

17. Wahlperiode

Bericht

des Sonderausschusses „Wasserverträge“ des Abgeordnetenhauses von Berlin – 17. Wahlperiode –

In Durchführung des vom Abgeordnetenhaus in seiner 4. Sitzung am 1. Dezember 2011 gefassten Beschlusses wird der Bericht des Sonderausschusses – 17. Wahlperiode – vorgelegt.

Berlin, den 14. Dezember 2012

Der Vorsitzende
des Sonderausschusses „Wasserverträge“
– 17. Wahlperiode –

Claudio J u p e

Inhaltsüberblick

Seite

1. Teil: Bericht des Sonderausschusses „Wasserverträge“

A. Verfahrensteil.....	1
B. Chronologie der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe	9
C. Der Auftrag des Sonderausschusses „Wasserverträge“	13
D. Durchführung des Auftrags.....	15
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	57
Anhang: Abkürzungsverzeichnis	61

2. Teil: Abweichende Berichte der Fraktionen

Abweichender Bericht der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Abweichender Bericht der Fraktion Die Linke

Abweichender Bericht der Piratenfraktion

**1. Teil:
Bericht des
Sonderausschusses „Wasserverträge“**

Gliederung

A. Verfahrensteil	1
I. Einsetzung des Sonderausschusses	1
II. Personelle Zusammensetzung und Ausstattung des Sonderausschusses	1
1. Mitglieder des Sonderausschusses	1
2. Ausstattung des Sonderausschusses	2
III. Ablauf des Verfahrens – Konstituierung und Verfahrensregeln	2
IV. Sachermittlung	6
1. Schriftliche Unterlagen / Vertragsdokumente	6
a) Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe	6
b) Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH	6
2. Gutachten und Stellungnahmen	6
3. Anhörungen	7
V. Abschlussbericht	8
B. Chronologie der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe	9
C. Der Auftrag des Sonderausschusses „Wasserverträge“	13
D. Durchführung des Auftrags	15
I. Offenlegung der Verträge (§§ 1, 2 Offenlegungsgesetz)	15
II. Öffentliche Prüfung und Aussprache (§ 3 Satz 2 Offenlegungsgesetz)	16
1. Prüfung verfassungsrechtlicher Fragen	16
a) Wirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages?	17
aa) Verstoß von § 23.7 des Konsortialvertrages gegen Art. 87 Abs. 1 VvB?	17
bb) Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages gemäß § 134 BGB?	20
cc) Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages gemäß § 138 BGB?	22
dd) Gesamtnichtigkeit des Konsortialvertrages nach § 139 BGB?	23
ee) Fragen der Durchsetzbarkeit (Zuständigkeit/Klagefrist)	24
ff) Stellungnahme des Ausschusses	25
b) Verstoß der Konstruktion der Teilprivatisierung gegen das Demokratieprinzip?	25
aa) Legitimation der Unternehmensführung in personeller und sachlich-inhaltlicher Hinsicht	28
(1) Legitimation des Handelns des BWB-Vorstands	28

(2) Legitimation des Handelns des BWB-Aufsichtsrates	33
(3) Legitimation des Handelns der Holding	34
bb) Stellungnahme des Ausschusses	36
2. Europarechtliche Fragen	37
a) § 23.7 des Konsortialvertrages als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV?	37
aa) Argumentationen	37
bb) Stellungnahme des Ausschusses	40
aa) Argumentationen	40
bb) Stellungnahme des Ausschusses	41
3. Feststellungen zur Tarifentwicklung seit der Teilprivatisierung	41
a) Ursprüngliche vertragliche Konstruktion der Tarifbemessung und ihre Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof	41
b) Tarifentwicklung auf Grundlage der seit 2003 geltenden Regelungen	43
c) Das Kartellverfahren zu den Wasserpreisen	47
aa) Grundzüge des kartellrechtlichen Verfahrens	47
bb) Position des Ausschusses	50
III. (Rück-)Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH durch das Land Berlin und Perspektiven danach	51
1. Zum (Rück-)Erwerb der RWE-Anteile	51
2. Perspektiven nach dem (Rück-)Erwerb der RWE-Anteile	54
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	57
Anhang: Abkürzungsverzeichnis	61

A. Verfahrensteil

I. Einsetzung des Sonderausschusses

Das Abgeordnetenhaus von Berlin – 17. Wahlperiode – hat in seiner 4. Sitzung am 1. Dezember 2011 folgenden Beschluss gefasst:

„Einsetzung eines Sonderausschusses ‚Wasserverträge‘

I.

Das Abgeordnetenhaus von Berlin richtet gemäß Artikel 44 Abs. 1 und 2 der Verfassung von Berlin in Verbindung mit § 20 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses von Berlin einen Sonderausschuss ein, der die ‚Umsetzung des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe‘ vom 4. März 2011 begleiten und vorantreiben soll. Insbesondere soll der Ausschuss die Prüfungen nach § 3 Satz 2 des Gesetzes durchführen.

II.

Der Ausschuss besteht aus neun Mitgliedern (3 Mitglieder der Fraktion der SPD, 2 Mitglieder der Fraktion der CDU, 2 Mitglieder der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, 1 Mitglied der Fraktion Die Linke, 1 Mitglied der Piratenfraktion) sowie deren Stellvertretern und Stellvertreterinnen.

III.

Die Arbeit des Sonderausschusses ist bis zum 31. Dezember 2012 befristet.“

Der Sonderausschuss unterliegt aufgrund des Einsetzungsbeschlusses den Regelungen für Fachausschüsse (Art. 44 Abs. 1 und 2 VvB i.V.m. § 20 Abs. 2 GO Abghs). Die besonderen Regelungen für Untersuchungsausschüsse und Enquete-Kommissionen finden keine Anwendung.

II. Personelle Zusammensetzung und Ausstattung des Sonderausschusses

1. Mitglieder des Sonderausschusses

Für die Fraktion der SPD:

Heinemann, Sven

Karsten, Nikolaus (Sprecher)

Nolte, Karlheinz

Für die Fraktion der CDU:

Hausmann, Dr. Hans-Christian (Sprecher)

Jupe, Claudio (Vorsitzender)

Für die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen:

Kosche, Heidi (Sprecherin)

Schmidberger, Katrin

für Katrin Schmidberger ab Mai 2012:

Bayram, Canan

Für die Fraktion Die Linke:

Lederer, Dr. Klaus

Matuschek, Jutta (beratend)

Für die Piratenfraktion:

Claus-Brunner, Gerwald

Höfinghoff, Oliver (beratend)

für Oliver Höfinghoff ab Juli 2012:

Morlang, Alexander (beratend)

2. Ausstattung des Sonderausschusses

Die den Sonderausschuss in organisatorischer und wissenschaftlicher Hinsicht unterstützende Geschäftsstelle bestand zunächst aus einer Volljuristin und einer Verwaltungsangestellten und wurde im Mai 2012 durch einen zweiten Volljuristen zur Anfertigung des Berichtsentwurfs und für wissenschaftliche Zuarbeit ergänzt.

Sächliche Mittel (z. B. für Reisekosten der Anzuhörenden, Kosten für Beauftragung von Gutachten) standen entsprechend den allgemeinen Regeln für die Ausschussarbeit im Abgeordnetenhaus von Berlin nach Maßgabe des Haushaltsplanes zur Verfügung.

III. Ablauf des Verfahrens – Konstituierung und Verfahrensregeln

Der Sonderausschuss trat am 6. Januar 2012 zu seiner konstituierenden Sitzung zusammen und wählte den Abgeordneten Herrn Claudio Jupe (CDU) zum Vorsitzenden, den Abgeordneten Herrn Sven Heinemann (SPD) zum stellvertretenden Vorsitzenden, den Abgeordneten Herrn Karlheinz Nolte (SPD) zum Schriftführer und den Abgeordneten Herrn Dr. Hans-Christian Hausmann (CDU) zum stellvertretenden Schriftführer.

Für die Verfahrensweise des Sonderausschusses wurden einvernehmlich folgende Verfahrensregeln vereinbart:

„I. Allgemeine Regelungen

1. Bezeichnung

Die Bezeichnung des Sonderausschusses lautet: Sonderausschuss „Wasserverträge“.

2. Sitzungstermin

Freitag in der Vorplenarwoche, 12:00 Uhr

3. Öffentlichkeit der Sitzungen

Der Ausschuss tagt grundsätzlich öffentlich.

4. Sitzungsdauer

Die Sitzungsdauer soll maximal zwei bis drei Stunden betragen.

5. Aktuelle Viertelstunde

Eine Aktuelle Viertelstunde wird nicht durchgeführt.

6. Tagesordnung der nächsten Sitzung

Gemäß § 25 Abs. 3 GO Abgeordnetenhaus beruft der Ausschussvorsitzende oder – im Falle seiner Verhinderung – der stellvertretende Vorsitzende den Ausschuss unter Angabe der Tagesordnung ein. Eine vorhergehende Abstimmung der Tagesordnung mit den Sprecher/-innen der Fraktionen findet statt.

7. Protokollierung

Der Ausschuss vereinbart, dass neben den Beschlussprotokollen von allen Sitzungen Wortprotokolle angefertigt werden sollen. Der Vorsitzende wird den Präsidenten schriftlich um entsprechende Genehmigung bitten.

8. Anwesenheitsliste

Die Anwesenheitsliste wird nach Beschluss des Ältestenrats eine halbe Stunde nach Sitzungsbeginn eingezogen. Spätere Eintragungen sind nur bei mandatsbedingter Verspätung und mit Zustimmung des Vorsitzenden zulässig.

[...]

9. Gebrauch von Handys

Der Gebrauch von Handys während der Sitzung soll unterbleiben.

10. Verteilung der eingehenden Post

Post, die an den Vorsitzenden gerichtet ist, aber den Ausschuss als Ganzes betrifft, wird entweder an alle Ausschussmitglieder oder ausschließlich an den Vorsitzenden und die Sprecherinnen und Sprecher der Fraktionen verteilt.

11. Umgang mit Petitionen

Schreiben, die an diesen Ausschuss gerichtet sind, materiell aber Petitionen enthalten, werden gemäß § 4 Abs. 1 des Petitionsgesetzes an den Petitionsausschuss weitergeleitet.

Der Vorsitzende und die Sprecherinnen und Sprecher erhalten nachrichtlich Kopien.

Grundsätzlich dürften diesem Ausschuss keine Petitionen zugeleitet werden. Bittet der Pe-

titionsausschuss dennoch um Stellungnahme gemäß § 4 Abs. 5 des Petitionsgesetzes, gilt folgendes Verfahren:

Die Fraktionen stellen in der Reihenfolge ihrer Stärke reihum für die Petitionen eine Berichterstatterin oder einen Berichterstatter, die oder der in einem nichtöffentlichen Sitzungsteil den Sachverhalt sowie den Entwurf einer Stellungnahme an den Petitionsausschuss vorträgt.

II. Besondere Regelungen

1. Beratende Mitglieder

Die Fraktionen mit nur einem Vollmitglied haben beratende Mitglieder benannt. Für sie gilt:

Die gegenüber dem Präsidenten oder dem Ausschussvorsitzenden benannten – ständigen – beratenden Mitglieder haben Rede- und Fragerecht in den Ausschusssitzungen. Stimmrecht haben sie nicht. Eine Anwesenheitspflicht besteht nicht.

2. Teilnahme von Mitgliedern des Senats

Der Ausschuss erwartet die Teilnahme der zuständigen Senatsverwaltungen an den Sitzungen.

3. Arbeitsunterlagen

Angeforderte Unterlagen erhalten:

- die Mitglieder des Sonderausschusses,
- die benannten beratenden Mitglieder des Sonderausschusses,
- die Mitarbeiter/-innen der Fraktionen im Sonderausschuss und
- das Ausschussbüro,

[...]

Sofern der Umfang eines angeforderten Aktenstücks eine Vervielfältigung nicht zulässt, steht es den Mitgliedern, den beratenden Mitgliedern und den Mitarbeiter/-innen der Fraktionen im Sonderausschuss zur Einsichtnahme im Ausschussbüro zur Verfügung.

Die den Ausschussmitgliedern von einer Behörde als Arbeits-, Beratungs- oder Beweismaterial zur Verfügung gestellten Unterlagen werden nach Abschluss der Ausschussarbeit an die herausgebende Stelle zurückgegeben, soweit dies gewünscht wird. Dies bezieht sich sowohl auf Originalunterlagen als auch auf Kopien, Ausfertigungen etc.

4. Information der Medien

Die Unterrichtung der Presse und der Informationsmedien erfolgt gemäß § 26 Abs. 5 Satz 6 GO Abghs durch den Vorsitzenden. Hierbei werden die Sprecherinnen und Sprecher der Fraktionen beteiligt. Pressekonferenzen werden gemeinsam durchgeführt.

5. Foto-, Film- und Tonaufnahmen

In öffentlichen Sitzungen sind Film- und Fotoaufnahmen nur mit Zustimmung des Ausschusses zulässig. Bei Anhörungen sind sie nur mit Zustimmung der Anzuhörenden gestattet. Die entsprechende Zustimmung soll vor der Sitzung abgefragt werden.

Bei nichtöffentlichen Sitzungen sind Aufnahmen der Medien nur bis zur Eröffnung der Sitzung zulässig.

Live-Übertragungen sind generell nicht gestattet.

6. Anträge der Fraktionen

Alle Anträge der Fraktionen sind unter Bezugnahme auf den betreffenden Komplex des durch das Plenum festgelegten Auftrags schriftlich über das Ausschussbüro an den Vorsitzenden des Sonderausschusses zu richten. Die Anträge müssen substantiiert sein und zustellfähige Angaben enthalten, wenn Anzuhörende geladen werden sollen.

Die Anträge sollen spätestens zwei Arbeitstage vor einer Ausschusssitzung im Ausschussbüro eingehen, damit eine geordnete Verteilung in die Fächer der Ausschussmitglieder möglich ist.

7. Vertrauliche Sitzungen

Für vertrauliche Verhandlungsgegenstände gilt § 53 der Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses.

8. Geheimschutz

Sofern dies erforderlich ist, kann für Sitzungen und für Unterlagen die Stufe VS-vertraulich oder höher festgelegt werden (§ 54 GO Abghs).

[...]

Ergänzende Regelung zum Umgang mit vertraulichen Unterlagen:

In seiner vierten Sitzung am 16. März 2012 fasste der Ausschuss ergänzend folgenden Beschluss über den Umgang mit vertraulichen Unterlagen:

„Wird dem Sonderausschuss ‚Wasserverträge‘ ein Dokument zugeleitet, das als vertraulich eingestuft ist, gilt folgendes Verfahren: Der Vorsitzende verständigt sich auf Veranlassung der Sprecher/innenrunde mit der Stelle, die die Klassifizierung vorgenommen oder veranlasst hat, darüber, ob die Vertraulichkeit des Dokuments weiterhin bestehen muss.“¹

¹ Beschlussprotokoll 17/4 vom 16. März 2012, S. 4.

IV. Sachermittlung

1. Schriftliche Unterlagen / Vertragsdokumente

a) Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

Dem Sonderausschuss lagen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe folgende Unterlagen vor, die dem Abgeordnetenhaus mit der Vorlage – zur Beschlussfassung – „Umsetzung des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“ (Drucksache 17/0055, alt 16/4112) vom Senat übermittelt wurden und die das Plenum an den Sonderausschuss zur Beratung überwiesen hat:

- der zwischen dem Land Berlin, der RWE Umwelt AG, der Vivendi S. A., der RWE Aqua GmbH, der Compagnie Générale des Eaux Deutschland GmbH, der RWE/Vivendi BeteiligungsAG und der Berlinwasser AG geschlossene Konsortialvertrag samt Anlagen und Änderungsvereinbarungen (vom 6. Januar 2000, 20. Dezember 2000, 14. Juni 2001, 20. Dezember 2002, 24. Oktober 2003 und 5. Februar 2008).²
- Closing-Protokoll der Sitzung über den Vollzug des Konsortialvertrages am 29. Oktober 1999 samt Anlagen.

b) Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH

Des Weiteren wurde dem Abgeordnetenhaus mit der Vorlage – zur Beschlussfassung – „über den Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH“ vom Senat der Unternehmenskaufvertrag zwischen der RWE Aqua GmbH, RWE Aktiengesellschaft und dem Land Berlin vom 18. Juli 2012 samt Anlagen übermittelt.

Diese Vorlage – zur Beschlussfassung – wurde gemäß § 38 Abs. 1 GO Abghs als Vermögensgeschäft unmittelbar an den für die Vermögensverwaltung zuständigen Ausschuss überwiesen. Da die Unterlagen allen Abgeordneten zugänglich gemacht wurden, konnten jedoch auch die Mitglieder des Sonderausschusses Einblick in sämtliche Dokumente nehmen. Der Unternehmensvertrag selbst wurde auch auf der Internetseite der Senatsverwaltung für Finanzen veröffentlicht.

Darüber hinaus wurden Fragenkataloge der Fraktionen im Sonderausschuss zu dem Rück-erwerb schriftlich durch den Senat beantwortet.

2. Gutachten und Stellungnahmen

Der Sonderausschuss beauftragte die folgenden beiden Gutachten beim Wissenschaftlichen Parlamentsdienst des Abgeordnetenhauses:

- a) Gutachten zum Leitfaden „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung“ vom 31. Mai 2012 (aufgrund des Beschlusses des Sonderausschusses in seiner 4. Sitzung vom 16. März 2012)

² Diese Vertragsdokumente sind auch im Amtsblatt für Berlin (Sonderdruck zur Bekanntmachung im Amtsblatt für Berlin Nummer 7 vom 17. Februar 2012 [ABl. S. 226]) veröffentlicht.

- b) Gutachten zur Vereinbarkeit der im Rahmen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe abgeschlossenen Konsortialverträge, ihrer Anlagen und Änderungen mit dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Budgethoheit des Parlaments vom 17.08.2012 (aufgrund des Beschlusses des Sonderausschusses in seiner 4. Sitzung vom 16. März 2012)

Des Weiteren lag dem Sonderausschuss der „Juristische Leitfaden: ‚Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung‘“ des Arbeitskreises unabhängiger Juristen (AKJ) vom 1. Februar 2012 vor.

3. Anhörungen

In 16 öffentlichen Sitzungen des Sonderausschusses wurden folgende Personen angehört:

Liste der Angehörten im Sonderausschuss „Wasserverträge“:

Bangard, Annette	Beisitzerin der 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes (7. Sitzung am 11.05.2012)
Bender, Michael	Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, Trägerin des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ (2. Sitzung am 17.02.2012)
Bruckmann, Frank	Finanzvorstand der Berliner Wasserbetriebe (BWB) (5. Sitzung am 30.03.2012)
Engelsing, Dr. Felix	Vorsitzender der 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes (7. Sitzung am 11.05.2012)
Finkenthei, Sabine	Arbeitskreis unabhängiger Juristen (AKJ) (9. Sitzung am 08.06.2012)
Heinrich, Rainer	Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, Trägerin des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ (3. Sitzung am 02.03.2012)
Keßler, Prof. Dr. Jürgen	Professor für Deutsches, Europäisches und Internationales Handels-, Gesellschafts-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der HTW Berlin; Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, Trägerin des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ (6. Sitzung am 04.05.2012)
Schermer, Gerlinde	Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, Trägerin des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ (2. Sitzung am 17.02.2012)
Mayer, Prof. Dr. Franz C.	Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik an der Universität Bielefeld (9. Sitzung am 08.06.2012)
Musil, Prof. Dr. Andreas	Juristische Fakultät der Universität Potsdam (10. Sitzung am 24.08.2012)
Sydow, Olav	Rechtsanwalt, Arbeitskreis unabhängiger Juristen (AKJ) (9. Sitzung am 08.06.2012)

V. Abschlussbericht

In seiner abschließenden Beratungssitzung am 14. Dezember 2012 hat der Ausschuss den hier vorliegenden Bericht – Teil 1 – mehrheitlich mit den Stimmen der Fraktion der SPD und der Fraktion der CDU gegen die Stimmen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der Fraktion Die Linke und der Piratenfraktion verabschiedet.

Der Ausschuss beschloss einvernehmlich, dass die Fraktionen – analog zum Verfahren in den Untersuchungsausschüssen – das Recht erhalten, dem mehrheitlich beschlossenen Abschlussbericht einen abweichenden Bericht anzufügen (siehe Teil 2).

Der Bericht wird dem Parlament zu dessen 23. Sitzung am 17. Januar 2013 vorgelegt.

B. Chronologie der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

29. April 1999	Beschluss des Abgeordnetenhauses von Berlin mit namentlicher Abstimmung über die Vorlage – zur Beschlussfassung – über Gesetz zur Änderung des Berliner Betriebegesetzes, zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und zur Änderung des Berliner Wassergesetzes – im Folgenden: Teilprivatisierungsgesetz (62. Sitzung des Abgeordnetenhauses; Drucksache 13/3613)
29. Mai 1999	Inkrafttreten des Berliner Teilprivatisierungsgesetzes vom 17. Mai 1999, GVBl. Nr. 21 vom 28. Mai 1999, S. 183 ff.
18. Juni 1999	Konsortialvertrag zwischen dem Land Berlin, der RWE Umwelt AG, der Vivendi S. A., der RWE Aqua GmbH, der Compagnie Générale des Eaux Deutschland GmbH, der RWE/Vivendi BeteiligungsAG und der Berlinwasser AG
30. Juni 1999	Beschluss des Unterausschusses Vermögensverwaltung und Beteiligungen des Abgeordnetenhauses von Berlin über das Vermögensgeschäft Nr. 17/1999: Gründung einer BWB Holding AG und Veräußerung von Aktien des Landes Berlin (Anteilsverkauf der BWB an RWE/VIVENDI)
1. Juli 1999	Beschluss des Abgeordnetenhauses von Berlin über das Vermögensgeschäft Nr. 17/1999: Gründung einer BWB Holding AG und Veräußerung von Aktien des Landes Berlin (Anteilsverkauf der BWB an RWE/VIVENDI) (Drucksache 13/3918) – 66. Sitzung des Abgeordnetenhauses
21. Oktober 1999	Berliner Verfassungsgerichtshof (VerfGH 42/99) erklärt einzelne Bestimmungen des Teilprivatisierungsgesetzes für nichtig
29. Oktober 1999	Beschluss des Abgeordnetenhauses von Berlin über Annahme einer EntschlieÙung über Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (Drucksache 13/4187)
6. Januar 2000	Erste Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag
18. Januar 2000	Folgedokument: Mitteilung – zur Kenntnisnahme – über Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, hier: Vollzug des Konsortialvertrages sowie

	Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes vom 18. Januar 2000 (Drucksache 14/165)
20. Dezember 2000 - 24. Oktober 2003	Zweite bis fünfte Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag
11. Dezember 2003	Beschluss des Abgeordnetenhauses über Gesetz zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes der Berliner Wasserbetriebe vom 17. Mai 1999 (Drucksache 15/2054 und 15/2352): Anpassung des Teilprivatisierungsgesetzes aufgrund des Beschlusses des Verfassungsgerichtes vom 21. Oktober 1999 (AZ: VerfGH 42/99), in dem Teile des Teilprivatisierungsgesetzes für nichtig erklärt wurden.
14. Dezember 2003	Inkrafttreten des reformierten Teilprivatisierungsgesetzes (GVBl. Nr. 45 vom 13. Dezember 2003, S. S. 591)
19. Februar 2004	Beschluss des Abgeordnetenhauses von Berlin: Fünfte Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag vom 18. Juni 1999 über die Beteiligung an den Berliner Wasserbetrieben Anstalt öffentlichen Rechts zwischen dem Land Berlin und RWE/Veolia Berlinwasser Beteiligungs AG (RVB) (Drucksache 15/2543)
29. Juni 2006	Beschluss des Berliner Abgeordnetenhauses über Berliner Betriebe-Gesetz (BerlBG): Zusammenfassung des BerlBG und des Gesetzes zur Teilprivatisierung der BWB in das Berliner Betriebe-Gesetz (Drucksache 15/4938 und 15/5363)
28. Juli 2006	Inkrafttreten des Berliner Betriebe-Gesetzes (BerlBG), GVBl. Nr. 29 vom 27. Juli 2006, S. 827 ff.
5. Februar 2008	Sechste Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag
13. Februar 2011	Erfolgreicher Volksentscheid über die Offenlegung der Teilprivatisierungsverträge
13. März 2011	Inkrafttreten des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (im Folgenden: Offenlegungsgesetz), GVBl. Nr. 7 vom 12. März 2011, S. 82.

- | | |
|------------------|---|
| 1. Dezember 2011 | Einsetzung des Sonderausschusses „Wasserverträge“ durch das Abgeordnetenhaus (Drucksache 17/0049) |
| 6. Januar 2012 | Konstituierende Sitzung des Sonderausschusses „Wasserverträge“ |
| 17. Februar 2012 | „Offenlegung des Vertrages und weiterer Dokumente zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“ (Sonderdruck zur Bekanntmachung im Amtsblatt für Berlin Nr. 7 vom 17. Februar 2012, ABl. S. 226, Veröffentlichung gemäß §§ 1, 2 des Offenlegungsgesetzes) |
| 5. Juni 2012 | Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe wegen missbräuchlich überhöhter Trinkwasserpreise |
| 18. Juli 2012 | Unternehmenskaufvertrag zwischen der RWE Aqua GmbH, RWE Aktiengesellschaft und dem Land Berlin „über den Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH“ |
| 25. Oktober 2012 | Zustimmung des Abgeordnetenhauses zum o. g. Unternehmenskaufvertrag vom 18. Juli 2012

Beschluss des Abgeordnetenhauses „Wasserpreise senken – alle Wasserkunden wirkungsvoll entlasten“ (Drucksache 17/0570) |

C. Der Auftrag des Sonderausschusses „Wasserverträge“

Der Auftrag des Sonderausschusses „Wasserverträge“ leitet sich aus dem Einsetzungsbeschluss des Abgeordnetenhauses vom 1. Dezember 2011 (Drucksache 17/0049) ab. Danach hat der Ausschuss die Aufgabe, „die Umsetzung des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 4. März 2011 (zu) begleiten und voran(zu)treiben“.³ Weiter heißt es im Einsetzungsbeschluss: „Insbesondere soll der Ausschuss die Prüfungen nach § 3 Satz 2 des Gesetzes durchführen.“

Der Ausschuss hat sich in Durchführung dieses Auftrages auf die Prüfung der folgenden beiden Teilbereiche, die sich aus dem Gesetz ergeben, konzentriert, wobei der Schwerpunkt auf der Prüfung der Verträge nach § 3 Satz 2 des Gesetzes lag:

- Offenlegung der Verträge (§ 1 und § 2 Offenlegungsgesetz), siehe hierzu nachfolgend D.I.
- Öffentliche Prüfung und Aussprache der Verträge (§ 3 Satz 2 Offenlegungsgesetz), siehe hierzu nachfolgend D.II.

In diesem Zusammenhang wurde dem Ausschuss vom Plenum des Abgeordnetenhauses auch die Vorlage – zur Beschlussfassung –, Drucksache 17/0055, „Umsetzung des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“ vom 08. Dezember 2012 überwiesen, die der Ausschuss in seiner 15. Sitzung am 16. November 2012 beraten und mehrheitlich angenommen hat.⁴

Über die zuvor genannten beiden Teilbereiche hinaus hat sich der Ausschuss aufgrund der aktuellen Entwicklungen ferner mit dem Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH befasst (siehe hierzu nachfolgend D.III.).

³ GVBl. Nr. 7 vom 12. März 2011, S. 82.

⁴Die Vorlage wurde mehrheitlich mit den Stimmen der Fraktionen der SPD und der CDU gegen die Stimmen der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen, Die Linke und der Piratenfraktion angenommen. Der Tenor der Vorlage lautet: „Das Abgeordnetenhaus beschließt, entsprechend § 3 des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe zu verfahren.“

D. Durchführung des Auftrags

I. Offenlegung der Verträge (§§ 1, 2 Offenlegungsgesetz)

§ 1 des Offenlegungsgesetzes regelt, dass „alle Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden, die im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe stehen und zwischen dem Land Berlin und den privaten Anteilseignern geschlossen worden sind, gemäß § 2 dieses Gesetzes vorbehaltlos offenzulegen“ sind. Nach § 2 des Gesetzes erfolgt die Bekanntmachung der Verträge im Amtsblatt von Berlin; zusätzlich sind die Dokumente auf dem Eingangsportal des Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

Dazu konnten folgende Feststellungen getroffen werden:

Die Bekanntmachung der Verträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe erfolgte im Amtsblatt für Berlin (Sonderdruck zur Bekanntmachung im Amtsblatt für Berlin Nr. 7 vom 17. Februar 2012, ABl. S. 226). Es wurden folgende Dokumente veröffentlicht:

- Konsortialvertrag vom 18. Juni 1999 mit Anlagen
- Erste Änderungsvereinbarung vom 6. Januar 2000
- Zweite Änderungsvereinbarung vom 20. Dezember 2000
- Dritte Änderungsvereinbarung vom 14. Juni 2001
- Vierte Änderungsvereinbarung vom 20. Dezember 2002
- Fünfte Änderungsvereinbarung vom 24. Oktober 2003
- Sechste Änderungsvereinbarung vom 5. Februar 2008
- Protokoll über die Sitzung am 29. Oktober 1999 zum Vollzug des Konsortialvertrages vom 18. Juni 1999

Ferner sind die Verträge über das Eingangsportal des Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit zugänglich gemacht worden.⁵

Der Sonderausschuss „Wasserverträge“ hat in seiner 1. Sitzung am 6. Januar 2012 beschlossen, den Senator für Finanzen um eine Vollständigkeitserklärung hinsichtlich der Veröffentlichung der von § 1 des Offenlegungsgesetzes erfassten Dokumente zu bitten. In dem Antwortschreiben des Senators für Finanzen vom 13. Februar 2012 heißt es, durch die Veröffentlichung im Internet sowie im Amtsblatt von Berlin sind

„aus unserer Sicht die ‚Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden, die im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe stehen und zwischen dem Land Berlin und den privaten Anteilseignern geschlossen worden sind‘ gemäß § 2 des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe nach bestem Wissen offengelegt“.

Diese Erklärung hat der Ausschuss in seiner 2. Sitzung am 17. Februar 2012 zur Kenntnis genommen.⁶

⁵ Siehe www.datenschutz-berlin.de, unter dem Stichwort „Wasserverträge“.

⁶ Beschlussprotokoll 17/2 vom 17. Februar 2012, S. 2.

II. Öffentliche Prüfung und Aussprache (§ 3 Satz 2 Offenlegungsgesetz)

Die Hauptaufgabe des Ausschusses bestand nach dem Einsetzungsbeschluss und dem Verständnis des Sonderausschusses in der Prüfung und öffentlichen Aussprache der Verträge gemäß § 3 des Offenlegungsgesetzes. Nach dieser Vorschrift bedürfen „bestehende Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden (...) einer eingehenden öffentlichen Prüfung und Aussprache durch das Abgeordnetenhaus unter Hinzuziehung von unabhängigen Sachverständigen“.

Da der Gesetzauftrag an das Parlament, die bestehenden Verträge zu „prüfen“, nicht die – allein Gerichten zustehende – Kompetenz umfassen kann, die Verträge unmittelbar für rechtlich nichtig (oder rechtswirksam) zu erklären, war es Aufgabe des Ausschusses, sich öffentlich über Inhalte, rechtliche Konsistenz und (wirtschaftliche) Auswirkungen der Verträge zu informieren und, ausgehend hiervon, Bewertungen, Schlussfolgerungen und Handlungsmöglichkeiten abzuleiten.

Der Ausschuss legte den Schwerpunkt seiner Arbeit auf die Erörterung der nachfolgenden zentralen Themenkomplexe, die im Wesentlichen auch bereits vor der Einsetzung des Sonderausschusses im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussion standen:

- Verfassungsrechtliche Fragen:
 - Nichtigkeit des Konsortialvertrages? (Siehe D. II. 1.a))
 - Verstoß gegen das Demokratieprinzip? (Siehe D. II. 1.b))
- Europarechtliche Fragen:
 - Vorliegen einer staatlichen Beihilfe? (Siehe D. II. 2.a))
 - Vergaberechtliche Problematik (Siehe D. II. 2.b))
- Feststellungen zur wirtschaftlichen Entwicklung seit der Teilprivatisierung einschließlich kartellrechtlicher Fragen (Siehe D. II. 3.)
- (Rück-)Erwerb eines 50%-igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlin-Wasser Beteiligungs GmbH durch das Land Berlin (Siehe D. III.)

Die Arbeit des Ausschusses war bei der Behandlung der oben genannten Fragenkomplexe vorwiegend darauf konzentriert, sich durch Anhörung von Experten sowie die Herbeiziehung von gutachterlichen Stellungnahmen in den Stand zu setzen, sich eine fundierte Meinung zu den komplexen rechtlichen und wirtschaftlichen Fragen bilden zu können, die im Zusammenhang mit dem Thema Teilprivatisierung der Wasserbetriebe aufgetaucht waren.

Der vorliegende Bericht soll diesen Informationsprozess sowie die Schlussfolgerungen hieraus abbilden.

1. Prüfung verfassungsrechtlicher Fragen

Im Fokus der Erörterung der verfassungsrechtlichen Fragen stand einerseits die Regelung des § 23.7 des Konsortialvertrages, der eine „Nachteilsausgleichsgarantie“ durch das Land Berlin

zugunsten der BWB beinhaltet, sowie andererseits die Frage, ob die Teilprivatisierungsverträge in ihrer gesamten Ausgestaltung mit dem Demokratieprinzip vereinbar sind.

Zu diesen beiden Themenkomplexen hörte der Ausschuss insbesondere die folgenden Sachverständigen und sachkundigen Personen an:

Finkenthei, Sabine	Arbeitskreis unabhängiger Juristen (AKJ) (9. Sitzung am 08.06.2012)
Keßler, Prof. Dr. Jürgen	Professor für Deutsches, Europäisches und Internationales Handels-, Gesellschafts-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der HTW Berlin; Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, Trägerin des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ (6. Sitzung am 04.05.2012)
Mayer, Prof. Dr. Franz C.	Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik an der Universität Bielefeld (9. Sitzung am 08.06.2012)
Musil, Prof. Dr. Andreas	Juristische Fakultät der Universität Potsdam (10. Sitzung am 24.08.2012)
Sydow, Olav	Rechtsanwalt, Arbeitskreis unabhängiger Juristen (AKJ) (9. Sitzung am 08.06.2012)

Es wurden die folgenden Gutachten ausgewertet:

- Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes des Abgeordnetenhauses von Berlin zum Leitfaden „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung“ vom 31. Mai 2012 (aufgrund des Beschlusses des Sonderausschusses in seiner 4. Sitzung vom 16. März 2012)
- Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes des Abgeordnetenhauses von Berlin zur Vereinbarkeit der im Rahmen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe abgeschlossenen Konsortialverträge, ihrer Anlagen und Änderungen mit dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Budgethoheit des Parlaments vom 17.08.2012 (aufgrund des Beschlusses des Sonderausschusses in seiner 4. Sitzung vom 16. März 2012)

Darüber hinaus lag dem Sonderausschuss der „Juristische Leitfaden: ‚Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung‘“ des Arbeitskreises unabhängiger Juristen (AKJ) vom 1. Februar 2012 vor.

a) Wirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages?

**aa) Verstoß von § 23.7 des Konsortialvertrages gegen
Art. 87 Abs. 1 VvB?**

Art. 87 Verfassung von Berlin (Gesetzesvorbehalt):

(1) Ohne gesetzliche Grundlage dürfen weder Steuern oder Abgaben erhoben noch Anleihen aufgenommen oder Sicherheiten geleistet werden.

(2) Kredite dürfen nur aufgenommen werden, wenn andere Mittel zur Deckung nicht vorhanden sind. Die Einnahmen aus Krediten dürfen die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten; Ausnahmen sind nur zulässig zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts. Das Nähere wird durch Gesetz geregelt.

23.7 des Konsortialvertrages:

„Wird § 3 TPrG ganz oder teilweise für nichtig oder aufgrund einer Entscheidung eines Verfassungsgerichts mit höherrangigem Recht für unvereinbar erklärt („Nichtigerklärung“) und führt die Nichtigerklärung zu wirtschaftlichen Nachteilen der BWB („Nachteile“), so ist das Land verpflichtet, unverzüglich gemeinsam mit der BWB, der Holding und der BB-AG zu prüfen, welche rechtlichen und/oder tatsächlichen Maßnahmen geeignet sind, die Nachteile der BWB in vollem Umfang auszugleichen. Der Senat wird insbesondere prüfen, ob die Nachteile durch eine Novellierung des TPrG ausgeglichen werden können. Ferner wird das Land Berlin gemeinsam mit der BWB, der Holding und der BB-AG nach besten Kräften versuchen, strukturelle, operative und sonstige unternehmerische Maßnahmen zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit der BWB-Gruppe, insbesondere im Kerngeschäft und Wettbewerbsgeschäft, vorzubereiten und durchzuführen, welche die Nachteile der BWB ausgleichen können. Soweit die Nachteile der BWB durch die in Satz 2 oder Satz 3 genannten Maßnahmen nicht ausgeglichen werden, da das Land Berlin die ihm möglichen Maßnahmen nicht getroffen oder an den von der Holding und der BB-AG vorgeschlagenen Maßnahmen nicht mitgewirkt hat, obwohl ihm dies ohne wirtschaftliche Nachteile und ohne gegen höherrangiges Recht oder eine gerichtliche Entscheidung zu verstoßen möglich gewesen wäre, verpflichtet sich das Land Berlin, der BB-AG die geringeren Gewinne oder höheren Verluste der BB-AG aus dem StG-Vertrag I, die auf der Nichtigerklärung beruhen und durch die vorgenannten Maßnahmen nicht ausgeglichen werden, auszugleichen. Der Ausgleich nach Satz 4 und Satz 5 erfolgt durch eine teilweise oder vollständige Abtretung des Gewinnanspruchs des Landes Berlin gegen die BWB für das jeweilige Geschäftsjahr. Sofern der abgetretene Gewinnanspruch des Landes Berlin niedriger ist als der auszugleichende Betrag, wird das Land Berlin der BB-AG den Differenzbetrag erstatten“.

Nach § 23.7 des Konsortialvertrages hat sich das Land Berlin verpflichtet, „wirtschaftliche Nachteile [...] in vollem Umfang auszugleichen“, die sich für die BWB aus der vollständigen oder auch teilweisen Nichtigkeitserklärung von Art. II § 3 des Teilprivatisierungsgesetzes ergeben könnten.

Tatsächlich trat eine solche Nichtigkeitserklärung ein: In seinem Urteil vom 21. Oktober 1999 (VerfGH 42/99) erklärte der Berliner Verfassungsgerichtshof die in folgendem Zitat kursiv gesetzte Passage von Art. II § 3 Abs. 4 TPrG für nichtig:

„Als angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals gilt die durchschnittliche Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren, die der jeweiligen Kalkulationsperiode vorausgehen, zuzüglich 2 Prozentpunkte. Eine darüber hinausgehende Verzinsung gilt auch insoweit als angemessen, als sie auf Maßnahmen beruht, die zu einer dauerhaften Steigerung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Berliner Wasserbetriebe, insbesondere durch Anwendung neuer Technologien, Einsparungen oder Effizienzsteigerung oder in sonstiger Weise, führen. Diese weitergehende Verzinsung ist nur während eines Zeitraums von drei Jahren, beginnend ab dem Jahr, das nach Durchführung der Maßnahmen beginnt, zulässig. Die durch derartige Maßnahmen nach Ablauf der drei Jahre erzielten Vorteile sind ab dem vierten Jahr in Form von Entgeltreduzierungen an die Entgeltzahler weiterzugeben.“⁷

⁷ GVBl. Nr. 21 vom 28. Mai 1999, S. 183 ff.

Durch die in Art. II § 3 Abs. 4 TPrG vorgesehene Zuschlagsregelung sowie die Effizienzsteigerungsklausel, die die „Einbehaltung von Rationalisierungsgewinnen“ vorsah, sah das Gericht den gebührenrechtlichen Gleichheitssatz verletzt, der sicherstellen soll, dass die Belastung der Leistungsnehmer nicht außer Verhältnis zu dem von der Gebührenregelung verfolgten Zweck steht – im konkreten Fall: dem Ziel, einen Anreiz zur dauerhaften Steigerung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der BWB zu setzen.⁸

Aufgrund dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs fand § 23.7 des Konsortialvertrages Anwendung mit der Folge, dass das Land Berlin in der Pflicht stand, entstehende wirtschaftliche Nachteile „in vollem Umfang auszugleichen“.

In der Frage, ob § 23.7 des Konsortialvertrages gegen Art. 87 Abs. 1 VvB verstoße und ob sich hierauf ein gerichtliches Vorgehen gegen den Vertrag stützen ließe, gingen die Meinungen deutlich auseinander.

Es wurde sowohl die Ansicht vertreten, es sei „wenig erfolgversprechend“, eine Klage auf einen Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 VvB zu stützen, als auch diejenige, es könnten keine ernstzunehmenden Zweifel daran bestehen, dass die Gerichte in einem solchen Fall die Nichtigkeit der Verträge feststellen würden. Rechtsanwalt Sydow, der im Rahmen einer Anhörung die Argumentation der vom Arbeitskreis unabhängiger Juristen (AKJ) erstellten Stellungnahme „Juristischer Leitfaden: „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung““ vorstellte, sprach davon, man könne bei der Frage nach den Erfolgsaussichten einer Klage, auch wenn es bei derlei „immer so ein bisschen in den Bereich der Prophezeiungen“ hineingehe, „gern eine 99-prozentige Wahrscheinlichkeit unterstellen“.¹⁰

In Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin heißt es:

„Ohne gesetzliche Grundlage dürfen weder Steuern oder Abgaben erhoben noch Anleihen aufgenommen oder Sicherheiten geleistet werden“.

Gegen diese Regelung, so wurde argumentiert, verstoße die sich aus § 23.7 des Konsortialvertrages ergebende Ausgleichspflicht des Landes Berlin. Bei der eingegangenen Verpflichtung, entstehende wirtschaftliche Nachteile „in vollem Umfang auszugleichen“, handle es sich nämlich um eine Sicherheitsleistung im Sinne dieser Norm, genauer: um eine „Garantie oder sonstige Gewährleistung“, so der Wortlaut von § 39 Abs. 1 LHO, der Artikel 87 VvB konkretisiert.¹¹ Aus § 23.7 des Konsortialvertrages folge eine „einseitige Belastung des Landes Berlin“, bei der es sich deshalb um eine Garantie i. S. v. Art. 87 Abs. 1 VvB i. V. m. § 39 Abs. 1 LHO handle, weil das Land Berlin „für unbestimmte Zeit und in noch nicht bestimmbarer

⁸ Siehe zu der Begründung im Einzelnen: LVerfGE 10, S. 96 ff., auch zu finden unter: www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal, dort insb. Rn. 50 ff. Klar und kritisch zu dieser Frage auch: J. Hecker: Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts, in: VerwArch 2001, S. 261 ff., insb. 285 ff.

⁹ Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes zum Leitfaden „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge“ des Arbeitskreises unabhängiger Juristen (AKJ), 31. Mai 2012 (im Folgenden: WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ), S. 23. Auch Professor Andreas Musil meldete in seiner Anhörung „große Zweifel“ an, „ob man, wenn man vor Gericht ginge, mit dieser Frage gewinnen würde. Ich kann aber nicht ausschließen, dass es ein Erfolg würde. Ich kann es im Moment wirklich nicht eindeutig sagen“, Prof. Dr. Musil, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 6.

¹⁰ Sydow, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 36.

¹¹ Siehe zur Argumentation im Einzelnen: Leitfaden „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge“ des AKJ (im Folgenden: Leitfaden AKJ), S.17-23.

Höhe Ausgleich zahlen“ solle, „wenn und soweit der tatsächliche hinter dem garantierten Zinssatz“ zurückbleibe.¹² Diese „Gewinngarantie zugunsten der privaten Anteilseigner“¹³ sei entgegen Art. 87 Abs. 1 VvB vom Senat auch ohne gesetzliche Grundlage übernommen worden. Es stelle dies eine Missachtung des parlamentarischen Budgetrechts dar. Die Regierung, so Rechtsanwalt Sydow (AKJ), dürfe „die Rechte des Parlaments auf dem Gebiet des Haushaltsrechts weder aushöhlen noch umgehen“.¹⁴

Professor Musil schloss sich dieser Einschätzung in seiner Anhörung an. Als „auswärtiger Betrachter“ sei er der Ansicht,

„dass der Vertrag hauptsächlich zu dem Zweck geschlossen wurde, um auch die Gewinne zu garantieren. Wenn das der Fall ist, müsste man von der Hauptpflicht ausgehen.“¹⁵

Der Abgeordnete Dr. Hausmann (CDU) widersprach dieser Auffassung. Hauptzweck des Vertrages sei die Bildung eines Konsortiums. Wer dies aus den Augen verliere, sehe sich letztlich genötigt, für jeden derartigen Vertrag die Gewinnerzielung als Hauptzweck anzunehmen.¹⁶

In seinem Gutachten zum „Leitfaden“ des AKJ stellt der Wissenschaftliche Parlamentsdienst hierzu fest, die Annahme einer Garantie sei schon deshalb fraglich, weil im vorliegenden Fall nicht – wie bei einer solchen Garantie üblich – die Absicherung eines Dritten gewollt sei, sondern die des eigenen Vertragspartners. Jedenfalls aber stehe der Annahme einer Garantie entgegen, dass die Risikoabsicherung – anders als nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs erforderlich – nicht der Hauptzweck des Konsortialvertrages sei. Es gehe lediglich um einen Teilbereich eines umfangreichen Vertragswerks, dessen Ziel und Zweck darin gelegen habe, die Berliner Wasserversorgung zu Teilen zu privatisieren und rechtlich neu einzubinden.¹⁷

bb) Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages gemäß § 134 BGB?

§ 134 BGB: Gesetzliches Verbot

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Streitig war hier, ob ein – einmal unterstellter – Verstoß von § 23.7 des Konsortialvertrages gegen Art. 87 Abs. 1 VvB überhaupt zu einer Nichtigkeit nach § 134 BGB führen könne. Dies setzt voraus, dass Art. 87 VvB als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB zu qualifizieren ist.

Als Vorschrift, so eine vertretene Ansicht, die Rechte eines Verfassungsorgans betreffe (im konkreten Fall das parlamentarische Budgetrecht), müsse Art. 87 VvB schon deshalb als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB gelten, weil die Exekutive andernfalls verfassungswidrige, aber zivilrechtlich wirksame Verträge schließen könne. Gerade dies aber wolle Art.

¹² WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 18.

¹³ Sydow, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 23.

¹⁴ Sydow, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 23.

¹⁵ Prof. Dr. Musil, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 5.

¹⁶ Abg. Dr. Hausmann, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 37.

¹⁷ WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 6.

87 VvB verhindern. „Die Wirkkraft der Verfassungsnorm“, so die Stellungnahme des AKJ, „würde, verstünde man sie nicht als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, ausgehöhlt“.¹⁸

Vorsichtig äußerte sich zu diesem Thema in seiner Anhörung in der sechsten Sitzung des Ausschusses am 4. Mai 2012 Professor Jürgen Keßler. Verfassungsrechtliche Regelungen, die sich mit den Organkompetenzen befassen, könnten durchaus Verbotsgesetze sein. Wie die Gerichte diese Frage im konkreten Fall beurteilen würden, könne man allerdings, so Professor Keßler,

„das sage ich auch ganz klar, nicht mit 100-prozentiger Wahrscheinlichkeit prognostizieren. Das ist eine juristische Wertentscheidung. Aber ich sage mal, obwohl ich um die begrenzte Logik dieses Arguments weiß: Die herrschende Meinung in der Jurisprudenz, was das immer auch sein soll, ist der Auffassung, auch solche Organisationsnormen würden davon erfasst“.¹⁹

Ebenso vorsichtig, im Ergebnis jedoch abweichend (darin, was „herrschende Meinung“ sei), äußerte sich Professor Musil:

„Die herrschende Meinung [...] sagt: [...] Egal, ob so ein Vertrag verfassungswidrig ist oder nicht, das wirkt sich auf die Gültigkeit des zivilrechtlichen Vertrags mit anderen [...] nicht aus. Allerdings gibt es mittlerweile beachtliche Gegenstimmen in der Literatur. [...] Mit dem § 134 ist das so eine Sache. Der klingt sehr eindeutig, ist es aber im Kern nicht. Der ist relativ schwer zu handhaben, denn das Verbotsgesetz muss sich letztlich gegen den konkreten Vertrag als solchen und seinen Inhalt richten. Das ist beim Haushaltsrecht deshalb problematisch, weil der Dritte überhaupt keinen Einblick hatte oder haben musste, wie das zwischen Exekutive und Legislative ist. Also wir haben hier einen Vertrag mit einem Dritten, und dementsprechend ist das nicht so einfach zu konstruieren. Die Frage, ob so eine Verfassungswidrigkeit einem zumindest konstruktiv unabhängigen Dritten auf die Füße fallen soll, ist problematisch“.²⁰

Professor Musil schloss seine Stellungnahme mit dem Fazit, es liege seines Erachtens durchaus ein verfassungswidriges Verhalten vor; „aber“, so Professor Musil weiter, „es wirkt sich nicht auf die unmittelbare Vertragsbeziehung aus, sodass das eine politisch zu lösende Problematik ist“.²¹

In seinem Gutachten vom 1. Mai 2012 weist der Wissenschaftliche Parlamentsdienst hierzu auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hin. Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG (der Art. 87 Abs. 1 VvB entspricht) betreffe nur das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative. Diese Anschauung lasse keinen Raum für eine Geltung dieser Normen auf dem Gebiet des Privatrechts; eine Funktion als Verbotsgesetz scheide demnach aus.²² Auch in der zivilrechtlichen Rechtsprechung würden als verfassungsrechtliche Nichtigkeitsgründe lediglich Grundrechtspositionen benannt, nie aber Normen des Finanzverfassungsrechts.²³ Haushaltsrecht sei staatliches Innenrecht ohne Auswirkung auf Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger. Anderes sei mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht vereinbar. „Es ist“, so heißt es im Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes zu dieser Frage, „den

¹⁸ Leitfaden AKJ, S. 15.

¹⁹ Prof. Dr. Keßler, Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 18.

²⁰ Prof. Dr. Musil, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 5 f.

²¹ Ebd., S. 8.

²² WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 8.

²³ Ebd. S. 9.

Staatsbürgern nicht zuzumuten, sich bei allen Verträgen, die sie mit staatlichen Stellen abschließen, vorab zu vergewissern, ob diese Verträge eine hinreichende gesetzliche Grundlage haben“.²⁴

Im Ergebnis verneint das Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienst damit auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass Art. 87 Abs. 1 VvB als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB einzuordnen ist.

cc) Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages gemäß § 138 BGB?

§ 138 BGB: Sittenwidriges Rechtsgeschäft: Wucher

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

Des Weiteren und unabhängig von einer eventuellen Nichtigkeit nach § 134 BGB stand eine Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages gemäß § 138 BGB zur Diskussion, der sittenwidrige Verträge betrifft.

Auch hier wurden beide denkbaren Ansichten vertreten.

Für die Annahme einer Sittenwidrigkeit sei es erforderlich, dass das Geschäft „in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl“ stehe. Ein solcher Widerspruch sei anzunehmen, wenn die Anwendung von Haushaltsvorschriften „in einem so hohen Maße fehlsam war, dass von einer Achtung des abgesicherten parlamentarischen Budgetrechts schlechthin nicht mehr gesprochen werden kann“.²⁵ Vor dem Hintergrund, so die Befürworter der Annahme einer Sittenwidrigkeit, dass die privaten Anteilseigner seit der Teilprivatisierung fast 500 Millionen Euro mehr erhalten hätten als das Land Berlin, obwohl das Land Berlin Mehrheitseigentümer sei, sei der Fall „geradezu ein Musterbeispiel für das Verschleudern von Vermögenswerten“.²⁶ Da auch alle Beteiligten die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründeten, gekannt hätten, seien die Voraussetzungen für die Annahme einer Sittenwidrigkeit erfüllt.

Demgegenüber erklärte der Wissenschaftliche Parlamentsdienst in seinem Gutachten vom 1. Mai 2012, die Regelung des § 23.7 des Konsortialvertrages verstoße nicht in sittenwidriger Weise „gegen den Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung“.²⁷ Aber selbst wenn man annähme, der Vertragsinhalt sei in Teilen sittenwidrig, könne man „angesichts der diffizilen Rechtslage“ nicht davon ausgehen, „dass sowohl der Senat von Berlin wie auch die privaten Anteilseigner sich dessen bewusst oder in grob fahrlässiger Weise nicht bewusst waren“.²⁸

²⁴ Ebd. S. 10.

²⁵ Leitfaden AKJ, S. 16.

²⁶ Sydow, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 26.

²⁷ WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 11.

²⁸ Ebd., S. 11. Demgegenüber vertrat Rechtsanwalt Sydow (AKJ) die Auffassung, die Rechtslage sei „keineswegs diffizil“ gewesen. Die Vorgehensweise der Vertragspartner zeige vielmehr, dass die Fragwürdigkeit der infrage stehenden Regelung bekannt gewesen sei; es sei daher von Bösgläubigkeit auszugehen (Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 26).

dd) Gesamtnichtigkeit des Konsortialvertrages nach § 139 BGB?

§ 139 BGB: Teilnichtigkeit

Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Im Übrigen wurde die Frage diskutiert, ob – selbst wenn man eine Nichtigkeit gemäß § 134 oder § 138 BGB annehmen wollte – diese Nichtigkeit den gesamten Konsortialvertrag oder nur die unmittelbar betroffene Klausel des § 23.7 beträfe. Dies hängt gemäß § 139 BGB davon ab, ob anzunehmen ist, dass das fragliche Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde oder nicht.

Auf der einen Seite wurde argumentiert, „in Anbetracht der elementaren Bedeutung der Gewinngarantien aus § 23 Abs. 7“ sei nicht anzunehmen, dass die privaten Anteilseigner den Konsortialvertrag auch ohne die Bestimmung des § 23.7 geschlossen hätten. Die Norm sei Hauptzweck des Vertrages gewesen. Es sei das Streben nach Gewinn schließlich „das konstituierende Merkmal des Betriebs in der Marktwirtschaft“.²⁹ Es spräche, so auch Professor Keßler bei seiner Anhörung, in der Tat einiges dafür, dass die Klausel substantiell gewesen sei,

„sonst hätte man nicht nach dem Urteil des Landesverfassungsgerichts und in Erwartung des Urteils bestimmte Maßnahmen ergriffen, um das damit verbundene Risiko auszugestalten. [...] Die zentrale Frage ist: Ergibt das restliche Vertragsgeflecht überhaupt noch einen Sinn, wenn diese Regelung des Art. 27 Abs. 3 entfällt? Das ist im Grunde genommen die zentrale zivilrechtliche Vereinbarung“.³⁰

Im Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes wird demgegenüber betont, zwar sei davon auszugehen, dass die Absicherung der Rendite für einen privaten Anteilseigner von erheblicher Bedeutung sei. Es könne aber nicht außer Acht gelassen werden, dass die Vertragsparteien in § 43.3 des Konsortialvertrages dezidiert ihren Willen geäußert hätten, „bei der Nichtigkeit einzelner Vertragsklauseln dennoch am Vertrag festzuhalten und angemessene Regelungen zum Ersatz von unwirksamen Vertragsbestandteilen zu finden“.³¹

Im Zuge der Diskussion kam die Sprache auch darauf, was die konkreten Folgen wären, nähme man entgegen dem Gutachten des WPD eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages an.

Rechtsanwalt Sydow (AKJ) bemerkte hierzu, was aus dem von der Rechtsprechung entwickelten Modell der „nichtigen Gesellschaft“ folge, „müsste man dann sehen, wenn es tatsächlich so weit ist, das lässt sich aus meiner Sicht noch nicht hinreichend sicher prognostizieren. Es kommt darauf an, wie die Beteiligten dann handeln, wenn es soweit ist“³²; Professor Keßler äußerte sich dahin, eine Nichtigkeit hätte zur Folge, dass dann „eigentlich alle Leistungen einander zurückgewährt werden“ müssten. „Nun müssen wir aber eins bedenken“, so der Angehörte weiter,

²⁹ Ebd., S. 26 f.

³⁰ Prof. Dr. Keßler, Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 11 f. Anmerkung: Prof. Dr. Keßler spricht von „Art. 27 Abs. 3“, meint aber § 23.7 des Konsortialvertrages.

³¹ WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 12 f.

³² Sydow, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 34.

„es handelt sich hier ja um einen Gesellschaftsvertrag oder einen gesellschaftsähnlichen Vertrag. Da sagt die Rechtsprechung [...], Gesellschaftsverträge als Organisationsverträge können letzten Endes gar nicht rückabgewickelt werden, denn es ist bereicherungsrechtlich nicht mehr möglich festzustellen: Wer hat da was gegeben, wer hat da was bekommen? Das würde dann bedeuten, dass nach der Rechtsprechung über fehlerhafte, aber rechtswirksame Gesellschaften der Vertrag nicht rückabgewickelt wird, aber jede Seite das Recht hat, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist mit sofortiger Wirkung zu beenden. Das wäre die Konsequenz.“³³

Zur Frage einer Rückabwicklung der Verträge äußerte sich in seiner Anhörung vom 24. August 2012 auch Professor Musil:

„Ich bin kein Zivilrechtler, aber ich würde vermuten, dass eine Rückabwicklung der Verträge – da hier einvernehmlich gehandelt wurde – nahe an der Vertragserfüllung dran wäre. Man wird nicht alles rückabwickeln können, was man jemals ausgetauscht hat, sondern es wird dann immer versucht, im Wege der Ermittlung dessen, was die Verfahrensparteien ausgehandelt haben, eine Lösung zu finden, die dem nahekommt.“³⁴

ee) Fragen der Durchsetzbarkeit (Zuständigkeit/Klagefrist)

Auch bei den Fragen nach einem einzuschlagenden Rechtsweg und der Klagefrist wurden verschiedene Streitpunkte vertreten.

Ein Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof, so war zu hören, sei erfolgversprechend; das Verfahren müsse sich richten auf „die Feststellung, dass der Senat gegen Artikel 87 der Verfassung verstößt, indem er es unterlässt, die Nichtigkeit des Konsortialvertrags geltend zu machen“.³⁵ Die sechsmonatige Frist beginne in dem Moment zu laufen, in dem der Senat zu erkennen gebe (etwa auf eine Aufforderung des Abgeordnetenhauses, eventuell auch die eines einzelnen Abgeordneten hin³⁶), dass er nicht beabsichtige, gegen den Konsortialvertrag gerichtlich vorzugehen. Die Frist sei daher bislang noch nicht in Gang gesetzt.³⁷

Das Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes bezweifelt allerdings schon die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für ein Vorgehen des Senats gegen die Verträge. Dem stehe die – von anderen für nichtig gehaltene³⁸ – Schiedsklausel des § 44.2 Konsortialvertrag entgegen, die den ordentlichen Rechtsweg für alle Streitigkeiten ausschließe, die sich aus dem

³³ Prof. Dr. Keßler, Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 22.

³⁴ Prof. Dr. Musil, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 10.

³⁵ Sydow, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 28.

³⁶ Sydow, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 35: „Hinsichtlich der Frage, wie man den Senat am besten zum Handeln auffordert, ist natürlich ein Beschluss des Abgeordnetenhauses am besten. Wenn das nicht machbar ist, dürfte im Übrigen aber auch ausreichen, dass eine einzelne Fraktion diesen Antrag stellt. Es ist rechtlich auch nicht weiter geregelt, wichtig ist nur, dass der Senat aufgefordert wird. Ich würde sogar denken, dass eigentlich auch ein einzelner Abgeordneter diese Aufforderung stellen kann – jedenfalls gibt es dazu keine gesetzlichen Voraussetzungen, die das reglementieren würden.“

³⁷ Auf eine Kleine Anfrage des Abg. Claus-Brunner (Piraten) vom 18. Mai 2012 hin stellt der Senat unter dem Datum des 4. Juni 2012 (Eingang beim Abgeordnetenhaus am 28. Juni 2012) klar, dass er die Wasserverträge nicht für nichtig halte und daher nicht vorhabe, gegen das Vertragswerk vorzugehen (Drucksache 17/10516). Nach der oben wiedergegebenen Ansicht dürfte die Frist für ein Organstreitverfahren damit in Gang gesetzt sein.

³⁸ Siehe nur: Leitfaden AKJ, S. 26 ff.

Konsortialvertrag ergeben. Wenn der Senat diesen Rechtsweg demnach gar nicht beschreiten könne, könne ihm dies auch nicht als Unterlassen vorgehalten werden.³⁹

Ebenso bezweifelte der WPD, dass das als Alternative zum zivilprozessualen Vorgehen vorgeschlagene öffentlichrechtliche Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof Aussicht auf Erfolg habe. Das Gericht, so das Gutachten des WPD, werde wohl nicht die für eine erfolgreiche Klage erforderliche Verletzung verfassungsrechtlicher Rechtspositionen des Abgeordnetenhauses annehmen. Im Übrigen sei die sechsmonatige Frist für ein Organstreitverfahren abgelaufen. Entscheidend für den Fristbeginn sei der Moment des Vertragsschlusses, mithin der 18. Juni 1999, spätestens aber der Zeitpunkt der Veröffentlichung der Verträge im Internet, der 10. November 2010.⁴⁰

ff) Stellungnahme des Ausschusses

Der Ausschuss zeigte sich in seiner Mehrheit von der Rechtsauffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes überzeugt. Von einer Nichtigkeit des Konsortialvertrages könne nicht ausgegangen werden; eine Klage sei nicht erfolgversprechend und mit erheblichen Risiken in Bezug auf mögliche Rechtsfolgen behaftet.

b) Verstoß der Konstruktion der Teilprivatisierung gegen das Demokratieprinzip?

Artikel 20 GG

(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

(4) [...]

Neben der Frage nach der Wirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages wurde im Ausschuss auf verfassungsrechtlicher Ebene darüber diskutiert, ob die Konstruktion der Teilprivatisierung mit den Vorgaben des in Art. 20 Abs. 2 GG verankerten Demokratieprinzips vereinbar sei. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG sieht vor, dass alle Staatsgewalt vom Volk auszugehen habe. Jede staatliche Entscheidung – genauer: alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter – muss im Ergebnis über eine lückenlose Kette demokratisch legitimierter Repräsentanten auf den Willen des Volkes rückführbar sein.⁴¹ Dieser Grundsatz gilt nach wie vor auch für die BWB, da sich durch die Teilprivatisierung nichts an ihrem Status als Anstalt öffentlichen Rechts geändert hat.

Das im Ausschuss diskutierte Problem eines eventuellen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip ergibt sich daraus, dass die nach wie vor öffentlich-rechtlich organisierten – und damit an das Demokratieprinzip gebundenen – BWB im Zuge der Teilprivatisierung in einen privat-

³⁹ WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 13 ff.

⁴⁰ Siehe zu den Argumentationen im Einzelnen insb.: Leitfaden AKJ, S. 26-35; WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 13-21.

⁴¹ Siehe ausführlich zum Demokratieprinzip etwa Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20 II, hier Rn. 91.

rechtlichen Konzern – der, für sich genommen, von den Vorgaben des Demokratieprinzips frei ist – integriert wurden. Vorgegangen wurde wie folgt:

Das Land Berlin und die privaten Investoren gründeten gemeinsam eine Holding in Form einer Aktiengesellschaft. Deren Anteile wurden zu 50,1 % vom Land Berlin und zu 49,9 % von einer weiteren AG, der BWB Beteiligungs AG (BB-AG), gehalten, die ihrerseits von den privaten Investoren gegründet worden war.

