht im engeren Sinne stets nur hinsichtlich der Mittel, die nicht durch rechtliche Verpflichtungen gebunden sind. Wie oft beklagt, ist diese „freie Spitze" im Lauf der Jahre und Jahrzehnte weniger geworden und dadurch der politische Gestaltungsspielraum des Landesparlamentes geringer. Hinsichtlich der von außen auferlegten Verpflichtungen ist zu unterscheiden zwischen jenen, die dem Lande unspezifisch auferlegt werden – wo also das Landesparlament wenigstens auf die Höhe der für diesen Zweck einzustellenden Mittel Einfluss nehmen kann – und solchen, die auch der Höhe nach fremdbestimmt sind (Beispiel: Auslagen in Strafsachen). Gleichwohl obliegt dem Landesparlament, die verschiedenen Aufgaben in einen Gesamtplan einzubinden – eben den Haushaltsplan. Dieses Recht und diese Aufgabe, die dem Volksgesetzgeber explizit in Art. 50 Abs.1 S.2 HV verwehrt ist, besteht nach wie vor. An ihnen ändert sich nichts, wenn die „freie Spitze" durch die Auswirkungen des Volksbegehrens kleiner oder größer wird.

3. Denkbar wäre unter Umständen, dass nach Art. 50 Abs.1 S.2 HV nicht nur ein direkter Volksentscheid über den Haushaltsplan unzulässig ist, sondern auch ein solcher, dessen finanzielle Auswirkungen dem Landesparlament trotz aller Optionen der Umschichtung und Umgestaltung objektiv nicht die Möglichkeit lassen, einen verfassungsmäßigen Haushaltsplan zu verabschieden. So liegt der Fall bei dem Volksbegehren „Unser Hamburg-unser Netz" angesichts der finanziellen Dimensionen aber nicht.

Das von den Antragstellern vorgetragene „Schreckensszenario" eines Kaufpreises in Höhe von *„mindestens"* 2,2 Mrd. Euro als *„konservative Schätzung"* ist deutlich zu relativieren. Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Rödl & Partner hat eine Expertise im Auftrag der Volksinitiative UNSER HAMBURG – UNSER NETZ erstellt und die Finanzierbarkeit einer vollständigen Übernahme in die kommunale Hand untersucht (Anlage 1). Die Gutachter kommen zu dem eindeutigen Ergebnis, dass eine Rücknahme der Netze realisierbar ist.

Zu beachten ist vor allem die Tatsache, dass nicht die <u>nominelle</u> Höhe des Kaufpreises für die Wirtschaftlichkeit einer Netzübernahme entscheidend ist, sondern dass der Kaufpreis dem kalkulatorischen Restwert bzw. dem Ertragswert der Netze entspricht oder allenfalls nur geringfügig übersteigt. In diesem Fall ist ein Kauf der Netze wirtschaftlich darstellbar, da das investierte Kapital refinanziert und

elblaw
RECHTSANWÄLTE

dem unternehmerischen Risiko angemessene Eigenkapitalrenditen erzielt werden können. Die Netzentgeltkalkulation – also die Einnahme aus dem Netzbetrieb – wird so vorgenommen, dass der Netzbetreiber seinen Betreiberverpflichtungen einschließlich seiner Kapitalkosten (i.d. R. 40 % Eigenkapital – 60 % Fremdkapital) nachkommen kann.

Die Expertise von Rödl & Partner (**Anlage 1**) kommt zu folgendem Fazit:

> *„Die Höhe der Kaufpreise hat einen entscheidenden Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Netzübernahmen, da der Kaufpreis i.d.R. nur dann vollständig refinanziert werden kann, wenn er dem kalkulatorischen Restwert entspricht.*
>
> *→ Die aktuellen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung bestärken dabei die Annahme, dass das Kaufering-Urteil nach wie vor Gültigkeit hat und somit Ertragswert und kalkulatorischer Restwert eine maßgebliche Rolle bei der Bestimmung des Kaufpreises spielen.*
>
> *Neben dem Kaufpreis wird die Übernahme des Strom- und Gasnetzes auch von der Höhe der übergehenden Erlösobergrenzen sowie der Höhe der Netztrennungskosten beeinflusst.*
>
> *→ Da sowohl im Stromnetz als auch im Gasnetz rechtlich eigenständige Netzgesellschaften mit eigenen Erlösobergrenzen und vom Umland getrennte bzw. entflochtene Netze existieren, ist das Risiko nicht ausreichender Erlösobergrenzen und/oder hoher Netztrennungskosten in Hamburg als gering einzuschätzen.*
>
> *Aus unserer Sicht ist eine vollständige Übernahme der Strom-, Gas- und Fernwärmenetze in Hamburg realisierbar, auch unter der Voraussetzung einer vollständigen Fremdfinanzierung der Übernahme."*

