

**Gutachten**  
**zum Leitfaden „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge**  
**und ihre Geltendmachung“**

**I. Auftrag**

Der Präsident des Abgeordnetenhauses von Berlin hat aufgrund einer entsprechenden Bitte des Sonderausschusses „Wasserverträge“ den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst mit der Erstellung eines Gutachtens zu dem von einem Arbeitskreis unabhängiger Juristen erstellten Leitfaden „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung“ beauftragt. Bei diesem Arbeitskreis handelt es sich um zehn Juristen, die sich den Zielsetzungen des Volksentscheids „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ verbunden fühlen und anonym bleiben wollen.<sup>1</sup> Sie haben es sich zur Aufgabe gemacht, die Verträge und Dokumente zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe zu prüfen und Handlungsmöglichkeiten zur Rückgängigmachung der Privatisierung darzustellen. Der Wissenschaftliche Parlamentsdienst soll untersuchen, ob die im Leitfaden aufgeführten Handlungsmöglichkeiten zum Umgang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe rechtlich fundiert sind.

Hierbei sind folgende Fragen zu erörtern:

---

<sup>1</sup> [www.berliner-wasserbuenger.de/wp-content/uploads/2011/09/PM\\_070911\\_Leitfaden-Nichtigkeit-der-Wasservertr%C3%A4ge.pdf](http://www.berliner-wasserbuenger.de/wp-content/uploads/2011/09/PM_070911_Leitfaden-Nichtigkeit-der-Wasservertr%C3%A4ge.pdf)

1. Stellt § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrages eine Anleihe oder Sicherheit im Sinne von Art. 87 Abs. 1 Verfassung von Berlin dar? Wenn ja: Bestand hierfür eine ausreichende gesetzliche Grundlage?
2. Führt ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 Verfassung von Berlin zur Nichtigkeit von § 23 Abs. 7 Konsortialvertrages, weil damit ein Nichtigkeitsgrund gemäß §§ 134, 138 BGB (ggf. i. V. m. § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG Berlin) gegeben ist? Welche Sichten werden hierzu in Lehre und Rechtsprechung vertreten?
3. Erfasst eine mögliche Nichtigkeit von § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrages gemäß § 139 BGB (ggf. gemäß § 59 Abs. 3 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG Berlin) – unter Berücksichtigung von § 47 Abs. 3 des Konsortialvertrages – den gesamten Konsortialvertrag?
4. Vor welchem Gericht müsste die Nichtigkeit des Konsortialvertrages durch den Senat für das Land Berlin geltend gemacht werden?
5. Kann das Abgeordnetenhaus von Berlin im Rahmen eines Organstreitverfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin eine Geltendmachung der Nichtigkeit des Konsortialvertrages durch den Senat von Berlin erzwingen, wenn der Senat nicht von sich aus tätig wird?
6. Welche Antragsfrist ist bei einem solchen Verfassungsgerichtsverfahren zu beachten, und wann fängt die Antragsfrist bei einem monierten Unterlassen des antragsgegnerischen Staatsorgans an zu laufen?
7. Wären in Prozessstandschaft für das Abgeordnetenhaus von Berlin im Rahmen eines Organstreitverfahrens auch einzelne Abgeordnete, Fraktionen oder ein Abgeordnetenquorum vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin antragsbefugt?

## **II. Der Leitfaden des Arbeitskreises unabhängiger Juristen**

In dem Leitfaden wird zunächst die Gründung der Berliner Wasserholding AG dargestellt, die 1999 zum Zweck der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe erfolgte. Hierbei wird insbesondere auf die Regelungen in § 3 Abs. 2 des Gesetzes zur

Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe<sup>2</sup> (im weiteren TPrG) und auf § 23.7 des Konsortialvertrages<sup>3</sup> Bezug genommen, in dem die Rendite für die privaten Anteilseigner rechtlich abgesichert wird. Der Arbeitskreis vertritt die Auffassung, dass § 23.7 des Konsortialvertrages gegen die §§ 134, 138 BGB verstößt und daher nichtig ist. Er sieht in Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin<sup>4</sup> (VvB), wonach ohne gesetzliche Grundlage weder Steuern noch Abgaben erhoben noch Anleihen aufgenommen oder Sicherheiten geleistet werden dürfen, ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB und vertritt die Auffassung, durch § 23.7 des Vertrages sei eine Sicherheitsleistung ohne gesetzliche Grundlage erfolgt. Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage im Sinne von Art. 87 Abs. 1 VvB hat seiner Meinung nach auch eine Sittenwidrigkeit des Vertrages gemäß § 138 Abs. 1 BGB zur Folge.

Weiter erklärt der Arbeitskreis, die Nichtigkeit von § 23.7 habe gemäß § 139 BGB die Nichtigkeit des gesamten Konsortialvertrages zur Folge. Die Nichtigkeit könne vor einem staatlichen Gericht geltend gemacht werden. Die zwischen den Vertragsparteien getroffene Schiedsvereinbarung in § 44.2 des Vertrages stehe dem nicht entgegen, da sie nach Maßgabe von § 1030 Abs. 3 der Zivilprozessordnung (ZPO) nichtig sei. Weigere sich der Senat, die Nichtigkeit gerichtlich feststellen zu lassen, könne er durch ein Organstreitverfahren gemäß Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 VvB in Verbindung mit den §§ 14, Nr. 1, 36 ff. des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof (VerfGHG)<sup>5</sup> dazu gezwungen werden. Streitgegenstand sei das Unterlassen eines gerichtlichen Vorgehens gegen den Vertrag durch den Senat von Berlin. Eine Antragsbefugnis im Organstreitverfahren bestehe sowohl für die im Abgeordnetenhaus vertretenen Fraktionen wie auch für einzelne Abgeordnete. Die Sechs-Monats-Frist für Anträge in Organstreitverfahren (§ 37 Abs. 3 VerfGHG) beginne in Fällen, in denen ein Unterlassen des Antragsgegners gerügt werde, dann zu laufen, wenn sich der Antragsgegner eindeutig weigere, in der ihm angemessenen Weise tätig zu werden. Im vorliegenden Fall habe die Frist nicht zu laufen begonnen, da die Fraktionen bzw. Abgeordneten den Senat noch nicht zum Tätigwerden aufgefordert hätten.

---

<sup>2</sup> Vom 17. Mai 1999 (GVBl. S. 183).

<sup>3</sup> Vom 18. Juni 1999, Abl. 2012, Sonderdruck „Offenlegung des Vertrages und weitere Dokumente zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“.

<sup>4</sup> Vom 23. November 1995 (GVBl. S. 779), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. März 2010 (GVBl. S. 134).

<sup>5</sup> Vom 8. November 1990 (GVBl. S. 2246), zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. Juli 2011 (GVBl. S. 336).

Im Ergebnis sieht der Arbeitskreis ein Organstreitverfahren als zulässig und erfolgversprechend an.

### III. Stellungnahme

**A. Zu Frage 1:** Stellt § 23.7 des Konsortialvertrages eine Anleihe oder Sicherheit im Sinne von Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin dar? Wenn ja: Bestand hierfür eine ausreichende gesetzliche Grundlage?

