

Benno Reinhardt

Rechtsanwalt
Benno Reinhardt
Bahnhofstraße 33a
49356 Diepholz

An den
Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin
Elzholzstr. 30-33
10781 Berlin

Tel.: 05441/ 995 995 9
Fax: 05441/ 995 995 5
Handy: 0160 / 91 97 07 87

Mail: benno.reinhardt@t-online.de

Termine nach Vereinbarung

Ihre Zeichen, Ihre Nachricht vom
VerfGH 167 A/18

Unser Zeichen, unsere Nachricht vom

Datum
11.06.2019

Organstreitverfahren „Unsere Schulen“ / VerfGH 167/ 18

Per Fax vorweg: 030 – 90 15 26 66

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Organstreitverfahren nehme ich für die Vertrauenspersonen

die Anträge in vollem Umfang zurück.

Eine juristische Bewertung ergibt aufgrund der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung geringe Erfolgsaussichten (siehe Anlagen: Rechtsanwalt Michael Plöse vom 28.05.2019 und Rechtsanwalt Reinhardt vom 16.12.2018).

Ich möchte aber auf einen Aspekt hinweisen, der mir aufgefallen ist. Die Volksinitiative wendet sich gegen die sog. Schulbauoffensive, die erforderlichen 20.000 Unterschriften wurden eingereicht. Der Antragsgegner hat darauf hingewiesen, dass die Volksinitiative eine Art von Massenpetition darstellt. Die Legitimation erstreckt sich gegenüber dem Abgeordnetenhaus aber nur auf die Einbringung der Initiative und auf eine Anhörung. Diese eine Anhörung hat am 07.11.2018 stattgefunden. Dies mag juristisch ausreichend gewesen sein.

Eine politische Einflussnahme ist mit einer solchen einmaligen Anhörung nicht möglich. Die Anhörung erfolgt an einem zufällig gewählten Datum, entweder zu einem zu frühen Zeitpunkt - das Projekt der Schulbauoffensive ist noch nicht ausgereift – oder zu einem zu späten Zeitpunkt, in dem alle Entscheidungen bereits getroffen sind. In beiden Fällen läuft die Anhörung ins Leere.

Eine Volksinitiative hat einen weitergehenden politischen Auftrag. Dem Auftrag können die Vertrauenspersonen nur gerecht werden, wenn sich aus dem Recht zur einmaligen Anhörung ein Recht auf eine laufende Begleitung des politischen Prozesses im zuständigen Ausschuss von der Einreichung der Unterschriften bis hin zur Entscheidung ableitet. Dies ist gesetzlich nicht vorgesehen, aber nur so kann eine Volksinitiative parlamentarisch Einfluss nehmen. Das Abgeordnetenhaus ist damit aufgerufen, einer Volksinitiative gesetzlich fixierte erweiterte Rechte einzuräumen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Bernd Albinus". The signature is written in a cursive style with a long, sweeping horizontal line extending to the right from the end of the name.

Michael Plöse Rechtsanwalt

Michael Plöse, Rechtsanwalt · Mainzer Straße 14 · 10247 Berlin

Mainzer Straße 14
10247 Berlin

Per Mail: benno.reinhardt@t-online.de

Rechtsanwalt Benno Reinhardt
Bahnhofstraße 33a
49356 Diepholz

Telefon **030-20 68 70 14**
Fax **030-20 68 70 15**
E-Mail **post@ra-ploese.de**

Berlin, 28. Mai 2019
Aktenzeichen: 03/001/19
(bitte stets angeben)

Erfolgsaussichten des Organstreitverfahrens der Volksinitiative „Unsere Schulen“

- VerfGH 167/18 -

Sehr geehrter Herr Kollege Reinhardt,
lieber Benno!

In dem vorbezeichneten Organstreitverfahren hege ich nach verfassungsrechtlicher Prüfung zwar grundsätzliche Bedenken gegen die im Eilverfahren vom Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin als tragend herangezogenen Entscheidungsgründe, sehe im anhängigen Fall aber wenig Möglichkeiten, im Wege der Durchführung des Hauptsacheverfahrens eine Rechtsprechungsänderung zu erreichen (I). Demgegenüber enthält der Beschluss vom 28. November 2018, mit dem der Verfassungsgerichtshof den Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt hat, im Hinblick auf die materiellen Rechte von Volksinitiativen durchaus brauchbare Ansatzpunkte, denen sich eine Stärkung der Position von Vertrauenspersonen von Volksinitiativen entnehmen lässt, die in zukünftigen Verfahrenskonstellationen zu berücksichtigen sein werden (II).

I. Problematische Maßstabübertragung

1. Ausgangspunkt

Mit Beschluss vom 28. November 2018 hat der der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin den Antrag der Vertrauenspersonen der Volksinitiative „Unsere Schulen“ in dem Organstreitverfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Die Antragsteller_innen hatten begehrt, dem Abgeordnetenhaus von Berlin aufzugeben, die für den 29. November 2018 angesetzte abschließende Aussprache über den Gegenstand der Volksinitiative bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen, sowie dem Senat von Berlin aufzugeben, bis zu diesem Zeitpunkt auch den Vollzug des Rahmenvertrages zwischen dem Land Berlin, den beteiligten Bezirken und der HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH auszusetzen.

Der Verfassungsgerichtshof stützte seine Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung zentral auf das Argument, die Antragsteller_innen hätten nicht vorgetragen, dass

der Volksinitiative durch die abschließende Aussprache gem. § 9 Abs. 2 Satz 2 AbstG zu ihrem Gegenstand im Plenum des Abgeordnetenhauses ohne eine vorherige weitere Anhörung ihrer Vertrauenspersonen in den beteiligten Parlamentsausschüssen zu den Inhalten des kurzfristig vorgelegten Rahmenvertrages sowie der gutachterlichen Stellungnahmen wesentlich Einwendungen gegen das Schulbausanierungskonzept abgeschnitten worden seien, die bisher nicht hatten vorgetragen werden können und die von zentraler Bedeutung für die Volksinitiative sind (vgl. S. 7 der Beschlussausfertigung - BA -).