Das Gutachten formuliert zudem ähnlich wie verschiedene Experten auf der Anhörung des Umweltausschusses vom 23.11.2010 folgende Chancen einer Übernahme der Energienetze in die öffentliche Hand:

„
- *Erschließung von Synergiepotenzialen im Konzern FHH.*
- *Zusätzliche Beiträge zum Haushalt der FHH durch Netzgewinne und ggf. Bürgschaftsprovisionen.*
- *Schaffung von Vermögen, Infrastruktur in kommunaler Hand.*
- *Sicherung/Schaffung von Einfluss der FHH auf Erreichung von Klimaschutzzielen, Bezahlbarkeit/Preiswürdigkeit von Netzentgelten, etc.*
- *Steuerliche Optimierung durch steuerlichen Querverbund > zusätzlicher Liquiditätsgewinn"*

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Neben der Frage des tatsächlichen Kaufpreises ist auch die Frage von Folgeinvestitionen von Relevanz. Die Darstellung der Antragsteller entspricht zu diesem Punkt und in Bezug auf die Kooperationsvereinbarung des Senates mit den Energieunternehmen nicht den Tatsachen.

So wird von der Antragstellerin behauptet, dass ein *„zusätzlicher"* Investitionsbedarf von mindestens 200 Mio. Euro pro Jahr für die *„reine Instandhaltung und die für den wirtschaftlichen Netzbetrieb notwendigen Ertüchtigungsmaßnahmen"* notwendig sei .

Es handelt sich hier allenfalls um einen regelhaften und nicht um einen *zusätzlichen* Investitionsbedarf. Und es sind in den genannten Investitionen auch Mittel für den Ausbau in Richtung smart grid vorgesehen, also nicht nur reine Ertüchtigungsmaßnahmen. Die Kooperationsvereinbarung aus dem November 2011 zwischen der FHH und dem Unternehmen Vattenfall belegt dies (http://www.hamburg.de/contentblob/3170684/data/energiewende-kooperationsvereinbarung-vattenfall.pdf, Seite 7). Dort heißt es:

> *„Die gemeinsame Gesellschaft wird pro Jahr durchschnittlich mehr als 160 Millionen Euro für den Erhalt und Ausbau der Netzinfrastruktur ausgeben. Ein modernes Verteilungsnetz bildet die Grundlage der zuverlässigen Stromversorgung der Metropolregion Hamburg. Das Netz wird zu einem intelligenten Netz („smart grid") weiterentwickelt, um die Flexibilität zu erhöhen und einen Beitrag zur Energiewende zu leisten. Dabei soll die schon heute hohe Versorgungsqualität beibehalten und verbessert werden. Ziel ist es, Stromausfälle so weit Wiederversorgungszeiten nach Störungen zu verkürzen."*

Ausgeblendet wird von den Antragstellern zudem die Tatsache, dass der Betrieb eines Energienetzes auch erhebliche <u>jährliche</u> Einnahmen generiert. Der Drucksache 19/8659 (Seite 2, Antwort auf Frage 5) ist zu entnehmen, dass das Unternehmen Vattenfall im Jahr 2011 an Nutzungsentgelten <u>allein für das Stromnetz</u> Einnahmen von 315 Millionen Euro zu verzeichnen hatte.

Dem Jahresabschluss der Vattenfall Europe Wärme AG 2009,

Anlage 3,

ist zu entnehmen, dass mit dem Betrieb der Fernwärmenetze in Hamburg <u>und</u> Berlin ein Jahresüberschuss von 413,7 Mio. Euro erwirtschaftet wurde. Dieser Betrag ist an den Anteilseigner, also den schwedischen Mutterkonzern in Stockholm, überwiesen worden. Berücksichtigt man hier die jeweiligen Größenordnungen der Wärmenetze in Hamburg und Berlin, ergibt sich ein Gewinnanteil bezogen auf die Hansestadt von weit über 100 Millionen Euro.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass derzeit die Bundesnetzagentur (BNetzA) die Eigenkapitalrenditen für Investitionen in die Strom- und Gasnetze für die nächste Regulierungsperiode wie folgt festgelegt hat: Die Eigenkapitalrendite für <u>Neu- bzw. Erweiterungsinvestitionen</u> beträgt künftig 9,05 % vor Körperschaftsteuer. Für Altanlagen wurde die künftige Eigenkapitalrendite auf 7,14 % vor Körperschaftsteuer festgelegt. Die