§ 23.7 des Konsortialvertrages nimmt Bezug auf § 3 TPrG. In § 3 Abs. 2 TPrG wird als Teil der Kosten, die durch die Wassertarife gemäß § 3 Abs. 1 TPrG zu decken sind, unter anderem eine angemessene kalkulatorische Verzinsung des Betriebskapitals in Ansatz gebracht. § 3 Abs. 4 TPrG setzt die Höhe der kalkulatorischen Verzinsung und damit die Rendite fest, die den privaten Anteilseignern eingeräumt wird. § 23.7 des Konsortialvertrages behandelt die Frage, auf welche Weise das Land Berlin das Interesse der Anteilseigner an ihrer Rendite befriedigen will, falls § 3 TPrG für nichtig erklärt werden würde.<sup>6</sup>

Es ist zu untersuchen, ob durch § 23.7 des Vertrages eine Anleihe aufgenommen oder eine Sicherheit im Sinne des Art. 87 Abs. 1 VvB gewährt wird. Gemäß Art. 87 Abs. 1 VvB dürfen ohne gesetzliche Grundlage weder Steuern noch Abgaben erhoben noch Anleihen aufgenommen oder Sicherheiten gewährt werden. Diese Verfassungsnorm dient der Sicherung des parlamentarischen Budgetrechts und ergänzt insoweit Art. 85 Abs. 1 VvB, der eine gesetzliche Grundlage für den Landeshaushalt vorschreibt.

Der Begriff der Anleihe entspricht dem des Kredits, wie er in Art. 87 Abs. 2 VvB verwendet wird.<sup>7</sup> Eine Kreditaufnahme erfolgt durch § 23.7 des Konsortialvertrages offensichtlich nicht. Es könnte jedoch die Leistung einer Sicherheit vorliegen. Unter Sicherheiten im Sinne des Art. 87 Abs. 1 VvB versteht man Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen.<sup>8</sup> Eine einfachgesetzliche Konkretisierung von Art. 87 Abs. 1

---

<sup>6</sup> Zu den Einzelheiten vgl. § 23.7 des Konsortialvertrages (Fn. 3), S. 35.

<sup>7</sup> VerfGH Berlin, NVwZ-RR 2003, S. 537, 539; Korbmacher, in: Driehaus (Hrsg.), Verfassung von Berlin, Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 87 Rn. 7; Pfennig, in: Pfennig/Neumann (Hrsg.), Verfassung von Berlin, 3. Aufl. 2000, Art. 87 Rn. 10.

<sup>8</sup> Korbmacher (Fn. 7), Art. 87 Rn. 5; Pfennig (Fn. 7), Art. 87 Rn. 10.

VvB enthält § 39 Abs. 1 der Landeshaushaltsordnung (LHO)<sup>9</sup>, wonach die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Inhaltlich entspricht § 39 Abs. 1 LHO insoweit Art. 115 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG)<sup>10</sup>, der für die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen ebenfalls eine Ermächtigung durch Gesetz vorschreibt.

Der Begriff der Bürgschaft im Sinne von § 39 Abs. 1 LHO, Art. 115 Abs. 1 GG entspricht dem Bürgschaftsbegriff des § 765 Abs. 1 BGB.<sup>11</sup> Hierbei verpflichtet sich der Bürge vertraglich, gegenüber dem Gläubiger eines Dritten für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Dass sich das Land Berlin in § 23.7 des Vertrages für eine Verbindlichkeit der Berliner Wasserholding AG oder der privaten Anteilseigner verbürgt, ist dieser Regelung nicht zu entnehmen. Eine Bürgschaft liegt somit nicht vor.

Garantien sind Verpflichtungen, einem anderen für das Ausbleiben eines Nachteils oder den Eintritt eines Vorteils finanziell einzustehen (z. B. Staatsgarantien für Leihgaben in Kunstaustellungen oder finanzielles Einstehen für Mehrkosten bei der Erfüllung von Verträgen). Bei den sonstigen Gewährleistungen handelt es sich um einen Auffangbegriff für Rechtsgeschäfte, deren Hauptzweck die Übernahme der finanziellen Risiken eines Dritten durch den Staat ist (z. B. die sog. Hermes Kredite oder Verpflichtungen aus Kreditaufträgen gemäß § 778 BGB).<sup>12</sup>

Unabhängig von der Art der Garantie oder Gewährleistung muss die Risikoübernahme durch den Staat jeweils der Hauptzweck des Vertrages sein; nicht erfasst sind Rechtsgeschäfte, bei denen die Übernahme eines finanziellen Risikos nur Nebenleistung und nicht Hauptzweck ist.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> In der Fassung vom 30. Januar 2009 (GVBl. S. 31, 486), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. September 2011 (GVBl. S. 492).

<sup>10</sup> Vom 23. Mai 1949, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juli 2012 (BGBl. I, S. 944).

<sup>11</sup> Heintzen, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 115 Rn. 12; Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Stand 2011, Art. 115 Rn. 14.

<sup>12</sup> Heintzen (Fn. 11), Art. 115 Rn. 12; Hauser, in: Heuer/Engel/Eibelshäuser (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht, Stand 2011, Art. 115 Rn. 14; vgl. auch Nebel (Fn. 11), Art. 115 Rn. 14; Kube, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand 2011, Art. 115 Rn. 80, 81.

<sup>13</sup> Heintzen (Fn. 11), Art. 115 Rn. 12; Hauser (Fn. 12), Art. 115 Rn. 14; Nebel (Fn. 11), Art. 115 Rn. 14; Kube (Fn. 12), Art. 115 Rn. 81; Wendt, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 115 Rn. 24.

Fraglich ist, ob die in § 23.7 des Konsortialvertrages enthaltenen Zusagen des Landes Berlin als Garantien oder sonstige Gewährleistungen anzusehen sind.

Üblicherweise werden durch Garantien oder sonstige Gewährleistungen Rechtsgeschäfte Dritter abgesichert, an deren Zustandekommen der Staat zwar ein politisches Interesse hat (insbesondere auf dem Gebiet der Wirtschaftsförderung), bei denen er selbst aber nicht an den Geschäften beteiligt ist. Dagegen ist der hier in Rede stehende § 23.7 Teil eines Vertrages, den das Land Berlin selber mit privatrechtlichen Gesellschaften geschlossen hat. Er dient der Absicherung der wirtschaftlichen Interessen dieser Vertragspartner, nicht der Absicherung Dritter. Die Regelung ist daher schon von ihrer Zielrichtung her nicht der typische Fall einer Gewährleistung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 VvB, § 39 Abs. 1 LHO. Aus der andersartigen Interessenkonstellation ergibt sich zudem, dass die Risikoabsicherung hier nicht (wie es aber für das Vorliegen einer Gewährleistung im obigen Sinne erforderlich wäre) der Hauptzweck des Konsortialvertrages ist. Es handelt sich bei ihm um ein Vertragswerk, durch das die Berliner Wasserbetriebe teilprivatisiert und dabei rechtlich neu eingebunden werden. § 1 nennt als gemeinsame Ziele der Vertragsparteien den Ausbau und die Sicherung einer kostengünstigen, wettbewerbsfähigen und dauerhaften Trinkwasserversorgung, die Weiterentwicklung der BWB-Gruppe zu einer international wettbewerbsfähigen Unternehmensgruppe und die Entwicklung des Standorts Berlin zu einem internationalen Kompetenzzentrum für Wasser- und Abwassermanagement.<sup>14</sup> Gemäß § 6 leisten die privaten Anteilseigentümer eine Einlage in Höhe von 3,05 Milliarden DM. Gemäß § 7 erwerben sie eine Beteiligung von 49,9% am Grundkapital der Berliner Wasser AG.<sup>15</sup>

§ 23 des Vertrages betrifft demgegenüber nur eine mögliche Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Vertrages. Als Änderung dieser Rahmenbedingungen wird in § 23.7 auch eine mögliche Unwirksamkeit von § 3 TPrG behandelt. Hierbei handelt es sich nach dem Gesamtbild aber nur um einen Teilbereich des gesamten Vertragswerks und nicht etwa um den Hauptzweck des Konsortialvertrages. Letzteres ist nach dem oben dargelegten aber die Voraussetzung, um das Vorliegen einer Garantie oder sonstigen Gewährleistung in dem hier geforderten Sinn bejahen zu können.