Unter dem Dach einer Holding wurden somit zwei grundlegend verschiedene Organisationsformen vereint, von denen die eine – die Anstalt öffentlichen Rechts – die strikte Einhaltung demokratischer Legitimationsstandards verlangt, die andere, privatwirtschaftliche, sich gerade dadurch auszeichnet, dass sie von derartigen Bindungen frei ist. Bei der Konstruktion der Unternehmensführung eines derartigen Unternehmens muss daher der Spagat bewältigt werden, die größere Entscheidungsfreiheit und -beweglichkeit der privatrechtlichen Organisationsform zu erhalten, ohne auf der anderen Seite die demokratische Legitimation des öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmensteils über Gebühr einzuschränken.

Im konkreten Fall schien insbesondere die personelle Zusammensetzung der Unternehmensleitung von BWB und Holding anfechtbar (siehe im Einzelnen sogleich). Jeweils stellte sich die Frage, ob die durch das System des Konsortialvertrages eingeräumten Einflussmöglichkeiten der von Seiten der privaten Anteilseigner gestellten Mitglieder der Unternehmensführung derart groß seien, dass der Charakter der Berliner Wasserbetriebe als Anstalt des öffentlichen Rechts quasi überspielt werde. „Das eigentliche Problem“, so kommentierte der Abgeordnete Dr. Lederer (Die Linke) die Gefahren, die sich aus einer solchen Gemengelage ergeben können,

„liegt darin, dass öffentliche und private Einflüsse in dieser Konstruktion in einer Weise aneinandergesappt sind, dass das kein Mensch mehr nachvollziehen und am Ende durchsehen kann, wessen Interesse sich im Konfliktfall in letzter Instanz durchsetzen wird“.⁴²

Ist auch die grundsätzliche Möglichkeit unbestritten, dass öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen ganz oder teilweise privatisiert werden können, dass also ein einmal gegebenes demokratisches Legitimationsniveau nicht zwingend dauerhaft erhalten bleiben muss, gingen die Meinungen im Ausschuss bei der Frage, wann im Einzelnen und im konkreten Fall von einer hinreichenden bzw. unzureichenden Legitimation auszugehen sei, deutlich auseinander.

Aufgrund der sehr komplexen Konstruktion der Teilprivatisierung hat sich der Ausschuss in seiner vierten Sitzung vom 16. März 2012 mit der Bitte an den Wissenschaftlichen Parlementsdiensdient gewandt, ein Gutachten zu der Frage zu erstellen,

„ob mit dem System des Konsortialvertrages und seiner sonstigen Abreden und Vereinbarungen im Rahmen der zur Teilprivatisierung erlassenen landesgesetzlichen Regelungen gegen das Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG und des Art. 3 Abs. 1 VvB verstoßen wurde“.⁴³

In seinem hierauf erstellten Gutachten kam der Wissenschaftliche Parlementsdiensdient zu dem Ergebnis, die Konstruktion der Teilprivatisierung gewährleiste die Bindung der Unterneh-

⁴² Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 10.

⁴³ Beschlussprotokoll 17/4 vom 16. März 2012, S. 2.

mensentscheidungen an den Willen des Volkes in noch ausreichendem Maße. Zum selben Ergebnis kam – bei allen Zweifeln – der Angehörte Professor Andreas Musil; ein Verfassungsverstoß könne an dieser Stelle nicht festgestellt werden:

„Das ist die Krux bei diesem Holdingmodell, dass einerseits die Anstalt existiert, die hoheitlich tätig ist, und andererseits die Holding, in der die Privaten die Mehrheit haben und dort auch die unternehmerischen Entscheidungen treffen können. Das ist also eine Hybridkonstruktion, die meines Erachtens sehr schön ist, das kann ich ganz deutlich sagen, aber die juristisch funktioniert. Das ist meines Erachtens gerade noch in Ordnung“.⁴⁴

Auf der anderen Seite wurde von einer gleich zweifachen Durchbrechung der Legitimationskette gesprochen (in personeller und sachlich-inhaltlicher Hinsicht).⁴⁵ Es sei dieser Befund, so Rainer Heinrich, Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, bei seiner Anhörung im Ausschuss, derart deutlich, dass sich

„bei der Überprüfung der Teilprivatisierungsverträge nicht mehr die Frage (stellt), ob es demokratische Defizite gibt, sondern nur, wie sie vor Gericht am besten für eine Rückabwicklung geltend gemacht werden können“.⁴⁶

Im Einzelnen wurden im Ausschuss folgende Fragen diskutiert:

- Legitimation des Handelns des BWB-Vorstandes
- Legitimation des Handelns des BWB-Aufsichtsrates
- Legitimation des Handelns der Holding

Zu diesem Thema wurden angehört:

Heinrich, Rainer	Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, Trägerin des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ (3. Sitzung am 02.03.2012)
Musil, Prof. Dr. Andreas	Juristische Fakultät der Universität Potsdam (10. Sitzung am 24.08.2012)

Dem Ausschuss lag das vom Wissenschaftlichen Parlamentsdienst erstellte Gutachten

„zur Vereinbarkeit der im Rahmen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe abgeschlossenen Konsortialverträge, ihrer Anlagen und Änderungen mit dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Budgethoheit des Parlaments vom 17.08.2012“

vor.

⁴⁴ Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 4.

⁴⁵ Heinrich, Wortprotokoll 17/3 vom 2. März 2012, S. 2.

⁴⁶ Ebd., S. 2.

aa) Legitimation der Unternehmensführung in personeller und sachlich-inhaltlicher Hinsicht

Die *personelle* Legitimation eines Amtsträgers ist dann uneingeschränkt gegeben, wenn, so formuliert es das Gutachten des WPD im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,

„er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder durch einen seinerseits personell legitimierten Amtsträger oder mit dessen Zustimmung erhalten hat (sog. ununterbrochene Legitimationskette)“.

Bei Kollegialorganen (wie den Entscheidungsgremien der BWB) sei es nicht erforderlich, dass alle an einer Entscheidung Beteiligten über individuelle demokratische Legitimation verfügen. Entscheidend sei vielmehr, so das Bundesverfassungsgericht, dass die Mehrheit der Mitglieder des Kollegialorgans

„uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert ist und die Entscheidung darüber hinaus von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen wird (Prinzip der so genannten doppelten Mehrheit)“.⁴⁷

Eine *sachlich-inhaltliche* Legitimation setzt demgegenüber voraus, dass – so das Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes, die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zusammenfassend –

„die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung – ohne Bindung an die Willensentschließung einer außerhalb parlamentarischer Verantwortung stehenden Stelle – handeln können und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen. Im Bereich der Exekutive wird die sachlich-inhaltliche Legitimation vorrangig durch Gesetzesbindung sowie durch demokratisch verantwortete Aufsicht über die Einhaltung dieser Bindung vermittelt“.⁴⁸

Es wird insoweit auch von der „Eingliederung des Amtswalters in eine bürokratische Weisungshierarchie“ gesprochen.⁴⁹

(1) Legitimation des Handelns des BWB-Vorstands

In § 9.5 des Konsortialvertrages heißt es:

„Das Land Berlin und die BB-AG stimmen ferner darin überein, dass der Vorstand aus vier Mitgliedern bestehen soll, von denen zwei [...] auf Vorschlag des Landes Berlin und im Einvernehmen mit der BB-AG, welches nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf, und zwei [...] auf Vorschlag der BB-AG und im Einvernehmen mit dem Land Berlin, welches nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf, durch den Aufsichtsrat der BWB bestellt werden sollen [...].“

⁴⁷ BVerfGE 93, 37, 72.

⁴⁸ Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes zur Vereinbarkeit der im Rahmen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe abgeschlossenen Konsortialverträge, ihrer Anlagen und Änderungen mit dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Budgethoheit des Parlaments vom 17.08.2012 (im Folgenden: WPD-Gutachten Demokratieprinzip), S.11.

⁴⁹ J. Hecker, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts (siehe Fn. 8), S. 261, 279.

In § 9.6 des Konsortialvertrages heißt es:

„Das Land Berlin und die Investoren werden einen Ausschuss bilden, welcher die Aufgabe übernimmt, ein nach § 9.5 dieses Vertrages bestelltes Mitglied des Vorstandes als Vorsitzenden des Vorstandes dem Aufsichtsrat der BWB vorzuschlagen (‚Vorstandsausschuss‘). Der Vorstandsausschuss besteht aus drei Mitgliedern, von denen je ein Mitglied vom Land Berlin, vom Investor CGE und vom Investor RWE entsandt wird. [...] Die Mitglieder des Vorstandsausschusses werden dem Aufsichtsrat der BWB im gegenseitigem Einvernehmen ein Mitglied des Vorstandes als Vorsitzenden des Vorstandes vorschlagen. Können die Mitglieder des Vorstandsausschusses innerhalb angemessener Frist ein Einvernehmen nicht erzielen, entscheidet der Vorstandsausschuss [...] mit der einfachen Mehrheit seiner Mitglieder [...]“.

Es sei demnach sichergestellt, so formuliert es das Gutachten des WPD,

„dass der Vorschlag für den Vorstandsvorsitzenden immer von den – nicht legitimierten – privaten Investoren kommt, sofern diese sich einig sind und mit dem vom Land Berlin entsandten Ausschussmitglied kein diesbezügliches Einvernehmen hergestellt werden kann“.⁵⁰

Dies sei deshalb von Bedeutung, heißt es im Gutachten weiter,

„weil der Vorstandsvorsitzende nach § 5 Abs. 2 Satz 4 GO Vorstand BWB bei Stimmengleichheit im Vorstand ein Doppelstimmrecht hat. Mithin haben die – demokratisch nicht legitimierten – privaten Anteilseigner im Vorstandsausschuss stets die Möglichkeit, das Letztentscheidungsrecht zu ihren Gunsten im Vorstand der BWB dadurch herzustellen, dass sie dem Aufsichtsrat ein auf Vorschlag der BB-AG bestelltes Vorstandsmitglied als Vorstandsvorsitzenden vorschlagen. Das ‚Prinzip der doppelten Mehrheit‘ ist demnach im Vorstand der BWB – bei isolierter Betrachtung – nicht gewahrt“.⁵¹

Dass das doppelte Stimmrecht des durch den Vorstandsausschuss bestellten Vorstandsvorsitzenden im Zweifelsfall die Mehrheit der Konzernvertreter gegenüber den Landesvertretern sichert, war für einige Abgeordnete und Angehörte Anlass, wichtige Entscheidungen des Vorstandes für demokratisch nicht legitimiert zu halten. „Durch das Doppelstimmrecht des Vorsitzenden,“ so etwa der Abg. Claus-Brunner (Piraten),

„der immer von den Privaten kommen muss – das steht so im Konsortialvertrag –, können die öffentlichen Vertreter überstimmt werden. Damit ist das verfassungsrechtliche Letztentscheidungsrecht außer Kraft gesetzt. Der Konsortialvorstandsausschuss unterbricht deshalb aufgrund der Besetzungsvorschriften sowie des in der Geschäftsordnung des Vorstands festgelegten Doppelstimmrechts des Vorsitzenden die demokratische Legitimationskette“.⁵²

⁵⁰ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 14.

⁵¹ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 14 f.

⁵² Abg. Claus-Brunner, Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 5.

Das Letztentscheidungsrecht, so auch die Abg. Bayram (Bündnis 90/Die Grünen), liege, und hierin sei das zentrale Demokratiedefizit zu sehen, nicht in der Hand des Aufsichtsrats. „Der Vorstand, der privat dominiert ist“, so Frau Bayram weiter,

„ist derjenige, der diese Entscheidung trifft. [...] Das hat zur Konsequenz, dass es sich hier um eine Gesellschaft handelt, die letztlich privat dominiert ist in ihrer Konstruktion“. ⁵³

Jedenfalls in den Bereichen, so auch Rainer Heinrich, in denen der Vorstand in seinen Entscheidungen nicht an die Zustimmung des (einmal angenommen: legitimierten⁵⁴) Aufsichtsrats gebunden sei, sei eine öffentliche Kontrolle und Einflussnahme der Wasserbetriebe nicht mehr möglich.⁵⁵ Die „laufenden Geschäfte“, so Rainer Heinrich weiter, „insbesondere die betriebswirtschaftlicher Art, die im Bereich des Controllings sich befinden, [...] die sind demokratisch nicht legitimiert“. ⁵⁶ Hier, beim operativen Geschäft, sei „das verfassungsmäßige Letztentscheidungsrecht der staatlichen Stellen außer Kraft gesetzt“. ⁵⁷ Es könne, wenn überhaupt, „nur noch in einem stark eingeschränkten Sinne“ von einer Eingliederung der BWB „in die bürokratische Weisungshierarchie des Landes gesprochen werden“. ⁵⁸ Im Ergebnis sei weder die personelle noch die sachlich-inhaltliche Legitimation des Vorstandshandelns gegeben.

Das Gutachten des WPD kommt demgegenüber zu dem Ergebnis, eine solche Bewertung der Unternehmensleitungsstruktur sei auf eine unzulässig isolierte Betrachtung zurückzuführen. Zwar sei es richtig, dass das Prinzip der doppelten Mehrheit nicht lückenlos gewährleistet sei, die demokratische Legitimation werde dem Vorstand der BWB aber durch seine Bestellung durch den Aufsichtsrat der BWB verliehen.⁵⁹ Aber selbst wenn man von einem personell-demokratischen Defizit ausgehe, seien solche Defizite „bei Unternehmen mit kondominialen Leitungsstrukturen nicht per se mit dem Demokratieprinzip unvereinbar“. ⁶⁰ „Die Modelle der sachlich-inhaltlichen sowie der personellen demokratischen Legitimation“, heißt es in einem auch vom WPD in Bezug genommenen Aufsatz Jan Heckers („Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts“), „geben nicht den exakten Stand normativer Verbindlichkeit wieder, sondern beschreiben ein Idealmaß“. ⁶¹ Es könne daher eine Absenkung des Legitimationsniveaus aus verschiedenen Gründen gerechtfertigt sein.⁶² Es sei von einem „funktionsorientierten, sektorweise abgestuften Legitimationsmuster für teilprivatisierte Einrichtungen der öffentlichen Daseinsvorsorge“ auszugehen. „Gesichtspunkte der Effizienz, der materiellen Privatisierungsfähigkeit sowie der Aufsichtsdichte“ spielten eine Rolle bei der Frage, ob eine Legitimationsdefizit ausgeglichen werden könne.⁶³ So führt Jan Hecker im zitierten Aufsatz zum Fall der BWB aus, es sei hier zu beachten,

„dass die staatlichen Aufgaben im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung einer weitgehenden materiellen Privatisierung zugänglich sind. Es wäre schwer begründbar, dass das Land diese Aufgaben vollständig an einen Privaten delegieren

⁵³ Abg. Bayram, Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 5.

⁵⁴ Siehe zu dieser Frage unten D.II.1.b) aa) (2) Legitimation des Handelns des BWB-Aufsichtsrates.

⁵⁵ Heinrich, Wortprotokoll 17/3 vom 2. März 2012, S. 4.

⁵⁶ Ebd., S. 11.

⁵⁷ Ebd., S. 6.

⁵⁸ J. Hecker, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts (siehe Fn. 8), S. 261, 279.

⁵⁹ Siehe zur Argumentation im Einzelnen unten D.II.1.b) aa) (2) Legitimation des Handelns des BWB-Aufsichtsrates, sowie insb. das WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 15 ff.

⁶⁰ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 31.

⁶¹ J. Hecker, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts (siehe Fn. 8), S. 261, 279.

⁶² WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 31.

⁶³ J. Hecker, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts (siehe Fn. 8), S. 261, 281.

darf, hingegen an einer gemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung mit einem Privaten gehindert sein soll. Zwischen materieller Privatisierungsfähigkeit und Grad der zulässigen Legitimationsverdünnung muss ein gewisses Korrespondenzverhältnis angenommen werden. Zwar ist unbestreitbar, dass die materielle Privatisierungsfähigkeit einer Aufgabe dann, wenn der Staat sie dennoch selbst wahrnimmt, nicht prinzipiell von der Beachtung des Demokratieprinzips entbindet. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass an Legitimationsdichte und -struktur exakt dieselben Anforderungen zu stellen sind wie im Falle nicht-privatisierungsfähiger Aufgaben“.⁶⁴

Dieser Gedanke führe auch zu einer Abstufung der Legitimationsanforderungen innerhalb des Aufgabenspektrums der BWB. So sei ein Defizit in solchen Bereichen, führt das Gutachten des WPD aus, „die regelmäßig nicht durch hoheitliche Eingriffe gekennzeichnet“ seien, eventuell hinnehmbar; anders in hoheitlich geprägten Betätigungsfeldern, Bereichen also, in denen „die BWB im Verhältnis zum Bürger ausnahmsweise im Über-/Unterordnungsverhältnis [...] auftritt (Anschluss- und Benutzungszwang, Festsetzung von Tarifen und Anschlussentgelten)“. Hier allerdings existierten auch – im Vergleich zum Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung – dichtere gesetzliche Vorgaben, die über behördliche Aufsichtsbefugnisse durchsetzbar seien.⁶⁵

Diese Differenzierung in verschiedene Anforderungsintensitäten warf bei einigen Abgeordneten Folgefragen auf. Wie man denn, so etwa der Abg. Dr. Lederer (Die Linke), bei einer Anstalt öffentlichen Rechts, „die für die Wasserver- und Abwasserentsorgung zuständig sei, entscheiden wolle,

„wo das Unternehmerische aufhört und das Hoheitliche anfängt? Sind die Wasserpreise eine unternehmerische oder eine hoheitliche Entscheidung? Ist die Frage, ob ich ein Rohr zwei oder vier Kilometer lang mache, um die Wasserver- oder Abwasserentsorgung für Berlin zu sichern, eine unternehmerische oder eine hoheitliche Entscheidung? Oder müssten nicht eigentlich, wenn ich die Anstalt öffentlichen Rechts als Rechtsform wähle, alle Entscheidungen, die der Vorstand einer solchen Anstalt trifft, ausnahmslos hoheitliche sein?“⁶⁶

Professor Musil antwortete in seiner Anhörung auf diese Frage wie folgt:

„Das Meinungsspektrum zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand und den demokratischen Anforderungen daran, reicht von: Ihr könnt machen, was ihr wollt – bis zu: Ihr dürft euch nur dann wirtschaftlich betätigen, wenn ihr die Mehrheitsbeteiligung mit absoluter Letztentscheidungsbefugnis der öffentlichen Vertreter habt. – Das ist die Auffassung, die vor ein paar Jahren im verfassungsrechtlichen Schrifttum durchzusetzen versucht wurde. Das ist aber nicht gelungen, sondern der Staat darf sich auch mit Minderheitsbeteiligung an wirtschaftlichen Aktivitäten beteiligen. Sonst wäre das ganze Beteiligungsmanagement, das der Staat hier macht, verfassungswidrig, denn bei einer Minderheitsbeteiligung haben Sie nicht das Letztentscheidungsrecht über das, was in dieser Firma läuft, wo Sie nur einen Minderheitsanteil haben. Es kann nicht gewollt sein, dass sich der Staat aus allem heraushalten muss, wo er in den zivilrechtlichen Konstruktionen nicht die Mehrheit hat. Dann würde man das Demokratieprinzip überspannen. Sichergestellt sein muss nur, dass die hoheitlichen Aufgaben, die von den

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 31 f.

⁶⁶ Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 9.

staatlichen Vertretern auszuüben sind, demokratisch legitimiert sind. Wenn es sich um unternehmerische Entscheidungen handelt, sind das keine hoheitlichen Aufgaben, sondern das sind dann wirtschaftliche Aufgaben, die der Staat wahrzunehmen hat, und auch Daseinsvorsorge ist keine hoheitliche Aufgabe. Strom- und Wasserlieferung usw. sind nach juristischen Kriterien keine hoheitlichen Aufgaben. Hoheitliche Aufgabe ist zum Beispiel die Beschäftigung von öffentlich Bediensteten, die Gebührenerhebung. Es gibt ein paar Dinge, die hoheitlich geregelt werden müssen. Aber das Vertragspersonal auch nicht, die Beamten, das ist Beamtenrecht. Man hat relativ wenig originär hoheitliche Tätigkeiten in solchen Unternehmen. Zum Beispiel die Gebührenerhebung ist etwas klassisch Hoheitliches. Das muss durch demokratisch legitimierte Gremien bewerkstelligt werden. Deswegen hat man ja diese Hybridkonstruktion gewählt. Man hat gesagt: Die Anstalt ist mehrheitlich staatlich, und da sind auch die Vertreter des Staates in der Mehrheit. Die Holding, die das Ganze unternehmerisch führt, ist nicht staatlich und muss auch nicht legitimiert sein“.⁶⁷

Ausschlaggebend für die Entscheidung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes, die Konstruktion der Teilprivatisierung – bei allen zweifelnden Überlegungen zu eingeschränkten und abgestuften Erfordernissen des Demokratieprinzips – für verfassungskonform zu halten, ist der Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zum einen spreche sich das Gericht schon gegen eine starre Definition dessen aus, was überhaupt staatliche Aufgabe sei – und damit der Geltung des Demokratieprinzips unterworfen. „Insbesondere“, heißt es in einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Dezember 2002,

„lässt sich Art. 20 Abs. 2 GG nicht entnehmen, dass Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge oder sonstige Aufgaben allein deshalb zwingend unmittelbar vom Staat zu erledigen wären, weil sie von wesentlicher Bedeutung für das Allgemeinwohl sind. [...] Das zeigt schon ein Vergleich mit ähnlich gewichtigen Aufgaben wie der Abfallwirtschaft und der Energieversorgung, die in weitem Umfang in privater Rechtsform wahrgenommen werden, ohne dass hiergegen unter dem Gesichtspunkt des Art. 20 Abs. 2 GG verfassungsrechtliche Zweifel angemeldet worden wären“.⁶⁸

Zum anderen wird auch für Fälle, in denen das Demokratieprinzip Anwendung findet, festgestellt, dass

„außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich nicht beschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung [...] das Demokratiegebot offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt (ist)“.⁶⁹

Vor dem Hintergrund dieser Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung, so das Gutachten des WPD, könne ein Verstoß der Unternehmensverträge gegen das Demokratieprinzip „auch dann nicht rechtssicher festgestellt werden, wenn die in Teilen der Literatur unterstellten personell-demokratischen Defizite tatsächlich vorlägen“.⁷⁰ Von einer demokratischen Legitimation des BWB-Vorstandes sei demnach auszugehen.

⁶⁷ Prof. Dr. Musil, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 11.

⁶⁸ BVerfGE 107, 59, 93 f.

⁶⁹ BVerfGE 107, 59, 91.

⁷⁰ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 35. Siehe hier auch zur Argumentation im Einzelnen.

(2) Legitimation des Handelns des BWB-Aufsichtsrates

Der Aufsichtsrat der BWB besteht aus 16 Mitgliedern:

- dem vom Senat bestimmten Aufsichtsratsvorsitzenden, der Mitglied des Senats ist,
- sieben von der Gewährträgerversammlung (gem. § 14 Abs. 1 BerlBG ausschließlich aus Senatsmitgliedern bestehend) zu bestellenden Mitgliedern und
- acht vom Gesamtpersonalrat bzw. Personalrat zu bestellenden Mitgliedern.

Das erste Legitimationsproblem auf der Ebene des BWB-Aufsichtsrates tut sich bei der Auswahl der sieben durch den Senat zu bestellenden Mitglieder auf. Denn der Senat ist bei der Auswahl nicht frei, sondern an eine Vorschlagsliste der privatrechtlich organisierten Holding gebunden. „Das Land Berlin und die BB-AG“, heißt es in § 9.1 des Konsortialvertrages,

„stimmen darin überein, dass die Holding bei den von ihr nach dem Interessenwahrungsvertrag dem Land Berlin vorzuschlagenden Persönlichkeiten für die Bestellung als Mitglieder des Aufsichtsrats der BWB die Vorschlagslisten für vier Mitglieder des Aufsichtsrates im Einvernehmen mit der BB-AG und die Vorschlagslisten für drei Mitglieder des Aufsichtsrates im Einvernehmen mit dem Land Berlin aufstellt.“

In § 1 Interessenwahrungsvertrag („Stimmbindung des Landes Berlin“) heißt es hierzu, dass die Holding dem Land Berlin eine Vorschlagsliste zuleitet,

„die mindestens drei Vorschläge für jedes dieser Aufsichtsratsmitglieder enthält. [...] Das Land Berlin ist verpflichtet, der Gewährträgerversammlung der BWB die Bestellung nur von solchen Persönlichkeiten zu Mitgliedern des Aufsichtsrats vorzuschlagen, die in der Vorschlagsliste der Holding enthalten sind. Das Land Berlin hat das Recht, von der Holding eine vollständige oder teilweise Ergänzung der Vorschlagsliste zu verlangen, wenn es keine der Persönlichkeiten, die in der Vorschlagsliste für eine bestimmte Position im Aufsichtsrat benannt worden sind, bestellen lassen will“.

Die Frage, ob man von einer demokratischen Legitimation der hier in Frage stehenden 7 Mitglieder ausgehen könne, obwohl der Senat in ihrer Bestellung nicht frei, sondern an Vorschläge einer privatrechtlich organisierten Holding gebunden sei, wurde vom Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes bejaht. Zum einen werde die Holding zu 50,1 % vom Land Berlin getragen, so dass von einer beherrschenden Stellung der privaten Anteilseigner nicht ausgegangen werden könne. Zum anderen sei es verfassungsgerichtlich anerkannt, dass Vorschlagsrechte wie dasjenige der Holding dann zulässig seien, wenn, so fasst das Gutachten zusammen, „der legitimierten Instanz, d. h. dem Senat, eine Auswahl unter mindestens zwei Vorgeschlagenen und ein Zurückweisungs- oder Ergänzungsrecht verbleibt“.⁷¹ Da dies vorliegend der Fall sei, sei die Regelung nicht zu beanstanden.

Das zweite Legitimationsproblem ergibt sich daraus, dass die Zusammensetzung des Aufsichtsrates eine Einhaltung des Prinzips der doppelten Mehrheit unmöglich macht. Acht der

⁷¹ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 17 unter Verweis u. a. auf: BerlVerfGH NVwZ 2000, 794, 796, BVerfGE 26, 186, 196 f.

sechzehn Mitglieder nämlich werden vom Personalrat gestellt und sind demnach nicht „uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert“.⁷²

Nach dem Gutachten des WPD allerdings ist auch dieses Legitimationsdefizit für die Annahme einer Verletzung des Demokratieprinzips nicht ausreichend. Eine „Heilung“ könne dadurch erreicht werden, dass ein „Letztentscheidungsrecht einer in parlamentarischer Verantwortung stehenden oder dem Weisungsrecht eines parlamentarisch verantwortlichen Amtsträgers unterliegenden Stelle“ gewährleistet wird.⁷³

Hiermit war das Beanstandungsrecht der / des Aufsichtsratsvorsitzenden gemäß § 12 BerlBG angesprochen. Dort heißt es:

(1) Das vorsitzende Mitglied nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 oder seine Vertretung nach § 10 Abs. 5 Satz 1 kann Beschlüsse des Aufsichtsrats mit aufschiebender Wirkung bis zum Ende der Sitzung beanstanden.

(2) Das vorsitzende Mitglied hat den beanstandeten Beschluss unverzüglich der Gewährträgerversammlung unter Darlegung der unterschiedlichen Auffassungen vorzulegen. Aufgrund der Vorlage entscheidet die Gewährträgerversammlung zeitnah, längstens jedoch innerhalb von vier Wochen nach Beschlussfassung. Die Entscheidung der Gewährträgerversammlung ersetzt den beanstandeten Beschluss.

Da die / der Aufsichtsratsvorsitzende stets Mitglied des Senats und also demokratisch legitimiert ist, stellte sich die Frage, ob die Befugnis, sämtliche Beschlüsse des Aufsichtsrats zu beanstanden, als „Letztentscheidungsrecht“ im Sinne des Bundesverfassungsgerichts gelten kann. Das Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes kommt zu dem Ergebnis, dass dies deshalb der Fall sei, weil die beanstandeten Beschlüsse gemäß § 12 BerlBG durch Entscheidungen der – ausschließlich aus (legitimierten) Senatsmitgliedern bestehenden – Gewährträgerversammlung ersetzt würden. Dieser Mechanismus stelle demnach sicher, dass sämtliche Beschlüsse des Aufsichtsrats „entweder mit Zustimmung / Billigung des demokratisch legitimierten Aufsichtsratsvorsitzenden“ gefasst oder, im Falle einer Beanstandung, der ebenfalls legitimierten Gewährträgerversammlung zur Entscheidung vorgelegt würden.⁷⁴ Es sei daher im Ergebnis von einer Legitimation des Handelns des BWB-Aufsichtsrates auszugehen.

(3) Legitimation des Handelns der Holding

„Die Holding“, so umreißt das Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes den Untersuchungsgegenstand,

„muss den Anforderungen des Demokratieprinzips nur insoweit entsprechen, als sie Weisungen an die BWB erteilt. Denn nur insoweit übt sie Einfluss auf die öffentlich-rechtliche Anstalt und somit – mittelbar – selbst öffentliche Gewalt aus“.⁷⁵

⁷² So die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts in einem ähnlich gelagerten Fall, siehe BVerfGE 93, 37, 72.

⁷³ BVerfGE 93, 37, 72.

⁷⁴ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 19.

⁷⁵ Ebd., S. 22.

Zum Zweck einer Weisungskontrolle wurde daher in den Verträgen ein sog. Weisungsausschuss des Aufsichtsrates vorgesehen. In der Begründung des Teilprivatisierungsgesetzes hieß es hierzu:

„Der BWB Holding AG wird [...] lediglich eine begrenzte Weisungsbefugnis gegenüber der Anstalt eingeräumt. Das Weisungsrecht unterliegt den mit Blick auf die Aufgaben der Anstalt, die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung erforderlichen öffentlichrechtlichen Bindungen. Gleichzeitig ist die Erteilung von Weisungen von der Zustimmung eines Weisungsausschusses bei der Holding AG, in dem das Land Berlin mehrheitlich vertreten ist, abhängig. Der Beschluß kann deshalb nur mit Zustimmung der Vertreter des Gewährträgers der Anstalt (Land Berlin) ergehen. Hierdurch wird eine dem Demokratieprinzip genügende demokratische Legitimation der Leitung der Anstalt sichergestellt.“⁷⁶

Die ursprüngliche, bis 2003 gültige Konstruktion des hiernach eingerichteten Weisungsausschusses (er wurde mit vier Mitgliedern besetzt, wobei mindestens zwei von ihnen gleichzeitig Mitglieder des Vorstandes der Holding sein sollten) wurde auch von denjenigen, die im Übrigen von einer mehrfachen Durchbrechung der Legitimationskette ausgehen, als mit dem Demokratieprinzip jedenfalls grundsätzlich vereinbar angesehen, da der Weisungsausschuss immerhin die Möglichkeit gehabt habe, Weisungen des Holding-Vorstandes wirksam zu blockieren.⁷⁷

Durch eine Organisationsreform (Fünfte Änderungsvereinbarung vom 24. Oktober 2003) wurden die Vorstände der Holding und der Wasserbetriebe zusammengelegt, so dass seitdem Personenidentität zwischen dem Vorstand der BWB und dem der Holding besteht. Dem Sonderausschuss stellte sich die Frage, ob der Weisungsausschuss durch diese Reform seine legitimationsstiftende Funktion verloren haben könnte. Schließlich, so argumentierte der Angehörte Rainer Heinrich, bestehe seit der Reform nur noch theoretisch die Möglichkeit für den Weisungsausschuss, Weisungen des Holding-Vorstandes an den BWB-Vorstand zu blockieren; denn praktisch könne der Holding-Vorstand seine Vorhaben – unter Umgehung des Weisungsausschusses – nun auch als BWB-Vorstand umsetzen. Der Weisungsausschuss sei daher „endgültig zur leeren Hülle“ geworden.⁷⁸ Der Weisungsausschuss, so der Abg. Claus-Brunner (Piraten), habe „zwar noch auf dem Papier das Recht, Weisungen abzulehnen, da das aber personenidentisch besetzt ist, findet das in der Praxis nicht mehr statt“.⁷⁹ Der Abg. Dr. Lederer (Die Linke) führte hierzu aus, der Weisungsausschuss habe

„sich faktisch erledigt, wenn ich die beiden Holdingvorstände und Anstaltsvorstände zusammenlege, denn dann müsste sich der Weisungsausschuss ja zwischen die linke und rechte Gehirnhälfte klemmen“.⁸⁰

Das Gutachten des WPD hingegen hält die Auffassung für unzutreffend, durch die Zusammenlegung der Vorstände sei es dazu gekommen, dass, so Rainer Heinrich, „die Einflussnahme der Holding auf die Anstalt nun nicht geringer, sondern intensiver“ geworden sei. Es sei

⁷⁶ Drucksache 13/3367, S. 6.

⁷⁷ Heinrich, Wortprotokoll 17/3 vom 2. März 2012, S. 7.

⁷⁸ Ebd., S. 8.

⁷⁹ Abg. Claus-Brunner, Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 5.

⁸⁰ Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/3 vom 2. März 2012, S. 14.

keineswegs „mit den Doppelmandaten die Leitungsmacht auf die Holding vereint“ worden,⁸¹ vielmehr sei das ganze Gegenteil der Fall. Zu bedenken nämlich sei, dass die Vorstandsidentität im konkreten Fall nicht von der Holding, sondern von der BWB ausgegangen sei, also keine Entsendung „von oben nach unten“, sondern eine solche „von unten nach oben“ erfolgt sei. „Sämtliche Mitglieder des Vorstandes der BWB“, heißt es in § 10.6 Konsortialvertrag, sollen „auch Mitglieder des Vorstandes der Holding sein“. Es würden demnach nicht Mitglieder des herrschenden Unternehmens (der Holding) in den Vorstand der – abhängigen – Anstalt entsendet, sondern umgekehrt entsende die Anstalt ihre Vorstandsmitglieder in den Vorstand der Holding, der somit quasi vom – legitimierten – Anstaltsvorstand übernommen werde.⁸² Die Legitimation des Anstalts-Vorstandes erstreckte sich somit auch auf „solche von ihm zu treffenden Maßnahmen, die bei Personenverschiedenheit der beiden Vorstände ggf. als Weisung der Holding ergehen würden“. Vor diesem Hintergrund sei festzuhalten, „dass durch die Personenidentität des Vorstandes der Holding mit dem legitimierten BWB-Vorstand der Einfluss der Anstalt – und damit des Landes – auf die Holding insgesamt“ nicht nur nicht geschwächt, sondern sogar gestärkt worden sei.⁸³ Diese Argumentation stieß im Ausschuss allerdings auf Widerspruch.⁸⁴

bb) Stellungnahme des Ausschusses

In seiner Mehrheit schloss sich der Ausschuss der Auffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes an. Danach ist von einem verfassungsrechtlich relevanten Legitimationsdefizit nicht auszugehen. Zudem bezweifelte der Abg. Karsten (SPD), dass eine eingehende Beschäftigung mit der Frage eines eventuellen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip in der konkreten Situation überhaupt sinnvoll sei:

„Wir nehmen jetzt mal an, obwohl große Zweifel daran bestehen, dass es so ist, dass gegen das Demokratieprinzip verstoßen wurde, [...] was folgt denn daraus? – Da ist es eben so, dass ich glaube, dass es sehr wichtig ist, sich darüber auch wirtschaftlich Gedanken zu machen, was daraus folgt. Denn es bringt nichts zu sagen, okay, jetzt begeben wir uns auf einen Weg mit einem unsicheren offenen Ende, mit einem unsicheren Zeitpunkt, wann man z. B. auf den Weg zu einer Rückabwicklung kommen würde, wenn es denn zuträfe, und dann ist die Frage: Ist das dann wirtschaftlich, lohnt sich das für das Land Berlin im Vergleich zu einem Weg, den die Koalition vereinbart hat, nämlich den Rückkauf?“⁸⁵

Dies, so die Auffassung der Koalition, sei nicht der Fall, so dass die Frage eines möglichen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip letztlich ohne tragende Relevanz sei.⁸⁶

⁸¹ Der Angehörte Rainer Heinrich zitierte hier (Wortprotokoll 17/3 vom 2. März 2012, S. 8): Daniela Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten. Dargestellt am Holdingmodell zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, 2005, S. 147 f.

⁸² WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 27.

⁸³ Ebd., S. 29.

⁸⁴ „An der Stelle“, so der Abg. Dr. Lederer (Die Linke), „setzt bei mir die politische Fantasie komplett aus und die juristische auch ein Stück weit. [...] Dass die Berliner Wasserbetriebe der Holding Weisungen erteilen würden oder an dieser Stelle der Legitimationsstrang umgekehrt läuft, dass quasi das demokratische Interesse, das sich in der Anstalt Bahn bricht, dann auf Veolia und RWE durchschlägt, an der Stelle“, so der Abg. Dr. Lederer weiter, vermute er Unkenntnis vom Konzernrecht und „jeder Art Einflussnahme auf Unternehmen“, Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 11.

⁸⁵ Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 5.

⁸⁶ Siehe zur Diskussion um den Rückkauf unten D.III.

2. Europarechtliche Fragen

Im Bereich des Europarechts hat sich der Ausschuss im Wesentlichen mit zwei Fragestellungen befasst: Zum einen damit, ob es sich bei der vom Land Berlin eingegangenen Ausgleichsverpflichtung des § 23.7 des Konsortialvertrages um eine – unzulässige – Beihilfe nach Art. 107 AEUV (früher: Art. 87 EGV) handelt, zum anderen mit vergaberechtlichen Anforderungen.

Zu diesen beiden Themenkomplexen hat der Ausschuss die folgenden Sachverständigen angehört:

Keßler, Prof. Dr. Jürgen	Professor für Deutsches, Europäisches und Internationales Handels-, Gesellschafts-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der HTW Berlin; Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, Trägerin des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ (6. Sitzung am 04.05.2012)
Mayer, Prof. Dr. Franz C.	Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik an der Universität Bielefeld (9. Sitzung am 08.06.2012)

a) § 23.7 des Konsortialvertrages als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV?

Artikel 107 Abs. 1 AEUV

(1) Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Nach Art. 107 AEUV (früher: Art. 87 EG) sind grundsätzlich staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Eine solche Beihilfe könnte die in § 23.7 des Konsortialvertrages festgelegte garantierte Ausgleichsverpflichtung durch das Land Berlin⁸⁷ zugunsten der Beteiligungsgesellschaft darstellen.

aa) Argumentationen

Zu der Frage, ob die in § 23.7 des Konsortialvertrages festgelegte garantierte Ausgleichsverpflichtung durch das Land Berlin eine – ggf. unzulässige – staatliche Beihilfe beinhalte, wurden konträre Ansichten vertreten.⁸⁸

⁸⁷ Zu der Regelung des § 23.7 des Konsortialvertrages siehe D.II.1.a) aa).

⁸⁸ Siehe zur Argumentation im Einzelnen insb.: Schreiben von Transparency International und der Verbraucherzentrale Berlin an die EU-Kommission vom 15. Juni 2011, Anhörungen Prof. Dr. Keßler (Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012) und Prof. Dr. Mayer (Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012).

Einig allerdings war man sich darin, so führte Professor Franz C. Mayer in seiner Anhörung aus, dass das Beihilferecht stark von der Rechtsprechung und der Praxis der Europäischen Kommission geprägt sei, so dass es sich – aufgrund einer Vielzahl von Präzedenzfällen, die das Rechtsgebiet prägten – um eine „typische Praktikermaterie“ handle.⁸⁹ Deshalb seien – hier bezog sich Professor Mayer auf das zur Zeit anhängige Prüfverfahren der Europäischen Kommission zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe – „sichere Prognosen für den Ausgang eines konkreten Prüfverfahrens relativ schwierig“.⁹⁰

Dennoch wurden die jeweiligen Standpunkte mit Nachdruck vertreten. Auf der einen Seite wurde angenommen, es läge eine Beihilfe vor, die

„durch die seitens der Vertragsparteien intendierte und im Rahmen der Vertragsdurchführung bewirkte Begünstigung der privaten Investoren den Wettbewerb verfälscht und hierdurch zugleich den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt“.⁹¹

In dem hier zitierten Schreiben, mit dem sich Transparency International und die Verbraucherzentrale Berlin am 15. Juni 2011 an die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission gewandt haben und das das bereits erwähnte Prüfverfahren auslöste, heißt es zur Begründung, die Ausgleichsverpflichtung des § 23.7 des Konsortialvertrages stelle die privaten Investoren im Ergebnis „von jeglichem unternehmerischen Risiko und damit weitgehend von einem wettbewerbskonformen Verhalten frei“.⁹² Durch diese Begünstigung komme es zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten anderer Marktteilnehmer.

Zu der Frage, ob eine nur indirekt wirkende Ausgleichsregelung wie die des § 23.7 überhaupt als Beihilfe i. S. d. Europarechts qualifiziert werden könne, bemerkte Professor Jürgen Keßler (Mitverfasser des oben zitierten Schreibens an die Kommission vom 15. Juni 2011), welche rechtliche Gestaltungsform für eine Beihilfe gewählt werde, sei unerheblich. Die Europäische Kommission habe

„klargestellt, dass jede Art von Ausfallhaftungen, wie immer sie ausgestaltet sind, als Garantieverprechen, ob subsidiär oder unmittelbar, als Bürgschaften, die dazu führen, dass der Staat einem Investor ein gewisses Risiko abnimmt, grundsätzlich den Beihilfetatbestand des europäischen Rechts erfüllen“.⁹³

Eine Art Testfrage bei der Bestimmung, ob eine staatliche Beihilfe vorliege oder nicht, so Professor Keßler weiter, sei der so genannte „Private Investor Test“. Man frage hierbei, ob

„ein privater Investor anstelle des Landes Berlin einen vergleichbaren Vertrag geschlossen (hätte), in dem er in gewissem Umfang eine solche Ausfallgarantie übernimmt“.⁹⁴

Wende man diesen Test auf den konkreten Fall an, habe er, so Professor Keßler,

„relativ wenig Zweifel, dass der Private Investor Test hier durchaus darauf hindeutet, dass private Investoren das jedenfalls nicht in einer Art und Weise gemacht hätten – das

⁸⁹ Prof. Dr. Mayer, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 9.

⁹⁰ Ebd.

⁹¹ Schreiben von Transparency International und der Verbraucherzentrale Berlin an die EU-Kommission vom 15. Juni 2011, S. 3.

⁹² Ebd., S. 4.

⁹³ Prof. Dr. Keßler, Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 10.

⁹⁴ Ebd., S. 14.

ist, glaube ich, das Entscheidende –, wo man nicht genau absehen kann, wie hoch die ökonomischen Folgen sind“.⁹⁵

Es wurde vor dem Ausschuss jedoch ebenso die Ansicht vertreten, es handle sich bei der Ausgleichsregelung um keine staatliche Beihilfe. Zum einen wurde das prognostizierte Ergebnis des Private Investor Tests bestritten. Man könne, so Professor Mayer in seiner Anhörung,

„durchaus zu der Überlegung kommen [...], dass eine Anpassung – wie in § 23 Abs. 7 Konsortialvertrag vorgesehen – auch der Private Investor vorgenommen hätte, vielleicht hätte vornehmen müssen, um seinen Vertrag zu retten, wenn es zutrifft, dass das der Ausschreibung und allen Bietergeboten zugrunde gelegte Gleichgewicht zwischen der Leistung des Landes Berlin und der Gegenleistung der Bieter aufrechtzuerhalten gewesen wäre. Der Private Investor hätte vielleicht den Kaufpreis gesenkt, aber letztlich wäre er in eine ähnliche Lage geraten“.⁹⁶

Auch wurde die Frage aufgeworfen, ob, wenn wie im vorliegenden Fall eine Monopolstellung anzunehmen sei, überhaupt noch ein Wettbewerb vorliege, der verzerrt werden könne. Wie man denn, so formulierte es der Abgeordnete Zimmermann (SPD), „überhaupt denklogisch“ zu einer Wettbewerbsverzerrung kommen könne,

„wenn es auf diesem Markt in Berlin, dem Wassermarkt, schlechterdings überhaupt keinen Wettbewerb gab und auch nicht geben konnte, sodass auch das schützende EU-Recht einen bestehenden Wettbewerbsraum gar nicht schützen kann, weil es einen solchen gar nicht gibt“.⁹⁷

Schließlich wurde vorgebracht, es könne, unabhängig von inhaltlichen Streitpunkten, zu einer aus Artikel 15 der Verfahrensordnung zum Beihilferecht folgenden Verjährung etwaiger Rückforderungsansprüche gekommen sein. Die dort geregelte Frist von 10 Jahren, so führte Professor Mayer aus,

„beginnt mit dem Tag, an dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger als Einzelbeihilfe oder im Rahmen einer Beihilferegulierung gewährt wird. Für die uns interessierenden Fälle ist ohne Weiteres festzustellen, dass das Privatisierungsverfahren von 1999 mehr als zehn Jahre her ist. Es lässt sich argumentieren, dass auch die das Ergebnis dieses Privatisierungsverfahrens sichernden Maßnahmen, die keinen neuen wirtschaftlichen Sachverhalt schaffen – das betrifft die Regelung des § 23 Abs. 7 Konsortialvertrag von 1999 und deren Umsetzung in 2003 –, auch unter diese Verjährungsfrist fallen“.⁹⁸

In diesem Punkt gab die Abgeordnete Bayram (Bündnis 90/Die Grünen) allerdings zu bedenken, es sei doch möglich, die fraglichen Vertragsbeziehungen als Dauerschuldverhältnis einzustufen, „so dass der Vertragsschlusszeitpunkt vielleicht eher von sekundärer Bedeutung

⁹⁵ Ebd., S. 14.

⁹⁶ Prof. Dr. Mayer, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 12.

⁹⁷ Abg. Zimmermann, Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 16 f. Ebenso StS Zimmer: „Nun ist es hier so, dass ein weiterer Zugang zum Wassermarkt gar nicht möglich ist, weil es sich um ein Monopol handelt. Das heißt also, ein Dritter könnte jetzt hier keine Dienstleistung anbieten auf dem Gebiet. Da stellt sich mir natürlich schon die Frage, ob zum Zeitpunkt nach dem Vertragsschluss überhaupt noch eine wettbewerbsverzerrende Wirkung eintreten kann“, StS Zimmer, Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 14.

⁹⁸ Prof. Dr. Mayer, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 10.

ist“.⁹⁹ Das, so erwiderte Professor Mayer, könne man sicher so sehen, das wolle er nicht in Abrede stellen.¹⁰⁰

Auf die Folgen eines möglichen Fristablaufs angesprochen, führte Professor Mayer aus:

„Das ist ein Stück weit offen. [...] Ich will nicht verschweigen, dass man das in zwei Richtungen deuten kann. Man kann es so sehen, dass hier letztlich lediglich eine Fristbestimmung für die Rücknahanordnung der Kommission festgelegt wird. Danach, nach zehn Jahren, kann die Kommission nicht mehr die Rücknahme anordnen. Aber sie kann feststellen, es war rechtswidrig. Sie kann alles Mögliche machen. Sie kann eine Negativfeststellung treffen usw. mit den entsprechenden Folgen auf der nationalen Ebene. Oder aber man sagt: Das ist eine Genehmigungsfiktion. Nach den zehn Jahren gehen wir davon aus – Rechtssicherheit –, das ist beihilferechtlich nicht mehr zu beanstanden“.¹⁰¹

bb) Stellungnahme des Ausschusses

Bei der Frage, ob § 23.7 des Konsortialvertrages als unzulässige staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV einzustufen sei oder nicht, gab es keine einheitliche Meinungsbildung im Ausschuss. Im Ergebnis überwog unter den Ausschussmitgliedern die Auffassung, dass kein Verstoß gegen das Europarecht vorliege. Einigkeit bestand, dass eine abschließende Klärung dieser Frage letztlich im Zusammenhang mit dem zurzeit anhängigen Prüfverfahren der Europäischen Kommission erfolgen werde.

b) Vergaberechtliche Problematik

Im Bereich des europäischen Vergaberechts stellte sich zum einen die Frage, ob dieses Recht überhaupt anwendbar ist, zum anderen, ob es, wenn es denn anwendbar ist, beachtet wurde.

aa) Argumentationen

Die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts hängt davon ab, ob man die Teilprivatisierung als „Auftrag“ i. S. d. Vergaberechts qualifizieren kann.

Professor Mayer, der hierzu befragt wurde, wollte dies nicht ohne weiteres bejahen, bemerkte aber, man müsse stets ins Rechnung stellen, „dass das Vergaberecht [...] recht weit gehandhabt wird von den Akteuren auf europäischer Ebene“.¹⁰² Ließ man daher die Frage der Anwendbarkeit dahingestellt und ging davon aus, dass ein Dienstleistungsauftrag i. S. d. Vergaberechts anzunehmen sei,¹⁰³ blieb zu klären, ob die einschlägigen Regelungen im Falle der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe eingehalten worden waren oder nicht.

Während Professor Keßler darauf hinwies, ihm sei von einer rechtmäßigen Ausschreibung nichts bekannt,¹⁰⁴ äußerte sich Professor Mayer dahin, nach seiner Erinnerung habe es sehr

⁹⁹ Abg. Bayram, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 18.

¹⁰⁰ Prof. Dr. Mayer, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 18.

¹⁰¹ Ebd., S. 18 f.

¹⁰² Ebd., S. 19.

¹⁰³ Zu einer ausführlichen, positiven Begründung dieser Annahme siehe das Schreiben von Transparency International und der Verbraucherzentrale Berlin an die EU-Kommission vom 14. Juni 2012, S. 4 ff.

¹⁰⁴ Prof. Dr. Keßler, Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 13; siehe auch das Schreiben von Transparency International (siehe Fn. 103).

wohl eine EU-weite Ausschreibung gegeben, ein so genanntes nichtoffenes Verfahren, bei dem nur ein begrenzter Teilnehmerkreis eingeladen werde. Vor diesem Hintergrund, so Professor Mayer, werde man „aus meiner Sicht auf keinen Fall mit europarechtlichen Problemen konfrontiert werden [...]. Da gibt es, glaube ich, nicht wirklich Ansatzpunkte“.¹⁰⁵

bb) Stellungnahme des Ausschusses

Der Ausschuss hat den Diskussionsstand zur Kenntnis genommen. Es bestand Einigkeit, dass auch hier das anhängige Prüfverfahren der Europäischen Kommission abzuwarten ist, da die vergaberechtliche Thematik ebenfalls Gegenstand dieses Prüfverfahrens ist.

3. Feststellungen zur Tarifentwicklung seit der Teilprivatisierung

Neben den bislang dargestellten juristischen Fragestellungen hat sich der Ausschuss auch mit den wirtschaftlichen Folgen der Teilprivatisierung auseinandergesetzt.

Er hat dies allerdings nicht als seine primäre Aufgabe gesehen, sondern sich vorrangig auf solche Fragen konzentriert, die eventuell Auswege aus der Ist-Situation aufzeigen konnten. Grund für diese Gewichtung war, dass sich alle Fraktionen (auch mit dem Senat) jedenfalls darin einig waren, dass die Teilprivatisierung in der damals gewählten Form keine Ideallösung gewesen sei. Keiner, so der Abgeordnete Karsten (SPD), sei mit diesen Verträgen glücklich.¹⁰⁶ „Wir hier als Sonderausschuss“, so auch der Abgeordnete Buchholz (SPD),

„(müssen) ein Stück weit das Scherbengericht aufkehren [...], das in den 90er-Jahren unter der großen Überschrift angerichtet wurde: ‚Privatisierung ist der große Heilsbringer für den Landeshaushalt und die Bürgerinnen und Bürger.‘ Heute – für uns als SPD-Fraktion können wir das sagen – haben wir gelernt, dass sich die Privatisierungsvorstellungen und -träume aus den 90er-Jahren eben nicht bewahrheitet haben, sondern mitunter ganz klar als Fehlentscheidungen zu brandmarken sind. Wir müssen das heute ein Stück weit aufräumen. Dafür sind wir als Ausschuss da“.¹⁰⁷

Ausgehend von dieser allgemeinen Erkenntnis hat sich der Ausschuss auf die Eckpunkte der wirtschaftlichen Auswirkungen konzentriert. Dabei stand die Frage im Vordergrund, wie es zu den allgemein als zu hoch beklagten Wasserpreisen hat kommen können.

a) Ursprüngliche vertragliche Konstruktion der Tarifbemessung und ihre Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof

Das am 17. Mai 1999 beschlossene Teilprivatisierungsgesetz sieht in Art. II § 3 Abs. 1 Satz 2 vor, dass die Tarife der BWB so zu bemessen sind, dass „zumindest die Kosten gedeckt sind“ (Kostendeckungsprinzip). Zu den Kosten, so heißt es in Abs. 2 der Norm, gehört u. a. eine „angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals“. Was unter

¹⁰⁵ Prof. Dr. Mayer, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 19.

¹⁰⁶ Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/1 vom 6. Januar 2012, S. 28.

¹⁰⁷ Abg. Buchholz, Wortprotokoll 17/2 vom 17. Februar 2012, S. 13 f. Es sei wohl, so auch StS Dr. Sudhof für den Senat, „niemand hier im Raum, [...] der das klasse findet, was da passiert ist, sondern wir haben jetzt diese Situation, die aus einer Zeitgeistmotivation heraus – Klammer auf: aus heutiger Sicht suboptimal – getroffen wurde, und wir versuchen, unter Minimierung weiteren Schadens diese Situation zu bereinigen“, Wortprotokoll 17/3 vom 30. März 2012, S. 25.

„angemessen“ zu verstehen sei, regelt Abs. 4 der Norm. In der ursprünglichen Fassung des Teilprivatisierungsgesetzes vom 17. Mai 1999 hieß es hierzu:

„Als angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals gilt die durchschnittliche Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren, die der jeweiligen Kalkulationsperiode vorausgehen, zuzüglich 2 Prozentpunkte. Eine darüber hinausgehende Verzinsung gilt auch insoweit als angemessen, als sie auf Maßnahmen beruht, die zu einer dauerhaften Steigerung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Berliner Wasserbetriebe, insbesondere durch Anwendung neuer Technologien, Einsparungen oder Effizienzsteigerung oder in sonstiger Weise, führen. Diese weitergehende Verzinsung ist nur während eines Zeitraums von drei Jahren, beginnend ab dem Jahr, das nach Durchführung der Maßnahmen beginnt, zulässig. Die durch derartige Maßnahmen nach Ablauf der drei Jahre erzielten Vorteile sind ab dem vierten Jahr in Form von Entgeltreduzierungen an die Entgeltzahler weiterzugeben.“¹⁰⁸

Die in Satz 2 vorgesehene sog. „R+2“-Regelung, nach der zum Renditendurchschnitt deutscher Bundesanleihen pauschal 2 Prozentpunkte addiert werden sollten sowie die in den Sätzen 3 und 4 geregelte sog. „Effizienzsteigerungsklausel“, die einen weiteren Zinsaufschlag für den Fall ermöglichte, dass Maßnahmen zu einer „dauerhaften Steigerung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“ der BWB ergriffen wurden, wurden – wie bereits erwähnt¹⁰⁹ – mit Urteil des Verfassungsgerichtshof Berlin vom 21. Oktober 1999 für nichtig erklärt.

Die Vertragsparteien hatten allerdings für gerade diesen Fall der Nichtigkeitserklärung einen Ausgleich vorgesehen, nämlich die Klausel des § 23.7 des Konsortialvertrages,¹¹⁰ nach der für die nach dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs zu erwartenden Gewinnausfälle Ausgleich zu schaffen war.¹¹¹ Um dieser Ausgleichsklausel gerecht zu werden, wurde im Jahr 2003 das Gesetz zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes (TPrGÄndG) erlassen (GVBl. Nr. 45, S. 591), durch das § 3 Abs. 4 nunmehr die Fassung erhielt:

„Die angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals entspricht mindestens der durchschnittlichen Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren, die der jeweiligen Kalkulationsperiode vorausgehen. Der Zinssatz wird jährlich durch Rechtsverordnung des Senats [...] festgelegt“.¹¹²

Auf der Suche nach einer Erklärung dafür, wie es zu den anhaltend hohen Wasserpreisen hat kommen können, wurde im Ausschuss auch die Frage aufgeworfen, ob die genannte Novellierung deshalb als politisches Fehlverhalten des Parlaments betrachtet werden könne, weil durch sie das Urteil des Verfassungsgerichtshofs eventuell umgangen worden sei. Für diese Bewertung plädierte Frau Schermer vom Berliner Wassertisch, die bemerkte, die Investoren

¹⁰⁸ GVBl. Nr. 21 vom 28. Mai 1999, S. 183 ff.

¹⁰⁹ Siehe bereits oben D.II.1.a) aa).

¹¹⁰ Siehe oben D.II.1.a) aa).

¹¹¹ Bei J. Hecker, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten des öffentlichen Rechts (siehe Fn. 8), heißt es hierzu prägnant: „Den vom Gericht verwehrten Verdienst auf Kosten der Allgemeinheit kann der Privatinvestor somit auf andere Weise, wiederum auf Kosten der Allgemeinheit, doch erzielen“.

¹¹² Das so geänderte Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe trat mit Inkrafttreten des Berliner Betriebe-Gesetzes am 28. Juli 2006 außer Kraft (GVBl. Nr. 29 vom 27. Juli 2006, S. 827). Der Regelungsgehalt des § 3 Abs. 4 des Gesetzes zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe fand Eingang in § 16 Abs. 5 des Berliner Betriebe-Gesetzes.

seien letztlich so gestellt worden, „als ob es das Urteil nie gegeben hätte“.¹¹³ Nach dem Urteil, so Frau Schermer,

„galt im Gesetz wie bei jedem Gesetz, wo eine Passage nicht mehr gilt, der Rest, nämlich ‚R‘. ‚R‘ war erlaubt, und wenn das Parlament im Jahr 2003 keine Gesetzesänderung vorgenommen hätte, [...] dann wären die Wasserpreise nicht so gestiegen. Dieser Risikozuschlag von plus 2 Prozent wird durch die Gesetzesnovellierung, durch Umgehung des Verfassungsgerichtsurteils ersetzt dadurch, dass man in das Teilprivatisierungsgesetz von 2003 in § 3 Abs. 4 hineingeschrieben hat, dass mindestens ‚R‘ gezahlt wird [...], aber darüber hinaus zusätzlich ein Betrag genehmigt werden kann“.¹¹⁴

Der Abgeordnete Dr. Lederer (Die Linke) hingegen äußerte Zweifel daran, dass es sich bei der Novellierung um eine unzulässige Umgehung des Urteils gehandelt habe. Ob dies so sei, so Dr. Lederer, darüber stritten die Geister. Auch er empfinde den Vorgang als empörend, aber, führte er aus, „wenn die Alternative gewesen wäre, dass wir die Gewinne der Privaten aus dem Landeshaushalt erstatten, ist das auch krank“.¹¹⁵ Letztlich zeige sich hier ein Grundproblem: „Es kann doch nicht sein“, so Dr. Lederer,

„dass die Alternativen aus den Verträgen von 1999 letztlich nur darin bestehen, dass die Bürgerinnen und Bürger als Steuerzahler oder die Bürgerinnen und Bürger als Tarifkunden die Gewinne der Berliner Wasserbetriebe und damit sowohl des Landes als auch der Privatinvestoren bezahlen“.¹¹⁶

Im Ergebnis blieb festzuhalten, dass die Gesetzesnovellierung aus dem Jahre 2003 inzwischen vom Landesverfassungsgericht für verfassungskonform erklärt worden ist.¹¹⁷

b) Tarifentwicklung auf Grundlage der seit 2003 geltenden Regelungen

Der gemäß § 16 Abs. 5 Satz 1 und Abs. 8 Berliner Betriebe-Gesetz auf Verordnungswege festgelegte Zinssatz, durch den die Höhe der Tarife bestimmt wird,¹¹⁸ hat seit 2003 folgende Entwicklung genommen:¹¹⁹

Jahr	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Zinssatz	6,00	6,50	6,90	7,30	7,77	7,69	7,58	7,10

Das Zustandekommen dieser Verordnungzinssätze sei am Beispiel des Wertes aus dem Jahr 2011 erläutert. In der Begründung der „Verordnung über die angemessene Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals der Berliner Wasserbetriebe (BWB) für das Jahr 2011 vom 14.12.2010“ wird darauf verwiesen, dass bei der Berechnung des Mindestzinssatzes gemäß der oben erwähnten Vorgabe, die durchschnittliche Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen aus dem Zeitraum der vorangehenden 20 Jahre zu berücksichtigen, die Jahre 1990

¹¹³ Schermer, Wortprotokoll 17/2 vom 17. Februar 2012, S. 6.

¹¹⁴ Ebd., S. 16.

¹¹⁵ Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/2 vom 17. Februar 2012, S. 13.

¹¹⁶ Ebd., S. 13.

¹¹⁷ Beschlüsse vom 14. Juli 2010 (29/07; 39/09).

¹¹⁸ In § 16 Abs. 5 Berliner Betriebe-Gesetz findet sich wieder, was vor Inkrafttreten des Berliner Betriebe-Gesetzes in § 3 Abs. 4 des Gesetzes zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe geregelt war. Vgl. Fn. 112.

¹¹⁹ Quelle: Bericht der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Forschung zu den Fragen der Fraktionen der SPD, CDU, Die Linke, Bündnis 90/Die Grünen vom 4. Mai 2012, S. 2.

bis 2009 berücksichtigt worden seien. „Unter Berücksichtigung der Ermittlung des geometrischen Mittelwertes“, so heißt es weiter,

„wurde die durchschnittliche Rendite für den genannten Zeitraum von 5,09 % ermittelt. Gemäß § 16 Abs. 5 BerlBG ist daher für die Kalkulationsperiode 2011 ein Mindestzinssatz in Höhe von aufgerundet 5,1 % festzulegen. [...]

In einem zweiten Schritt wird der konkrete Zinssatz entsprechend § 16 Abs. 5 Satz 3 BerlBG bestimmt. Nach § 16 Abs. 5 Satz 3 BerlBG ‚hat der Senat die Durchschnittsrendite konservativer Vermögensanlagen in einem langfristigen, mindestens zehnjährigen dem Kalkulationszeitraum vorausgehenden Betrachtungszeitraum zugrunde zu legen, wobei abgeschlossene Jahre zu betrachten sind.‘ Als konservative Vermögensanlageformen gelten langfristige inländische Wertpapiere und langfristige Anleihen, die gemäß § 54 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) für den Deckungsstock und das sonstige gebundene Vermögen von Versicherungsunternehmen von Bedeutung sind, Pfandbriefe und öffentliche Anleihen. Aus diesen Anlageformen ergeben sich unterschiedliche Anlageportfolios, die die Ermittlung von Vergleichsrenditen ermöglichen. Hinsichtlich der Mischung der Portfolios mit den verschiedenen zulässigen Anlageformen wird auf § 54 VAG in Verbindung mit der Verordnung über die Anlage gebundenen Vermögens von Versicherungsunternehmen (Anlageverordnung – AnlV) vom 20. September 2001, zuletzt geändert durch die Verordnung vom 29. Juni 2010 zur Auslegung zurückgegriffen. [...]

Die durchschnittliche Rendite von Portfolios, die als konservativ bzw. stark konservativ anzusehen wären, betrug über einen Betrachtungszeitraum von zehn bis dreißig Jahren 2,3 % bis 8,0 %.

Damit ergibt sich eine Spannbreite für die Festlegung des Verordnungszinssatzes zwischen dem Mindestzinssatz und dem oberen Zinssatz konservativer Anlageformen, also 5,1 % bis 8,0 %.