Bei seiner Entscheidung legte der Verfassungsgerichtshof die Darlegungen der Antragsteller_innen zu Grunde (vgl. S. 5 unten der BA). Darunter auch ein wiederholtes Aufforderungsschreiben an den Präsidenten des Abgeordnetenhauses von Berlin vom 20. November 2018, in dem die Vertrauenspersonen „die Fortsetzung der Anhörung der Volksinitiative im Hauptausschuss des Abgeordnetenhauses (mitberatend SenBFJ)“ beantragten und hierzu um einen rechtsmittelfähigen Bescheid baten. Sie begründeten ihren Antrag damit, dass die Senatsverwaltung für Finanzen am Vorabend vor der durchgeführten Anhörung am 7. November 2018 den vorher geheim gehaltenen Rahmenvertrag sowie zwei Gutachten zur Realisierbarkeit der Schulbauoffensive veröffentlicht und den Vertrauenspersonen bekannt gemacht habe, die in der vorbereiteten Anhörung nicht mehr (angemessen) berücksichtigt werden konnten. Mittlerweile, so die Vertrauenspersonen weiter, lägen ihnen „die zuvor vorenthaltenen, für die Anhörung relevanten Informationen vor und wir konnten sie frei von Zeitnot prüfen.“

Zur Bekräftigung ihres vorgetragenen Anspruchs auf weitere Anhörung bezogen sich die Vertrauenspersonen auf eine Entscheidung des Hamburgischen Verfassungsgerichts (Urteil vom 27. April 2007 – 4/06 –) zur Organtreue, aus der sich in bestimmten Konstellationen auch Verpflichtungen der übrigen Verfassungsorgane gegenüber einem Volksbegehren herleiten. Danach hätten sich die Staatsorgane im Verhältnis zueinander so zu verhalten, dass sie ihre verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten verantwortlich und gewissenhaft, **frei von Zeitnot** und Pressuren ausüben können (vgl. HVerfG, Urteil vom 15.12.2004, HVerfG 6/04). Weiterhin gegen die Vertrauenspersonen in ihrem Antrag auf die ablaufende Frist aus § 9 Abs. 1 AbstG ein und erklären sich mit einer Überschreitung dieser Frist einverstanden.

2. Problematische Übertragung der Zulässigkeitsmaßstäbe in Streitigkeiten über Auskunftserteilung der Regierung gegenüber dem Parlament auf Volksinitiativen

Soweit erkennbar liegt (landes-)verfassungsrechtliche Rechtsprechung, aus der sich die vom Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin evozierte Obliegenheit der Antragsteller_innen ableiten ließe, bei Geltendmachung ihres Verlangens auf Fortsetzung der Anhörung gegenüber dem anhörenden Organ oder aber jedenfalls bei Beantragung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung über die Benennung ihres Stellungnahmegegenstandes hinaus darzulegen oder jedenfalls zu skizzieren, „welche neuen Gesichtspunkte von zentraler Bedeutung sie in einer Fortsetzung oder Erneuerung der stattgefundenen Anhörung hätten vortragen wollen“ (S. 7 BA), nicht vor. Rechtsprechungshinweise sind der Eilrechtsentscheidung selbst nicht zu entnehmen. Es spricht also einiges dafür, dass der Verfassungsgerichtshof insoweit vom Bestehen gefestigter Rechtsprechung ausging.

Das Vorverfahren betreffende Obliegenheiten des Antragstellers zur Geltendmachung seines Rechts vor Anrufung des Verfassungsgerichts hat das Bundesverfassungsgericht für Organstreitverfahren jedenfalls dann angenommen, „wenn dessen Bestehen bislang nicht in Erwägung gezogen worden ist.“ (BVerfG, Beschluss vom 22. November 2011 - 2 BvE 3/08 -, BVerfGE 129, 356 <375> = juris Rn. 43) Erst dadurch werde dem tatsächlich oder vermeintlich Verpflichteten dazu Veranlassung gegeben, die Rechtslage seinerseits zu prüfen und gegebenenfalls dem Begehren des Berechtigten und damit seinen verfassungsrechtlichen Pflichten nachzukommen: „Die damit verbundene Verpflichtung, sich bereits im politischen Prozess mit der Verfassungsrechtslage zu befassen und beanspruchte Rechte zu artikulieren, stellt keine unzumutbare Belastung dar. Denn sie ist lediglich Konsequenz dessen, dass der Organstreit als kontradiktorisches Verfahren ausgestaltet ist, in dem über streitig gewordene Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten zu befinden ist (vgl. BVerfGE 20, 18 <23 f.>), und geht nicht über das hinaus, was für den Umgang zwischen Verfassungsorganen als selbstverständlich zu erwarten ist.“

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um die Rüge einer Fraktion des Deutschen Bundestages, der Bundestag hätte bei der Veräußerung von Vermögensgegenständen durch die Deutsche Bahn AG in Form eines zustimmenden Votums beteiligt werden müssen. Diese Rechtsposition war vor der verfassungsgerichtlichen Verletzungsrüge in den Ausschüssen zuvor nicht explizit vorgetragen oder gar durch entsprechende Beschlussinitiativen geltend gemacht worden. Dabei stellte das BVerfG klar, keinesfalls treffe den Antragsteller im Organstreitverfahren eine Obliegenheit, „vor der Antragstellung politische Handlungsmöglichkeiten zu ergreifen und etwa den Versuch zu unternehmen, eine Beschlussfassung des Deutschen Bundestages in seinem Sinne herbeizuführen (vgl. BVerfGE 90, 286 <338 f.>; 104, 151 <198>; vgl. auch BVerfGE 121, 135 <153>).“ Lediglich einer Rüge aus heiterem Himmel wollte der 2. Senat einen Riegel verschieben.

