

Wortprotokoll

Öffentliche Sitzung

Sonderausschuss „Wasserverträge“

9. Sitzung

8. Juni 2012

Beginn: 12.08 Uhr

Schluss: 14.47 Uhr

Vorsitz: Claudio Jupe (CDU)

Vor Eintritt in die Tagesordnung

Vorsitzender Claudio Jupe: Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen! Ich begrüße Sie zur heutigen, 8. Sitzung des Wasserausschusses. Ich darf dazu Frau Dr. Sudhof begrüßen, die Staatssekretärin. Herr Staatssekretär Zimmer hat sich für heute entschuldigt. Ein entsprechendes Schreiben liegt vor. Ferner haben wir als Anzuhörenden heute Herrn Prof. Franz Mayer von der Fakultät der Rechtswissenschaften der Universität Bielefeld zu TOP 1 eingeladen. Ich darf Sie auch schon mal herzlich begrüßen und Ihnen danken, dass Sie uns heute als Anzuhörender zur Verfügung stehen. Zu TOP 2 haben wir Frau Sabine Finkentheil und Herrn Rechtsanwalt Sydow eingeladen. Ich werde bei Tagesordnungspunkt 2 darauf zu sprechen kommen.

Meine Damen und Herren! Die Tagesordnung haben wir Ihnen zugesandt. Gibt es Anmerkungen dazu? – Von meiner Seite die Bemerkung, dass auf die Anwesenheit des WPD verzichtet worden ist, was den Tagesordnungspunkt 2 angeht. – Bitte!

Heidi Kosche (GRÜNE): Herr Vorsitzender! Das ist jetzt eine neue Information für mich. Die letzte, die ich hatte, war, dass Herr Sassenroth als Leiter des WPD mit einer Vertretung hier ist. Ich hätte gern erläutert, wieso das jetzt anders ist.

Vorsitzender Claudio Jupe: Gibt es dazu Wortmeldungen? – Herr Lederer, bitte!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Ich möchte mich der Frage anschließen, denn man geht natürlich in diese Ausschusssitzung nicht zum Spaß, sondern überlegt sich vorher, welche Fragen man an wen stellt. Und wenn dann verzichtet worden ist von wem auch immer – ich als Ausschussmitglied habe nicht verzichtet in Kenntnis des Vorgangs –, dann interessiert uns natürlich, warum.

Vorsitzender Claudio Jupe: Von den Fraktionen der CDU und der SPD ist mir signalisiert worden, dass wir als Tagesordnungspunkt 2 haben: „Leitfaden des Arbeitskreises unabhängiger Juristen“. Der soll heute auch durchgesprochen werden. Die Anwesenheit des WPD zu diesem Tagesordnungspunkt wird nicht für erforderlich gehalten. Und es soll erwogen werden in der Sprecherrunde, die außerhalb des Ausschusses regelmäßig tagt, einen gesonderten Tagesordnungspunkt in der Zukunft dafür zu finden. – Jetzt habe ich auf der Rednerliste Herrn Dr. Lederer, Herrn Claus-Brunner und Frau Kosche. – Bitte, Herr Dr. Lederer!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Weil Sie gerade das Stichwort gegeben haben „Sprecher/innenberatung. Ich kann mich erinnern, dass genau das Gegenstand der Sprecher/innenberatung im Anschluss an die letzte Sitzung war. Ich konzidiere wiederholt: Wir sprechen Dinge in der Sprecher/innenberatung ab, und dann kommen wir hier in den Ausschuss und stellen fest, dass alles anders ist. Manchmal ist die Koalition noch so freundlich, uns das via parlamentarische Geschäftsführer oder Ausschussbüro wenigstens zwei Tage vorher mitzuteilen, damit wir noch eine Interventionsmöglichkeit haben. Jetzt nehme ich zur Kenntnis, dass das inzwischen offenbar auch schon nicht mehr nötig ist, sondern Sie hier einfach machen, was Sie wollen. Das finde ich empörend!

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Claus-Brunner, bitte!

Gerwald Claus-Brunner (PIRATEN): Eigentlich hätte ich erwartet, dass der WPD auch anwesend ist, weil uns im Tagesordnungspunkt 2 die Vertreter den wissenschaftlichen Leitfaden vorstellen, der WPD ja zu diesem Leitfaden ein Gutachten erstellt hat und man hätte entsprechende Punkte und Ansichten miteinander austauschen können, wenn die Gutachterseite auch in persona anwesend gewesen wäre. Deswegen empfinde ich das auch als nicht ordentlich, dass die Vertreter des WPD heute nicht anwesend sein können, obwohl es vorher so abgesprochen wurde. Das bedarf tatsächlich einer besseren Erklärung als: Wir machen das so.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank! – Frau Kosche, bitte sehr!

Heidi Kosche (GRÜNE): Ich widerspreche im Namen meiner Fraktion dieser Tagesordnung, denn diese Tagesordnung war einvernehmlich dahingehend abgesprochen, dass der WPD da ist. Herr Sassenroth ist im Haus, wir haben ihn gerade gehört. Wenn Sie also möchten, dass es eine einvernehmliche Tagesordnung gibt, dann möchten wir darauf dringen, dass Herr Sassenroth noch mal gebeten wird zu kommen. Ich möchte mich auch dem anschließen, was Herr Dr. Lederer von der Linken gesagt hat, nämlich dass diese Gutsherrenmanier für uns auch langsam unerträglich wird, dass wir hier Dinge kurzfristig erfahren. Wir sind völlig anders vorbereitet. Wir haben intensive Fragen an den WPD herausgearbeitet, und die möchten wir heute auch stellen, weil wir nicht mehr so viel Zeit haben, Herr Vorsitzender! Wir haben Halbzeit. Wir haben nicht die Möglichkeit, hier weiter so rumzutrodeln. Deswegen noch mal der Antrag von unserer Seite, jetzt Herrn Sassenroth zu bitten, dass er dazukommt, damit wir die Veranstaltung auch in der Qualität, wie wir sie vorbereitet haben, durchführen können.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank, Frau Kosche! – Herr Nolte!

Karlheinz Nolte (SPD): Ich war bei der Sprecherrunde nicht dabei, also kann ich nicht sagen, was Sie da besprochen haben. Die Tagesordnung sieht zwei Besprechungspunkte vor. Der erste ist: „Europäisches Beihilferecht in Bezug auf die Teilprivatisierung der Berliner Was-

serbetriebe“ mit Anhörung, und der zweite Punkt ist: „Leitfaden des Arbeitskreises unabhängiger Juristen“ mit Anhörung. Da werden die unabhängigen Juristen angehört. Das Gutachten steht nicht auf der Tagesordnung, insofern gibt es auch keinerlei Begründung dafür, dass der Wissenschaftliche Parlamentsdienst hier vertreten sein muss. Deshalb sind wir dafür, die Tagesordnung so abzuhalten und die Anzuhörenden, die zu den jeweiligen Themen der Tagesordnungspunkte etwas zu sagen haben, dann auch anzuhören.

Vorsitzender Claudio Jupe: Als Nächster Herr Claus-Brunner, bitte schön!

Gerwald Claus-Brunner (PIRATEN): Ich mache noch mal deutlich, dass ich doch auf die Anwesenheit eines Vertreters des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes Wert lege. Mir ist zumindest so weit bekannt, dass diese Menschen hier im Haus anwesend sind. Wir werden jetzt den Tagesordnungspunkt 1 besprechen, und in der Zeit kann man jetzt einen dieser Menschen bitten, hier noch zu erscheinen, damit man er bei der Anhörung zu Tagesordnungspunkt 2 dabei ist und der Diskussion persönlich folgen kann und entsprechend unsere diesbezüglich vorbereiteten Fragen auch zum Tragen kommen. Wenn das nicht der Fall ist, muss ich mir stark überlegen: Was machen wir eigentlich in diesem Ausschuss, wenn noch nicht mal solche einfachen Absprachen in der Richtung eingehalten werden können? Da ist für mich die Basis der Zusammenarbeit grundlegend infrage gestellt. Ich bin ein Mensch, der in der Richtung irgendeine Form von Konsens erwartet. Das ist nun wirklich eine ganz kleine Geschichte. Einer vom WPD ist ja wohl heute noch im Hause. Wenn man ihm jetzt Bescheid sagt, kann er es auch noch schaffen, in der nächsten Stunde oder in den nächsten anderthalb Stunden hier zu erscheinen und noch etwas dazu zu sagen. Das Gutachten des WPD und der juristische Leitfaden gehören schon zusammen, weil es verschiedene Punkte gibt, die noch zu hinterfragen und zu beleuchten sind, um sich ein ordentliches und umfassendes Bild zu machen im Leitfaden aus der Sicht der Ereignisse, von denen man jetzt, hier und heute, Kenntnis erlangt im Vergleich zum Zeitpunkt, wo der Leitfaden mal erstellt worden ist. Der Leitfaden ist schon ein bisschen älter, er konnte ja nicht in die Zukunft schauen, was heute, hier und jetzt passiert ist. Dementsprechend haben sich neue Sachlagen an manchen kleinen Details ergeben, und dementsprechend müsste man dann auch die Fragen stellen, wie man im Leitfaden, der sehr detailliert und genau ist, darauf reagieren kann. Was ist da abzuändern?

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank! – Frau Kosche, bitte schön!