Bei einer Festlegung auf den Zinssatz von 7,1 % entsteht keine Ausgleichsverpflichtung des Landes Berlin gegenüber den privaten Anteilseignern nach § 21.2a (1) des Konsortialvertrages.“

Im hier erwähnten § 21.2a (1) heißt es:

„In Geschäftsjahren, in denen der [...] tatsächlich zugrunde gelegte Zinssatz für die angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals [...] niedriger liegt als die durchschnittliche Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren, die dem betroffenen Geschäftsjahr vorausgehen, zuzüglich 2 Prozentpunkte („Referenzzinssatz“), erhöht sich der Gewinnanspruch der Holding um einen Ausgleichsbetrag“.

Als entscheidender, zins- und damit tariftreibender Punkt erwies sich demnach zum einen die Koppelung des Mindestzinssatzes an den Durchschnitt der Bundesanleihen aus einem Zeitraum von 20 Jahren und zum anderen der hierzu nach wie vor zu addierende Aufschlag, der so hoch anzusetzen ist, dass, wie es in der oben zitierten Begründung der Verordnung heißt, „keine Ausgleichsverpflichtung des Landes Berlin gegenüber den privaten Anteilseignern“ zu erwarten ist.

Den ersten der beiden genannten Punkte (die Berechnung des Verordnungszinssatzes auf der Grundlage eines Betrachtungszeitraumes von 20 Jahren) erläuterte Staatssekretär Zimmer (SenWiTechForsch)wie folgt: es sei dies,

„– aus der heutigen Perspektive – in der Tat ungünstig gewählt, weil wir in der Zwischenzeit sehr hohe Zinsniveaus hatten. Auf der anderen Seite: Würde man jetzt einen typischen Zinsverlauf vorhersehen, dann wäre eine zwanzigjährige Betrachtung und die Bildung eines geometrischen Mittels an sich ein plausibler Dämpfungsfaktor, der auch in eine andere Richtung hilft. Es könnte natürlich auch sein, dass Zinsen exorbitant steigen, und dadurch, dass man dort eine Mittelung vornimmt, dämpft man diesen Effekt. Das ist im Grunde genommen die Ratio, die dahintersteckt. Wir sind jetzt in einer Situation, dass diese Zinsen historisch niedrig sind – im Übrigen geht es vielen so, die ihr Haus auch langfristig finanziert haben und gern zu günstigen Zinssätzen umschulden würden, aber es nicht können. Hier haben wir wenigstens eine gewisse Anpassung an Zinsniveaus. Insofern will ich jetzt gar nicht sagen, dass ich diese Regelung insgesamt toll finde, aber die Bildung eines geometrischen Mittels über 20 Jahre ist aus meiner Sicht eine plausible Herangehensweise, um sicherzustellen, dass es eine gewisse prognostische Sicherheit gibt – auch in dem, was an Zinssatz festzusetzen ist“.¹²⁰

Es lasse dieser Mechanismus, so die Abgeordnete Kosche (Bündnis 90/Die Grünen), leider nur „eine sehr langsame Abwärtsentwicklung“ erwarten.¹²¹ „Das, was die meisten Menschen in Deutschland heute als garantierte Rendite kennen“, so auch der Abgeordnete Karsten (SPD) zu der als unangemessen empfundenen Höhe des Verordnungszinssatzes, sei die Lebensversicherung – die als sichere Anlageform gelte. „Die Lebensversicherung“, so der Abgeordnete Karsten weiter,

„hat eine Verzinsung, und als Untergrenze hat sie immer auch eine garantierte Verzinsung. Dieser Zinssatz ist – erstmalig in der Geschichte – unter zwei Prozent gesunken. Im Jahr 2012 lag er, von der Bundesregierung festgelegt, bei 1,75 Prozent“.¹²²

Das Missverhältnis zwischen allgemein sinkender Verzinsung und garantierten, wesentlich höheren – an vergangene Zinssätze gekoppelten – Verordnungszinssätzen, sei nicht länger zu vermitteln; „in diesen Wasserverträgen“, so der Abgeordnete Karsten, „sind noch Zinssätze enthalten, die bei acht Prozent liegen, während sie sich heute unter zwei Prozent befinden“;¹²³ hier sei eine Anpassung erforderlich. Der Vertrag, so der Abg. Karsten weiter, sehe für einen solchen Fall

„Mechanismen vor. Wer in den Vertrag hineinschaut, der sieht einen Mechanismus, wonach dann, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse ändern, angepasst werden muss. Unabhängig von dem, was wir weitermachen, ist für mich heute schon klar – da sind wir uns auch in der Koalition einig –, dass wir ein unangemessenes Verhältnis haben. Wir erwarten, dass es besser wird, aber das geht viel zu langsam. Das ist die heutige Einschätzung, und diese gilt für alle, die sich damit beschäftigen. Die Zinsen gehen runter, und weil wir mit einem zwanzigjährigen Zeitraum mitteln, gehen sie auch in Zukunft noch weiter leicht herunter. Wir haben also den Höchstpunkt erreicht, was die Zinsen betrifft, und wenn wir das betriebsnotwendige Kapital im Griff haben, dann

¹²⁰ StS Zimmer, Wortprotokoll 17/5 vom 30. März 2012, S. 22 f.

¹²¹ Abg. Kosche, Wortprotokoll 17/5 vom 30. März 2012, S. 22.

¹²² Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/5 vom 30. März 2012, S. 26 f.

¹²³ Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/7 vom 11. Mai 2012, S. 27.

kann hier etwas – – Entspannung wird auf jeden Fall eintreten, aber heute geht es nicht. Insofern muss sofort etwas passieren“.¹²⁴

Zum zweiten der oben angeführten tariftreibenden Faktoren, der Tatsache, dass über diese Regelung hinaus nach wie vor ein Aufschlag von 2 Prozentpunkten vorgenommen wurde, äußerten verschiedene Abgeordnete ihr Unverständnis. So bezeichnete die Abgeordnete Kosche (Bündnis 90/Die Grünen) diesen Ausgleichsmechanismus als

„verfassungswidriges Verhandeln des Berliner Senats, weil dieser Aufschlag von 2 Prozent vom Verfassungsgericht 1999 verboten worden ist. Dass wir das nicht mehr ‚R‘ plus 2 nennen, sondern anders, aber hier noch reinschreiben und noch darüber reden, dass wir tun, was das Berliner Verfassungsgericht verboten hat, finde ich dreist“.¹²⁵

Um eine Erklärung gebeten, wie sich der Aufschlag von 2 Prozent rechtfertige, äußerte sich Staatssekretärin Dr. Sudhof (SenFin) dahin, es sei so,

„dass es immer einen Zinsabstand zwischen Bundes- und Länderanleihen gibt. Berlin muss mehr für sein Geld bezahlen als der Bund, das ist so. Wir sehen das zurzeit auch im Vergleich zwischen den Nationalstaaten. Griechenland muss ganz viel für Geld bezahlen, und Deutschland im Moment ganz wenig. Berlin muss jedenfalls mehr bezahlen als der Bund, das ist die ganze Zeit über so gewesen. Der Zinsabstand zwischen Berlinanleihen und Bundesanleihen hat sich in der Marge zwischen 0,25 Prozent, also einem Viertelprozent, und einem halben Prozent bewegt. Teilweise ist er mal ein bisschen darüber gegangen, aber im Moment sind wir bei einem Zinsabstand von 0,56 Prozent und 0,55 Prozent für die Berlinanleihen. Berlin muss bei zehnjährigen Anleihen für sein Geld ein halbes Prozent mehr bezahlen als der Bund. Das liegt daran, dass die Kapitalmärkte für Berlin nicht die Sicherheitserwartungen haben wie beim Bund“.¹²⁶

Ob ein über diese Differenz von ca. 0,5 Prozent hinausgehender Abstand von weiteren 1,5 Prozent angemessen sei oder nicht, „dafür“, so Staatssekretärin Dr. Sudhof, „habe ich keine Kriterien, das zu beurteilen. Ich kann nur feststellen, dass da ein Abstand ist“.¹²⁷ Ein „halbes Prozent mehr an Zinsen“, erwiderte der Abgeordnete Höfinghoff (Piraten), sei doch

„tatsächlich marginal. Das bedeutet, dass Anlagen in die Stadt Berlin offensichtlich nicht als Risikokapital bewertet werden. Ich frage mich allen Ernstes: Woher kommen diese 2 Prozent? Die erschließen sich einfach nicht, und auch eine Investition in die Berliner Wasserbetriebe ist offensichtlich kein Risikokapital“.¹²⁸

Im Ergebnis bestand im Ausschuss weitestgehend Einigkeit darüber, dass die Tarifentwicklung seit der Teilprivatisierung korrekturbedürftig sei. In der Frage allerdings, wann und auf welchem Wege man am besten eine dauerhafte Entlastung der Wasserkunden erreichen könne, gingen die Meinungen auseinander.¹²⁹

¹²⁴ Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/5 vom 30. März 2012, S. 27.

¹²⁵ Abg. Kosche, Wortprotokoll 17/5 vom 30. März 2012, S. 21.

¹²⁶ StS Dr. Sudhof, Wortprotokoll 17/5 vom 30. März 2012, S. 23.

¹²⁷ Ebd. S. 24.

¹²⁸ Abg. Höfinghoff, Wortprotokoll 17/5 vom 30. März 2012, S. 24.

¹²⁹ Zur Diskussion darum, ob ein Rückkauf der privaten Anteile durch das Land Berlin sinnvoll sei, siehe unten D.III.

c) Das Kartellverfahren zu den Wasserpreisen

aa) Grundzüge des kartellrechtlichen Verfahrens

Der Ausschuss hat sich des Weiteren mit dem kartellrechtlichen Verfahren beim Bundeskartellamt zur Überprüfung der Berliner Wasserpreise befasst und sich hierüber informiert. Hierzu hat der Ausschuss in seiner 7. Sitzung am 11. Mai 2012 Herrn Dr. Felix Engelsing, Vorsitzenden der 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes, und Frau Annette Bangard, Beisitzerin der 8. Beschlussabteilung, angehört.

Im Einzelnen ist danach Folgendes festzuhalten:

Im Jahr 2010 kam es zu einer kartellrechtlichen Überprüfung der Berliner Wasserpreise durch das Bundeskartellamt, die unter anderem auf Anregung der damaligen Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Frauen unter der Leitung von Senator Wolf erfolgt ist.

In Rahmen der Diskussion im Ausschuss wurde die Ansicht vertreten, dass eine nach Bundesrecht ergehende Entscheidung des Bundeskartellamtes über die Senkung der Wasserpreise den Ausgleichsmechanismus des § 23.7 des Konsortialvertrages nicht auslösen könne, so dass man auf diesem Wege zu niedrigeren Wasserpreisen gelangen könne, ohne für diesen Gewinnausfall bei den privaten Anteilseignern ausgleichspflichtig zu werden. Dies, so der Abgeordnete Dr. Lederer (Die Linke), sei der

„eigentliche Hintergrund, warum dieses Kartellverfahren einmal in Gang gesetzt worden ist, dass nämlich der Ausgleichsmechanismus Berlins dann nicht greift, wenn durch bundesrechtliche Veränderungen die Sachgrundlagen der Teilprivatisierung in Frage gestellt werden“.¹³⁰

Staatssekretär Zimmer (SenWiTechForsch) wollte dieser Rechtsfolgenabschätzung nicht ohne weiteres zustimmen. „Wie sieht das eigentlich aus im Rahmen von § 23 Abs. 7“, fragte er,

„wenn ich zwar eine dritte Institution habe, die die Senkung von Gewinnen veranlasst, ich aber möglicherweise diese selber auf die Spur gesetzt habe? Darüber muss man auch mal nachdenken. Daraus können sich möglicherweise, unabhängig davon, wie es im Außenverhältnis aussieht, im Innenverhältnis auch Schadensersatzpflichten ergeben“.¹³¹

Das Bundeskartellamt erhob im August 2010 Vergleichsdaten in jenen 38 Städten Deutschlands, in denen mehr als 200 000 Einwohner leben sowie bei 6 kleineren Versorgern in der Umgebung Berlins; letztere deshalb, weil man habe sehen wollen, so erläuterte Dr. Engelsing, wie diese in derselben Region tätigen Unternehmen es schafften, Wasser zu niedrigeren Preisen anzubieten als die BWB.¹³²

In der Folge, so Anette Bangard, habe sich gezeigt, dass sich Berlin am besten mit den Städten Hamburg, München und Köln – die zusammengenommen nur unwesentlich mehr Einwohner hätten als Berlin – vergleichen lasse. Bei der Gegenüberstellung dieser drei Städte auf der einen und Berlins auf der anderen Seite habe man zahlreiche Kriterien berücksichtigt,

¹³⁰ Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/7 vom 11. Mai 2012, S. 26.

¹³¹ StS Zimmer, Wortprotokoll 17/7 vom 11. Mai 2012, S. 41.

¹³² Dr. Engelsing, Wortprotokoll 17/7 vom 11. Mai 2012, S. 8.

„mehr als 15 Kriterien, z. B. die Größe, die Versorgungsdichte in mehrerer Hinsicht, Metermengenwert, Kundenstruktur der Unternehmen, Unternehmensstrukturen der Wasserversorger, Wasserverfügbarkeit, auch Qualität des Wasserdargebots, Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet, Bodenbeschaffenheit, lokale Infrastruktur, Entgelt-erhebungen, Wasserentnahmeentgelte“.¹³³

Durch diesen Vergleich habe man schließlich „signifikant höhere Erlöse der BWB“¹³⁴ festgestellt,

„eine ganz erhebliche Preisüberhöhung [...] von BWB im Vergleich zu Hamburg, München und Köln. Es ist nicht so, dass BWB bundesweit die höchsten Wasserpreise hätte. Das haben wir auch nie behauptet. Wie Sie bei dieser Grafik auch sehen können, ist es so, dass es im Gebiet der ehemaligen DDR, also in Ostdeutschland, sehr hohe Wasserpreise gibt. Das hat besondere Ursachen. Die sind zum großen Teil im demografischen Problem gelegen, aber auch in sonstigen Problemen, Sanierungsstau usw. Diese Ursachen sind allerdings in Berlin, und zwar auch für den ehemaligen Ostteil Berlins, so nicht gegeben. Die westdeutschen Großstädte haben das nicht. Entsprechend sind da die Preise wesentlich geringer. Wir sehen aber auch, dass Hamburg, München und Köln als Metropolenversorger günstigere Preise haben, als im bundesweiten Durchschnitt. Das liegt unserer Auffassung nach daran, dass es sehr große Versorger sind, die enorme Synergieeffekte schöpfen können. Diese Synergieeffekte hat Berlin natürlich in weitaus doppeltem Maße, denn es kommt immer darauf an, wie groß ein einzelnes Versorgungsgebiet ist. Die Größe des Wasserversorgers ist vielleicht nicht so entscheidend, wenn der Wasserversorger an hundert verschiedenen Stellen, verteilt über die ganze Bundesrepublik, Wasser erbringt, aber Synergieeffekte ergeben sich schon beim einheitlichen Versorgungsgebiet, wie das hier der Fall ist“.¹³⁵

Im Vergleich deutlich höhere Preise seien allerdings erst dann missbräuchlich im Sinne des Kartellrechts, wenn sie sich nicht rechtfertigen ließen. Man habe selbstverständlich die von den BWB vorgebrachten Begründungen für den höheren Preis des Berliner Wassers geprüft, sie aber – bis auf eine wichtige Ausnahme – sämtlich nicht anerkannt. Es habe sich bei den Rechtfertigungsgründen jeweils herausgestellt,

„dass die Nachteile, die BWB angebracht hatte oder mit denen sie argumentiert hatte, im Grunde bei den anderen Unternehmen auch vorhanden waren. Da konnte man keinen Sondernachteil zulasten von Berlin sehen, eher im Gegenteil kann man sagen: Die Versorgungsstrukturen in Berlin sind ausgesprochen günstig. Es gibt hier keine großen Höhenunterschiede. Man muss das Wasser also nicht in die Höhe pumpen. Das Wasser ist reichlich verfügbar. Es liegt nicht viele hundert Meter unter der Erde. Man muss es also nicht sehr hoch pumpen. Die Dichtekriterien sind ausgesprochen günstig. Aber Berlin, das haben wir gesehen und das wollen wir auch positiv für BWB berücksichtigen, hat natürlich eine andere Vergangenheit als die westdeutschen Wasserversorger. Es hat zu einem Drittel oder bis zu 40 Prozent Ostanteil, und nach der Wiedervereinigung hat Berlin erhebliche Investitionen in die Wasserversorgung gesteckt. Das haben wir gesehen, indem wir alle Investitionen verglichen haben, Berlin mit den anderen Wasserversorgern, und da konnte man ziemlich deutlich sehen, dass Mitte der Neunzigerjahre, gar nicht mal so ganz am Anfang, auch weniger Ende der Neunzigerjahre und in diesem

¹³³ Bangard, Wortprotokoll 17/7 vom 11. Mai 2012, S. 11.

¹³⁴ Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 5. Juni 2012.

¹³⁵ Bangard, Wortprotokoll 17/7 vom 11. Mai 2012, S. 15.

Jahrtausend kaum, BWB deutlich mehr als die Vergleichsunternehmen investiert hat, und diese Diskrepanz wollen wir ihnen als Rechtfertigungsgrund im Wesentlichen auch anerkennen. Das hat letztlich dazu geführt, dass wir diese große Preisüberhöhung, die Sie eben auf dem Bild gesehen haben, reduziert haben um diesen Rechtfertigungsgrund, den wir ‚Sonderkosten Ost‘ genannt haben“.¹³⁶

Auf die Frage der Abgeordneten Kosche (Bündnis 90/Die Grünen), ob das von den BWB vorgebrachte Argument, die auch bei sinkenden Verbrauchszahlen gleichbleibenden Fixkosten rechtfertigten die Preisgestaltung der Wasserbetriebe, tragfähig sei, bemerkte Frau Bangard:

„Natürlich ist es so, dass die Fixkosten bleiben, auch wenn der Wasserabsatz sinkt. Jetzt haben wir es aber so, dass die Fixkosten bei den anderen Unternehmen auch bleiben und dass der Wasserabsatz dort auch sinkt. Das ist also keine Berliner Besonderheit, sondern bundesweit so. Fast jeder Wasserversorger hat in aller Regel im Verbrauch durchaus – mehr oder minder – über erhebliche Wasserrückgänge zu klagen“.¹³⁷

Zusammenfassend kamen die Vertreter des Bundeskartellamtes zu der Einschätzung, dass die hohen Preise nicht, wie von den BWB behauptet, auf eine besondere Situation der Wasserversorgung in Berlin zurückzuführen sei. Qualitativ hochwertiges Wasser sei in Berlin reichlich und gut zugänglich vorhanden; auch die Bedingungen der Wasserverteilung seien äußerst günstig.¹³⁸ „Der preistreibende Faktor“, so Dr. Engelsing, „sind die kalkulatorischen Kosten, in denen die BWB weit über dem Durchschnitt liegen“.¹³⁹

Dieser Argumentation entsprechend erging am 5. Juni 2012 eine Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe wegen missbräuchlich überhöhter Trinkwasserpreise von insgesamt 254 Mio. € für die Jahre 2012 bis 2015. Mit diesem Beschluss, so heißt es in der Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom selben Tag,

„ordnet das Bundeskartellamt an, dass die abgabenbereinigten Erlöse aus der Versorgung mit Trinkwasser in Berlin für die Jahre 2012 um 18 % und für die Jahre 2013 bis 2015 um durchschnittlich 17 % jeweils im Vergleich zu 2011 gesenkt werden müssen“.¹⁴⁰

Darüber hinaus, so wird Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes in der Mitteilung zitiert, „haben wir uns die Anordnung der Rückerstattung missbräuchlich bezahlter Wasserpreise für die Jahre 2009 bis 2011 ausdrücklich vorbehalten“.¹⁴¹

Nachdem das Oberverwaltungsgericht Münster die Beschwerde der Berliner Wasserbetriebe, das Kartellamt sei in diesem Fall nicht zuständig, mit Beschluss vom 6. Juli 2012 abgewiesen hat, hängt die Rechtskraft der Verfügung nunmehr noch von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf ab, dessen Kartellsenat über die bereits eingereichte Klage der BWB gegen die Preissenkungsverfügung zu entscheiden hat.

¹³⁶ Ebd., S. 17.

¹³⁷ Ebd., S. 31.

¹³⁸ Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 5. Juni 2012.

¹³⁹ Dr. Engelsing, Wortprotokoll 17/7 vom 11. Mai 2012, S. 28.

¹⁴⁰ Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 5. Juni 2012.

¹⁴¹ Ebd.

bb) Position des Ausschusses

Der Ausschuss hat die Thematik der Preisbildung durch die Berliner Wasserbetriebe ausführlich in seiner 7. Sitzung, in der die Vertreter des Bundeskartellamtes angehört wurden, besprochen. Auch bereits zuvor und in der Folge war das Thema „Wasserpreise“ mehrfach Gegenstand von Ausschusserörterungen.

Im Ergebnis bestand im Anschluss an die kartellrechtliche Preisverfügung Einvernehmen im Ausschuss darüber, dass zeitnah eine maßgebliche Preissenkung der Wasserpreise zugunsten der Berliner Wasserkunden erfolgen müsse, auch wenn über den Weg und die Erreichung dieses Ziels ein Dissens verblieb. Verwiesen sei hier auf den von den Koalitionsfraktionen ins Abgeordnetenhaus eingebrachten und mehrheitlich angenommenen Entschließungsantrag „Wasserpreise senken – alle Wasserkunden wirkungsvoll entlasten“ (Drucksache 17/0570), der auch Gegenstand der Diskussionen im Ausschuss war.¹⁴²

¹⁴² Siehe hierzu Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 20 f.

III. (Rück-)Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH durch das Land Berlin und Perspektiven danach

1. Zum (Rück-)Erwerb der RWE-Anteile

Neben den bislang dargestellten rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekten wurde im Ausschuss auch über einen – inzwischen vollzogenen – Rückerwerb der RWE-Anteile diskutiert. Insbesondere im Vorfeld der Plenarsitzung vom 25. Oktober 2012, in der dem Vermögensgeschäft zugestimmt wurde,¹⁴³ wurde über Chancen und Risiken des vom Senat verhandelten Rückerwerbs beraten.

Da der Unternehmenskaufvertrag selbst mit der Vorlage – zur Beschlussfassung – „über den Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH“ gemäß § 38 Abs. 1 GO Abghs unmittelbar dem für die Vermögensverwaltung zuständigen Ausschuss zur Beratung überwiesen wurde,¹⁴⁴ stand im Sonderausschuss nicht die detaillierte Gesamtberatung und -bewertung des Vertragswerks im Vordergrund. Stattdessen stellten die Fraktionen zum einen konkrete Fragen an die Senatsverwaltung für Finanzen, die diese schriftlich in Form des Berichts „Fragen zum Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH“ vom 13. September 2012 beantwortete,¹⁴⁵ zum anderen wurden insbesondere übergeordnete Aspekte des Rückerwerbs diskutiert.

Schwerpunkt dabei war – vor dem Hintergrund, dass zu diesem Zeitpunkt die notwendige Zustimmung des Abgeordnetenhauses zu dem Unternehmenskaufvertrag noch ausstand – insbesondere die Frage, ob ein Rückkauf zu diesem Zeitpunkt und zu diesen Konditionen eine wünschenswerte Alternative zu den übrigen im Ausschuss diskutierten Möglichkeiten darstelle, sich zur Teilprivatisierung der Wasserbetriebe zu verhalten.

Dies wurde von den Oppositionsfraktionen in Frage gestellt. Teilweise wurde kritisiert, man habe sich viel zu früh auf den Weg eines Rückkaufs festgelegt. „Ich möchte noch mal klarstellen“, so bemerkte etwa der Abg. Claus-Brunner (Piraten),

„dass hier immer nur von der Rückkaufoption im Allgemeinen gesprochen wird. Dieser Ausschuss hat aber meines Wissens auch die Aufgabe gehabt und hat sie immer noch, andere Optionen wie z. B. Rückabwicklung oder gar Enteignung oder Sonstiges zu behandeln. Das ist von Anfang an, und das wird immer deutlicher, gar nicht mehr im Bereich der Optionen, die beschritten werden sollen. Es wird noch nicht mal geprüft, ob das Sinn macht bzw. die Prüfungen, die man angefangen hat, zu Ende zu führen.“¹⁴⁶

Es sei in der Tat nötig, so auch der Abg. Dr. Lederer (Die Linke),

¹⁴³ Vorlage – zur Beschlussfassung – gemäß § 38 der GO Abghs, Nr. 12/2012 des Verzeichnisses über Vermögensgeschäfte (Drucksache 17/0581).

¹⁴⁴ Dass der Vorgang dem Vermögensausschuss, nicht aber dem Sonderausschuss überwiesen wurde, wurde teilweise kritisiert. „Was mich an der ganzen Geschichte ein bisschen stört:“, so der Abg. Claus-Brunner (Piraten), „Wir sind der Sonderausschuss für die Wasserbetriebe, und dieser ganze Vorgang mit dem Vertragswerk usw. ist – rein technisch gesehen – an diesem Ausschuss mehr oder weniger vorbeimarschiert“, Wortprotokoll 17/11 vom 7. September 2012, S. 9.

¹⁴⁵ Der Bericht ist als Anlage 2 dem Beschlussprotokoll 17/12 vom 21. September 2012 beigelegt.

¹⁴⁶ Abg. Claus-Brunner, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 20.

„dass der Senat [...] nachvollziehbar erklärt, wie der Preis zustande kommt, und zwar im Einzelnen, und von welchen Grundannahmen das Land ausgegangen ist und welche Expertise zu welchen Vorarbeiten geführt hat, denn das müssen wir als Abgeordnete nachvollziehen können, wenn wir uns dazu eine Meinung bilden und im Parlament eine Abstimmung vollziehen sollen.“¹⁴⁷

Ihre Fraktion, so auch die Abg. Bayram (Bündnis 90/Die Grünen) sei zu der Ansicht gekommen, dass der vereinbarte Preis „ein weit überhöhter Preis“ sei.¹⁴⁸ Es müsse, so die Abg. Kosche (Bündnis 90/Die Grünen), „jetzt mal ‚Butter bei die Fische‘ getan und deutlich gesagt werden: Wieso lohnt sich dieses Geschäft für die Berliner Bevölkerung? Wie kommen diese Zahlen zustande?“¹⁴⁹ Es sei der Beweis noch keineswegs erbracht, dass der Rückkauf überhaupt „zum Wohle Berlins“ sei. „Ist“, so Frau Kosche weiter, „das gut für die Bevölkerung oder nicht?“¹⁵⁰

Demgegenüber kamen die Koalitionsfraktionen zu dem Ergebnis, dass gegenüber den sonst vorgeschlagenen Vorgehensweisen „ein Rückkauf die günstigere Variante“ sei.¹⁵¹ „Solange wir nach vorne heraus zwei Optionen haben“, so der Abg. Karsten (SPD), „nämlich die eine, den Rückkauf, und die andere, ein Verfahren zur Nichtigkeit“, interessiere ihn „wirklich nur, was am Ende der Einschätzung nach das Günstigere ist“, ¹⁵² „wo wir zum Schluss [...] günstiger landen können“. ¹⁵³ Und das, so der Abg. Karsten, sei nach seiner Einschätzung der Rückkauf. Zu den Gründen im Einzelnen führte er aus:

„Es muss sich für alle Berlinerinnen und Berliner in der Tasche lohnen, also Wasserpriissenkung. Jetzt kann man immer streiten: Viel zu wenig, viel zu viel. – Das andere ist, der Haushalt des Landes Berlin, der auch allen gehört, darf nicht über Gebühr in Anspruch genommen werden. [...] Fakt ist, dass wir eine Preissenkung [...] finanzieren können. Wir können die Zinsen, die die Bank bekommt, bezahlen, und das ist vielleicht die Sache, die wir hier wirtschaftlich im Ausschuss herausgearbeitet haben, dass der Kaufpreis, so wie er jetzt feststeht, derzeit den privaten Anteilseignern mit 10 Prozent verzinst wird. Das waren die Ergebnisse, die hier auch durch die Zahlen, die wir geprüft haben, nachvollziehbar geworden sind, dass im Jahr 2011 die Ausschüttungen 10 Prozent bezogen auf den Kaufpreis betragen haben. Und wenn an diese Stelle ein Bankkredit kommt, der auch nicht kurzfristig ist, sondern jetzt geht es schon um den langen Läufer, [...] der zwanzig Jahre fix ist, der 2,6 Prozent und hoffentlich nicht mehr als 3,5 Prozent kosten wird, denn dann wird es auch in dem Bereich wieder haushaltswirksam – – Das ist das Risiko, das wir jetzt eingehen, das wir ein Jahr lang, um das ganz genau zu benennen – – Wir rechnen mit 2,6 Prozent. Bei 3,5 Prozent platzt es nicht im Jahr 2013, sondern dann ist es so, dass man dann natürlich wieder länger für die Tilgung braucht. Es tritt an: Die Ausschüttung eines Privaten in Höhe von 10 Prozent, ein Bankkredit in Höhe von 2,6 Prozent, hoffentlich nicht mehr. Da kann sich jeder vorstellen, dass dieses ein gutes Geschäft ist. Jetzt hat aber noch keiner etwas davon, sondern jetzt muss er auch noch getilgt werden. Wie viel tilgt man denn so etwas? Muss man da 1 Prozent nehmen oder 2, 3, 5 oder 10 Prozent? – Keine Ahnung! Wichtig ist jetzt die Frage: Was muss man drauflegen?“

¹⁴⁷ Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 18.

¹⁴⁸ Abg. Bayram, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 19.

¹⁴⁹ Abg. Kosche, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 22.

¹⁵⁰ Ebd.

¹⁵¹ Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 19.

¹⁵² Ebd., S. 29.

¹⁵³ Ebd., S. 19.

Jetzt gehen wir mal ganz normal ran wie bei einem Haus. Da beträgt eine ganz normale Tilgung 2 Prozent. 2,6 Prozent plus 2 Prozent sind 4,6 Prozent. Zins und Tilgung ist bezahlt. Jetzt bleibt ein Preissenkungsspielraum, und das ist das Entscheidende. Darum ringen wir, dass es auch einen Preissenkungsspielraum gibt. Den gibt es, also ist es ein gutes Geschäft“.¹⁵⁴

Insgesamt, so der Abg. Karsten zusammenfassend, gehe es darum, „dass hier eine 10-prozentige Ausschüttung an einen Privaten durch einen Bankkredit in Höhe von 2,6 Prozent abgelöst wird, und das ist ein gutes Geschäft.“¹⁵⁵

Diese Einschätzung, dass der (Teil-)Rückkauf insgesamt ein gutes Geschäft sei, wurde von der Staatssekretärin Dr. Sudhof (SenFin) geteilt. Sie äußerte sich – im Zusammenhang mit einer Nachfrage des Abg. Claus-Brunner (Piraten) – wie folgt:

„Wenn dieser Vertrag nicht [...] ratifiziert wird, dann bedeutet das, dass der Teilrückkauf der Berliner Wasserbetriebe gescheitert ist. Dann bedeutet das, dass es bei der privatrechtlichen Beteiligung bleiben wird. Dann bedeutet das, dass die Wasserpreise nicht sinken werden, denn mit RWE wird es keine Wasserpreissenkung geben, bevor rechtskräftig festgestellt ist, was das Bundeskartellamt dort entschieden hat.

Zweitens haben wir laufende Schiedsverfahren. Diese sind in einer Situation, in der die Lage des Landes Berlin nicht besonders zu Optimismus Anlass gibt. Das erste Schiedsverfahren hat einen Streitwert von 340 Millionen Euro. Berlin müsste ausgleichen. Dieses Schiedsverfahren ist eingepreist in den RWE-Rückkauf. Es würde also zusätzlich 150 Millionen Euro allein aus dem Schiedsverfahren zahlen müssen. Im Übrigen ist ein weiteres Schiedsverfahren über die Kalkulation in den vergangenen Jahren anhängig. Da geht es um 60 Millionen Euro. Wiederum schlechte Perspektive für das Land Berlin! Außerdem, zum Dritten: Wenn das Bundeskartellamt sich durchsetzt und es zu einer Wasserpreissenkung infolge der Entscheidung des Bundeskartellamtes kommt, haben wir ein weiteres Schiedsverfahren mit einem potenziellen Streitwert von 280 Millionen Euro. Es wird darüber zu streiten sein, ob das Land Berlin in irgendeiner Weise dazu beigetragen hat, dass die Bundeskartellamtsverfügung so ergangen ist. In der Tat stellen sich die Privaten, RWE und Veolia, auf den Standpunkt, das sei so, weil aus dem Wirtschaftssenat des Landes Berlin die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes generiert wurde. Eigentlich wären nämlich die Landeskartellbehörden zuständig gewesen. Darüber wird also auch noch mal zu streiten sein.

Das heißt, wenn wir diese Millionenbeträge addieren, dann haben wir 150 plus 45 plus 140 – das ist dann jeweils der RWE-Anteil aus diesen Schiedsverfahren – schlicht und einfach allein. Das ist das Risiko, das auf das Land Berlin zuläuft mit einer nicht besonders optimistischen Ausgangsposition des Landes Berlin – unabhängig von dem Rückkauf, der dann nicht gelungen wäre, von den Wasserpreisen, die jedenfalls mittelfristig erst mal nicht sinken, von dem gescheiterten Versuch der Rekommunalisierung. Das wäre der Schaden.“¹⁵⁶

¹⁵⁴ Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 23 f.

¹⁵⁵ Ebd., S. 24.

¹⁵⁶ StS Dr. Sudhof, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 15 f.

Vor diesem Hintergrund, so Staatssekretärin Dr. Sudhof (SenFin), müsse das Abgeordnetenhaus entscheiden, ob das Land Berlin zu den vom Senat ausgehandelten Konditionen die RWE-Anteile zurückkaufen wolle. „Das“, so Frau Dr. Sudhof weiter, seien die Konditionen gewesen,

„die aushandelbar waren, und ich bin mir sehr sicher, dass das das Optimum war, das drin war. Ich glaube auch, dass das Land Berlin [...] herausgeholt hat, was herauszuholen war. Ich würde das unter den einschränkenden Voraussetzungen, wie wir sie hier haben, als optimales Ergebnis bezeichnen wollen. Übrigens auch wenn Sie eine Nichtigkeit des Vertrags hätten, würden diese Hin- und Herleistungen zurückgewährt werden müssen. Man braucht nicht zu glauben, dass RWE dann den ursprünglichen Kaufpreis quasi abschreiben muss. Das wäre nicht so.“¹⁵⁷

Im Ergebnis befürwortete die Mehrheit im Ausschuss den Rückerwerb der RWE-Anteile an den Berliner Wasserbetrieben zu den vom Senat ausgehandelten Konditionen.

2. Perspektiven nach dem (Rück-)Erwerb der RWE-Anteile

Unabhängig von der Frage, ob es sich bei dem Rückerwerb um ein begrüßenswertes Geschäft handle oder nicht, wurde im Ausschuss darüber diskutiert, was, den Rückerwerb einmal vorausgesetzt, weiter geschehen solle, um die Bürger dauerhaft zu entlasten. Denn wenn man nur über den Preis für den Rückerwerb diskutiere, übersehe man, so die Abg. Kosche (Bündnis 90/Die Grünen), dass schließlich „eine wesentliche Sache in der Vertragskonstruktion“, der Konsortialvertrag nämlich, „so wie er besteht, gültig bleibt“.¹⁵⁸ Dass der Senat die Absicht erkläre,

„dass man das in Zukunft ändern will, ist eine Absicht, die lobenswert ist, aber was dabei herauskommt, weiß man immer noch nicht. Man weiß nicht, wie das Geschäft in dem ganzen Geflecht wirkt, und man weiß auch nicht, was dabei herauskommt, wenn in diesem Zusammenhang verhandelt werden soll. [...] Mir ist es wichtig, dass nicht nur das wirtschaftliche Ergebnis ein Ergebnis dieses zu teuren Preises wird, sondern auch, wie die politische Macht und quasi die Einwirkung des Landes zukünftig gestaltet werden“¹⁵⁹

In dieselbe Richtung gingen auch die Fragen des Abg. Dr. Lederer (Die Linke):

„Jetzt machen Sie so einen Teilrückkauf, kaufen die RWE-Anteile – alles schön und gut! Aber was wollen Sie eigentlich damit? Wozu das Ganze?“¹⁶⁰

Es könne nicht darum gehen, so Dr. Lederer weiter,

„das Eigentum an RWE- oder Veolia-Anteilen zurückzugewinnen, und dann bleibt alles beim Alten. Das nützt uns nichts, das wollen wir nicht. Es geht darum, im Interesse der Berlinerinnen und Berliner perspektivisch eine andere Form der Kalkulation zugrunde zu legen und die Wasserpreise zu senken. [...] Bevor die Abgeordneten im Oktober im

¹⁵⁷ StS Dr. Sudhof, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 25.

¹⁵⁸ Abg. Kosche, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 20.

¹⁵⁹ Abg. Kosche, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 24 f.

¹⁶⁰ Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 37.

Parlament gefragt werden, ob sie einem solchen Geschäft zustimmen oder nicht, muss die Frage aber beantwortet sein, welches Ziel, welchen Zweck der Senat von Berlin mit dem Geschäft eigentlich verbindet“.¹⁶¹

Der Abg. Karsten (SPD) antwortete hierauf:

„Wir wollen Preissenkung, und wir wollen das, wenn es finanzierbar ist, haushaltsneutral. In diesem Spannungsfeld wird sich das, was Sie gerade vorschlagen, bewegen.[...] Sie können sich bei einer Sache sicher sein: Weil wir auch in anderen Bereichen darüber nachdenken, zu rekommunalisieren oder vielleicht auch Kooperationen einzugehen, und in diesem Zusammenhang sind wichtige Hinweise auch aus dem Wasserbereich, die im Parlament vielleicht angekommen sind – Wir haben hier in der Tat das Betriebsgesetz, das sehr komplexe rechtliche Konstellationen ermöglicht. Ich denke, die Koalition ist sich einig, dass diese Art von intransparenten komplexen rechtlichen Strukturen, die das Gesetz derzeit noch ermöglicht, in Zukunft nicht mehr gewünscht sein wird“.¹⁶²

Es sei demnach der Wille zu Veränderungen auch in den Koalitionsfraktionen vorhanden. Aber das sei eine Frage zukünftiger Beratungen: „jetzt“, so der Abgeordnete Karsten weiter, „ist der Rückkauf vorne“.¹⁶³

Der Streit um die zukünftige Wasserpoltik des Senats entzündete sich nicht zuletzt an dem von den Koalitionsfraktionen am 25. Oktober 2012 ins Plenum eingebrachten und mehrheitlich beschlossenen Entschließungsantrag „Wasserpreise senken – alle Wasserkunden wirkungsvoll entlasten“ (Drucksache 17/0570). Hierin wurde der Senat aufgefordert, sich für die Entlastung der Wasserkunden einzusetzen, die Tarife nicht steigen zu lassen und mit dem verbleibenden Partner Veolia „die Grundlage der Zusammenarbeit neu zu verhandeln; Gewinngarantien für private Investoren sind auszuschließen“.

Hieran anknüpfend fragte der Abgeordnete Dr. Lederer (Die Linke), wie man sich die geplanten Neuverhandlungen mit Veolia konkret vorzustellen habe:

„Wie wollen Sie das denn machen, wenn Sie Veolia am Tisch behalten wollen? Die Kooperation auf eine neue Grundlage stellen, aber Gewinngarantien ausschließen? Zaubern Sie denn § 23.7 weg, oder bitten Sie Veolia freundlich, jetzt mal nicht so zu sein?“¹⁶⁴

Wie, so der Abg. Dr. Lederer weiter,

„sollen denn der Einfluss von Veolia und der Einfluss des Landes Berlin zukünftig bei den Berliner Wasserbetrieben organisiert werden? [...] Wollen Sie weiter, dass zukünftig die BWB ganz massiv von den privaten Renditeinteressen von Veolia mitbestimmt werden, auch wenn es keine Gewinngarantien mehr gibt? Wir haben schon mal festgestellt: Veolia ist nicht die Caritas. RWE ist auch nicht die Caritas. Die sind nicht hier, weil das Land Berlin notleidend ist und um ihre sachkundige Unterstützung beim Betrieb seiner Wasserversorgung gebeten hat, sondern die sind hier, weil sie Geld verdienen wollen. Die Frage, wie zukünftig die Interessen von Berlin und den privaten An-

¹⁶¹ Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 40.

¹⁶² Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 41 f.

¹⁶³ Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 7.

¹⁶⁴ Abg. Dr. Lederer, Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 20.

teilseignern, zukünftig nur noch Veolia, in dem Unternehmen austariert sein sollen, interessiert mich.“¹⁶⁵

Demgegenüber wurde von der Koalition betont, der Rückkauf sei nicht als Schlusspunkt hinter dem Thema Wasserbetriebe zu verstehen. Der Rückkauf sei, so der Abg. Karsten (SPD) „schlichtweg der erste Schritt“.¹⁶⁶ Und er räume ein, dass

„der zweite Schritt nicht völlig klar ist. [...] Wie gesagt, Veolia hat nicht die strategische Entscheidung getroffen, sich aus dem Wassergeschäft zu verabschieden, anders als RWE. Deswegen ist das hier ein Ringen darum, die Interessen des Landes Berlin so gut wie möglich durchzusetzen. Die Koalition hat auch schon in der Koalitionsvereinbarung festgelegt, dass die Rekommunalisierung dabei das oberste Ziel ist, aber eben nicht zu jedem Preis. Wenn infolge einer Rekommunalisierung beispielsweise, was es auch geben kann, die Preise sogar steigen würden, weil die Finanzierung des Kaufpreises so teuer ist, dann macht das keinen Sinn, und dann wollen wir das auch nicht. Insofern ist es richtig, an dieser Stelle eine Fortschreibung der Koalitionsvereinbarung zu treffen, in der auch die Verhandlungsoption eröffnet wird, auch mit Veolia zu verhandeln“.¹⁶⁷

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass im Ausschuss zu den Perspektiven des Rückkaufs unterschiedliche Auffassungen vertreten wurden. Die Oppositionsfraktionen kritisierten neben einem aus ihrer Sicht übereilten Vorgehen, dass die Fehler, die man – nach dem Verständnis aller Fraktionen – 1999 bei der Teilprivatisierung begangen habe, mit den neuen Verträgen weiterführe. Hingegen befürworteten die Koalitionsfraktionen den Rückerwerb auch mit Blick auf die Zukunftsperspektiven ausdrücklich. Sie wiesen auf die Chancen hin, die es für das Land Berlin bedeute, in einem ersten Schritt einen Teil der Wasserbetriebe aus privater Hand zurückzuerwerben zu können, nämlich einerseits mittel- und langfristig die Wasserpreise in Berlin senken zu können sowie andererseits eine gute Ausgangsbasis für das Ziel einer vollständigen Rekommunalisierung zu schaffen.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Ebd., S. 11 f.

¹⁶⁶ Abg. Karsten, Wortprotokoll 17/13 vom 19. Oktober 2012, S. 16.

¹⁶⁷ Ebd., S. 25.

¹⁶⁸ Der Unternehmenskaufvertrag wurde am 18. Juli 2012 unterschrieben. Das Abgeordnetenhaus stimmte dem Geschäft in seiner 19. Sitzung der 17. Wahlperiode am 25. Oktober 2012 mit den Stimmen der Koalitionsfraktionen zu.¹⁶⁸ Damit hat das Land Berlin den Geschäftsanteil der RWE Aqua GmbH an der RWE-Veolia Berlin-wasser Beteiligungs GmbH (RVB) zu einem Kaufpreis von 618 Mio. Euro rückwirkend zum 01.01.2012 erworben.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Offenlegung der Verträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

Der Sonderausschuss „Wasserverträge“ nahm einvernehmlich zur Kenntnis, dass die nach den §§ 1 und 2 des „Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“ vom Senat offenzulegenden Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden im Amtsblatt von Berlin veröffentlicht worden sind und der Öffentlichkeit über die Webseite des Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit zugänglich gemacht worden sind. Eine entsprechende Vollständigkeitserklärung der Senatsverwaltung für Finanzen liegt dem Ausschuss vor.

II. Prüfung der Verträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

Der Schwerpunkt der Aufgabe des Sonderausschusses „Wasserverträge“ bestand nach § 3 Satz 2 des „Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“ in der öffentlichen Prüfung und Aussprache der „bestehenden Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden“ unter Hinzuziehung von unabhängigen Sachverständigen.

Hierzu hat der Ausschuss in insgesamt sechzehn öffentlichen Sitzungen sachkundige Personen und Sachverständige angehört, darunter Hochschulprofessoren, Vertreterinnen und Vertreter der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, des Bundeskartellamtes sowie des „Arbeitskreises Unabhängiger Juristen“. Zu zentralen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Prüfung der Teilprivatisierung wurden zwei Gutachten bei dem Wissenschaftlichen Parlamentsdienst des Abgeordnetenhauses von Berlin eingeholt, die öffentlich erörtert wurden.

Der Ausschuss hat sich bei seiner Arbeit auf die nachfolgend aufgeführten vier Schwerpunktthemen konzentriert und ist auf der Grundlage der öffentlichen Prüfung und Aussprache einschließlich der Expertise der beiden Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes – mehrheitlich – zu den folgenden Ergebnissen gelangt:

1. Vereinbarkeit der Verträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe mit Verfassungsrecht / Frage der Sittenwidrigkeit der Verträge

Der Ausschuss hat hierzu insbesondere die Frage erörtert, ob § 23.7 des Konsortialvertrages, der eine „Nachteilsausgleichsgarantie“ durch das Land Berlin zugunsten der Berliner Wasserbetriebe beinhaltet, verfassungswidrig ist bzw. gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt.

Nach § 23.7 des Konsortialvertrages ist das Land Berlin verpflichtet, „wirtschaftliche Nachteile [...] in vollem Umfang auszugleichen“, die sich für die Berliner Wasserbetriebe aus der vollständigen oder auch teilweisen Nichtigkeitserklärung von Art. II § 3 des Teilprivatisierungsgesetzes vom 17. Mai 1999¹⁶⁹ ergeben. Nachdem eine solche teilweise Nichtigkeitserklärung dieser Norm durch den Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin im Jahr 1999 erfolgt ist, greift diese vertragliche Regelung zu Lasten des Landes Berlin, mit der Folge, dass entsprechende wirtschaftliche Nachteile der Berliner Wasserbetriebe durch finanzielle Leistungen des Landes Berlin ausgeglichen werden.

¹⁶⁹ GVBl. Nr. 21 vom 28. Mai 1999, S. 183 ff.

Eine Verfassungswidrigkeit dieser Regelung in § 23.7 des Konsortialvertrages oder die Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages aufgrund eines sonstigen Verstoßes gegen eine gesetzliche Norm konnte – auch wenn diese vertragliche Regelung als wirtschaftlich ungünstig für das Land Berlin eingeordnet wurde – nicht festgestellt werden. Insbesondere kann weder ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin angenommen werden, der es der Exekutive verbietet, ohne gesetzliche Ermächtigung Sicherheiten zu leisten, noch ein Verstoß gegen § 138 des Bürgerlichen Gesetzbuches, der sittenwidrige Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt.

Darüber hinaus sah die Ausschussmehrheit – selbst wenn man eine entsprechende Verfassungswidrigkeit der vertraglichen Regelung unterstellen würde – weder juristisch noch wirtschaftlich eine erfolgversprechende Option für eine Klage.

2. Vereinbarkeit der Konstruktion der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG / Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VvB)

Das verfassungsrechtlich verankerte Demokratieprinzip sieht vor, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht. Jede staatliche Entscheidung, genauer: alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter, muss im Ergebnis über eine lückenlose Kette demokratisch legitimierter Repräsentanten auf den Willen des Volkes rückführbar sein. Dieser Grundsatz gilt auch für die Berliner Wasserbetriebe, die nach der Teilprivatisierung weiterhin in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert sind.

Im Ausschuss wurde insbesondere die Frage erörtert, ob nach der konkreten Ausgestaltung der Teilprivatisierung eine hinreichende Bindung der Unternehmensentscheidungen an den Willen des Volkes gegeben ist. Im Vordergrund stand dabei die Frage nach der Legitimation des Handelns des Vorstandes und des Aufsichtsrats der Berliner Wasserbetriebe sowie der Legitimation des Handelns der übergeordneten BWB Holding AG.

Im Ergebnis bejahte der Ausschuss auf der Grundlage des Gutachtens des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes des Abgeordnetenhauses von Berlin und der hierin zugrunde gelegten verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine hinreichende demokratische Legitimation der Konstruktion der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und damit die Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip. Die personelle Besetzung der Entscheidungsgremien und die vorgegebenen Entscheidungsstrukturen (einschließlich Weisungs- und Vetorechten) im Vorstand und im Aufsichtsrat der Berliner Wasserbetriebe sowie in der BWB Holding AG gewährleistet danach eine noch hinreichende demokratische Legitimation.

Darüber hinaus sah die Ausschussmehrheit – selbst wenn man eine entsprechende Verfassungswidrigkeit der vertraglichen Regelung und der Konstruktion der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe unterstellen würde – weder aus rechtlicher noch aus wirtschaftlicher Sicht eine erfolgversprechende Option für eine Klage.

3. Europarechtliche Anforderungen

Im Bereich des Europarechts hat sich der Ausschuss im Wesentlichen mit zwei Fragestellungen befasst: Zum einen mit der Frage, ob es sich bei der vom Land Berlin eingegangenen Ausgleichsverpflichtung des § 23.7 des Konsortialvertrages (dazu zuvor 1.) um eine – unzulässige – Beihilfe nach Art. 107 AEUV handelt, zum anderen mit vergaberechtlichen Anforderungen. Zu beiden Fragestellungen überwog die Auffassung im Ausschuss, dass kein

Verstoß gegen europarechtliche Anforderungen anzunehmen sei. Einigkeit bestand, dass eine abschließende Klärung dieser Frage letztlich im Zusammenhang mit dem zurzeit anhängigen Prüfverfahren der Europäischen Kommission erfolgen werde.

4. Wirtschaftliche Einordnung der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe einschließlich Preisentwicklung / Bundeskartellamtsverfügung

Weitgehendes Einvernehmen bestand im Ausschuss, dass die 1999 gewählte Konstruktion der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe aus heutiger Sicht als wirtschaftlich ungünstig für das Land Berlin sowie die Bürgerinnen und Bürger Berlins einzuordnen sei.

Die mit der Teilprivatisierung verbundene Regelung für die Tariffbemessung der Wasserentgelte durch die Berliner Wasserbetriebe führt nach Auffassung des Ausschusses sowohl in ihrer ursprünglichen Fassung von 1999, die vom Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin für nichtig erklärt worden ist, also auch in der seit 2003 geltenden Fassung, die heute noch Anwendung findet, zu Wasserpreisen, die als überhöht betrachtet werden können. Der Ausschuss befürwortet daher eine zügige Preissenkung der Wasserentgelte zugunsten der Berlinerinnen und Berliner ebenso, wie es in der vom Abgeordnetenhaus beschlossenen Drucksache 17/0570 zum Ausdruck kommt. Er folgt damit in seiner Einschätzung im Wesentlichen der – noch nicht bestandskräftigen – Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts vom 5. Juni 2012 gegen die Berliner Wasserbetriebe wegen missbräuchlich überhöhter Trinkwasserpreise, gemäß der die abgabenbereinigten Erlöse aus der Versorgung mit Trinkwasser in Berlin für die Jahre 2012 bis 2012 um durchschnittlich 17 % bzw. 18 %, jeweils im Vergleich zum Jahr 2011 gesenkt werden müssen.

III. Zum Rückerwerb der „RWE-Anteile“ an den Berliner Wasserbetrieben

Außerhalb des Prüfauftrages nach § 3 Satz 2 des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, der sich auf die zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits bestehenden Verträge bezieht¹⁷⁰, hat sich der Ausschuss aufgrund der aktuellen Entwicklung ebenfalls mit dem Rückerwerb der „RWE-Anteile“ an den Berliner Wasserbetrieben befasst. Mit diesem Vertrag, dem das Abgeordnetenhaus am 25. Oktober 2012 zugestimmt hat, hat das Land Berlin den 50%igen Geschäftsanteil der RWE Aqua GmbH an der RWE-Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH zu einem Kaufpreis von 618 Millionen Euro rückwirkend zum 01.01.2012 erworben.

Der Ausschuss befürwortete mehrheitlich den Rückerwerb der RWE-Anteile an den Berliner Wasserbetrieben zu den vom Senat ausgehandelten Konditionen als einen wirtschaftlich richtigen Schritt auf dem Weg zu dem Ziel einer Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe. Der Rückerwerb dieser Anteile und die derzeit sehr günstigen Zinskonditionen ermöglichen es, über den gestärkten Einfluss des Landes Berlin mittel- und langfristig die Wasserpreise in Berlin senken zu können. Dies wird auch bei den Verhandlungen mit dem privaten Anteilseigner Veolia zu berücksichtigen sein.

¹⁷⁰ Das Gesetz trat am 13. März 2011 in Kraft (GVBl. Nr. 7 vom 12. März 2011, S. 82).

Anhang: Abkürzungsverzeichnis

Abg.	Abgeordnete/Abgeordneter
Abghs	Abgeordnetenhaus von Berlin
ABl.	Amtsblatt von Berlin
Abs.	Absatz (einer Norm)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AKJ	Arbeitskreis unabhängiger Juristen
Art.	Artikel
BB-AG	BWB Beteiligungs AG
BerlBG	Berliner Betriebesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BWB	Berliner Wasserbetriebe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CGE	Compagnie Générale des Eaux, französischer Umwelttechnik- konzern, seit 2003 Veolia Environnement
Ebd.	Ebenda
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO	Geschäftsordnung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin
LHO	Landeshaushaltsordnung
Offenlegungsgesetz	Gesetz für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (GVBl. Nr. 7 vom 12. März 2011, S. 82)
RVB	RWE-Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH
RWE AG	Energieversorgungskonzern
S.	Seite
SenFin	Senatsverwaltung für Finanzen
SenWiTechForsch	Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Forschung
StS	Staatssekretär/in
TPrG	Teilprivatisierungsgesetz (im Bericht verwendet als Kurzform für das Gesetz zur Änderung des Berliner Betriebesgesetzes, zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und zur Ände- rung des Berliner Wassergesetzes)
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Das Verwaltungsarchiv (Juristische Fachzeitschrift)
VvB	Verfassung von Berlin
WPD	Wissenschaftlicher Parlamentsdienst des Abgeordnetenhauses von Berlin

2. Teil:

Abweichende Berichte der Fraktionen

Hinweis:

Für den Inhalt der abweichenden Berichte sind die Fraktionen verantwortlich.

Abweichender Bericht der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Gliederung

A. Politische Bewertung

B. Bilanz der Arbeit des Sonderausschusses von Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

- I. Komplex: Öffentliche Mitwirkung und Transparenz
- II. Komplex: Prüfungskompetenz für die Abgeordneten
- III. Komplex: Wasserpreise – Die überhöhten Wasserpreise stehen in der Verantwortung des Berliner Senats
- IV. Komplex: Demokratiegebot und Letztentscheidungsrecht
- V. Komplex: Ein Verstoß gegen das Budgetrecht kann nicht ausgeschlossen werden

C. Schlussbemerkung

Anhänge 1 bis 6

A. Politische Bewertung des Ausschusses „Wasserverträge“ durch die Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen im Berliner Abgeordnetenhaus

Der Sonderausschuss „Wasserverträge“, der aufgrund des erfolgreichen Volksentscheids „Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ eingerichtet wurde, hat seinen Auftrag nicht erfüllt.

Der Ausschuss war mit der „öffentlichen Prüfung [...] der Verträge“ der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe beauftragt. Gemeinsam mit dem Berliner Wassertisch stellen wir fest, dass diese Prüfung aller wesentlichen Komplexe nie in juristisch notwendiger Tiefe verfolgt wurde, weil die Fraktionen der SPD und CDU eine umfassende Prüfung nicht zugelassen haben¹. Die Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen, Die LINKE und die Piraten sehen deshalb die Arbeit des Sonderausschusses als gescheitert an. Dieses Scheitern ist außerordentlich zu bedauern und lässt sich wie folgt erklären:

1. Verhalten der SPD- und CDU-Fraktionen: Aussitzen, Abblocken, Thema zur eigenen Fortbildung nutzen

Obwohl „weitgehendes Einvernehmen aller Fraktionen besteht, dass die 1999 gewählte Konstruktion der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe aus heutiger Sicht als wirtschaftlich ungünstig für das Land Berlin sowie die Bürgerinnen und Bürger Berlins einzuordnen sei“, ² agierte die Koalition planlos und desinteressiert. Seit Mitte 2012 wurde eine Prüfung der Teilprivatisierungsverträge bzw. -gesetze nicht mal mehr dem Anschein nach verfolgt. Der für das Land Berlin in seiner wirtschaftlichen Wirkung ungeklärte Rückkauf der RWE-Anteile an der RWE-Veolia Betreibergesellschaft (RVB) wurde seitens der SPD-CDU-Koalition als „Rekommunalisierung“ propagiert. Und das, obwohl die Koalition auch einräumen muss, dass die 1999 geschlossenen Teilprivatisierungsverträge auch nach Ankauf der RWE-Anteile weiter wirken. Das Land als Nachfolgerin von RWE in der RVB muss sich zukünftig in allen Fragen, die die Berliner Wasserbetriebe betreffen, mit Veolia einigen. Dabei wirkt nach wie vor der § 23.7 des alten Konsortialvertrages als das schärfste Schwert gegen den Berliner Landeshaushalt. Nach § 23.7 des Konsortialvertrages und seinen durch die 5. Änderungsvereinbarung eingefügten Ergänzungen hat sich das Land Berlin verpflichtet, wirtschaftliche Nachteile (...) in vollem Umfang nach dem Grundsatz des Nettoausgleiches auszugleichen.

Es lässt sich schwer dem Eindruck widersprechen, dass es den SPD- und CDU-Ausschussmitgliedern stets um ein Aussitzen der Verhandlungsgegenstände ging. Mittel dazu war das Abblocken von Anträgen der Oppositionsfraktionen, die eine vertiefte Klärung der jeweiligen Fragestellungen erlaubt hätten.

2. Größtmögliche Ignoranz seitens des Senats

An keiner der insgesamt 16 Ausschusssitzungen hat eine Senatorin oder ein Senator teilgenommen, obwohl – sowohl mündlich als auch schriftlich – mehrfach von den Oppositionsfraktionen eingeladen wurde. Auch wenn sich eine Senatorin oder ein Senator auf Staatssekretärebene vertreten lassen kann, bleibt es bezeichnend, dass eine solche Vertretung im Sonderausschuss „Wasserverträge“ zu jeder einzelnen Sitzung gewählt wurde. Dass weder eine der Wirtschaftssenatorinnen noch der Finanzsenator jemals an einer Ausschusssitzung teilnahmen, ist ungewöhnlich und zeigt das komplette Desinteresse des Senats, an einer zielfüh-

¹ Berliner Wassertisch: Bilanz des Sonderausschusses „Wasserverträge“; 14.12.2012, siehe Anhang 1.

² Bericht Sonderausschuss „Wasserverträge“ des Abgeordnetenhauses von Berlin; 17. Wahlperiode.

renden Umsetzung des – durch Volksabstimmung beschlossenen – Offenlegungsgesetzes mitzuwirken.

3. Mangelhafte Ausstattung des Sonderausschusses war kein Zufall

Insgesamt wurden zwar drei Vertrauenspersonen der Trägerin des Volksbegehrens sowie weitere Sachverständige in öffentlichen Sitzungen angehört. Das Problem war aber, dass aus den von den Anzuhörenden aufgeworfenen Fragestellungen systematisch nichts folgte. Besonders die komplexen verfassungsrechtlichen Fragestellungen, die in Kurzstellungnahmen durch Experten vorgetragen wurden, konnten die Abgeordneten der SPD und CDU anscheinend ohne weitere Expertise beurteilen. Den Abgeordneten der Opposition, zu denen Volljuristen gehören die sich seit Jahren mit den Verträgen befassen, war das nicht möglich. Sie beantragten immer wieder Experten-Gutachten, insbesondere zu dem Komplex einer möglichen Verletzung des Demokratieprinzips. Die SPD-CDU-Koalition verfolgte eine Versandungsstrategie, indem sie dies ohne plausible Begründung ein ums andere Mal ablehnte und dies mit ihrer Ausschussmehrheit durchsetzte.

4. Rückkauf der RWE-Anteile ändert nichts an Raub- und Beutegemeinschaft sowie an den überhöhten Wasserpreisen

Durch die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe im Jahr 1999 wurde eine Raub- und Beutegemeinschaft von privaten Investoren und der Regierung des Landes Berlin vereinbart. Zu Lasten der Wasserkunden, die die Preise bezahlen mussten. Diese so von der großen Koalition von CDU und SPD im Jahr 1999 beschlossene Teilprivatisierung zu Lasten der Berliner Wasserkunden wurde oft und lautstark kritisiert und gerichtlich beklagt. Die öffentliche Empörung über die Teilprivatisierung und die vereinbarten Gewinngarantien kulminierten in der erfolgreichen Volksabstimmung über das „Offenlegungsgesetz“. Unzweifelhaft war die Intention des Gesetzes und der abstimmenden Bevölkerung darauf gerichtet, die Nachteile der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe nicht weiter bezahlen zu müssen.

Die SPD- und CDU-Fraktionen waren und sind auch heute noch offensichtlich nicht gewillt, die Raub- und Beutegemeinschaft aufzukündigen. Stattdessen wurden die Anteile eines privaten Investors übernommen, um das Land weiter im bestehenden Vertragsgefüge zu belasten. Gerade vor dem Hintergrund der Preissenkungsverfügung 2012 des Bundeskartellamts muss die politische Entscheidung von SPD und CDU als Entscheidung gegen die Interessen der Bürgerinnen und Bürger angesehen werden. Dies vor allem auch deswegen, weil die Koalition die eigene, erst im Oktober 2012 im Parlament beschlossenen Trinkwasserpreissenkung unter den Vorbehalt der gerichtlichen Entscheidung der Zuständigkeit des Bundeskartellamts für die Berliner Wasserbetriebe stellt und den Kundinnen und Kunden Gutschriften aushändigen will.

B. Bilanz der Arbeit des Sonderausschusses von Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Die Fraktion Bündnis90/Die Grünen stellt fest, dass der Ausschuss seine Aufgabe nicht erfüllt hat, weil in ihm keine erschöpfende, vertiefte Prüfung der Wasserverträge – mit seinen ineinandergreifenden Wirkungen – durchgeführt wurde³. Obwohl der Ausschuss die Vertrauenspersonen des Volksentscheids und andere Sachverständige angehört hat, wurde versäumt, den durch diese Experten explizit aufgeworfenen Anschuldigungen und Fragen nachzugehen. Dies hätte durch weitere Gutachten erfolgen und mit weiteren Experten vertieft erörtert werden müssen.

Mit der Vorlage des Berichtes beendet der Sonderausschuss „Wasserverträge“ seine einjährige Arbeit. Mit diesem abweichenden Bericht listet die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen die Versäumnisse auf, die im Verlaufe der Ausschussarbeit selbst aufgetreten sind.