Diese Anforderung hat er 2017 als „Konfrontationsobliegenheit“ zur Voraussetzung des Bestehens eines Rechtsschutzbedürfnisses in Organstreitverfahren gemacht, welche die Verletzung von Auskunftsansprüchen des Parlaments bzw. von Abgeordneten gegenüber den Bundesregierung betreffen. Danach setzt das Rechtsschutzbedürfnisses das Bestehen eines für den Antragsgegner erkennbaren Konflikts voraus (BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 - 2 BvE 6/16 - Leitsatz und juris Rn. 19). In Bezug auf den Gegenstand des Verfahrens – eine vermeintlich unzureichende Antwortgebung durch die Bundesregierung auf eine kleine Anfrage – fordert das BVerfG nunmehr eine den Antragsteller vor Einleitung des Organstreitverfahrens treffende Konfrontationsobliegenheit. Danach müsse die Bundesregierung durch den Hinweis auf die (mutmaßliche) Unrichtigkeit der Antwort die Möglichkeit geben werden, die Sach- und Rechtslage ihrerseits zu prüfen und ihre Antwort gegebenenfalls zu berichtigen oder zu ergänzen.

Von dieser Zulässigkeitsanforderung in Organstreitverfahren betreffs die Verletzung des parlamentarischen Fragerechts hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin wiederholt Gebrauch gemacht (vgl. Beschluss vom 11. April 2018, - 91/17 - Rn. 21; Beschluss vom 20. März 2019 - 92/17 - juris Rn. 22). Es findet sich auch eine entsprechende Entscheidung des Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen (Urteil vom 26. Februar 2019 - St 1/18 - juris Rn. 29).

Eine Übertragung der Anforderungen zur Konfrontationsobliegenheit auf die Geltendmachung von Anhörungsrechten der Vertrauenspersonen von Volksinitiativen ist jedoch singular und erscheint mir weder verfassungsrechtlich zwingend noch ohne weiteres nachvollziehbar.

Es liegt zunächst schon nicht nahe, die Vertrauenspersonen von Volksinitiativen, einem mehr oder weniger flüchtigen Zweckbündnis von Menschen, die ohne dauerhafte Organisationsform und ohne materielle und personelle Ressourcen ein vorübergehendes Anliegen miteinander verbindet und insoweit eher Versammlungsleiter_innen ähneln, hinsichtlich der an sie gestellten prozessualen Anforderungen mit Parlamentarier_innen auf eine Stufe zu stellen, die immerhin über entsprechende, auch zeitliche Möglichkeiten verfügen, das Konfrontationsverfahren in ihrem parlamentarischen Alltag durchzuführen.

Weiterhin dürfte außer Zweifel stehen, dass die Antragsteller_innen des anhängigen Organstreitverfahrens jedenfalls den Antragsgegner zu 2 im Vorfeld ihrer Rechtswegbeschreitung hinreichend auf das Bestehen einer Organstreitigkeit aufmerksam gemacht und diesem insoweit ausreichend Gelegenheit gegeben hat, die Rechtslage seinerseits zu prüfen und gegebenenfalls dem Begehren der Berechtigten und damit seinen verfassungsrechtlichen Pflichten nachzukommen. Hierzu haben die Antragsteller_innen ihr gerühtes Recht klar benannt und ihre Forderung begründet, warum sie meinen, ergänzend zu den kurzfristig vorgelegten Gutachten und dem Rahmenvertrag Stellung nehmen zu wollen. Der Präsident des Abgeordnetenhauses hat daraufhin zu Erkennen gegeben, dass er eine weitere Anhörung nicht verlassen werde und auch kein Recht erkenne, aus dem sich die Forderung der Vertrauenspersonen ergeben könne. Den an das Rechtsschutzbedürfnis gestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen des BVerfG haben die Antragsteller_innen damit Genüge getan.

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin gelangt in seinem Beschluss vom 28. November 2018 nur deswegen zu weitergehenden Anforderung an die Konfrontationsobliegenheit der Antragsteller_innen, weil er von einer erhöhten materiellen Anforderung an die gerühte Rechtsverletzung ausgeht, über die er freilich erstmals und das auch nur vorbehaltlich entschieden hat, was für die Antragsteller_innen nicht antizipierbar war. Denn ob sich aus dem, den Vertrauenspersonen der Volksinitiative gem. Art. 61 Abs. 1 Satz 3 VvB und § 9 Abs. 1 AbstG zustehenden Anhörungsrecht in den zuständigen Ausschüssen auch ein Anspruch auf Fortsetzung oder Erneuerung einer bereits erfolgten Anhörung ergibt, ist eine materielle Frage, die der Verfassungsgerichtshof bei drohender Überschreitung der Frist aus § 9 Abs. 1 AbstG unter das Junktim stellt, dass der Verzicht auf eine Fortsetzung oder Erneuerung der Anhörung dazu führen würde, dass Inhalte und Einwendungspotenziale unbehandelt blieben, die für die Behandlung des Gegenstandes der Volksinitiative von zentraler Bedeutung sind (S. 7 der BA).

Unter Zugrundelegung dieses materiellen Maßstabes mag man es für verständlich halten, warum der Verfassungsgerichtshof sich im Eilrechtsschutzverfahren ohne die entsprechende Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des Anordnungsanspruchs nicht in der Lage sah, eine so weit reichende einstweilige Anordnung zu erlassen. Für die Zulässigkeit des Organstreitverfahrens in der Hauptsache dürfte hingegen das Unterlassen genauerer Auskünfte darüber, welche neuen Gesichtspunkte von zentraler Bedeutung die Vertrauenspersonen der Volksinitiative in einer Fortsetzung oder Erneuerung der stattgefundenen Anhörung hätten vortragen wollen, im Vorhinein der Zulässigkeit des Verfahrens nicht

entgegenstehen. Dies wäre in der mündlichen Verhandlung zu erörtern, deren Durchführung angeregt werden sollte.