Heidi Kosche (GRÜNE): Ich möchte noch mal auf das replizieren, was Herr Nolte gesagt hat: Wenn wir Ihnen jetzt die ganzen E-Mails, die vom Ausschussbüro als Ergänzung zu dieser Tagesordnung versandt worden sind, vorlegen und vorlesen müssen, Herr Nolte, dann können wir das tun. Es gab die Information, dass der WPD anwesend ist mit zwei Personen – natürlich nicht als Anzuhörende – und dass wir hier auch – davon gehen wir aus, wenn das Ausschussbüro schreibt, dass die da sind – vertiefte Fragen stellen können zu dem, was sie gesagt haben. Und wir haben in der Sprecherrunde immer, auch wenn Sie nicht dagewesen sind, Herr Nolte, diese Dinge so geplant, dass wir dieses Thema bearbeiten, wenn das WPD-Gutachten da ist, und der Vorsitzende hat ausdrücklich versichert in der letzten Sprecher/innenrunde, dass er sich darum bemüht, eine Vertretung des WPD hierherzubekommen. Die Bemühungen waren erfolgreich. Der WPD ist im Haus. Man kann das machen, und es gibt keine inhaltliche Erklärung Ihrerseits, warum diese vertieften juristischen Fragen zur Aufklärung wichtiger Dinge, nämlich der Klagemöglichkeiten gegen Verträge, hier nicht er-

läutert werden sollen, warum eine verflachte, oberflächliche Diskussion stattfinden soll anstatt eine vertiefte inhaltliche mit denen, die da sind.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Dr. Lederer, bitte schön!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Ich fasse einfach mal zusammen: Herr Nolte war bei der Sprecher/innenberatung nicht dabei, also soll er darüber schweigen. Ganz einfach! Das Zweite ist: Wir haben in der Sprecher/innenberatung verabredet: Der Vorsitzende wird beim WPD nachfragen, ob es möglich ist, dass der WPD heute anwesend ist, um Rückfragen in Bezug auf das Gutachten zu stellen. Meines Erachtens ist genau das passiert, und uns wurde dann per Mail angekündigt, wer heute vom WPD zur Verfügung stehen wird. Jetzt kommen wir in die Ausschusssitzung, und die Koalition erklärt uns, man habe – wie der Vorsitzende sagte – verzichtet. Da stellen sich bei mir die Nackenhaare auf, und ich schlackere mit den Ohren. Ich wiederhole: Ich frage mich, warum Sie sich hier permanent solche Blößen geben, warum Sie hier permanent so offensiv jegliche Form konstruktiver Arbeit im Ausschuss torpedieren, und das permanent in Überfallmanier. Ich finde das ein Unding!

Vorsitzender Claudio Jupe: Frau Bayram, bitte schön!

Canan Bayram (GRÜNE): Ich stelle mir auch die Frage, ob die beiden Koalitionsfraktionen hier so frei darüber verfügen können. Mir ist jetzt kein Beschluss darüber bekannt, der irgendwas ursprünglich Vereinbartes abändern würde, und ich halte es auch für eine künstliche Trennung, diese Besprechungspunkte auseinanderzuziehen. Das Gutachten des Parlamentarischen Dienstes befasst sich genau mit dem Thema, zu dem heute eine Vertreterin angehört werden sollte. Deswegen würde es den Gesamtzusammenhang der Diskussion unnötig erschweren und eben auch parallele Vorträge verunmöglichen. Da frage ich mich ernsthaft, was das Interesse der beiden Fraktionen ist, das zu verhindern. Das leuchtet mir wirklich nicht ein. Das hier ohne Begründung und auch noch mit so einer Erwähnung der Tagesordnung, die bar jeder Kenntnis der Materie ist – es ist völlig identisch, sowohl das Gutachten des Parlamentarischen Dienstes als auch die Expertise, die gleich von Frau Finkenthe hier vorgetragen wird, behandeln denselben Gegenstand –, künstlich auseinanderdividieren zu wollen, halte ich entweder für eine völlig Unkenntnis der Materie oder eine böswillige Trennung, um keinen sachlichen Zusammenhang diskussionsfähig zumachen. Weiter frage ich mich, inwieweit es tatsächlich einer Anhörung in dem Ausschuss bedarf, die in der Tagesordnung auch erwähnt werden müsste, wenn wir den Wissenschaftlichen Parlamentarischen Dienst zu einem Gutachten, das er verfasst hat, auch hören wollen. Das ist ja noch mal etwas anderes, als wenn wir Anzuhörende von außerhalb dieses Hauses hier hören wollen. Mich würde interessieren, wie der Ausschussvorsitzende das einschätzt bzw. auch die Mitarbeiterin aus dem Hause. Das erscheint mir ein bisschen sehr konstruierte Trennung und Förmelei zu sein hinsichtlich einer Äußerung eines WPD-Mitarbeiters im Zusammenhang mit einem in Auftrag gegebenen und bereits vorliegenden Gutachten.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Karsten, bitte sehr!

Nikolaus Karsten (SPD): Ich war in der Sprecherrunde dabei, und wir haben diesen Tagesordnungspunkt ja auch beantragt als Koalition, damit er hier ausführlich behandelt wird. Wir haben darauf gehofft, dass das Gutachten rechtzeitig da ist. Jetzt haben wir noch den anderen Tagesordnungspunkt – auch, weil durch Prof. Keßler eine Situation beschrieben wurde, dass

das Land Berlin hier vielleicht Geld zurückbekommt. Also war es ein interessant, den Punkt zu vertiefen. Deswegen haben wir gesagt: Vielleicht kann Prof. Dr. Mayer heute aufklären, warum es hier eine Chance gibt für das Land Berlin, vielleicht Geld zurückzubekommen, oder wo die Risiken sind.

Dann haben wir den zweiten Punkt, WPD. Wir möchten uns mit dem eingehend beschäftigen, da sind Herr Dr. Hausmann und ich uns auch einig. Vielleicht nehmen wir uns mal in Ruhe die Zeit. Wir haben vielleicht auch das Gefühl, wenn jetzt mit Gutachten und Gegengutachten sozusagen etwas hochgekocht wird – vielleicht ist es auch das Interesse, dass was hochgekocht wird –, dass dann die sachliche Beratung hinten ansteht. Ich gebe ganz ehrlich zu: Ich habe das Gutachten bisher zur Hälfte gelesen. Ich bin kein Jurist. Es ist für mich auch eine Herausforderung, dieses Gutachten erst mal zu verstehen, genauso wie ich mir auch Zeit genommen habe für den Leitfaden. Diese Zeit will ich haben. Das widerspricht sich überhaupt nicht. Ich möchte nicht, dass hier sozusagen eine Arena entsteht, wo nicht in Ruhe geprüft wird, sondern: Oh, böse, böse! Gutachten hin und her. – Wir haben einen Prüfauftrag, und das heißt, dass wir hier in Ruhe prüfen und nicht irgendwelche Gutachten, Gegengutachten in Arenen schicken. Das, glaube ich, kriegen wir auch hin.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank! – Zur Geschäftsordnung, Herr Dr. Lederer, bitte!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Da ich eben gehört habe, dass die Koalitionsfraktionen noch gar nicht in der Lage waren, das Gutachten überhaupt zu lesen, beantrage ich erstens die Veragung des Tagesordnungspunkts auf die nächste Sitzung, zweitens die Rückkehr zum abgesprochenen Verfahren aus der Sprecher/innenrunde und verwahre mich drittens gegen die pauschale Unterstellung gegenüber der Opposition, dass es uns hier nicht um eine sachliche Prüfung ginge, sondern um irgendwelche Hochkochereien und Ähnliches. Das ist nie unser Ansatz gewesen. Wir hatten in der Vergangenheit immer das Gefühl, dass Sie uns die Möglichkeiten nehmen, seriös zu prüfen. Lesen Sie jetzt erst mal in Ruhe die Gutachten! Denken Sie noch mal ein bisschen drüber nach! Sie haben die Sommerpause Zeit. Und dann können wir das hier mit dem WPD genauso wie mit Frau Finkenthei und den Kolleginnen und Kollegen ganz entspannt und entlang der juristischen Fragestellungen ohne jede Hochkocherei vonseiten der Koalition diskutieren.

Vorsitzender Claudio Jupe: Jetzt zur Geschäftsordnung, Herr Nolte, bitte schön!

Karlheinz Nolte (SPD): Wir bitten darum, die beiden Punkte so, wie sie auf der Tagesordnung stehen, auch heute abzuhandeln mit den entsprechenden Anhörungen.

Vorsitzender Claudio Jupe: Gut! – Herr Claus-Brunner hat sich gemeldet. – Bitte sehr!

Gerwald Claus-Brunner (PIRATEN): Ich schließe mich dem Vorredner Klaus Lederer an und unterstütze alle Punkte, die er genannt hat.

Vorsitzender Claudio Jupe: Weitere Wortmeldungen? – Herr Dr. Hausmann, bitte!

Dr. Hans-Christian Hausmann (CDU): Ja, also, wir haben zwei juristische Stellungnahmen, die möglicherweise zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, und ich finde es nicht sachfremd, wenn sie in zwei unterschiedliche Sitzungen behandelt werden. Wenn jetzt der Ein-

druck entsteht, dass etwaige Fragen zum WPD-Gutachten nicht beantwortet würden, dann ist das nicht richtig. Es ist nur so, dass das WPD-Gutachten in einer getrennten Sitzung abgearbeitet werden soll und Sie Ihre Fragen dann dort stellen können, genauso wie Sie diese an den Arbeitskreis unabhängiger Juristen heute stellen können. – Danke! – [Zuruf von Dr. Klaus Lederer (LINKE)] –

Vorsitzender Claudio Jupe: Nunmehr hat die Fraktion der Grünen noch nicht Stellung genommen zu dem Geschäftsordnungsantrag. – Herr Nolte! Jeder hat die Möglichkeit, einmal wenigstens zur Geschäftsordnung zu sprechen, und das halte ich auch durch. – Bitte schön!

Canan Bayram (GRÜNE): Ich dachte, vielleicht kann ich einen Vorschlag zur Güte machen, nämlich dass wir uns heute die Ausführungen von Frau Finkentheiß anhören, aber sie dann zu der nächsten Sitzung, in der wir das WPD-Gutachten ausführlich behandeln wollen, ebenfalls als Anzuhörende einladen. Das wäre eine Art Kompromiss, dass wir dann die Dinge im Gesamtzusammenhang sehen. Ich muss wirklich sagen, Herr Karsten und Herr Hausmann, ich weiß nicht, wie ausführlich Sie das WPD-Gutachten gelesen haben: Die Dinge stehen in einem sehr engen inhaltlichen Zusammenhang, sodass es auch sachlich sinnvoll und richtig ist, sie völlig entspannt und ruhig, aber im Zusammenhang zu diskutieren.

Vorsitzender Claudio Jupe: Dann kommen wir zur Abstimmung. Es ist ein Vertagungsantrag gestellt worden. Nach § 68 der Geschäftsordnung ist der vorrangig abzustimmen. Wer also für den Vertagungsantrag hinsichtlich des Tagesordnungspunktes 2, „Leitfaden des Arbeitskreises unabhängiger Juristen“, ist, den bitte ich um das Handzeichen. – Das sind die Grünen, die Piraten und die Linke. Danke schön! Gegenprobe! – CDU und SPD. Enthaltungen? – Sind nicht vorhanden. Dann ist der Antrag abgelehnt.