Im abweichenden Votum der Fraktion Bündnis90/Die Grünen ist konkret festzustellen:

I. Komplex: Öffentliche Mitwirkung und Transparenz

Der Sonderausschuss „Wasserverträge“ ist der erste parlamentarische Ausschuss, der durch einen erfolgreichen Volksentscheid – somit quasi von der Bevölkerung selber - im Landesparlament eingerichtet wurde. Der Bedeutung des Ausschusses für die Berliner Bevölkerung hätte durch Beteiligungsrechte für die aktiven Bürgerinnen und Bürger Ausdruck verliehen werden müssen. Dies hätte leicht durch eine Mehrheit in den Verfahrensregeln, die jeder Ausschuss zu Beginn seiner Arbeit erstellt, festgelegt werden können. Durch die Grüne Fraktion sind entsprechende Anträge gestellt worden. Aus Sicht der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen litt der Ausschuss u.a. an folgenden Mängeln:

- **Fehlendes Rederecht für aktive Bürgerinnen und Bürger (auch kein eingeschränktes)**

Die im Gesetz geforderte öffentliche Aussprache für die Bevölkerung wurde aufs Zuhören bei den Ausschusssitzungen reduziert. Meinungsäußerungen, Zwischenrufe und Willensbekundungen wurden regelmäßig vom Vorsitzenden gerügt und unterbunden.

- **Fehlendes Fragerecht für aktive Bürgerinnen und Bürger**

Ein Fragerecht als Sonderstatus für die aktiven Bürgerinnen und Bürger zum Thema Wasserpreise/Wasserverträge hätte nach dem Vorbild der Berliner BVVen eingerichtet werden müssen. Mit einer Möglichkeit zum Einreichen der Fragen im Ausschussbüro, wäre gesichert worden, dass diese in der Ausschusssitzung erörtert und beantwortet werden können.

Die vom Ausschuss in der 1. Sitzung, mit der Mehrheit der Koalition, festgelegten Verfahrensregeln beschränken hingegen die Öffentlichkeit auf die parlamentarischen Regeln nach der Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses.

³ Stellungnahme von Transparency International Deutschland; siehe Anhang 2.

II. Komplex: Prüfungskompetenz für die Abgeordneten

Schon zu Beginn der Arbeit des Sonderausschusses im Mai 2012 machte Finanzsenator Dr. Nußbaum die Position des Senats zur Arbeit des Sonderausschusses im Parlament deutlich: Er bewertete die Ergebnisse des Ausschusses, indem er eine „Geheimstrategie ... bezüglich der Auflösung der Verträge oder noch nicht veröffentlichte Vorschläge“⁴ zur Auflösung der Verträge süffisant einforderte. Diese Haltung hat er durch seine Weigerung, dem Ausschuss für Nachfragen zur Verfügung zu stehen, verstärkt.

Im Einzelnen ist zu bemängeln:

- **Fehlende Personalausstattung**

Das fachlich spezielle und in seiner Wirkungsweise verschachtelte Vertragssystem der Wasserverträge hätte es nötig gemacht, dass alle Fraktionen dazu eine wirtschaftsjuristische oder/und finanzwirtschaftliche Unterstützung erhalten, die eine Erarbeitung der jeweiligen politischen Intentionen möglich macht.

- **Zu geringe Sachmittel für unabhängige Expertise**

Das komplizierte Vertragssystem, sowohl des Konsortialvertrags als Mantelvertrag, als auch diverser Zusatzverträge und Nebenabreden in den Anlagen, hätte fachspezifischer Expertise bedurft. Obwohl die Verfasser des Gesetzes des Volksbegehrens „Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ eine unabhängige juristische Überprüfung der Verträge vertrauensvoll in die Hände ihres Parlamentes gelegt haben, wurden mehrere entsprechende Anträge für schriftliche/mündliche Gutachten unabhängiger Sachverständiger von der SPD-CDU Koalition abgelehnt. So bei dem Komplex der Prüfung des Demokratiegebotes, insbesondere des Letztentscheidungsrechts.

Der wissenschaftliche Parlamentsdienst (WPD) des Abgeordnetenhauses von Berlin wurde mit zwei Gutachten beauftragt, die dieser im Rahmen seiner Möglichkeiten erarbeitet hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Juristen des WPD nicht die fachjuristische Expertise für wirtschafts- bzw. finanzwirtschaftliche Fragestellungen haben.

- **Fehlende Honorierung von Expertinnen und Experten, besonders für vorbereitende, vertiefende Expertise**

Ohne die unentgeltlich eingebrachte Expertise der Vertrauensleute des Volksentscheids und der weiteren, eingeladenen Experten hätte der Ausschuss nicht mal die derzeit als mangelhaft zu bewertende Arbeit leisten können.

- **Anwesenheit/Vertretung des Senats**

Der Senat war durch Staatssekretäre vertreten, die bisweilen den aktuellen Stand von Entwicklungen bzw. von den ineinandergreifenden Wirkungen der Verträge, auch im Hinblick auf die Rückkaufverträge mit RWE, nicht vortragen konnten. Im Ergebnis wurden die Parlamentarierinnen und Parlamentarier nur ausschnittsweise informiert.

⁴ Abgeordnetenhaus von Berlin, Plenarprotokoll 17/13 vom 10. Mai 2012, S. 989-990.

III. Komplex: Wasserpreise – Die überhöhten Wasserpreise stehen in der Verantwortung des Berliner Senats

Im Sonderausschuss wurde das Thema „Wasserpreise“ in 7 Sitzungen behandelt. Von den **Vertrauenspersonen des Volksbegehrens** „Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ des Berliner Wassertisches⁵, Frau Gerlinde Schermer, Herrn Michael Bender und Herrn Rainer Heinrich, wurden die verordneten Wassertarife als überhöht angegriffen und dies den Gesetzen angelastet (die spiegelbildlich zu den Verträgen verabschiedet wurden) in denen die Tarifberechnung vorgegeben werden.

Diese Tarifbestimmungen im „Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 17. Mai 1999“ sind eine Kopie der Preisklauseln des am 18. Juni 1999 paraphierten Konsortialvertrags (KonsV) und seiner anhängenden Verträge. Die Tarifbestimmungen wurden 2006 unverändert in das Berliner Betriebe-Gesetz (BerlBG) übernommen. Entscheidende Bedeutung kommt dabei den Vertragsklauseln zu, welche die Festsetzung der Tarife, die Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals und die Abschreibung des Anlagevermögens (kalkulatorische Kosten) regeln.

Der preistreibende Faktor sind die kalkulatorischen Kosten, bestehend aus der Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals und der Abschreibung auf Basis der Wiederbeschaffungszeitwerte. Die Verzinsung richtet sich nach einer Klausel, die von einem Mindestzinssatz ausgeht und durch eine nach oben offene Grenze einen Zinskorridor eröffnet, innerhalb dessen der Senat nach politischen Erwägungen sein Ermessen ausüben kann. Dieser nach oben offene Zinskorridor ist eine Umgehung des Urteils von 1999 (Verbot von $r + 2\%$)⁶ und verstößt gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit.

Außerdem wurden in § 23.7 des Konsortialvertrags verschiedene Ausgleichsregelungen zum Nachteil des Landes Berlin vereinbart. Deswegen können die Tarifverordnungen des Landes bei den Tarifbestimmungen nicht von den hierzu vertraglich vorgegebenen Regelungen abweichen, ohne das Land Berlin schadensersatzpflichtig zu machen.

So wurde im Einzelnen als Beleg für Rechtsverstöße ausgeführt:

Überhöhte Wasserpreise durch Privatisierung

- Frau Gerlinde Schermer⁷ wies nach, dass der Wasserpreis seit der Privatisierung um 35 % gestiegen ist damit Renditeansprüche der Privaten erfüllt und die Haftung des Landesetats vermieden werden⁸. Weiter stellte sie fest, dass besonders die tarifwirksamen Vereinbarungen im Konsortialvertrag (§§ 21, 23; § 4 StGV II) in die einschlägigen Gesetze übernommen worden seien⁹. Dies führe auch zu einer Umgehung des Verfassungsgerichtsurteils von 1999 mit der Folge, dass die Tarife weiter nach verfassungswidrigen Regelungen kalkuliert werden, indem der Aufschlag von 2 Prozentpunkten in neuer Gestalt weiter zur Anwendung kommt.¹⁰ Hinzu komme, dass das betriebsnotwendige Kapital als ständig steigende Bemessungsgrundlage für den Verordnungszins-

⁵ Liste der Vertrauenspersonen, siehe Anhang 3.

⁶ Durchschnittliche Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren; $+2 = 2$ Zinsaufschlag (Referenzzinssatz).

⁷ Rede Gerlinde Schermer SoA 2012-02-17.pdf, siehe Anhang 4.

⁸ Schermer, Wortprotokoll 17/2, S. 7, 13.

⁹ Schermer, Wortprotokoll 17/2, S. 7, 29.

¹⁰ Schermer, Wortprotokoll 17/2, S. 29.

satz wirksam sei. Ein um 1 % höheres betriebsnotwendiges Kapital bewirke beim Verzinsungszins eine Erhöhung um 3 %¹¹. Auch die Umstellung der Abschreibungsmethode auf eine tarifwirksame Abschreibung nach Wiederbeschaffungszeitwerten – als Ersatz für die untersagte Ausschüttung der Effizienzgewinne – führt zu drastisch steigenden Wasser- und Abwassertarifen. Zudem weise das Bundeskartellamt in seiner Preissenkungsverfügung vom Juni 2012 gegen die Berliner Wasserbetriebe nach, dass die Bewertung des Anlagevermögens als zu hoch angenommen wurde¹².

Finanzierung privater Gewinninteressen

- Herr Rainer Heinrich¹³ machte deutlich, dass die hohen Wasserpreise Ergebnis der Gewinngarantie des § 23.7 Konsortialvertrag sind. Diese garantiere eine hohe, gleichbleibende – teilweise sogar steigende – Rendite. Wenn die Rendite nicht ausreichend hoch anfällt, müsste der Gewinn für die privaten Anteilseigner aus dem Berliner Landeshaushalt gezahlt werden¹⁴.
- Der Vertreter der Umweltorganisation „Grüne Liga“, Michael Bender, führte an, dass die (hohen) Wasserpreise in erster Linie der Rendite dienen und nicht für Umwelt- und Ressourcenschutz, die Versorgungssicherheit und die Vermeidung der Wasserverluste verwendet würden¹⁵.
- Herr Professor Dr. Keßler fordert in diesem Zusammenhang, dass bei der Gestaltung der Berliner Wassertarife verstärkt dem für öffentlich-rechtliche Gebühren geltenden Äquivalents- und Kostendeckungsprinzip Rechnung getragen werden müsste¹⁶. Außerdem erfülle die Ausfallhaftung des § 23.7 Konsortialvertrag nach europäischem Recht den Tatbestand der unerlaubten Beihilfe.¹⁷

Wasserpreise weit über Bundesdurchschnitt

Dass die Berliner Wasserpreise zu hoch sind, bestätigen auch Dr. Engelsing und Frau Annette Bangard, Leiter sowie die Berichterstatterin der 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes. Nach deren Angaben zum Ergebnis ihres Preisvergleichs wurde „eine ganz erhebliche Preisüberhöhung festgestellt von BWB im Vergleich zu Hamburg, München und Köln“¹⁸. In der Verfügung wird angeführt, „dass die kalkulatorischen Kosten sowohl absolut als auch relativ überdurchschnittlich hoch“ sind.¹⁹ Auf Nachfrage bestätigte Dr. Engelsing nochmal, dass der preistreibende Faktor bei den Berliner Wasserbetrieben die kalkulatorischen Kosten seien, in denen die BWB weit über dem Durchschnitt lägen.²⁰

¹¹ Schermer, Wortprotokoll 17/2, S. 16.

¹² Schermer, Wortprotokoll 17/2, S. 21.

¹³ Rede-Rainer Heinrich-Sonderausschuss.pdf, siehe Anhang 5.

¹⁴ Heinrich, Wortprotokoll 17/3, S. 4. Sowohl § 23.7 KonsV als auch § 4 Abs. 3a StGV II regeln u. a. den hier zu beurteilenden Fall des Ausgleichs eines wirtschaftlichen Nachteils der BWB durch das Land Berlin, welcher auf dem Wegfall der Effizienzsteigerungsklausel beruht - Normiert in § 16 Abs. 3 BerlBG.

¹⁵ Bender, Wortprotokoll 17/2, S. 9.

¹⁶ Prof. Dr. Keßler, Wortprotokoll 17/6, S. 5.

¹⁷ Prof. Dr. Keßler, Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 10.

¹⁸ Bangard, Wortprotokoll 17/7, S. 15.

¹⁹ BKartA, 2. Abmahnung (März 2012).

²⁰ Engelsing, Wortprotokoll 17/7, S. 28.

- Der zum Thema „Wirtschaftliche Auswirkungen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (BWB)“ angehörte Vorstandsvorsitzende Herr Bruckmann gab auf Nachfrage der Grünen an, dass die Gewinne im Wesentlichen durch das betriebsnotwendige Kapital und durch die Entwicklung des Zinssatzes beeinflusst sind²¹.
- Die Staatssekretäre Herr Zimmer (SenWiTechForsch) und Frau Dr. Sudhof (SenFin) verteidigten die steigenden Wasserpreise indem sie argumentierten:
 - dass die Regeln der Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals in § 16 Abs. 5 BerlBG normiert seien und es keine Einflussmöglichkeit für den Berliner Senat auf die Festsetzung des Verordnungszinssatzes Senat gebe²² und
 - den Aufschlag von 2 Prozentpunkten, also den verfassungsgesetzwidrigen Aufschlag, als Zinsabstand zwischen Bundes- und Landesanleihen erklärten²³.
- Der Leiter der Rechtsaufsicht von SenWiTechForsch erklärte, dass der Senat nach § 16 Abs. 5 BerlBG verpflichtet sei, einmal im Jahr eine „Zinsverordnung“ zu erlassen. Damit werde die Höhe der Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals (auf Grundlage eines Gutachtens) beschlossen. Im ersten Schritt werde zunächst der Mindestzinssatz festgestellt; sodann werde der wirkliche Zinssatz berechnet, der eine konservative Vermögensanlage, bezogen auf die letzten abgeschlossenen 20 Jahre, darstelle. Dann wisse der Senat also, was der Mindestzinssatz ist und er kenne einen Rahmen konservativer Vermögensanlagen der 20 Jahre. Letztlich entscheide der Senat selbst wo jetzt genau nach dem Komma der Zinssatz festgelegt werde.

Auf Nachfrage erläuterte er: Die Wasserbetriebe und auch die privaten Eigner hätten natürlich eine gewisse Erwartung, was dabei für ein Zinssatz rauskommt, weil dieser der ganz wesentliche Treiber des Gewinns sei. Wörtlich führte er aus: „Der Senat hat dann noch mal natürlich selber ein Ermessen. Ihm wird ja keine Zahl direkt vorgegeben außer dem Mindestzinssatz. Der wird ihm vorgegeben. Aber danach hat der Senat eine Bandbreite von bis. Und wie der Senat sich da entscheidet, das weiß ich auch nicht. Das lese ich dann im Protokoll“.²⁴

- StS Herr Zimmer (SenWiTechForsch) ergänzte, wie der Zinskorridor entstehe, wenn der Senat auf den nach dem Betriebe-Gesetz ermittelten Mindestzinssatz aus politischen Gründen noch einen Zuschlag wählt, „weil man der Auffassung ist, dass diese Betrachtung der Mittelfristigkeit möglicherweise nicht vollständig abbildet, was als angemessener Zinssatz zu betrachten ist“.²⁵

Wie aus den oben aufgeführten Zitaten hervorgeht, hatten die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen von Senatsverwaltungen und Vertreter des Senats widersprüchliche Argumente, oft in der gleichen Ausschusssitzung. Zumindest diesen Widersprüchen hätte der Ausschuss nachgehen müssen.

²¹ Bruckmann; Wortprotokoll 17/5, S.15.

²² StS Zimmer, Wortprotokoll 17/5 vom 30. März 2012, S. 22 f.

²³ StS Dr. Sudhof, Wortprotokoll 17/5 vom 30. März 2012, S. 23.

²⁴ Triantaphyllides, Wortprotokoll 17/6, S. 43 f, 46.

²⁵ StS Zimmer, Wortprotokoll 17/6, S. 47.

IV. Komplex: Demokratiegebot und Letztentscheidungsrecht

Es bestehen gravierende Zweifel daran, ob die Konstruktion der Teilprivatisierung mit dem Demokratiegebot vereinbar ist.

Gemäß Art 20 des Grundgesetzes geht alle Staatsgewalt vom Volk aus. Daher bedarf die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse der Legitimation durch das Volk. Es stellt sich die berechnigte Frage, ob durch den Konsortialvertrag eine Entscheidungsarchitektur bei der Teilprivatisierung der BWB eingeführt wurde, die zu einer faktischen Dominanz der privaten Investoren führt.

Demokratische Legitimation

Entscheidungen von Organen der Berliner Wasserbetriebe wären demokratisch legitimiert, wenn sie im Ergebnis auf die Mehrheit der Amtswalter zurückzuführen wären, d. h. Personen, die in ihr Amt durch das Volk oder das Parlament gewählt wurden oder durch einen seinerseits legitimierten, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnden Amtsträger oder mit dessen Zustimmung bestellt wurden. Zweifel an der Legitimation ergeben sich insbesondere dann, wenn das Letztentscheidungsrecht und das Prinzip der doppelten Mehrheit nicht gewahrt sind.

Das Landesverfassungsgericht (VerfGH) kam bereits im Jahr 1999 zu dem Schluss: „Der Einfluss des Landes Berlin bei der Erteilung von Weisungen ist danach nur dann gewährleistet, wenn die Entscheidung über die Erteilung von Weisungen an die Anstalt letztlich in der Hand des Gewährträgers (Land Berlin) verbleibt; die demokratisch legitimierten Vertreter des Landes Berlin müssen die letztentscheidende Einflussmöglichkeit behalten.“²⁶

Das Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes (WPD-Gutachten) stellt zutreffend fest, dass das „Prinzip der doppelten Mehrheit ... bei isolierter Betrachtung nicht gewahrt ist“²⁷. Um dieses Letztentscheidungsrecht – und damit die demokratische Legitimation – zu wahren, ist in § 12 Berliner Betriebe-Gesetz ein Beanstandungsrecht vorgesehen. Dieses Beanstandungsrecht kann von dem Aufsichtsratsvorsitzenden geltend gemacht werden. Die Beanstandung soll zur Folge haben, dass eine Gewährträgersammlung einberufen wird. Von dem Beanstandungsrecht wurde jedoch bisher „In null Fällen!“ Gebrauch gemacht²⁸. Daneben gibt es in der Berliner Wasser Holding (BWH) einen Weisungsausschuss, der mehrheitlich von Vertretern des Landes Berlin besetzt ist. Dieser soll den - von den Privaten dominierten – Vorstand ausgleichen bzw. dessen Weisungen an die BWB (AöR) korrigieren und gilt als weiteres Instrument zur Wahrung der Legitimation durch das Volk. Dieser Weisungsausschuss ist nach unserer Kenntnis bisher noch nicht zusammengetreten.

Aber das vorgenannte WPD-Gutachten wies auch in diesem Zusammenhang Lücken und Widersprüche auf, die nicht abschließend erörtert bzw. ausgeräumt werden konnten.

Personenidentität

Wegen der Personenidentität der Vorstände der Berlin Wasser Holding und der Berliner Wasserbetriebe erscheint es außerhalb der Lebenswirklichkeit, dass identische Personen sich in den Gremien unterschiedlich und damit widersprüchlich verhalten. Faktisch läuft damit das

²⁶ NJW 2000, 794 (795).

²⁷ WPD-Gutachten, S. 15.

²⁸ StS Zimmer, Wortprotokoll 17/14, S. 2.

Instrument des Weisungsausschusses ins Leere und stellt bereits ein Defizit bei der Legitimation dar.

Die Konstruktion des WPD-Gutachtens, dass ein Verstoß nicht anzunehmen sei, weil die Personenidentität des Vorstandes der Holding von der öffentlich-rechtlichen Anstalt ausgehe, ist gewagt²⁹. Tatsächlich kann nicht belegt werden, dass dem Land Berlin nach dem Konsortialvertrag die Möglichkeit offen stünde, die privaten Vertreter nicht in den Vorstand der BWB zu wählen. Der Vorstand der Anstalt des öffentlichen Rechts wird durch den Aufsichtsrat auf den Vorschlag der Privaten gewählt. Die Frage ist nicht, **ob** die Privaten in den Vorstand der BWB gewählt werden, sondern nur **welche** von den privaten Investoren vorgeschlagenen Vorstandsmitglieder gewählt werden müssen und **wie viele**. Dieser Umstand war den Abgeordneten bewusst und vom Senat so gewollt:

Abgeordneter Vollrad Kuhn:

„Der laut Gesetz vorgesehene Weisungsausschuss ist ein schwacher Trost; er wird bei Übernahme der unternehmerischen Führung durch das Bieterkonsortium zur Lachnummer“³⁰

Senat:

„... dass die Führungsstruktur den im Konsortialvertrag von 1999 verankerten Grundgedanken einer gemeinsamen und ausgewogenen Führung der Berliner Wassergruppe widerspiegle. Damit sei eine effiziente, ergebnisorientierte und einheitliche Leitung der Unternehmen der Berlinwasser-Gruppe durch beide Investoren in engem Zusammenwirken mit dem Land Berlin gewährleistet.“³¹

Hierzu führte Rainer Heinrich aus:

„... stelle sich bei der Überprüfung der Teilprivatisierungsverträge nicht die Frage, ob es demokratische Defizite gibt, sondern nur, wie sie vor Gericht für eine Rückabwicklung geltend gemacht werden können.“³² ... Die Vorstandsmitglieder der Wasserbetriebe werden zwar vom demokratisch legitimierten Aufsichtsrat³³ bestellt, dieser muss aber die Besetzungsvorschriften des Konsortialvertrages umsetzen. Er hat kein Recht abzuweichen. Außerdem ist von außen nicht erkennbar, ob die Entscheidungen des Aufsichtsrates mit der doppelten Mehrheit gefasst wurden.³⁴ Anhaltspunkte für eine reguläre Beteiligung der Gewährträgerversammlung bei der Benennung des Vorstandes der Berliner Wasserbetriebe bestehen nicht.“

Letztentscheidungsrecht

Das Letztentscheidungsrecht und damit die demokratische Legitimation ist jedenfalls immer dann nicht gewährt, wenn Entscheidungen des Vorstandes der Berliner Wasserbetriebe ohne die Zustimmung des Aufsichtsrats getroffen werden können. Beispielhaft erwähnt sei nur,

²⁹ WPD-Gutachten, S. 35.

³⁰ Kuhn, PlenProtokoll 13/62, S. 4517.

³¹ Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten, 2005, S. 154.

³² Heinrich, Wortprotokoll 17/3, S. 2.

³³ Laut WPD sei der Aufsichtsrat trotz Stimmbindung des Landes bei der Auswahl seiner Mitglieder demokratisch legitimiert, weil dem Senat eine Auswahl unter mindestens zwei Vorgeschlagenen und ein Zurückweisungs- oder Ergänzungsrecht verbleibt, Gutachten S. 17.

³⁴ Der AR der BWB hat schon wegen der vom Personalrat gestellten Mitglieder keine demokratisch legitimierte Mehrheit, Alle Entscheidungen erfordern daher die Mehrheit der demokratisch legitimierten Mitglieder.

dass die Entscheidung des Vorstandes gegen die Verfügung des Bundeskartellamtes zu klagen keiner Zustimmung des Aufsichtsrates bedurfte. Dies zeigt bereits, dass dem Aufsichtsrat bei wichtigen Entscheidungen auch hinsichtlich der Wassertarife kein Mitentscheidungs- bzw. Ablehnungsrecht zusteht.

Hierzu Rainer Heinrich:

„Die unternehmerische Führung ist für Veolia und RWE deshalb so wichtig, weil sie aufgrund der daraus resultierenden Verfügungsmacht ihre Gewinne selbst und völlig unabhängig berechnen und kontrollieren können. Ohne die unternehmerische Führung hätten die Privaten die Berliner Wasserbetriebe nicht übernommen, und aus der Wirtschaftspresse ist ersichtlich, dass der Wert der unternehmerischen Führung damals rd. 1 Milliarde DM ausmachte. Sie ist Mittel zum Zweck des eigentlichen Zieles des Konsortialvertrages, nämlich die Renditegarantie zu realisieren.“³⁵

Mit Verweis auf das WPD-Gutachten und den im Ausschuss nicht behandelten Aufsatz von Jan Hecker versucht der Mehrheitsbericht einen Verstoß gegen das Demokratiegebot mit Allgemeinplätzen zu relativieren und eine Absenkung des Legitimationsniveaus im Falle privatisierungsfähiger Aufgaben zu unterstellen³⁶. Demgegenüber stellt der VerfGH Berlin in seiner Entscheidung vom 21.10.1999 bei der Ausübung staatlicher Gewalt durch eine AöR entscheidend darauf ab, dass die Entscheidungen jeweils von einer Mehrheit der uneingeschränkt demokratisch legitimierten Mitglieder getragen werden.³⁷

Hierzu das Bundesverfassungsgericht:

„Soweit es – wie hier bei der Einräumung von Entscheidungsbefugnissen – um die Erfüllung des Amtsauftrages geht, muss die Ausübung staatlicher Herrschaft gegenüber den Privaten jedoch stets der Letztentscheidung der demokratisch legitimierten Amtsträger vorbehalten sein.“³⁸

Daher kommt Daniela Ochmann in ihrer Abhandlung zu folgendem Ergebnis:

„Das Holdingmodell zur Teilprivatisierung der BWB verstößt wegen des zu schwachen Einflusses der anstaltstragenden Gebietskörperschaften gegen das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 2 GG. Insbesondere bietet der Weisungsausschuss keine Gewähr für eine demokratische Legitimation“³⁹

Weiter führt sie aus, dass bereits in der Vertraulichkeit der Abrede zwischen dem Land und den Privaten ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG zu sehen ist.

Trotz der nachgewiesenen demokratischen Defizite und der Angreifbarkeit des WPD Gutachtens lehnte es die Ausschussmehrheit ab, auf Antrag der Grünen hin einen externen Sachverständigen mit der Prüfung des Konsortialvertrages auf Einhaltung des Demokratiegebotes zu beauftragen.

³⁵ Heinrich, Wortprotokoll 17/3, S. 4.

³⁶ Bericht Sonderausschuss „Wasserverträge“ des Abgeordnetenhauses von Berlin; 17. Wahlperiode unter Verweis auf Jan Hecker, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts, in: VerwArch 2001, S. 261 ff.

³⁷ VerfGH Berlin, ZNER; 2001, S. 246.

³⁸ BVerfGE 93, 37 (70).

³⁹ Ochmann, aaO, S. 166.

Mithin konnte der Vorwurf des Verstoßes gegen das Demokratieprinzip nicht ausgeräumt werden. Dies wäre aber wichtig gewesen, da ein festgestellter Verstoß gegen das Demokratiegebot das Geschäft in seinem Bestand erschüttern oder jedenfalls angreifbar machen würde.

V. Komplex: Ein Verstoß gegen das Budgetrecht kann nicht ausgeschlossen werden

Die in § 23.7 Konsortialvertrag verankerte Gewinngarantie zugunsten der privaten Anteilseigner wurde vom Senat entgegen Art. 87 Abs. 1 VvB ohne gesetzliche Grundlage übernommen und stellt deshalb eine Missachtung des parlamentarischen Budgetrechts dar.

In Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin (VvB) heißt es:

„Ohne gesetzliche Grundlage dürfen weder Steuern oder Abgaben erhoben noch Anleihen aufgenommen oder Sicherheiten geleistet werden“.

§ 39 Abs. 1 LHO konkretisiert den Begriff 'Sicherheitsleistung' in Art. 87 VvB mit „Garantie oder sonstige Gewährleistung“.

Bei der in § 23.7 Konsortialvertrag vereinbarten Ausgleichspflicht des Landes Berlin handelt es sich aber unverkennbar um eine 'Garantie' im Sinne des § 39 LHO. Entgegen dem WPD-Gutachten setzt eine Garantie nicht die Absicherung eines Dritten voraus, sondern es gibt ebenfalls Garantien, die – durch Zusicherung einer unbedingten Schadensersatzleistung - eine bereits bestehende eigene Verpflichtung des Garanten (Eigengarantie) verstärken oder begründen.⁴⁰

Streitig war zudem, ob es sich bei der Ausgleichspflicht um einen nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes erforderlichen „Hauptzweck“ des Vertrages handele. Dies wurde sowohl von den Anzuhörenden RA Sydow⁴¹ als auch von dem Gutachter Prof. Musil bestätigt, welcher der Ansicht ist, „dass der Vertrag hauptsächlich zu dem Zweck geschlossen wurde, um auch die Gewinne zu garantieren“⁴².

Uneinigkeit bestand auch in der Frage, ob ein Verstoß von § 23.7 des Konsortialvertrages gegen Art. 87 Abs. 1 VvB zu einer Nichtigkeit nach § 134 BGB führen könne. Dies setzt voraus, dass Art. 87 VvB als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB zu qualifizieren ist.

Frau Dr. Johanna Wolff kommt zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die Qualität der verfassungsrechtlichen Budgetrechtsnormen als Verbotsgesetze i.S. des § 134 BGB nicht bestritten werden kann.⁴³

Zu dem Ergebnis kam auch das von der SPD 2003 beauftragte Gutachten des RA Dr. Matthias Zieger mit der Feststellung, dass „der Senat sich den Vorwurf gefallen lassen muss, das Budgetrecht des Abgeordneten durch Gewährung einer der Höhe nach nicht absehbaren Gewinngarantie verletzt zu haben“.⁴⁴

⁴⁰ Wikipedia, Stichwort „Garantie“.

⁴¹ RA Sydow, Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 23.

⁴² Prof. Dr. Musil, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 5.

⁴³ Dr. Johanna Wolff, Parlamentarisches Budgetrecht und Wirksamkeit zivilrechtlicher Verträge, NJW 2012, S. 812.

⁴⁴ Dr. Matthias Zieger, „Kurzgutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes eines Gesetzes zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes der Berliner Wasserbetriebe, Beantwortung der Fragen unter Nr. 12 des Fragen-

Das WPD-Gutachten hat es versäumt, sich mit den o. g. juristischen Positionen auseinander zu setzen.

C. Schlussbemerkung

Wichtigstes Ziel im Kampf gegen die Teilprivatisierung und die Wasserverträge ist für die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen die zukünftige Verhinderung von (Privatisierungs-)verträgen zum Schaden und Nachteil des Landes Berlin und seiner SteuerzahlerInnen, nicht nur im Bereich der Grundversorgung. Das Beispiel der bis 2010 geheim gehaltenen Wasserverträge zeigt, dass die wirklichen finanziellen Kosten verfehlter Privatisierungen höher sind als ursprünglich angepriesene und gedachte finanziellen Vorteile für das Land oder die SteuerzahlerInnen. Das Credo 'Die Privaten können es besser' ist verpufft. Es gibt in der Grundversorgung mindestens europaweit kein Beispiel, bei dem die Versorgung und die Kosten nach einer Privatisierung für die Bevölkerung preisgünstiger geworden wäre.

Beispielsweise führte Senatorin Yzer im Oktober 2012 im Parlament aus, wie sich alleine die Kosten für das Bundeskartellamtsverfahren der letzten 3 Jahre gestalten:

„Das Kartellverfahren wurde im März 2010 eingeleitet. Seither wurden für die juristische Beratung im Jahr 2010 327 000 Euro, im Jahr 2011 rund 260 000 Euro sowie im Jahr 2012 rund 395 000 Euro abgerechnet. In kaufmännischen wie technischen Fragen berät eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die BWB. Hierfür entstanden bisher Kosten in Höhe von rund 640 000 Euro. Zusätzlich wurden Gutachten mit Gesamtkosten von rund 50 000 Euro beauftragt. Die Gerichtskosten für die Feststellungsklage betrugen rund 200 000 Euro. Die Gebühr des Bundeskartellamtes für die Durchführung des Verfahrens beträgt 50 000 Euro. Hierzu kommen Personalkosten bei den BWB“⁴⁵.

Das sind summiert knapp 2 Millionen Euro – ohne Personalkosten der Verwaltung – alleine für dieses Verfahren. Würden alle weiteren Kosten für Gutachten, Stellungnahmen etc., die seit Beginn der Teilprivatisierung angefallen sind summiert werden, ist bestimmt nachzuweisen, dass das Geschäft ein extrem schlechtes Geschäft für das Land Berlin war und ist.

Eine Privatisierung in der Daseinsvorsorge hat viele VerliererInnen: Das Parlament, die SteuerzahlerInnen, ArbeitnehmerInnen die den Job verlieren sowie die Transparenz und die Demokratie.

Einzige Nutznießer sind die Anwaltskanzleien und Wirtschaftsprüfer, die die unzähligen juristischen Gutachten, Expertisen und Stellungnahmen, wie sie z. B. im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und der Geheimhaltung der Verträge, erstellt haben.

Berlin, im Dezember 2012

katalogs des Abgeordneten Lorenz vom 2.11.03“, in: Schreiben an die SPD-Fraktion im Abgeordnetenhaus vom 24.11.03, S. 8 letzter Absatz.

⁴⁵ Senatorin Yzer, Plenarprotokoll 17/18 vom 27. September 2012, S.1651.





=====

Sprecherteam des Berliner Wassertischs – Pressemitteilung 14.12.2012
<http://berliner-wassertisch.net>

=====

Bilanz des Sonderausschusses „Wasserverträge“

Der Sonderausschuss „Wasserverträge“ wurde eingerichtet, um dem am 12.3.2011 in Kraft getretenen „Gesetz für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“ Folge zu leisten. Dieses Offenlegungsgesetz war vom Senat und der Mehrheit des Berliner Abgeordnetenhauses abgelehnt worden; erst der Volksentscheid am 13.2.2011 verwandelte es mit mehr als 666.000 Ja-Stimmen in das erste Gesetz des Landes Berlin, das durch Volksentscheid in Kraft trat¹.

Nach den Wahlen zum Abgeordnetenhaus von Berlin im September 2011 änderten sich nur die Mehrheitsverhältnisse im Parlament, nicht aber die Einstellung zum Offenlegungsgesetz. Der nach der Wahl eingesetzte Sonderausschuss wurde mehrheitlich bestimmt von genau den Fraktionen, die 1999 für die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (BWB) verantwortlich waren.

Forderungen der Vertrauenspersonen des Volksentscheides an den Ausschuss

Mit der Veröffentlichung der Wasserverträge bestätigte sich offiziell, was bis dahin zwar schon bekannt, aber inoffizielles, daher nicht gerichtsfestes Wissen war.

Es ergaben sich daraus klare Forderungen an den Ausschuss:

- Feststellung, dass der drastische Anstieg der Wasserpreise in Berlin auf die in den Verträgen gegebene Gewinngarantie zurückzuführen ist
- Feststellung, dass die erforderliche demokratische Legitimation, das Letztentscheidungsrecht des öffentlichen Vertragspartners durch die Personenidentität von Holding- und Anstaltsvorstand nicht gegeben ist, da im Anstaltsvorstand private Stimmenmehrheit besteht
- Feststellung, dass mit der Gewinngarantie im Konsortialvertrag das Haushaltsrecht der Abgeordneten und damit das Demokratiegebot verletzt ist
- Feststellung, entsprechend laufender Rechtsprechung der Verfassungsgerichtsbarkeit², dass staatliche Verträge mit Privaten dem öffentlichen Recht genügen müssen und dem Staat nicht die Flucht ins Privatrecht gestatten – Anwendung auf den vorliegenden Fall
- Feststellung, dass die gesetzliche Grundlage, das heutige Berliner Betriebe-Gesetz (vorher Teilprivatisierungsgesetz), 2003 so geändert wurde, dass die bereits 1999 vom Berliner Verfassungsgericht für nichtig erklärten Teile dennoch zur Einhaltung der vertraglichen Gewinngarantie umgesetzt werden und das Urteil damit unterlaufen wird
- Daher: Überprüfung des Berliner Betriebe-Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit

Die Ausschussmehrheit ist in der einjährigen Ausschusslaufzeit keiner dieser Forderungen nachgekommen. Sie hat sich ebenfalls nicht positioniert zu den Feststellungen des Bundeskartellamtes, das in seiner Preismisbrauchsverfügung nachwies, dass die überhöhten Trinkwasserpreise in Berlin auf die überhöhten kalkulatorischen Kosten zurückzuführen sind, mit denen die Gewinne in verfassungswidriger Höhe abgesichert werden. Ebenso wenig hat sie die unausweichliche Schlussfolgerung gezogen, dass die Argumentation der Kartellbehörde in gleicher Weise auf die Abwasserentsorgung anzuwenden ist, auch wenn die Abwasserpreise wegen strittiger Zuständigkeit vom Kartellamt nicht geprüft wurden.

Der Ausschuss hätte sich vom Senat auch erläutern lassen müssen, warum er gemeinsam mit den BWB die Zuständigkeit des Kartellamtes bestreitet. Denn die Behauptung der BWB, nur „punktgenau“ die gesetzliche

¹ Für den Wortlaut des Offenlegungsgesetzes s. www.berliner-wassertisch.net

² z.B. Urteil BerlVerfGH vom 6.10.2009 (VerfGH 63 / 08), S. 15f., s. www.berliner-wassertisch.net

Vorgabe umzusetzen und somit gar keinen Einfluss auf die Wasserpreise zu haben, ist nicht stichhaltig. Das Kartellamt stellt ausdrücklich fest, dass es sich bei den Vorgaben im Betriebe-Gesetz (vorher Teilprivatisierungsgesetz) „allein um in Gesetzesform gegossene unternehmerische Entscheidungen des Landes Berlin ... als ... Mit-Inhaber der BWB“ handelt. Die BWB (d.h. die Anteilseigner Land Berlin und Private) bestimmen gemeinsam die Preise. Das Gesetz wurde dem Vertrag angepasst und nicht umgekehrt. Es hätte zur Kernaufgabe des Sonderausschusses gehört, sich mit diesem rechtlich mehr als zweifelhaften Zustand auseinanderzusetzen.

Nichts davon wurde thematisiert, das Betriebe-Gesetz blieb ebenso wie der Vertrag von der Ausschussmehrheit unangetastet.

Nichteinhaltung des Offenlegungsgesetzes

Der Sonderausschuss ist eindeutig seiner Aufgabe nicht nachgekommen. Vorgeschrieben war die öffentliche Prüfung der Geheimverträge unter Hinzuziehung von unabhängigen Sachverständigen.

Die Ausschussmehrheit von SPD- und CDU-Fraktion verwandelte diesen gesetzlichen Auftrag des Volksgesetzgebers von vornherein vorsätzlich in eine Farce, indem sie

- jedwede Geldmittel für unabhängige Sachverständige trotz mehrfacher Anträge der Oppositionsparteien verweigerte
- nur den nicht-unabhängigen Wissenschaftlichen Parlamentsdienst (WPD) des Abgeordnetenhauses zu Rate zog und auch das nur für Fragestellungen, die die SPD/CDU-Mehrheit bestimmte. Nicht geprüft wurden der Verstoß gegen Normenwahrheit und -klarheit bei der Novellierung des Teilprivatisierungsgesetzes und die daraus folgenden Nachwirkungen auf das heute geltende Betriebe-Gesetz, obwohl die landesrechtlichen Vorschriften für Trink- und Abwasser in Berlin ganz offensichtlich auf dieses komplexe System gesellschafts- und vertragsrechtlicher Regelungen zugeschnitten wurden. Nicht geprüft wurde das Schweigegebot in § 43 des Konsortialvertrages
- durch willkürlichen Umgang mit formalen Regeln die Auseinandersetzungen auf Verfahrensfragen ablenkte und so auch die Arbeit der Opposition zu behindern suchte
- keine inhaltliche Arbeit leistete, die erkennen ließ, warum sie welche Frage auf die Tagesordnung setzte und welche Schlüsse jeweils aus den Sitzungen gezogen wurden
- ihr Desinteresse an der Frage der Rechtmäßigkeit des Betriebe-Gesetzes sowie der Verflechtung der Verträge mit diesem Gesetz immer wieder deutlich erkennen ließ.

Obwohl nach der durch das Volksbegehren erzwungenen Veröffentlichung der bis dahin geheim gehaltenen Verträge im November 2010 es von allen Parteien Lippenbekenntnisse gab, dass diese Verträge für das Land Berlin außerordentlich nachteilig seien und man sie „so“ heute nicht mehr abschließen würde, ging es offenbar den Regierungsfractionen im Ausschuss vor allem darum, eine wirkliche Prüfung zu vermeiden. Mit anderen Worten: die Abgeordneten von SPD und CDU erfüllten den übernommenen Auftrag nicht nur nicht, sondern widersetzten sich ihm geradezu.

Beispielhaft ist zu nennen, dass die Regierungsmehrheit den von ihr selbst beauftragten WPD von den Ausschuss-Sitzungen fernhielt, um die WPD-Stellungnahmen jeder Diskussion und Nachfrage durch die Opposition wie auch möglichst jeder öffentlichen Kenntnisnahme zu entziehen.

Offen geblieben ist auch die Forderung des Volksgesetzgebers nach vollständiger Veröffentlichung aller Beschlüsse und Nebenabreden. Es wurde keinerlei Versuch unternommen, die Frage der Vollständigkeit tatsächlich abschließend zu klären. Eine diesbezügliche Aussage des Finanzsenators – außerhalb des Ausschusses - wurde in keiner Weise geprüft.

Spätestens seit dem Beschluss über den Rückkauf des RWE-Anteils an den Berliner Wasserbetrieben, durch die das Land Berlin Vertragspartner im „Shareholder-Agreement“ wurde, hätte der Sonderausschuss die Veröffentlichung des Agreements fordern müssen. Der Ausschuss hat sich jedoch offensichtlich nur nach dem Informationsfreiheitsgesetz, nicht aber nach dem Volksgesetz gerichtet. Das ist ein klarer Verstoß gegen den Gesetzauftrag.

Nicht untersucht wurde somit die bei keinem anderen großstädtischen Wasserversorger anzutreffende Rechtsform der BWB als Anstalt öffentlichen Rechts mit Beteiligung einer privatrechtlichen Holding, der Berlinwasser Holding AG, als atypischer stiller Gesellschafter, bei der das Land Berlin Mehrheitseigner ist und – nach dem Erwerb der RWE-Beteiligung durch das Land – als privater Investor nur noch Veolia mit 24,95 %, aber einem Stimmengewicht von 50 % beteiligt ist.

Die Einzelheiten der Holding und ihres Verhältnisses zu den BWB sind im Konsortialvertrag geregelt, der nicht weniger als 24 Anhänge enthält. Das „Shareholder-Agreement“ zwischen RWE und Veolia, das auch für das Land Berlin als Erwerber der RWE-Beteiligung an der Holding gelten dürfte, ist geheim, und ein Betriebsführungsvertrag, in dem der Holding die Betriebsführung bei den BWB mit entsprechenden Weisungsbefugnissen eingeräumt ist, bleibt unbesprochen.

Der Finanzsenator wurde kein einziges Mal in den Ausschuss geladen. Die Abgeordneten von SPD und CDU verzichteten geradezu auf Aufklärung; diesbezügliche Anträge der Opposition blieben ohne Mehrheit.

Die Staatssekretärin Dr. Sudhof gab zwar im Ausschuss an, dass der Verordnungszinssatz jedes Jahr um zwei Prozent höher liegt als die errechnete Rendite konservativer Vermögensanlagen, bestritt aber jeden Zusammenhang mit dem 1999 vom Verfassungsgericht für nichtig erklärten Zuschlag in der Renditeformel „ $r + 2\%$ “ (d.h. stets Aufschlag von 2% auf eine ohnehin unangemessen großzügige Verzinsung).

Nachfolgende Änderungen des Konsortialvertrags hoben diese Regelung nicht auf, obwohl der Landesverfassungsgerichtshof von Berlin deren gesetzliche Grundlage (TPrivG) schon 1999 als verfassungswidrig bezeichnet hatte. Auch die Tatsache, dass § 2 des Berliner Betriebe-Gesetzes³ den BWB erlaubt, Unternehmensverträge im Sinne des Aktiengesetzes abzuschließen und sich den Weisungen des Vertragspartners zu unterstellen, wurde nicht bewertet. Nach § 16 Abs. 1 dieses Gesetzes erheben die BWB für Trink- und Abwasser privatrechtliche Entgelte, für deren Kalkulation § 16 eine Reihe von Bestimmungen enthält, die in der Wassertarifverordnung⁴ ergänzt werden. Auf der Grundlage der Ermächtigung in § 16 Abs. 8 Betriebe-Gesetz gibt es eine jährliche Verordnung des Berliner Senats, in denen der Zinssatz für das gesamte betriebsnotwendige Kapital festgelegt ist, für das Jahr 2011 z. B. auf 7,1 %⁵.

Der darin erwähnte Zusammenhang, „bei der Zinshöhe von 7,1% ergeben sich keine Ausgleichsverpflichtungen für das Land“, war den Angeordneten keine Diskussion und Nachfrage wert. Keine Frage gab es, welcher Zusammenhang mit den „Ausgleichspflichten“ nach § 23.7 des Konsortialvertrages und dem Verfahren des Bundeskartellamtes besteht.

Im Zusammenhang mit dem Senatsbeschluss über Rückkauf des RWE-Anteils an der RWE-Veolia-Beteiligungs-GmbH (RVB) betonte insbesondere die SPD-Fraktion unumwunden ihr Desinteresse an Fragen des Rechts und der Verfassungsmäßigkeit der Verträge, wobei ihr die CDU nicht widersprach. Von Interesse seien ausschließlich wirtschaftliche Erwägungen, sagte der Sprecher der SPD-Fraktion und ließ dabei völlig außer Betracht, zu welchen schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen zu Lasten der Wasserkunden die Umgehung der Rechtsprechung des Berliner Verfassungsgerichtes gegen das Teilprivatisierungsgesetz bereits geführt haben und weiter führen.

Dass die Verträge bisher nicht auf die Verfassungsmäßigkeit überprüft worden sind, ficht die Vertreter des Parlaments nicht an. Die Mehrheitsfraktionen haben im Gegensatz zum Kammergericht, das in seinem Urteil vom 29.08.2012 ausdrücklich die Frage nach gerichtlicher Überprüfung „am Maßstab der §§ 134, 138 BGB“ aufwarf⁶, keinen Bedarf sehen wollen, die Verträge einer solchen gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.

Das Offenlegungsgesetz legt den Prüfauftrag „auch für zukünftige Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden“ fest. Auch in Bezug darauf verweigerten sich die Vertreter der Mehrheitsfraktionen ihrem gesetzlichen Prüfauftrag. Der geheim ausgehandelte Rückkauf ist jedoch keineswegs eine für Berlin wirtschaftlich günstige Lösung, sondern die Erfüllung der Gewinngarantie bis 2028 und später, finanziert durch einen Schattenhaushalt zu Lasten der Berlinerinnen und Berliner.

Insgesamt kann sich die interessierte Öffentlichkeit durch den Ablauf dieses Sonderausschusses von Januar bis Dezember 2012 nur in der Auffassung bestärkt sehen, dass der Verlust an Vertrauen zur parlamentarischen Demokratie sich im Einzelfall immer wieder als berechtigt erweist, dass die öffentliche

³ In der Fassung der Bekanntmachung v. 14.7.2006, GVBl. S. 827, zuletzt geändert 2011, GVBl. S. 174.

⁴ Verordnung über die Tarife der Berliner Wasserbetriebe (Wassertarifverordnung) v. 14.6.1999, GVBl. S. 343.

⁵ Verordnung über die angemessene Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals der Berliner Wasserbetriebe (BWB) für das Jahr 2011 v. 14.12.2010, GVBl. S. 567.)

⁶ KG, AZ 23 U 112 / 12

Kontrolle von Regierungshandeln durch die Parlamente keineswegs gesichert ist, sondern dass Parlamentsmehrheiten echte öffentliche Kontrolle geradezu hintertreiben. Damit drängt sich die Forderung nach nachhaltigem Ausbau direkter Demokratie umso mehr auf.

Forderungen über die Ausschusslaufzeit hinaus

Da der Ausschuss, geschuldet vor allem der Obstruktionspolitik von SPD- und CDU-Fraktion, keine der an ihn gerichteten Forderungen erfüllt hat, bleiben die o.g. Forderungen der Vertrauensleute des Volksbegehrens sämtlich weiter bestehen – und es kommen weitere hinzu.

Denn mit dem Rückkauf des RWE-Anteils an den Berliner Wasserbetrieben haben Senat und die ihn tragenden Fraktionen, die sich genauso unkritisch verhalten haben wie ihre Vorgänger 1999 und 2003, nicht die bestehenden Probleme gelöst, sondern nur weitere hinzugefügt:

Nach wie vor besteht die Gewinngarantie für den verbleibenden Privatteilhaber Veolia, nach wie vor wird der Gewinn in einer Höhe festgelegt, die den für verfassungswidrig erklärten Regelungen von 1999 entspricht und der zu einer jährlichen Verzinsung des Kapitals der privaten Anteilseigner zwischen 11-13% führt. Eine Rendite, die dem nicht vorhandenen Risiko bei einem Monopolbetrieb (mit Anschluss- und Benutzerzwang) nicht angemessen, sondern völlig überhöht ist. Deshalb steht die Änderung und Überprüfung des Betriebs-Gesetzes auf der politischen Agenda, sowohl bei der Festlegung des Verordnungszinssatzes, als auch bei der Kalkulation der Abschreibungen nach Wiederbeschaffungszeitwerten im Wasserpreis.

Hinzu kommt nach dem Rückkauf das Problem, dass das Land Berlin damit zwar nominell eine Beteiligung an den BWB von 75,05% hält, in der unternehmensbestimmenden RVB GmbH jedoch nur zu 50% Einfluss gelangt, d.h. das Land bleibt auf ein Einvernehmen mit dem privaten Partner angewiesen und hat nach wie vor kein Letztentscheidungsrecht. Die Bestätigung, dass dies so ist, leistete wiederum nicht der Sonderausschuss, sondern das Berliner Kammergericht in seinem Urteil vom 29.8.2012. Der Senat ist uns Berlinerinnen und Berlinern die Auskunft schuldig, wie er den Einfluss der nominellen Mehrheit von 75 % des Landes durchsetzen will (Nußbaum: „Schluss mit Vollkasko für Veolia“), wenn er sie gleichzeitig mit seinen verwinkelten Vertrags- und Unternehmenskonstruktionen auf 50% beschränkt hält.

Die Finanzierung des Rückkaufs „deals“ über eine privatrechtliche Finanzierungsgesellschaft und damit einen Schattenhaushalt stellt eine weitere unzulässige Flucht ins Privatrecht dar. Die zustimmenden Abgeordneten haben damit erneut gegen ihre unverzichtbare Budgethoheit verstoßen. Im Haushalt des Landes Berlin wurde der Kredit zum Rückkauf des RWE Anteils nicht bewilligt oder auch nur ausgewiesen. Es gibt lediglich eine „Bürgschaft“. Die Überprüfung dieser Frage durch den Berliner Landesrechnungshof steht aus und wird in seinem Bericht für 2012 eine Rolle spielen.

Weiterhin bleibt also zu fordern:

Von den Regierungsfractionen

- Änderung des Betriebs-Gesetzes, um die Umgehung des Verfassungsgerichtsurteils von 1999 rückgängig zu machen

Von der Opposition:

- entsprechende Überprüfung des Betriebs-Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit durch ein geeignetes Normenkontrollverfahren

Vom Senat

- Veröffentlichung des „Shareholder-Agreements“ durch den Senat, entsprechend dem Volksgesetz
- Einhaltung der Preismissbrauchsverfügung des Bundeskartellamtes, Bildung von Rückstellungen in Höhe der Forderungen des Kartellamtes in der Bilanz 2012
- Entsprechende Anwendung bei der Abwasserentsorgung
- Keine unzulässige Flucht der öffentlichen Hand ins Privatrecht, Entflechtung des Privatisierungskonstruktes, Transparenz bei Trink- und Abwasserversorgung in Berlin, einem Kernbereich der Daseinsvorsorge

Vom Abgeordnetenhaus und vom Senat

- Herbeiführung einer gerichtlichen Prüfung der Konsortialverträge (vgl. die vom Berliner Kammergericht am 29.8.2012 aufgeworfene Frage, ob die Verträge einer Prüfung nach §§ 134 und 138 BGB standhalten bzw. ob sie durch das Rechtsstaatsprinzip gedeckt sind)

Volksgesetzgebung und Parlament

Im Vorfeld des ersten erfolgreichen Volksentscheids in Berlin hatte sich das Abgeordnetenhaus gemeinsam mit dem Senat gegen die Annahme des Volksgesetzes ausgesprochen. Nachdem Abgeordnetenhaus und Senat am 13.2.2011 eine Niederlage erlitten und die Wahlen am 18.9.2011 die Zusammensetzung von Abgeordnetenhaus und Senat änderten, wurde das angenommene Volksgesetz dennoch nicht umgesetzt.

Das zieht die unausweichliche Schlussfolgerung nach sich, dass die Volksgesetzgebung, die ja ihrem Charakter nach die parlamentarische Gesetzgebung verdrängen kann, nicht allein von der Umsetzung durch das Parlament abhängen darf. Daher muss der Volksgesetzgeber mit weitergehenden Kompetenzen ausgestattet werden, als die jetzigen gesetzlichen Regelungen sie vorsehen.

Dem Volksgesetzgeber ist der Status eines „Organs“ im Staatswesen einzuräumen, das mit gesetzlich zu regelnder, aber unbedingt vom Parlament verschiedener Vertretung selbst für die Umsetzung eines durch Volksentscheid angenommenen Gesetzes sorgen und dafür selbst den Weg der Verfassungsgerichtsbarkeit beschreiten kann. Eine solche Vertretung könnten die gesetzlich für Volksentscheide vorgeschriebenen Vertrauenspersonen sein.

Kontakt:

Ulrike Kölver, Tel. 0178 631 30 89

Gerlinde Schermer, Tel. 0177 24 62 983

Gerhard Seyfarth, Tel. 0170 200 49 74

Michel Tschuschke, Tel. 0163 664 87 39

Ulrike von Wiesenau, Tel. (030) 781 46 04

<http://berliner-wassertisch.net>

Transparency International Deutschland
AG Informationsfreiheit

Berlin, den 7. Dezember 2012

Eindrücke über die Arbeit des Sonderausschusses "Wasserverträge "

Zu einem modernen, demokratischen Rechtsstaat gehört es, den Bürgerinnen und Bürgern alle politischen und behördlichen Informationen zur Verfügung zu stellen, damit staatliches Handeln besser nachvollzogen werden kann, es sei denn, im Einzelfall liegen besondere Ausschlussgründe vor.

Die Antikorruptionsorganisation Transparency International Deutschland setzt sich seit langem für ein Höchstmaß an Transparenz und Informationsfreiheit bei Bund und Ländern ein.

Transparency unterstützte daher das Volksbegehren und den schließlich durch das Votum von über 670.000 Berlinerinnen und Berlinern erfolgreichen Volksentscheid des Berliner Wassertisches für eine Offenlegung der Privatisierungsverträge der Berliner Wasserbetriebe vom 13. Februar 2011. Die Arbeitsgruppe Informationsfreiheit beobachtete auch die Geschehnisse rund um den vom Abgeordnetenhaus eingesetzten Sonderausschuss „Wasserverträge“ des Abgeordnetenhauses.

Auftrag des Sonderausschusses war es, die Umsetzung des durch den Volksentscheid beschlossenen Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 4. März 2011 zu begleiten und voranzutreiben. Damit verbunden war die Klärung aller Umstände der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe von 1999 und die Frage, ob und ggf. wie die Privatisierung rückgängig gemacht oder nach Anfechtung rückabgewickelt werden kann.

Der Sonderausschuss hat den ihm erteilten Auftrag nicht erfüllt. Er wurde insbesondere durch die Mehrheit im Ausschuss daran gehindert.

Im Sonderausschuss herrschte eine weitgehend angespannte Situation. Alle drei Oppositionsfraktionen wurden trotz überzeugender Argumente mit ihren Versuchen, den Untersuchungsauftrag zu erfüllen, immer wieder abgeblockt. Eigene Sachverständige kamen zwar zu Wort, die Bestellung eines unabhängigen, fachlich besonders kompetenten Sachverständigen, z.B. eines Hochschullehrers, zur Prüfung der Verträge auf ihre Verfassungsmäßigkeit wurde von der Mehrheit des Ausschusses jedoch wegen der damit verbundenen Kosten verweigert. Bei den Abgeordneten der Regierungsfractionen SPD und CDU herrschte häufig Sprachlosigkeit. Sie ließen die Nachfragen und Vorhaltungen der Ausschussminderheit an sich abprallen. Offensichtlich wollten sie die auf ein Jahr befristete Arbeit des Ausschusses nur unbeschadet überstehen.

Die Privatisierungsverträge waren zu Beginn der Ausschussarbeit bereits veröffentlicht. Fraglich ist weiterhin, ob vollständig. Die Mehrheit des Ausschusses zeigte wenig Interesse an der Aufarbeitung der näheren Umstände der im Jahre 1999 von den damaligen Regierungsparteien CDU und SPD veranlassten Teilprivatisierung. Ihre Ausschussvertreter waren auch nicht bereit, die Verantwortung ihrer Parteien bzw. der damaligen Fraktionen für die Teilprivatisierung zu Lasten Berlins zu übernehmen. Der Ausschussmehrheit kam es offensichtlich nur darauf an, dass die Bürgerinnen und Bürger das Versagen der damaligen Regierungsparteien möglichst schnell vergessen.

Hierbei kamen ihnen die ab Frühjahr 2012 bekannt gewordenen Rückkaufsabsichten der Anteile der RWE durch den Senat zu Hilfe. Sie wurden im weiteren Verlauf der Ausschussarbeit immer mehr zum Thema. Für den Zuhörer war dabei nicht erkennbar, was an dem Rückkauf der RWE-Anteile für die Berliner Wasserbetriebe und Berlin vorteilhaft sein soll, wenn sich aufgrund des Weiterbestehens des für Berlin ungünstigen Konsortialvertrages zwischen RWE und Veolia nichts ändert und Berlin trotz seiner gestärkten Eigentümerposition von dann 75 % weiterhin kein Letztentscheidungsrecht über die Geschicke der Wasserbetriebe hat.

Der Ausschuss tagte öffentlich. Ein Fragerecht hatten die Besucher nicht. Das zu Anfang starke Interesse der Bevölkerung ließ mit der Zeit nach, Medienvertreter fehlten bei einigen Ausschusssitzungen ganz. Selbst kleinere Beifalls- oder Missfallensäußerungen aus dem Publikum wurden vom Vorsitzenden gerügt. Er drohte mehrfach mit der Räumung des Saales.

Der Arbeit des Sonderausschusses war ernüchternd, insbesondere auch, weil bei der Mehrheit des Ausschusses das mit dem Ergebnis des Volksentscheides verbundene Votum der Berliner Bevölkerung nicht ernst genommen wurde. Die Auslotung aller Möglichkeiten, die unsägliche Teilprivatisierung so kostengünstig wie möglich rückgängig zu machen, erfolgte nicht. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass das Versagen der im Jahre 1999 Verantwortlichen noch heute nicht beim Namen genannt werden soll. Transparenz und Informationsfreiheit blieben weitgehend auf der Strecke.

Dieter Hüsgen

Für Transparency International Deutschland
AG Informationsfreiheit

Liste der Vertrauenspersonen des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir wollen unser Wasser zurück“:

1. Frau Gerlinde Schermer
2. Frau Heidi Kosche
3. Herr Rainer Heinrich
4. Herr Michael Bender
5. Herr Dr. Hartwig Berger, später ersetzt durch Prof. Dr. J.Keßler



Gerlinde Schermer

Was die Bürger Berlins erwarten

*Erklärung des Berliner Wassertisches vom 17.02.2012
vor dem Sonderausschuss „Wasserverträge“
zu den Aufgaben des Abgeordnetenhauses von Berlin
nach dem erfolgreichen Volksentscheid vom 13.02.2011*

„Normalerweise bedanken sich die Gäste, die vor dem Abgeordnetenhaus von Berlin angehört werden, dafür, dass sich das Hohe Haus ihre Anliegen anhört.“

Ich werde mich für diese Möglichkeit nicht bedanken, denn ich sitze hier in einer anderen Funktion.

Ich spreche hier nicht nur als „Vertrauensperson“ des Volksbegehrens „Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“, sondern vor allem **für 666.000 wahlberechtigte Bürgerinnen und Bürger Berlins, die Ihnen** meine Damen und Herren Abgeordnete, **durch Gesetz eine Aufgabe** übertragen haben. Das sind 27% der wahlberechtigten Berlinerinnen und Berliner, deutlich mehr, als jede der hier vertretenen Parteien auf sich vereinigen konnte.

Diese Bürger haben gegen den erklärten Willen der Mehrheit des Abgeordnetenhauses verlangt, dass Sie – die Volksvertreter- feststellen, ob es bei der Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe mit rechten Dingen, ob es verfassungsgemäß zugeht.

Ich sehe daher meine Funktion ausschließlich darin, die Forderungen dieses großen Teils der Bevölkerung zu erläutern und Sie, meine Damen und Herren Abgeordnete, aufzufordern, diesen Forderungen gerecht zu werden.

Um es **deutlich** zu sagen:

Ich komme hier nicht als Bittstellerin. Ich komme nicht als Vertreterin einer Bürgerinitiative, die von Ihnen Beachtung erbittet, sondern ausschließlich als Vertreterin jenes Teils der Bevölkerung, der klargestellt hat, was das Volk in dieser Frage der Daseinsvorsorge von ihrem Staat und ihren Vertretern erwartet.

Um es **noch deutlicher** zu sagen:

In dieser Frage repräsentieren **nicht Sie den Willen des Volkes**, sondern diejenigen, die gegen das damalige Abgeordnetenhaus gestimmt haben. **Es ist Ihre Aufgabe – nicht die des Berliner Wassertisches - dem Volkswillen gerecht zu werden.**

Die Motive, die diese Mehrheit der Wahlberechtigten bewogen haben, Ihnen durch Gesetz aufzugeben, die Vorgänge um die Wasserprivatisierung und Ihre Folgen aufzudecken, brauche ich Ihnen eigentlich nicht aufzuzeigen. Sie müssen Sie selbst kennen.

Ich erläutere hier in Kürze, **was die Berlinerinnen und Berliner Ihnen durch das Gesetz aufgegeben** haben und was die Öffentlichkeit seit der Privatisierung des Wassergeschäfts umtreibt.

Da ist zu nächst der ganz einfache Umstand, dass die Wasserpreise seit der Privatisierung um ca. 35% gestiegen sind.

Die Berlinerinnen und Berliner wollen wissen: Warum sind die Wasserpreise so unglaublich gestiegen, obgleich man ihnen versprochen hatte, dass durch die Privatisierung der Wasserpreis sinken würde?

Wir erwarten auf diese klare Frage eine klare Antwort.

Denn: Allein die Tatsache, dass viele Sachkundige heute wissen, dass es an der Privatisierung liegt, dass die Wasserpreise so hoch sind, bedeutet nicht, dass man auf eine klare, schriftliche, verständliche und nachvollziehbare **Antwort des Gesetzgebers** verzichten könnte. **Es muss Schluss sein mit dem offiziellen Verschweigen der Ursachen und der Schuldigen.**

Wir wollen, dass schwarz auf weiß erklärt wird, und zwar von der Organisation, die diesen Zustand zugelassen hat - das Abgeordnetenhaus von Berlin nämlich -, dass die vom Senat geschlossenen Verträge Schuld daran sind, dass die Berliner die höchsten Wasserpreise in Deutschland zahlen.

Wir haben klare Forderungen an Sie, denn:

Es ist nie gerichtlich festgestellt worden, dass die jetzige gesetzliche Regelung der Teilprivatisierung mit der Verfassung von Berlin vereinbar ist.