---

<sup>14</sup> Konsortialvertrag (Fn. 3), S. 21.

<sup>15</sup> Konsortialvertrag (Fn. 3), S. 25.

Als Ergebnis zu Frage 1 ist daher festzuhalten, dass die Absicherung der Investoren durch § 23.7 des Konsortialvertrages nicht als Garantie oder sonstige Gewährleistung angesehen werden kann und somit keine Sicherheitsleistungen gemäß Art. 87 Abs. 1 VvB darstellt.

Der zweite Teil der Frage 1 hat sich damit erledigt.

**B. Zu Frage 2:** Führt ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin zur Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages, weil damit ein Nichtigkeitsgrund gemäß §§ 134, 138 BGB (gegebenenfalls in Verbindung mit § 59 Abs. 1 VwVfG in Verbindung mit § 1 VwVfG Bln) gegeben ist? Welche Sichten werden hierzu in Lehre und Rechtsprechung vertreten?

Für die Beantwortung dieser Frage wird – trotz des soeben dargestellten Ergebnisses zu Frage 1 – zum Zweck der weiteren rechtlichen Prüfung unterstellt, dass durch § 23.7 des Konsortialvertrages eine Sicherheit im Sinne des Art. 87 Abs. 1 VvB geleistet worden ist, ohne dass hierfür eine gesetzliche Grundlage gegeben war. Ferner wird unterstellt, dass es sich bei dem Konsortialvertrag um einen privatrechtlichen Vertrag handelt, auf den die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) unmittelbar anwendbar sind.

#### 1. Mögliche Nichtigkeit gemäß § 134 BGB

Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Zu prüfen ist daher, ob Art. 87 Abs. 1 VvB, wonach die Leistung von Sicherheiten einer gesetzlichen Grundlage bedarf, ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB ist. Wäre dies der Fall, würde ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 VvB zur Nichtigkeit von § 23.7 des Vertrages führen.

Art. 87 Abs. 1 VvB ist eine Verfassungsnorm aus dem Bereich des Staatsorganisationsrechts, dessen Gegenstand die Regelung des Zusammenwirkens der staatlichen Organe ist. Die Vorschrift gehört überdies zum Abschnitt 8 der Verfassung von Berlin, der das Finanzwesen des Landes Berlin regelt und hierbei schwerpunktmäßig Vorschriften über den Haushaltsplan, das Haushaltsverfahren und die Kreditaufnahme enthält.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Vgl. hierzu Korbmacher (Fn. 7), Vor Art. 85 Rn.1.

Es stellt sich die Frage, ob Vorschriften aus dem Bereich des Finanzverfassungsrechts Auswirkungen auf den allgemeinen Rechtsverkehr haben und damit gegebenenfalls auch Verbotsgesetze gemäß § 134 BGB darstellen können. Das Bundesverfassungsgericht hat dies zunächst offen gelassen<sup>17</sup>, später aber festgestellt, dass Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG (der inhaltlich Art. 87 Abs. 1 VvB entspricht) keine Kompetenzen oder Befugnisse des Bundes im Verhältnis zum Einzelnen begründet. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts betrifft Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG nur das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative und entfaltet seine Wirkungen nur im Inter-Organ-Verhältnis zwischen Parlament und Regierung.<sup>18</sup> Diese Anschauung lässt keinen Raum für eine Geltung von Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG auf dem Gebiet des Privatrechts und schließt somit auch eine Funktion dieser Rechtsnorm als Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB aus. Konsequenterweise hat das Bundesverfassungsgericht in einer späteren Entscheidung festgestellt, das Haushaltsgesetz äußere seine Rechtswirkungen (nur) im organschaftlichen Rechtskreis. Hierbei hat das Gericht auf § 3 Abs. 2 der Bundeshaushaltsordnung<sup>19</sup> verwiesen, wonach durch den Haushaltsplan Ansprüche und Verbindlichkeiten weder begründet noch aufgehoben werden.<sup>20</sup> Auch diese Entscheidung deutet darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht keine Auswirkungen des Haushaltsrechts auf das Privatrecht anerkennt.

Die zivilrechtliche Rechtsprechung hat sich bisher noch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob Normen aus dem Bereich des Haushaltsrechts Verbotsgesetze gemäß § 134 BGB sein können. Soweit sie Vorschriften des Verfassungsrechts als Verbotsgesetze eingestuft hat, ging es überwiegend um Fälle, in denen die öffentliche Hand auf dem Gebiet des Privatrechts tätig geworden ist und dabei die Grundrechte der Betroffenen nicht hinreichend beachtet hat.<sup>21</sup> Die Bewertung von Grundrechten als mögliche Verbotsgesetze findet ihre Begründung darin, dass der Staat durch die Wahl privatrechtlicher Handlungsformen nicht die Möglichkeit haben soll, sich seiner Bindung an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) zu entziehen. Daneben hat

---

<sup>17</sup> BVerfGE 20, 56, 92.

<sup>18</sup> BVerfGE 67, 256, 281.

<sup>19</sup> Vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Gesetz vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1885).

<sup>20</sup> BVerfGE 79, 311, 327.

<sup>21</sup> Nachweise bei Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, § 134 Rn. 33; Sack, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Dreizehnte Bearbeitung 1996, § 134 Rn. 39 ff. sowie zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht zur Drittwirkung der Grundrechte §134 Rn. 241.



der Bundesgerichtshof auch Art. 48 Abs. 2 Satz 2 GG als Verbotsgesetz angesehen.<sup>22</sup> Nach dieser Regelung ist eine Kündigung oder Entlassung, die aufgrund der Übernahme und Ausübung eines Abgeordnetenmandats erfolgt, unzulässig. Diese Verfassungsnorm hat bereits ihrem Wortlaut nach eindeutig die Funktion, Abgeordnete zu schützen und lässt aufgrund dieser spezifischen Ausrichtung keine weiteren Rückschlüsse auf die Einordnung sonstiger Vorschriften der Verfassung als Verbotsnormen zu. Das Landgericht Braunschweig hat die Vereinbarung, bei einem Wechsel der Partei entweder das Mandat niederzulegen oder eine Vertragsstrafe zu zahlen, wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 der Niedersächsischen Verfassung<sup>23</sup>, der inhaltlich Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG entspricht und die Freiheit des Mandats schützt, gemäß § 134 BGB als nichtig angesehen.<sup>24</sup> Diese Entscheidung liegt auf derselben Linie wie das Urteil des Bundesgerichtshofs zu Art. 48 Abs. 2 Satz 2 GG und betrifft ebenfalls den Schutz des freien Mandats. Ferner hat der Bundesgerichtshof die Vereinbarung über eine Infrastrukturabgabe als möglicherweise gemäß § 134 BGB nichtig angesehen, da die Vereinbarung gegen das aus Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitende Verbot, Abgaben anders als nach gesetzlichem Maßstab zu erheben, verstoßen könne.<sup>25</sup> Auch in dieser Entscheidung wird ein Rechtssatz als Verbotsgesetz herangezogen, der dem Schutz individueller Rechtspositionen dient, da durch das Verbot die Rechte möglicher Abgabenschuldner gewahrt werden sollen. Aufschlüsse zu der Frage, inwieweit Normen des Finanzverfassungsrechts Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sein können, lassen sich somit aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung nicht gewinnen. Auch die Literatur zum Bürgerlichen Recht trifft insoweit keine Aussagen.<sup>26</sup> Nach der herrschenden Meinung in der Literatur zum Staatsrecht ist Art. 115 Abs. 1 GG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, sodass eine fehlende gesetzliche Ermächtigung die privatrechtliche Wirksamkeit von Gewährleistungsverträgen nicht berührt.<sup>27</sup> Die herrschende Meinung verdient Zustimmung. Verfassungsnormen wie

---

<sup>22</sup> BGHZ 43, 384, 387.