3. Fehlerhafte Sachverhaltsinterpretation

Soweit der Verfassungsgerichtshof in seiner Eilrechtsentscheidung auf das oben zitierte Schreiben der Antragssteller_innen an den Präsidenten des Abgeordnetenhauses vom 20. November 2018 Bezug nimmt, und rügt, diese seien ihren Darlegungsanforderungen schon im Ansatz nicht nachgekommen, „obwohl die Volksinitiative in [diesem Schreiben] ausdrücklich mitgeteilt hat, es habe nun ‚frei von Zeitnot‘ eine Prüfung der neu gewonnenen Informationen stattfinden können“, löst er das Schreiben aus seinem Kontext und verkennt die Zielrichtung der gewählten Formulierung – ganz im Fokus seiner eigenen neuen Rechtsprechungslinie – nahezu fahrlässig. Die Formulierung der Antragsteller_innen, mit denen sie eine zeitnahe Fortsetzung der Anhörung erreichen wollten, zielte darauf ab, darzulegen, dass ihr Begehren, die kurzfristig vorgelegten Gutachten und den Rahmenvertrag einer eingehenden, auch rechtlichen Prüfung zu unterziehen, jedenfalls zum Zeitpunkt des Schreibens nicht mehr zu einer weiteren Verzögerung des Anhörungsverfahrens führen muss, wenn nur der Ausschuss alsbald eine Gelegenheit zur Fortführung oder Erneuerung der Anhörung bietet. Gemeint war also lediglich, dass für diese Prüfung keine zusätzliche Zeit mehr benötigt wird. Dabei griffen die Antragsteller_innen eine Formulierung aus der von ihnen im nachfolgenden Absatz zitierten Rechtsprechung des Hamburgischen Verfassungsgerichtshof auf, wonach aus dem Prinzip der Organtreue folge, dass sich die Staatsorgane im Verhältnis zueinander so zu verhalten haben, dass sie ihre verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten verantwortlich und gewissenhaft, frei von Zeitnot und Pressionen ausüben können (vgl. HVerfG, Urteil vom 15.12.2004, HVerfG 6/04).

Dabei trifft zunächst zu, dass die Antragsteller_innen das Ergebnis ihrer weiteren Prüfung vor Antragsrehebung vor dem Landesverfassungsgerichtshof nicht übermittelt und auch nicht angedeutet haben (vgl. S. 7 unten BA). Dies wäre im Falle der Antragstellung gegenüber dem Abgeordnetenhaus auch politisch kaum sinnvoll gewesen. Denn eine ausführliche Darlegung, der sich aus der Prüfung der Gutachten sowie des Rahmenvertrages ergebenden weiteren Erkenntnisse hätte aus Sicht der Vertrauenspersonen die Gefahr mit sich gebracht, dass der Präsident des Abgeordnetenhauses bzw. die Ausschussvorsitzenden diese Darlegungen formal aufgegriffen und in der weiteren Parlamentsdebatte als ergänzender Vortrag zur Kenntnis gegeben hätten, ohne dass die Antragsteller_innen Gelegenheit zu einer weiteren Anhörung bekommen hätten. Aus den gleichen Erwägungen schied auch eine skizzenhafte Umschreibung des weiteren Vortrages taktisch aus, den der Antragsgegner zu 2 als nicht neuen Vortrag oder aus anderen Gesichtspunkten hätte zurückweisen können. Mit anderen Worten: Es war den Vertrauenspersonen der Volksinitiative, deren ganzes Recht sich in der angemessenen Darstellung des Anliegens der Massenpetition in den zuständigen Ausschüssen erschöpft, nicht zuzumuten, ihr Pulver vor Durchführung der Anhörung zu verschießen.

Es ist allerdings keineswegs so, dass die Antragsteller_innen keine Anhaltspunkte gegeben haben, auf welche weitergehenden Gesichtspunkte sie in ihrer Anhörung hätten Bezug nehmen wollen. So führt die Antragschrift zum Organstreitverfahren, auf die im Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung Bezug genommen wurde, auf Seite 13 (c: Begründung des Antrag zu III, insofern nicht ganz standortgerecht) unter anderem mit entsprechender Begründung dazu aus, dass das Abgeordnetenhaus „nach vorläufiger

Einschätzung der Volksinitiative [...] berechtigt und verpflichtet [sei], über den Rahmenvertrag zu beschließen.“ Weiter heißt es dort: „Die Antragsgegner zu 1. und zu 2. hierüber informiert zu beraten und sie ggf. aufzufordern, ihre kompetenziellen Befugnisse in Anspruch zu nehmen, stellt einen legitimen Gegenstand weiterer Anhörung dar und verleiht dem Gebot der Organtreue gegenüber dem Antragsgegner zu 3. zusätzliches Gewicht.“

Ein Zustimmungsvorbehalt des Parlaments – egal ob dieser nun tatsächlich besteht oder nur behauptet wird – für den Abschluss des Rahmenvertrags ist durchaus ein für die Behandlung Volksinitiative beachtlicher Gesichtspunkt von zentraler Bedeutung, auf den der Verfassungsgerichtshof auch eine einstweilige Anordnung hätte stützen können.

4. Keine Änderung der Rechtsprechung bei Durchführung des Hauptsacheverfahrens zu erwarten

Während meines Erachtens über die Zulässigkeit des Organstreitverfahrens in der Hauptsache gestritten werden sollte und könnte, würde der Antrag unter Beibehaltung des verfassungsgerichtlichen Maßstabes, wonach jedenfalls unter drohender Überschreitung der Frist aus § 9 Abs. 1 AbstG eine Verpflichtung zur Fortsetzung oder Erneuerung der mündlichen Anhörung nur dann in Betracht kommt, wenn der Verzicht hierauf dazu führen würde, dass Inhalte und Einwendungspotenziale unbehandelt blieben, die für die Behandlung des Gegenstandes der Volksinitiative von zentraler Bedeutung sind, voraussichtlich nicht als begründet angesehen werden.