Das Berliner Verfassungsgericht hatte im Gegenteil das im Jahre 1999 eigens für diesen Zweck geschaffene Teilprivatisierungsgesetz überprüft und in Teilen für verfassungswidrig erklärt. Diese Bestimmungen im Gesetz waren damit nichtig.

Das betraf den „**Rendite-Risikozuschlag**“ von +2% und die „**Effizienzsteigerungsklausel**“. Das Gericht hat diese **beiden Tatbestände**, die eine direkte Wirkung auf die Höhe des Gewinnes haben, ausdrücklich **für verfassungswidrig** erklärt. **Dennoch** wurden die verfassungswidrigen Bestimmungen im Jahr 2003 und in den folgenden Jahren durch Umgehung **inhaltsgleich umgesetzt**. Letztlich wurden damit die Investoren so gestellt, als ob es das Urteil nie gegeben hätte.

Und um diese skandalösen Umstände zu vernebeln, wurde im Vertrag die Geheimhaltung festgeschrieben.

Das Land hat sich im Konsortialvertrag dazu verpflichtet, den Investoren geringere Gewinne auszugleichen, wenn die ursprüngliche Verzinsungsregel (R+2% plus Effizienzsteigerungsklausel) „aufgrund einer Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtes“ keinen Bestand haben sollte. Es liegt also im Vertrag mit all seinen Bestandteilen und Nebenabreden begründet, dass man glaubte, sich über ein Verfassungsurteil hinwegsetzen zu müssen.

In der Öffentlichkeit ist bekannt, dass die exorbitanten Renditen, die die privaten Investoren in Berlin erzielen (zwischen 11% und 13% auf ihre Einlage), die Folge der Privatisierungsverträge sind. **Das sind Renditen, die heute nicht einmal auf Staatsanleihen von Pleitestaaten gezahlt werden.** Wir haben es hier aber mit einem Monopol mit Anschluss- und Benutzerzwang für die Abnehmer, wenigen industriellen Nutzern und damit einer geringen Anhängigkeit von der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung zu tun. Kurz: Es gibt kein Risiko, welches derartige Renditen rechtfertigen könnte!

Die Bevölkerung weiß, dass die exorbitanten Gewinne der privaten Eigentümer durch ein dreistufiges Verfahren bis mindestens 2028 gesichert werden. Ein Vertrag, der für immer geheim bleiben sollte, hat dieses Verfahren festgelegt:

1. Es sollen Gesetze so geändert werden, dass die Preise angehoben werden können, damit die Garantierendite „erwirtschaftet“ wird. (Variante A)
2. Falls dies nicht wirksam geschieht, muss das Land auf den Gewinn aus seinem Anteil verzichten. (Variante B)
3. Und wenn das immer noch nicht reicht, um die garantierte Rendite der Privaten zu decken, muss der noch fehlende Betrag sogar aus dem Haushalt des Landes Berlin aufgestockt werden. (Variante C)

Sie, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, wissen, wie das Abgeordnetenhaus von Berlin mit Mehrheit entschieden hat:

Sie haben die Gesetze geändert, um die Tarife anheben zu können und Sie haben zusätzlich auf Teile des Gewinns des Landes verzichtet.

Im Jahre 2003 wurden nämlich zwei Veränderung im Teilprivatisierungsgesetz beschlossen, die sich dauerhaft preistreibend auswirken:

- Es wurde einen „Mindestzinssatz“ mit variabler Möglichkeit zur Erhöhung erlaubt, als **Ersatz für den verfassungswidrigen Gewinnzuschlag von +2%**
- Es wurde ein **Ersatz für den Wert** der „Effizienzsteigerungsklausel“ durch die Änderung der Abschreibungsmethode von AFA nach Anschaffungswerten hin zu AFA nach (höheren) Wiederbeschaffungszeitwerten geschaffen.

(Die vertraglichen Regelungen dazu finden sich passend im Konsortialvertrag im § 21 und Anlagen und im § 23 und im § 4 des StG – Vertrages II. Weitere Details müssen Sie selbst öffentlich nachliefern.)

Das Abgeordnetenhaus hat damit faktisch zu Lasten der Benutzer einer öffentlichen Einrichtung der Daseinsvorsorge einen „Gewinnaufschlag“ zugestanden. Diese der Entgeltbemessung in Wahrheit zugrunde liegenden Erwägungen, das Umgehen einer Entscheidung des Verfassungsgerichts, wurden weder im Gesetzeswortlaut noch in der Begründung offengelegt. Damit wurde auch gegen das Gebot der Normenwahrheit verstoßen.

Es bleibt festzuhalten, dass alles so umgesetzt wurde, dass niemand darüber reden durfte, selbst wenn er davon wusste, **weil im Vertrag die Geheimhaltung festgeschrieben war.**

Sie haben daher die Aufgabe, öffentlich festzustellen, wie die Umgehung des Verfassungsgerichtsurteils von 1999 erfolgte.

Da heute alle diese die Preise erhöhenden Regelungen zur Absicherung der Garantierendite aus dem Vertrag- vom novellierten Teilprivatisierungsgesetz - in das Betriebsgesetz übernommen worden sind, **steht ein Normenkontrollverfahren des Betriebsgesetzes an.**

Denn die Bestimmungen des Betriebsgesetzes wurden so gefasst, wie sie jetzt gelten, weil man verfassungswidrige Verträge gesetzlich legitimieren wollte. Aber man hebt die Verfassungswidrigkeit einer Rendite nicht auf, indem man sie zum Gesetz erhebt. Ein so offensichtlicher Eingriff in die demokratischen Rechte der Legislative durch den Missbrauch wirtschaftlicher Macht, schreit nachgerade nach einer Verfassungsbeschwerde.

Ein weiterer Umstand zwingt zu Konsequenzen:

Die Versorgung der Berlinerinnen und Berliner mit Trinkwasser und die Abwasserentsorgung gehören zum Kernbereich der öffentlichen Daseinsvorsorge. Daher steht die Frage im Raum, ob die Verträge zur Teilprivatisierung eine verfassungswidrige Flucht in das Privatrecht darstellen. Eine solche Flucht hat das Verfassungsgericht als unzulässig bezeichnet.

Dies führt zu der **verfassungsrechtlich bedeutsamen Frage**, ob im Kernbereich der Daseinsvorsorge das Privatinteresse zur Gewinnmaximierung überhaupt im Vordergrund stehen darf. **Das Berliner Verfassungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass Privatisierung nicht dazu führen darf, dass daraus entstehende Lasten den Nutzern aufgelegt werden. Privatisierungen dürfen keine Preiserhöhungen begründen.**

Zum Schluss verweise ich auf die materiellen Auswirkungen des Privatisierungsvertrages:

Der Bevölkerung ist klar, dass der Kaufpreis von 1,68 Mrd. € für die Hälfte der Wasserbetriebe schon heute, nach Ablauf des Jahres 2011, vollständig durch Gewinnabführung an die Privaten und die Entnahme eines Teiles des Kaufpreises in Höhe von 262,5 Mio. € aus der stillen Einlage im Jahr 2008 ausgezahlt worden ist.

Das bedeutet: In nur 12 Jahren floss der komplette Kaufpreis als Gewinn an die Privaten zurück.

Bis zur ersten möglichen Kündigung - laut Vertrag zum 31.12.2028 - werden es, wenn alles so wie bisher weitergeht, weitere unglaubliche 3,049 Mrd. € sein, die den Privaten zufließen.

(Abgezinst real mit einem Zinssatz von 7,4% p.a. auf 2012: ca. **1,665 Mrd. €**; abgezinst real mit einem Zinssatz von 5,0%: **1,990 Mrd. €**.)

Wir erwarten vom Ausschuss, dass auch diese Folgen des Vertrages öffentlich dargestellt werden, um zu klären, ob es richtig ist, dass selbst ein Rückkauf billiger wäre als das Beibehalten des jetzigen Zustands.

Wir sind freilich der Meinung, dass das ganze Vertragskonstrukt verfassungswidrig ist und daher rückabgewickelt werden muss.

Dieser Ausschuss muss klarstellen, was und wie viel das Land Berlin auf Kosten der Berlinerinnen und Berliner und seiner eigenen Einkünfte an Private verschenkt.

Die Forderungen an das Abgeordnetenhaus, wie sie sich aus dem Votum des Volkes ergeben, fasse ich wie folgt zusammen:

1. Die schriftliche Klarstellung, dass die Teilprivatisierungsverträge zu den hohen Wasserpreisen geführt haben und noch immer führen.
2. Die schriftliche Klarstellung, dass Gesetzesteile, die vom Verfassungsgericht für nichtig erklärt wurden, dennoch unter Missachtung und Umgehung des Verfassungsurteils verwirklicht wurden.
3. Die schriftliche Klarstellung, dass der Privatisierungsvertrag tief in die demokratischen Rechte des Gesetzgebers eingreift und insbesondere das Haushaltsrecht - als Kern jeder parlamentarischen Demokratie - aushebelt.
4. Die schriftliche Klarstellung, dass die Verträge das Demokratiegebot des Art. 20 GG verletzen.
5. Die schriftliche Klarstellung, dass mit der Novellierung des Betriebegesetzes die verfassungswidrigen Regelungen der Teilprivatisierungsverträge und Gesetze übernommen wurden und daher die Verfassungsmäßigkeit des Betriebegesetzes zu überprüfen ist (Normenkontrollverfahren).

Wir erwarten, dass der Ausschuss für diese Aufgabe ausreichend finanzielle Mittel erhält und aller verfügbarer juristischer Sachverstand mobilisiert wird, um die Rechte des Volkes durchzusetzen.

Rainer Heinrich:

Die Verletzung des Demokratiegebots bei der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe.

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Jupe, sehr geehrte Abgeordnete, liebe Kollegen, liebe Bürgerinnen und Bürger!

Wasserver- und -entsorgung sind Teil der staatlichen Daseinsvorsorge, wie der VerfGH Berlin¹ zuletzt 2010 bekräftigt hat.² Die Abwasserentsorgung ist zudem eine hoheitliche Aufgabe.³ Das demokratische Staatswesen kann sich dieser Verantwortung grundsätzlich nicht entziehen. Aus diesem Grunde unterliegt die Wasserversorgung demokratischen Mindeststandards. Diese sind auch von den Berliner Wasserbetrieben einzuhalten.

Sie führen als mittelbare Behörde staatliche Aufgaben unter privater unternehmerischer Führung durch. Zu Recht formuliert der Jurist Kühling: „Je mehr privatisiert wird, desto mehr wird der demokratischen Kontrolle entzogen.“

Auch bei der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe ist das Demokratiegebot nicht ausreichend berücksichtigt worden. Dies wurde schon in mehreren wissenschaftlichen Arbeiten nachgewiesen. Insofern stellt sich bei der Überprüfung der Teilprivatisierungsverträge nicht mehr die Frage, ob es demokratische Defizite gibt, sondern nur wie sie vor Gericht am besten für eine Rückabwicklung geltend gemacht werden können.

Aus diesem Grund weise ich darauf hin, dass der Wassertisch nach wie vor darauf besteht, unabhängige Sachverständige zur Überprüfung der Verträge und aller zugehörigen Beschlüsse und Nebenabreden hinzuzuziehen. Ansonsten kann der Ausschuss nicht im Sinne des Volksgesetzgebers arbeiten. Außerdem besteht der Wassertisch darauf, die von ihm benannten Sachverständigen als Vertreter der direkten Demokratie anzuhören. Ich bitte Sie, in Ihrer Funktion als Volksvertreter, dafür Sorge zu tragen, dass dem Ausschuss die nötigen finanziellen Mittel bewilligt werden.

Gegenstand meines Vortrags ist die fehlende demokratische Legitimation der unternehmerischen Führung der Wasserbetriebe. Ich werde aufzeigen, dass Teile der laufenden Geschäftstätigkeit der Berliner Wasserbetriebe verfassungswidrigerweise ohne personelle und sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation durchgeführt werden. Ich werde zunächst die Bedeutung der unternehmerischen Führung der Privaten für die Erfüllung des Vertrages erläutern. Danach werde ich darstellen, wie die demokratische Legitimationskette in zweifacher Hinsicht mit Hilfe der ehemaligen Geheimverträge unterbrochen wird.

Bevor ich die fehlende demokratische Legitimation erläutere, werde ich zunächst die Grundprinzipien der Vertragskonstruktion darstellen, soweit sie für unser Thema von Bedeutung sind.

1. Struktur des Konsortialvertrags (KV)

Sinn und Zweck der Teilprivatisierung ist für Veolia und RWE die Erzielung einer maximalen und beständigen Rendite. Auf dem Schaubild sehen Sie als Zentrum des Vertrages die Gewinngarantie in § 23.7 des Konsortialvertrages. Diese garantiert den Privatkonzernen eine hohe Rendite. Sie wird

1 In seiner Begründung zu seiner Entscheidung der Zulassung des Volksentscheides „Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ gegen den Berliner Senat v. 6. 10. 2010.

2 Vgl. VerfGH Berlin 63/08, S.16. Das gilt auch für die Wasserversorgung im Rahmen der relativen Staatstätigkeit in Berlin. Abgeordnetenhaus und Senat bleiben in dem Bereich gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG in der Verantwortung (vgl. Laskowski 2003, S. 3).

3 Nach Art 28. Abs. 2 Satz 1 GG fällt diese Aufgabe in die kommunale Selbstverwaltung. In Berlin ist es die Landesverwaltung.

unabhängig von der fachlichen Leistung im Zweifelsfall sogar aus dem Berliner Landeshaushalt gezahlt. Dadurch, dass die Gewinngarantie als Banksicherheit dient, liegt ein Verstoß gegen das Budgetrecht des Abgeordnetenhauses vor. Es wurde keine gesetzliche Grundlage für diese Sicherheit geschaffen. Die Gewinngarantie ist damit demokratisch nicht legitimiert und daher verfassungswidrig. (s. juristischer Leitfaden)

Die Verletzung des Budgetrechts musste geheimgehalten werden, um eine politische Kontrolle durch aufmerksame Abgeordnete und Öffentlichkeit auszuschalten. Dies geschieht durch den § 43.1 des KV als Geheimhaltungsparagraphen, der trotz des Offenlegungs-Gesetzes noch immer in Kraft ist. Es ging bei der Geheimhaltung nie um den Schutz von Geschäftsgeheimnissen aus Wettbewerbsgründen. Das ist nur vorgeschoben. Es gibt bei einem natürlichen Monopol keinen Wettbewerb. Vielmehr musste verfassungswidrigerweise die demokratische Kontrolle über das Unternehmen ausgeschaltet werden, damit die hohen Gewinnspannen nach dem ebenfalls geheimen Gewinnerwartungstableau bis 2028 möglichst unauffällig und ohne Widerstände realisiert werden konnten und können. Das geschieht mit Hilfe besonderer Regelungen⁴ im Konsortialvertrag. Diese räumen den Konzernen die unternehmerische Führung über die Berliner Wasserbetriebe mit vollen Verfügungsrechten über die Ressourcen ein, obwohl das Land Berlin die Mehrheit an den Wasserbetrieben und der Holding besitzt.

Die unternehmerische Führung ist für Veolia und RWE deshalb so wichtig, weil sie aufgrund der daraus resultierenden Verfügungsmacht ihre Gewinne selber und unabhängig berechnen und kontrollieren können. Ohne die unternehmerische Führung hätten die Privaten die Wasserbetriebe nicht übernommen. Sie ist Mittel zum Zweck, das eigentliche Ziel – die Gewinngarantie (§23.7) – zu realisieren.

2. Was ist unter demokratischer Legitimation zu verstehen? Zunächst bezeichnet die demokratische Legitimation die Rückführbarkeit staatlicher Handlungen auf den Souverän: Das Volk. Nach den Vorschriften des Grundgesetzes⁵ muss jede Staatshandlung mit Entscheidungscharakter demokratisch legitimiert sein. Dies gilt auch dann, wenn private Unternehmen mit staatlichen Aufgaben betraut werden. Der staatliche Amtsträger muss über ein sogenanntes Letztentscheidungsrecht verfügen, das über eine ununterbrochene Legitimationskette abgesichert sein muss. Diese Legitimationskette muss nicht nur formal vorhanden sein – sie muss auch faktisch vom Volk bis zur Entscheidung vor Ort reichen.

Ein personelles Legitimationsdefizit der als Anstalt öffentlichen Rechts verfassten Wasserbetriebe (BWB) liegt dann vor, wenn demokratisch legitimierte Vertreter gegenüber dem Anstaltsvorstand, der der unternehmerischen Führung der Privaten unterstellt ist, keine Kontrollrechte haben. Dies trifft für den Bereich der laufenden Geschäftstätigkeit des Vorstandes und des in seinem Namen handelnden Personals zu. Das beschriebene Legitimationsdefizit wird nicht dadurch aufgehoben, dass es auch zustimmungsbedürftige Geschäfte gibt, die durch Aufsichtsratsbeschlüsse demokratisch legitimiert werden.⁶

Wie wird das staatliche Letztentscheidungsrecht demokratisch Legitimierter bei den Berliner Wasserbetrieben umgangen? Zunächst ist festzustellen, dass dies mit einer extrem komplizierten

4 Vgl. §§ 9.5 u 9.6 des KV für die BWB u. § 10.6 u. 10.7 KV für die BWH.

5 Art. 20, Abs. 2, Satz 1 GG.

6 Vgl. zu den zustimmungsbedürftigen Geschäften § 4 Abs. 3 der Satzung der BWB AöR. Dazu gehören Gründung von Tochtergesellschaften, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Ausgliederung von Unternehmen und Unternehmensbestandteilen, Erwerb oder Veräußerung und Belastung von Vermögensgegenständen sowie Verzichte auf Ansprüche bei Vergleichen, wenn eine Wertgrenze von 5 Mio. Euro überschritten wird.

Konstruktion verschleiert wird, die bei keiner anderen Privatisierung mehr zur Anwendung gekommen ist. Es sind im Vortrag leider Vereinfachungen erforderlich, die ich jedoch in der Fragerunde gerne erläutere.

3. Fehlende demokratische Legitimation der unternehmerischen Führung der Berliner Wasserbetriebe

Stark vereinfacht lässt sich sagen, dass die Legitimationskette durch die vertraglichen Regeln für die Besetzung des Vorstands-Vorsitzenden der Wasserbetriebe (BWB) verletzt ist. § 9.6 des Konsortialvertrags verlangt, dass der Vorstandsvorsitzende von einem Konsortial-Vorstandsausschuss bestimmt wird. Dort stehen zwei Konzernvertreter lediglich einem demokratisch legitimierten Vertreter gegenüber. Der Aufsichtsrat ist hier ohne eigenes Vorschlagsrecht. Entsprechend Konsortialvertrag kann er den Besetzungsvorschlag nur durchreichen, da ansonsten Schadensersatzforderungen entstehen könnten.

Aufgrund dieser Konstruktion des Vorstandsausschusses üben Veolia und RWE mit der Benennung des Vorstandsvorsitzenden der Wasserbetriebe (BWB) die uneingeschränkte Herrschaft über die betriebswirtschaftlichen Entscheidungen der Wasserbetriebe (BWB) und der Holding (BWH) aus. Sie vollziehen damit § 21.2 des Konsortialvertrages, der den Privaten die uneingeschränkte Herrschaft zusichert. Diese darf durch keine Maßnahmen des öffentlichen Anstalts- und Gewährträgers gegenüber der Holding eingeschränkt werden. Die scheinbar paritätische Besetzung des Vorstands ist in zweifacher Hinsicht nur ein Ablenkungsmanöver. Die Vorstandsmitglieder der Wasserbetriebe (BWB) werden zwar vom demokratisch legitimierten Aufsichtsrat⁷ bestellt. Dieser muss aber die Besetzungsvorschriften⁸ des Konsortialvertrages umsetzen. Er hat kein Recht davon abzuweichen. Anhaltspunkte für eine reguläre Beteiligung der Gewährträgerversammlung bei der Benennung des Vorstandes der Wasserbetriebe (BWB) bestehen nicht. Zweitens wird der vierköpfige Vorstand der BWB zwar auch mit zwei Mitgliedern der öffentlichen Seite besetzt. Trotzdem herrscht keine Stimmengleichheit. Durch das Doppelstimmrecht des Vorsitzenden, der immer von den Privaten kommen muss,⁹ können die öffentlichen Vertreter überstimmt werden.

Damit ist das verfassungsmäßige Letztentscheidungsrecht der staatlichen Stellen außer Kraft gesetzt. Dazu Lange: „Ein Vertrag über Besetzungsabsprachen – wie bei den Berliner Wasserbetrieben mit dem ‚Konsortialvertrag‘ gehandhabt – ist mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar, weil im Anstalts-Vorstand eine Übermacht der Privaten besteht und eigenverantwortliche Maßnahmen, die keiner Zustimmung des Anstalts-Aufsichtsrats bedürfen, daher ein personelles Legitimationsdefizit aufweisen.“¹⁰

Der Konsortialvorstandsausschuss¹¹ unterbricht aufgrund der Besetzungsvorschriften¹² sowie des in der Geschäftsordnung des Vorstands festgelegten Doppelstimmrechts des Vorsitzenden die demokratische Legitimationskette. Der Konsortialvertrag ist damit in einem Hauptbestandteil verfassungswidrig und damit nichtig.¹³ Diese Rechtswidrigkeit kann auch durch eine Novellierung des Berliner Betriebesgesetzes – STICHWORT: NORMENKONTROLLKLAGE – nicht geheilt werden, da die Grundlage für die fehlende Legitimation im privatrechtlichen Konsortialvertrag festgelegt ist und nicht im Berliner Betriebesgesetz.

7 Gem. § 11, 7 BbetrG.

8 Gem. § 9 Abs. 5 u. 6.

9 Gem. GO Anl. 6.4b KV

10 Lange 2008, S. 231.

11 Vgl. § 9.6 KV.

12 Vgl. § 9.5 KV.

13 Vgl. auch Lange 2008, S. 224 u. 228, ähnlich Ochmann 2005.

4. Fehlende sachlich-inhaltliche Legitimation der BWB

Der Verfassungsgerichtshof Berlin hatte in seinem Urteil vom 29.10.1999 erklärt, die Privaten könnten sich nur dann verfassungsgemäß an den Wasserbetrieben beteiligen, wenn es neben der Mehrheitsbeteiligung des Landes Berlins an der Holding einen Weisungsausschuss des Holding-Aufsichtsrats gebe. Dieser müsse nach dem Prinzip der „doppelten Mehrheit“ zugunsten der öffentlich legitimierten Vertreter arbeiten. Dabei dürfe die öffentliche Seite nie überstimmt werden.¹⁴ Diese Bedingung wurde in der 1. Änderungsvereinbarung vom 6.1.2000 erfüllt. Allerdings handelte es sich nur um eine rein formale Erfüllung.

Bis 2002 gab es eine vertragliche Möglichkeit des Weisungsausschusses, eine Weisung des unter der unternehmerischen Führung der Privaten befindlichen Vorstandes der Holding (BWH) abzulehnen.¹⁵ Während zunächst somit theoretisch noch eine Weisung der Holding (BWH) hätte abgelehnt werden können, wurde der Weisungsausschuss mit der Organisationsreform im Jahr 2002 endgültig zur leeren Hülle.

Aufgrund eines Gutachtens der RWE-nahen WIB wurden die beiden Vorstände der Holding (BWH) und der Wasserbetriebe (BWB) personenidentisch zusammengelegt.¹⁶ Ochmann stellt dazu fest: „Aufgrund der durch Beherrschungsvertrag gestalteten Konzernhierarchie haben die Doppelmandate nicht den Charakter, daß die Anstaltsvorstände nun auch Holdingvorstände sind, [...] das Umgekehrte [ist] richtig. Alle Holdingvorstände sind auch Anstaltsvorstände. Das bedeutet, daß die Einflußnahme der Holding auf die Anstalt nun nicht geringer, sondern intensiver wird. Mit den Doppelmandaten wird die Leitungsmacht auf die Holding vereint [...]“.¹⁷ Umso wichtiger wird die demokratische Legitimation. Zwar behält der Weisungsausschuss nach wie vor das Recht Weisungen abzulehnen, aber Ochmann stellt fest: „Im Konzernrecht gelten Vorstandsdoublemandate als eine ständige Weisung“ im Sinne des Aktiengesetzes.¹⁸

Das heißt: Mit der Personenidentität wird nach Aktiengesetz von einer ständigen Weisung ausgegangen. Damit wird die mögliche Zuständigkeit des Weisungsausschusses ausgeschlossen. Während vorher der Weisungsausschuss eine formale Möglichkeit hatte zu handeln, wurde ihm nun diese Möglichkeit genommen. Während die führende Holding (BWH) bis vor der Organisationsreform nie eine Weisung erteilt hatte, gibt es jetzt eine ständige Weisung unter grundsätzlicher Ausschaltung des demokratisch legitimierten Weisungsausschusses. Die

14 Da die Berliner Wasserbetriebe eine sogenannte Öffentlich-Private-Partnerschaft darstellen, verfügen sie auch über gemischt besetzte Kollegialgremien. Um die demokratische Legitimation der Kollegialorgane sicherzustellen, müssen sowohl die Mehrheit ihre Mitglieder demokratisch legitimiert sein als auch, „die Entscheidungen von einer Mehrheit der uneingeschränkt demokratisch legitimierten Mitglieder getragen werden.“ Sind Kollegialorgane, die mit öffentlichen Aufgaben befasst sind, an Benennungen beteiligt, dann müssen sie dem Prinzip der „doppelten Mehrheit“ genügen, d.h. die Vertreter der Errichtungskörperschaft, müssen mehrheitlich in dem Organ vertreten sein und ihre Mehrheit darf nicht überstimmt werden können. Auch ein Parlamentsbeschluss kann mangelnde demokratische Legitimation von Gremien aufgrund der Besetzungsvorschriften des KV nicht heilen (Vgl. Ochmann 2005, S. 107.).

15 Der Weisungsausschuss hatte kein eigenes Initiativrecht. Er konnte Weisungen des unter der unternehmerischen Führung der Privaten befindlichen Vorstandes der Holding (BWH) nach § 11 StG II Vertrag nur ablehnen, wenn diese nach seiner Auffassung nicht im Interesse der Wasserbetriebe (BWB) lag. Das hätte zur Folge gehabt, dass der Vorstand der Wasserbetriebe (BWB) hätte so handeln müssen, als ob keine Weisung erteilt hätte. Es hat niemals eine Weisung des Vorstands der Holding (BWH) an die Wasserbetriebe (BWB) gegeben. Es gab aber wenigstens eine vertragliche Möglichkeit des Weisungsausschusses im Sinne des § 11 STGII und des VerfGH Berlin zu handeln.

16 Um diese Forderung durchzusetzen drohten die privaten Anteilseigner mit dem Ausstieg (vgl. Tsp. v. 19.9.2002).

17 Ochmann 2005, S. 147f.

18 Ochmann 2005, S. 147f.: „Im Konzernrecht gelten Vorstandsdoublemandate als eine ständige Weisung i. S. des § 308 AktG, da in der Tätigkeit des Vorstandsmitglieds des herrschenden Unternehmens in den Vorstand der abhängigen Gesellschaft [BWB, Anm. R.H.] eine generelle Weisung des ersteren an die abhängige Gesellschaft gesehen [wird], um die Weisungen des entsandten Vorstandsmitgliedes zu befolgen. [...] Das Wirken [aller, Anm. R.H.] Vorstandsmitglieder im Anstaltsvorstand hat demnach den Effekt einer dauernden Weisung der Holding an die Anstalt.“

Legitimationskette des demokratisch legitimierten Weisungsausschusses sowohl zum Vorstand der Wasserbetriebe (BWB) als auch zum Vorstand der Holding (BWH) ist damit nach 2002 unterbrochen.

Der nicht legitimierte Vorstand der Holding erteilt nunmehr an den nicht legitimierten Vorstand der Wasserbetriebe (AöR) dauernde Weisungen nicht legitimer Art. Die Bedingung für die Verfassungsmäßigkeit der Beteiligung der Privaten an den Wasserbetrieben (BWB AöR) ist nicht mehr gegeben. Die Privaten dürfen sich nicht mehr an den Wasserbetrieben (BWB AöR) beteiligen. Daraus folgt weiter, dass die Holdingkonstruktion nach 2002 nunmehr verfassungswidrig wird. Sie hätte seit 2002 rückabgewickelt werden müssen. Alle anschließenden Vereinbarungen, Gesetzesänderungen und Nebenabreden müssen unter diesem Gesichtspunkt geprüft werden. Höchstwahrscheinlich werden sich hier Rückzahlungspflichten an die Berliner Verbraucherinnen und Verbraucher ergeben.

Zusammenfassung

Die Teilprivatisierungsverträge sind in mehrfacher Hinsicht verfassungswidrig: Die Gewinngarantie – Hauptzweck des Vertrages – verstößt gegen das Budgetrecht der Abgeordneten. Der Unternehmensführung fehlt sowohl in personeller wie sachlich-inhaltlicher Hinsicht die demokratische Legitimation. Daraus folgt, dass die Verträge nichtig sind: Die privaten Unternehmen dürfen sich nicht mehr an den Berliner Wasserbetrieben (AöR) beteiligen. Der Vertrag muss rückabgewickelt werden, und für die Zeit nach 2002 sind von den Privaten die erhaltenen Summen zurückzuerstatten.

Forderungen

1. Wir fordern eine Rückabwicklung der Teilprivatisierung, keine Nachbesserung der Verträge
2. Wir fordern, dass die RWE-Anteile nicht an Veolia oder an andere Konzerne verkauft werden
3. Wir fordern, dass die Wasserbetriebe nicht – wie im Konsortialvertrag vorgedacht – in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft umgewandelt werden
4. Wir fordern die Umwandlung der BWB AöR in einen bürgennahen Eigenbetrieb
5. Wir fordern die Offenlegung sämtlicher Beschlüsse und Nebenabreden
6. Wir fordern die Umwandlung sämtlicher offengelegter und offenzulegender Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden in maschinenlesbare Form
7. Wir fordern eine angemessene finanzielle Ausstattung des Ausschusses zur Umsetzung seiner Aufgaben
8. Wir fordern eine Einsetzung unabhängiger Experten zur Überprüfung der Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden, d.h. sie dürfen u.a. nicht im Rahmen der Teilprivatisierung der Wasserbetriebe oder bei anderen Privatisierungsvorhaben tätig geworden sein.
9. Wir fordern ein Vorschlags- und Mitentscheidungsrecht bei der Auswahl unabhängiger Experten
10. Wir fordern die Ausschöpfung aller Klagemöglichkeiten
11. Wir fordern die Anhörung der Experten des Arbeitskreises unabhängiger Juristen.
12. Wir fordern die Abgeordneten auf, ein Organstreitverfahren, wie es im Leitfaden des AKJ vorgeschlagen wird, anzustrengen, da wir dieses nach dem derzeitigen Stand am ehesten als zielführend für eine kostengünstige Rückabwicklung ansehen

Anträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe Fraktion
Bündnis 90/Die Grünen

Stand 24.09.2012

Datum	Form	Titel/ Inhalt	Ergebnis
19.01.2010	Antrag Ds. 16/2929	„Wasserverträge offen legen“	abgelehnt Plenarsitzung 16/58 (28.01.2010)
15.02.2011	Antrag Ds. 16/3874	„Schluss mit den geheimen Verkaufsverhandlungen – Offenlegung aller Verkaufsangebote und Absprachen“	abgelehnt Plenarsitzung 16/81 (14.04.2011)
15.03.2011	Antrag Ds. 16/ 3955	„Harald Wolf muss Interessenkollision durch Niederlegung seines Amtes als Aufsichtsratsvorsitzender der Berliner Wasserbetriebe beenden!“	abgelehnt Plenarsitzung 16/79 (17.03.2011)
30.11.2011	Antrag Ds. 17/ 0054	Sonderausschuss „Wasserverträge“ einsetzen – Arbeitsweise, Arbeitsumfang und Ausstattung prüfen	abgelehnt Plenarsitzung 17/04 (01.12.2011)
05.06.2012	Antrag Ds. 17/0379	Ankauf der RWE-Anteile an den Berliner Wasserbetrieben durch das Land Berlin Rückkauf nur mit Vorbehalt	--

Abweichender Bericht der Fraktion Die Linke

Gliederung

A. Kurze Würdigung der Arbeit des Sonderausschusses „Wasserverträge“

1. Verhalten der SPD- und CDU-Fraktionen: Aussitzen, Abblocken, Thema wechseln
2. Größtmögliche Ignoranz seitens des Senats
3. Mangelhafte Ausstattung des Sonderausschusses war kein Zufall
4. Rückkauf der RWE-Anteile ändert nichts an Raub- und Beutegemeinschaft

B. Auftrag, Ausstattung, Verfahren und Sachermittlung im Ausschuss

I. Einsetzung, Auftrag und Ausstattung des Sonderausschusses

1. Einsetzung und Auftrag
2. Begrenzte Offenlegung
3. Unzureichende Ausstattung des Sonderausschusses „Wasserverträge“

II. Verfahren und Sachermittlung im Ausschuss

1. Konfusion und vollständige Plan- und Strategielosigkeit in der Ausschussarbeit statt strukturierter öffentlicher Prüfung und Aussprache
2. Taktischer Umgang der Koalitionsmehrheit und des Vorsitzenden mit der Geschäftsordnung und mit Besprechungsanliegen der Ausschussfraktionen
3. Mangelhafte Einbeziehung der Öffentlichkeit
4. Umgang der Koalition und des Senats mit der Arbeit im Ausschuss

III. Fazit und Verfahrenskritik

C. Materieller Teil: Erörterung und Prüfung der Rechts- und Sachfragen

I. Keine Vereinbarkeit der Teilprivatisierung der BWB mit dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip

1. Grundstruktur der BWB-Teilprivatisierung: Überlagerung öffentlich-rechtlicher und privatautonomer Regulierung, Intransparenz, Verantwortungsdiffusion
2. Anforderungen aus dem Demokratieprinzip an das Handeln der BWB
3. Keine hinreichende demokratische Kontrolle über die Aufgabenerfüllung der BWB AöR
 - a) Einflussgewährung für private Investoren: kein Letztentscheidungsrecht
 - b) Kondominiale Leitungsstruktur statt demokratischer Steuerung
 - c) Keine Rechtfertigung für „gelockerte“ Anforderungen an das Demokratieprinzip
4. Keine demokratische Legitimation des Anstaltsvorstands der BWB AöR
 - a) Keine sachlich-inhaltliche Legitimation des BWB-Vorstands bis 2003
 - b) Keine sachlich-inhaltliche Legitimation des BWB-Vorstands seit 2003
 - c) Keine „legitimationsstiftende Funktion“ des Weisungsausschusses
5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip durch die Geheimhaltung der Verträge, das Unterlaufen gesetzlicher Vorgaben und die Vereinbarung eines nicht-öffentlichen Schiedsverfahrens
 - a) Entleerung des demokratisch legitimierten Gesetzes durch die von der Exekutive verhandelten Verträge

- b) Geheimhaltung der Teilprivatisierung als Verfahrensverstoß
- c) Unzulässige Einschränkung des parlamentarischen Kontrollrechts durch geheime Konstituierung eines nicht-öffentlichen Schiedsverfahren

6. Zwischenfazit

II. Wirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages, der Grundlage der „Raub- und Beutegemeinschaft“ zwischen Land Berlin und den Privatinvestoren

- 1. Strittig: Nichtigkeit aufgrund der Verletzung von Art. 20 Abs. 3 GG
- 2. Strittig: Verletzung des parlamentarischen Budgetrechts
- 3. Zwischenfazit
- 4. Zweifel bezüglich Zulässigkeit und Rechtsfolge eines Organstreitverfahrens
 - a) Zweifel an der Zulässigkeit des Streitgegenstands
 - b) Zulässigkeit: Antragsfrist ist abgelaufen

III. § 23.7 Konsortialvertrag und europäisches Beihilferecht

IV. Kartellrechtliche Preismisbrauchsverfügung als nicht nach § 23.7 Konsortialvertrag ausgleichspflichtiger Tatbestand

- 1. Überhöhte Wasser- und Abwasserpreise als Ausdruck hoher kalkulatorischer Kosten
- 2. Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts als nicht von § 23.7 umfasster Tatbestand
- 3. Dauerhafte Wasserpreissenkung nur bei Änderung der Tarifikalkulationsvorschriften für die BWB

V. Zum Rückkauf der RWE-Anteile

D. Auswahl von Quellen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

A. Kurze Würdigung der Arbeit des Sonderausschusses „Wasserverträge“

Der Sonderausschuss „Wasserverträge“, der aufgrund des durch Volksabstimmung verabschiedeten „Offenlegungsgesetzes“ eingerichtet wurde, konnte seine Zielsetzung nicht erreichen. Der Ausschuss war mit der „öffentlichen Prüfung [...] der Verträge“ der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe beauftragt. Wir stellen fest, dass diese Prüfung aller wesentlichen Komplexe nie in juristisch notwendiger Tiefe verfolgt werden konnte, weil die Fraktionen der SPD und CDU die umfassende Prüfung nicht zugelassen haben. Die Fraktion DIE LINKE muss deshalb die Arbeit des Sonderausschusses als gescheitert ansehen. Dieses Scheitern ist außerordentlich zu bedauern und lässt sich wie folgt erklären:

1. Verhalten der SPD- und CDU-Fraktionen: Aussitzen, Abblocken, Thema wechseln

Auch wenn es angesichts des stetigen planlosen Agierens der großen Koalition übertrieben scheint von einer Strategie zu sprechen, zeichneten sich beide Koalitionsfraktionen systematisch durch ihr – manchmal nur mühsam – kaschiertes Desinteresse an der Ausschussarbeit aus.

Es lässt sich schwer dem Eindruck widersprechen, dass es den SPD- und CDU-Ausschussmitgliedern stets um ein Aussitzen der Verhandlungsgegenstände ging, Mittel dazu war das Abblocken von Anträgen der Oppositionsfraktionen, die eine Vertiefung der jeweiligen Fragestellungen erlaubt hätten.

Seit Mitte des Jahres 2012 wurde von der SPD-CDU-Koalition versucht, das Spielfeld zu verlagern. Eine Prüfung der Teilprivatisierungsverträge bzw. -gesetze wurde nun noch nicht mal mehr dem Anschein nach verfolgt. Stattdessen begann die Koalition den Fokus auf den Rückkauf der RWE-Anteile zu richten und verstieg sich zu der Behauptung, durch diesen Rückkauf würden die Ansprüche des Offenlegungsgesetzes erfüllt.

2. Größtmögliche Ignoranz seitens des Senats

An keiner der insgesamt 16 Ausschusssitzungen hat eine Senatorin oder ein Senator teilgenommen, obwohl darum – sowohl mündlich als auch schriftlich – mehrfach von den Oppositionsfraktionen gebeten wurde. Auch wenn anzuerkennen ist, dass sich eine Senatorin oder ein Senator auf Staatssekretärebene vertreten lassen kann, bleibt es bezeichnend, dass eine solche Vertretung im Sonderausschuss Wasserverträge zu jeder einzelnen Sitzung gewählt wurde. Dass weder eine der Wirtschaftssenatorinnen noch der Finanzsenator jemals an einer Ausschusssitzung teilnahmen, ist hochgradig ungewöhnlich und zeigt das komplett unterentwickelte Interesse des Senats, an einer zielführenden Umsetzung des durch Volksabstimmung beschlossenen Offenlegungsgesetzes mitzuwirken.

3. Mangelhafte Ausstattung des Sonderausschusses war kein Zufall

Insgesamt wurden zwar elf Vertrauenspersonen der Trägerin der Volksbegehrens sowie weitere Sachverständige in öffentlichen Sitzungen angehört. Das Problem war, dass aus den von den Anzuhörenden aufgeworfenen Fragestellungen systematisch nichts folgte. Die SPD-CDU-Koalition verfolgte eine Versandungs-Strategie, die sie mit ihrer Ausschussmehrheit durchsetzte. Es ist erstaunlich, wie die SPD- und CDU-Fraktionen die komplexen verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Fragestellungen ohne weitere Expertise zu beurteilen

vermögen glaubten. Die von der Opposition beantragten Gutachten zu einer möglichen Verletzung des Demokratieprinzips lehnte die große Koalition ohne plausible Begründung ein ums andere Mal ab.

4. Rückkauf der RWE-Anteile ändert nichts an Raub- und Beutegemeinschaft

Durch die Teilprivatisierung von 1999 wurde eine Raub- und Beutegemeinschaft von privaten Investoren und dem Land Berlin vereinbart. Diese von der großen Koalition im Jahr 1999 beschlossene Teilprivatisierung zu Lasten der Berliner Wasserkunden wurde oft und lautstark kritisiert und gerichtlich beklagt. Die öffentliche Empörung über die Teilprivatisierung und die vereinbarten Gewinngarantien kulminierte in der erfolgreichen Volksabstimmung über das „Offenlegungsgesetz“. Unzweifelhaft war die Intention des Gesetzes und der abstimmenden Bevölkerung darauf gerichtet, die Nachteile der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe nicht weiter zu ertragen. Dazu wären die Verträge der Teilprivatisierung aufzulösen.

Die SPD- und CDU-Fraktionen waren und sind offensichtlich nicht gewillt, die Raub- und Beutegemeinschaft aufzukündigen. Stattdessen wurden die Anteile eines der privaten Investoren übernommen, um das Land weiter im bestehenden Vertragsgefüge zu belassen. Gerade vor dem Hintergrund der Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts muss die politische Entscheidung von SPD und CDU als Entscheidung gegen die Interessen der Berlinerinnen und Berliner angesehen werden.

B. Auftrag, Ausstattung, Verfahren und Sachermittlung im Ausschuss

I. Einsetzung, Auftrag und Ausstattung des Sonderausschusses

1. Einsetzung und Auftrag

Am 13. Februar 2011 stimmten 666 235 Berlinerinnen und Berliner unter dem Slogan „Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ bei einem erfolgreichen Volksentscheid für die vorbehaltlose Offenlegung der vertraulichen Verträge, die das Land Berlin mit dem Konsortium aus RWE und Veolia (damals: Vivendi) zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe AöR 1999 abgeschlossen hat. Die Initiator*innen des Volksbegehrens verfolgten über die unmittelbare Offenlegung hinaus das mittelbare Ziel einer Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe. Rekommunalisierung, damit ist vor dem Hintergrund der jahrelangen öffentlichen Debatte in Berlin im Großen und Ganzen Folgendes gemeint:

- Herstellung der vollständigen öffentlichen Kontrolle über das Monopol der Wasserver- und Abwasserentsorgung,
- Vorrang der öffentlichen Aufgabenerfüllung im Interesse einer sicheren städtischen Wasserwirtschaft gegenüber der Renditeorientierung des Unternehmens,
- Sicherung der demokratischen Steuerung des Berliner Wasserunternehmens BWB.

Die Offenlegung der Verträge sollte insoweit das Mittel sein, um eine öffentliche politische Debatte über den Inhalt der Verträge und ihre Anfechtbarkeit, bestenfalls eine Rückgängigmachung der Teilprivatisierung, zu ermöglichen und zu befördern. Der Hintergrund für dieses politische Vorhaben ist eine seit 1999 kontinuierlich geführte Diskussion in der Berliner Öffentlichkeit und Politik, aber auch in der Wissenschaft – über die politischen Folgen dieser Teilprivatisierung (Wasserpreiserhöhungen, Kontrolle des privaten Konsortiums über die unternehmerische Führung der BWB, Garantie für eine Renditeerwartung der Anteilseigner bei Absicherung eines Verlustausgleichs aus dem Landeshaushalt durch das Land Berlin) und über die rechtliche Tragfähigkeit der abgeschlossenen Verträge.¹

Der Sonderausschuss „Wasserverträge“ des Berliner Abgeordnetenhauses ist durch Beschluss vom 1. Dezember 2011 eingesetzt und mit der „Umsetzung des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 4. März 2011“² beauftragt worden. Insbesondere sollte der Ausschuss die „Prüfungen nach § 3 Satz 2 des Gesetzes durchführen“,³ in dem es heißt:

„Bestehende Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden bedürfen einer eingehenden öffentlichen Prüfung und öffentlichen Aussprache durch das Abgeordnetenhaus unter Hinzuziehung von unabhängigen Sachverständigen.“⁴

¹ Vgl. hierzu die Quellenauswahl unter D.

² Einsetzungsbeschluss vom 1. Dezember 2011 (Drs. 17/49 vom 30. November 2011).

³ Ebd.

⁴ Gesetz für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 4. März 2011 (GVBl. S. 82).

Die umfassende Kritik am Verhalten der SPD- und CDU-Koalitionsmitglieder während der Arbeit des Sonderausschusses „Wasserverträge“ (Teil B) nimmt innerhalb dieses Sondervotums relativ breiten Raum ein und bedarf deshalb einer kurzen Erläuterung.

Die Aufgabe des Sonderausschusses bestand – im Gegensatz zu den so genannten ständigen Ausschüssen – nicht in der Beratung von Gesetzesentwürfen und Anträgen, sondern in der eigenständigen Prüfung der rechtlichen Sachverhalte, die sich aus der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe ergeben hatten bzw. in diesem Zusammenhang vorgebracht wurden. Es brauchte dementsprechend ein eigenständiges Klärungsinteresse seitens der Ausschussmitglieder; im Gegensatz zu regulären Ausschüssen waren die Beratungspunkte nicht im Einzelnen durch Überweisung aus dem Plenum des Abgeordnetenhauses vorgegeben und inhaltlich abgegrenzt. Vielmehr hätte es einer aktiven Strukturierung der Themenkomplexe bedurft, um überhaupt "Land in Sicht" zu bekommen. Es sei zugestanden, dass eine solche aktive Strukturierung bereits gewisse Kenntnisse über den Gesamtthemenkomplex der BWB-Teilprivatisierung erfordert. Aus Sicht der Fraktion DIE LINKE haben aber gerade die Ausschussmitglieder von SPD und CDU, die ja letztlich mit ihrer Koalitionsmehrheit den Fortgang der Ausschussberatungen beschlossen bzw. durchsetzten, bereits grundlegendes Wissen und Verständnis vermissen lassen. Da uns aus unserer bisherigen Parlamentsarbeit eine solche Mischung aus Unwilligkeit und Obstruktionswillen bisher nicht bekannt ist, verdient sie deshalb eine relativ umfassende Würdigung.

2. Begrenzte Offenlegung

Die Teilprivatisierungsverträge sind bereits vor der Einsetzung des Sonderausschusses im Jahr 2010 von einer Tageszeitung im Internet veröffentlicht und später auch offiziell offengelegt worden, soweit sie das rechtliche Verhältnis zwischen dem Land Berlin und den privaten Anteilseignern betrafen.⁵ Dem Wortlaut des Offenlegungsgesetzes war damit Genüge getan. Die Intention des Gesetzes ging aber wesentlich weiter. Angesichts des mittels des Volksbegehrens verfolgten Ziels setzten sich die Initiator*innen des Volksbegehrens legitimerweise dafür ein, *alle rechtlich verbindlichen Verabredungen und Übereinkünfte zwischen Beteiligten im Teilprivatisierungsgeflecht* öffentlich diskutieren zu können, die für die Beurteilung der rechtlichen Tragweite und politischen Folgen der Teilprivatisierung relevant sind. Das betrifft zweifelsohne weitere Rechtsbeziehungen, die vom Wortlaut des Gesetzes nicht (mehr) umfasst sind, etwa die zwischen BWB und Tochterunternehmen oder den privaten Anteilseignern im Rahmen ihrer Privatautonomie ohne Einbeziehung des Landes getroffenen Vereinbarungen. Ein Teil dieser Vereinbarungen ist ebenfalls offengelegt worden.

Bis heute sind allerdings nicht sämtliche vertraglichen Beziehungen öffentlich, die zwischen den an der Teilprivatisierung beteiligten Rechtssubjekten abgeschlossen worden sind. Beispielhaft ist das „Shareholder's Agreement“ vom 23. Juli 2008 zu nennen, in das das Land Berlin unlängst durch den Rückerwerb der RWE-Anteile offenbar mit sämtlichen von RWE übernommenen Rechten und Pflichten gegenüber Veolia eingetreten ist. Das „Shareholder's Agreement“ band die beiden privaten Anteilseigner und bindet nun das Land Berlin und Veolia in Bezug auf ihr Verhalten als Konsortialpartner in den teilprivatisierten BWB. Seine Exis-

⁵ Vgl. Senat von Berlin, Vorlage – zur Beschlussfassung – Umsetzung des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, Drs. 17/0055 (alt: Drs. 16/4112) vom 8. Dezember 2011; dem Sonderausschuss „Wasserverträge“ zur Beschlussfassung überwiesen. Ferner Amtsblatt für Berlin – Sonderdruck, „Offenlegung des Vertrages und weiterer Dokumente zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“, Sonderdruck zur Bekanntmachung im Amtsblatt für Berlin Nr. 7 vom 17. Februar 2012 (ABl. S. 266).

tenz wurde überhaupt erst im späteren Verlauf der Ausschussberatungen bekannt. Bis heute es ist nur von den Abgeordneten einzusehen. Auf die mit den gesellschaftsrechtlichen Bindungen verbundenen Probleme bezüglich der Einhaltung des Demokratieprinzips wird an späterer Stelle zurückzukommen sein.

Die im Rahmen des Volksentscheids erhobene politische Transparenzforderung ist bis jetzt nicht vollumfänglich umgesetzt.⁶ Senat und Koalition fanden das nicht zu beanstanden und haben hier auch keinen besonderen Enthusiasmus für die Forderung nach vollständiger Transparenz erkennen lassen. Jede nach wie vor vertraulich bleibende Vereinbarung bezüglich der BWB-Teilprivatisierung ist jedoch ein Hindernis für die öffentliche Erörterung und für ihre abschließende und tragfähige (politische oder juristische) Bewertung. Das verbleibende Maß an Heimlichkeit schmälerte auch die Möglichkeiten des Sonderausschusses „Wasserverträge“ während des gesamten Zeitraums seiner Arbeit.

3. Unzureichende Ausstattung des Sonderausschusses „Wasserverträge“

Sinn und Zweck der Arbeit des Sonderausschusses „Wasserverträge“ war zu prüfen und zu beurteilen, ob (die gesetzlichen Grundlagen der Teilprivatisierung und) die Verträge rechtssicher sind oder angegriffen werden können oder welche sonstigen Möglichkeiten es gibt, die Teilprivatisierung der BWB aus der Welt zu schaffen. Der Ausschuss sollte also nach seinem Auftrag zum einen prüfen, inwieweit die gesetzlichen Rechtsgrundlagen und die abgeschlossenen Verträge (und zwar sämtliche) unter allen verfassungs-, öffentlich- und zivilrechtlichen Aspekten Bestand haben können bzw. anfechtbar sind. Er sollte darüber hinaus aber auch prüfen, ob es weitere Möglichkeiten gibt, eine vorzeitige Beendigung der Vertragsbeziehungen über die Teilprivatisierung herbeizuführen, falls sich die abgeschlossenen Verträge unter allen genannten Gesichtspunkten als rechtswirksam erweisen sollten – beispielsweise durch politischen Druck auf die privaten Anteilseigner und eine akzeptable Verhandlungslösung zwischen den privaten Anteilseignern und dem Land Berlin.

Um diese Aufgabe bewältigen zu können, mussten der Ausschuss und seine Mitglieder auch die Möglichkeit erhalten, sich des Sachverstands und der Unterstützung externer Dritter zu bedienen. Im Spannungsfeld zwischen Zivilrecht und Verfassungs- bzw. öffentlich-rechtlicher Ordnung, zwischen BGB- und Gesellschaftsrecht, Gebühren- und Tarifrecht, Europarecht, Staatsorganisationsrecht und Kartellrecht sind viele Rechtsprobleme angelegt, deren Diskussion Kenntnisse in verzwickten juristischen Spezialmaterien erfordert. Selten finden sich hier gefestigte „herrschende Meinungen“, ebenso selten sind die Rechtsfragen in ständiger Rechtsprechung ausgeurteilt.

Der Senat von Berlin hat in seit der ersten Absichtsbekundung zur Teilprivatisierung bis zum heutigen Tag immer wieder die Gutachtertätigkeit von Hochschullehrer*innen und spezialisierte Großkanzleien in Anspruch genommen.⁷ Dafür sind erhebliche Steuermittel aufgewendet worden. Auch die BWB greifen zur Beratung über Rechtsfragen unter Einsatz beträchtli-

⁶ Vgl. etwa das Schreiben der Veolia Wasser GmbH vom 12. Oktober 2012 an den Ausschussvorsitzenden, Abg. Jupe.

⁷ Vgl. nur die laut Auskunft des Senats unvollständige Aufzählung in der Antwort des Senats vom 17. April 2012 auf die Kleine Anfrage des Abg. Dr. Lederer, Drs. 17/10362. Hier heißt es im Übrigen: „Aufgeführt werden die unmittelbar zugunsten des Landes erbrachten Leistungen. Aufträge der Berliner Wasserbetriebe sind nicht enthalten. Angaben zu den Honoraren können aus Gründen der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nicht gemacht werden.“ Allein während der Zeit, in der der Sonderausschuss gearbeitet hat, wurden durch den Senat wohl erneut Millionenbeträge für externe Beratungs- und Gutachterleistungen, Anwalts-, Wirtschaftsprüfungs- und Notarkosten zur Begleitung des Rückkaufs der RWE-Anteile verausgabt.

cher Finanzmittel immer wieder auf externen Sachverstand zurück.⁸ Gleiches gilt schließlich für die privaten Anteilseigner an den BWB.

Die SPD-CDU-Mehrheit im Plenum und im Sonderausschuss hat dem Ausschuss und seinen Mitgliedern für die Arbeit dagegen nicht auch nur ein Minimum an Ressourcen zugestanden. Ein Antrag der Opposition zur besonderen Ausstattung des Sonderausschusses⁹ wurde mit (zweifelhafte) Verweis auf die gesetzlichen Grundlagen zur Ausschussausstattung von der Parlamentsmehrheit abgelehnt. Eine daraufhin von der Opposition beantragte Änderung dieser gesetzlichen Grundlagen mit dem Ziel, die Ausstattung eines Sonderausschusses mit der eines Untersuchungsausschusses oder einer Enquetekommission gleichzustellen,¹⁰ wurde von der Parlamentsmehrheit gleichfalls abgelehnt.

Auch im Sonderausschuss wurde durch die SPD-CDU-Mehrheit – mit Verweis auf die völlig ausreichende Expertise des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes (WPD), den erforderlichen sparsamen Umgang mit Haushaltsmitteln (!) und den bereits gestillten Erkenntnishaftung der Ausschussmehrheit – ein ums andere Mal die Beauftragung externer Gutachten auf Antrag der Opposition einfach weggestimmt.

Zwischen den Ressourcen und der Expertise, auf die Senat, BWB oder private Anteilseigner zurückgreifen konnten und können, und den Möglichkeiten des Sonderausschusses „Wasserverträge“ lagen Welten. In diesem Verhältnis ansatzweise 'Augenhöhe' herzustellen, hätte erfordert, auch den Ausschuss mit einem Mindestmaß an Ressourcen auszustatten, die zur Erfüllung seines Auftrags hätten in Anspruch genommen werden können. Da die einzelnen Fraktionen im Sonderausschuss „Wasserverträge“ erwartungsgemäß unterschiedliches Erkenntnisinteresse und zum Teil gegenläufige Thesen vertreten, wäre zur Wahrung von Minderheitenrechten auch eine Unterstützung der Fraktionen mit Personal- und Sachmitteln erforderlich gewesen. Nur so hätten sich seine Mitglieder in den Stand versetzen können, zu einzelnen relevanten Rechtsfragen vertiefende Stellungnahmen und Rechtsausführungen einzuholen. Nur so wäre zu abzusichern gewesen, dass sich der Ausschuss – aus den Impulsen der Fraktionen gespeist – souverän eine eigenständige Position zu den mit der Teilprivatisierung verbundenen politischen und Rechtsfragen hätte erarbeiten können. Das war aber von der SPD-CDU-Koalition im Abgeordnetenhaus und von der Ausschussmehrheit aus SPD und CDU ganz ersichtlich von Anfang an nie beabsichtigt und also nicht gewollt. Damit wurde aber auch gleich den Oppositionsfraktionen die Möglichkeit genommen, jenseits der Stimmenmehrheit im Ausschuss eigene Strategien oder Erkenntnisinteressen zu verfolgen. Auch das war offenbar das Ziel der SPD-CDU-Mehrheit.

⁸ Allein für die Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten im Rechtsstreit mit dem Bundeskartellamt über die Wirksamkeit der Preissenkungsverfügung haben die BWB bis zum Jahr 2012 insgesamt 2,7 Mio. € aufgewendet. Vgl. Antwort des Senats vom 2. Oktober 2012 auf die Kleine Anfrage des Abg. Dr. Lederer, Drs. 17/10923.

⁹ Vgl. Dringlicher Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der Fraktion DIE LINKE und der Piratenfraktion „Sonderausschuss 'Wasserverträge' einsetzen – Arbeitsweise, Arbeitsumfang und Ausstattung prüfen“ auf Drs. 17/54 vom 30. November 2011.

¹⁰ Vgl. Antrag der Fraktion DIE LINKE, der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und der Piratenfraktion über Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Rechtsstellung der Fraktionen des Berliner Abgeordnetenhauses (Fraktionsgesetz – FraktG) auf Drs. 17/267 vom 18. April 2012.

II. Verfahren und Sachermittlung im Ausschuss

1. Konfusion und vollständige Plan- und Strategielosigkeit in der Ausschussarbeit statt strukturierter öffentlicher Prüfung und Aussprache

Während aus den Reihen der Opposition bereits zur 1. Ausschusssitzung ein Vorschlag vorgelegt worden ist, wie die – auf Veranlassung der SPD-CDU-Mehrheit im Abgeordnetenhaus auf ein Jahr befristete – Tätigkeit des Ausschusses inhaltlich-methodisch effektiv strukturiert werden könnte,¹¹ ist es während der ganzen Arbeitsperiode des Sonderausschusses „Wasserverträge“ niemals zu einer konsistenten und sinnvoll organisierten Auswertung und Prüfung der Rechtsgrundlagen und Verträge über die Teilprivatisierung der BWB gekommen.

Weder hat der Vorsitzende einen Vorschlag für eine strukturierte Arbeitsplanung gemacht noch haben die Koalitionsfraktionen, die mit ihrer Stimmenmehrheit die Ausschussberatungen dominieren konnten, eine nachvollziehbare und sachlich begründete Strategie verfolgt, um den Auftrag des Ausschusses zu erfüllen. Einigkeit konnte in der 1. Sitzung unter den Fraktionen noch darüber hergestellt werden, dass Quellenmaterial und Literaturhinweise auf weiterführendes Material unter den Fraktionen ausgetauscht werden würden und die Vertrauenspersonen des Volksbegehrens anzuhören seien.¹² Von Seiten der Koalitionsfraktionen wurden keine eigenen Vorschläge zur Strukturierung der Ausschussarbeit eingebracht. Die Koalitionsfraktionen haben stattdessen in der Regel kurzfristig thematische Tagesordnungspunkte angemeldet, bei denen das Erkenntnisinteresse der Koalition bzw. der zu erwartende Erkenntnisgewinn des Ausschusses eher im Vagen blieben. Dementsprechend wurden die Besprechungspunkte der Koalition vor den Anhörungen auch nicht begründet,¹³ anders als sonst in jedem Fachausschuss des Parlaments üblich.

Angehört wurden letztlich sechs Personen aus dem Umfeld der Initiativen, die den Volksscheid erstritten hatten, darunter die vier Vertrauensleute des Volksbegehrens, ferner zwei Hochschullehrer, zwei Vertreter*innen des Bundeskartellamts und der Finanzvorstand der Berliner Wasserbetriebe. Die Anhörungen folgten keinem vom Ausschuss systematisch erarbeiteten Fragenbestand, regelmäßig erfolgte keine systematische Auswertung unter Klärung von Konsensen oder Dissensen entlang eines Untersuchungs- oder Prüfungskonzepts des Ausschusses. Vertiefende Nachbereitung oder weitergehende Anforderung externen Sachverständs fand nicht statt.

Gegenstand der Anhörungen waren so unterschiedliche Themen wie „Europäisches Beihilferecht in Bezug auf die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“ (Anzuhörender Prof. Dr. Franz Mayer, Universität Bielefeld)¹⁴, „Leitfaden des Arbeitskreises unabhängiger Juristen“ (Anzuhörende RA Olav Sydow und Sabine Finkenthei, Arbeitskreis unabhängiger Juristen), „Parlamentarisches Budgetrecht und Wirksamkeit zivilrechtlicher Verträge“ (Anzuhörender Prof. Dr. Andreas Musil, Universität Potsdam), „Hintergründe der kartellrechtlichen Abmahnungen der Berliner Wasserbetriebe“ (Anzuhörende Dr. Felix Engelsing und Annette Bangard, 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts). Im Gegensatz zu dem Eindruck, der im Bericht der Ausschussmehrheit erweckt wird, ist die dortige Bestandsaufnahme der Positionen unterschiedlicher Anzuhörender zu einzelnen relevanten Rechtsfragen nicht das Ergeb-

¹¹ Vgl. dazu Abg. Dr. Lederer, Zur Arbeit des Sonderausschusses „Wasserverträge“, 3. Januar 2012.

¹² Wortprotokoll 17/1 vom 6. Januar 2012, S. 33

¹³ Wortprotokoll 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 7, sowie 17/10 vom 24. August 2012, S. 1 f.

¹⁴ Dieses Thema wurde durch Schreiben der Parlamentarischen Geschäftsführer der Koalitionsfraktionen vom 25. Mai 2012 über die Sprecher*innenrunde hinweg auf die Tagesordnung gesetzt. Am 8. Juni 2012 fand dann die Anhörung statt.

nis eines zielgerichteten Arbeitsprozesses, sondern eher zufälliges Ergebnis von „auf Zuruf“ und Zulassung durch die Koalitionsfraktionen zustande gekommenen Tagesordnungsgegenständen in der Ausschussarbeit.

Die auf Betreiben der Opposition zur thematischen Vertiefung angeforderten – aufgrund der Blockade der Koalition gegenüber jeglichem Antrag der Opposition auf externe Begutachtung aber schließlich durch den WPD erarbeiteten – Gutachten zum „Leitfaden des Arbeitskreises unabhängiger Juristen“¹⁵ und zur Vereinbarung der Konsortialverträge mit dem Demokratieprinzip¹⁶ wurden der Opposition zwar durch die Ausschussmehrheit zugestanden. Sie waren aber einer weiteren Erörterung nicht zugänglich, weil SPD- und CDU-Mitglieder im Ausschuss die Befragung des WPD-Gutachters durch ihre Mehrheitsentscheidung gegen die Stimmen der Oppositionsfraktionen jeweils verhindert haben – trotz erklärter Bereitschaft des WPD, den Ausschussmitgliedern für Fragen und Diskussion zur Verfügung zu stehen. Schon vorab hatte der Ausschussvorsitzende trotz zunächst anderslautender gemeinsamer Vereinbarung in der Sprecher*innenberatung die „Ausladung“ veranlasst.