Dann hat Frau Kosche einen Antrag formuliert. Ich bitte Sie, da wir jetzt eine längere Diskussion hatten, das noch mal vorzutragen, Frau Kosche!

Heidi Kosche (GRÜNE): Ich trage vor, dass diese Tagesordnung, so wie sie jetzt durchgeführt werden soll, nicht unsere Zustimmung findet und sage, ob Sie das abstimmen oder nicht, ist an dieser Stelle auch unerheblich. Abgestimmt in der Sprecherrunde war etwas anderes. Es gibt in den Verfahrensregeln, die wir alle zusammen abgestimmt haben, den Passus, dass die Tagesordnung in der Sprecher/innenrunde gemeinsam – das Wort „gemeinsam“ braucht man, glaube ich, nicht zu definieren – festgelegt wird. Gemeinsam festgelegt worden ist eine Tagesordnung, und wir widersprechen, dass Sie hier zu Protokoll gegeben haben, dass diese Tagesordnung im Einvernehmen heute durchgeführt wird.

Vorsitzender Claudio Jupe: Danke sehr, Frau Kosche! – Damit ist aber kein Antrag gestellt worden. Ich fahre nunmehr in der Tagesordnung fort und komme zu

Punkt 1 der Tagesordnung

Besprechung gemäß § 21 Abs. 3 GO Abghs
**Europäisches Beihilferecht in Bezug auf die
Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe**
(auf Antrag der Fraktion der SPD und der Fraktion der
CDU)

[0012](#)
SondAWV

Hierzu: Anhörung

Anwesend ist Herr Prof. Mayer. Ich habe ihn vorhin schon begrüßt. Wir freuen uns, dass Sie hier sind und sich unseren Fragen zur Verfügung stellen. Ich darf Folgendes mitteilen: Wir haben Herrn Prof. Mayer einige Vorgänge aus unserer Arbeit mitgeteilt. Einmal ist es der Vorgang 0035 A des Hauptausschusses betreffend „Beschwerdeverfahren gegenüber der Europäischen Kommission bezüglich Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“. Dann haben wir das Wortprotokoll der 3. Sitzung vom 2. März, dort insbesondere zu Tagesordnungspunkt 2, Besprechung: „Einschätzung des Senats zum Vorwurf der Unzulässigkeit von Beihilfen an die Unternehmen RWE und Veolia im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“, dann das Wortprotokoll aus der Sitzung vom 4. Mai. Da hatten wir Herrn Prof. Keßler zu Teilbereichen, die auch heute Gegenstand der Beratung sind, angehört, und er hatte zu europarechtlichen Fragen Stellung genommen. Dann haben wir einen Fragenkatalog von Einzelfragen übermittelt. – Herr Prof. Mayer, sind Sie bereit, zunächst zu einem Statement? Dann würde ich Ihnen das Wort erteilen. – Bitte schön!

Prof. Dr. Franz Mayer (Universität Bielefeld): Vielen Dank, Herr Vorsitzender! – Ich darf mich noch einmal für die Einladung in diesen Ausschuss bedanken und die Gelegenheit, hier einige Ausführungen zur Vereinbarkeit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe mit dem Europäischen Beihilferecht machen zu dürfen.

Ich bin Inhaber eines Lehrstuhls für öffentliches Recht und Europarecht. Zu meinen Forschungsgebieten gehört das Verfassungsrecht, das europäische Verfassungsrecht, aber auch das Recht des Binnenmarkts. – So viel vorweg zu meiner Person.

Ein weiteres Vorweg: Aus meiner Sicht ist als Ergebnis nicht zu erwarten, dass die Kommission einen Verstoß gegen das Beihilferecht feststellt. Ich will dieses Ergebnis in zwei Schritten entwickeln, und zwar – erstens – in einigen allgemeinen Überlegungen und Hinweisen zum europäischen Beihilferecht und daran anschließend konkret zur Vereinbarkeit der Teilprivatisierung sowie insbesondere der Korrekturklausel zur Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung nach § 23 Abs. 7 Konsortialvertrag mit dem Beihilferecht.

Zunächst einige allgemeine Hintergrundüberlegungen zum europäischen Beihilferecht – soweit sie für den vorliegenden Fall von Belang sind: Subventionskontrolle, die in der europarechtlichen Terminologie die Beihilfenkontrolle ist, ist ein Teil des Binnenmarktkonzepts. Das steht so seit 1957 zunächst im EWG-Vertrag, dem späteren EG-Vertrag, und jetzt im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, dem AEUV. Andere Elemente dieses Binnenmarktkonzepts sind die Grundfreiheiten, die Warenverkehrsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit, der Personenverkehr, die Kapitalverkehrsfreiheit, die Wettbewerbskontrolle und weitere flankierende Mechanismen im sozialen Bereich, wie zum Beispiel das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Leitgedanke dieses Binnenmarkts ist: Es soll in Europa keine Protektionismen mehr geben, keine übersteigerten nationalen, regionalen Egoismen. Alles das sind Dienste der Friedenssicherung durch Recht, aber durch Wirtschaftsrecht. Entsprechend ist die Beihilfenkontrolle von ihrer Ursprungsidee her darauf angelegt und ausgerichtet, die Privilegierung der eigenen nationalen oder regionalen Unternehmen durch Subventionen zu unterbinden. Wenn der deutsche Staat vor allem deutsche Unternehmen subventioniert, dann wird es schwierig mit dem Binnenmarkt. Es geht also um die Kontrolle des staatlichen Handelns durch Subventionen gegenüber Privaten. Die Subventionskontrollbehörde ist die Europäische Kommission.

Wir haben auf nationaler Ebene übrigens nichts wirklich Entsprechendes. Wir haben im Wettbewerbsrecht eine europäische Wettbewerbskontrolle und mit der Europäischen Wettbewerbsbehörde, wieder die Europäische Kommission, und auf der nationalen Ebene haben wir die Wettbewerbskontrolle durch das Bundeskartellamt. Aber es gibt keine nationale Subventionskontrollagentur, die beispielsweise überprüft, warum die sächsische Regierung ohne jedes erkennbare sachliche, rechtliche oder sonstige Kriterium nur sächsische Automobilunternehmen subventioniert. Das funktionale Äquivalent auf der nationalen Ebene zur Europäischen Beihilfenkontrolle ist letztlich lediglich der allgemeine Gleichheitssatz – etwa Artikel 3 Grundgesetz –, das Rechtsstaatsprinzip und das Haushaltsrecht, mit den daraus entspringenden Vorgaben und Verfahrensgarantien.

Wegen der Zielrichtung der Beihilfenkontrolle – wie ich sie eben entwickelt habe – gegen Protektionismus und Nationalismus gibt es für den vorliegenden Fall Hinweise, dass wir jedenfalls nicht den typischen Fall einer beihilferechtswidrigen Subvention haben. Mit der Beteiligung eines französischen Konzerns – vormals die Company Général des Eaux – Veolia und insbesondere auch der Kommunikationsstrategie des Senats im Privatisierungsverfahren – es wurde vom Senat mehrfach betont, dass keine regionalen oder nationalen Bewerber bevorzugt würden. – Man fragt sich, warum das so nachdrücklich betont wurde, aber gut. – Um Protektionismus geht es jedenfalls im vorliegenden Fall nicht. Allerdings hat das zunächst einmal für die rechtliche Bewertung im Einzelnen nur Indizcharakter. Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung sind die Artikel 107, 108, und 109 des AEUV. Die Daseinsvorsorgevorschrift des Artikels 106 spielt am Rande auch eine gewisse Rolle.

Es ist wie bei den Grundfreiheiten, dass im Europarecht des Binnenmarkts auch hier der Wortlaut der Vorschrift, etwa von Artikel 107, letztlich relativ wenig aussagt, weil das Recht im Wesentlichen durch die Rechtsprechung und auch durch die Praxis der Kommission weiterentwickelt wird. Gerade das Beihilfenrecht ist von einer Vielzahl von Präzedenzfällen geprägt und deswegen enorm unübersichtlich. Deswegen ist das eine typische Praktikermaterie, und es ist so, dass sichere Prognosen für den Ausgang eines konkreten Prüfverfahrens relativ schwierig sind, wenn man nicht den identischen Fall bereits einmal entschieden hatte. Das ist auch hier der Fall, nämlich dass die sichere Prognose für den Ausgang eines konkreten Prüfverfahrens nicht hundertprozentig möglich ist. Gesichert ist immerhin einiges zum Begriff der Beihilfe, und gesichert scheint mir auch, was die zu stellenden Testfragen sind für den Fall der Unternehmensprivatisierung, um die es hier geht.

Der Begriff der Beihilfe in Artikel 107 Abs. 1 AEUV wird im Kern von drei Merkmalen bestimmt – erstens: Es geht um die Zurechenbarkeit zum Staat, wozu auch die Länder gehören, obwohl eigentlich nur die Bundesrepublik Deutschland Mitgliedsstaat der Europäischen Union ist, aber das ist es nun einmal so im Bundesstaat. Es geht um die finanzielle Belastung öffentlicher Mittel, und es muss immer eine Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige gehen. Dabei spielt der sogenannte Privatinvestortest oder der Market-Economy-Investor-Test eine Rolle. Danach ist die Begünstigung dann anzunehmen, wenn ein nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten handelnder Investor die fragliche Maßnahme oder Zuwendung nicht getätigt hätte. Es muss aber um bestimmte Unternehmen gehen, was auf der Hand liegt. Die allgemeinen Maßnahmen zur Förderung der Wirtschaftstätigkeit sind kein beihilferechtliches Problem.