Die Antragsteller_innen haben den sachkundigen Rechtsanwalt Benno Reinhardt mit der Ausarbeitung einer Stellungnahme zu den Gutachten von Prof. Dr. Thorsten Beckers und Andrej Ryndin sowie von Prof. Dr. Georg Hermes und Dr. Holger Weiss und den vom Senat beschlossenen Rahmenvertragsentwurf beauftragt. Dieser legte unter dem 16. Dezember 2018 eine entsprechende Auswertung vor, die zu dem Ergebnis kommt, dass die Gutachter die bisherige Risikoanalyse der Volksinitiative im Wesentlichen bestätigen und das Land die Ergebnisse der Gutachten bei der Erarbeitung des Rahmenvertrag nicht berücksichtige (siehe Anlage).

Aus der Analyse der Gutachten leitet der Sachverständige Forderungen ab, die der aktualisierten Tatsachenlage angepasst sind, welche die Volksinitiative im Rahmen ihrer Anhörung (vgl. Wortprotokoll Haupt 18/39 und BildJugFam 18/30 vom 7. November 2018) jedoch bereits in der Sache vorgetragen hat. Damit würde unter Zugrundelegung – jedenfalls – des strengen Maßstabes des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin aus seinem Beschluss vom 28. November 2018 wohl kein „unbehandelter“ Gesichtspunkt vorgetragen, der in Folge des Verzichts auf eine Fortsetzung oder Erneuerung der Anhörung als wesentlicher Inhalt der Volksinitiative von zentraler Bedeutung nicht zur Sprache kam. Das Einwendungspotenzial des Gutachtens, dessen politisches Gewicht auch im parlamentarischen Verfahren nicht zu gering geschätzt werden sollte, erschöpft sich vor diesem strengen Maßstab in dem Einwendungspotenzial: „Die Gutachten stützen das, was wir immer gesagt haben.“ – Es ist zwar ein gewichtiges Argument, seine bisher lediglich aus den Erfahrungen mit anderen in Public-Privat-Partnership durchgeführten Projekten gespeisten und vorgetragenen Befürchtungen durch die Gutachten und die konkrete Gestaltung des Rahmenvertrags belegt zu sehen. Ein neuer, „unbehandelter“ Gesichtspunkt lässt sich dem aber wohl nicht entnehmen.

Insoweit gehe ich nicht davon aus, dass der Verfassungsgerichtshof im anhängigen Organstreitverfahren von seiner vorläufigen Rechtsauffassung abrücken und unter Zugrundelegung des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts etwa einen großzügigeren, angemessenen Maßstab findet. Hierzu sollten vom Sachverhalt her geeignetere Verfahren abgewartet werden.

II. Gehaltvolle Ansätze im Eilrechtsbeschluss

Demgegenüber enthält der Beschluss des Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin vom 28. November 2018 durchaus gehaltvolle Ansätze für materielle Rechtspositionen, die in zukünftigen Verfahrensgestaltungen zur Geltung gebracht werden können.

1. Rüge verspäteter Vorlage gegenstandswesentlicher Unterlagen

Der Verfassungsgerichtshof sieht durchaus das Problem, dass angesichts der erst kurzfristigen Vorlage von Rahmenvertrag und Gutachten wenige Stunden vor Beginn der Anhörung in den zuständigen Ausschüssen, den Antragsteller_innen nicht genügend Zeit blieb, eine vertiefte und seriöse Prüfung der Einzelheiten des Vertragsentwurfes vorzunehmen und dazu in der Ausschusssitzung vorzutragen (vgl. S. 6 BA). „Zu Recht“ hätten sie diesen Umstand gerügt. Wenn der Gerichtshof aus diesem Umstand an sich auch noch nicht ableiten wollte, dass damit das Anhörungsrecht missachtet oder verkürzt worden wäre, so heißt dies lediglich, dass dieser Umstand das Verfahren nicht schon aus formalen Gründen zu Fall bringt. Vielmehr muss sich in der Vorlageverspätung zugleich eine substantielle Verkürzung des materiellen Anhörungsrechts für die Vertrauenspersonen realisieren. Dabei lässt der Gerichtshof zwar offen, ob sich hieraus in der Rechtsfolge (auch) eine Fortsetzung oder Erneuerung der mündlichen Anhörung ableiten lässt, nicht aber dass hierin eine Missachtung oder Verkürzung des Anhörungsrechts der Vertrauenspersonen liegen kann.

2. Materieller Anspruch auf angemessene Anhörung

Der Verfassungsgerichtshof geht nach der Begründung seiner Entscheidung ganz offenbar davon aus, dass sich das Anhörungsrecht der Vertrauenspersonen einer Volksinitiative aus Art. 61 Abs. 1 Satz 3 VvB nicht in einer formalen Anhörungspflicht in den zuständigen Ausschüssen erschöpft. Dies legt bereits der Umstand nahe, dass er seine Prüfung nicht mit der Feststellung beendet (S. 6 der BA): „Von vornherein kann nicht bezweifelt werden, dass der Anhörungspflicht in formaler Hinsicht dadurch entsprochen worden ist, dass der Hauptausschuss und der Ausschuss für Bildung, Jugend und Familie in ihrer gemeinsamen Sitzung vom 7. November 2018 den Vertrauenspersonen Gelegenheit zur Stellungnahme und in diesem Zusammenhang Gelegenheit zur mündlichen Darlegung der Argumente der eingereichten schriftlichen Stellungnahme gegeben haben. Folglich besteht insoweit kein Defizit.“

Die weiteren Ausführungen legen jedoch nahe, dass der Verfassungsgerichtshof in der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren allein möglich summarischen Prüfung jedenfalls eine materielle Kehrseite der Anhörungspflicht anerkennt, aus der sich unter bestimmten Umständen auch der Anspruch auf Fortsetzung oder Erneuerung der Anhörung ergeben kann.