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Bundesnetzagentur hält die festgelegten Renditen für ausreichend und betont zudem in ihrer Pressemeldung vom 02.11.2011 zur Festsetzung der Eckpunkte für die neue Regulierungsperiode folgendes (http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2011/111102EigenkapitalrenditeInvestitionsStromGas.html?nn=204648):

> *„Der Vorwurf, in Deutschland seien Investitionen in die Netze nicht attraktiv, sollte nun endgültig vom Tisch sein. Wir senden mit unserer Festlegung das Signal an Pensionskassen, Versicherungen und andere institutionelle Anleger, dass es sich lohnt, in Deutschland in die Strom- und Gasnetze zu investieren."*

Neuinvestitionen werden also bereits heute mit einer höheren Eigenkapitalrendite im Vergleich zur Unterhaltung von Altanlagen „belohnt", die festgelegten Eigenkapitalrenditen sind nach Ansicht der Bundesnetzagentur sogar Anreiz für Kapitalgeber.

Weiterhin verkennen die Antragsteller die darüber hinausgehende aktuelle Diskussion um den als notwendig erkannten Um- und Ausbau gerade der Verteilnetze. So hat die Deutsche Energieagentur (dena) im Dezember 2012 eine Studie zu diesem Thema erstellt. Der Leiter der dena, Stephan Kohler, wird wie folgt zitiert (http://www.energiezukunft.eu/netze/netzausbau/dena-studie-will-netzausbau-vorantreiben/):

> *„Der Ausbau der Erneuerbaren muss dringend mit dem Ausbau der Infrastruktur synchronisiert werden. Um die Investitionen in den Netzbetrieb und die Instandhaltung des Verteilnetzes sicherzustellen, hat die Bundesnetzagentur eine attraktive Rendite rechtlich festgelegt. Unsere Untersuchung aber zeigt, dass sich in der Praxis durch den verstärkten Ausbau von Erneuerbare-Energien-Anlagen und dem daraus resultierenden Netzausbau Renditen ergeben, die für die Verteilnetzbetreiber nicht auskömmlich sind. Verteilnetzbetreiber mit einem hohen Ausbaubedarf in ihrem Netz könnten daher die vorgesehen Rendite nicht erreichen; daher müssten die rechtlichen Rahmenbedingungen dringend angepasst werden, um die erforderlichen Investitionen in zukunftsfähige Verteilnetze zu erreichen."*
> *(Hervorhebung durch den Verfasser)*

Auch der VKU hat dieses Problem mittlerweile erkannt und fordert ebenfalls eine Korrektur der bisherigen Anreizregulierung (http://www.presseportal.de/pm/6556/2196604/aenderung-der-anreizregulierung-im-bundesrat-vku-endlich-die-verteilnetze-beachten):

> *„Aktuell werden 97 Prozent der erneuerbaren Energien auf dieser Netzebene eingespeist. Die Verteilnetze sind damit ein entscheidender Schlüssel für das Gelingen der Energiewende. Stromautobahnen funktionieren nur dann gut, wenn sie entsprechend gute Auf- und Abfahrten und zuverlässige Bundes- und Kreisstraßen haben. Da auch gleichzeitig eine umfassende Erneuerung der Verteilnetze bevorsteht, ergibt sich für die*

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Verteilnetzbetreiber ein besonders hoher Investitionsbedarf, der im gegenwärtigen Regulierungsrahmen mit dem bestehenden Zeitverzug in der Anreizregulierung nicht ausreichend berücksichtigt wird."

Sollte sich also entgegen der Einschätzung der Bundesnetzagentur eine Korrektur des Regulierungsrahmens als notwendig ergeben, ist mit Verweis auf die Aussagen der dena und des VKU zu erwarten, dass aufgrund der Herausforderungen eines Umbaus der Verteilnetze die erlaubten Renditen nach oben korrigiert werden. Dies würde den Aus- und Umbau der Verteilnetze (zusätzlich) absichern.

Die Renditen werden somit auch zukünftig auskömmlich sein, insbesondere für ein kommunales Unternehmen, welches vorrangig dem Allgemeinwohl und der Daseinvorsorge verpflichtet ist. Die von den Antragsstellern vorgetragene Behauptung, die mit dem Volksentscheids einhergehende zusätzliche Investitionen in den Aus- und Umbau der Verteilnetze sei *„nicht finanzierbar"* (Seite 41) ist durch nichts belegt. Vielmehr sind Investitionen in die Verteilnetze für eine stringente Umsetzung der Energiewende erforderlich und eine entsprechend attraktive Rendite im regulierten Markt bei Strom und Gas auch in Zukunft zu erwarten. Der Fernwärmebereich ist derzeit nicht reguliert, die in der Vergangenheit realisierten Gewinne lassen aber auch hier eine Finanzierung des notwendigen Umbaus als realistisch erscheinen.