Im Grundsatz sind Beihilfen verboten, wenn Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten vorliegen. Gleichwohl ist es nicht so, dass jede Subvention, die die Beihilfedefinition erfüllt, auch verboten ist. Es gibt Ausnahmetatbestände, die sogenannte De-minimis-Regelung – geringfügige Beihilfen – mit einem Wert von nicht mehr als 200 000 Euro im Zeitraum von drei Jahren. Dieser Wert darf nicht überstiegen werden, dann geht man von einer vernachlässigbaren Größe aus. Es gibt die sogenannten Legalausnahmen im Artikel 107 Abs. 2. Das sind Subventionen, die ausnahmsweise zulässig und schon vom Vertrag her vorgesehen sind, da gibt es keinen Spielraum. Ein gerade in Berlin berühmtes Beispiel ist die Bestimmung in Artikel 107 Abs. 2: „zum Ausgleich der Folgen der deutschen Teilung.“ –, wobei übrigens auch diese Beihilfen der Kommission immerhin mitgeteilt werden müssen. Dann gibt es noch einen Artikel 107 Abs. 3, der Ausnahmen vom Beihil-

feverbot zulässt, die im Ermessen der Kommission stehen, wo es also mehr Beweglichkeit gibt.

Kurz – weil das auch ein Wort ist, das im Kontext der Wasserversorgung immer wieder auftaucht – zum Artikel 106 AEUV, der trifft Sonderregelungen für Unternehmen der Daseinsvorsorge – allerdings ist das eine etwas andere Blickrichtung als das, was im vorliegenden Fall interessiert –: Der Artikel 106 ermöglicht, dass man unter bestimmten Voraussetzungen aus dem Beihilferecht rausfällt und staatlicherseits subventionieren darf, weil es um Daseinsvorsorge geht. Es gibt im europäischen Beihilferecht neben den materiellen Bestimmungen eine Reihe von Verfahrensbestimmungen. Das will ich nicht weiter im Detail vertiefen. Es gibt Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Kommission auf europäischer Ebene, das Gericht erster Instanz, das jetzt nur noch Gericht heißt, und der EuGH, die Nichtigkeitsklage nach Artikel 263 AEUV ist hier möglich.

Was die Rechtsfolgen europarechtswidriger Beihilfen angeht, unterscheidet man zwischen formell und materiell rechtswidrigen Beihilfen. Wenn man der Kommission eine Subvention nicht mitteilt, dann ist allein das schon ein Verstoß – das ist die formelle Seite und betrifft den Artikel 108 Abs. 3 AEUV –, dann gibt es zwingend eine Rückforderungsentscheidung der Kommission. Daneben gibt es die Verstöße gegen Artikel 107 Abs. 1 AEUV, die nur durch die Kommission festgestellt werden können, die materiell rechtswidrigen Beihilfen.

Auf der Ebene des Verfahrens ist ein weiterer Punkt zu bedenken: Seit 1999 gibt es eine europäische Verfahrensordnung, die in der Verordnung 659 aus dem Jahr 1999 niedergelegt worden ist, die Verfahrensordnung zum Beihilferecht, die unter anderem in ihrem Artikel 15 vorsieht, dass es für die Befugnisse der Kommission zur Rückforderung von Beihilfen eine Verjährungsfrist gibt. Für die Rückforderung von Beihilfen gilt eine Frist von zehn Jahren. Diese beginnt mit dem Tag, an dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger als Einzelbeihilfe oder im Rahmen einer Beihilferegelung 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. Diese Verjährung dürfte auch auf die nationale Ebene durchschlagen, wenn man den Artikel 15 der Verfahrensordnung zum Beihilferecht als Genehmigungsfiktion auffasst, sodass man nach zehn Jahren einfach davon ausgeht, dass die Beihilfe europarechtskonform ist. Wenn die Beihilfen dann nicht mehr europarechtswidrig sind, dann kann auch kein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB vorliegen und damit auch die Frage nach dem Rechtsgrund der Zahlung nicht mehr gestellt werden.

Das leitet über zu einem allgemeinen Hinweis zu den weiteren Rechtsfolgen: Die Rückforderung durch die Kommission ist das eine. Das andere hängt von der Rechtsform der Beihilfenvergabe ab, ob man die Beihilfe durch einen Verwaltungsakt ausgereicht hat, durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder einen privatrechtlichen Vertrag. Im vorliegenden Fall geht es mit dem Konsortialvertrag um einen privatrechtlichen Vertrag. Hier ist die bisherige Rechtsprechung des BGH so, dass ein Verstoß gegen das in Artikel 108 Abs. 3 Satz 3 normierte Durchführungsverbot die Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB zur Folge hat. Das führt

dann zur Rückabwicklung gemäß der §§ 812 ff. BGB. Das ist Konditionsrecht, Zivilrecht und nicht mein Gebiet.

Es gibt immerhin in der jüngeren Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung Hinweise, die Anlass zu einer Diskussion darüber geben, ob die Nichtigkeitsrechtsprechung des BGH in der bisherigen Form künftig noch Bestand haben wird. Die Stichworte sind die Rechtssache CELF und die Rechtssache Wienstrom, hier sind die Dinge in Bewegung. Der Hintergrund ist, dass der BGH möglicherweise *plus communautaire que la communauté* ist, also weit über die europarechtlichen Vorgaben hinausgegangen ist. Eine andere Rechtsfolge auf der nationalen Ebene ist die Möglichkeit einer privaten Konkurrentenklage gegen den Beihilfengeber. Hier gibt es relativ neue BGH-Rechtsprechungen, die einen Rückabwicklungsanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Artikel 108 Abs. 3 AEUV als Schutzgesetz vorsieht. Wenn ich das richtig sehe, ist das allerdings für den vorliegenden Fall keine maßgebliche Konstellation.

Nun zur konkreten Prüfung der Teilprivatisierung – unabhängig von der Verjährungsfrage, zu der ich bereits Ausführungen gemacht habe –, zum zweiten Teil meiner Ausführungen. Ich komme – erstens – zur Privatisierung insgesamt und dann in einem zweiten Schritt zur Verlustausgleichsregelung des § 23 Abs. 7. War die Privatisierung eine europarechtswidrige Beihilfe? – Nun, der Konsortialvertrag unterfällt nicht dem europäischen Beihilferecht, soweit der Verkauf der Anteile an den Berliner Wasserbetrieben mit einer Regelung verbunden ist, die in einem öffentlichen Teilnahmewettbewerb oder anhand eines von einem unabhängigen Experten ermittelten Marktpreises erfolgt ist. Es gibt zwei Testszenarien – um es noch einmal deutlich zu sagen: Maßgeblich ist hier die Praxis der Kommission bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmen. Es ist wieder so, dass wir das Beihilferecht als im hohen Maß von Präzedenzfällen geprägt vorfinden. Aus der Praxis der Kommission ergibt sich, dass bei der Veräußerung von Grundstücken – damit hat es angefangen –, aber auch von Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen der öffentlichen Hand geprüft wird, ob der Staat unter dem auf dem Markt erzielbaren Preis geblieben ist und damit dem Bewerber eine Begünstigung gewährt hat. – Anders formuliert: Im Hinblick auf die Privatisierung von öffentlichen Unternehmen geht die Kommission in ständiger Praxis davon aus, dass der Verkauf eines öffentlichen Unternehmens dann keine Beihilfe darstellt, wenn entweder ein von unabhängigen Experten ermittelter Marktpreis besteht oder die Privatisierung über eine offene, transparente und bedingungslose Ausschreibung erfolgt, das Unternehmen an den Meistbietenden veräußert wird und die Bieter über genügend Zeit und Informationen verfügen, um eine angemessene Bewertung der Vermögenswerte vornehmen zu können.

Lassen Sie mich mit dem letzten Test anfangen und der Frage danach, ob eine offene, transparente und bedingungslose Ausschreibung erfolgt ist. – Nun, bei der Teilprivatisierung der BWB gab es wohl schon eine Bedingung bei der Ausschreibung, insofern war sie nicht bedingungslos. Ausweislich der Pressemitteilungen aus der damaligen Zeit und anderer Verfahrensunterlagen war für den Zuschlag ausschlaggebend, dass der Bieter sowohl ein Konzept für die Zukunft seines Engagements bei den BWB vorlegt als auch sich künftig in Berlin zusätzlich zu engagieren verspricht. Das ist eine Bedingung. Die Ausschreibung war wohl auch nicht offen. Nach der Praxis der Kommission liegt eine Beihilfevermutung wegen des Fehlens eines offenen Ausschreibungsverfahrens dann vor, wenn der Verkauf eines öffentlichen Unternehmens nach Verhandlungen mit nur einem eingeschränkten Kreis von potenziellen Käufern erfolgt. Bei der Teilprivatisierung der BWB wurden in der ersten Phase lediglich 31 Un-

ternehmer als potenzielle Bieter angesprochen. Zwar ist es durchaus so, dass das Europarecht im Vergaberecht das Verfahren des nicht offenen Verfahrens kennt. Dort ist dann ein nicht offenes Verfahren ohne Weiteres zulässig, sodass sich hier schon erste Hinweise darauf ergeben – danach bin ich jetzt nicht gefragt worden –, wie das Ganze vergaberechtlich zu würdigen ist.

Die Frage ist, ob man die dortigen Rechtsansätze auf das Beihilferecht übertragen kann, ob man also das nicht offene Verfahren ohne Weiteres auch für das Europäische Beihilferecht als ausreichend ansehen kann. Das wird wohl schwierig, denn bei einem nicht offenen Verfahren wird zwingend die Durchführung eines vorgeschalteten öffentlichen Teilnahmewettbewerbs vorausgesetzt, bei dem diejenigen Unternehmen ermittelt werden, die anschließend zur Angebotsabgabe angesprochen werden. Soweit ich den Sachverhalt überblicke, hat ein solcher Teilnahmewettbewerb nicht stattgefunden. Aber ich sagte es bereits mehrfach: Es gibt letztlich zwei Testmöglichkeiten, mit denen die Kommission die Frage nach der Beihilferechtswidrigkeit beantwortet. Hier greift das Alternativkriterium, und deshalb haben wir im Ergebnis doch keine beihilferechtliche Problematik. Das Alternativkriterium fragt danach, ob der Verkauf, die Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens anhand eines durch unabhängige Experten ermittelten Marktpreises erfolgte. In der Regel gibt es die Feststellung, dass es keine Beihilfe gab, und dann gab es auch keinen Vorteil. Das ausschlaggebende Kriterium für die Beihilfenfreiheit ist dann wohl die Marktüblichkeit, der zu erzielende Marktpreis. Jedenfalls war es hier wohl so, dass der Verkauf zu einem von einem unabhängigen Experten ermittelten Marktpreis geprüft worden ist. Es muss ein unabhängiger Sachverständiger auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards vorgehen, und der ermittelte Wert muss einen Mindestkaufpreis darstellen. Genau das war hier der Fall, da das Land Berlin vor der Ausschreibung den Marktpreis der Teilprivatisierung durch einen unabhängigen Sachverständigen ermitteln ließ und der Verkaufspreis dann über dem ermittelten Marktpreis lag. Mehr wird an dieser Stelle von der Kommission nicht geprüft. Daher war im Ergebnis das europäische Beihilferecht bei der Teilprivatisierung der BWB nicht einschlägig, sodass auch keine Notifizierung nach Artikel 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV durchzuführen war und sich damit ergibt, dass nicht von einer Beihilferechtswidrigkeit auszugehen ist.