Soweit er mit Blick auf die Frist des § 9 Abs. 1 AbstG grundsätzliche Zweifel an dieser Möglichkeit erwägt, wenn dadurch die Befassungsfrist überschritten zu werden droht, hält er dies jedenfalls dann für möglich, wenn ohne dem Inhalte und Einwendungspotenziale unbehandelt blieben, die für die Behandlung des Gegenstandes der Volksinitiative von zentraler Bedeutung sind. Damit räumt er der Volksinitiative folglich einen Anspruch auf angemessene und umfassende Darstellung ihres Anliegens vor den zuständigen Ausschüssen des Abgeordnetenhauses ein. Das Vorbringen des Antragsgegners zu 2. in seiner Stellungnahme von 21. Dezember 2018, S. 4 f., wonach es abgesehen von der Pflicht zur Anhörung der Vertrauenspersonen keine grundsätzlichen Unterschiede zwischen diesen und sonstigen Anzuhörenden im Rahmen der parlamentarischen Arbeit gebe, bleibt insoweit hinter der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zurück.

Dies dürfte im Übrigen der Verfassungslage gerecht werden, innerhalb der die in § 9 Abs. 1 AbstG festgelegte Frist in erster Linie als Schutz der Vertrauenspersonen und damit der Volksinitiative vor Verschleppung ihres Anliegens und der Flucht des Parlaments in die Diskontinuität zu verstehen sein dürfte und deren Statuierung durch einfaches Gesetz einem materiell aus Art. 61 Abs. 1 Satz 3 VvB folgenden Anhörungsanspruch jedenfalls nicht entgegen gehalten werden könnte.

Insofern darf die Frist in § 9 Abs. 1 AbstG wohl nur als Abwägungsgesichtspunkt, nicht aber als Ausschlussfrist einem weitergehenden Anspruch auf Anhörung entgegen gehalten werden.

3. Was der Verfassungsgerichtshof nicht problematisiert

Hoffnungsvoll stimmt schließlich auch, wozu die Antragsgegner zwar umfassend vorgetragen, der Verfassungsgerichtshof aber nichts problematisiert hat. Die Antragsgegner haben geltend gemacht, die kurzfristig vorgelegten Gutachten und der Rahmenvertrag zur Schulbauoffensive hätten gar nicht zum Gegenstand der Volksinitiative gemacht werden können, weil diese zum Zeitpunkt der Sammlung der Unterschriften noch gar nicht vorgelegen hätten. Diese Argumentation, die unterstellt, dass Gegenstand der Anhörung nur sein könne, was von den Einwohner_innen auch unterschrieben wurde, ist nicht haltbar und wird folglich auch vom Verfassungsgerichtshof nicht problematisiert. Nachträgliche Erweiterungen des Anhörungsgegenstandes sind damit bei später auftauchenden Tatsachen für den inhaltlichen Umfang des Anhörungsrechts weiterhin zu berücksichtigen. Und das ist auch gut so.

III.

Nach alledem empfehle ich, die Anträge im Hauptsacheverfahren zurück zu nehmen.

Mit kollegialen Grüßen

Michael Plöse
Rechtsanwalt

Anlage: - Stellungnahme von Rechtsanwalt Reinhardt vom 16. Dezember 2018

Volksinitiative „Unsere Schulen“
Gemeingut in BürgerInnenhand
Weidenweg 37
10249 Berlin

Tel.: 05441/ 995 995 9
Fax: 05441/ 995 995 5
Handy: 0160 / 91 97 07 87

Mail: benno.reinhardt@t-online.de

Termine nach Vereinbarung

Ihre Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen, unsere Nachricht vom

Datum
16.12.2018

Volksinitiative „Unsere Schulen“

Gutachter bestätigen Volksinitiative:

Zur Berliner Schulbauoffensive hat der Senat im September 2018 – vorgelegt im November 2018 - zwei Rechtsgutachten von

- Prof. Dr. Thorsten Beckers und Andrej Ryndin
- Prof Dr. Georg Hermes und Dr. Holger Weiss

eingeholt.

Die Volksinitiative „Unsere Schulen“ hat mich gebeten eine Stellungnahme abzugeben. Ich komme zu dem Ergebnis,

dass die Gutachter die bisherige Risikoanalyse der Volksinitiative im Wesentlichen bestätigen.

Das Land hat die Ergebnisse des Gutachtens dagegen bei der Erarbeitung des Rahmenvertrag nicht berücksichtigt.

1. Privatisierung

Eine Privatisierung wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur umfassend diskutiert. Man unterscheidet zwischen materieller und formeller sowie funktioneller Privatisierung. Bei der formellen Privatisierung wird die öffentliche Aufgabe – hier der Schulbau – auf eine private

Gesellschaft übertragen. Die Gesellschaftsanteile werden hierbei von der öffentlichen Hand gehalten. Bei der materiellen Privatisierung werden öffentliche Aufgaben vollständig auf einen privaten Träger übertragen, der Staat zieht sich zurück. Die funktionelle Privatisierung ist ein Oberbegriff über viele Formen der Öffentlichen – Privaten Partnerschaft (ÖPP). Private und Öffentliche kooperieren miteinander und erledigen die öffentliche Aufgabe gemeinsam.

Die Gutachter kommen zu einem ähnlichen Ergebnis. Es handele sich bei der vorgesehenen Zusammenarbeit zwischen der HOWOGE und dem Land um eine formelle Privatisierung, weil der Schulbau durch eine private GMBH erfolge (Hermes Seite 16). Was die Art und Weise der Aufgabenerfüllung angeht, so enthält das Modell – so die Gutachter weiter - zugleich gewisse Elemente der funktionalen Privatisierung (Hermes, Seite 17).