Die Antragsteller gehen weiterhin zu unrecht davon aus, dass der Volksentscheid die Stadt auf ein *„unter den gegenwärtigen rechtlichen Rahmenbedingungen nicht wirtschaftliches, geschweige denn konkurrenzfähiges Betriebskonzept"* (vgl. Seite 155) verpflichten würde. Außerdem nehmen die Antragssteller in der Fragestellung zur Erheblichkeit der finanziellen Auswirkungen der Vorlage nur die *„Kosten in zehnstelliger Höhe"* in Bezug (vgl. Seite 155), betrachten aber nicht die zu erwartenden Einnahmen aus dem Netzbetrieb (allein die Nutzungsentgelte für das Stromnetz belaufen sich auf 315 Mio. Euro pro Jahr (s. o.)).

Wertet man die Aussagen der gutachterlichen Stellungnahme von Rödl & Partner (Anlage 1) sowie anderer Experten aus, ließe sich mit dem Betreiben der Energienetze sogar in der mittelfristigen Perspektive eine Einnahmenverbesserung für die öffentliche Hand darstellen. So kommt etwa Dr. Hans-Georg Napp von der Landesbank Hessen-Thüringen 2009 zu folgender Aussage:

„Investitionen in die Erweiterung von Netzen – sowohl im Rahmen von Neuerschließungen als auch bei Netzübernahmen – lassen zwar keine außergewöhnlichen Gewinne erwarten, bieten aber die Chance auf eine nachhaltige Rendite des eingesetzten Kapitals ohne größere Ausfallrisiken eingehen zu müssen.",

Anlage 4.

elblaw
RECHTSANWÄLTE

Auf der bereits zitierten Anhörung des Umweltausschusses vom 23.11.2010 geht Experte Böck von BBH auf die Vorteile eines kommunalen Querverbundes ein (Protokoll Umweltausschuss 19/23, Seite 57):

> *"Wir haben nach wie vor den so genannten steuerlichen Querverbund, der hier noch gar nicht angesprochen wurde. Das heißt, der steuerliche Querverbund sieht vor, dass Versorgungsgewinne mit Verkehrsverlusten verrechnet werden können. Sie haben hier in Hamburg mit der Hamburger Hochbahn sicherlich Verkehrsverluste und Sie hätten dann einen zusätzlichen Ertragsbringer im Bereich Versorgung, mit dem Sie diese Erträge steuerlich - übrigens nur steuerlich jetzt mal zunächst - verrechnen können mit den Verkehrsverlusten."*

Und Dr. Christof Schorsch von der LBD-Beratungsgesellschaft, die bundesweit Kommunen bei Fragestellungen zur Rekommunalisierung berät, nennt unter den Vorteilen einer Rücknahme der Energienetze in die öffentliche Hand u. a. folgenden Punkt (http://www.demo-online.de/content/rekommunalisierung-der-energieversorgung-ae-chancen-und-risiken):

> *„Ebenso sollte der finanzielle Aspekt nicht außer Acht gelassen werden. Die durch Partizipation der Wertschöpfung im Netz erwirtschafteten Überschüsse bleiben in den Kommunen. Dies kommt der öffentlichen Hand zugute und steht für kommunale Investitionen zur Verfügung. Daneben profitiert die lokale Wirtschaft durch Aufträge und damit auch durch Sicherung der Arbeitsplätze vor Ort."*

Und schließlich hat auch der VKU in seiner Broschüre „Konzessionsverträge - Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke" aus dem September 2012 im Hinblick auf die Chancen einer Netzübernahme durch die öffentliche Hand folgendes formuliert (http://www.vku.de/energie/unternehmensstrategien/rekommunalisierung-sdz-iv/konzessionsvertraege00.html, Seite 5):

> *„Die Gewinne aus dem Netzbetrieb fließen nicht mehr an Dritte, sondern an die Eigentümerkommunen. So können andere Aufgaben der Daseinsvorsorge finanziert werden."*

Die Antragstellerin betreibt somit eine einseitige Darstellung der Risiken einer Rekommunalisierung und verkennt die von vielen Experten wiederholt betonten Chancen einer Rücknahme der Energienetze in die öffentliche Hand, die gerade vor dem Hintergrund der notwendigen mittelfristigen Haushaltskonsolidierung genutzt werden können.

gez. Dr. Steffen

Dr. Till Steffen
Rechtsanwalt