Nun zu dem zweiten Aspekt, den man betrachten kann, zu der Frage, ob der Konsortialvertrag in Bezug auf die Regelung, dass die öffentliche Hand Verluste ausgleicht, die privaten Investoren entstehen, europarechtskonform war. – An einer Vereinbarkeit der Teilprivatisierung mit dem Beihilferecht dürfte auch der § 23 Abs. 7 Konsortialvertrag im Ergebnis nichts ändern. – Im Hintergrund gibt es wiederum die Verjährungsfrage, zu der ich bereits Stellung genommen habe. – Die Bestimmungen des Konsortialvertrags an dieser Stelle beurteilen sich materiellrechtlich wohl nicht anders als die Bestimmungen, die Grundlage der Ausschreibung gewesen sind. Aus dieser Sicht hat durch § 23 Abs. 7 Konsortialvertrag RWE/Vivendi in keiner Weise einen Wettbewerbsvorteil erhalten. Das wäre anders, wenn die Ausgleichsregelung in den Verträgen gerade nicht drin gewesen wäre. Man wird deswegen, wenn man den Private-Market-Investor-Test anwendet, durchaus zu der Überlegung kommen können, 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.

Ich fasse zusammen: Die besseren Gründe sprechen dagegen, dass die Kommission für die Teilprivatisierung Verstöße gegen das europäische Beihilferecht feststellt. Dazu kommt, dass wir weitgehend von einer Verjährung, was die Rückforderung seitens der Kommission angeht, ausgehen müssen. – So viel von meiner Seite fürs Erste. – Vielen Dank!

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank, Herr Prof. Mayer! – Es gibt bereits einige Wortmeldungen für Nachfragen. Wir gehen in der Reihenfolge der Wortmeldungen vor. Wir beginnen mit Frau Bayram. – Bitte sehr, Frau Bayram, Sie haben das Wort!

Canan Bayram (GRÜNE): Ich habe eine Frage zu Ihren Ausführungen hinsichtlich des Marktwerts. Mich interessiert, ob Ihnen das Sachverständigengutachten, auf das Sie sich bezogen haben, bei Ihrer Beurteilung vorlag. Sie sagten, dass der Kaufpreis über dem vom Sachverständigen festgestellten Marktwert lag. Mich interessiert, ob Sie uns den dort festgestellten Marktwert nennen können.

Zu Ihren Ausführungen zur Verjährung: Mich interessiert, ob Sie Ausführungen machen können nicht nur zu dem Aspekt des Vertragsschlusses, sondern auch zu dem Aspekts der Umsetzung des Vertrags, inwieweit es dadurch schon auch eine Verschiebung des Ingangsetzens der Fristen gegeben haben kann. Haben Sie sich damit befasst? –Wenn ja: Zu welchem Ergebnis sind Sie gekommen?

Vorsitzender Claudio Jupe: Bitte, Herr Claus-Brunner!

Gerwald Claus-Brunner (PIRATEN): Sie erwähnten in Ihren Ausführungen mehrfach, dass es in diesem Zusammenhang einen freien Wettbewerb auf dem Berliner Wassermarkt gebe. Wir haben ein Leitungsnetz, das technisch gesehen ein Monopol ist, weil das hinsichtlich der Durchleitung anderer Anbieter im Wasserleitungsnetz sehr schwierig ist. Dementsprechend liegt meiner Ansicht nach kein Wettbewerb vor. Wie kommen Sie zu der Ansicht, dass in diesem Kontext ein Wettbewerb vorliegen kann?

Vorsitzender Claudio Jupe: Bitte, Herr Dr. Lederer!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Erst einmal vielen Dank, für Ihre Ausführungen! – Dass sich die Kommission in Bezug auf die Praxis bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmen auf diese beiden Kriterien stützt, ist richtig. Die Frage ist nur, ob ein Kriterium – nehmen wir den Market-Economy-Test oder gegebenenfalls auch die Festsetzung eines Wertpreises – im Rahmen eines Wertgutachtens durch unabhängige Beteiligte dann einschlägig sein kann, wenn es sich nicht um eine Vollprivatisierung handelt und nicht um ein Unternehmen, das im Wettbewerb steht. Es ist schon klar: Da hat es ein Ausschreibungsverfahren gegeben, es haben sich unterschiedliche Beteiligte beworben. Die standen nun untereinander um diese Beteiligung tatsächlich im Wettbewerb, und das Land Berlin – ausweislich der Pressemitteilung von Frau Fugmann-Heesing – sagte explizit: Wir wollen einen möglichst hohen Kaufpreis bekommen. Am Ende sagten sie dann: Ja, RWE und Veolia – damals Vivendi – haben uns das überzeugendste Konzept vorgelegt und darüber hinaus auch noch den sattesten Kaufpreis gezahlt. Jetzt ist aber die Frage, ob der Private-Investor-Test in einem solchen Fall überhaupt einschlägig sein kann, in einem Fall, in dem ein natürliches und darüber hinaus inzwischen auch noch öffentliches Monopol – weil wir den Anschlussbenutzungszwang im Land Berlin

festgesetzt haben – teilprivatisiert wird und zwar in der Weise, dass ein Beteiligter im Unternehmen bleibt, nämlich die öffentliche Hand, der in der Lage ist, durch öffentlich-rechtliche Befugnisse die Einnahmesituation des Unternehmens unmittelbar mitzubestimmen, denn das findet hier statt. Wir haben öffentlich-rechtliche Regelungen, die es einem Beteiligten, nämlich dem Land Berlin, erlauben, durch die Gestaltung des Betriebegesetzes, der Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals und anderes mehr an der Einnahmeschraube zu drehen.

Ob ich jetzt 7, 10, 2 oder 4 Prozent verzinse, das ist für die Einnahmesituation eines Trinkwasserversorgers im natürlichen Monopol und einer Stadt wie Berlin nicht ganz irrelevant. Bei einem Monopol habe ich immer die Situation, eine Monopolrente zu erzielen, wenn ich meine Monopolherrschaft missbräuchlich ausnutze. Das bedeutet im Umkehrschluss eigentlich nichts anderes, als dass ich als Land Berlin beliebig garantieren kann. Also, da ist doch gar nichts mehr mit Markt und Marktermittlung. Das Land hätte bequem auch den doppelten Kaufpreis realisieren können, wenn es langfristig – dann wahrscheinlich gegen deutsches Recht verstoßend – entsprechende Einnahmen zugunsten beider Seiten absichern kann. Nehmen wir einmal an, wir hätten jetzt nicht 3,1 Milliarden DM, sondern 6 Milliarden DM erzielt, was Frau Fugmann-Heesing sicherlich amüsiert und gefallen hätte, und im Unterschied dazu zugesichert, das betriebsnotwendige Kapital nicht mit 7, sondern 14 Prozent zu verzinsen, mit dem Ergebnis, dass der Landeshaushalt vor Gewinnen übersprudelt und RWE und Veolia satte Einnahmen realisieren können. Insofern stellt sich für mich die Frage – Sie haben das Marktpreisermittlungskriterium genannt –, ob die Marktpreisermittlung des Unternehmenswerts überhaupt anhand der Anlagegüter oder dergleichen festgestellt werden kann oder ob man eigentlich eine Betrachtungsweise zugrunde legen muss, bei der die Einnahmesituation über die Vertragslaufzeit von 30 Jahren als das entscheidende wertprägende Kriterium betrachtet werden muss für ein Unternehmen wie RWE oder Veolia, das sich überlegt: Tragen wir unser Geld nach Berlin oder legen wir es lieber in einem Hedgefonds an oder machen wir lieber ein Energiegeschäft? Da stellt sich für mich schon die Frage, ob mit § 23 Abs. 7 – inklusive einer disproportionalen Gewinnverteilung als erstes Kriterium zur Gewinngarantie in der von den Investoren geplanten Höhe – auch noch die Möglichkeit besteht, den privaten Unternehmen unmittelbar aus dem Landeshaushalt Geld zuzuschustern, wenn die Erwartungen durch die ganz normale Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals nicht realisiert werden können, ob das nicht etwas zutiefst Atypisches ist – selbst für das Monopol im Wassersektor –, wenn ich als Vivendi beispielsweise in Frankreich ein Wasserversorgungsgebiet habe, bei dem ich – je nachdem, ob es gut läuft oder nicht – zumindest meine Risiken allein tragen muss, während ich in Berlin über 30 Jahre lang vom Land Berlin eine satte Absicherung habe, dass meine Gewinne in der prognostizierten Höhe sprudeln.

Insofern scheint mir diese Sache schwierig zu bewerten zu sein. Wir kommen mit den klassischen Kriterien nicht ohne Weiteres weiter, denn die erzielbare Rendite auf lange Frist liegt mit § 23 Abs. 7 und mit der geschaffenen Vertragskonstruktion erheblich über dem, was andere Wasserunternehmen auf dem europäischen Markt in ihren Monopolen realisieren können. Da ist durchaus auch eine Wettbewerbsverzerrung denkbar, denn wenn RWE und Veolia in Berlin – und zwar abgesichert durch das Land – eine Rendite realisieren können, die sie in Frankreich, in einem normalen Gemeindegemeindekontext oder -zusammenhang – oder selbst in Paris, wo sie jetzt rausgeschmissen wurden – niemals hätten realisieren können, frage ich mich: Ist hier durch staatliche Mittel, staatlich indiziert und dann auch noch mittels der Möglichkeit, die staatliche Einnahmesituation zu gestalten, eine völlig atypische Situation gegeben, die selbst die anderen Wasserunternehmen, die ihre unternehmerischen Tätigkeiten auch in einem

natürlichen Monopol realisieren, benachteiligt, und zwar erheblich, wodurch RWE und Veolia – im europäischen Maßstab und Binnenmarkt gesehen – viel investitionsstärker gemacht werden? Denn jedes andere Unternehmen hat eine solche komfortable Absicherung offensichtlich nicht. Ich würde mich freuen, wenn Sie darauf noch einmal eingehen könnten. Wie gesagt: Öffentlich-rechtliche Regelungen garantieren satte Einnahmen. Das Land befindet sich im Grunde auch noch in einer Raub- und Beutegemeinschaft, weil die Interessen des Landes durch den Ausgleichsmechanismus letztlich darauf gerichtet sein müssen, die Maximalrendite zu erzielen, um nicht aus dem Landeshaushalt oder durch den Verzicht auf eigene Einnahmen die Gewinne absichern zu müssen, die RWE und Veolia realisieren können.