<sup>23</sup> Dieser Norm entspricht Art. 12 der gegenwärtig geltenden Niedersächsischen Verfassung vom 19. Mai 1993 (Nds. GVBl. S. 107), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juni 2009 (Nds. GVBl. S. 276).

<sup>24</sup> LG Braunschweig, DVBl. 1970, S. 591.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 18. September 2009 – V ZR 2/09, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn. 6, 9.

<sup>26</sup> Zu den Grundrechten als Verbotsgesetze vgl. Ellenberger, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl. 2011, § 134 Rn. 4; Wendtland, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 2007, § 134 Rn. 8.

<sup>27</sup> Heintzen (Fn. 11), Art. 115 Rn. 14; Kube (Fn. 12), Art. 115 Rn. 228; Hauser (Fn. 12), Art. 115 Rn. 14; Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 115 Rn. 17; Höfling/Rixen, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 2012, Art. 115

Art. 115 Abs. 1 GG oder Art. 87 Abs. 1 VvB gehören dem Staatsorganisationsrecht an und behandeln die Rechtsstellung staatlicher Organe. Es wäre rechtssystematisch gesehen nicht vertretbar, wenn man aus derartigen Vorschriften Rechtsfolgen für den Bereich des Privatrechts herleiten würde. In diesem Zusammenhang ist auch § 3 Abs. 2 LHO zu beachten, wonach durch den Haushaltsplan Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründet noch aufgehoben werden. Diese Vorschrift zeigt eindeutig, dass es sich bei dem Haushaltsrecht um staatliches Innenrecht ohne Auswirkungen auf Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürgern handelt. Würde der Staat gegenüber seinen Vertragspartnern die Nichtigkeit von Verträgen gemäß § 134 BGB geltend machen können, weil es für Ausgaben oder Verpflichtungen an der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigung fehlt, so wäre dies im Übrigen auch unvereinbar mit dem Rechtsstaatsprinzip. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt der Grundsatz des Vertrauensschutzes.<sup>28</sup> Dieser Grundsatz würde verletzt, wenn fehlende Ermächtigungen im innerstaatlichen Bereich zur Nichtigkeit von Verträgen führen könnten und sich so zu Lasten der Bürger auswirken würden. Es ist den Staatsbürgern nicht zuzumuten, sich bei allen Verträgen, die sie mit staatlichen Stellen abschließen, vorab zu vergewissern, ob diese Verträge eine hinreichende haushaltsrechtliche Grundlage haben.

Art. 87 Abs. 1 VvB ist daher nicht als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anzusehen. Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für § 23.7 des Konsortialvertrages führt folglich nicht zur Nichtigkeit dieser Regelung.

## 2. Mögliche Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB

Gemäß § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Würde § 23.7 des Vertrages gegen die guten Sitten verstoßen, würde dies mithin zur Nichtigkeit der Regelung führen.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann auch in einem Verhalten gegenüber der Allgemeinheit liegen, insbesondere wenn die Vertragsparteien wissen und akzeptieren, dass die Vertragsleistung einer Partei unter Verstoß gegen Gesetze erbracht werden soll, die im Interesse der Allgemeinheit bestehen.<sup>29</sup> Daher hat der Bundesgerichtshof

---

Rn. 121; a. A. Wolf; Parlamentarisches Budgetrecht und Wirksamkeit zivilrechtlicher Verträge, NJW 2012, S. 812, 816.

<sup>28</sup> Vgl. Driehaus, in: Driehaus (Fn. 7), Vorspruch Rn. 8; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 30, 78 m.w.N.

<sup>29</sup> BGHZ 36, 395; ähnlich BGH, NVwZ-RR 2007, S. 47, 48 m.w.N.

Rechtsgeschäfte gemäß § 138 Abs. 1 BGB für nichtig angesehen, bei denen gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung oder gegen ein kommunalrechtliches Verbot, das Gemeinvermögen zu schmälern, verstoßen wurde.<sup>30</sup> Ferner sind Rechtsgeschäfte als nichtig angesehen worden, die gegen Grundrechte oder Grundprinzipien der Verfassung, wie etwa das Sozialstaatsprinzip oder das Rechtsstaatsprinzip, verstoßen haben.<sup>31</sup>

Wendet man die Maßstäbe, die der Bundesgerichtshof für Rechtsgeschäfte der Kommunen entwickelt hat, auf § 23.7 des Konsortialvertrages an, so lässt sich ein Verstoß gegen den Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung nicht feststellen. Es ist nicht ersichtlich, dass durch diese Vertragsklausel Vermögenswerte des Landes Berlin regelrecht verschleudert werden. Ein grundrechtswidriger Vertragsinhalt oder ein Verstoß gegen allgemeine Verfassungsgrundsätze ist ebenfalls nicht erkennbar. Selbst wenn man einen Verstoß gegen das parlamentarische Budgetrecht und gegen das Demokratieprinzip annehmen würde, so ist angesichts der diffizilen Rechtslage nicht davon auszugehen, dass sowohl der Senat von Berlin wie auch die privaten Anteilseigner sich dessen bewusst oder in grob fahrlässiger Weise nicht bewusst waren.

Im Ergebnis führt daher auch eine Prüfung nach Maßgabe von § 138 Abs. 1 BGB nicht zur Nichtigkeit des § 23.7 des Konsortialvertrags.

**C. Zu Frage 3:** Erfasst eine mögliche Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrags gemäß § 139 BGB – unter Berücksichtigung von § 47.3 des Konsortialvertrages – den gesamten Konsortialvertrag?

§ 139 BGB lautet: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“ Es stellt sich die Frage, ob eine Nichtigkeit von § 23.7 des Vertrages gemäß § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Konsortialvertrages führen würde.

---

<sup>30</sup> BGH, NVwZ-RR 2007, S. 47, 49 m.w.N.; vgl. auch Gröpl, Bundeshaushaltsordnung, Kommentar, 2011, § 63 BHO Rn. 11.

<sup>31</sup> Nachweise bei Armbrüster (Fn. 21), § 138 Rn. 20 ff.; vgl. auch Sack (Fn. 21), § 138 Rn. 40; Ellenberger (Fn. 26), § 138 Rn. 42.