Seitens der Fraktion DIE LINKE wurde ferner – mangels Ressourcen für vertiefende externe Begutachtung von Fragestellungen im Zusammenhang mit der Einhaltung des Demokratieprinzips bei der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe ein weiteres WPD-Gutachten beauftragt.¹⁷ Die erforderliche unabhängige, vertiefende Expertise zur Überprüfung bereits vorliegender Rechtsstandpunkte konnte damit allerdings schwerlich sichergestellt werden. Hier blieben viele Fragen offen und ungeklärt. Und sie werden es nun wohl auch bleiben.¹⁸

2. Taktischer Umgang der Koalitionsmehrheit und des Vorsitzenden mit der Geschäftsordnung und mit Besprechungsanliegen der Ausschussfraktionen

Mangels eines systematischen Beratungsplans als Grundlage der Arbeit des Sonderausschusses kam es letztlich über die gesamte Zeitdauer der Ausschussberatungen zu einem konzeptionslosen und inkonsistenten Aufrufen von Themen, die zwar in irgendeiner Weise auch einen Bezug zur Teilprivatisierung der BWB hatten, aber keinesfalls eine systematische „Prüfung und öffentliche Erörterung“ der Rechts- und Vertragsgrundlagen des BWB-Konzerns erlaubten. Die Koalition intervenierte permanent ohne sachliche Begründung und ohne sich jemals an die Antragsfristen zu halten, die in den mit den Stimmen von SPD und CDU beschlossenen Verfahrensregeln festgehalten waren, in Verabredungen der Ausschuss-Obleute aller Fraktionen.

Absprachen aus den Sprecher*innenberatungen wurden mehrfach wahlweise eigenmächtig vom Vorsitzenden, durch Schreiben der Parlamentarischen Geschäftsführer von SPD und CDU oder noch während der Ausschusssitzungen durch Verfahrensanträge der Koalitionsfraktionen über Bord geworfen. Die Sprecher*innenrunden verloren damit jeden Anspruch auf Verbindlichkeit. Der Streit um die Einhaltung grundlegender Spielregeln in einem fairen Wechselspiel zwischen Opposition und Koalition kostete einen erheblichen Zeitanteil der

¹⁵ Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes zum Leitfaden „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung“ vom 31. Mai 2012.

¹⁶ Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes zur Vereinbarkeit der im Rahmen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe abgeschlossenen Konsortialverträge, ihrer Anlagen und Änderungen mit dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Budgethoheit des Parlaments vom 17. August 2012.

¹⁷ Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes zu einigen Fragen im Zusammenhang mit der öffentlichen Kontrolle über die Berliner Wasserbetriebe (BWB) – Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) vom 9. Oktober 2012.

¹⁸ Siehe dazu noch unten unter B.

Ausschussberatungen – ja, er war in einigen Ausschusssitzungen deren fast ausschließlicher Inhalt.

Beispielhaft für die Unberechenbarkeit und Sprunghaftigkeit des Koalitionsagierens ist die Erörterung des „Standes der Rückkaufverhandlungen zwischen Land Berlin und RWE“ im Sonderausschuss „Wasserverträge“. In der Sprecher*innenberatung wurde vereinbart, dieses Thema als Besprechungspunkt nach § 21 Abs. 3 GO Abghs für die 8. Ausschusssitzung am 25. Mai 2012 auf die Tagesordnung zu setzen.¹⁹ Ohne vorherige Rücksprache mit den Sprecher*innen hat der Vorsitzende auf ein Schreiben der Parlamentarischen Geschäftsführer der Koalitionsfraktionen hin diese Vereinbarung ignoriert und ohne diesen Tagesordnungspunkt zur Sitzung eingeladen. In der Sitzung selbst vertrat ein Sprecher der Koalitionsfraktionen, dieses Thema berühre nicht den Geschäftsbereich des Ausschusses.²⁰ Auf scharfe Kritik aus den Oppositionsfraktionen begründete der Vorsitzende diesen Schritt dann mit dem gleichen Grund:

„Nach den verschiedenen Korrespondenzen, die sich tatsächlich zu dem von Ihnen in den Debattenbeiträgen angesprochenen Bereich ergeben haben, bin ich auf die Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses gestoßen und habe da in § 21 Abs. 3 nachgelesen. (...) Ich bin jedenfalls der Auffassung gewesen, dass dieser hier strittige Punkt, Stand der Verhandlungen und deren Besprechung, für zukünftige Verträge nicht unseren Geschäftsbereich betreffen. Ich habe mich also bei meinem Vorgehen auf die bestehenden Vorschriften gestützt.“²¹

Dieser – von der Opposition bestrittene – Rechtsstandpunkt hinderte die Koalitionsfraktionen allerdings keinesfalls daran, für die 11. Ausschusssitzung am 7. September 2012 höchst selbst die Besprechung nach § 21 Abs. 3 GO Abghs zum Thema „Stand der Rückkaufverhandlungen der RWE-Anteile“ zu beantragen.²² Inzwischen hatte nämlich der Senat ein Verhandlungsergebnis zwischen dem Land Berlin und RWE erzielt, das die Koalition nun als vermeintlich sachgerechte Einlösung des Auftrags des Volksbegehrens angemessen beklatschen wollte. Die Besprechung fand dann auch prompt statt. Das Thema prägte von da an auch die nachfolgenden Beratungen des Ausschusses.²³

Die Geschäftsordnungseinwände der Koalition und des Vorsitzenden zur „Reichweite“ des Geschäftsbereichs des Sonderausschusses hatten sich urplötzlich in Luft aufgelöst, weil das nunmehr ihrem Interesse an der „propagandistischen“ Thematisierung in der Ausschussdebatte entsprach. Innerhalb von nur zwei Monaten drehte sich die Koalition nicht nur in ihren Rechtsstandpunkt um 180 Grad. Sie sorgte für den restlichen Zeitraum der Ausschussberatungen nun sogar dafür, dass das von ihr ursprünglich in seiner Zulässigkeit bestrittene und deshalb verhinderte Thema die beherrschende Frage der Ausschussarbeit wurde.

¹⁹ Beschlussprotokoll 17/8 vom 25. Mai 2012, S. 1.

²⁰ Abg. Dr. Hausmann, Wortprotokoll 17/8 vom 25. Mai 2012, S. 4.

²¹ Abg. Jupe, Wortprotokoll 17/8 vom 25. Mai 2012, S. 5.

²² Vgl. Schreiben der Parlamentarischen Geschäftsführer von SPD und CDU an den Ausschussvorsitzenden, Abg. Jupe, vom 3. September 2012.

²³ Siehe Wortprotokoll 17/11 vom 7. September 2012, S. 5ff., 17/12 vom 21. September 2012 und 17/13 vom 19. Oktober 2012. Schließlich wurde in der Sitzung am 2. November 2012 der noch auf der Unerledigtenliste verzeichnete, gemeinsam von den Oppositionsfraktionen beantragte Besprechungspunkt gem. § 23 Abs. 3 GO Abghs „Berliner Wasserbetriebe: Stand der Verhandlungen zwischen dem Land Berlin und RWE zum möglichen Anteilsrückkauf sowie Stand der Verhandlungen mit Veolia zu möglichen Vertragsänderungen“ behandelt – nachdem das RWE-Geschäft unter Dach und Fach war und zu den Verhandlungen mit Veolia nichts Neues zu vermelden war: „Dazu kann ich etwas sagen, denn daran bin ich zentral beteiligt. Die finden statt. Sie haben keinen neuen Stand.“ (Staatssekretärin Dr. Sudhof, SenFin, Wortprotokoll 17/14, S. 9).

Fragen und Kritik zum Rückkauf der RWE-Anteile, zu den Lehren aus der 1999er Teilprivatisierung, auch Diskussionen zu alternativen Möglichkeiten einer vollständigen und umfassenden Rekommunalisierung wurden nun von der Ausschussmehrheit kurzerhand als abwegig bzw. überflüssig hingestellt. Obgleich der Auftrag des Ausschusses ganz klar und deutlich formuliert ist – Rechtsfragen zu erörtern –, stellten SPD- und CDU-Fraktion dies nun als nicht mehr sinnbringend dar. Die Koalition hatte nach ihrer Darstellung mit dem Rückkauf der RWE-Anteile ja schon alles Nötige und Mögliche unternommen, und das sei alternativlos:

„Jetzt mal angenommen, wir nehmen jetzt mal an, obwohl große Zweifel daran bestehen, dass gegen das Demokratieprinzip verstoßen wurde, nehmen wir es an, es wurde dagegen verstoßen, was folgt denn daraus? (...) Ich bin mir sicher, dass es keine günstigere Option gibt als den Rückkauf so, wie wir ihn hier von der Senatsfinanzverwaltung dargestellt bekommen haben. Deswegen ist für mich die Frage: Warum hier mit einer Feststellung weiteres Geld und weitere Zeit aufwenden? Was bringt das? (...) Es besteht aus meiner Sicht wirtschaftlich begründet kein Erkenntnisinteresse, weil es nicht nach vorne bringt.“²⁴

Damit wurde die von der Koalitionsmehrheit nie besonders engagiert vorangebrachte Arbeit des Ausschusses von ihr nun auch ganz offen als sinnlose Zeitverschwendung bezeichnet. Wer dennoch Fragen und Kritik äußerte bzw. der Koalition bestritt, dass der Rückkauf des RWE-Anteils ohne jeden weiteren Plan über den Umgang mit dem verbliebenen privaten Anteilseigner Veolia die Vollendung des Volksbegehrens sei, musste sich nun aus den Reihen der Koalitionsabgeordneten sogar entgegenhalten lassen, dem Begehren der Berlinerinnen und Berliner nach einer vollständigen Rekommunalisierung der BWB in den Rücken zu fallen:

„Liebe Frau Bayram! Liebe Frau Kosche! Ich würde auch Sie darum bitten – wenn Sie an dieser empfindlichen Stelle immer weitermachen – zumindest in Erwägung zu ziehen, ob Sie vielleicht gerade das Geschäft von Veolia betreiben.“²⁵

Dieser voluntaristische, von reiner Taktik bestimmte Umgang mit der Geschäftsordnung und mit Besprechungsanträgen zur Tagesordnung war absolut symptomatisch für das Agieren der Koalition im Sonderausschuss „Wasserverträge“. In letzter Instanz entschied nicht die möglichst effektive und gründliche Erfüllung des gesetzlich und parlamentarisch definierten Arbeitsauftrags des Sonderausschusses „Wasserverträge“ über Themen und Verfahren bei den Beratungen, sondern das Interesse der Ausschussmehrheit, die Arbeit möglichst sukzessive und geräuschlos versanden zu lassen und den Ausschuss in eine Plattform für die Legitimation ihres eigenen politischen Handelns zu verwandeln.

3. Mangelhafte Einbeziehung der Öffentlichkeit

Ein wichtiger Verfahrensaspekt des Prüfungsauftrags des Ausschusses ergibt sich aus dem Einsetzungsbeschluss und seinem Bezug auf § 3 Satz 2 des Offenlegungsgesetzes. Hier heißt es „Bestehende Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden bedürfen einer eingehenden öffentlichen Prüfung und öffentlichen Aussprache durch das Abgeordnetenhaus unter Hinzuziehung von unabhängigen Sachverständigen.“²⁶ Obgleich die Formulierung zur Beteiligung der Öffentlichkeit sicher interpretativen Spielraum lässt, liegt doch die Vermutung nahe, dass sich die Partizipation der Öffentlichkeit nicht auf die reine Anwesenheit im Sonderausschuss redu-

²⁴ Abg. Karsten (SPD), Wortprotokoll 17/14 vom 2. November 2012, S. 5-7.

²⁵ Abg. Karsten (SPD), Wortprotokoll 17/14 vom 2. November 2012, S. 26.

²⁶ Gesetz für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 4. März 2011 (GVBl. S. 82).

zieren sollte. Dies hätte nicht gefordert werden brauchen, da die Ausschusssitzungen im Berliner Abgeordnetenhaus regelmäßig öffentlich sind.

Vielmehr hätte aus Sicht der Fraktion DIE LINKE eine weite Auslegung der Formulierung erfolgen müssen, um der Intention des Gesetzgebers nachzukommen. Die Oppositionsfraktionen haben deshalb angeboten, nach Verfahren zu suchen, die interessierten Bürgerinnen und Bürgern die regelmäßige Möglichkeit gegeben hätte, ihre Erkenntnisse und Sichtweise in die Ausschussarbeit einzubringen. Die Vertreter der Koalitionsfraktionen waren auch in diesem Punkt zu einer Verständigung nicht bereit. Das einzige Zugeständnis blieb, dass die Vertrauensleute des Volksbegehrens jeweils einmal in eine Ausschusssitzung quasi als Anzuhörende eingeladen wurden und dass Vertreter*innen des Arbeitskreises „Unabhängige Jurist*innen“ den von ihnen erarbeiteten Leitfaden in seinen Grundzügen vorstellen durften. Die überaus rege Teilnahme von Gästen, die kontinuierlich die Sitzungen des Ausschusses begleiteten, zeigte aber ein ungebrochenes öffentliches Interesse an den behandelten Sachverhalten.

Im Ergebnis führten die exkludierenden Maßnahmen der SPD-CDU-Mehrheit nicht nur zu einer falschen Einschränkung der Formen der „öffentlichen Prüfung und öffentlichen Aussprache“, sondern auch zu völlig unnötigen Eskalationen zwischen Besuchern, Journalisten und Ausschussmitgliedern. Die Fraktion DIE LINKE bedauert überaus, dass weder der Ausschussvorsitzende noch die SPD-CDU-Mehrheit je versuchten, nach konstruktiven Beteiligungsmöglichkeiten zu suchen und stattdessen auf engster, um nicht zu sagen engstirnigster, Auslegung der Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses beharrten.

Auch blieben die Vorschläge der Oppositionsfraktionen ungehört, die als minimale Beteiligungsmöglichkeit vorsahen, dass der Ausschuss gesonderte öffentliche Diskussionen, öffentliche Workshops oder ähnliche Veranstaltungen anbietet. Zwar versuchten die Oppositionsfraktionen diese fehlende Partizipation durch eigene Veranstaltungen auszugleichen: So fand im Mai 2012 eine Diskussionsveranstaltung der der LINKEN nahestehenden Stiftung statt, auf die Sonderausschuss-Mitglieder der Fraktionen DIE LINKE und Piraten in öffentlicher Diskussion eine Zwischenbilanz der Ausschussarbeit zogen. Im Juni 2012 luden die Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen, DIE LINKE und Piraten zu einem halbtägigen Workshop unter dem Titel „Sind die Wasserverträge der Teilprivatisierung wasserdicht?“, ²⁷ um rechtliche Argumente zu möglichen Anfechtungen der Teilprivatisierungsverträge auszutauschen. Trotz dieser offen gestalteten und gut besuchten Angebote konnte gleichwohl eine vollständige Substituierung eines entsprechenden Vorgehens des Sonderausschusses – allein schon aufgrund der institutionellen Unterschiedlichkeit von Parlamentsausschuss und Fraktionsarbeit – nicht vollständig gelingen.

Es bleibt festzustellen, dass die SPD- und CDU-Ausschussmitglieder keinerlei Bemühungen unternommen haben, um die besondere, nämlich durch Gesetz geforderte, Einbeziehung der Öffentlichkeit zu gewährleisten. Sie setzten stattdessen darauf, den Ausschuss möglichst unauffällig und unwirksam tagen zu lassen. Dass mit dem erfolgreichen Volksentscheid unabweisbar gewordene öffentliche Interesse hat die große Koalition versanden lassen, um den vom Senat eingeschlagenen Weg des Rückkaufs der RWE-Anteile als beste Lösung erscheinen zu lassen.

²⁷ Eine Audio-Aufzeichnung des Workshops ist unter https://soundcloud.com/derpupe/20120611-workshop-sind-die?in=derpupe/sets/piratenfraktion_agh_berlin abrufbar.

4. Umgang der Koalition und des Senats mit der Arbeit im Ausschuss

Nicht nur der Umgang mit der Öffentlichkeit ist zu kritisieren, sondern auch das wenig konstruktive Verhalten des Senats, das durch die Ausschussmitglieder von SPD und CDU bis hin zur Selbstdegradierung gedeckt wurde. Der Prüfungsauftrag des Offenlegungsgesetzes bezieht sich im Wortlaut zwar auf das Abgeordnetenhaus. Gleichwohl war und ist evident, dass die maßgeblichen Entscheidungen in Bezug auf die Teilprivatisierung von der Exekutive verantwortet wurden und werden. Daraus ergibt sich, dass der Berliner Senat in der Pflicht gewesen wäre, die Arbeit des Ausschusses zu unterstützen. Dieser Verpflichtung ist der Senat aus Sicht der Fraktion DIE LINKE nur völlig unzureichend nachgekommen.

Der Unwillen des Senats zeigte sich schon an der Tatsache, dass an keiner der 16 Ausschusssitzungen eine*r der zuständigen Senatoren*innen teilgenommen hat. Dies mag im Falle der beiden Wirtschaftssenatorinnen, Frau von Obernitz und Frau Yzer, mutmaßlich nicht negativ zu Buche geschlagen haben, da von ihnen bekannt war, dass sie die Situation der BWB politisch nicht wesentlich interessiert. Dass aber Finanzsenator Nußbaum, der ja für die Verhandlungen mit den privaten Anteilseignern verantwortlich zeichnet, an keiner Ausschusssitzung teilgenommen hat, zeugt nicht nur von einer Missachtung des Offenlegungsgesetzes und des Parlaments, sondern offensichtlich auch von einer persönlichen Vorabfestlegung des Finanzsenators, dass die Ausschussarbeit ohnehin nichts bringen werde. Statt also im Ausschuss zu diskutieren, macht sich Senator Dr. Nußbaum im Plenum des Abgeordnetenhauses über Auftrag, Arbeit und Teilergebnisse der Ausschussarbeit lustig:

„Sie deuten in Ihrer Frage an, dass der Sonderausschuss 'Wasserverträge' möglicherweise eine Geheimstrategie oder noch nicht veröffentlichte Vorschläge hat, wie man auf anderem Wege zu einer günstigen Lösung bezüglich der Auflösung der Verträge oder wie man günstigerweise an die Anteile kommen könnte. Ich wäre dankbar, wenn Sie mir diese Überlegungen einmal mitteilen könnten. Dann könnte ich sie noch vor Abschluss der finalen Vertragsverhandlungen mit einspeisen. Ich wäre Ihnen also richtig dankbar, wenn Sie mir neue Ideen präsentieren könnten.“²⁸

Mit dieser Positionierung gab Finanzsenator Dr. Nußbaum die Linie vor, die die Abgeordneten von SPD und CDU im Sonderausschuss willig umsetzten: Für das politische Handeln der großen Koalition in Bezug auf die Berliner Wasserbetriebe ist die Arbeit des Sonderausschusses „Wasserverträge“ völlig unmaßgeblich.

Kennzeichnend und in gewisser Weise sogar „leitend“ für diese Auffassung über die Relevanz des Ausschusses war die Praxis eines Vorsitzenden, der nicht den Anspruch verfolgte, die Arbeit des Ausschusses tatsächlich vorzubereiten oder zu leiten. Er beschränkte sich auf die „Moderation“, ohne jedoch irgendeine bedeutende verfahrensleitende Entscheidung zu treffen, die ihm nicht von den Koalitionsfraktionen souffliert worden ist. Die partiell in den Sprecher*innenrunden getroffenen Vereinbarungen waren leider (deshalb) ebenfalls oft genug nicht belastbar. Die parlamentarische Unerfahrenheit des Vorsitzenden mag dabei eine Rolle gespielt haben, häufig war es aber auch die Konzeptionslosigkeit der SPD-CDU-Koalition, die – intentional oder unintentional – Verfahrensfragen ein ums andere Mal chaotisierte. Dadurch wurde in vielen Ausschusssitzungen, statt an der Sache zu arbeiten, die Zeit mit Geschäftsordnungs- und Verfahrensdiskussionen vertan. So nahm beispielsweise die Debatte über die Tagesordnung in der 8. Sitzung fast zwei Drittel der gesamten Aussprachezeit ein.²⁹

²⁸ Senator Dr. Ulrich Nußbaum, Plenarprotokoll 17/13 vom 10. Mai 2012, S. 990.

²⁹ Vgl. Wortprotokoll 17/8 vom 25. Mai, S. 1-13 (zu Fragen der Tagesordnung) bzw. S. 14-20 (zu den beiden inhaltlichen Punkten der Ausschusssitzung).

Es ist als symptomatisch anzusehen, dass die kritikwürdige Leitung des Sonderausschusses gar über die letzte Sitzung am 14. Dezember 2012 fort dauerte. So verbreitete der Ausschussvorsitzende im Anschluss an die letzte Ausschusssitzung eine Pressemitteilung, ohne sich mit den Sprechern der Fraktionen abzustimmen, wie es die „Verfahrensregeln des Sonderausschusses 'Wasserverträge'“ vorsehen.³⁰ In dieser Pressemitteilung wurde die Position der SPD-CDU-Koalition vorgetragen. Dass die Oppositionsfraktionen eine abweichende Meinung haben, wurde nicht einmal erwähnt. Eine im Vorfeld dieser Sitzung erfolgte direkte Anfrage der Fraktion DIE LINKE über eine mögliche gemeinsame Presseinformation zum Abschluss der Ausschusstätigkeit hatte der Vorsitzende noch kurz und knapp damit beantwortet, dass das nicht geplant sei. Der Vorsitzende hat sich damit alles andere als unparteiisch bzw. überparteilich verhalten.

Nachdem die SPD-CDU-Ausschussmehrheit in der 7. Sitzung am 11. Mai 2012 eine Aussprache über den Rückkauf der RWE-Anteile weg gestimmt hatte, in der nachfolgenden Sprecherberatung dann der Tagesordnungspunkt für die folgende Sitzung festgelegt wurde, um ihn dann durch den Vorsitzenden abermals absetzen zu können,³¹ wurde der Rückkauf dann doch von der SPD-CDU-Ausschussmehrheit aufgerufen. Die vom Vorsitzenden vorgebrachten Gründe für Nichtbehandlung waren plötzlich nicht mehr opportun und spielten deshalb keine Rolle mehr. Dass es der Koalition maßgeblich, wenn nicht ausschließlich, darum ging, den Rückkauf der RWE-Anteile als politischen Erfolg zu vermarkten und keineswegs um eine substanzielle Prüfung der neuen Vertragssituation zeigt ihr Umgehen mit den Parlamentsausschüssen in dieser Angelegenheit. Eine koordinierte Beratung im Hauptausschuss, im Unterausschuss Vermögensverwaltung und im Sonderausschuss „Wasserverträge“ erfolge nicht. Stattdessen gab es koalitionsäres „Ausschuss-Hopping“, einige mittelbare Vertragsbestandteile wurden nur in nicht-öffentlicher Sitzung behandelt oder lagen lediglich den Abgeordneten zur ausschließlichen Einsicht im Datenraum des Abgeordnetenhauses vor.

Selbst das Ende der Ausschussarbeit war noch einmal vom dogmatisch-sachgrundfreien Wunsch der SPD-CDU-Koalition geprägt, den Abschlussbericht ohne Fristwahrung möglichst schnell zu verabschieden, um sich mit der „unangenehmen Angelegenheit“ der Teilprivatisierung nicht länger befassen zu müssen. Die Übersendung des Berichtsentwurfs wurde für Freitag, 30. November 2012, vereinbart. Nach dem Willen der Koalitionäre sollte die nächste Sitzung, in der der Bericht zu diskutieren und zu beschließen wäre, der darauffolgende Freitag, 7. Dezember 2012, stattfinden. Gemäß Verfahrensregeln wären Änderungsanträge zum Bericht bis Dienstag, 4. Dezember 2012, zu stellen gewesen. Die Koalition hatte also vorgesehen, dass die Mitglieder des Ausschusses zwei Werktage Zeit haben sollten, um den fast 50 Seiten starken Berichtsentwurf zur Kenntnis zu nehmen und Änderungsanträge einzureichen, die ggfls. Rücksprache mit der jeweiligen eigenen Fraktion benötigt hätten. Lediglich die Androhung der Fraktion Die LINKE, diese Nichtbeachtung der Abgeordneten- und Fraktionsrechte unmittelbar durch den Verfassungsgerichtshof von Berlin überprüfen zu lassen,³² veranlasste die SPD-CDU-Ausschussmehrheit, die Sitzung um *eine Woche* zu verschieben.

Die Fraktion DIE LINKE kritisiert diesen, von rein taktischen Überlegungen geleiteten, Umgang der Koalitionsfraktionen und des Senats mit dem Auftrag und der Arbeit des Sonderausschusses „Wasserverträge“ scharf.

³⁰ S. Anlage 7, S. 3, zum Beschlussprotokoll 17/1 vom 6. Januar 2012.

³¹ „Der Vorsitzende teilt hierzu mit, dass der Vorgang seines Erachtens nicht vom Geschäftsbereich des Sonderausschusses „Wasserverträge“ umfasst sei.“ (Beschlussprotokoll 17/8, S. 1)

³² Vgl. Wortprotokoll 17/15 vom 16. November 2012, S. 17-19.

III. Fazit und Verfahrenskritik

Die Fraktion DIE LINKE hätte sich gewünscht, zu einem gemeinsamen Abschlussbericht zu gelangen oder zumindest ihr abweichendes Votum auf die materiellen Fragestellungen und deren Bewertung beschränken zu können.

Ungeachtet dessen, dass Regierungs- und Oppositionsfraktionen sich per Rolle und Definition in der Regel politisch adversativ gegenüberstehen, ist die Ausschussarbeit aber üblicherweise davon geprägt, dass alle Fraktionen sich um aus ihrer Sicht zielführende Verfahren und Ergebnisse bemühen. Die Kritik der Fraktion DIE LINKE bezieht sich dezidiert nicht darauf, dass sich die unterschiedlichen grundlegenden politischen Ansichten auch in der Bewertung von Sachverhalten widerspiegeln. Sie bezieht sich darauf, dass es die SPD-CDU-Koalitionäre systematisch verhindert haben, die Grundlagen dafür zu schaffen, dass überhaupt eine politische oder juristische Bewertung möglich gewesen wäre.

Um eine konstruktive Verständigung über die relevanten Themenfelder für den Sonderausschuss zu erreichen, hat die Fraktion DIE LINKE – wie oben dargestellt – eine schriftliche Vorlage eingereicht.³³ Darüber, warum die Koalitionsfraktionen, entgegen der gemeinsamen Verabredung, zu keinem Zeitpunkt schriftlich dargelegt haben, welche Komplexe ihrer Meinung nach zu behandeln seien, kann nur gemutmaßt werden. Schließt man jedoch mangelnden Arbeitswillen oder mangelnde Arbeitsfähigkeit als Ursachen aus, drängt sich die Einschätzung auf, dass die Ausschussmitglieder von SPD und CDU spätestens bereits Anfang März 2012 beschlossen hatten, keine belastbaren Ergebnisse der Ausschussarbeit anzustreben.

Liest man den von SPD- und CDU-Koalitionären mit Mehrheit beschlossenen Abschlussbericht, mag einem erscheinen, die einzelnen rechtlichen Fragestellungen seien sachlich, systematisch und sogar mit gewisser rechtswissenschaftlicher Ernsthaftigkeit im Ausschuss erörtert worden. Dieser Eindruck verdankt sich der Professionalität und dem Geschick der Autoren des Berichts – wobei unserer Vermutung, dass es sich dabei um die Mitarbeiter des Ausschussdienstes handele, nicht widersprochen wurde.³⁴ Ihnen ist eine Darstellung gelungen, die die Ausschussarbeit geradezu als zielgerichtet und fachlich fundiert erscheinen lässt. Diesen Eindruck kann die Fraktion DIE LINKE nicht im Ansatz teilen, und er ergibt sich aus dem im Ausschuss Gesagten und in den Wortprotokollen Festgehaltenem in keiner Weise.

Kurz gesagt, stellt Abschlussbericht die Geschehnisse, so gut es gut, auf den Kopf. Die SPD- und CDU-Ausschussmitglieder können für die mehr als wohlwollende Narration dankbar sein. Gleichwohl kann die exzellente Kaschierung der Obstruktion der großen Koalition nicht das eigentliche Verhalten der Koalitionäre überdecken: Der Ausschuss hat aufgrund dieses Verhaltens seine Zielsetzung verfehlt.

Die Koalition der Teilprivatisierung von 1999 hatte von Anfang an kein ernsthaftes Interesse an einer Analyse der politischen Fehlentscheidungen und ihrer rechtlichen Folgen und tatsächlichen Konsequenzen für die Berlinerinnen und Berliner, das Land und die BWB.

³³ Lederer: Themenkomplexe zur Behandlung im Sonderausschuss "Wasserverträge" (Anlage 4 zum Beschlussprotokoll vom 2. März 2012; swv17-003-bp.pdf)

³⁴ Vgl. Wortprotokoll 17/16 vom 14. Dezember. [Ohne Seitenangabe; Druckfassung des Protokolls lag zum Zeitpunkt der Quellenangabe noch nicht vor.]

C. Materieller Teil: Erörterung und Prüfung der Rechts- und Sachfragen

I. Keine Vereinbarkeit der Teilprivatisierung der BWB mit dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip

Die Ausschussmehrheit, so heißt es im Abschlussbericht, schloss sich der Auffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes (WPD) an, wonach ein verfassungsrelevantes Legitimationsdefizit bei der Teilprivatisierung der BWB nicht gegeben sei. Ferner, so die Auffassung der Koalition, sei diese Frage letztlich ohne tragende Relevanz. Diese Beschreibung aus dem Ausschussbericht widerspiegelt die Haltung der Koalition zum Ausschussauftrag und zur Ausschussarbeit. Denn selbstverständlich gehörte die dezidierte und gründliche Prüfung der Verfassungskonformität der BWB-Teilprivatisierung genau hier her.

Aus Sicht der Fraktion DIE LINKE ist das sogar die zentrale Fragestellung. Möglicherweise führt dies nicht unmittelbar zur Nichtigkeit der seit 1999 abgeschlossenen Verträge zwischen dem Land Berlin und den privaten Investoren, das wäre zu diskutieren. Es würde aber z. B. politisch nahelegen, eine atypisch-stille Beteiligung Privater an einer Anstalt öffentlichen Rechts durch eine Änderung des Berliner Betriebegesetzes zukünftig auszuschließen.³⁵ Zum anderen könnte eine Feststellung der Verfassungswidrigkeit über ein erneutes Normenkontrollverfahren beim Landesverfassungsgericht bewirkt werden. Aber hier endete die Bereitschaft der Koalition, weiter aufzuklären und die Folgen der 1999er BWB-Teilprivatisierung einer klaren politischen Bewertung zu unterziehen, bereits, bevor sie überhaupt begonnen hat. Mit Verweis auf ein WPD-Gutachten legitimierte die Ausschussmehrheit ihre Aktivitäten mit dem Ziel, jede weitere vertiefende Untersuchung zu unterlassen bzw. zu verhindern.

1. Grundstruktur der BWB-Teilprivatisierung: Überlagerung öffentlich-rechtlicher und privatautonomer Regulierung, Intransparenz, Verantwortungsdiffusion

Die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe erfolgte über ein Modell, bei dem eine Anstalt öffentlichen Rechts durch atypisch-stille Beteiligung privater Investoren in einen privatrechtlichen Konzern eingegliedert wurde.³⁶ Das 1999 vom Abgeordnetenhaus beschlossene Teilprivatisierungsgesetz ermöglichte diese Teilprivatisierung, während die konkrete Gestaltung durch privatautonom geschlossene Verträge zwischen den beteiligten Rechtssubjekten erfolgte.³⁷ Im Gesetz heißt es³⁸:

„(1) Die BWB können juristischen Personen des privaten oder öffentlichen Rechts Beteiligungen als (typische oder atypische) stille Gesellschafter einräumen.

(2) Die BWB sind berechtigt, Unternehmensverträge im Sinne des Aktiengesetzes oder vergleichbare Verträge abzuschließen. Die Leitung der BWB darf im Rahmen eines solchen Vertrages einer juristischen Person des privaten Rechts nur unterstellt werden, wenn das Land Berlin mehrheitlich an dieser beteiligt ist und der Einfluss des

³⁵ So auch Zieger, Juristische Skizze im Auftrag des Berliner Wassertischs vom 21. April 2011.

³⁶ Zum Ganzen: Huesker, Kommunale Daseinsvorsorge in der Wasserwirtschaft. Auswirkungen der Privatisierung am Beispiel der Wasserbetriebe Berlins, München 2011; Laskowski, Menschenrecht auf Wasser, Tübingen 2010, S. 796 ff.; Lederer, Die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe: Erfolgsmodell oder Abwicklungsfall?, ZöG 2011, S. 444 ff.

³⁷ Zur rechtlichen Struktur im Einzelnen: Hecker, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts, VerwArch 2001, S. 261 ff.; Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten, Baden-Baden 2005, S. 34 ff.; Laskowski, a. a. O., S. 798 ff.

³⁸ Seinerzeit § 1 TPrG (GVBl. 1999 S. 183), heute § 2 BerlBG.

Landes Berlin bei der Erteilung von Weisungen gegenüber den BWB gewährleistet ist. Weisungen, die gegenüber den BWB unter Beachtung dieser Voraussetzungen ergehen, dürfen den öffentlichen Aufgaben der BWB sowie der Anstaltsträgerschaft, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung des Landes Berlin nicht zuwiderlaufen; sie haben Vorrang vor entgegenstehenden Beschlüssen des Aufsichtsrats der BWB.

(3) Der Abschluss der in den Absätzen 1 und 2 genannten Verträge bedarf der Zustimmung der Gewährträgersammlung der BWB; der Vorstand der BWB ist auf Verlangen der Gewährträgersammlung zur Vorbereitung und zum Abschluss derartiger Verträge verpflichtet. Der Abschluss solcher Verträge ist öffentlich bekannt zu machen.“

Dadurch entstand ein „Regulierungspaket“³⁹ mit unterschiedlichen regulativen Pfeilern – dem Gesetz und den ausführlichen Verträgen. Der Schwerpunkt lag unzweifelhaft auf der privatautonen Rechtsetzung.⁴⁰ Die Verträge selbst wurden allerdings nicht veröffentlicht. Sie konnten von den Mitgliedern des Abgeordnetenhauses eingesehen werden, nachdem die Opposition aus PDS und Grünen das vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt hatten. Das gesamte Regulierungspaket war mit systematischer und bewusster Intransparenz verbunden.

Im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Privatautonomie kommt es zu komplizierten Steuerungsgeflechten, die sich vor allem durch eines auszeichnen: Eine klare Verantwortungszuschreibung an das Land Berlin ist nicht mehr garantiert. Die Interessen, Kompetenzen und Rechtspositionen der beteiligten Partner sind so ineinander verwoben, dass sich die Frage nach demokratischer Legitimation des Anstaltshandelns in aller Schärfe stellt. Das erfordert aber ggf. die Klärung komplizierter Rechtsfragen, die nicht immer in aller Eindeutigkeit beantwortet werden können.⁴¹ Die Fraktion DIE LINKE beschränkt sich in diesem Sondervotum darauf, einige dieser Fragen erneut zu thematisieren, die im Ausschuss aufgrund der Blockadehaltung der Ausschussmehrheit nicht geklärt werden konnten. Für eine tiefergehende Befassung mit diesen Fragen, die an sich im Ausschuss hätte erfolgen müssen, fehlt es der Fraktion DIE LINKE an Ressourcen.

2. Anforderungen aus dem Demokratieprinzip an das Handeln der BWB

Das Demokratieprinzip gilt aufgrund von Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 GG; Art. 3 VvB grundsätzlich auch für Anstalten öffentlichen Rechts als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung. Mit der Teilprivatisierung der BWB hat Berlin – bei Eingliederung der Anstalt in einen privatrechtlichen Konzern – die Rechtsform einer Anstalt beibehalten, die öffentliche Aufgaben erfüllt. Für das Anstaltshandeln ist damit eine demokratische Legitimation erforderlich, es handelt sich um die Ausübung von Staatsgewalt:

„Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben – wie hier im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung – ist selbst dann Ausübung von staatlicher Gewalt, wenn sie durch öffentlich-rechtlich organisierte selbstständige Einrichtungen des Staates wahrgenommen wird. (...) Die Teilprivatisierung berührt die Rechtsform der Anstalt öf-

³⁹ Laskowski, a.a.O., S. 798.

⁴⁰ So auch Ochmann, a.a.O., S. 151.

⁴¹ So ist die Frage des Verhältnisses zwischen verfassungsrechtlicher Bindung einerseits und der Möglichkeiten (und Bedingungen für) die wirtschaftliche Bestätigung des Staates andererseits, das Verhältnis zwischen öffentlichem und privatautonom gesetztem Recht ein in der Rechtswissenschaft seit Jahren, ja, Jahrzehnten, kontrovers diskutiertes und dogmatisch schwieriges Thema.

fentlichen Rechts nicht; als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung ist ihre Verwaltungstätigkeit – unabhängig davon, ob sie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgeübt wird – dem Demokratieprinzip unterworfen.“⁴²

Nach der BVerfG-Rechtsprechung⁴³ ist die Ausübung von Staatsgewalt jedes amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter.⁴⁴ Bei der Ausübung staatlicher Herrschaft müssen demokratisch legitimierte Amtsträger das Letztentscheidungsrecht ausüben. Personelle Legitimation vermittelt einem Amtsträger eine ununterbrochene Legitimationskette von Ernennungsakten, die sich auf den Akt der Wahl durch das Volk zurückführen lässt.⁴⁵ Durch Handlungsanleitung mittels Gesetzes und Verantwortlichkeit durch Weisungsunterworfenheit wird sachlich-inhaltliche Legitimation vermittelt.⁴⁶

Es ist also ein Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und Herrschaftsausübung erforderlich, der durch turnusmäßige Wahlen, ein durch Parlamentsentscheidungen herbeigeführtes Programm gesetzlicher Bindung der Exekutive und deren Unterwerfung unter die Direktiven der dem Parlament verantwortlichen Regierung gekennzeichnet ist. Das Demokratieprinzip fordert ein inhaltlich hinreichendes Legitimationsniveau⁴⁷:

- Das Zusammenwirken der unterschiedlichen „Legitimationsebenen“ muss eine effektive demokratische Einflussnahme erlauben, wobei das Legitimationsniveau umso höher sein muss, je mehr die konkreten Entscheidungen für die Umsetzung des Amtsauftrags Bedeutung besitzen. Die relevanten Entscheidungen unterliegen dem *Letztentscheidungsrecht* verantwortlicher Amtsträger („Verantwortungsgrenze“) – in Gremien gilt das „Prinzip der doppelten Mehrheit“⁴⁸.
- Einschränkungen im Zurechnungszusammenhang der demokratischen Legitimation sind ausschließlich dann zulässig, wenn es dafür *verfassungsrechtlich tragfähige Gründe gibt, die eine solche Einschränkung erforderlich machen oder sachlich rechtfertigen*⁴⁹ („Schutzzweckgrenze“).

Entscheidend ist hierbei nicht die formale Einhaltung von Vorgaben, sondern die tatsächliche Gewährleistung von Effektivität demokratischer Kontrolle, Sachorientierung und Unabhängigkeit bei der Ausführung des Amtsauftrags:

„Soweit das Demokratieprinzip die Aufrechterhaltung von Entscheidungskompetenz der demokratisch legitimierten Stellen verlangt, genügt der Gesetzgeber dem Erfordernis nicht schon dadurch, dass er für deren formale Wahrung sorgt. Das Demokratieprinzip stellt – wie das Rechtsstaatsprinzip – auch Anforderungen an die Verfahrensregelungen (...). Denn die gemeinwohlorientierte, an Gesetz und Recht gebundene, wirksame Erfüllung des Amtsauftrags setzt voraus, dass die dafür erforderlichen organisatorischen und sonstigen innerdienstlichen Bedingungen sach- und zeitgerecht geschaffen werden. Der Gesetzgeber darf deshalb die verantwortlichen Amtsträger nicht in eine Lage bringen, in der sie jene Maßnahmen, die für die zeitgerechte Herstellung

⁴² BerlVerfGH, NVwZ 2000, S. 794, 795.

⁴³ Vgl. BVerfGE 83, 60; 93, 37.

⁴⁴ BVerfGE 47, 253, 273; 83, 60, 73 f.; 93, 37, 68 ff.

⁴⁵ BVerfGE 47, 253, 275; 52, 95, 130; 77, 1, 40; 83, 60, 73 f.; 93, 37, 67 f.

⁴⁶ BVerfGE 83, 60, 72.

⁴⁷ BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 66 f.

⁴⁸ So auch der BerlVerfGH, a.a.O.

⁴⁹ BVerfGE 93, 37, 70; meine Hervorhebung durch Kursivsetzung – K. L.

der Bedingungen einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Amtsauftrags notwendig sind, *nur um den Preis von Zugeständnissen durchsetzen können (...).*⁵⁰

Eine Prüfung, ob bei der Teilprivatisierung das Demokratieprinzip beachtet worden ist, kann sich deshalb nicht darin erschöpfen, die formale Wahrung der Legitimationskette und die Fiktion eines Letztentscheidungsrechts dem Parlament verantwortlicher Amtsträger „herbeizuwägen“. Es muss die Frage gestellt und beantwortet werden, ob das Regelungskonglomerat aus Teilprivatisierungsgesetz und vertraglichen Vereinbarungen *insgesamt* die Einhaltung der Anforderungen des Demokratieprinzips sicherstellt. Nur dann kann über die *Effektivität demokratischer Kontrolle* über die Aufgabenerfüllung in den Berliner Wasserbetrieben wirklich eine belastbare Aussage getroffen werden.

3. Keine hinreichende demokratische Kontrolle über die Aufgabenerfüllung der BWB AöR

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin hat auf eine „Gesamtprüfung“ der demokratischen Legitimation ohne nähere Erklärung verzichtet. Er hat sich im Kern auf die Prüfung der Vorschriften des Teilprivatisierungsgesetzes konzentriert, obgleich § 1 Abs. 2 TPrG explizit auf diese „Unternehmensverträge im Sinne des Aktiengesetzes oder vergleichbare Verträge“ verweist und sie dadurch in die gesetzliche Regelung einbezieht:

„Der rechtssystematische Einbezug ist auch notwendig, um das komplexe Regelungsregime der Teilprivatisierung in seiner Gesamtheit zu verstehen. Die Unternehmensverträge hätten daher im Rahmen der Auslegung des BerlTPrG herangezogen und berücksichtigt werden müssen. Zumindest hätte der Gerichtshof in einem obiter dictum auf die vertraglichen Absprachen, die die gesetzlichen Vorgaben offensichtlich ausgestalten sollen, eingehen müssen. So hat er es an anderer Stelle der Entscheidung im Übrigen auch getan (...).“⁵¹

Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes leidet an einer unerklärlichen Inkonsistenz bezüglich der Überprüfung, inwieweit durch Gesetz und konkrete Verträge tatsächlich die Anforderungen des Demokratieprinzips gewahrt sind und sein können. Einerseits – nämlich hinsichtlich der Regelungen zum Vorschlagsrecht der Holding bei der Besetzung der Aufsichtsratsmitglieder der BWB durch den Gewährträger Berlin – bezieht sich das Gericht auf die Verträge, um unter Rückgriff auf die BVerfG-Rechtsprechung zur Zulässigkeit von ehrenamtlichen Richtern⁵² das Besetzungsverfahren als verfassungskonform zu billigen.⁵³ Andererseits entwickelt er aus „den Gesetzesmaterialien“⁵⁴ in einer im Teilprivatisierungsgesetz selbst keine Stütze findenden⁵⁵, relativ raumgreifenden „verfassungskonformen Auslegung“ den – in der Tat vertraglich vorgesehenen⁵⁶, aber gesetzlich nirgends konstituierten – Wei-

⁵⁰ Ebenda.

⁵¹ Laskowski, a.a.O., S. 809. So auch Hecker, a.a.O., S. 275: „Warum das Gericht ausgerechnet beim Konsortialvertrag die Eingrenzung des Verfahrensgegenstandes auf das TPrG peinlich genau beachtete, ist schwer erklärlich.“

⁵² BVerfGE 26, 186, 196 f.; 27, 312, 320 f.

⁵³ S. sowohl Schmehl, Teilprivatisierung der Daseinsvorsorge, Demokratieprinzip und Gewinnerzielungsmaxime – BerlVerfGH (NVwZ 2000, S. 794), JuS 2001, S. 233, 235, als auch Laskowski, a.a.O., S. 809.

⁵⁴ BerlVerfGH, a.a.O.

⁵⁵ Ausführlich und zutreffend dazu Laskowski, a.a.O., S. 812 f.

⁵⁶ Allerdings wurde das „Prinzip der doppelten Mehrheit“ im Weisungsausschuss erst durch die 1. Änderungsvereinbarung zwischen dem Land Berlin und den Privaten vom 6. Januar 2000 vertraglich vereinbart – in der Konsequenz des Verfassungsgerichtsurteils. Es war so zunächst nicht vorgesehen. Ursprünglich sollten die Be-

sungsausschuss, der sichern soll, dass das formale Letztentscheidungsrecht über die Erteilung von Weisungen der Holding an die Anstalt beim Gewährträger Land Berlin verbleibt.

Im Übrigen hielt er die Teilprivatisierung, den Kontrollmaßstab auf das Teilprivatisierungsgesetz beschränkend, „bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Demokratieprinzip (für) vereinbar“, ohne sich weiter mit der vertraglichen Ausgestaltung der Beziehungen zwischen dem Land Berlin und den privaten Investoren zu befassen. Durchgreifende Zweifel an der effektiven Wahrung eines ausreichenden demokratischen Legitimationsniveaus in den teilprivatisierten BWB entstehen allerdings spätestens dann, wenn das Gesamtsystem der regulativen Vorschriften im Zusammenspiel von Gesetz und Verträgen unter die Lupe genommen wird:

a) Einflussgewährung für private Investoren: kein Letztentscheidungsrecht

Durch die atypisch-stille Beteiligung an den BWB wird den privaten Investoren unzweifelhaft Einfluss auf die Entscheidungen zur Aufgabenerfüllung der BWB AöR eingeräumt – und zwar durchgehend:

Die gesamten Verträge zwischen Berlin und den privaten Anteilseignern unter Bezugnahme auf die BWB sind darauf ausgelegt, den privaten Investoren in der übergeordneten Holding und in der Anstalt BWB erheblichen Einfluss auf sämtliche zentrale unternehmerische Entscheidungen zu verschaffen. Mit dem Interessenwahrungsvertrag nimmt die Holding Einfluss auf die personelle Besetzung des Aufsichtsrats der BWB und hat das Recht, die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern über die (vom Land Berlin besetzte) Gewährträgerversammlung der Anstalt zu fordern. Vorstandsbesetzungsentscheidungen bei Holding und Anstalt sind so konzipiert, dass von den privaten Anteilseignern entsandte Vorstandsmitglieder die Stimmenmehrheit auf sich vereinen (Stimmrecht des von den privaten nominierten Vorstandsvorsitzenden gibt bei Stimmgleichheit den Ausschlag), so dass dem Konsortium der privaten Anteilseigner die unternehmerische Führung über die BWB eingeräumt wird. Damit wird der Einfluss des Landes notwendig geschmälert.

Im Gesetz wird die Unterwerfung der BWB mittels eines Unternehmensvertrags (Beherrschung, „Vertrag zur Begründung einer einheitlichen Leitung“) unter die Weisungen einer privatrechtlichen Institution (Berlinwasser Holding AG, BWH) erlaubt, die als solche auf die Beachtung der Grundrechte und sonstige öffentlich-rechtliche Bindungen nicht verpflichtet ist. Solche Weisungen der BWH besitzen nach dem Gesetzeswortlaut „Vorrang vor entgegenstehenden Beschlüssen des Aufsichtsrats der Berliner Wasserbetriebe.“

Die Holding AG ist eine Aktiengesellschaft. Sämtliche Unternehmensorgane der BWH sind daher ausschließlich dem Gesellschaftswohl verpflichtet.⁵⁷ Der Vorstand der BWH leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG). Der Aufsichtsrat nimmt seine Kontrollfunktion ebenfalls autonom wahr (§§ 116, 93 AktG).⁵⁸ Das Gesellschaftswohl wieder-

schlüsse des Weisungsausschusses „mit der Mehrheit seiner Mitglieder“ gebilligt werden (vgl. § 10.4 Satz 3 des Konsortialvertrages, § 11 Nr. 3 des Vertrages über eine einheitliche Leitung).

⁵⁷ Zwar ist nach BGHZ 69, 334, 338 bei der Unternehmensleitung immer auch eine angemessene Berücksichtigung von Gemeinwohlinteressen möglich, auch der Interessen der Anteilseigner (Aktionäre). Grundsätzlich ist das Unternehmensinteresse der Gesellschaft aber unabhängig von den Interessen der Aktionäre.

⁵⁸ Die Ziele der Gesellschaft müssen nicht mit den Zielen einzelner Gesellschafter identisch sein. In einem solchen Fall würden die Aufsichtsratsmitglieder in einen Interessenkonflikt geraten, wenn Weisungen von Nachteil für die Gesellschaft wären. Deshalb sind Weisungen grundsätzlich unzulässig. Das gilt selbst für entsandte Aufsichtsratsmitglieder. Vgl. dazu Schwintowski, Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmit-

rum wird durch den Satzungszweck bestimmt⁵⁹, der bei der Berlinwasser Holding AG mangels dezidierte Regelung zugunsten des BWB-Sachziels der öffentlichen Aufgabenerfüllung ausschließlich erwerbswirtschaftlich – als Formalziel – definiert ist.⁶⁰ Sofern also die Vorstandsmitglieder der Holding – die seit der Herstellung der Vorstandsidentität von Holding und BWB auch Vorstandsmitglieder der Anstalt öffentlichen Rechts sind – die erwerbswirtschaftliche Zielsetzung der Holding in ihrer Unternehmensleitung beeinträchtigen, sind sie gegenüber den Anteilseignern schadensersatzpflichtig.⁶¹ Dieser Anspruch kann auch von Minderheitsaktionären geltend gemacht werden.

Darüber hinaus sind aber auch die Vertreter des Landes Berlin in den Unternehmensorganen der Holding AG, völlig ungeachtet der besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen des Landes, gesellschaftsrechtlich auf das Unternehmenswohl der BWH verpflichtet. Nutzt das Land Berlin seinen Einfluss auf die Organe der Holding, und beeinträchtigt es damit die Erwerbszielsetzung der Holding, sieht es sich gleichermaßen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt, gegebenenfalls aus Konzernrecht. Denn auch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, wie das Land Berlin, kann ein herrschendes Unternehmen im Sinne des Konzernrechts sein.⁶²

Lange Rede, kurzer Sinn: Die Holding und ihre Organe sind gesellschaftsrechtlich einer klar kapitalgesellschaftlichen Erwerbslogik verpflichtet, was den Interessen der – ebenfalls erwerbswirtschaftlich tätigen – privaten Anteilseigner entspricht. Gemeinwohlzwecke „versickern“ hier bereits strukturell, weil selbst die knappe Mehrheit der Anteile des Landes Berlin an der BWH in der Holding nur im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Steuerungslogik genutzt werden kann. Völlig unabhängig von der Frage personeller Legitimation oder von (formal konstruierten) Mehrheiten Berlins in den Holdingorganen kann hier eine effektive demokratische Kontrolle nicht sichergestellt sein, weil der Satzungszweck der Holding AG eine Verpflichtung auf die öffentlich-rechtlichen Bindungen, denen Berlin unterliegt, nicht vorsieht. Hier gilt: Wenn sich die Verwaltung in den Rechtsformen des Privatrechts bewegt, muss sie sich auch den privatrechtlichen Regeln unterwerfen.

Vor diesem Hintergrund mutet es erstaunlich an, dass der Verfassungsgerichtshof eine effektive demokratische Einflussnahme des Landes Berlin in Bezug auf die Belange der BWH so ohne weiteres für gesetzlich abgesichert hielt. Die Fraktion DIE LINKE vermag der Begründung des 1999er Urteils in dieser Hinsicht nicht zu folgen. Mit *Laskowski* stellt sich für uns die Sache komplett gegenteilig dar:

„Auf diese Weise gewinnt die BWB AöR klare kapitalgesellschaftliche Konturen. (...) Denn der Privatinvestor (RWE, Veolia) bleibt bei allem Einfluss marktrationaler Privater. Infolgedessen ist seine wirtschaftliche Tätigkeit nicht auf den Willen des Volkes zurückführbar, so dass er sich – mangels (erforderlicher) demokratischer Rückbindung – gegenüber dem Volk auch nicht für seine Tätigkeit verantworten muss. RWE und Veolia sind als weltweit operierende, börsennotierte Multi-Utility-Konzerne lediglich ihren eigenen Aufsichtsgremien und – nicht minder wichtig – den eigenen Aktionärinnen und Aktionären gegenüber verantwortlich, d. h. dem 'shareholder value'. Demo-

glieder in öffentlichen Unternehmen, NJW 1995, 1316, 1319; ferner BGHZ 36, 296, 306; BGHZ 90, 381, 398; BGHZ 169, 98.

⁵⁹ Dazu Habersack, Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, ZGR 1996, 543 ff.

⁶⁰ Anlage 7.4 zum Konsortialvertrag, Satzung der Holding, § 2.

⁶¹ Vgl. BGHZ 114, 127 ff.; ferner Schmidt, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR, 345 ff.

⁶² BGHZ 69, 334, 338 (VEBA/Gelsenberg); 135, 107, 113 f. (Volkswagen).

kratische Legitimation wird der teilprivatisierten BWB AöR daher lediglich über den formal weiter bestehenden Anstaltsträger, das Land Berlin, vermittelt, das jedoch aufgrund der 'Privatisierungsverträge' nicht mehr autonom über die Aufgabenwahrnehmung der Anstalt entscheiden kann.“⁶³

Hecker beschreibt das Ergebnis ganz klar wie folgt:

„Die BWB geraten damit in einen Zustand der Abhängigkeit von der Holding, vergleichbar der Abhängigkeit einer Konzerngesellschaft von einer Konzernobergesellschaft. Die *Unternehmenskontrolle* geht vom Land Berlin, dem bis dato alleinigen Träger der BWB mit vielfältigen Steuerungsmöglichkeiten, *auf die Gemeinschaft von Land und Privatinvestor* (als Gesellschaftern der Holding) über. Die Unternehmensverfassung der BWB gründet sich somit nicht länger nur auf Gesetz und Satzung, sondern auf eine Kombination dieser mit den privatisierungsvertraglichen Vereinbarungen.“⁶⁴ „Mit dem Privatinvestor wird einer Instanz Einfluss auf Tätigkeit und personelle Führung der BWB – nach wie vor eine Einrichtung öffentlicher Verwaltung – eingeräumt, deren Akte nicht auf den Willen des Volkes rückführbar sind und diesem gegenüber nicht verantwortet werden müssen.“⁶⁵

b) Kondominiale Leitungsstruktur statt demokratischer Steuerung

Erst mit einem Blick auf die gesamte Steuerungsstruktur der BWB lässt sich die rechtliche Bewertung der Zulässigkeit der BWB-Teilprivatisierung erfassen, lässt sich folglich feststellen, ob „der Gesetzgeber (...) die verantwortlichen Amtsträger (...) in eine Lage (bringt), in der sie jene Maßnahmen, die für die zeitgerechte Herstellung der Bedingungen einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Amtsauftrags notwendig sind, nur um den Preis von Zugeständnissen durchsetzen können.“⁶⁶ Oder um es anders zu formulieren: ob die politisch Verantwortlichen an der Spitze der Exekutive die Interessen des Landes Berlin letztlich durchsetzen können, ohne dabei durch vertraglich vereinbarte Einflüsse und Rechtspositionen (Zugeständnisse) an die privaten Investoren RWE und Veolia in ihrer Entscheidungsfreiheit gehindert zu sein. Denn

„hier hat der Gesetzgeber durch den gleichzeitigen Abschluss der Privatisierungsverträge“ (bzw. durch die Ermächtigung zum Abschluss derartiger Verträge durch Gesetz vom 29. April 1999 und die Zustimmung zum Vermögensgeschäft Nr. 17/1999 mit den abgeschlossenen Verträgen durch das Abgeordnetenhaus von Berlin am 1. Juli 1999 – K. L.) „dafür gesorgt, dass neben dem BerlTPrG ein zweites, privatrechtliches Regelungsregime entstand, mittels dessen dem Privatinvestor die Mitwirkungsrechte an der Wahrnehmung des Anstaltsauftrages eingeräumt wurden, die somit die normativen Vorgaben des Gesetzes ergänzten und gewissermaßen privatrechtlich ausgestalteten und so 'konkretisierten'“⁶⁷

Das bleibt nicht ohne Auswirkung auf das Letztentscheidungsrecht des Anstaltsträgers Land Berlin. Hecker betont zurecht, dass „hier einem privaten Wirtschaftsunternehmen (...) gewis-

⁶³ Laskowski, a.a.O., S. 810.

⁶⁴ Hecker, a.a.O., S. 268. Kursivsetzungen von mir – K. L.

⁶⁵ Hecker, a.a.O., S. 273.

⁶⁶ BVerfGE 93, 37, 70.

⁶⁷ Laskowski, a.a.O., S. 812. Ähnlich Lederer, Die 1999er Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (BWB): Eine Zwischenbilanz, IR 2012, S. 302, 304.

sermaßen *Zugang zur Kommandobrücke* einer Einrichtung öffentlicher Verwaltung gewährt wird“⁶⁸:

„Der Private wird hierdurch mittelbar, nämlich durch seine Stellung als Gesellschafter der Holding, zum 'Kapitaleigner' der Anstalt mit entsprechenden Vermögensbefugnissen und Mitspracherechten.“⁶⁹

In ihrer fusionskontrollrechtlichen Entscheidung vom 13. September 1999 zur Teilprivatisierung der BWB hat die *EU-Kommission* die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten des Landes Berlin auf das Anstaltshandeln nach Auswertung der vertraglich vereinbarten Unternehmensverfassung so bewertet:

„Im vorliegenden Fall werden das Land Berlin, RWE und Vivendi die gemeinsame Kontrolle sowohl über die BWB Holding als auch über die BWB in der Form der Anstalt öffentlichen Rechts ausüben. Diese Kontrolle wird gewährleistet durch vertragliche Vereinbarungen über die Struktur der Gremien der beiden juristischen Personen sowie über das Recht des Vorstands der BWB Holding, dem Vorstand der BWB unter bestimmten Voraussetzungen Weisungen zu erteilen. (...) Diese Vereinbarungen haben zur Folge, dass gegen den Willen des Landes Berlin und gegen den Willen von RWE und Vivendi keine Entscheidungen über die strategische Ausrichtung der BWB Holding getroffen und umgesetzt werden können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach deutschem Aktienrecht eine Aktiengesellschaft grundsätzlich vom Vorstand geleitet wird, der auch die strategische Ausrichtung der Gesellschaft bestimmt, und dem Aufsichtsrat demgegenüber eine kontrollierende Funktion zukommt. (...) Zwar bleibt die BWB weiterhin eine Anstalt des öffentlichen Rechts mit dem Land Berlin als Anstaltsträger. RWE und Vivendi auf der einen Seite sowie das Land Berlin auf der anderen Seite sind *jedoch nur gemeinsam in der Lage, auf die BWB entscheidenden Einfluss auszuüben*. Dies folgt aus der Struktur von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Möglichkeit der Erteilung von Weisungen des Vorstands der gemeinsam beherrschten BWB Holding an den Vorstand der BWB.“⁷⁰

In der Endkonsequenz kann von einem Letztentscheidungsrecht des Anstaltsträgers Land Berlin, wie vom Bundesverfassungsgericht und auch vom Landesverfassungsgericht gefordert, nicht die Rede sein:

„Infolge der Privatisierung erhalten die BWB eine *kondominiale Leitungsstruktur, die eine Kultur des permanenten Kompromisses befördert*, sicher auch in Gestalt von 'package deals'. Das Land Berlin ist *im Falle von Meinungsverschiedenheiten unter dem Zwang, Abstriche von der eigenen Position zuzulassen*. (...) Im Tagesgeschäft besitzt der Privatinvestor infolge seiner stärkeren Stellung in den Vorständen von BWB und Holding sogar ein Übergewicht. Nach allem lässt sich *schwerlich behaupten, in der teilprivatisierten Anstalt besäßen die demokratisch legitimierten Vertreter des Landes Berlin die 'letztscheidende Einflussmöglichkeit'*.“⁷¹

Der aufgrund des Demokratieprinzips erforderliche Zurechnungszusammenhang zwischen dem Volk als Inhaber der Staatsgewalt und der Ausübung staatlicher Aufgaben genügt bei den

⁶⁸ Hecker, a.a.O., S. 262 f.; Kursivsetzung von mir – K.L.

⁶⁹ Hecker, a.a.O., S. 262.

⁷⁰ Entscheidung der Kommission vom 13. September 1999 zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (Fall IV/M.1633 – RWE UMWELT/VIVENDI/BERLINER WASSERBETRIEBE) gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates; Erwägungsgründe 10, 13 und 14. Kursivsetzung von mir – K. L.

⁷¹ Hecker, a.a.O., S. 278. Kursivsetzung von mir – K. L.

teilprivatisierten BWB folglich nicht den Ansprüchen, die die verfassungsrechtliche Rechtsprechung erhoben hat.

c) Keine Rechtfertigung für „gelockerte“ Anforderungen an das Demokratieprinzip

Hecker⁷² und – ihm folgend – der WPD⁷³ vertreten die Ansicht, ein solch gelockerter Legitimationszusammenhang ließe sich in den teilprivatisierten BWB damit rechtfertigen, dass es sich bei Wasserver- und Abwasserentsorgung nicht um hoheitliche Eingriffsverwaltung handle, sondern um eine „wirtschaftliche Betätigung“, weshalb eine „Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus besser begründet werden (kann) als in hoheitlich geprägten Betätigungsfeldern.“ Ferner seien Wasserver- und Abwasserentsorgung materiell privatisierungsfähig, weshalb es „schwer begründbar (sei), dass das Land diese Aufgaben vollständig an einen Privaten delegieren darf, hingegen an einer gemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung mit einem Privaten aufgrund des Demokratieprinzips gehindert sein soll.“⁷⁴ Im WPD-Gutachten wird indirekt eingeräumt⁷⁵, dass eine solche „Rechtfertigung“ „gelockerter“ demokratischer Legitimation mit der Rechtsprechung des Landesverfassungsgerichts explizit nicht vereinbar ist. Sie ist außerdem mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Demokratieprinzip nicht vereinbar.

Selbst der zitierte Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Dezember 2002 (Lippeverband / Emschergenossenschaft)⁷⁶ gibt – entgegen der Ansicht des WPD⁷⁷ – für eine andere Schlussfolgerung nichts her. Zwar trifft es zu, dass das BVerfG das Demokratieprinzip Art. 20 Abs. 2 GG aufgrund seines Prinzipiencharakters als entwicklungs offen betrachtet und außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung – und damit dem Grunde nach auch bei Anstalten öffentlichen Rechts – Einschränkungen in Hinblick auf die personelle Legitimation der Amtswalter als möglich ansieht. Es führt im o. a. Beschluss dazu Folgendes aus:

„Das 'Ausgehen der Staatsgewalt' vom Volk muss für das Volk wie auch die Staatsorgane jeweils konkret erfahrbar und praktisch wirksam sein. Bei veränderten Verhältnissen können Anpassungen notwendig werden (...). Außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich nicht beschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung ist das Demokratiegebot offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt.“

Das darf aber nicht zu der Annahme verleiten, der Gesetzgeber sei bei der Gestaltung öffentlich-rechtlicher Organisationsformen der funktionalen Selbstverwaltung nun völlig frei und keiner demokratischen Rückbindung an Art. 20 Abs. 2 GG mehr verpflichtet. „Andere Formen“ dürfen „abweichen“. Sie müssen aber in ihrer Binnenstruktur, Organisation und „Rückbindung“ zur Verwirklichung von „mehr Demokratie“ jenseits der personellen Legitimation geeignet sein. Nur dann kann das hingenommene „legitimatorische Defizit“ kompensiert werden (Schutzzweckgrenze):

⁷² Hecker, a.a.O., S. 278 ff.