Vorsitzender Claudio Jupe: Danke, für das Korreferat! – Bitte, Herr Karsten! – [Dr. Klaus Lederer (LINKE): Bitte, unterlassen Sie das, Herr Vorsitzender!] –

Nikolaus Karsten (SPD): Ich habe noch eine Nachfrage zur wirtschaftlichen Einordnung. – Wir hatten Veolia 2010 bei uns in der SPD-Fraktion. dort haben sie dargestellt, dass eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals in Höhe von 6,45 Prozent besteht. – Das ist der Durchschnitt der Jahre 1999 bis 2009. – Wenn man das wirtschaftlich betrachtet, dann ist danach das Ganze aus dem Ruder gelaufen, weil heute – das konnten wir in diesem Ausschuss anhand der von uns erfragten Zahlen feststellen – die Verzinsung, obwohl auf der Welt seit 2010 eher eine Zinstendenz nach unten zu verzeichnen war, des eingesetzten Kapitals bei 8,65 Prozent liegt, also in 2011 nach oben gegangen ist. Also gibt es auf jeden Fall einen Hinweis darauf, dass die Zinsen etwas aus dem Gleichgewicht geraten sind – auch nach den eigenen Maßstäben von Veolia. – Das als Vorbemerkung.

Ich bin kein Jurist und danke Ihnen erst einmal für Ihren sehr klaren Vortrag – auch wenn er mich im Ergebnis nicht so freudig stimmt. – Ich habe eine Frage zur Verjährung: Gilt bei der zehnjährigen Verjährungsfrist der Zeitpunkt, zu dem eine Regelung getroffen wurde, oder gilt der Zeitpunkt des Geldflusses, der gegebenenfalls auf der Grundlage einer Regelung stattgefunden hat?

Dann hatten Sie ausgeführt, BGH, Nichtigkeit EuGH, dass es da unterschiedliche Maßstäbe gibt, die sich vielleicht widersprechen. Das habe ich nicht verstanden. Könnten Sie das genauer darlegen? – Ganz zum Schluss sagten Sie: Ohne § 23 Abs. 7 wäre es eine Vorteilsgewährung, aber mit § 23 Abs. 7 nicht. So habe ich das verstanden, was Sie gesagt haben. Vielleicht habe ich es missverstanden. Aber wenn Sie das so gesagt haben, dann bitte ich um eine Erklärung.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Prof. Mayer, bitte schön!

Prof. Dr. Franz Mayer (Universität Bielefeld): Vielen Dank für die Fragen! – Zunächst zur Frage, ob mir das Sachverständigengutachten vorlag und ob ich etwas zur Höhe sagen kann: Das sind rechtstatsächliche Fragen, zu denen ich als Sachverständiger nicht geladen bin. Was jetzt die Höhe angeht: Mir lagen die Angaben vor, dass es einen unabhängigen Sachverständigen gab, der sich auf Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards geäußert hat. Wenn das so ist, dann ist das das entscheidende Kriterium. Wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass das nicht so war, dass der Sachverständige bestochen war oder unerkant geisteskrank, dann ist das eine andere Frage, die rechtstatsächlicher Natur ist. – Das ist vom Vorsitzenden gesagt worden. In den Dokumenten, die mir zur Verfügung gestellt worden sind – Sie haben ein Aktenzeichen genannt, das gebe ich dann an das Sekretariat hier zurück –, stand das auch so drin. Wie gesagt, zur Höhe kann ich insoweit nichts sagen. Das ist aber, glaube ich, auch nicht meine Aufgabe.

Dann zur Frage mit der Verjährung, Vertragsschluss oder Umsetzung – das ist auch die Frage, die eben am Schluss noch mal gestellt worden ist. Na ja, da würde man in der Tat fragen können: Ist 1999 maßgeblich, wo die Dinge rechtlich vereinbart worden sind, und ist alles, was danach kam, nur noch eine Konkretisierung dieser Entscheidung? Dann, denke ich, ist man über die Zehnjahresgrenze hinaus. Ich will nicht in Abrede stellen, dass Sie auch behaupten können, dass es 2003, als man § 23 Abs. 7 effektiv gemacht hat, in irgendeiner Form noch mal ein neues Element gab oder vielleicht mit jeder Zahlung, die in den letzten zehn Jahren geleistet worden ist, ein neues Element gab. Aber ich glaube, die besseren Gründe sprechen doch dafür zu sagen: Die rechtlich maßgebliche Entscheidung ist die in diesem Vertragsschluss von 1999, und der liegt jenseits der Zehnjahresgrenze. Das ist auch hier schon gefragt worden.

Herr Claus-Brunner hatte eine Nachfrage zum freien Wettbewerb. Das Beihilferecht ist ein Teilelement des Wettbewerbsrechts, aber es hat eben eine andere Blickrichtung. Es fragt nicht danach, wie die privaten Akteure möglichst geordnet in einen Wettbewerb zueinander treten, sondern es fragt nach dem Einfluss des Staats und danach, inwieweit der Staat durch seine Subventionen – historischer Ausgangspunkt des Europarechts – nationale oder regionale Egoismen bedient oder eben dann – das ist letztlich in der weiten Auslegung des Beihilfekontrollrechts durch den EuGH und die Kommission als Gedanke immer zentraler geworden – schlicht eine Wettbewerbsverzerrung besteht. Von daher ist das, glaube ich, nicht die Aussage gewesen, als ich gesagt habe, es ging ursprünglich um den freien Wettbewerb, das sei aber hier nicht der Fall. Von daher kann ich die Frage so nicht beantworten.

Herr Dr. Lederer! Sie haben gesagt: Das ist alles schwierig zu bewerten, und es stellen sich hier Fragen der Typik und der Atypik. – Das würde ich auch so sehen. Es ist schwierig, und es ist wie immer die Frage, ob wir hier typische oder atypische Fälle haben. Ich will noch mal

sagen, dass das Beihilferecht vielleicht noch mehr als andere Rechtsgebiete des Europarechts – und auch die anderen Rechtsgebiete des Binnenmarktrechts sind sehr falllastig – ein Rechtsgebiet ist, in dem kein Fall wie der andere ist. Mit dieser Vorbemerkung möchte ich aber trotzdem darauf beharren, dass wir für die grundsätzliche Einordnung dessen, was hier passiert, doch ein paar ganz klare Parameter haben. Es gibt eine Reihe von Kommissionsäußerungen, Wettbewerbsbericht, es gibt auch eine entsprechende Entscheidung der Kommission, zu der ich Ihnen auch gern die Fundstelle mitteilen kann. Das ist die Entscheidung der Kommission vom 11. April 2000 in der Sache Centrale del Latte di Roma. Das ist im Amtsblatt 2000 Nr. 265, L265, Seite 15 veröffentlicht. Daraus ergeben sich diese Überlegungen, die ich vorgetragen habe, und zwar, dass es für die Privatisierung insgesamt auf diesen Private-Investor-Test nicht ankommt, sondern man stattdessen diese anderen Kriterien hat, stattdessen eben entweder danach fragt: Gab es eine offene, transparente, bedingungslose Ausschreibung? – oder danach fragt: Gab es einen von unabhängigen Experten ermittelten Marktpreis? – Die Frage nach dem Private-Investor-Test kommt allenfalls ins Spiel, wenn man so weit gehen will, den Vorgang nach § 23 Abs. 7 isoliert als beihilfenrechtliches Problem zu beurteilen, und fragt: Ist das eine Beihilfe? – An der Stelle geht es ja nicht mehr, könnte man argumentieren, um die Veräußerung des Unternehmens, sondern das ist ein anderer Tatbestand. Deswegen auch mein Hinweis: Weil dieser § 23 Abs. 7 von Anfang an im Vertrag war, ist er gerade etwas, was die ganze Sache beihilfenrechtlich bestandsfest macht. Wenn man den erst hinterher eingefügt hätte – das war mein Punkt, ich habe nicht gesagt, ohne § 23 Abs. 7 sei es anders –, dann hätte man relativ klar eine Beihilfe. Aber so war bei Vertragsschluss dieser rechtliche Mechanismus schon eingebaut. Wenn man den einer beihilfenrechtlichen Würdigung unterziehen will, dann würde man an der Stelle einen Private-Investor-Test anwenden. Aber bei der Frage: Ist die ganze Privatisierung möglicherweise ein riesiges beihilfenrechtliches Problem? –, glaube ich, sind wir mit der Entscheidung der Kommission, mit dem, was anderswo von der Kommission geäußert worden ist, relativ klar bei diesen Alternativtests, entweder bedingungslose Ausschreibung oder ein Sachverständiger hat gesagt: Es ist soundso viel wert, und dafür könnte ihr das verkaufen. Und wenn ihr noch mehr reinholt, umso besser!

Um da aber auch noch mal auf Ihre Frage einzugehen: Wie wird der von unabhängigen Experten ermittelte Marktpreis festgestellt? – Das ist wieder eine rechtstatsächliche Frage. Wären andere Experten zu einem anderen Ergebnis gekommen? War der Experte möglicherweise gar kein Experte? Das ist eine andere Frage. Ich habe Ihnen hier nur berichtet, dass aus meiner Sicht die Kommission die Frage so stellen wird: Gab es einen unabhängigen Experten? – Nach dem, was mir an Angaben vorlag, war das wohl der Fall. Wenn man auf der tatsächlichen Ebene hier Zweifel hätte, wäre das sicher auch ein Ansatzpunkt, aber es ist dann eben kein rechtlicher Ansatzpunkt mehr, sondern ein tatsächlicher.