Dies bedeutet, dass die HOWOGE nicht nur als „Verlängerung“ einer staatlichen Behörde auftritt, sondern zugleich als gewinnorientiertes und am Markt tätiges Unternehmen.

Forderung: Der Senat und die Bezirke werden aufgefordert, die Schulbauoffensive und den Rahmenvertrag ehrlich als Privatisierung zu benennen und die Täuschung der Bürger insoweit zu beenden.

2. Zuständigkeit Bezirke

Die Volksinitiative hat immer die Rechtsauffassung vertreten, dass der Senat für den Abschluss des Rahmenvertrages nicht zuständig ist. Aus der Verfassung des Landes Berlin, dem Schulgesetz und dem allgemeinen Gesetz über die Zuständigkeiten des Landes ergibt sich die Kompetenz und Pflicht der Bezirke den Schulbau in eigener Verantwortung zu erledigen. In eigener Verantwortung bedeutet, dass andere Behörden nicht zuständig sind, es gibt keine überlappende Zuständigkeit des Landes für den Schulbau. Eine Amtshilfe ändert an dieser Aufgabenverteilung nichts. Amtshilfe bedeutet lediglich, dass das Land den Bezirken bei der Erfüllung der Aufgaben durch Personal oder Sachleistungen hilft.

Die Gutachter kommen zu dem gleichen Ergebnis (Hermes, Seiten 10 bis 15).

Forderung: Der Senat und die Bezirke werden aufgefordert, die Zuständigkeit der Bezirke vollumfänglich anzuerkennen. Den Bezirken ist daher ausreichend Zeit für die Beurteilung des Rahmenvertrages einzuräumen. Kein Bezirk darf benachteiligt werden, wenn er - wie Reinickendorf – den Rahmenvertrag nicht unterzeichnet. Die aus dem Landeshaushalt vorgesehenen Mittel, müssen den Bezirken so oder so zur Verfügung stehen.

3. Keine Kostenbremse in den Mietverträgen und Mehrkosten

Der Rahmenvertrag ist so konzipiert, dass die Bezirke der HOWOGE sämtliche Kosten über die Mieten erstatten. Die HOWOGE baut, finanziert und betreibt in eigener Verantwortung auf Kosten Dritter, auf Kosten des Landes. Eine Deckelung der Kosten ist erst nach dem Bau und der Abrechnung der Schulbauprojekte vorgesehen. Bis dahin kann die HOWOGE ohne jedes Risiko bauen und finanzieren. Die Konstruktion, dass eine juristische Person baut und eine andere bezahlt, ist von vorneherein ungeeignet, Kosten zu begrenzen. Die Kosten werden – wie beim BER – explodieren, ohne dass die Bezirke Eingriffsmöglichkeiten erhalten.

Die Gutachter geben der Volksinitiative im Ergebnis recht. Sie bezeichnen die vereinbarte Vergütungsstruktur als „Durchreichungsregime“ (Beckers, Seite 21). Eine harte, aber richtige Bezeichnung für den ausgehandelten Vertrag. Es sei von höchster Bedeutung, dass das Land Berlin durch Maßnahmen der Steuerung und Kontrolle der Aktivitäten der HOWOGE dafür sorgt, dass diese dabei wirtschaftlich agiert. Die Gutachter glauben offensichtlich selbst nicht an diese Kontrollmöglichkeiten: Ein Vergleich mit dem in der Vergangenheit und im Status quo angewendeten traditionellen Ansatz der Organisation und Finanzierung von Schulbauvorhaben in Berlin deutet darauf hin, dass das HOWOGE – ÖÖP – Modell mit gewissen Mehrkosten einhergehen dürfte (Beckers, Seite 28).

Man kann es auch anders ausdrücken. Der Vertrag ist eine Bankrotterklärung. Privatisierung folgt üblicherweise dem Gedanken, Geld zu sparen. Hier bestätigen die Gutachter des Landes dem Land, dass die Kosten wegen des Rahmenvertrages steigen.

Forderung: Die Bezirke sollen den Rahmenvertrag höchstens dann unterzeichnen, nachdem sichergestellt ist, dass die Mietzahlungen in der Höhe feststehen und angemessen sind. Hierzu ist der Rahmenvertrag zu ändern.

4. Risiko Weiterverkauf

Das zentrale Anliegen der Volksinitiative ist, dass die Schulen auf Dauer im öffentlichen Eigentum und in der öffentlichen Verwaltung des Landes und der Bezirke verbleiben. Bei den Schulen handelt es sich um Investitionen, die der Daseinsvorsorge dienen. Die HOWOGE schließt mit den Bezirken Mietverträge, die für die HOWOGE fast jedes Risiko ausschließen und üppige Mieten garantieren. Entsprechend interessant sind die Schulen zukünftig für Finanzinvestoren, die sich hohe Renditen versprechen, wenn sie der HOWOGE einzelne oder alle Schulen abkaufen. Kauf bricht nicht Miete. Die Bezirke zahlen die Miete danach an die Investoren. Politische Absichtserklärungen, die heute versprochen werden, sind bei einem Verkauf wertlos. Es genügt, wenn nur ein Senat in den nächsten 30 Jahren es für politisch nützlich hält, die Schulen zu verkaufen, dann wird der Weiterverkauf der Schulen vereinbart.

Die Gründe können vielfältig sein, ein Gefallen an die Finanzbranche oder ein angeblich hoher Erlös für den Landeshaushalt, siehe Berliner Wasserbetriebe.