Dagegen könnte § 47.3 des Vertrages sprechen, wonach durch die Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen die Gültigkeit des restlichen Vertrages nicht berührt werden soll. § 47.3 sieht vor, dass anstelle der unwirksamen Bestimmung eine angemessene Regelung gelten soll, die dem Willen der Vertragsparteien zur Ausfüllung der entstandenen Lücke möglichst weitgehend entspricht.<sup>32</sup> Die von § 139 BGB angeordnete Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit steht zur Disposition der Vertragsparteien.<sup>33</sup> Daher ist es grundsätzlich zulässig, in Verträge Klauseln einzufügen, die bewirken sollen, dass ein teilweise nichtiger Vertrag in seinen übrigen Teilen weiter gilt. Die im Geschäftsverkehr üblichen, standardmäßig verwendeten salvatorischen Erhaltungsklauseln entbinden normalerweise nicht von der Abwägung von Parteieninteressen an der Erhaltung oder Unwirksamkeit des Vertrages; sie bewirken lediglich abweichend von § 139 BGB eine Beweislastumkehr zulasten desjenigen, der sich auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrages beruft.<sup>34</sup> In solchen Fällen kann der Vertrag daher trotz der salvatorischen Klausel insgesamt nichtig sein.

Von einer solchen Standardklausel kann bei § 47.3 des Konsortialvertrages jedoch nicht ausgegangen werden. Der Umfang der Regelung und ihre detaillierte Ausformulierung weisen auf ein gesteigertes Interesse der Vertragsparteien an der Aufrechterhaltung des Vertrages hin. Allerdings kann der Tatbestand eines Vertrages trotz einer Erhaltungsklausel unter Umständen nicht mehr vom Parteiwillen gedeckt sein, wenn ein Vertragsteil von grundlegender Bedeutung nichtig ist.<sup>35</sup> Zu erwägen ist, ob eine Nichtigkeit des § 23.7 unter diesem Aspekt die Nichtigkeit des gesamten Vertrages nach sich ziehen würde. Dafür könnte sprechen, dass eine Absicherung der Rendite für die privaten Anteilseigentümer von erheblicher Bedeutung ist.

Allerdings ist auch zu beachten, dass § 23.7 nicht die Einräumung der Rendite selber regelt, sondern nur den Fall betrifft, dass § 3 TPrG, der die Verzinsung des Kapitals gesetzlich gewährleistet, für nichtig erklärt wird. Durch § 23.7 verpflichtet sich das Land Berlin zu Maßnahmen, die eine weitgehende Absicherung der Renditeinteressen zum Zweck haben. Wäre diese Regelung unwirksam, würden damit nicht die Ansprüche auf Rendite, sondern nur die Verpflichtung des Landes Berlin zur Durchführung der zu-

---

<sup>32</sup> Konsortialvertrag (Fn. 3), S. 50.

<sup>33</sup> Busche, in: Münchener Kommentar (Fn. 21), § 139 Rn. 7; Roth, in: Staudinger (Fn. 21), § 139 Rn. 22; Ellenberger (Fn. 26), § 139 Rn. 17.

<sup>34</sup> Ellenberger (Fn. 26), § 139 Rn. 17 m.W.M.; Busche (Fn. 33); § 139 Rn. 8; a.A. Roth (Fn. 33), Art. 139 Rn. 22.

<sup>35</sup> Vgl. BGH, NJW 1996, S. 773, 774; BGH, NJW 2010, S. 1660; Ellenberger (Fn. 26), § 139 Rn. 17; Busche (Fn. 33), § 139 Rn. 8.

gesicherten Maßnahmen entfallen. Über die Rendite müsste damit neu verhandelt werden. Ob die privaten Anteilseigentümer das hieraus resultierende Risiko so hoch einschätzen, dass aus ihrer Sicht der gesamte Vertrag nicht mehr aufrechterhalten bleiben soll, lässt sich von außen naturgemäß schwer beurteilen. Der in § 43.3 dezidiert geäußerte Wille, bei der Nichtigkeit einzelner Vertragsklauseln dennoch am Vertrag festzuhalten und angemessene Regelungen zum Ersatz von unwirksamen Vertragsbestandteilen zu finden, deutet aber eher darauf hin, dass sie auch im Falle der Unwirksamkeit von § 23.7 am Vertrag festhalten würden, sodass der Fortbestand des Vertrages insgesamt als vom Parteiwillen gedeckt anzusehen ist.

Eine mögliche Nichtigkeit von § 23.7 erfasst daher im Ergebnis nicht den gesamten Konsortialvertrag.

**D. Zu Frage 4:** Vor welchem Gericht müsste die Nichtigkeit des Konsortialvertrages durch den Senat für das Land Berlin geltend gemacht werden?

Fraglich ist, ob die Nichtigkeit des Vertrages vor einem ordentlichen Gericht oder vor dem Verwaltungsgericht geltend gemacht werden müsste.

Das Verwaltungsgericht wäre zuständig, wenn es sich hierbei um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO handeln würde. Hierzu gehören auch Streitigkeiten über öffentlich-rechtliche Verträge. Dies sind alle Verträge, die ihre Grundlagen im öffentlichen Recht haben, die also aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften geschlossen werden.<sup>36</sup> Typisch hierfür sind Vereinbarungen, die an die Stelle eines Verwaltungsakts treten. Dass ein Vertrag der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, macht ihn dagegen noch nicht zum öffentlich-rechtlichen Vertrag.<sup>37</sup>

Gemessen an diesen Kriterien stellt der Konsortialvertrag keinen öffentlich-rechtlichen Vertrag dar. Er hat die Gründung der Berliner Wasserholding AG zum Inhalt. Rechtlich gesehen liegt die behandelte Materie somit auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, das nicht zum öffentlichen Recht gehört. Das Teilprivatisierungsgesetz bestimmt

---

<sup>36</sup> BVerwG NJW 1995, S. 1105; BGHZ 102, 343; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2010, § 40 Rn. 23; Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs; Verwaltungs-verfahrensgesetz, 7. Aufl. 2008, § 54 Rn. 76.

<sup>37</sup> Kopp/Schenke (Fn. 36), § 40 Rn. 23; Bonk (Fn. 36), § 54 Rn. 76.

den Charakter des Vertrages nicht. Dieses Gesetz dient nur dazu, bestimmte rechtliche Voraussetzungen für die Konstruktion einer öffentlichen Anstalt mit privaten Beteiligungen zu schaffen (vgl. § 1 TPrG), ist aber nicht maßgeblich für den Inhalt des entsprechenden Vertrags. Somit liegt kein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor. Daher ist auch keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, die den Verwaltungsrechtsweg eröffnen würde, gegeben.

Die Nichtigkeit des Vertrags müsste also vor einem ordentlichen Gericht geltend gemacht werden. Zuständig wäre gemäß § 71 Abs. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG)<sup>38</sup> das Landgericht, da der Streitwert jedenfalls 5000 Euro übersteigen würde, was die Zuständigkeit eines Amtsgerichts (§ 23 Nr. 1 GVG) ausschließt.

Gegen die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs spricht aber die in § 44.2 des Konsortialvertrages enthaltene Schiedsklausel<sup>39</sup> im Sinne des § 1029 der Zivilprozessordnung (ZPO). Nach dieser Regelung ist für alle Streitigkeiten, die sich aus dem Konsortialvertrag ergeben (einschließlich Streitigkeiten über dessen Gültigkeit), der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen. Statt dessen ist aufgrund der in Anlage 44.2 des Vertrages enthaltenen Schiedsvereinbarung zu entscheiden. Der Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs soll auch für Streitigkeiten über die Gültigkeit der Schiedsklausel gelten.