⁷³ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 31 ff.

⁷⁴ Ebd.

⁷⁵ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 33.

⁷⁶ BVerfGE 107, 59.

⁷⁷ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 33 ff.

„Die funktionale Selbstverwaltung ergänzt und verstärkt insofern das demokratische Prinzip. Sie kann als Ausprägung dieses Prinzips verstanden werden, *soweit sie der Verwirklichung des übergeordneten Ziels der freien Selbstbestimmung aller (...) dient.* Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung stehen unter dem Grundgesetz nicht im Gegensatz zueinander. Sowohl das Demokratieprinzip in seiner traditionellen Ausprägung einer ununterbrochen auf das Volk zurückzuführenden Legitimationskette für alle Amtsträger als auch *die funktionale Selbstverwaltung als organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen* verwirklichen die sie verbindende Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung (...). Das demokratische Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG erlaubt deshalb, durch Gesetz – also durch einen Akt des vom Volk gewählten und daher klassisch demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers – für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen. Dadurch darf *zum einen ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen geschaffen und verwaltungsexterner Sachverstand aktiviert* werden. Mit der Übertragung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Formen der Selbstverwaltung darf der Gesetzgeber *zum anderen das Ziel verfolgen, einen sachgerechten Interessenausgleich zu erleichtern, und so dazu beitragen, dass die von ihm beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht* werden (...). Gelingt es, die eigenverantwortliche Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe mit privater Interessenwahrung zu verbinden, so steigert dies die Wirksamkeit des parlamentarischen Gesetzes. Denn *die an der Selbstverwaltung beteiligten Bürger* nehmen die öffentliche Aufgabe dann auch im wohlverstandenen Eigeninteresse wahr; *sie sind der öffentlichen Gewalt nicht nur passiv unterworfen, sondern an ihrer Ausübung aktiv beteiligt.*“⁷⁸

Erstens ist hier schon sehr fraglich, ob die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts auf die teilprivatisierte BWB AöR überhaupt übertragbar sind. Das Bundesverfassungsgericht betont schließlich zur Rechtfertigung der „Lockerung“ des Legitimationszusammenhangs „die „mitgliedschaftlich-partizipatorische“ Komponente, die aller Selbstverwaltung eigen ist.“⁷⁹ Die „im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundsätze der Selbstverwaltung und der Autonomie (vgl. BVerfGE 33, 125 <159>)“ sollen durch „besondere Formen der Beteiligung von Betroffenen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ (...) „im Rahmen der repräsentativ verfassten Volksherrschaft“⁸⁰ angemessen zur Geltung gebracht werden. Was damit gemeint ist, wird deutlich, wenn Unruh auf die kollektive personelle Legitimation der Mitglieder von funktionalen Selbstverwaltungskörperschaften verweist und unter Bezugnahme auf Kluth ausführt:

„Anders als bei anderen Organisationsformen der öffentlichen Verwaltung 'ist der Gründungsakt bei der funktionalen Selbstverwaltung genuin personell geprägt. *Schaffung einer Organisation, Inpflichtnahme der Mitglieder und Verleihung von demokratischen Teilhaberechten sind in einem Akt untrennbar verbunden* und erfahren ihre spezifische Sinnggebung und Rechtfertigung aus ihrem Zusammengehen' (...) Der Blick wird frei auf den Umstand, dass *die Betroffenen primär deshalb herangezogen werden, damit eine öffentliche Aufgabe möglichst sachgerecht erfüllt* werden kann.“⁸¹

⁷⁸ BVerfGE 107, 59, 92 f. Hervorhebungen durch Kursivsetzung von mir – K. L.

⁷⁹ BVerfGE 107, 59, 87.

⁸⁰ BVerfGE 107, 59, 91 f.

⁸¹ Unruh, Demokratie und „Mitbestimmung“ in der funktionalen Selbstverwaltung – am Beispiel der Emscher-genossenschaft, VerwArch, Bd. 92, H. 4, 2001, S. 531, 551 ff. Hervorhebung in Kursiv von mir – K. L.

Davon kann hier freilich nicht die Rede sein. Die BWB AöR ist nicht „mitgliedschaftlich-partizipatorisch“ verfasst. Sie ist keine Selbstverwaltungskörperschaft und durch die Teilprivatisierung auch nicht organisatorisch „in Richtung Selbstverwaltung geöffnet“ worden. Denn die private, vertraglich vereinbarte Beteiligung von international agierenden multinationalen Konzernen dient ganz eindeutig nicht der Einführung eines wirksamen Mitspracherechts der (von der Wasserver- und Abwasserentsorgung in Berlin) Betroffenen, welches als verwaltungsexterner Sachverstand aktiviert werden könnte. Durch die Eingliederung der BWB in eine – nur privatwirtschaftlichen Grundsätzen verpflichtete – Holding und mithilfe eines komplexen Vertragswerks wird vielmehr der demokratische „repräsentative Zugriff“ der Berlinerinnen und Berliner, als „Staatsvolk“ des Landes Berlin, auf die BWB erheblich herabgesetzt, ohne dass an diese Stelle ein institutionell demokratisch-kompensatorisches Substitut tritt.

Zweitens erkennt die zitierte BVerfG-Entscheidung, wer aus ihr ableiten will, zum Zwecke ihrer Kommerzialisierung dürfe das demokratische Legitimationsniveau in einer Anstalt öffentlichen Rechts herabgesetzt werden. Zwar spricht das Bundesverfassungsgericht davon, dass durch Beteiligung sachnaher Betroffener auch eine effektivere Aufgabenerfüllung bezweckt sein dürfe. „Effektivierung“ der Aufgabenerfüllung heißt aber nicht Kommerzialisierung: „Effektivierung“ kann, da es sich bei der Tätigkeit der ausgegliederten Organisation nach wie vor um die Ausübung von Staatsgewalt handelt, nur bedeuten: effektivere Erreichung des Sachziels, also der vom Gesetzgeber vorgegebenen Aufgabe.⁸² Es kann und darf nicht bedeuten: Unterwerfung des Sachziels unter die Prämisse des Formalziels, also unter das Renditeinteresse beteiligter privater Konzerne. Denn auch die ausgegliedert wahrgenommene Staatstätigkeit bleibt Staatstätigkeit. Und Staatstätigkeit ist, anders als das privatautonome Handeln nichtstaatlicher Akteure, grundrechtsgebunden und freiheitsverpflichtet. Der Gesetzgeber muss dafür Sorge tragen, dass nicht „unter dem Mantel“ einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform das Renditeinteresse dominiert:

„Wählt der parlamentarische Gesetzgeber für bestimmte öffentliche Aufgaben die Organisationsform der Selbstverwaltung, so darf er keine Ausgestaltung vorschreiben, die mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar wäre. Deshalb müssen die Regelungen über die Organisationsstruktur der Selbstverwaltungseinheiten auch ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.“⁸³

Daraus folgt auch, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, Vorkehrungen für eine effektive Aufgabenerfüllung zu schaffen. Er ist aber in der Bemessung der Effektivitätsmaßstäbe nicht frei, sondern weiterhin gemeinwohlgebunden. Im vorliegenden Fall dient die Konstruktion des BWB-Konzerns freilich der Absicherung privater Gewinninteressen, die unter keinerlei verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine öffentliche Aufgabe darstellen:

„Im Bereich der Wasserwirtschaft wird dieses Gemeinwohlinteresse maßgeblich durch das Ziel einer qualitativ und quantitativ angemessenen Grundversorgung der Bevölkerung mit Wasserdienstleistungen geleitet, einschließlich Versorgungssicherheit, sozial verträgliche Preisen und gleichberechtigter Leistungsteilhabe. (...) Die normativen Parameter finden sich in den staatlichen Schutzpflichten gegenüber Leben und Ge-

⁸² So auch Laskowski, a.a.O., S. 814: „Der Zweck liegt demnach in der Effektivitätssteigerung der Aufgabenwahrnehmung.“ – Kursivsetzung im Original.

⁸³ BVerfGE 107, 59, 93.

sundheit, im Sozialstaatsprinzip, dem Vorsorgegrundsatz, dem Nachhaltigkeitsgrundsatz und dem Gleichbehandlungsgebot (...). Auf dieses Gemeinwohlbündel ist der Betrieb der BWB AöR auszurichten. Insofern obliegt der Verwaltung die Verpflichtung zu einer effektiven Aufgabenerfüllung. Die Erzielung von Gewinnen stellt im Gegensatz dazu keine besondere öffentliche Aufgabe dar, die von den genannten oder sonstigen verfassungsrechtlichen Direktiven erfasst wird. So ist anerkannt, dass die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates unter der Geltung des Grundgesetzes allein durch das Interesse der Gewinnerzielung keine Rechtfertigung findet. Daher darf die Aufgabenerfüllung weder ausschließlich noch primär durch das Ziel der Gewinnerwirtschaftung geleitet werden. Das Interesse an Gewinnerwirtschaftung kann für die Verwaltung daher immer nur ein Mittel sein, um andere öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Gewinnmaximierung um ihrer selbst willen liegt hingegen außerhalb der Aufgabenbestimmung der Verwaltung.“⁸⁴

„Lockerungen“ des Zurechnungszusammenhangs zwischen dem Volk und der Ausübung von Staatsgewalt zum Zweck ihrer Kommerzialisierung sind demnach verfassungsrechtlich unzulässig. Die Absicherung des Renditeinteresses privater Investoren rechtfertigt keinerlei Abstriche an der demokratischen Legitimation des Handelns der BWB AöR.⁸⁵

Daraus lässt sich nun wiederum nicht schlussfolgern, dass eine Kooperation zwischen verfassungsgebundener Staatsverwaltung und Privaten schlechthin unzulässig wäre. Wenn öffentliche Hand und Private kooperieren wollen, stehen ihnen hierfür eine Reihe von Modellen „funktionaler Aufgabenprivatisierung“ zur Verfügung, innerhalb derer eine klare Trennung zwischen staatlicher Aufgabenwahrnehmung und privater Verwaltungshilfe ermöglicht ist. Auch bei einer „materiellen Privatisierung“⁸⁶ werden immer öffentliche Kontroll- und Steuerungsaufgaben bei den staatlichen Einrichtungen erhalten. Es ist aber erforderlich, dass staatliche (nämlich grundrechtsgebundene und öffentlich-rechtlichen Bindungen unterworfenen) und private (nämlich privatautonome, öffentlich-rechtlichen Bindungen eben gerade nicht unterworfenen) Tätigkeiten klar voneinander geschieden werden können. Denn die Verfassung setzt die kategoriale Trennung von staatlicher und nicht-staatlicher Sphäre in Bezug auf Grundrechte und Staatsorganisation geradezu voraus. Die „Ummantelung“ privater, erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit mit einem öffentlich-rechtlichen Organisationsstatut (der Anstalt öffentlichen Rechts) führt aber genau zum Gegenteil, nämlich der vollständigen Grenzverwischung zwischen beiden Sphären. Hierfür kann es keine verfassungsrechtlich tragfähige Rechtfertigung geben.

4. Keine demokratische Legitimation des Anstaltsvorstands der BWB AöR

Aber selbst, wenn wir uns mit dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin auf die Überprüfung der personellen und sachlich-inhaltlichen Legitimation des Anstaltsvorstands „verengen“, hält das Legitimationsniveau den vom VerfGH Bln selbst aufgestellten Kriterien nicht Stand. Für ein Unterlaufen des gebotenen Legitimationsniveaus sind keine Rechtfertigungsgründe erkennbar.

⁸⁴ Laskowski, a.a.O., S. 818 f.; ähnlich Schmehl, a.a.O., S. 236.

⁸⁵ Ob die vermögensmäßige Einbeziehung privater Unternehmen in eine Anstalt öffentlichen Rechts und deren kommerzielles Interesse – völlig unabhängig von der Geltung des Demokratieprinzips – überhaupt eine stärkere Berücksichtigung bei den kalkulatorischen Kosten in der Tarifbemessung erlaubt, hat der BerlVerfGH, a.a.O., letztlich offengelassen. Schon diese Frage war aber mit 4 zu 4 Stimmen unter den Mitgliedern des Gerichts umstritten.

⁸⁶ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 32.

Weitgehend unbestritten scheint die Feststellung, dass das Handeln des Aufsichtsrats und des Vorstands der Holding nur insoweit legitimiert sein muss, als sie Weisungen an die BWB erteilt.⁸⁷ Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs sollte der bereits erwähnte Weisungsausschuss, in dem die Repräsentation des Landes Berlin bei Entscheidungen nach dem „Prinzip der doppelten Mehrheit“ gesichert wäre, für die Aufgabenerfüllung der BWB „schädliche“ Weisungen blockieren können. Diese Einflussmöglichkeit sollte die demokratische Legitimation des Anstaltsvorstands gegenüber einer „fremden“ Einflussnahme durch demokratisch nicht legitimierte Dritte verfahrensmäßig absichern – eine Einflussnahme, die das Gericht offenbar für denkbar hielt.

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass durch das Beanstandungsrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden der BWB AöR zu Beschlüssen des – personell nicht ausreichend legitimierten – Aufsichtsrats der BWB, das sich auch auf die Entscheidung zur Bestellung des Anstaltsvorstands bezieht, der Vorstand der BWB AöR personell hinreichend legitimiert sei. Denn in einem solchen Fall könnte die aus zweifelsohne demokratisch legitimierten Senatsmitgliedern bestehende Gewährträgersammlung der Anstalt entscheiden, dass ihre Entscheidung den Beschluss des Aufsichtsrats (§ 12 Abs. 2 Satz 2, 3 BerlBG) ersetzt.⁸⁸ Die konsortialvertraglich geregelten, den Aufsichtsrat bindenden Vorschlagsrechte und das aus den Verträgen folgende Übergewicht der privaten Anteilseigner werden insoweit für unschädlich gehalten.⁸⁹

Mittels dieser (dünnen) personellen Legitimation des BWB-Vorstands, seiner Bindung an das Berliner Betriebsgesetz und der „legitimationsstiftenden Funktion des Weisungsausschusses“⁹⁰ soll nach Auffassung des WPD gesichert sein, dass der Vorstand der BWB die öffentliche Aufgabe der Wasserver- und Abwasserentsorgung frei von Einflüssen Dritter auszuüben vermag. Es gerät aber dabei aus dem Blick, dass der BWB-Vorstand selbst dann, wenn „schädliche Weisungen“ in einem Weisungsausschuss blockiert werden könnten, nicht frei, unabhängig und dem Gewährträger und den öffentlich-rechtlichen Bindungen verpflichtet agieren kann.

a) Keine sachlich-inhaltliche Legitimation des BWB-Vorstands bis 2003

Schon in der ursprünglichen vertraglichen Konstruktion des BWB-Konzerns bis zur 5. Änderungsvereinbarung war eine teilweise Personalidentität zwischen dem demokratisch nicht legitimierten Holdingvorstand und dem demokratisch personell (mit einer äußerst formalen und dünnen Legitimationskette) legitimierten BWB-Vorstand festgeschrieben, der den Vertretern des Holdingvorstands im BWB-Vorstand ein Übergewicht verschaffte:

- Es war vereinbart, dass der Vorstand der BWB vier Mitglieder haben sollte, von denen „mindestens zwei Mitglieder gleichzeitig Mitglieder des Vorstands der Holding sein

⁸⁷ Insoweit zutreffend WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 22.

⁸⁸ Ochmann, a.a.O., S. 120: „Die Entscheidungskompetenz des paritätisch besetzten Aufsichtsrats kann somit nur deshalb hingenommen werden, da sie unmittelbar von der Billigung eines Regierungsmitglieds abhängt. Ohne das Beanstandungsverfahren wäre die Besetzung (des Aufsichtsrats und somit auch des von ihm bestellten Vorstands der BWB – K. L.) indes verfassungswidrig. Dieses Verfahren resultiert den aus der paritätischen Besetzung resultierenden Legitimationsmangel.“

⁸⁹ Vgl. WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 18 ff., sowie Ochmann, a.a.O., S. 120. Zweifelsd Schmehl, a.a.O., S. 235, sowie Laskowski, a.a.O., S. 809.

⁹⁰ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 27.

sollen“⁹¹ bzw. „zwei Mitglieder des Vorstands der Holding gleichzeitig Mitglieder des Vorstandes der BWB sein sollen.“⁹²

- Dabei handelt es sich der vertraglichen Vereinbarung zufolge um die beiden BWB-Vorstandsmitglieder, die die Privaten vertreten und deren Stimmen sich im Konfliktfall gegenüber den durch das Land Berlin vorgeschlagenen Mitgliedern durchsetzen können: Denn einer von beiden ist der Vorsitzende des BWB-Vorstands, dessen Stimme bei Gleichstand den Ausschlag gibt.⁹³

Beide BWB-Vorstandsmitglieder sind als Vorstände der Holding zunächst dem Unternehmenswohl der BWH verpflichtet und sind insoweit – wie oben bereits ausführlich dargestellt – gesellschaftsrechtlich unzweifelhaft dem Primat des Erwerbsziels unterworfen. Interessenkonflikte müssen sie, um Schadensersatzpflichten der Holding oder der Holding-Gesellschafter zu vermeiden, zugunsten des Holdinggesellschaftszwecks auflösen. Gesellschaftsrecht hat im Konfliktfall Vorrang vor entgegenstehenden öffentlichen Belangen aufgrund landesgesetzlicher Festlegung. Das gilt auch für gesetzliche Vorgaben des TPrG zur Aufgabenerfüllung durch den BWB-Vorstand hinsichtlich der Bindung der Holding und seines Vorstands bei der Ausübung des Weisungsrechts gegenüber den BWB.

Für die Anrufung des Weisungsausschusses (durch wen auch immer) bleibt ihm Rahmen der ausschließlichen Vorstandszuständigkeit der BWB organisatorisch und sachlich-inhaltlich wenig Raum, da zwei Vorstandsmitglieder der (demokratisch nicht legitimierten) Holding bereits im BWB-Vorstand sitzen und dort über eine Stimmenmehrheit verfügen. Zumindest jene Entscheidungen des BWB-Vorstands, die nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen (und damit nicht dem Zugriff des Beanstandungsrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden ausgesetzt sind), können damit unmöglich als sachlich-inhaltlich demokratisch legitimiert angesehen werden. Der Weisungsausschuss hat tatsächlich bis 2003 auch niemals getagt.

Insoweit liegt hier – entgegen der Annahme des WPD⁹⁴ – tatsächlich eine konzernrechtliche Dauerweisung im Sinne von § 308 AktG vor, da die Doppelmandate in Holding- und BWB-Vorstand zweifelsohne Ausdruck des im Gesetz angelegten und von Land Berlin und Privatinvestoren vertraglich untermauerten Beherrschungsverhältnisses der Holding über die BWB AöR sind.

b) Keine sachlich-inhaltliche Legitimation des BWB-Vorstands seit 2003

Mit der 5. Änderungsvereinbarung 2003 haben das Land Berlin und die privaten Investoren eine Organisationsreform durchgeführt, die u.a. zur vollständigen personellen Zusammenlegung von Holding- und Anstaltsvorstand führte. Am Zweck dieser Organisationsreform ließen die beteiligten Seiten nach ihrer Einigung keinen Zweifel:

„Diese Führungsstruktur spiegelt den im Konsortialvertrag von 1999 verankerten Grundgedanken einer gemeinsamen und ausgewogenen Führung der Berlinwasser Gruppe wieder. Damit ist eine *effiziente, ergebnisorientierte und einheitliche Leitung*

⁹¹ § 9.5 Satz 1 des Konsortialvertrages a. F.

⁹² § 10.6 Satz 1 des Konsortialvertrages a. F.

⁹³ Dass die im Konsortialvertrag vereinbarten verbindlichen Nominierungsrechte der Privaten den verfassungsgerichtlich gebilligten Maßstäben für Vorschlagsrechte genügen, widerlegt Ochmann, a.a.O., S. 157 ff.

⁹⁴ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 26 ff.

der Unternehmen der Berlinwasser Gruppe durch beide Investoren im engen Zusammenwirken mit dem Land Berlin gewährleistet.“⁹⁵

Auch nach der Organisationsreform scheinen Senat, RWE und Veolia (damals Vivendi) demnach ganz klar von der unternehmerischen Führung durch die privaten Investoren „im engen Zusammenwirken mit dem Land“ auszugehen. Es stellt sich also aus der Perspektive des Demokratieprinzips folgende Frage: Hat mit der nunmehr konsortialvertraglich vereinbarten Personenidentität von BWB- und Holdingvorstand der Einfluss des Landes Berlin auf unternehmerische Entscheidungen der Berliner Wasserbetriebe ab- oder zugenommen?

Die Fraktion DIE LINKE geht von ersterem aus. Indem die Vorstandsmitglieder von BWB und Holding nun vollständig personenidentisch sind, unterliegen sie – angesichts der engen Verflechtung der unternehmerischen Leitungsentscheidungen bei Holding und BWB – sämtlich in ihrer BWB-Vorstandstätigkeit bei unternehmerischen Führungsentscheidungen permanent und umfassend den kapitalgesellschaftsrechtlichen Vorgaben der Erwerbszwecksetzung, die bei der Holding Geschäftsgrundlage sind.

Der Wissenschaftliche Parlamentsdienst behauptet letzteres. Denn es sei festzuhalten,

„dass es sich hier nicht um eine Entsendung von Mitgliedern des herrschenden Unternehmens in den Vorstand der – abhängigen – Anstalt handelt. Die Vorstandsidentität geht vielmehr von der BWB aus. Nicht die Vorstandsmitglieder der Holding sollen jetzt solche der BWB sein, sondern nach dem Wortlaut von § 10.6 Satz 1 KV ist das Umgekehrte richtig. Denn durch die Fünfte Änderungsvereinbarung entfällt die Formulierung in § 10.6 Satz 1 KV a.F., wonach 'zwei Mitglieder des Vorstands der Holding gleichzeitig Mitglieder des Vorstands der BWB sein sollen.' Sie wird ersetzt durch die Formulierung, dass 'sämtliche Mitglieder des Vorstands der BWB auch Mitglieder des Vorstands der Holding sein sollen.' Damit ist klargestellt, dass es sich nicht (mehr) um eine Entsendung 'von oben nach unten' sondern um eine solche 'von unten nach oben' handelt. Die Dauerweisung setzt aber gerade eine Entsendung von Vorstandsmitgliedern des herrschenden Unternehmens voraus. Das Argument der Dauerweisung vermag daher bereits aus diesem Grunde nicht zu überzeugen.“⁹⁶

Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die alte Fassung des Konsortialvertrages vor 2003 in Bezug auf die Frage, wer wen wohin „entsendet“, alles andere als eindeutig war. Das WPD-Gutachten ist ungenau, wenn es von einer Entsendung „von oben nach unten“ vor Inkrafttreten der 5. Änderungsvereinbarung ausgeht. Dort ist vielmehr beides geregelt.⁹⁷ Nichts anderes gilt nach Inkrafttreten der 5. Änderungsvereinbarung. Denn es kann schlechterdings nicht der Wortlaut dieses einzelnen Absatzes für die Corporate Governance des BWB-Konzerns ausschlaggebend sein, der an der gesetzlich und vertraglich bestimmten Abhängigkeit der BWB von der Holding grundsätzlich nichts ändert:

„Aufgrund der durch den Beherrschungsvertrag gestalteten Konzernhierarchie haben die Doppelmandate nicht den Charakter, dass die Anstaltsvorstände nun auch Holdingvorstände sind, vielmehr ist das Umgekehrte richtig: Alle Holdingvorstandsmitglieder sind auch Anstaltsvorstände. Das bedeutet, dass die Einflussnahme der Holding auf die Anstalt nun nicht geringer, sondern intensiver wird. (...) Das Wirken der

⁹⁵ Erklärung des Landes Berlin, RWE und Vivendi zu BWH und BWB vom 24. September 2002. Kursivsetzung von mir – K. L.

⁹⁶ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 27.

⁹⁷ Vgl. insoweit einerseits § 9.5 Satz 1 und andererseits § 10.6 Satz 1 des Konsortialvertrags a. F.

Holdingvorstandsmitglieder im Anstaltsvorstand hat demnach den Effekt einer dauernden Weisung der Holding an die Anstalt.“⁹⁸

Es bleibt dabei: Ausschlaggebend sind die materiellen Vorgaben des Aktienrechts. Als Vorstandsmitglieder der Holding sind die BWB-Vorstände unentrinnbar dem Gesellschaftswohl der Holding verpflichtet. Das Land wird in den privatwirtschaftlichen Steuerungsmodus einbezogen, nicht umgekehrt. Es gilt der „Vorrang des Gesellschaftsrechts“: Die gesellschaftsrechtlichen Spielräume und Vereinbarungen setzen sich im Konfliktfall, in den „einander überlagernden Regulierungssystemen“ des privaten und des öffentlichen Rechts, als Bundesrecht gegenüber den landesrechtlichen Vorgaben durch:

„Eine Möglichkeit zur Feinsteuerung durch das Land ist damit nicht mehr gegeben. Zwar unterliegt das Anstaltshandeln der Rechtsaufsicht nach § 18 BerlBG. Jedoch kann damit nicht auf die Zweckmäßigkeit der Aufgabenerfüllung eingewirkt werden. Dies ist jedoch gerade, wenn ein potenziell vorwiegend auf Gewinnerzielung ausgerichteter Privater einbezogen wird, ein erheblicher materieller Steuerungsverlust. (...) Als gänzlich einflussfreier Raum verbleibt daher (...) die Menge der Vorstandsentscheidungen, die weder der Rechtsaufsicht unterfallen, noch der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. (...) Daher klafft eine Lücke zwischen der Entscheidungskompetenz des Vorstands und der Kontrolle durch das Land, was ein sachlich-inhaltliches Legitimationsdefizit begründet. Hierfür ist kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich. Daher ist das Doppelmandatsmodell im Ergebnis verfassungswidrig.“⁹⁹

Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass die *Übertragung der unternehmerischen Führung* der BWB AöR an RWE und Veolia im Rahmen des Konsortialvertrages nicht nur untergeordnete, operative Entscheidungen umfasst, sondern grundsätzlich auch Entscheidungen von strategischer Tragweite.¹⁰⁰

„'Hoheitliche' und 'wirtschaftliche' Aspekte der Daseinsvorsorge lassen sich im öffentlich rechtlichen Monopol (...) nur bei sehr wirklichkeitsferner Betrachtung voneinander trennen. Über die langfristig zuverlässige Leistungserbringung der Anstalt bestimmen die 'unternehmerischen Entscheidungen'. Die unternehmerische Organisation und Strategie (Investitionen, Know-How, Integrationsgrad der Wertschöpfungsketten, Raumnutzung bei Netz und Anlagen) beinhaltet immer eine politisch-demokratische Dimension. Gleiches gilt für die Preisbildung, die im Monopol demokratisch kontrolliert werden muss: Kapitalbewertung, Abschreibungsdauer und -methode, Höhe der kalkulatorischen Verzinsung sind zentrale Komponenten der Wasserpreisgestaltung. Begibt sich der Gewährträger in einer wasserwirtschaftlichen AöR dieser Gestaltungshoheit, ist das formelle demokratische Letztentscheidungsrecht nichts mehr wert.“¹⁰¹

Es liegt auf der Hand, dass hier das Einfallstor für die Durchsetzung der Interessen der privaten Anteilseigner weit offen steht:

„Denn das Land kann sich in wichtigen Entscheidungen nicht gegen die Privaten durchsetzen, sondern ist auf ihre Kooperationsbereitschaft angewiesen. Damit hat die öffentliche Seite keine Entscheidungsherrschaft mehr. (...) Die Überprüfung der Zweckmäßigkeit einer Maßnahme ist mithin der gubernativen Kontrolle entzogen. Ge-

⁹⁸ Ochmann, a.a.O., S. 147 f.

⁹⁹ Ochmann, a.a.O., S. 149 f.

¹⁰⁰ Zutreffend Ochmann, a.a.O., S. 155 f.

¹⁰¹ Lederer, Die 1999er Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (BWB): Eine Zwischenbilanz, in: IR 2012, S. 302, 305.

rade in der Zweckmäßigkeit von Maßnahmen kann indes ein Zielkonflikt zwischen der Verwirklichung der Ziele der Anstalt und den Interessen der Privatinvestoren liegen. Bei einer Einheit der mittelbaren Staatsverwaltung, die allein von einer Körperschaft getragen wird, ist die Interessenlage eindeutig. Hingegen kann bei einer Anstalt, an der privates Kapital beteiligt ist, die Motivation einer Maßnahme auch von renditeorientierten Erwägungen der privaten Anteilseigner getragen sein. Daher ist ein solches Mischunternehmen in besonderem Maße der Gefahr, zum Nutzen von Individualinteressen gebraucht zu werden, anstatt zu Gunsten von Allgemeininteressen. Wie der Befund ergeben hat, können sich die von privater Seite bestimmten Vorstandsmitglieder im Anstaltsvorstand im Konfliktfall durchsetzen.“¹⁰²

c) Keine „legitimationsstiftende Funktion“ des Weisungsausschusses

Dass die Einrichtung eines Weisungsausschusses geeignet sein könnte, dem Handeln des BWB-Vorstands personelle Legitimation zu verschaffen, ließ sich bereits vor der 5. Änderungsvereinbarung 2003 mit beachtlichen Gründen bezweifeln.¹⁰³ Mit der Einführung des Doppelmandatsmodells ist die „legitimationsstiftende Funktion“ des Weisungsausschusses nun endgültig obsolet:

„Auf den ersten Blick hat es den Anschein, dass das Land Berlin und die Investoren sich damit vom ursprünglichen weisungsgeprägten Holdingmodell weitgehend gelöst haben. Zwar ist der Anstaltsvorstand immer noch rechtlich dem Vorstand einer privaten Holding AG untergeordnet. Aber es ist kaum anzunehmen, dass der Holdingvorstand das Mittel der Weisung nutzen muss, um eine Entscheidung gegenüber dem Anstaltsvorstand durchzusetzen, da dieser personell mit ihm identisch ist. Damit hat sich die Kontrolle durch den Weisungsausschuss faktisch erübrigt, solange die Doppelmandate bestehen. Hierdurch wurde eine Einflussmöglichkeit des Landes Berlin beseitigt.“¹⁰⁴

Angesichts der fundamentalen, ja geradezu konstitutiven Bedeutung, den die Einrichtung des – nach dem „Prinzip der doppelten Mehrheit“ entscheidenden – Weisungsausschusses durch die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs für die Vermittlung personeller demokratischer Legitimation des Anstaltshandelns erhalten hat, kann seine rechtliche und faktische Funktionslosigkeit nur zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit der BWB-Teilprivatisierung führen. *Salzwedel* hat den Weisungsausschuss im Holdingmodell denn auch als „konstitutives Feigenblatt“ bezeichnet, „das eigentlich nie zusammentritt, aber im äußersten Fall einen schwach mehrheitlichen Einfluss demokratisch legitimer Vertreter, das heißt der Kommunalpolitiker, demonstriert.“¹⁰⁵ Deutlicher und klarer lässt sich die rein formale Rolle des Weisungsausschusses im Geflecht des BWB-Konzerns eigentlich nicht beschreiben.

¹⁰² Ochmann, a.a.O., S. 159 f.

¹⁰³ Entgegen der Behauptung des WPD (Gutachten Demokratieprinzip, S. 27) geschah das auch, Vgl. nur Ochmann, a.a.O., S. 138; Hecker, a.a.O., S. 275 ff.; Laskowski, a.a.O., S. 809 ff.

¹⁰⁴ Ochmann, a.a.O., S. 147.

¹⁰⁵ Zitiert nach Ochmann, a.a.O., S. 155.

5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip durch die Geheimhaltung der Verträge, das Unterlaufen gesetzlicher Vorgaben und die Vereinbarung eines nicht-öffentlichen Schiedsverfahrens

Die unter 3. und 4. erhobenen Feststellungen zur Verfassungswidrigkeit der Teilprivatisierung der BWB betreffen auch das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip.

Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG sind die Staatsorgane an Recht und Gesetz gebunden. Daraus folgt auch, dass der Senat als Hoheitsträger im Verhältnis zu privaten Akteuren nur zivilrechtliche Verträge abschließen darf, die den gesetzlichen Vorgaben entsprechen. Es ist ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip zu konzedieren, wenn die Verwaltung Verträge abschließt, die dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers widersprechen und damit den Vorrang des Gesetzes missachten.¹⁰⁶

Ferner gehört die grundsätzliche Öffentlichkeit der staatlichen Beratungs- und Entscheidungsprozesse zu den prozeduralen Komponenten des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips: Denn verantwortliche Teilhabe der Bürger an der politischen Willensbildung – und damit Demokratie – setzt voraus, dass der Einzelne von den zu entscheidenden Sachfragen, von den durch die verfassten Staatsorgane getroffenen Entscheidungen, Maßnahmen und Lösungsvorschlägen genügend weiß, um sie beurteilen, billigen oder verwerfen zu können.¹⁰⁷ Mit seiner Funktion, die Kontrolle der Ausübung von Staatsgewalt zu ermöglichen, ist dieser Grundsatz auch Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips. Der parlamentarische Willensbildungsprozess hat daher prinzipiell öffentlich, transparent und durchschaubar zu erfolgen:

„Die parlamentarische Demokratie basiert auf dem Vertrauen des Volkes; Vertrauen ohne Transparenz, die erlaubt zu verfolgen, was politisch geschieht, ist nicht möglich.“¹⁰⁸

a) Entleerung des demokratisch legitimierten Gesetzes durch die von der Exekutive verhandelten Verträge

Mit den konsortialvertraglichen Regelungen (einschließlich der Anlagen) entsteht jenseits der vom Gesetzgeber im TPrG zugrunde gelegten und vom Verfassungsgericht gebilligten Struktur der teilprivatisierten BWB AöR eine „Schattenverfassung“ der Anstalt, die der gesetzlichen Vorgabe explizit zuwiderläuft. Die Unterworfenheit der Anstalt unter Weisungen demokratisch legitimierter Amtsträger war für den Verfassungsgerichtshof ausschlaggebend, in seinem Urteil vom 21. Oktober 1999 das Demokratieprinzip (in verfassungskonformer Auslegung) gewahrt zu sehen. Auch § 1 Abs. 2 S. 3,4 TPrG dienen bei systematischer Auslegung dem Zweck, die demokratische Legitimation des Anstaltshandelns unter Bewahrung des Letztentscheidungsrechts demokratisch verantwortlicher Amtswalter sicherzustellen.

Die tatsächlichen rechtlichen Verhältnisse in der Corporate Governance der BWB entsprechen diesen Vorgaben – wie oben festgestellt – jedoch nicht:

„Der Konsortialvertrag konterkariert (...) die Auswirkungen der Mehrheitsbeteiligung. Mithin ist die Privatisierung der unternehmerischen Führung der Anstalt *unter Umgehung des Mechanismus, der dem Land Berlin die Entscheidungsherrschaft vorbehält*,

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 8, 155, 169; 56, 216, 241.

¹⁰⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, Az. 2 BvE 1/76.

¹⁰⁸ BVerfGE 40, 196, 327.

ein *aliud* zu der in der Gesetzesbegründung vorgezeichneten Konstruktion. Den Beteiligten muss vorher bewusst gewesen sein, dass die unternehmerische Macht durch den Konsortialvertrag nahezu gleichberechtigt zwischen Land und Privaten verteilt wird. Die Behauptung, die Anstalt durch Weisungen der Holding leiten zu lassen, denen ein Weisungsausschuss zustimmen müsste, entsprach daher nicht der Realität. Indes wurde die Verschleierung der tatsächlichen Entscheidungsstrukturen so effektiv betrieben, dass auch der BerlVerfGH nicht die ganze Komplexität des Vorhabens erfassen konnte.“¹⁰⁹

Daraus folgt die Verfassungswidrigkeit sämtlicher vertraglicher Vereinbarungen, die der Verwirklichung der Vorgaben zum demokratischen Letztentscheidungsrecht des Gewährträgers entgegenstehen:

„Es wird (durch die rechtliche Ausgestaltung des Vertragswerks zur Teilprivatisierung der BWB – K. L.) erkennbar, dass die Bedeutung demokratisch legitimierter Gesetze – ungeachtet des problematischen Inhalts des BerlTPrG – im Verhältnis zwischen Staat und Investor in ihrer jeweiligen Rolle als Vertragspartner gewissermaßen gegen Null tendiert. Die gesetzlichen Regelungen werden hier durch die zivilvertraglichen Absprachen im Konsortialvertrag 'überlagert' und gegebenenfalls sogar 'außer Kraft' gesetzt. Dabei hat das Land Berlin – einerseits der Senat als Exekutivorgan, andererseits das Abgeordnetenhaus als das dem Konsortialvertrag bzw. dem Änderungsvertrag zustimmende Legislativ- bzw. Kontrollorgan – prinzipiell in Kauf genommen, dass entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung unbeachtet blieb. Damit haben beide Organe die Bindungen aus Art. 20 Abs. 3 GG letztlich missachtet (...).“¹¹⁰

b) Geheimhaltung der Teilprivatisierung als Verfahrensverstoß

Ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip in seiner prozeduralen Dimension liegt ferner darin, dass das Privatisierungsgeschäft mit seinen wesentlichen einflussgestaltenden Rechtsgrundlagen der Öffentlichkeit bewusst und gewollt entzogen worden ist. Denn die Verträge zur Teilprivatisierung der BWB waren bis 2010 nicht öffentlich. Die vollständige Geheimhaltung der ausgehandelten Verträge – während des parallel laufenden öffentlichen Gesetzgebungsverfahrens – lässt sich auch nicht mit der Existenz eines Bereichs exekutiver Eigenverantwortung rechtfertigen, schließlich auch nicht mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der privaten Anteilseigner:

„Das Öffentlichkeitsgebot gilt in abgeschwächter Form auch für die Exekutive. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist insbesondere die Regierung verpflichtet, der Öffentlichkeit ihre Politik, ihre Maßnahmen und Vorhaben sowie die künftig zu lösenden Fragen darzulegen und zu erläutern, um letztlich den erforderlichen demokratischen Grundkonsens zu erhalten. Mit dem Transparenzgebot sind schließlich privatrechtliche (Geheim-)Verträge der Exekutive, die parlamentarische Gesetze unter Ausschluss der Öffentlichkeit „modifizieren“ und (heimlich) abändern sollen, nicht zu vereinbaren. Sie führen zu einem Verstoß gegen das Demokratieprinzip.“¹¹¹

¹⁰⁹ Ochmann, a.a.O., S. 156 (Kursivsetzung von mir – K. L.). Im Ergebnis ebenso Hecker, a.a.O., S., 275 ff., Laskowski, a.a.O., S. 801 ff., sowie Lederer, IR 2012, S. 302, 304.

¹¹⁰ Laskowski, a.a.O., S. 826; Kursivsetzung von mir – K. L. Zum parlamentarischen Beratungsverfahren im Jahr 1999 ausführlicher Lederer, ZöGU 2011, a.a.O., S. 444, 448 ff.

¹¹¹ Laskowski, a.a.O., S. 827 f. Dieser Zusammenhang bleibt im Urteil des Verfassungsgerichtshofes von Berlin, a.a.O., gänzlich unbeleuchtet. Der VerfGH hielt es zur Wahrnehmung parlamentarischer Kontrolle immerhin für

c) Unzulässige Einschränkung des parlamentarischen Kontrollrechts durch geheime Konstituierung eines nicht-öffentlichen Schiedsverfahrens

Ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip liegt schließlich darin, dass das Land Berlin und die privaten Investoren im Rahmen der Vertraulichkeit der Verträge auch die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts in einem nicht-öffentlichen Verfahren bei Streitigkeiten über den Konsortialvertrag (einschließlich solcher über seine Gültigkeit) vereinbart haben.¹¹² Durch diese Ersetzung des – grundsätzlich öffentlichen (§ 169 S. 1 GVG) – ordentlichen Gerichtsverfahrens ist dem Parlament nämlich die Möglichkeit genommen, vom „Ob und Wie“ des exekutiven Handelns bei der Vertretung des Landes im Schiedsverfahren Kenntnis zu erlangen, wodurch seine effektive parlamentarische Kontrolle beeinträchtigt wird.

Art. 20 Abs. 2 GG geht davon aus, dass die Kontrolle des Handelns der Exekutive eine zentrale Aufgabe der Legislative im System der Gewaltenteilung¹¹³ zur Sicherung einer gesetzmäßigen Verwaltung darstellt. Das Parlament muss über die Kenntnisse und Befugnisse verfügen, derer es „bedarf, um die ihm aufgegebenen Klärung von Zweifeln an der 'Gesetzlichkeit oder Lauterkeit von Regierungs- oder Verwaltungsmaßnahmen' (vgl. § 52 des Preuß'schen Entwurfs zur Weimarer Reichsverfassung (...)) wirksam vornehmen zu können.“¹¹⁴ Auch der Verfassungsgerichtshof von Berlin hat in seinem Urteil vom 21. Oktober 1999 zum BWB-TPrG hervorgehoben, dass „die parlamentarische Kontrolle durch die Vertragsgestaltung – etwa durch umfangreiche Geheimhaltungsklauseln – nicht behindert werden“ darf.

Die Ausübung des parlamentarischen Kontrollrechts setzt zunächst voraus, dass die Mitglieder des Abgeordnetenhauses grundsätzlich darüber informiert sind, in welcher Weise die Exekutive Belange des Landes geltend macht.

„Um diese Aufgabe wirksam wahrnehmen zu können, steht den Parlamenten eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung (...). Hierin erschöpft sich die Kontrolle aber nicht, weshalb es auch nicht ausreichen würde, wenn die Existenz von Schiedsverfahren und die Schiedssprüche selbst öffentlich wären. Denn das Aufkommen von 'Zweifeln an der gesetzlichen Lauterkeit von Verwaltungs- und Regierungshandeln' und der gezielte Einsatz der Kontrollinstrumente setzen ein Mindestmaß an ganz allgemeiner Kenntnis des Parlaments über das Verwaltungs- und Regierungshandeln voraus. So brauchen die Abgeordneten Anhaltspunkte, um eine Anfrage zu Aspekten eines Schiedsverfahrens (Kosten, Auswahl der Schiedsrichter, Verfahrensverzögerungen, Interessenkollisionen, Erwägung von Rechtsbehelfen usw.) in der rechtlich erforderlichen Bestimmtheit stellen zu können. Sie müssen wissen, dass ein Schiedsverfahren anhängig ist, worum gestritten wird, welche Partei welche Positionen vertritt – kurz: Sie brauchen all die Informationen, die sie bei einem öffentlichen Gerichtsverfahren ohne Weiteres hätten.“¹¹⁵

Mag man der Verwaltung ein Wahlrecht zwischen ordentlichem Rechtsweg und Schiedsverfahren zubilligen, so ist doch mindestens erforderlich, dass die Kontrollmöglichkeiten des

geboten, dass alle Abgeordneten die Möglichkeit zur Einsicht in die Verträge besitzen. Das blendet aber – wie das Urteil insgesamt – die Verzahnung zwischen gesetzlicher und vertraglicher Regulierung aus; siehe dazu schon oben.

¹¹² Vgl. § 44.2 des Konsortialvertrages und Anlage 44.2 (Schiedsvereinbarung).

¹¹³ BVerfGE 3, 225, 247; 34, 52, 59.

¹¹⁴ BVerfGE 67, 100, 130 (Flick-Untersuchungsausschuss). Das Zitat bezieht sich dort auf die Befugnisse der Untersuchungsausschüsse des Bundestages als Instrument des parlamentarischen Kontrollrechts.

¹¹⁵ Wolff, Nicht-öffentliche Schiedsverfahren mit Beteiligung der öffentlichen Hand am Maßstab des Verfassungsrechts, NVwZ 2012, 205, 207.

Parlaments durch eine grundsätzliche Öffentlichkeit (auch während) des Schiedsverfahrens gesichert sind, die der gängigen Verfahrensöffentlichkeit ordentlicher Gerichte entspricht. Denn die Exekutive darf sich nicht durch die Wahl privatautonom vereinbarter Formen der parlamentarischen Kontrolle entziehen – die „Flucht ins Privatrecht“ ist ihr verwehrt. Die „Reichweite“ parlamentarischer Kontrolle darf nicht vom Wohlwollen der Vertragspartner Land Berlin sowie RWE/Veolia abhängig sein. § 1030 Abs. 3 ZPO erscheint schließlich als auslegungsfähige Generalklausel der Anwendung der Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts durchaus zugänglich. Im Ergebnis bedeutet das:

„Bestehende Schiedsvereinbarungen, die nicht explizit die Öffentlichkeit des Verfahrens vorsehen, sind nichtig. Einfachgesetzlicher Maßstab ist insofern § 1030 III ZPO, der gem. § 173 1 VwGO auch in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten anwendbar ist. § 1030 III ZPO sieht vor, dass 'gesetzliche Vorschriften außerhalb des 10. Buches der ZPO, nach denen Streitigkeiten einem schiedsrichterlichen Verfahren nicht unterworfen werden dürfen', die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes ausschließen. Ist ein Streitgegenstand nicht schiedsfähig, ist die entsprechende Schiedsvereinbarung nichtig und nicht heilbar. Als 'gesetzliche Vorschriften außerhalb des 10. Buches der ZPO, nach denen Streitigkeiten einem schiedsrichterlichen Verfahren nicht unterworfen werden dürfen', müssen auch und gerade verfassungsrechtliche Vorschriften gelten.“¹¹⁶

6. Zwischenfazit

Eine genauere Betrachtung der rechtlich verankerten Herrschafts- und Einflussverhältnisse im BWB-Konzern zeichnet ein anderes Bild als der Mehrheitsbeschluss der Koalitionsfraktionen im Sonderausschuss „Wasserverträge“: Es bestehen nach allem außerordentliche Zweifel daran, dass die „Konstruktion“ der Teilprivatisierung der BWB mittels gesetzgebender Steuerung einerseits und privatautonom ausgehandelter vertraglicher Regulierung andererseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit genügen.

Das betrifft

- das hinreichende Niveau demokratischer Kontrolle über die Aufgabenerfüllung der BWB AöR durch die Eingliederung in den privatrechtlichen BWB-Konzern bei Einbeziehung der vertraglichen Grundlagen der Teilprivatisierung – Umgestaltung der AöR zu einer abhängigen Kapitalgesellschaft im Gewand des öffentlichen Rechts mit kondominialer Leitungsstruktur,
- das hinreichende Niveau „effektiver“, also wirksamer, gesetzlicher Vorkehrungen, die verhindern, dass einzelne Interessen (hier die der privaten Anteilseigner) gegenüber den Interessen der Allgemeinheit in der Aufgabenerfüllung durch die Anstalt bevorzugt werden können,
- die mangelnde demokratische Legitimation des Vorstands der BWB AöR bei der Entscheidung über wichtige Fragen der Erfüllung des im BerlBG gesetzlich und in der Satzung der BWB fixierten BWB-Amtsauftrags – gemessen an den Anforderungen des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin in seinem Urteil vom 21. Oktober 1999,

¹¹⁶ Wolff, a.a.O., S. 208. Dagegen ohne Begründung WPD, Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 14 f.

- die Verschleierung der tatsächlichen Entscheidungsstrukturen im BWB-Konzern durch umfangreiche, komplexe und teilweise widersprüchliche Regelungen sowie die Umgehung der gesetzlich vorgezeichneten Teilprivatisierungskonstruktion durch konsortialvertragliche Übertragung der unternehmerischen Führung auf die privaten Minderheitsanteilseigner an den BWB, wodurch sich Exekutive und Parlament den Bindungen aus Art. 20 Abs. 3 GG entzogen haben,
- die Geheimhaltung vertraglicher Vorschriften, die wie eine „Schattenverfassung“ das öffentlich verhandelte und beschlossene Parlamentsgesetz „modifiziert“ und abändert, wodurch vor den Augen der Öffentlichkeit ein Zerrbild der tatsächlichen Einflussmöglichkeiten und Herrschaftsstrukturen in der mittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnenden Anstalt BWB gezeichnet wird,
- die unzulässige Einschränkung und Behinderung des parlamentarischen Kontrollrechts über das exekutive Handeln durch Konstituierung eines geheimen Schiedsverfahrens.

Abschließende Feststellungen zu diesen Fragen sind dem Landesverfassungsgericht vorbehalten. Die Fraktion DIE LINKE hätte im Sonderausschuss die Klärung der Frage für fruchtbar gehalten, inwieweit – angesichts der engen Verflechtungen zweier unterschiedlicher Regulierungsregime in einem „Regulierungspaket“ – eine erneute Normenkontrollklage vor dem Verfassungsgerichtshof mit o. a. Argumenten und einem dementsprechend ausgeweiteten Verfahrensgegenstand¹¹⁷ möglich ist. Dieser Klärung stand die Koalitionsmehrheit entgegen.

Ebenfalls zu klären wäre gewesen, welche Auswirkungen der Verstoß des Landes Berlin beim Abschluss der Verträge gegen das Demokratieprinzip auf die zivilrechtliche Wirksamkeit der Verträge zwischen dem Land Berlin und den privaten Anteilseignern (jetzt: dem privaten Anteilseigner Veolia) hat. Hier ist besonders von Bedeutung, inwieweit solche Verstöße nach §§ 134, 138, 139 BGB zur Vertragsnichtigkeit führen können.¹¹⁸ Es obliegt Zivilgerichten, diese Frage abschließend zu beantworten – klagebefugt ist der Senat in Vertretung des Landes Berlin als Vertragspartner des privaten Konsortiums. Koalition wie Senat sind ganz offensichtlich nicht bereit, es darauf ankommen zu lassen.

Schließlich ist zwar einzuräumen, dass die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge, selbst wenn sie wegen § 139 BWB das gesamte Vertragswerk erfassen würde, nicht automatisch zu einer kostengünstigen Rückabwicklung führen muss. Denn eine „einfache“ Rückabwicklung scheidet aus. Es gelten die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, die zu einem Sonderkündigungsrecht und einer Auseinandersetzung entlang der Interessen der Vertragspartner führen würde, deren Ergebnis abstrakt schwer zu bestimmen ist.¹¹⁹ Auch das wurde jedoch im Sonderausschuss „Wasserverträge“ nicht weiter vertieft, sondern lediglich konzidiert, dass die ganze Sache zeitaufwendig sein würde und auch Geld kosten würde.

¹¹⁷ Widersprüchlich, aber im Ergebnis dagegen: WPD-Gutachten Öffentliche Kontrolle, S. 12 ff.

¹¹⁸ Die Wirkung des Verstoßes gegen Verfassungsnormen auf Vereinbarungen des Staates mit dritten, nichtstaatlichen Akteuren – quasi im privatautonomen „Staat-Bürger-Verhältnis“ – ist äußerst umstritten. Anerkannt ist freilich, dass der Staat sich durch Wahl privatrechtlicher Gestaltungsformen nicht seiner Grundrechtsbindung, der Beachtung des Gleichheitssatzes und des rechtstaatlichen Übermaßverbots entziehen darf. Vgl. insoweit Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 308 ff.; BGHZ 155, 166, 168 f. Für das übrige Verfassungsrecht, resp. die Staatsorganisationsnormen, harret hier vieles noch der Klärung; vgl. Wolff, Parlamentarisches Budgetrecht und Wirksamkeit zivilrechtlicher Verträge, NJW 2012, S. 812, 815 f.

¹¹⁹ Darüber herrschte im Wesentlichen Einvernehmen unter den Anzuhörenden Sydow, Prof. Dr. Keßler und Prof. Dr. Musil, vgl. Wortprotokolle 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 22, 17/9 vom 8. Juni 2012, S. 34, und 17/10 vom 24. August 2012, S. 10.

Bedeutung hat das Ganze deshalb, weil es nicht nur darum geht, einen „Blick zurück zu werfen“ oder die Fehlentscheidungen der schwarz-roten Koalition von 1999 aufzuarbeiten. Es geht vielmehr gerade um die Frage, wie Berlin seine öffentlich-rechtlichen Anstalten zukünftig organisieren will und ob dabei auch die Erfahrungen mit der misslungenen Teilprivatisierung der BWB und ihrer Eingliederung in einen privatrechtlichen Konzern Berücksichtigung finden.

Bislang scheint das nicht der Fall zu sein. Mit dem Eintritt Berlins in die Rechte und Pflichten von RWE im zurückliegenden Jahr – durch den Rückkauf der RWE-Anteile – ist jedenfalls an der rechtlichen Konstruktion der teilprivatisierten Wasserverträge nichts grundsätzlich geändert worden.

II. Wirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages, der Grundlage der „Raub- und Beutegemeinschaft“ zwischen Land Berlin und den Privatinvestoren

Zentrale Stellschraube für die Gewinne der BWB ist – neben weiteren betriebswirtschaftlichen Parametern (z. B. Bildung von Sonderposten, Abschreibungszeitraum und -methode) – die Verzinsung des „betriebsnotwendigen Kapitals“ (BNK) der Anstalt. Je höher das BNK verzinst wird, desto höher wird der Anteil der kalkulatorischen Kosten am Wasserpreis – und desto höher fallen die Gewinnausschüttungen aus. Mit der Teilprivatisierung der BWB ging auch eine Änderung der Tarifikalkulationsvorschriften für die Berliner Wasserbetriebe einher, die beiden Anteilseignern eine deutliche Erhöhung der Gewinne ermöglichen sollte. Dazu wurde im TPrG (heute BerlGB) 1999 ein Kalkulationsmechanismus etabliert, der die Ausweitung des kalkulatorischen Anteils ermöglichte.¹²⁰

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Urteil vom 21. Oktober 1999 diesen Mechanismus für verfassungswidrig erklärt, womit die Realisierung der erwarteten Gewinnmargen nicht mehr möglich war.¹²¹ Auch für diesen Fall hatten das Land Berlin und das Konsortium allerdings vertragliche Vorsorge getroffen:

Konsortialvertraglicher Dreh- und Angelpunkt zur Bildung der „Raub- und Beutegemeinschaft“ zwischen dem Land Berlin und den privaten Investoren ist § 23.7. Dabei handelt es sich um eine Nachteilsausgleichsregelung zugunsten der privaten Investoren, die seit 1999 existiert und die Privaten in ihren Gewinnerwartungen gegen eine Änderung der landesrechtlichen Tarifikalkulationsvorschriften oder vor einer Nichtigerklärung durch den Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin absichert. Das Land verpflichtete sich für diesen Fall, „wirtschaftliche Nachteile (...) in vollem Umfang auszugleichen“, nämlich durch die Schaffung verfassungskonformer Tarifikalkulationsvorschriften, hilfsweise durch Ausgleich aus den Gewinnen, die dem Land Berlin zustehen würden („disproportionale Gewinnverteilung“) oder aus dem Landeshaushalt. Problematisch wurde das jedoch erst, als Ende 2003 die nach § 3 Abs. 5 TPrG angeordnete Frist auslief, die Preiserhöhungen zunächst ausschloss.

Parlament und Regierung sahen sich nunmehr 2002/2003 – unter dem Druck drohender Inanspruchnahme des Landes Berlin aus § 23.7 Konsortialvertrag – veranlasst, eine Gesetzesände-

¹²⁰ Zum Ganzen: Bechtolsheim/Abend, Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, LKV 2000, S. 337 ff., Laskowski, a.a.O., S. 822 ff., Lederer, a.a.O., ZöGU 2012, S. 455 ff.; Schmehl, a.a.O., S. 233, 235 f.; Schwintowski, Anmerkung zu BerlVerfGH 42/99, Urteil vom 21. Oktober 1999, ZNER 2001, S. 254, Wolfers, Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform: Modellfall Berliner Wasserbetriebe, NVwZ 2000, S. 765, 766 f.; vgl. ferner Hecker, a.a.O., S. 284 ff.

¹²¹ Insoweit zustimmend wohl Bechtolsheim/Abend, Schmehl, Schwintowski; kritisch dagegen Hecker und Wolfers – jeweils unter den in vorstehender Fußnote angegebenen Quellen.

rung auf den Weg zu bringen und eine Nachverhandlung der Verträge in Angriff zu nehmen. Dabei wurden die Kalkulationsvorschriften¹²² wieder so gefasst, dass die ursprünglichen Gewinnerwartungen – vor der Teilnichtigkeitsklärung – nun doch erneut aus den Wasserpreiseinnahmen der BWB realisiert werden können. Dabei wurde nicht nur im Parlament erbittert gestritten.¹²³ Es wurde darüber hinaus in intensiven Diskussionen über die Spielräume und Grenzen des öffentlichen Gebührenrechts diskutiert,¹²⁴ um das Risiko einer neuerlichen Verfassungswidrigkeit auszuschließen.

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin hat die neue Lösung für die Kalkulationsvorschriften der BWB in zwei Beschlüssen¹²⁵ zu Verfassungsbeschwerden gebilligt. Die Neuregelung sei letztlich verfassungskonform, weil dem Gesetzgeber bei der Festsetzung der Tarife ein weiter Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum zukomme und die Grundsätze der Gleichbehandlung und Äquivalenz eingehalten worden seien.

Die Fraktion DIE LINKE hat die Privatisierung der BWB immer abgelehnt. In der Vereinbarung des § 23.7 des Konsortialvertrags sieht sie aber darüber hinausgehend einen der zentralen politischen Konstruktionsfehler bei der BWB-Teilprivatisierung. Das Land Berlin ist mit diesem Vertragsschluss für die Gewinnerwartungen privater Investoren in die unmittelbare Haftung eingetreten: Entweder, die öffentlich-rechtlichen Sonderrechte werden in Anschlag gebracht, um höhere Gewinne der Anteilseigner zu ermöglichen, oder das finanzschwache Land Berlin ist gezwungen, zu Lasten wichtiger anderer öffentlicher Aufgaben die Renditeerwartungen mittelbar oder unmittelbar aus dem Landeshaushalt zu erfüllen. Das Land macht sich also beim Erlass seiner Rechtsvorgaben für die BWB-Tarifikalkulation vertraglich abhängig von renditeorientierten multinationalen Konzernen. Es hat sich also eines wesentlichen Steuerungsspielraums bei der Erbringung der öffentlichen Aufgabe der Wasserver- und Abwasserentsorgung begeben.

Nach der Teilprivatisierung und auf Grundlage der Tarifikalkulationsvorschriften, die mit und infolge der Teilprivatisierung eingeführt worden sind, ist der Wasserpreis (inklusive Abwasserpreis) – genau wie die Gewinnabführungen an das Land Berlin und das Konsortium aus RWE und Veolia – erheblich gestiegen. Sie liegen inzwischen deutlich über dem Durchschnitt anderer vergleichbarer Ver- und Entsorgungsgebiete der Siedlungswasserwirtschaft. Selbstverständlich kann das Land Druck machen, um eine Nachverhandlung der preistreibenden Regeln des Vertragswerks mit den privaten Anteilseignern (jetzt nur noch Veolia) zu erreichen. Durch § 23.7 Konsortialvertrag sind nun allerdings seit 1999 die Verhandlungsgewichte ganz klar markiert. Die Verhandlungsposition ist hierfür natürlich insbesondere dann schwach, wenn der Senat sich selbst seiner Verhandlungslinie nicht sicher ist und Zweifel sät, ob er sich hier eher zur Vertretung der Interessen der Berlinerinnen und Berliner oder eher zur Vertretung der (Gewinn-)Interessen der privaten Anteilseigner (und damit auch des Landes Berlin) berufen sieht.¹²⁶ Es kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass durch § 23.7 Konsortialvertrag die (fiskalischen) Interessen des Landes und die Gewinninteressen vertraglich ver-

¹²² Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 17. Mai 1999, GVBl. 1999, S. 183, neu gefasst durch Gesetz vom 11. Dezember 2003, GVBl. 2003, S. 591.

¹²³ Laskowski, a.a.O., S. 827.

¹²⁴ Vgl. hierzu nur die Übersicht bei Ziegler, Juristische Skizze vom 21. April 2011, S. 4.

¹²⁵ Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin vom 14. Juli 2010, VerfGH 29/07 und 39/09.

¹²⁶ Hier ist – neben vielen anderen ähnlich gerichteten Äußerungen aus den Reihen der Koalition – insbesondere das „Heilmann-Memorandum“ des Verbraucherschutzsenators zu erwähnen. In diesem, der Presse offenbar aus Koalitionskreisen zugespielten, Papier hat immerhin ein Senatsmitglied ganz deutliche Bereitschaft offenbart, den Interessen des verbleibenden privaten Verhandlungspartners Veolia bei zukünftigen Verhandlungen über die Rechtsbeziehungen der Anteilseigner sehr verständnisvoll zu begegnen. Hierzu auch die Debatte im Sonderausschuss, Wortprotokoll 17/12 vom 21. September 2012, S. 4 ff.

bunden worden sind – zu Lasten einer Preispolitik Berlins im Interesse der Berlinerinnen und Berliner, zu Lasten niedriger Wasserpreise.

In der Diskussion wird verschiedentlich die Nichtigkeit des § 23.7 Konsortialvertrag behauptet. Entschieden werden könnte darüber nur in einem zivilgerichtlichen Verfahren (unterstellt, die Schiedsklausel und das Schiedsverfahren des Konsortialvertrages sind – wie von der Fraktion DIE LINKE behauptet¹²⁷ – nichtig), beispielsweise nach Erfüllungsverweigerung durch den Senat. Der Senat ist dazu erklärmaßen nicht bereit. Nichtsdestotrotz stellen wir kurz da, welche Argumente für die Nichtigkeit des § 23.7 Konsortialvertrages herangezogen werden. Auch hier scheiterte eine vertiefte Klärung an der mangelnden Bereitschaft der Koalition, eine ernsthafte, systematische Analyse der Privatisierungsnormen im Sonderausschuss „Wasserverträge“ zuzulassen und zu befördern.

1. Strittig: Nichtigkeit aufgrund der Verletzung von Art. 20 Abs. 3 GG

Aufgrund der faktischen „Fesselung“ des Landes Berlin bei der Gewinnrealisierung im Verhältnis zu den Investoren wird vertreten, es handele sich um ein „Overruling“ von Legislative und Jurisdiktion. Denn durch die Nachteilsausgleichsregelung laufe die verfassungsgerichtliche Nichtigkeitsklärung des ursprünglichen Tarifikalkulationsmechanismus sozusagen leer:

„Dies sollte nach § 23 Abs. 7 Konsortialvertrag offenbar selbst für den Fall gelten, dass der *BerlVerfGH* die offene Frage im Hinblick auf die Gemeinwohlbindung der Aufgabenerfüllung richtigerweise verneint hätte. Wie auch immer: § 23.7 Konsortialvertrag verstößt gegen § 3 Abs. 4 BerlTPrG a.F. und ist insoweit gemäß § 134 BGB als nichtig zu betrachten. Zwar steht es Vertragspartnern im Rahmen der Privatautonomie prinzipiell frei, auch nichtige, d.h. zivilrechtlich nicht durchsetzbare Vertragsabsprachen freiwillig zu erfüllen. Handelt es sich bei einem der Vertragspartner aber wie hier um einen dem Gemeinwohl verpflichteten Hoheitsträger, so treten Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG – die Bindung an Gesetz und Recht – in den Vordergrund.“¹²⁸

Dem wird entgegengehalten, dass die Tarifikalkulationsvorschriften vom Berliner Verfassungsgerichtshof gebilligt worden seien. Das Land Berlin wäre also verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht gehindert, auch ohne eine Teilprivatisierung der BWB Wasserpreise in nunmehr geltender Weise zu kalkulieren und zu erheben. Und es kann die Kalkulationsvorschriften zu Lasten der Gewinne verändern – freilich um den Preis des Nachteilsausgleichs zu Lasten des eigenen Budgets. Jedenfalls sei das Land „von Verfassungs wegen grundsätzlich nicht gehindert, ein für das Land Berlin ggf. nachteiliges Rechtsgeschäft abzuschließen.“¹²⁹ Bezüglich der hiermit eng verbundenen Grundfrage, ob der Senat sich durch privatrechtliche Verträge mit Investoren der durch das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gezogenen Grenzen entziehen darf, haben wir in diesem Sondervotum unsere Position klar und eindeutig beschrieben.