Den Punkt zu der Verjährung, Herr Karsten, habe ich, glaube ich, schon angesprochen.

Zu der Frage, wie sich das mit dem BGH und dem EuGH verhält. Diese vom BGH vorgenommene Einordnung von beihilfenrechtswidrigen Verträgen in dem Bereich von § 134: Hier ist es so, dass sich neuere Rechtsprechung des EuGH doch sehr deutlich in eine Richtung bewegt, dass auch das Europarecht nicht so weit gehen will, dass dann sofort Verträge komplett zerschossen sind, nichtig sind, sondern dass hier letztlich mehr Spielraum gelassen wird. Wie gesagt, Rechtssache CELF und Rechtssache Wienstrom sind hier in der Diskussion. Die Nichtigkeitsrechtsprechung des BGH ist von daher gesichert jedenfalls nur für die Vergangenheit

ein Faktum, mit dem wir hier umgehen müssen. Aber wie das in einer künftigen Konstellation beurteilt würde, ist doch ein Stück weit offen.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank, Herr Prof. Mayer! – Herr Dr. Lederer!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Ich ziehe zurück.

Vorsitzender Claudio Jupe: Frau Bayram, bitte schön!

Canan Bayram (GRÜNE): Ich habe nur noch mal eine Verständnisnachfrage. Habe ich Sie richtig verstanden, dass Ihnen zur Beurteilung der juristischen Situation die Vorgabe gemacht wurde, dass der Marktwert, der in dem Gutachten ermittelt wurde, unter dem Kaufpreis lag? – Das sind Dinge, die schon aus dem Gutachten hervorgingen. – Die zweite Frage in Bezug auf die Frist wäre, inwieweit es sich hier nicht auch um ein Dauerschuldverhältnis handeln kann, sodass der Vertragsschlusszeitpunkt vielleicht eher von sekundärer Bedeutung ist. Eine weitere Frage, die sich auch auf die Frist bezieht, ist: Was hat diese Frist für eine Folge? Geht es darum, dass es gar nicht mehr geltend gemacht werden kann oder darum, dass es eine Beihilfe ist? Oder geht es darum, dass – jedenfalls für den Zeitraum, der über die zehn Jahre hinausgeht – keine Rückforderung der Beihilfen mehr geltend gemacht werden kann? Das wäre für mich noch eine interessante Frage.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank! – Herr Claus-Brunner, bitte schön!

Gerwald Claus-Brunner (PIRATEN): Ich habe noch eine kleine Detailfrage hinsichtlich der Ausschreibung nach AEUV Artikel 127 Vergaberichtlinien. Da sind die Vergaberichtlinien dahingehend klassifiziert, dass es eine EU-weite Ausschreibung geben muss. Das ist, soweit mir bekannt, in diesem Zusammenhang nicht passiert. Wie berührt sich das im Gesamtkontext? Können Sie mir darauf eine Antwort geben?

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Prof. Mayer!

Prof. Dr. Franz Mayer (Universität Bielefeld): Vielen Dank auch für diese Fragen! – Zunächst, Frau Bayram, zur Höhe des Marktpreises: Mir sind eigentlich gar keine Vorgaben gemacht worden. Ich bin mit einer Reihe von Informationen ausgestattet worden, die hier in den Akten verfügbar sind. Daraus ergibt sich, dass ein von einem unabhängigen Experten ermittelter Marktpreis vorliegt und dass das, was man dann rausgeholt hat, sogar noch darüber liegt. Aber das ist gar nicht der Test des Europarechts, sondern der Test des Europarechts ist nur: Wie seid ihr mit der Situation umgegangen? Wie gesagt, entweder mit Ausschreibung, oder man hat unabhängige Experten gefragt, und dann soll es mit dem Beihilferecht in Ordnung sein.

Die Frage Dauerschuldverhältnis: Das kann man sicher so sehen, das will ich nicht in Abrede stellen.

Ihre dritte Frage: Was ist die Folge der Frist? – Das ist ein Stück weit offen. Ich habe Ihnen berichtet, dass diese Verordnung, die einige Verfahrensgesichtspunkte des Beihilfekontrollrechts handhabbarer macht, noch nicht so furchtbar lange existiert. Dementsprechend gibt es dazu auch weniger Rechtsprechung, wenn Sie so wollen, belastbare Rechtserkenntnisse, als

vielleicht zum Beihilfenrecht insgesamt. 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 Rücknahmeanordnung 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. – Und dann, so habe ich es Ihnen ja auch erläutert, kommt man auch mit Artikel 134 nicht mehr weiter, denn dann hat man keinen Verstoß gegen das Verbotsgesetz mehr mangels Verstoß. Das ist also durchaus etwas, was man so oder so auslegen kann, wo wir noch keine gesicherten Erkenntnisse haben.

Herr Claus-Brunner! Sie haben noch mal nach der vergaberechtlichen Dimension gefragt. Gab es eine EU-weite Ausschreibung nach Artikel 127? Soweit ich die Vorgänge in Erinnerung habe, gab es sehr wohl eine EU-weite Ausschreibung. Das war ja das Eigentümliche, was ich berichtet habe, dass man also auf verschiedenen Wegen an die betreffenden Akteure kommuniziert hat, man wolle diesmal wirklich nicht regionale oder nationale Anbieter in irgendeiner Art und Weise haben, wobei ich mir die Fußnote erlauben würde: So soll es ja auch sein nach dem Europarecht. Man soll ja gerade nicht die regionalen und nationalen rechtswidrigerweise bevorzugen. Aber wenn man jetzt schon die Frage nach dem Vergaberecht hier auf dem Tisch hat: Gab es hier ein vergaberechtliches Problem? – Da gibt es im Kern zwei mögliche Antworten. Die eine Antwort ist, dass das europäische Vergaberecht schon gar keine Anwendung findet, weil hier kein Auftrag vergeben worden ist. Das ist eine Antwort, die eine recht enge Auslegung des Vergaberechts verwendet. Wenn man in Rechnung stellt, dass das Vergaberecht wie auch das Beihilfekontrollrecht, überhaupt das Recht des Binnenmarktes, recht weit gehandhabt wird von den Akteuren auf europäischer Ebene, dann würde man aber jedenfalls zu dem Punkt kommen, dass wir hier ein Verfahren haben, nämlich dieses nichtoffene Verfahren – nichtoffen will heißen, man lädt einen abgegrenzten Teilnehmerkreis ein –, und jedenfalls für das Vergaberecht – beim Beihilferecht ist das noch offen – ist gesichert, dass es ausreicht, wenn wir ein solches nichtoffenes Verfahren haben, sodass wir beim Vergaberecht aus meiner Sicht auf keinen Fall mit europarechtlichen Problemen konfrontiert werden können. Da gibt es, glaube ich, nicht wirklich Ansatzpunkte. – Das waren die Fragen.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank, Herr Prof. Mayer! – Weitere Wortmeldungen habe ich nicht vorliegen. Gibt es weitere Nachfragen? – Das ist nicht der Fall. Dann bedanken wir uns sehr herzlich für Ihre ausgiebige Stellungnahme. Wir lassen ein Wortprotokoll anfertigen, und da werden wir das dann nachlesen können. Vielen Dank, Herr Prof. Mayer, dass Sie uns zur Verfügung standen!

Ich gehe davon aus, dass damit der Tagesordnungspunkt 1 seine Erledigung gefunden hat. Wenn das nicht der Fall ist, müssten wir uns verständigen, wie wir weiter verfahren wollen. Danach würde ich dann zum Tagesordnungspunkt 2 übergehen. – Herr Dr. Lederer, bitte schön!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Ich gehe auch davon aus, dass der Tagesordnungspunkt 1 damit erledigt ist, will aber an dieser Stelle noch mal darauf hinweisen, dass ich darum bitte, dass der Vorsitzende seine Rolle unparteiisch wahrnimmt und jegliche Kommentierung von

Äußerungen von Ausschussmitgliedern, insbesondere dann, wenn es um rechtliche Komplexe und Probleme geht, mit abwertenden Äußerungen unterlässt.

Vorsitzender Claudio Jupe: Ich will das nicht weiter kommentieren. Sie können das im Wortprotokoll nachlesen. – [Zuruf von Heidi Kosche (GRÜNE)] – Ich sagte, ich will das nicht weiter kommentieren – jedenfalls in der Sitzung nicht.

Zu Tagesordnungspunkt 2 haben wir als Anzuhörende Frau Sabine Finkentheï und Herrn Olav Sydow vom Arbeitskreis unabhängiger Juristen eingeladen. Sind die Betreffenden hier? – Ich unterbreche die Sitzung für fünf Minuten, um die Dinge hier zu klären.

[Unterbrechung der Sitzung von 13.17 bis 13.22 Uhr]

Liebe Kolleginnen und Kollegen! Wir setzen die Sitzung fort und kommen zu

Punkt 2 der Tagesordnung

Besprechung gemäß § 21 Abs. 3 GO Abghs

Leitfaden des Arbeitskreises unabhängiger Juristen
(auf Antrag der Fraktion der SPD und der Fraktion der CDU)

[0003](#)

SondAWV

Hierzu: Anhörung

Wie ich vorhin schon sagte, haben wir Frau Finkentheï und Herrn Sydow zur Anhörung eingeladen. Seien Sie herzlich willkommen! Wollen wir so verfahren, dass Sie vorab einige Worte zu Ihrem Leitfaden sagen und dann für weitere Diskussionsbeiträge und Fragen zur Verfügung stehen? Wer möchte beginnen? – Frau Finkentheï, bitte schön!

Sabine Finkentheï (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Sehr geehrte Abgeordnete! Sehr geehrte Damen und Herren! Herzlichen Dank, dass Sie uns heute die Gelegenheit einräumen, den Leitfaden des Arbeitskreises unabhängiger Juristen vorzustellen! Ich freue mich, dass diesen Part meine Kollege Rechtsanwältin Sydow übernehmen wird, der wie auch andere Mitglieder des AKUJ seine Mitwirkung zugesagt hat, Abgeordnete, die ein Interesse an einer Organklage haben, die wir im Leitfaden vorstellen, zu unterstützen.