Allerdings kann ein schiedsrichterliches Verfahren gemäß § 1030 Abs. 2 ZPO durch entgegenstehende gesetzliche Regelungen eingeschränkt oder ausgeschlossen sein. Die hier vorliegende Schiedsvereinbarung verstößt aber nicht gegen gesetzliche Vorschriften im Sinne des § 1030 Abs. 3 ZPO und ist daher nicht unwirksam. Dies ergibt sich aus Folgendem: Gesetzliche Vorschriften im Sinne dieser Regelung sind Normen, die Schiedsvereinbarungen untersagen oder aus deren Sinngehalt sich die Unzulässigkeit oder Unwirksamkeit solcher Vereinbarungen ergibt. Zu denken ist hierbei insbesondere an Regelungen des Familienrechts (§ 1822 Nr. 12 BGB), des Gesellschaftsrechts oder des Wertpapierrechts.<sup>40</sup> Allgemeine Verfassungsgrundsätze wie das Demokratieprinzip oder das Rechtsstaatsprinzip sind dagegen keine Vorschriften im Sinne des § 1030 Abs. 3 ZPO.

---

<sup>38</sup> In der Fassung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582).

<sup>39</sup> Konsortialvertrag (Fn. 3), S. 48.

<sup>40</sup> Vgl. die Beispiele bei Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 70. Aufl. 2012, § 1030 Rn. 12; Reichold, in: Thomas/Putzo, Zivilprozeßordnung, Kommentar, § 1030 Rn. 5.

Ein Verstoß gegen derartige Verfassungsgrundsätze würde also keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Schiedsklausel haben. Es besteht somit lediglich die Möglichkeit, gemäß § 1032 Abs. 1 oder Abs. 2 ZPO die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung überprüfen zu lassen. Käme das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Vereinbarung unwirksam ist, wäre der Rechtsweg zum Landgericht frei. Die Regelung in § 44.2 des Vertrages, wonach auch die Gültigkeit der Schiedsklausel ausschließlich durch das Schiedsgericht überprüfbar sein soll, steht der Prüfung der Klausel durch staatliche Gerichte nicht entgegen.<sup>41</sup>

**E. Zu Frage 5:** Kann das Abgeordnetenhaus von Berlin im Rahmen eines Organstreitverfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin eine Geltendmachung der Nichtigkeit des Konsortialvertrages durch den Senat von Berlin erzwingen, wenn der Senat nicht von sich aus tätig wird?

Im Organstreitverfahren gemäß Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 VvB, § 14 Nr. 1 VerfGHG entscheidet der Verfassungsgerichtshof über die Auslegung der Verfassung von Berlin aus Anlass von Streitigkeit über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Landesorgans oder anderer Beteiligter, die durch die Verfassung von Berlin oder durch die Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Voraussetzung für die Zulässigkeit ist, dass die Parteien oberste Verfassungsorgane oder andere Beteiligte sind, die um die Geltendmachung verfassungsrechtlicher Rechtspositionen streiten.<sup>42</sup>

Das Abgeordnetenhaus und der Senat sind unzweifelhaft Verfassungsorgane des Landes Berlin. Fraglich erscheint jedoch, ob sich das Abgeordnetenhaus im Streit um die Geltendmachung der Nichtigkeit des Konsortialvertrages auf eine verfassungsrechtliche Rechtsposition berufen könnte.

Es besteht keine Befugnis des Abgeordnetenhauses, den Senat rechtsverbindlich zum Abschluss und zur Anfechtung von Verträgen oder zum gerichtlichen Vorgehen gegen Verträge anzuweisen. 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 Verwaltung ausgeübt. Die Erteilung von Weisungen zum Umgang mit Ver-

---

<sup>41</sup> BGH, Zeitschrift für Schiedsverfahren 2005, S. 95, 97; Voit, in: Musielak, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 1032 Rn. 3 m.w.M.

<sup>42</sup> VerfGH Berlin, LVerfGE 1, 105, 122; 2, 43, 51; von Lampe, in: Pfennig/Neumann (Fn. 7), Art. 84 Rn. 42.

trägen 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. Das Abgeordnetenhaus muss seine Kontrollbefugnis im politischen und rechtlich vorgegebenen Rahmen ausüben<sup>43</sup> und kann nicht durch Anweisungen an den Senat in den Rechtsverkehr zwischen Staat und Bürgern eingreifen. Daher ist auch aus dem parlamentarischen Budgetrecht keine verfassungsrechtliche Befugnis ableitbar, die das Abgeordnetenhaus im Organstreitverfahren geltend machen könnte.

Als Ergebnis ist mithin festzuhalten: Eine entsprechende Organklage würde vom Verfassungsgerichtshof wahrscheinlich als unzulässig oder – wenn das Gericht eine Verletzung von verfassungsrechtlichen Rechtspositionen nicht für offensichtlich ausgeschlossen halten würde – jedenfalls als unbegründet angesehen werden.

**F. Zu Frage 6:** Welche Antragsfrist ist bei einem solchen Verfassungsgerichtsverfahren zu beachten, und wann fängt die Antragsfrist bei einem monierten Unterlassen des antragsgegnerischen Staatsorgans an zu laufen?

Gemäß § 37 Abs. 3 VerfGHG muss der Antrag im Organstreitverfahren binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden. Zu einer möglichen Unterlassung des Gesetzgebers hat der Verfassungsgerichtshof Berlin ausgeführt, es müsse ein konkreter Zeitpunkt feststehen oder feststellbar sein, zu dem der Gesetzgeber spätestens hätte tätig werden müssen.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Vgl. Musil/Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, 3. Aufl. 2012, Rn. 446, 449; Korbmacher (Fn. 7), vor Art. 85, Rn. 4.

<sup>44</sup> VerfGH Berlin, LVerfGE 3, 86, 94.



Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beginnt beim gesetzgeberischen Unterlassen die Antragsfrist spätestens dann zu laufen, wenn sich der Gesetzgeber erkennbar und eindeutig weigert, in der Weise tätig zu werden, die der Antragsteller zur Wahrung des Rechts aus seinem verfassungsrechtlichen Status für erforderlich hält.<sup>45</sup> Überträgt man diese Erwägungen auf das Unterlassen des Senats, die Nichtigkeit des Konsortialvertrages gerichtlich geltend zu machen, so könnte man daraus folgern, dass die Frist des § 37 Abs. 3 VerfGHG dann zu laufen beginnt, wenn sich der Senat nach einer entsprechenden Aufforderung des Abgeordnetenhauses oder anderer Beteiligter erkennbar und eindeutig weigert, tätig zu werden.

Er erscheint aber zweifelhaft, ob eine solche Argumentation dem Schutz der Rechtssicherheit, der durch § 37 Abs. 3 VerfGHG gewährleistet werden soll, hinreichend Rechnung trägt. Das Ziel der Aktivitäten der Antragsteller ist letztlich nicht ein Verhalten des Senats, sondern die Beseitigung des Konsortialvertrags; das Verfahren würde mit der Intention betrieben, mit Hilfe des Senats die gerichtliche Nichtigkeitsfeststellung des Vertrags zu erreichen. Wie ein Gesetz, so ist aber auch der Vertrag das Ergebnis eines rechtlichen Kurationsakts. Dies spricht dafür, beim gerichtlichen Vorgehen gegen einen Vertrag dieselben prozessualen Maßstäbe anzuwenden wie bei der Organklage gegen ein Gesetz. Im Falle des Erlasses einer Rechtsnorm beginnt die Sechs-Monats-Frist mit deren Verkündung, mit der die Norm zugleich als allgemein bekannt geworden gilt.<sup>46</sup> Es erscheint prozessual nicht zulässig, die Befristung der Klagemöglichkeit dadurch zu unterlaufen, dass man den Gesetzgeber nach Ablauf der Frist auffordert, nunmehr das Gesetz wieder aufzuheben, und im Falle seiner Weigerung eine Organklage wegen legislativen Unterlassens zu erheben. Hierdurch würde die Befristung der Klagemöglichkeit leerlaufen. Es erscheint naheliegend, einen Vertrag prozessual entsprechend zu behandeln. Maßgeblicher Zeitpunkt im Sinne des § 37 Abs. 3 VerfGHG ist dann der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, also der 18. Juni 1999, oder - spätestens - der Zeitpunkt der Veröffentlichung im Internet am 10. November 2010, und nicht etwa der Zeitpunkt, an dem sich der Senat weigert, gegen den Vertrag gerichtlich vorzugehen. Da für diese Betrachtungsweise die oben angestellten Erwägungen sprechen, ist nach der hier vertretenen Auffassung die Sechs-Monats-Frist des § 37 Abs. 3 VerfGHG bereits abgelaufen.