Die Gutachter bestätigen die Befürchtungen der Volksinitiative. Sie differenzieren richtigerweise zwischen dem Verkauf einzelner Schulen und dem Verkauf der HOWOGE selbst. Der Verkauf einzelner Schulen ist möglich (Hermes, Seite 25). Es sei aber nicht wahrscheinlich, weil die geplanten Erbbaurechte das Interesse der Finanzinvestoren an den Schulen und Grundstücken verringern. Anders sieht es aber mit einem Verkauf der Gesellschaftsanteile der HOWOGE aus. Diese können zum Teil oder vollständig auf Dritte übertragen werden. Eine Beteiligung an der HOWOGE ist zivilrechtlich möglich und auch öffentlich – rechtlich nicht ausgeschlossen (Hermes, Seite 25). Es gäbe (lediglich) einen Parlamentsvorbehalt (Hermes, Seite 24). Dies bedeutet, dass jede wie auch immer gefundene Mehrheit im Parlament die vollständige Veräußerung der HOWOGE mit einfacher Mehrheit beschließen kann. Eine geringere Beteiligung Dritter – wohl bis zu 49 % der Anteile – ist dagegen offensichtlich bereits durch einfachen Beschluss des Verwaltungsbeirates der HOWOGE möglich (vgl. Hermes, Seite 24). Im Ergebnis kann daher der Verwaltungsbeirat der HOWOGE am Parlament vorbei Anteile an den Schulen, veräußern. Eine wirksame Veräußerungssperre kann dagegen nur durch eine Änderung der Landesverfassung eingeführt werden (vgl. Hermes, Seite 24). Denkbar seien ferner vertragliche Privatisierungsbremsen, z.B. eine Kündigungsmöglichkeit des Rahmenvertrages, wenn Teile der HOWOGE verkauft werden (Hermes, Seite 25).

Forderung: Die Bezirke sollen den Rahmenvertrag höchstens dann unterzeichnen, wenn ausreichende gesetzliche und im Zusammenhang mit der Unterzeichnung des Rahmenvertrages vertragliche Regelungen geschaffen wurden, die einen Verkauf der Anteile der HOWOGE an private Investoren vollumfänglich verhindern. Der Rahmenvertrag ist entsprechend zu ändern.

5. Keine Insolvenzversicherung

Die Volksinitiative hat immer darauf hingewiesen, dass die HOWOGE als privatwirtschaftliche GmbH dem Insolvenzrecht unterliegt. Es muss daher ausgeschlossen sein, dass die Schulen im Fall der Insolvenz der HOWOGE an Dritte, z.B. Finanzinvestoren, veräußert werden.

Die Gutachter wollen das Insolvenzrisiko im Rahmen des vorgelegten Gutachtens nicht abschließend beurteilen, hierzu sei die Kenntnis weiterer Verträge, insbesondere der geplanten Forfaitierung erforderlich (Hermes, Seite 21). Mit der Wahl der geplanten Rechtsform gehe aber zwangsläufig die Möglichkeit der Insolvenz einher (Hermes, Seite 21), daher empfehlen sie Maßnahmen zur Risikoreduzierung (Hermes, Seite 22).

Forderung: Die Bezirke werden aufgefordert in dieser zentralen Frage, darauf zu drängen, dass der Senat ein ergänzendes Gutachten – so wie es die

bisherigen Gutachten implizit nahelegen – einholt. Der Rahmenvertrag ist dann so zu ändern, dass die Insolvenz der HOWOGE zu einem automatischen Rückfall der Schulen auf die Bezirke führt.

6. Zuständigkeit Abgeordnetenhaus

Der Rahmenvertrag beinhaltet nicht nur das Recht der HOWOGE zum Bau und zur Finanzierung der Schulbauten, er enthält auch konkrete Pflichten des Landes und der Bezirke. Die Bezirke müssen für einen Zeitraum von 25 Jahren Mieten an die HOWOGE überweisen. Nach dem Konzept des Landes sind diese Mietzahlungen auch dann zu leisten, wenn die HOWOGE ihren Vermieterpflichtungen nicht nachkommt. Die Bezirke sollen – vereinfacht dargestellt -, die Mieten direkt an die den Schulneubau finanzierenden Kreditinstitute zahlen und den Banken gegenüber auf den Einwand der Schlechtleistung der HOWOGE verzichten (siehe Präambel Rahmenvertrag). Ein solcher Forfaitierungsvertrag ist – anders als ein Mietvertrag – für das Land Berlin ein kreditähnliches Geschäft. Das Land Berlin haftet den Kreditgebern gegenüber für 25 Jahre unabhängig von der Leistungserbringung der HOWOGE, weil es auf die Einreden der Schlechterfüllung und Nichterfüllung verzichtet (siehe § 6 Ziffer 4 Rahmenvertrag). Ein solches Geschäft ist kein Geschäft der laufenden Verwaltung. Es berührt und beeinträchtigt das Budgetrecht des Parlaments für 25 Jahre. Nur das Abgeordnetenhaus ist nach vorläufiger Einschätzung daher berechtigt und verpflichtet, über den Rahmenvertrag zu beschließen. Dieser Beschluss hat zu einem Zeitpunkt zu erfolgen, zu dem die kreditähnlichen Belastungen annähernd sicher feststehen, also nach Ausarbeitung des Rahmenvertrages, vor Unterschrift durch die zuständigen Senatoren und Bezirke. Ein solcher Beschluss liegt nicht vor. Das Parlament hat sich mit der Volksinitiative befasst, nicht aber mit dem Rahmenvertrag selbst. Der Rahmenvertrag verstößt daher gegen ein Gesetz und ist zivilrechtlich (schwebend) unwirksam, § 134 BGB. Die Gutachter haben dies nicht geprüft.

Forderung: Die Bezirke sollen erst unterzeichnen, nachdem das Abgeordnetenhaus über den Rahmenvertrag selbst entschieden hat. Ggf. soll ein juristisches Gutachten über die zivilrechtliche Wirksamkeit des Rahmenvertrages eingeholt werden.

Benno Reinhardt

(Rechtsanwalt)