¹²⁷ Dazu schon oben, unter I. 5. c).

¹²⁸ Laskowski, a.a.O., S. 826.

¹²⁹ WPD-Gutachten Öffentliche Kontrolle, S. 18.

2. Strittig: Verletzung des parlamentarischen Budgetrechts

§ 23.7 des Konsortialvertrages wird ferner als Gewährung einer „Garantie oder sonstigen Gewährleistung“ i. S. v. Art. 87 Abs. 1 VvB i. V. m. § 39 Abs. 1 LHO betrachtet.¹³⁰ Hierzu wird angeführt, dass die Verpflichtung Berlins, die durch eine Änderung landesgesetzlicher Vorschriften oder eine Nichtigerklärung des Gesetzes entstehenden wirtschaftlichen Nachteile „in vollem Umfang auszugleichen“, als Gewinngarantie in den schützenswerten Bereich des parlamentarischen Budgetrechts falle, da in der Gewinnrealisierung der Hauptzweck des Vertrages bestünde. Dafür bestehe aber keine gesetzliche Grundlage:

„Die in Art. 87 I VvB geforderte gesetzliche Grundlage wurde nie geschaffen. Die Verabschiedung von Gesetzen betreffend die Teilprivatisierung als solche genügt nicht den Anforderungen der Verfassungsnorm. Insoweit bedarf es nämlich einer ausdrücklichen und gesetzlichen Ermächtigung durch den Gesetzgeber gerade in Bezug auf die Sicherheitsleistung. Die bloße Billigung im Haushaltsplan stellt ebenso wenig eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung im Sinne von Art. 87 I VvB dar wie die Zustimmung des Abgeordnetenhauses von Berlin zu den Verträgen mit den privaten Investoren.“¹³¹

Im Sonderausschuss vertraten die Anzuhörenden, wie der Ausschussbericht zutreffend feststellt, hierzu die gesamte Bandbreite denkbarer Positionen. Eine abschließende Klärung erschien vor diesem Hintergrund als schwierig.

Für die Fraktion DIE LINKE im Abgeordnetenhaus steht fest, dass die 1999er Teilprivatisierung der BWB das (freilich so gut wie möglich kaschierte) Ziel verfolgte, gegen Zahlung eines Kaufpreises von 3,4 Mrd. DM (brutto) die über 30 Jahre vereinbarte *großzügige Gewinnerzielung in den BWB zu ermöglichen und abzusichern*¹³² und zu diesem Zweck den privaten Anteilseignern die unternehmerische Führung über die BWB einzuräumen. Dass § 23.7 des Konsortialvertrages in diesem Zusammenhang ein (haushaltsrelevantes) rechtliches Sicherungsmittel zugunsten der privaten Investoren darstellt, kann kaum bestritten werden. Es gab Geld gegen Renditesicherheit. § 23.7 des Konsortialvertrages diene mithin gerade auch dem Zweck, die Gewinne zu garantieren. Die Norm konstituierte und sicherte insoweit eine Hauptpflicht des Landes Berlin gegenüber den privaten Investoren,¹³³ unter Einsatz all seiner denkbaren Steuerungsmittel und – angesichts der privatrechtlichen Ungebundenheit des Gesetz- und Verordnungsgebers bei der Festlegung der BWB-Tarifkalkulationsvorschriften – ggfls. auch aus dem Landeshaushalt hierfür einzustehen. Diese Funktion und Wirkung des § 23.7 des Konsortialvertrages war auch allen am Geschäft beteiligten Seiten vollkommen bewusst – genauso wie die Vertraulichkeit des Konsortialvertrages dem Zweck diene, das vor der Öffentlichkeit zu verbergen.

Wenn der WPD dagegen einwendet, es gehe lediglich um einen Teilbereich eines umfangreichen Vertragswerks, dessen Ziel und Zweck darin gelegen habe, die Berliner Wasserversorgung zu Teilen zu privatisieren und rechtlich neu einzubinden,¹³⁴ so ist das sicherlich unbestritten. Das steht nun aber der Annahme, § 23.7 des Konsortialvertrages diene der Absicherung einer Hauptpflicht Berlins, nämlich die lohnende Refinanzierung des gezahlten Kaufpreises – zweifelsohne eine vertragliche Hauptpflicht von RWE und Veolia – durch eine ent-

¹³⁰ Vgl. Leitfaden AKJ, S. 17-23.

¹³¹ Leitfaden AKJ, S. 22 f.

¹³² Lederer, ZögU 2012, a.a.O., S. 444 ff., 456 f.

¹³³ So auch Prof. Dr. Musil, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 5.

¹³⁴ WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 6.

sprechend hohe Rendite, überhaupt nicht entgegen. Denn dass die Zahlung des Kaufpreises durch die Investoren an Berlin eine Hauptpflicht sein sollte, die entsprechende Komplementärpflicht Berlins gegenüber RWE und Veolia dagegen nicht – das kann niemand wirklich sachlich begründen.

3. Zwischenfazit

Wenn es schließlich im Abschlussbericht des Sonderausschusses „Wasserverträge“ diesbezüglich heißt,

„Der Ausschuss zeigte sich in seiner Mehrheit von der Rechtsauffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes überzeugt“,

dann kann diese Stellungnahme schwerlich auf entsprechende Feststellungen des Sonderausschusses gestützt werden. Auch hier manifestierte sich das Desinteresse der Koalitionsmehrheit im Ausschuss, die rechtlichen Problemstellungen herauszuarbeiten und sich vertiefende Expertise zu verschaffen, um die Auswirkungen der 1999er Teilprivatisierungsverträge rechtlich und politisch fundiert zu beleuchten.

Hierzu wären eine Reihe von rechtlich äußerst strittigen „Unterfragen“ intensiver zu thematisieren, als es die Fraktion DIE LINKE mit ihren begrenzten Ressourcen vermag – so zum rechtlichen „Charakter“ des § 23.7 des Konsortialvertrages, zu den Auswirkungen einer (unterstellten) Verletzung des Budgetrechts auf die Verträge zwischen Berlin und den Privatinvestoren,¹³⁵ zur Frage, ob daraus die Nichtigkeit gemäß §§ 134, 138 BGB resultieren kann¹³⁶ und ob eine solche Nichtigkeit des § 23.7 Konsortialvertrag gemäß § 139 BGB die Gesamtnichtigkeit des Vertragskonvoluts zur Folge hätte oder nicht.¹³⁷

Dass das Land Berlin und die privaten Anteilseigner 1999 „angesichts der diffizilen Rechtslage“ nicht gewusst haben sollen, was sie taten, wie es der WPD in seinem Gutachten¹³⁸ ausführt, hat allerdings mit der tatsächlichen Genese der Teilprivatisierung 1999 nichts zu tun. Senat und Investoren haben § 23.7 des Konsortialvertrages im völligen Bewusstsein um die tatsächlichen Folgen, Bindungen und Zwecke – Absicherung der kommerziellen Interessen von RWE und Veolia, ggf. zu Lasten des Landeshaushalts – zum Vertragsbestandteil gemacht. Eine von den Beteiligten – mit Konstruktion des BWB-Konzerns – bewusst selbst geschaffene äußerst „diffizile Rechtslage“ kann doch schwerlich ins Feld geführt werden, um später die Beteiligten von den Rechtsfolgen ihres eigenen Tuns freizustellen.

Abschließend könnte eine solche Klärung nur im zivilgerichtlichen Verfahren – beispielsweise auf Veranlassung des Senats als Vertragspartner – erfolgen, in dem über die Nichtigkeit von Anspruchsgrundlagen entschieden würde. Das Land müsste sich allerdings in einem solchen Zivilgerichtsverfahren gegebenenfalls den Vorwurf gefallen lassen, die gesetzeswidrige Regelung selbst mit vereinbart zu haben.¹³⁹

¹³⁵ Mit beachtlichen Argumenten dafür Wolff, Parlamentarisches Budgetrecht und Wirksamkeit zivilrechtlicher Verträge, NJW 2012, S. 812 ff.

¹³⁶ Ganz klar dafür beispielsweise Prof. Dr. Keßler, Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 18; aufschlussreich, aber bisher durch die Rechtsprechung (noch?) nicht bestätigt auch der Ansatz vom Wolff, a.a.O., NJW 2012, S. 812.

¹³⁷ Zu den Argumenten im Wesentlichen Leitfaden AKJ, a.a.O., sowie WPD-Gutachten zum Leitfaden, a.a.O. Die Anhörung der Sachverständigen im Ausschuss hat insoweit keine weitere Erhellung gebracht.

¹³⁸ WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 11.

¹³⁹ Ziegler, a.a.O., S. 6.

Zu einer solchen Klärung ist der Senat gegenwärtig allerdings nicht bereit – und zwar ohne jede Einschränkung, völlig ungeachtet substanzieller Feststellungen im Sonderausschuss „Wasserverträge“ oder anderen Orts:

„Auch wenn die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe im Ergebnis heute politisch anders bewertet werden mag und teilweise kritischer als zur Zeit des Vertragsabschlusses gesehen wird, betrachtet der Senat den Konsortialvertrag einschließlich der angesprochenen Bestimmungen als wirksam. § 23.7 des Vertrages enthält eine Regelung über den Ausgleich von möglichen Nachteilen durch Nichtigerklärung von Bestimmungen zur Tarifikalkulation und ist vor dem Hintergrund der bei Vertragsabschluss von den Parteien zugrunde gelegten Situation zu erklären. § 44.2 des Konsortialvertrages sieht als nicht unüblichen Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien, bei denen auch nach ernsthaftem und nachhaltigem Bemühen keine gütliche Einigung möglich sein sollte, die Entscheidung durch ein Schiedsgericht vor.

Das Land Berlin hält die sich aus dem Konsortialvertrag ergebenden Verpflichtungen für wirksam und es verhält sich vertragstreu. Die Unwirksamkeit von Regelungen des Konsortialvertrages ist bisher weder geltend gemacht worden noch besteht die Absicht, dies zu tun.“¹⁴⁰

Angesichts der Interessenverteilung zwischen Land Berlin und Investoren erforderte das nicht einmal ein selbstständiges gerichtliches Tätigwerden. Es genügte ein souveränes autonomes Handeln des Senats mit dem Ziel, die Tarifikalkulationsvorschriften zu ändern und die überhöhten kalkulatorischen Preisbestandteile abzuschaffen.¹⁴¹ Veolia als verbliebener Anteilseigner müsste dann klagen, um den Nachteilsausgleich gemäß § 23.7 des Konsortialvertrages geltend zu machen. Das Gericht müsste im Rahmen einer solchen Klage, wenn Berlin die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Entscheidung über diese Frage bestreiten würde, auch über die Legitimität der Schiedsklausel und des § 23.7, einschließlich seiner Wirkung auf das Gesamtkonstrukt, mitentscheiden. In jedem Fall entstünde aber der Druck, auch die Beteiligung von Veolia am BWB-Konzern aufzulösen. Der Anzuhörende Prof. Dr. Musil hat sich dazu im Sonderausschuss wie folgt geäußert:

„Es müsste vor dem zuständigen einfachen Gericht gefragt werden – wo jetzt noch gestritten wird, welches das ist, das ordentliche Gericht oder das Verwaltungsgericht, was meines Erachtens in der Frage aber egal ist; eines von beiden ist es, und meines Erachtens ist es das Zivilgericht, aber das ist für das Ergebnis nicht entscheidend –, ob man die Nichtigkeit geltend machen kann. Für mich als Juristen würde eher naheliegen, dass man dem Vertragspartner einfach sagt: Ich erfülle nicht –, und der muss klagen. Das wäre eigentlich die näherliegende Situation (...).“¹⁴²

Das Parlament kann ein solches Verhalten des Senats rechtlich aber nicht erzwingen. Es ist im Verhältnis zum Senat auf die Steuerung durch Gesetz und die Wahrnehmung seiner Kontrollbefugnisse über das exekutive und Regierungshandeln beschränkt, wie der WPD zutreffend feststellt:

„Abschluss und Anfechtung von Verträgen fallen in den Verantwortungsbereich der Exekutive. Diese wird gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VvB vom Senat und der Verwal-

¹⁴⁰ Antwort des Senats vom 4. Juni 2012 auf die Kleine Anfrage des Abg. Claus-Brunner, Drs. 17/10156.

¹⁴¹ Vgl. hierzu noch ausführlicher unten, IV. 3.

¹⁴² Prof. Dr. Musil, Wortprotokoll 17/10 vom 24. August 2012, S. 7.

tung ausgeübt. Die Erteilung von Weisungen zum Umgang mit Verträgen wäre ein Eingriff in die verfassungsrechtlichen Kompetenzen der Exekutive und unvereinbar mit dem Gewaltenteilungsprinzip gemäß Art. 3 Abs. 1 VvB. In Bezug auf das Handeln der Exekutive durch Verträge besteht also keine verfassungsrechtlich begründete Weisungsbefugnis des Abgeordnetenhauses, die im Organstreitverfahren gemäß Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 VvB geltend gemacht werden könnte. Zwar hat das Parlament die Aufgabe, die Tätigkeit der Exekutive zu kontrollieren und dabei auch über die Beachtung des parlamentarischen Budgetrechts zu wachen. Hieraus lässt sich jedoch nicht die Kompetenz herleiten, die Exekutive verbindlich zu einem bestimmten Verhalten in Bezug auf einzelne Verträge anzuweisen.“¹⁴³

Das Parlament ist deshalb auf die politische Auseinandersetzung verwiesen. Diese Auseinandersetzung schließt auch die Beantwortung der Frage ein, ob „Appeasement“-Politik des Senats gegenüber den privaten Anteilseignern die richtige politische Lehre aus der 1999 erfolgten Teilprivatisierung darstellt, wie sie sich nach Offenlegung der Verträge im Jahr 2010, und dem Erfolg des Wasservolksentscheids im Jahr 2011 und der vom Bundeskartellamt festgestellten Preissenkungserfordernis heute darstellt.

4. Zweifel bezüglich Zulässigkeit und Rechtsfolge eines Organstreitverfahrens

Im Zusammenhang mit dem Nichtigkeitsverdict über § 23.7 des Konsortialvertrages aufgrund einer angenommenen Budgetrechtsverletzung wird auch die Forderung erhoben, mittels eines Organstreitverfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin gemäß Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 VvB i. V. m. §§ 14 Nr. 1, 36 ff. VerfGHG diese behauptete Rechtsverletzung geltend zu machen.¹⁴⁴ Die Fraktion DIE LINKE im Abgeordnetenhaus ist hinsichtlich eines solchen Schritts skeptisch, und zwar aus Gründen, die nicht in der rechtlichen oder politischen Bewertung von § 23.7 Konsortialvertrag liegen. Die Gründe für unsere Skepsis sind vielmehr ausschließlich formaler und prozessrechtlicher Natur. Sie betreffen die Frage des geeigneten Streitgegenstands sowie die Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des empfohlenen Organstreitverfahrens:

a) Zweifel an der Zulässigkeit des Streitgegenstands

Wie bereits festgestellt, kann das Parlament – bzw. eine Fraktion in Prozessstandschaft für das Parlament – den Senat nicht zum Abschluss, zur Kündigung oder Anfechtung von Verträgen veranlassen. Soweit es um die Geltendmachung einer Budgetrechtsverletzung geht, wäre das Parlament folglich auf das Begehren der Feststellung zurückgeworfen, der Senat habe sein Budgetrecht verletzt.

Der AKJ sieht „das *Unterlassen eines (ggf. gerichtlichen) Vorgehens gegen den Vertrag* durch den Senat von Berlin“¹⁴⁵ als mögliche Budgetrechtsverletzung an. Die Budgetrechtsverletzung kann hier aber nur *im Handeln des Senats von Berlin* liegen, nämlich im Abschluss der beanstandeten Verträge. Das nämlich war der Akt, der § 23.7 des Konsortialvertrages zustande gebracht hat. Hierin – und nicht in der *Nicht-Anfechtung* oder *Kündigung* der Verträge – kann damit ein Verhalten des Senats gesehen werden, das Parlamentsrechte zu verletzen im Stande ist.

¹⁴³ WPD-Gutachten zum Leitfaden AKJ, S. 15 f.

¹⁴⁴ Leitfaden AKJ, S. 29-35.

¹⁴⁵ Leitfaden AKJ, S. 30.

Zwar kann Gegenstand eines Organstreitverfahrens prinzipiell auch ein Unterlassen sein, § 37 Abs. 2 VerfGHG. Die Geltendmachung einer Rechtsverletzung im Organstreitverfahren ist allerdings fristgebunden, § 37 Abs. 3 VerfGHG. Innerhalb der 6-Monats-Frist nach *Abschluss der Verträge* hat das Abgeordnetenhaus vor dem Landesverfassungsgericht keine Verletzung seiner Budgethoheit geltend gemacht. Es erscheint als problematisch und überzeugt nicht, wenn nun – gewissermaßen in der Umgehung der Frist – der *unterlassene actus contrarius zum Vertragsschluss* (also die „Nicht-Rückgängigmachung“ der behaupteten Budgetrechtsverletzung) zur Budgetrechtsverletzung selbst erklärt wird. Das ist nicht schlüssig, sondern wirkt konstruiert. Es sind ferner keine vergleichbaren Fälle bekannt, in denen Verfassungsgerichte bereit waren, aus Budgetrechtsverletzungen Anfechtungs- oder Kündigungsverpflichtungen für die Exekutive abzuleiten – aus nachvollziehbaren Überlegungen bezüglich des Grundsatzes der Gewaltenteilung.

Die vom *Arbeitskreis unabhängiger Juristen* begehrte Feststellung, durch die Nicht-Anfechtung der Verträge würde die Budgethoheit des Parlaments verletzt, läuft infolge dessen letztlich – unter Umgehung der Frist aus § 37 Abs. 3 VerfGHG – auf die – gegen das Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 3 Abs. 1 VvB verstoßende¹⁴⁶ – Feststellung hinaus, *der Senat hätte handeln müssen*, wodurch indirekt eine Handlungspflicht des Senats konstruiert würde, die das Parlament auch aus seiner Budgethoheit nicht abzuleiten vermag. Denn handeln könnte nur der Senat selbst – und dieses Handeln zu fordern, steht dem Parlament wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung, wie ausgeführt, nicht zu. Es bestehen insoweit schon Zweifel, ob das vom *Arbeitskreis unabhängiger Juristen* geforderte Begehren überhaupt ein tauglicher Gegenstand eines Organstreitverfahrens gemäß Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 VvB i. V. m. §§ 14 Nr. 1, 36 ff. VerfGHG sein kann.

b) Zulässigkeit: Antragsfrist ist abgelaufen

Zu der Problematik des Streitgegenstandes tritt eine weitere formale Hürde, wenn es um die Frage der Bestimmung des Beginns der Antragsfrist geht. Der *Arbeitskreis unabhängiger Juristen* formuliert zur Frage des Fristbeginns zutreffend wie folgt:

„Betrifft der Organstreit, wie vorliegend, ein Unterlassen des Antragsgegners, wird die Frist des § 37 IIII VerfGHG spätestens dann in Lauf gesetzt, wenn sich der Antragsgegner unmissverständlich und eindeutig weigert, in der Weise zu handeln, die der Antragsteller für erforderlich hält, um seine verfassungsmäßigen Rechte zu wahren. Greift der Antragsteller im Schwerpunkt ein Unterlassen anlässlich einer an sich positiven Maßnahme an, beginnt die Frist mit der unterlassenen Maßnahme. Vorher kann das Unterlassen dem Antragsteller nicht bekannt gewesen sein. Betrifft der Antrag ein fortdauerndes Unterlassen, wird die Frist spätestens dadurch in Lauf gesetzt, dass sich der Antragsgegner erkennbar eindeutig weigert, in der ihm angesonnenen und aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnis resultierenden und ihm zumutbaren Weise tätig zu werden.“¹⁴⁷

Wann beginnt die 6-Monats-Frist zu laufen, wenn das beanstandete „Unterlassen des Senats“, das das Budgetrecht verletzt haben soll, eigentlich in einem Handeln, dem Vertragsabschluss – nämlich der Vereinbarung von § 23.7 des Konsortialvertrages im Jahr 1999 – besteht? Das ist schwer zu sagen. Darüber ist in Debatten im Umfeld der Ausschussarbeit viel gestritten worden.

¹⁴⁶ Dazu schon unter 3.

¹⁴⁷ Leitfaden AKJ, S. 34; vgl. ferner ganz klar und unmissverständlich BVerfGE 92, 80, 89; 103, 164, 171.

Letztlich wäre aber ein Organstreitverfahren aber – auch nach den vom Arbeitskreis unabhängiger Juristen herbeigezogenen Kriterien – wegen Fristablaufs unzulässig. Denn ganz sicher lässt sich feststellen, dass sich spätestens mit der Antwort auf die Kleine Anfrage des Abgeordneten Claus Brunner¹⁴⁸ der Senat „erkennbar eindeutig“ geweigert hat, „in der ihm angebotenen und aus dem“ – wir unterstellen, bestehenden – „verfassungsrechtliche Verhältnissen resultierenden und ihm zumutbaren Weise tätig zu werden“ – indem er erklärt hat: „Das Land Berlin hält die sich aus dem Konsortialvertrag ergebenden Verpflichtungen für wirksam und es verhält sich vertragstreu. Die Unwirksamkeit von Regelungen des Konsortialvertrages ist bisher weder geltend gemacht worden noch besteht die Absicht, dies zu tun.“¹⁴⁹

Spätestens mit dieser eindeutigen und klaren Positionierung des Senats von Berlin gegenüber dem Abgeordnetenhaus wäre die Frist in Gang gesetzt worden.¹⁵⁰ Sie ist danach inzwischen – selbst in ihrer großzügigsten Interpretation – inzwischen definitiv abgelaufen, so dass ein Organstreitverfahren in dieser Frage selbst unter Außerachtlassung aller übrigen strittigen Rechtsprobleme keinerlei Aussicht auf Erfolg hätte. Die Fraktion DIE LINKE hält im Ergebnis die Einleitung eines solchen Organstreitverfahrens für nicht zielführend.

III. § 23.7 Konsortialvertrag und europäisches Beihilferecht

In der Diskussion um die „Gewinngarantie“ des Landes Berlin gegenüber dem privaten Konsortium aus RWE und Veolia wurde verschiedentlich die Frage aufgeworfen, inwieweit eine solche umfassende Nachteilsausgleichsverpflichtung seitens des Staates mit dem Europäischen Beihilferecht vereinbar sei.¹⁵¹

Hier stellt sich die Frage, inwieweit § 23.7 des Konsortialvertrages mit Art. 107 f. AEUV vereinbar ist. Art. 107 AEUV verbietet grundsätzlich jede Form der Beihilfegewährung. Darunter fällt jede „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe gleich welcher Art, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht (...), soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.“

Aus Sicht der Fraktion DIE LINKE spricht einiges dafür, in der Absicherung der privaten Renditeerwartungen im natürlichen Monopol eine Beihilfegewährung zu sehen. Auch in Monopolbereichen ist der Staat verpflichtet, dem Wettbewerb (um das Monopol) durch Diskriminierungsfreiheit und Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer Rechnung zu tragen. Eine Abweichung von den Wettbewerbsregeln des AEUV – etwa bei natürlichen Monopolen oder Universaldienstleistungen – ist nur insoweit möglich und zulässig, als ansonsten die Erfüllung der besonderen Aufgabe unter reinen Marktbedingungen rechtlich oder tatsächlich verhindert würde (Art. 106 Abs. 2 AEUV).

¹⁴⁸ Antwort des Senats vom 4. Juni 2012, Drs. 17/10156.

¹⁴⁹ Siehe schon oben, unter 3.

¹⁵⁰ Zwei weitere Interpretationen zum Fristbeginn, die Rechtsanwalt Sydow in einem Schreiben an den Ausschuss vom 21. Dezember 2012 vorgenommen hat, vermögen nicht zu überzeugen. Gegen die klare und schriftlich dokumentierte Weigerung des Senats gegenüber dem Parlament, durch Klage tätig zu werden, können andere Interpretationen zum Fristbeginn nicht durchdringen. Sie stehen im Widerspruch zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die der AKJ in seinem Gutachten selbst angeführt hat. Letztlich liefe jede andere Interpretation aber auch faktisch darauf hinaus, der Klagefrist aus § 37 Abs. 3 VerfGHG jegliche Relevanz und Wirksamkeit zu nehmen.

¹⁵¹ Siehe Zieger, a.a.O., S. 4, sowie Schreiben von Transparency International und der Verbraucherzentrale Berlin an die EU-Kommission vom 15. Juni 2012.

Die Klausel des § 23.7 des Konsortialvertrages stellt die privaten Investoren besser als andere Marktteilnehmer im Wassersektor, weil die Gewinnerwartungen der privaten Investoren durch § 23.7 des Konsortialvertrages völlig unabhängig von jeglicher eigenen Leistung im Wettbewerb garantiert sind:

„Man muss sich hierzu vor Augen führen, dass der Privatinvestor die Nichtigerklärung der Klausel über einen monetären Ausgleichsanspruch gegen das Land Berlin kompensieren wird, und zwar unter Kapitalisierung der kalkulierten Gewinne aufgrund der Klausel; eine entsprechende Bestimmung, die den Investor gegen das Risiko einer gerichtlichen Verwerfung der Klausel absichert, wurde (selbstverständlich) in den Privatisierungsverträgen vereinbart. Den vom Gericht verwehrten Verdienst auf Kosten der Allgemeinheit kann der Privatinvestor somit auf andere Weise, wiederum auf Kosten der Allgemeinheit, doch erzielen. (...) Der Privatinvestor ist nicht mehr darauf angewiesen, Rendite durch Effizienzsteigerungen erst noch zu verdienen – die Rendite wird über den monetären Ausgleichsanspruch ohne weitere Gegenleistung vereinbahmt.“¹⁵²

Ausgehend vom weiten Beihilfenbegriff des EuGH („jeder wirtschaftliche Vorteil, gleich welcher Art“, „jede Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel“) erscheint es der Fraktion DIE LINKE als plausibel, dass die Absicherung der privaten Investoreninteressen mittels § 23.7 des Konsortialvertrages eine Besserstellung der privaten Anteilseigner – im Vergleich zu anderen Wettbewerbern auf dem europäischen Markt – zur Folge hat. Jedenfalls erscheint es der Fraktion DIE LINKE als einmalig, dass privaten Konzernen als „staatlichen Erfüllungsgehilfen“ im Sektor der Siedlungswasserwirtschaft auf dem europäischen Markt derartige vertragliche Konditionen der Renditesicherung eingeräumt werden. Dass Beihilferecht – entgegen der im Abschlussbericht zitierten Vermutung des Staatssekretärs a. D. Zimmer und des Abg. Zimmermann (SPD), es könne im Monopol „überhaupt denklogisch“ zu keiner Wettbewerbsverzerrung kommen¹⁵³ – ganz klar grundsätzlich auch auf Monopole zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) Anwendung findet, ergibt sich schon aus Art. 106 Abs. 1 und 2 AEUV.

Die Positionen der befragten Sachverständigen im Ausschuss zu dieser Frage gingen im Ergebnis – wie der von der Koalitionsmehrheit gebilligte Abschlussbericht auf Vorlage des Ausschussbüros korrekt vermerkt – deutlich auseinander, waren aber auch nicht von verbindlichen Behauptungen geprägt. Vielmehr herrschte hier große Restunsicherheit, weil die Praxis der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH stark von fallbezogenen Erwägungen geprägt sind. Es bestand tatsächlich letztlich insofern Einigkeit, als dass die Klärung dieser Frage dem auf Veranlassung von Transparency International und der Verbraucherzentrale anhängigen Prüfungsverfahren bei der zuständigen EU-Kommission vorbehalten bleibt.

IV. Kartellrechtliche Preismissbrauchsverfügung als nicht nach § 23.7 Konsortialvertrag ausgleichspflichtiger Tatbestand

Der Ausschuss hat in seinen Sitzungen auch über das Verfahren des Bundeskartellamts gegen die Berliner Wasserbetriebe wegen missbräuchlicher Preisüberhebung diskutiert und zu diesem Zweck auch zwei Vertreter*innen der 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts gehört. Die Verhandlungen des Ausschusses waren allerdings – anders als der Ausschussbericht

¹⁵² Hecker, a.a.O., S. 288.

¹⁵³ Wortprotokoll 17/6 vom 4. Mai 2012, S. 14 bzw. 16 f.

nahelegt – primär den Preiskalkulationsmaßstäben und den betriebswirtschaftlichen Grundlagen der Kartellamtstätigkeit gewidmet als den möglichen rechtlichen Folgen hinsichtlich der Nachteilsausgleichsverpflichtung aus § 23.7 des Konsortialvertrages.

1. Überhöhte Wasser- und Abwasserpreise als Ausdruck hoher kalkulatorischer Kosten

Das Bundeskartellamt hat, wie im Ausschussbericht zutreffend zusammengefasst wird, für die BWB „signifikant höhere Erlöse“ festgestellt, wobei „der preistreibende Faktor (...) die kalkulatorischen Kosten“ seien, „in denen die BWB weit über dem Durchschnitt liegen.“ Aufgrund dessen ist eine Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts ergangen, gegen die die Berliner Wasserbetriebe AöR kartellgerichtlich vorgegangen sind. Das Verfahren läuft noch.

Klar dürfte im Ergebnis der Anhörung des Kartellamts in der Sonderausschusssitzung eines sein: Preistreibender Faktor in Berlin sind die kalkulatorischen Kosten, während die BWB in den operativen Kosten im Verhältnis zu vergleichbaren Wasserunternehmen absolut günstig arbeiten. Auch Abgaben gegenüber der öffentlichen Hand, wie Grundwasserentnahmeentgelt und Konzessionsabgabe, liegen absolut im Durchschnitt. Das wurde auf Nachfrage der Fraktion DIE LINKE von Dr. Engelsing aus der 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts auf den Punkt gebracht:

„Die Berliner Wasserentnahmeentgelte sind sehr hoch und die Konzessionsabgaben sehr niedrig. Rechnet man beides zusammen – das sehen Sie anhand der Folie –, dann liegen sie genau auf der Höhe unserer Vergleichsunternehmen in Hamburg, München und Köln. Zu Ihrer Frage, ob die BWB ein ineffizientes Unternehmen sind: Nach dem, was wir im Vergleichsmaßstab gesehen haben, gibt es dafür keine Anhaltspunkte. Die BWB sind von den operativen Kosten her effizient und günstig. Der preistreibende Faktor sind die kalkulatorischen Kosten, in denen die BWB weit über dem Durchschnitt liegen.“¹⁵⁴

Das bedeutet: Die im Rahmen der Tarifikalkulation zugrunde gelegten Gewinnerwartungen Berlins und der Privaten liegen in Berlin deutlich über den Kalkulationen anderer vergleichbarer Wasserunternehmen. Die Berlinerinnen und Berliner zahlen in Berlin deutlich mehr an Renditeanteilen in ihrer Wasserrechnung, als es andere Wasserkundinnen und -kunden tun. Würden allein die tatsächlich anfallenden Kosten (Personal, Material, Energie, Investitionen und Instandhaltung etc.) für die Dienstleistungserbringung in Rechnung gestellt, wären die Wasserpreise (inklusive Abwasserentsorgung und -aufbereitung) in Berlin deutlich niedriger.

2. Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts als nicht von § 23.7 umfasster Tatbestand

Aus der Sicht der Fraktion DIE LINKE ist die Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts ein bundesrechtlicher Tatbestand, der von der Nachteilsausgleichspflicht aus § 23.7 des Konsortialvertrages nicht erfasst ist. Dem wurde im Sonderausschuss „Wasserverträge“ nur in sehr allgemeiner Form, nicht besonders substantiiert – vor allem aber ohne jede Bereitschaft zur Vertiefung dieser Rechtsklärung – widersprochen.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Anzuhörender Dr. Engelsing, Wortprotokoll 17/7 vom 11. Mai 2012, S. 28.

¹⁵⁵ Staatssekretär a. D. Zimmer, Wortprotokoll 17/7 vom 11. Mai 2012, S. 41.

Bei Vertragsschluss 1999 gingen beide Parteien von der Unanwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle auf Einrichtungen der öffentlichen Wasserversorgung aus. Zivilrechtliche Beanstandungen der BWB-Wasserpreise bis zur Urteilsverfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin scheiterten bekanntlich. Auf dieser Ebene waren die Tarifikalkulationsvorschriften und die Modi der Wasserpreiskalkulation – nach Ausschöpfung des Rechtswegs – im Wortsinn „wasserdicht“.

Erst am 2. Februar 2010 hat der BGH in seinem Beschluss zu den Wasserpreisen der enwag Wetzlar¹⁵⁶ die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht auch im Bereich der öffentlichen Wasserversorgung für anwendbar erklärt. Damit haben sich die bundesrechtlichen Rahmenbedingungen für die Kalkulation der Wasserpreise grundlegend verändert. Ob die kartellrechtliche Marktmachtkontrolle auch dann Anwendung findet, wenn der Wasserversorger eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist, die ihre Leistungsbeziehungen zu den Wasserkund*innen öffentlich-rechtlich – oder, wie die BWB für sich behaupten, zwar zivilrechtlich, aber unter engen öffentlich-rechtlichen Bindungen – gestaltet, ist bislang nicht geklärt.¹⁵⁷ Anstatt die bundesrechtlich veränderte Situation zum Anlass zu nehmen, den 1999er Konsens mit den privaten Anteilseignern im Interesse der Berlinerinnen und Berliner ganz klar – und zwar auch für den Abwasserpreis – in Frage zu stellen, ziehen es der Senat und die BWB vor, sich auf die Unzuständigkeit des Bundeskartellamts zu berufen, in diesem Sinne gerichtlich vorzugehen und damit die preistreibenden kalkulatorischen Kosten (also letztlich die Rendite) zu Lasten der Berlinerinnen und Berliner gegen jede Veränderung zu verteidigen.

Unter Berufung auf die Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts könnte aus unserer Perspektive die Absicherung des Gewinnanteils am Frischwasserpreis durch das Land – zugunsten der Privaten – verweigert werden. Dabei ist irrelevant, ob das Verfahren zum Erlass der Preissenkungsverfügung durch das Bundeskartellamt gemäß § 103 Abs. 5 GWB 1999 i. V. m. § 131 Abs. 6 GWB auf Hinweis des Landes Berlin eingeleitet worden ist oder nicht. Denn die Anwendbarkeit des Kartellrechts ist nicht davon abhängig, ob ein Missbrauchsverfahren von dritter Seite angestoßen wird. Das Kartellamt wäre auch ohne einen solchen Hinweis verpflichtet, aufgrund des geltenden GWB tätig zu werden, wenn ihm der Verdacht einer preismissbräuchlichen Gestaltung der Wasserpreise in einem Versorgungsgebiet vorliegt. Was aber bezüglich des Frischwasseranteils „missbräuchlich“ ist, kann nicht in Bezug auf den Anteil der Abwasserentsorgung am (Gesamt-)Wasserpreis legitim sein. Deshalb ist aus Sicht der Fraktion DIE LINKE auch eine deutliche Reduzierung der kalkulatorischen Bestandteile des Abwasserpreises (und des Preises für die Straßen- und Regenentwässerung, für die das Land Berlin aufkommen muss) politisch erforderlich. Das bedeutet mindestens, dass Berlin sie im Verhandlungsweg mit deutlicher Druckentfaltung, und auch öffentlich nachvollziehbar, gegenüber Veolia geltend macht. Das kann nur durch eine Änderung der Tarifikalkulationsvorschriften für die Preisgestaltung der BWB seitens des Parlaments bzw. hinsichtlich der Verordnungen seitens des Senats bewirkt werden.

3. Dauerhafte Wasserpreissenkung nur bei Änderung der Tarifikalkulationsvorschriften für die BWB

Entgegen lautstarker Bekenntnisse der SPD-CDU-Koalition haben weder Senat noch BWB – noch „die Koalition“ im Parlament – die Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts bis heute umgesetzt oder daraus im jeweils eigenen Zuständigkeitsbereich wirksame Konsequenzen gezogen:

¹⁵⁶ BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08, „Wasserpreise Wetzlar“.

¹⁵⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2012, KVR 9/11, „Niederbarnimer Wasserverband“.

- Die Koalitionsfraktionen haben ein Bekenntnis zur „Entlastung aller Wasserkunden“¹⁵⁸ im Abgeordnetenhaus beschlossen, ohne dass dem bisher irgendwelche Taten gefolgt wären. Es wurde das Ziel ausgegeben, „eine langfristig wirksame Wasserpreissenkung von mindestens 15 Prozent beim Frischwasser durchzusetzen. Soweit gesetzliche Anpassungen zur Kalkulation der Wassertarife notwendig sind, legt der Senat diese dem Abgeordnetenhaus zur Entscheidung vor.“ In diesem Zusammenhang wird der Senat auch beauftragt, „mit dem verbliebenen Partner Veolia die Grundlage der Zusammenarbeit neu zu verhandeln; Gewinngarantien für private Investoren sind auszuschließen.“¹⁵⁹ Diese Entschlieung bindet den Senat nicht. Sie hat den Charakter einer politischen Willensbekundung der Parlamentsfraktionen von CDU und SPD, die den Senat nur appellativ in die Pflicht nehmen kann. Außerdem bezieht sie sich ausschließlich auf den Frischwasserpreis, hält also die Preisuberhebung im Abwasserbereich offensichtlich für legitim und auch zukünftig akzeptabel. Das entspricht der Haltung der Koalitionsvertreter im Sonderausschuss „Wasserverträge“.

Die Fraktionen von SPD und CDU könnten natürlich von sich aus aktiv werden und das Berliner Betriebsgesetz ändern, damit die hohen kalkulatorischen Kosten zukünftig nicht mehr gestattet sind. Bisher deutet aber nichts darauf hin, dass die Regierungsfraktionen hierzu eine Idee, einen Konsens und den Willen zur Umsetzung hätten. Ein entsprechendes Antragspaket der Fraktion DIE LINKE¹⁶⁰ schlummert derweil in den Ausschüssen und wird seitens der Koalition nicht ansatzweise ernst genommen.¹⁶¹ Die Koalition bringt keine eigenen Vorschläge bei. Es bleibt also beim Bekenntnis, da die Koalition ihren Ankündigungen keine Taten folgen lässt oder zumindest in Aussicht stellt, falls der Senat seinerseits nichts unternimmt. Auch das deckt sich vollständig mit der Haltung der Koalitionsvertreter im Sonderausschuss „Wasserverträge“.

- Der Senat hat – wie bereits zitiert – ein Bekenntnis zur Vertragstreue und Vertragserfüllung der 1999er Übereinkunft abgegeben und betont seit längerem, eine Neuverhandlung der Verträge mit Veolia und eine neue Grundlage für die Tarifikalkulation durch „Gewinnverzicht“ aller Anteilseigner anzustreben. Irgendwelche konkreten Folgen hatte das bisher nicht.¹⁶² Die Öffentlichkeit erfährt nicht einmal, wer mit wem wann und mit welchem Ziel verhandelt (haben soll) und was dabei jeweils auf die Waagschale gelegt wird (bzw. gelegt worden ist). Nach Erkenntnissen der Fraktion DIE LINKE gibt es strukturierte, zielgerichtete und verbindliche Verhandlungen zwischen dem Senat und Veolia bereits seit Monaten überhaupt nicht.

¹⁵⁸ Vgl. Antrag der Fraktionen der SPD und der CDU auf Annahme einer Entschlieung über Wasserpreise senken – alle Wasserkunden wirkungsvoll entlasten, Drs. 17/0570 vom 17. Oktober 2012, in einer Sofortabstimmung beschlossen am 25. Oktober 2012, vgl. Beschlussprotokoll über die 19. Sitzung des Abgeordnetenhauses von Berlin.

¹⁵⁹ Ebenda.

¹⁶⁰ Anträge der Fraktion DIE LINKE vom 17. September 2012, Drs. 17/519 bis 17/521 („Berliner Wasser I: Senkung der Wasser- und Abwasserpreise durch Änderung des Berliner Betriebs-Gesetzes“; „Berliner Wasser II: Senkung der Wasser- und Abwasserpreise durch Änderung der Wassertarifverordnung und Senkung der Abschreibungen“; „Berliner Wasser III: Berliner Wasserbetrieben als Kommunalunternehmen eine Perspektive geben“).

¹⁶¹ Zu den Redebeiträgen der Fraktionen in der I. Lesung vgl. Plenarprotokoll 17/18 vom 27. Oktober 2012, S. 1709-1718.

¹⁶² So auch die Antworten des Senats vom 21. Mai 2012 und vom 18. September 2012 auf die Kleinen Anfragen des Abg. Dr. Lederer, Drs. 17/10364 und 17/10912 („Wie weiter mit den Wasserpreisen?“ und „Wie weiter mit den Wasserpreisen? II“).

Hingegen unterstützt der Senat politisch die Anfechtung der Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts durch den BWB-Vorstand und überlässt diesem im Übrigen die Folgen mangelnder Verhandlungen und Verhandlungsergebnisse zwischen den Anteilseignern Berlin und Veolia. Damit stellt der Senat sich hinter die aktuelle Preispolitik der BWB und legitimiert politisch die aktuellen Tarifikalkulationsprinzipien, die – wie belegt – zu einer deutlich überhobenen Monopolrente und damit zur Heranziehung der Wasserkund*innen für Renditesicherung der Privaten und hoher Abführungen an den Landeshaushalt führen. Das ist das Gegenteil dessen, was die Koalition in ihrer Entschließung vom Senat – mit großer Zurückhaltung – verlangt.

Es ist – jenseits fragmentarischer Äußerungen einzelner Koalitionspolitiker*innen und dem „Heilmann-Memorandum“ – keine Linie des Senats erkennbar, wie die Perspektiven der Berliner Wasserbetriebe, der Gewinn- und Preisentwicklung, der Umgang mit dem verbliebenen Anteilseigner Veolia zukünftig gestaltet werden sollen.

- Die Berliner Wasserbetriebe BWB dagegen erheben nunmehr seit zwei Jahren die am 27. Oktober 2010 für die Kalkulationsperiode 2010/2011 (!) genehmigten Wasserpreise, weil sich die Anteilseigner nicht zu einigen vermögen. Die Preise werden seit Jahresbeginn 2012 durch die zuständige Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz immer wieder „vorläufig“ genehmigt. Es gibt keine erkennbare Linie, wie die Wasserpreise zukünftig kalkuliert werden sollen und wer für eine deutliche Entlastung der Berlinerinnen und Berliner letztlich zahlen soll: Berlin? Veolia? Die Beschäftigten der Berliner Wasserbetriebe? Oder werden die Lasten einfach nur in die Zukunft geschoben? Insofern ist die Politik in den BWB-Organen auch die Folge der konzeptionslosen Politik von Senat und Koalition – und des Mangels einer klaren Forderungslinie der Koalition und des Senats gegenüber dem Mitanteilseigner Veolia.

Die Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts akzeptieren die BWB mit Rückendeckung des Senats als Vertreter des Gewährträgers Land Berlin nicht. Deshalb sind sie auch nicht bereit, die Senkung der Wasserpreise – wie vom Bundeskartellamt gefordert – dauerhaft zumindest für den Frischwasseranteil am Wasserpreis sicherzustellen. Auch die am 7. Dezember 2012 angekündigte Rückerstattung von Wasserpreisannteilen erfolgt deshalb nur „unter Vorbehalt“. Die Berliner Wasserbetriebe BWB behalten sich vor, diese Rückerstattung zukünftig wieder zurückzuholen, wieder „einzusammeln“, wenn das von ihnen angestrebte Verfahren letztinstanzlich und in ihrem Sinne entschieden sein sollte:

„Alle Berlinerinnen und Berliner erhalten eine Gutschrift von 14 % der Trinkwasserkosten für das Jahr 2012. Damit setzen wir die Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamtes unter Vorbehalt um. (...) Parallel dazu klären wir unsere Position vor Gericht: Das Bundeskartellrecht ist auf Grund der hohen einschlägigen gesetzlichen Regelungsdichte in Berlin auf die Berliner Wasserpreise nicht anwendbar. Deshalb bleibt die Gutschrift vorläufig.“¹⁶³

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass alle Verantwortlichen – die Koalitionsfraktionen SPD und CDU, der Senat von Berlin und der Vorstand der Berliner Wasserbetriebe – für eine wirksame und langfristige Senkung der Wasserpreise (inklusive der Abwasserpreise) bislang nichts getan haben. Eine solche langfristige Veränderung der Wasserpreispolitik ist ohne eine Änderung der Kalkulationsgrundlagen im Berliner Betriebsgesetz und in den kalkulationsre-

¹⁶³ BWB, unter <http://www.bwb.de/content/language1/html/10090.php>.

levanten Verordnungen nicht zu machen. Aber auch die übrigen Spielräume zur Preisdämpfung werden nicht offensiv und transparent in Anschlag gebracht. Koalition und Senat üben sich in symbolischer Politik – einer Politik, von der nicht auszuschließen ist, dass sie am Ende zu Lasten der Substanz der BWB und ihrer Beschäftigten gehen wird.

V. Zum Rückkauf der RWE-Anteile

Im Sommer 2012 legte der Berliner Senat einen Vertrag zum Erwerb der Anteile des privaten Investors RWE vor. Der Erwerb wurde am 25. Oktober 2012 durch Beschluss des Abgeordnetenhauses bei Gegenstimmen der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen, DIE LINKE und Piratenfraktion bestätigt.¹⁶⁴ Auch wenn besonders die SPD-Fraktion nicht müde wurde zu betonen, dass es sich um eine geglückte Rekommunalisierung handeln würde, stellt sich die nun eingetretene Lage in den Vertrags- und Gesetzesbedingungen keineswegs so dar, dass sie den Anforderungen an Rekommunalisierung genügen würde.¹⁶⁵

Das Land Berlin hat durch den Kauf der Anteile der RWE deren Platz in der privatrechtlichen Beteiligungsgesellschaft RVB eingenommen, das Verhalten Berlins unterliegt somit den Stimmbindungs- und sonstigen Treuepflichten, die gesellschaftsrechtlich im Shareholder's Agreement verankert sind. Mit Verweis auf den privatrechtlichen Charakter des Shareholder's Agreements und eventueller weiterer Vereinbarungen innerhalb der RVB sind die dort vereinbarten Inhalte nicht öffentlich zugänglich. Das Land Berlin entzieht sich auf diese Weise den Ansprüchen des durch Volksabstimmung beschlossenen Offenlegungsgesetzes dem Grunde nach und konterkariert im Ergebnis ebenfalls die Intention des Berliner Informationsfreiheitsgesetzes.

Während die Veräußerungserlöse aus der von CDU und SPD im Jahr 1999 durchgeführten Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vollständig dem Berliner Landeshaushalt zugeführt wurden, erfolgt die Refinanzierung des Anteilsrückkaufs nun ausschließlich über die erwarteten Überschüsse aus dem Wasser- und Abwassergeschäft, also zu Lasten der Berliner Wasserkunden. Dieses Verfahren ist nicht nur im Ergebnis ungerecht, sondern verhilft der falschen politischen Entscheidung zur Teilprivatisierung der BWB zu nachträglicher Rationalität. Wenn der Verkauf von Landeseigentum Einnahmen generiert, die Kosten für den Rückankauf aber Dritten aufgelastet werden, wird eine rein haushaltsbezogene Politik a posteriori noch geadelt.

Die vom Berliner Senat und der großen Koalition gewählte Weg des Teiltrückerwerbs von Unternehmensanteilen betont aber nicht nur die Intransparenz und ungerechtfertigte Lastenverschiebung, sondern begründet vor allem das Fortdauern der gewählten Vertrags- und Gesetzeskonstruktionen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe von 1999. Die für die Berliner Wasserkunden nachteilige Berechnung der Unternehmensrenditen (vor allem durch die überhöhte Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals) bleibt bestehen; die Raub- und Beutegemeinschaft von privaten Investoren und Land Berlin wird nicht aufgehoben.

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass der zweite Privatinvestor Veolia nach der Übertragung der RWE-Anteile dem Land Berlin eine Call-and-Put-Option auf die eigenen Anteile zu gleichen Bedingungen angeboten hat. Die Frage stellt sich, warum das Land Berlin dieses Angebot nicht angenommen hat. Wenn denn der Erwerb der RWE-Anteile ein so vorteilhaftes Geschäft für die Berlinerinnen und Berliner einerseits und das Land Berlin anderer-

¹⁶⁴ S. Beschlussprotokoll Plenum 17/19 vom 25. Oktober 2012, S. 3.

¹⁶⁵ Vgl. dazu die Ausführungen zu Rekommunalisierung in B.I.1.

seits ist, wie von der SPD-CDU-Koalition behauptet, müsste dies auch für den analogen Erwerb der Veolia-Anteile gelten. Und wenn zweitens die Kosten für den Erwerb der RWE-Anteile so gering sind, dass die Refinanzierung trotz einer Senkung der Wasserpreise um 15% gesichert ist, dann würde der Erwerb der verbleibenden Veolia-Anteile die notwendige Senkung der ebenfalls überhöhten Abwasserpreise ermöglichen.

Die Antwort auf die Frage, warum der Senat diese Möglichkeiten nicht nutzt, um dem neoliberalen Spuk der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe ein tatsächliches Ende zu setzen, müssen SPD und CDU selbst geben. Von außen betrachtet ist festzuhalten, dass die jetzt herbeigeführte Situation objektiv dazu führt, dass das Land Berlin einen größeren Anteil der Monopolrenten der Wasser- und Abwasserversorgung von den Berlinerinnen und Berlinern abkassiert als je zuvor.

D. Auswahl von Quellen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

- Arbeitskreis unabhängiger Juristen: Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung. Ein juristischer Leitfaden, Berlin 2011.
- Bechtolsheim, Caroline von/Abend, Kerstin: Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, in: Landes- und Kommunalverwaltung, Heft 8, 2000, S. 337 ff.
- EU-Kommission: Entscheidung über die fusionskontrollrechtliche Freigabe der Beteiligung Privater an den BWB vom 13. September 1999, CELEX-Datenbank der Kommission, Dok.-Nr. 399M1633.
- Hecker, Jan: Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts. – Anstaltsrechtliche, demokratiestaatliche und privatisierungstheoretische Überlegungen am Beispiel der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (BWB), in: Verwaltungsarchiv 2001, S. 261 ff.
- Hengeler Müller Rechtsanwälte: Stellungnahme zu Ziff. 1 a) und b) des Kurzgutachtens zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes der Berliner Wasserbetriebe / Beantwortung der Fragen unter Nr. 12 des Fragenkatalogs des Abgeordneten Lorenz vom 2. November 2003, erstellt von Rechtsanwalt Dr. Matthias Zieger im Auftrag der SPD-Fraktion am 24. November 2003, Berlin, 1. Dezember 2003.
- Hüesker, Frank: Kommunale Daseinsvorsorge in der Wasserwirtschaft. Auswirkungen der Privatisierung am Beispiel der Wasserbetriebe Berlins, München 2011.
- Kämmerer, Jörn Axel: Gesetz zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes der Berliner Wasserbetriebe – Entwurf –. Gutachtliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit, Hamburg, 28. November 2003.
- Kerber & Stechow Rechtsanwälte: Gutachten zu der Frage: Verletzt das Gesetz zur Änderung des Berliner Betriebesgesetzes, zur Teilprivatisierung und zur Änderung des Berliner Wassergesetzes (im folgenden Gesetz) die verfassungsmäßigen Rechte der Abgeordneten im Sinne der Berliner Landesverfassung?, ohne Datum.
- Laskowski, Silke R.: Das Menschenrecht auf Wasser Die rechtlichen Vorgaben zur Sicherung der Grundversorgung mit Wasser und Sanitärleistungen im Rahmen einer ökologisch-nachhaltigen Wasserwirtschaftsordnung, Tübingen 2010, S. 796-833.
- Laule, Gerhard/Moeser, Ekkehard: Rechtsgutachten: Rechtlicher Rahmen der Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe, vorgelegt im Auftrag der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Feddersen Laule Scherzberg & Ohle Hansen Ewerwahn, Frankfurt am Main, 5. August 1998.
- Lederer, Klaus: Strukturwandel bei kommunalen Wasserdienstleistungen. Eine Untersuchung aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive, Berlin 2004, S. 339-359.
- Lederer, Klaus: Die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe: Erfolgsmodell oder Abwicklungsfall?, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU), 34. Jg., Heft 4/2011, S. 443-460.
- Lederer, Klaus: Die 1999er Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (BWB): Eine Zwischenbilanz, in: Infrastrukturrecht (IR), 9. Jg., Heft 11/2012, Sonderausgabe „Kommunales Infrastrukturmanagement“, S. 302-305.

- Ochmann, Daniela: Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten. Dargestellt am Holdingmodell zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, Baden-Baden 2005.
- Passadakis, Alexis: Die Berliner Wasserbetriebe. Von Kommerzialisierung und Teilprivatisierung zu einem öffentlich-demokratischen Wasserunternehmen, Berlin und Brüssel 2006.
- Schmehl, Arndt: Teilprivatisierung der Daseinsvorsorge, Demokratieprinzip und Gewinnerzielungsmaxime – BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794, in: Juristische Schulung 2001, S. 233 ff.
- Schuster, Detlev: Zur Privatisierung von Anstalten des öffentlichen Rechts, in: Festschrift für Bezenberger, Berlin 2000, S. 757 ff.
- Wolfers, Benedikt: Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform: Berliner Wasserbetriebe, in: NVwZ 2000, S. 765 ff.
- Zieger, Matthias: Kurzgutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes der Berliner Wasserbetriebe. Beantwortung der Fragen unter Nr. 12 des Fragenkatalogs des Abgeordneten Lorenz vom 2.11.03, im Auftrag der SPD-Fraktion im Abgeordnetenhaus von Berlin, Berlin, 14. November 2003.
- Zieger, Matthias: Juristische Skizze zur Frage, ob und ggf. wer die Möglichkeit hat, die Gesetze und Verträge anzufechten, die im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (BWB) erlassen bzw. abgeschlossen worden sind, im Auftrag des Berliner Wassertischs, Berlin, 21. April 2011.
- Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin: Urteil vom 21. Oktober 1999 (in dem abstrakten Normenkontrollverfahren von 64 Mitgliedern des Abgeordnetenhauses von Berlin betreffend die Gesetze zur Ermöglichung der Teilprivatisierung der BWB), VerfGH 42/99 – und Antrags- und Erwiderungsschriften.
- Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin: Beschluss vom 14. Juli 2010 (in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die Bemessung der Berliner Wasserentgelte), VerfGH 29/07 – und Antrags- und Erwiderungsschriften.
- Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin: Beschluss vom 14. Juli 2010 (in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die Bemessung der Berliner Wasserentgelte), VerfGH 39/09 – und Antrags- und Erwiderungsschriften.

Für die Fraktion Die Linke

Dr. Klaus Lederer, Sprecher im Sonderausschuss „Wasserverträge“

Abweichender Bericht der Piratenfraktion

Minderheitenvotum der Piratenfraktion zum Abschlussbericht des Sonderausschusses Offenlegung der Wasserverträge:

Der Sonderausschuss „Wasserverträge“, der aufgrund des erfolgreichen Volksentscheids „Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ eingerichtet wurde, hat seinen Auftrag nicht erfüllt. Der Ausschuss war mit der „öffentlichen Prüfung [...] der Verträge“ der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe beauftragt. Wir stellen fest, dass diese Prüfung aller wesentlichen Komplexe nie in juristisch notwendiger Tiefe verfolgt wurde, weil die Fraktionen der SPD und CDU eine umfassende Prüfung nicht zugelassen haben. Die Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen, Die LINKE und die Piraten sehen deshalb die Arbeit des Sonderausschusses als gescheitert an. Dieses Scheitern ist außerordentlich zu bedauern und lässt sich wie folgt erklären:

1. Verhalten der SPD- und CDU-Fraktionen: Aussitzen, Abblocken, Thema zur eigenen Fortbildung nutzen

Obwohl „weitgehendes Einvernehmen aller Fraktionen besteht, dass die 1999 gewählte Konstruktion der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe aus heutiger Sicht als wirtschaftlicher ungünstig für das Land Berlin sowie die Bürgerinnen und Bürger Berlins einzuordnen sei“ agierte die Koalition planlos und hatte Mühe, ihr Desinteresse an der Ausschussarbeit zu kaschieren. Spätestens seit Mitte 2012 wurde eine Prüfung der Teilprivatisierungsverträge bzw. -gesetze nicht mal mehr dem Anschein nach verfolgt. Der für das Land Berlin in seiner wirtschaftlichen Wirkung ungeklärte Rückkauf der RWE-Anteile in die privatrechtliche RVB wurde seitens der SPD-CDU Koalition als Heilswirkung propagiert. Und das, obwohl die Koalition einräumen musste, dass die 1999 geschlossenen Teilprivatisierungsverträge zusätzlich zu dem Verkaufsvertrag mit RWE wirken. Dabei ist nach wie vor der § 23.7 des Konsortialvertrages das schärfste Schwert gegen den Berliner Landeshaushalt. Nach § 23.7 des Konsortialvertrages hat sich das Land Berlin verpflichtet, wirtschaftliche Nachteile (...) in vollem Umfang auszugleichen.

Es lässt sich schwer dem Eindruck widersprechen, dass es den SPD- und CDU-Ausschussmitgliedern stets um ein Aussitzen der Verhandlungsgegenstände ging, Mittel dazu war das Abblocken von Anträgen der Oppositionsfraktionen, die eine Vertiefung der jeweiligen Fragestellungen erlaubt hätten.

Seit Mitte des Jahres 2012 wurde von der SPD-CDU-Koalition versucht, das Spielfeld zu verlassen. Eine Prüfung der Teilprivatisierungsverträge bzw. -gesetze wurde nun noch nicht mal mehr dem Anschein nach verfolgt. Stattdessen begann die Koalition den Fokus auf den Rückkauf der RWE-Anteile zu richten und verstieg sich zu der Behauptung, durch diesen Rückkauf würden die Ansprüche des Offenlegungsgesetzes erfüllt.

Die SPD-CDU-Koalition war auch nicht bereit, wenigstens einem von der Fraktion der Piraten geforderten Ersatztermin für die 3 ausgefallenen offiziellen Sitzungstermine zuzustimmen. Sie hat ihrerseits auch keine Angebote für Ersatzsitzungstermine unterbreitet.

2. Größtmögliche Ignoranz seitens des Senats

An keiner der insgesamt 16 Ausschusssitzungen hat eine Senatorin oder ein Senator teilgenommen, obwohl darum – sowohl mündlich als auch schriftlich – mehrfach von den Oppositionsfraktionen gebeten wurde. Auch wenn sich eine Senatorin oder ein Senator durch Staatssekretäre vertreten lassen kann, bleibt es bezeichnend, dass eine solche Vertretung im Sonder-

ausschuss Wasserverträge zu jeder einzelnen Sitzung gewählt wurde. Dass weder eine der Wirtschaftssenatorinnen noch der Finanzsenator jemals an einer Ausschusssitzung teilnahmen, ist ungewöhnlich und zeigt das komplette Desinteresse des Senats, an einer zielführenden Umsetzung des durch Volksabstimmung beschlossenen Offenlegungsgesetzes mitzuwirken.

3. Mangelhafte Ausstattung des Sonderausschusses war kein Zufall

Insgesamt wurden zwar drei Vertrauenspersonen der Trägerin des Volksbegehrens sowie weitere Sachverständige in öffentlichen Sitzungen angehört. Das Problem war, dass aus den von den Anzuhörenden aufgeworfenen Fragestellungen systematisch nichts folgte. Besonders die komplexen verfassungsrechtlichen Fragekomplexe, die in Kurzstellungnahmen durch Experten vorgetragen wurden, konnten die Abgeordneten der SPD und CDU ohne weitere Expertise beurteilen. Den Abgeordneten der Opposition, zu denen Volljuristen gehören, die sich seit Jahren mit den Verträgen befassen, war das nicht möglich. Sie beantragten immer wieder Experten-Gutachten, besonders zu dem Komplex einer möglichen Verletzung des Demokratieprinzips. Die SPD-CDU-Koalition verfolgte eine Versandungs-Strategie, die sie mit ihrer Ausschussmehrheit durchsetzte. Es ist erstaunlich, wie die SPD- und CDU-Fraktionen die komplexen verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Fragestellungen ohne weitere Expertise zu beurteilen vermögen glaubten. Die von der Opposition beantragten Gutachten zu einer möglichen Verletzung des Demokratieprinzips lehnte die große Koalition ohne plausible Begründung ein ums andere Mal ab.

4. Rückkauf der RWE-Anteile ändert nichts an Raub- und Beutegemeinschaft und an den überhöhten Wasserpreisen

Durch die Teilprivatisierung von 1999 wurde eine Raub- und Beutegemeinschaft von privaten Investoren und dem Land Berlin vereinbart. Diese von der großen Koalition im Jahr 1999 beschlossene Teilprivatisierung zu Lasten der Berliner Wasserkunden wurde oft und lautstark kritisiert und gerichtlich beklagt. Die öffentliche Empörung über die Teilprivatisierung und die vereinbarten Gewinnngarantien kulminierte in der erfolgreichen Volksabstimmung über das „Offenlegungsgesetz“. Unzweifelhaft war die Intention des Gesetzes und der abstimmenden Bevölkerung darauf gerichtet, die Nachteile der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe nicht weiter bezahlen zu müssen. Dazu wären die Verträge der Teilprivatisierung aufzulösen gewesen.

Die SPD- und CDU-Fraktionen waren und sind offensichtlich nicht gewillt, die Raub- und Beutegemeinschaft aufzukündigen. Stattdessen wurden die Anteile eines der privaten Investoren übernommen, um das Land weiter im bestehenden Vertragsgefüge zu belassen. Gerade vor dem Hintergrund der Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts muss die politische Entscheidung von SPD und CDU als Entscheidung gegen die Interessen der Berlinerinnen und Berliner angesehen werden.

Die Piratenfraktion widerspricht hiermit ausdrücklich den im offiziellen Abschlussbericht getätigten Aussagen.

Wir möchten noch einmal ausdrücklich betonen, dass der im Bericht vielfach verwendete Satzteil: „mehrheitlicher Beschluss“ sich im Ausschuss nicht auf das Abstimmungsverhalten der Piratenfraktion übertragen lässt.

Die mehrheitlich beschlossenen Abstimmungen wurden ausschließlich mit den Stimmen der SPD und CDU erreicht.

Dem Sonderausschuss wurden wiederholt nicht alle Dokumente zur Einsicht vorgelegt, die im Zuge der Rückkaufverhandlungen entstanden sind, noch wurde der Ausschuss um eine Expertise bzw. Bewertung der Rückkaufverhandlungen herangezogen. Hier sind vor allem die Drucksachen mit der grünen Nummer 0046, 0046A, 0046B, 0046C, 0046D und das Shareholder-Agreement zu nennen.

Der Sonderausschuss wurde zu keinem Zeitpunkt rechtzeitig über Vorgänge und Handlungen im Senat, die seinen Aufgabenbereich betrafen, unterrichtet oder gar einbezogen.

Den Vertretern des Volksbegehrens wurde kein dauerhaftes Rede- und Fragerecht eingeräumt trotz entsprechender Antragsstellung seitens der Oppositionsfraktionen.

Für die Piratenfraktion
Gerwald Claus-Brunner