---

<sup>45</sup> BVerfGE 92, 80, 89; 103, 164, 171; vgl. auch Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 64 Rn. 18; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Stand 2011, § 64 Rn. 133.

<sup>46</sup> BVerfGE 24, 252, 258; 67, 65, 70.

Im Ergebnis ist eine Organklage daher auch unter dem Aspekt der Verfristung nicht als aussichtsreich anzusehen.

**G. Zu Frage 7:** Wären in Prozessstandschaft für das Abgeordnetenhaus von Berlin im Rahmen eines Organstreitverfahrens auch einzelne Abgeordnete, Fraktionen oder ein Abgeordnetenquorum vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin antragsbefugt?

Unter Prozessstandschaft versteht man die prozessuale Geltendmachung fremder Rechte in eigenem Namen.<sup>47</sup> Die Prozessstandschaft ist untypisch für das Prozessrecht, da üblicherweise nur der Inhaber eines Rechts dieses gerichtlich durchsetzen darf. Aus der Formulierung in § 37 Abs. 1 VerfGHG, wonach der Antragssteller geltend machen kann, dass er oder das Organ, dem er angehört, in seinen Rechten verletzt ist, lässt sich hinsichtlich des Organstreitverfahrens auf die Zulässigkeit einer Prozessstandschaft schließen.<sup>48</sup> Allerdings soll die Möglichkeit von Prozessstandschaften aufgrund ihres Ausnahmecharakters gegenüber der üblichen gerichtlichen Wahrnehmung von Rechtspositionen eher restriktiv gehandhabt werden.<sup>49</sup> Im Folgenden ist zu prüfen, inwieweit eine Prozessstandschaft von Teilen des Abgeordnetenhauses zulässig ist.

#### 1. Fraktionen

Eine Prozessstandschaft durch Fraktionen gilt unstreitig als zulässig.<sup>50</sup> Sie sind als „andere Beteiligte“ im Sinne des Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 VvB anzusehen. Das Bundesverfassungsgericht hat als Organteile, die in Prozessstandschaft auftreten können, die nach der Geschäftsordnung des Bundestags ständig vorhandenen Gliederungen des Bundestags angesehen und in diesem Zusammenhang festgestellt, dass der Bundestag durch das in ihm verkörperte politische Gliederungsprinzip erst arbeitsfähig wird. Ferner hat das Gericht ausgeführt, die Zulassung von Prozessstandschaften diene dem parlamentarischen Minderheitenschutz und sichere damit auch die Rechte des Parla-

---

<sup>47</sup> Lechner/Zuck (Fn. 45), § 64 Rn. 3.

<sup>48</sup> Zum Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht vgl. BVerfGE 90, 286, 343; Umbach, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2005, §§ 63, 64 Rn. 6.

<sup>49</sup> Umbach (Fn. 48), §§ 63, 64 Rn. 6.

<sup>50</sup> VerfGH Berlin, LVerfGE 14, 35, 49; 16, 80, 90; Michaelis-Merzbach, in: Driehaus (Fn. 7), Art. 84 Rn. 11; von Lampe, in: Pfennig/Neumann (Fn. 7), Art. 84 Rn. 52.

ments gegenüber der Regierung und der mit ihr übereinstimmenden parlamentarischen Mehrheit.<sup>51</sup>

## 2. Parlamentarische Gruppen

Parlamentarische Gruppen sind gemäß § 9a Abs. 1 GOAbghs Vereinigungen von Mitgliedern des Abgeordnetenhauses, die nicht die Fraktionsmindeststärke gemäß § 7 Abs. 1 GOAbghs erreichen, aber derselben Partei angehören oder sich trotz unterschiedlicher Parteizugehörigkeit unter Zustimmung des Abgeordnetenhauses zusammenschließen. Gemäß § 9a Nr. 2 in Verbindung mit § 7 Abs. 5 GOAbghs müssen sie ihre Gründung sowie die Namen ihrer Mitglieder dem Präsident des Abgeordnetenhauses schriftlich mitteilen. Solche Gruppen sind also nicht mit bloßen Abgeordnetenquoren gleichzusetzen, die sich in Bezug auf streitige politische Themen bilden. Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs von Berlin sind parlamentarische Gruppen aufgrund ihrer Verankerung in der Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses (§§ 9a Abs. 1, 17 Abs. 2, 20 Abs. 4, 40 Abs. 2 GOAbghs) für die Geltendmachung ihrer eigenen parlamentarischen Rechte gemäß dem § 36, 14 Nr. 1 VerfGHG im Organstreitverfahren parteifähig. Die Frage, ob parlamentarische Gruppen auch in Prozessstandschaft für das Parlament handeln können, ist – soweit ersichtlich – gerichtlich noch nicht behandelt worden. Wenn das Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtliche Grundlage für parlamentarische Gruppe ebenso wie für Fraktionen in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG sieht und ihre Rechtsstellung als Partei im Organstreitverfahren anerkennt<sup>52</sup>, so spricht dies für eine prozessuale Gleichbehandlung von Fraktionen und parlamentarischen Gruppen. Auch ist zu berücksichtigen, dass es sich bei derartigen Gruppen um ständig vorhandene Gliederungen des Abgeordnetenhauses handelt, die von der Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses mit bestimmten Rechten ausgestattet werden. Daher wird man davon ausgehen können, dass auch eine Prozessstandschaft von parlamentarischen Gruppen zulässig ist.<sup>53</sup> Gegenwärtig bestehen im Abgeordnetenhaus allerdings keine parlamentarischen Gruppen, sodass diese Frage derzeit ohne praktische Bedeutung ist.

## 3. Einzelne Abgeordnete und Abgeordnetenquoren

---

<sup>51</sup> Vgl. BVerfGE 90, 286, 344; 123, 267, 338 f. m.w.M.

<sup>52</sup> BVerfGE 84, 317 f.; vgl. auch BVerfGE 96, 264, 278.

<sup>53</sup> So auch Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 94, Fn. 86.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind einzelne Abgeordnete nicht befugt, Rechte des Parlaments in Prozesstandschaft geltend zu machen. Dieses Recht sollen nur Organteile im Sinne der §§ 63, 64 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG<sup>54</sup>) haben, die nach Maßgabe der Geschäftsordnung des Bundestags ständig vorhandene organisatorische Gliederungen des Bundestags sind. Hierzu gehören einzelne Abgeordnete nicht.<sup>55</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dazu ausgeführt:

*Zwar trifft es zu, dass jeder einzelne Abgeordnete „Teil“ des Bundestags ist und § 64 Abs. 1 BVerfGG es seinem Wortlaut nach genügen lässt, wenn ein Organenteil im Sinne des § 63 BVerfGG Rechte des Organs, dem es angehört, geltend macht. Der Ausschluss des einzelnen Abgeordneten von der prozesstandschaftlichen Wahrnehmung von Rechten des Bundestags rechtfertigt sich jedoch aus dem aus der Entstehungsgeschichte ersichtlichen Zweck der Öffnung des Organstreitverfahrens für andere Beteiligte als die obersten Bundesorgane. Dies ist vor dem Hintergrund der weitgehenden Übereinstimmung von Regierung und der sie tragenden Parlamentsmehrheit im parlamentarischen Regierungssystem zu sehen und soll nach der Vorstellung des Parlamentarischen Rates vor allem dazu dienen, Oppositionsfraktionen und damit der organisierten parlamentarischen Minderheit als dem Gegenspieler der Regierungsmehrheit den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht zu eröffnen, um somit die tatsächliche Geltendmachung der dem Parlament im Verfassungsgefüge zukommenden Rechte zu ermöglichen ...<sup>56</sup>*

Diese Erwägungen wird man auch auf Gruppen von Abgeordneten anwenden können, die keine organisatorische Verfestigung im Sinne von parlamentarischen Gruppen besitzen. Bloße Abgeordnetenquoten wären gleichfalls keine ständig vorhandenen Gliederungen des Parlaments und damit ebenfalls nicht zur Prozesstandschaft befugt.

Ein Teil der Literatur hat die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, wonach einzelne Abgeordnete von der Prozesstandschaft ausgeschlossen sind, kritisch bewertet. Gerade der Aspekt des Minderheitenschutzes soll nach dieser Auffassung

---

<sup>54</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht in der Fassung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. November 2011 (BGBl. I S. 2302).

<sup>55</sup> BVerfGE 90, 286, 343; 117, 359, 367; 123, 267, 337.

<sup>56</sup> BVerfGE 117, 367 f.

dafür sprechen, einzelne Abgeordnete als Prozessstandschafter für das Parlament zuzulassen.<sup>57</sup>

Ein anderer Teil der Literatur kommt dagegen in Bezug auf einzelne Abgeordnete zu demselben Ergebnis wie das Bundesverfassungsgericht. Die Prozessstandschaft steht nach dieser Auffassung nicht einzelnen Organ-Mitgliedern, sondern nur Organteilen zu.<sup>58</sup> Ein Organteil soll nicht bei jedem Sichzusammenfinden mehrerer Mitglieder vorliegen, sondern nur bei einem festeren, dauerhafteren Zusammenschluss.<sup>59</sup>

Da sowohl das Bundesverfassungsgericht wie auch der überwiegende Teil der Literatur zum Verfassungsprozessrecht eine Prozessstandschaft einzelner Abgeordneter für unzulässig halten, überwiegt die Wahrscheinlichkeit, dass der Verfassungsgerichtshof Berlin eine Organklage eines Abgeordneten zurückweisen würde. Entsprechendes gilt auch für Abgeordnetenquoten.

---

<sup>57</sup> Schlaich/Koriath (Fn. 53), Rn. 94; vgl. auch Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 33.

<sup>58</sup> Umbach (Fn. 48), §§ 63, 64 Rn. 6; Bethge (Fn. 45), § 64 Rn. 89; vgl. auch Lechner/Zuck (Fn. 45), Vor § 17 Rn. 43 Fn. 101; Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 1028, 1029.

<sup>59</sup> Umbach (Fn. 48), §§ 63, 64 Rn. 6.

## H. Ergebnisse

Zu Frage 1: § 23.7 des Konsortialvertrages stellt keine Garantie oder Gewährleistung dar und ist somit auch keine „Sicherheit“ im Sinne des Art. 87 Abs. 1 VvB. Dazu müsste die Risikoübernahme durch den Staat der Hauptzweck des Konsortialvertrages sein. Dies ist aber, wie im Gutachten im Einzelnen dargelegt, nicht der Fall.

Zu Frage 2: Der Konsortialvertrag ist nicht gemäß den §§ 134, 138 BGB nichtig. Verstöße gegen das Haushaltsrecht haben keine Auswirkungen auf die Gültigkeit von Verträgen, die der Staat mit Privatpersonen abschließt. Art. 87 Abs. 1 VvB ist kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Auch ein bewusster oder grob fahrlässiger Verstoß gegen das parlamentarische Budgetrecht durch die Vertragspartner, der möglicherweise zu einer Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB führen könnte, liegt nicht vor.

Zu Frage 3: Ob die privaten Anteilseigner auf die Wirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages so viel Wert legen, dass der Fortbestand des Vertrages trotz der Erhaltungsklausel in § 47.3 insoweit nicht mehr vom Parteiwillen gedeckt wäre, sodass eine Nichtigkeit gemäß § 139 BGB eintreten würde, lässt sich von außen schwer beurteilen. Für den Fortbestand des Vertrages in einem solchen Fall spricht aber, dass § 23.7 des Vertrages nicht den Anspruch auf Rendite als solchen betrifft, sondern nur Verpflichtungen des Landes Berlin für den Fall der Unwirksamkeit von § 3 TPrG enthält. Ferner spricht für einen Fortbestand des Vertrages der in § 47.3 dezidiert erklärte Wille der Parteien, auch im Fall der Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen wie § 23.7 am Vertrag festzuhalten.

Zu Frage 4: Die Nichtigkeit des Vertrags müsste vor dem Landgericht geltend gemacht werden. Allerdings steht die Schiedsklausel in § 44.2 des Vertrags einer Geltendmachung entgegen.

Zu Frage 5: Das Abgeordnetenhaus von Berlin ist nicht befugt, dem Senat verbindliche Weisungen zur Behandlung von Verträgen zu erteilen. Dies stünde im Widerspruch zum Grundsatz der Gewaltenteilung. Auch die Wahrung des parlamentarischen Budgetrechts rechtfertigt keine andere Betrachtungsweise. Daher ist eine Organklage mit dem Ziel, den Senat zur Geltendmachung der Nichtigkeit des Konsortialvertrages zu zwingen, wenn nicht schon als unzulässig, so doch jedenfalls als unbegründet anzusehen.

Zu Frage 6: Gemäß § 37 Abs. 3 VerfGHG beträgt die Antragsfrist im Organstreitverfahren sechs Monate. Fraglich erscheint, ob für den Beginn der Frist im vorliegenden Fall auf eine Aufforderung an den Senat zum Tätigwerden abzustellen ist. Zieht man – wofür vieles spricht – eine Parallele zur Organklage gegen ein Gesetz, ist es folgerichtig, auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Veröffentlichung des Vertrages im Internet abzustellen. Die Frist zur Einlegung der Organklage wäre dann allerdings bereits abgelaufen und die Klage mithin verfristet.

Zu Frage 7: Im Organstreitverfahren ist eine Prozessstandschaft für das Abgeordnetenhaus durch Fraktionen und parlamentarische Gruppen im Sinne des § 9a GOAbghs möglich. In Bezug auf einzelne Abgeordnete hält das Bundesverfassungsgericht eine Prozessstandschaft für unzulässig; ein wesentlicher Teil der Literatur teilt die Auffassung des Gerichts. Daher erscheint es wahrscheinlich, dass der Verfassungsgerichtshof Berlin die Organklage eines einzelnen Abgeordneten oder eines Abgeordnetenquorums verwerfen würde.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein gerichtliches Vorgehen im Sinne der Ergebnisse und Empfehlungen des Leitfadens „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung“ als wenig erfolgversprechend anzusehen ist.

Dr. Fehlau