Kurz zu meiner Person: Ich bin Volljuristin, und in dieser Eigenschaft bat mich Herr Thomas Rudek, der Verfasser und Initiator des Volksbegehrens, das Volksbegehren juristisch zu begleiten. Dem bin ich sehr gern nachgekommen und habe nach der ersten Stufe des Volksbegehrens die Klageschrift gegen die Ablehnung des Senats, das Volksbegehren zuzulassen, erarbeitet, die dann Prof. Keßler vor dem Verfassungsgerichtshof Berlin erfolgreich vertreten hat. Seit dem Volksentscheid arbeite ich im Arbeitskreis der unabhängigen Juristen mit, trete als Koordinatorin auf und bin auch die Ansprechpartnerin des Kreises.

Zum Arbeitskreis unabhängiger Juristen ist zu sagen: Er hat sich erstmals Anfang März vergangenen Jahres nach dem Volksentscheid unter dem Dach der Grünen Liga Berlin zusam-

mengefunden. Es handelt sich um einen Verbund von zehn Juristen. Es sind allesamt Volljuristen, der größte Teil promoviert, und wir konnten uns sehr glücklich schätzen, zu fast jedem Rechtsgebiet Expertenwissen abrufen zu können, um so eben auch die Verträge einer sehr umfassenden juristischen Überprüfung zuzuführen. Die Kolleginnen und Kollegen haben uns alle ehrenamtlich ihr Know-how und vor allem auch ihre kostbare Zeit zur Verfügung gestellt.

Zum Inhaltlichen: Wir haben es uns zur Aufgabe gemacht, die bis jetzt veröffentlichten Verträge der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe einer kritischen und juristischen Überprüfung zu unterziehen. Es geht dem Arbeitskreis hierbei vor allem darum, nicht nur Rechtsverstöße zu benennen, sondern vor allem Wege aufzuzeigen, wie gegen solche Rechtsverstöße vorgegangen werden kann. Es sind also nur diejenigen Rechtsverstöße bzw. Verfahrensmöglichkeiten in unseren engeren Fokus genommen worden, die geeignet erscheinen, erfolgreich gegen die Verträge in unmittelbarer oder mittelbarer Form vorzugehen. Um hier ein Beispiel zu geben: Die Normenkontrollklage haben wir selbstverständlich auch im Für und Wider betrachtet, sind allerdings zu der Erkenntnis gekommen, dass hiermit die Verträge nicht angefochten werden können. Wie der Name schon sagt, lassen sich hier nur Gesetze und Rechtsvorschriften überprüfen.

So haben wir uns in einem ersten Schritt zunächst mit dem Gemeinschaftsrecht befasst und haben – entgegen Prof. Mayer – sowohl einen Verstoß gegen das EU-Beihilferecht als auch einen Verstoß gegen das EU-Vergaberecht konstatiert und in enger Abstimmung mit Prof. Keßler und Frau Prof. Müller von Transparency International ein Beschwerdeschreiben aufgesetzt, das dann von den beiden Professoren an die EU-Kommission weitergeleitet wurde. Das hat zu der Einleitung eines Prüfverfahrens geführt, das sich aber noch in Bearbeitung befindet. Hier ist das Verfahren noch nicht abgeschlossen. Danach haben wir uns mit den Rechtsverstößen nach nationalem Recht befasst, und das Ergebnis haben wir dann in dem Leitfaden zusammengestellt.

Abschließend möchte ich noch ein paar Worte zum Vorwurf der angeblichen Anonymität verlieren. Ansprechpartnerin des Arbeitskreises unabhängiger Juristen ist meine Person. Die Kontaktdaten sind im Leitfaden abgedruckt, und sowohl bei der Presse als auch bei Mitunterstützern wie z. B. dem Verband Deutscher Grundstücksnutzer, dem Bund der Steuerzahler und dem Mieterverein werde ich benannt. Ausführliche Informationen zur inhaltlichen Arbeit des Arbeitskreises finden Interessierte im Internet auf der Homepage der Berliner Wasserbürger. Auch sind andere Mitglieder des Arbeitskreises namentlich bekannt. Ihnen wie den anwesenden Pressevertretern ist bekannt, dass Whistleblower- oder Insiderschutz in Deutschland nicht besonders gut geregelt ist, und da wir in unserer Arbeit fachkundige und unverzichtbare Unterstützung von Juristen beispielsweise des höchsten Gerichts und auch aus der Wasserwirtschaft erfahren haben, die durch ihre Namensnennung jedenfalls berufliche Nachteile nicht ausschließen konnten, sind wir deren Bitte selbstverständlich nachgekommen, ihre Namen nicht zu nennen. Doch nicht nur ich verbürge mich für die Integrität, ich denke, auch die Qualität des Leitfadens lässt an der interessenpolitischen Ausrichtung nicht den geringsten Zweifel.

Schließlich noch der Hinweis, dass wir natürlich auch im Volksgesetz dem Schutz der persönlichen Daten Rechnung getragen haben und diese selbstverständlich von der Offenlegungspflicht ausgenommen haben. – Ich übergebe jetzt das Wort an Rechtsanwalt Sydow, der sich Ihnen zunächst vorstellen und anschließend den Inhalt des Leitfadens kurz darstellen und da-

bei auch die Kritikpunkte des Gutachtens des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes entkräften bzw. widerlegen wird. Wir bitten um Verständnis, dass wir bei der Argumentation vor allem auf juristische Fragestellungen eingehen. Wir hoffen, dass es nicht allzu trocken wird. Für Verständnisfragen stehen wir im Anschluss gern zur Verfügung. Wenn Sie erlauben, Herr Vorsitzender, übergebe ich jetzt das Wort an Rechtsanwalt Sydow.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank! – Das werde ich dann selbst machen. Vielen Dank, Frau Finkentheï, für Ihre einführenden Worte! Ich habe zunächst an Sie zwei Fragen. Die eine Frage bezieht sich darauf, dass Sie sagten, mitgearbeitet hätte auch das oberste Gericht. Wen meinen Sie damit?

Sabine Finkentheï (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Ich habe gesagt, ein Jurist, der bei einem obersten Gericht arbeitet.

Vorsitzender Claudio Jupe: Danke sehr! – Die zweite Frage: Ich habe ja Ihren Leitfaden hier vorliegen. Habe ich da ein Datum übersehen, oder von wann datiert das? Normalerweise sagt man: Ich mache eine Stellungnahme –, und die datiert von einem bestimmten Zeitpunkt.

Sabine Finkentheï (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Das ist im Oktober letzten Jahres der Öffentlichkeit vorgestellt worden.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank! – Herr Sydow, bitte schön!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Vielen Dank! – Sehr geehrte Abgeordnete! Sehr geehrte Damen und Herren! Mein Name ist Olav Sydow. Ich bin Rechtsanwalt in Berlin. Einer meiner Tätigkeitsschwerpunkte ist das Gebiet des Verfassungsrechts. In diesem Rahmen bin ich seit Jahren in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin tätig. Darüber hinaus bin ich Mitglied im Arbeitskreis unabhängiger Juristen.

Der Arbeitskreis hat den Konsortialvertrag und insbesondere § 23 Abs. 7 auf seine rechtliche Wirksamkeit überprüft. Wir sind dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass § 23 Abs. 7 wegen Verstoßes gegen Artikel 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin nichtig ist und diese Nichtigkeit gemäß den §§ 134, 138 BGB auch die Nichtigkeit des Konsortialvertrags zur Folge hat. Soweit die Nichtigkeit des Vertrags durch den Senat geltend gemacht wird, kann das vor staatlichen Gerichten erfolgen. Bleibt der Senat untätig, kann durch jede Fraktion des Abgeordnetenhauses ein Organstreitverfahren eingeleitet werden. – Dazu nachfolgend im Einzelnen. – § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags verstößt nach unserer Auffassung gegen Artikel 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin. In Artikel 87 Abs. 1 ist unter anderem geregelt, dass keine Sicherheiten ohne gesetzliche Grundlage geleistet werden dürfen. Diese haushaltsrechtliche Verfassungsvorschrift bezweckt den Schutz des parlamentarischen Budgetrechts. Die Regierung darf danach die Rechte des Parlaments auf dem Gebiet des Haushaltsrechts weder aushöhlen noch umgehen. Sicherheiten dürfen danach nur auf gesetzlicher Grundlage geleistet werden. Nach der Rechtsprechung des Berliner Verfassungsgerichtshofs handelt es sich bei Sicherheiten um einen Oberbegriff für Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen. § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags sieht vor, dass die privaten Anteilseigner – unabhängig vom tatsächlichen Umsatz und Gewinn der Berliner Wasserbetriebe – so gestellt werden, wie es in der Zinsformel des vom Berliner Verfassungsgerichtshofs teilweise für nichtig erklärten Artikel 2 § 3 des Teilprivatisierungsgesetzes vorgesehen war. Es handelt sich insofern um eine Gewinngarantie zugunsten der privaten Anteilseigner. Infolge dieser Vereinbarung läuft das Land Berlin Gefahr, einen geringeren Betrag zu erhalten als ihm nach der Höhe der Anteile von 50,1 Prozent zustehen würde. Dieses Risiko hat sich vorliegend verwirklicht. In den zehn Jahren, von 1999 bis 2009, hat das Land Berlin aufgrund dieser Regelung insgesamt fast 500 Millionen Euro niedrigere Gewinnabführungen als die privaten Anteilseigner erhalten. – Dies lässt sich aus der Tabelle auf Seite 36 unseres Leitplans sehr gut ersehen.

Daneben muss nach der Rechtsprechung des Berliner Verfassungsgerichtshofs die Risikoübernahme Hauptzweck des Vertrags sein. Wir sind der Auffassung, dass die Gewinngarantie in § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags ein Hauptzweck des Vertrags ist. Dabei haben wir darauf abgestellt, dass in dieser Regelung eine eigene Pflicht begründet wird und diese eine eigenständige Bedeutung im Sinne einer Hauptleistungspflicht hat. Der Wissenschaftliche Parlamentsdienst vertritt in seinem Gutachten die Auffassung, dass die Gewinngarantie kein Hauptzweck des Konsortialvertrags ist, da § 23 Abs. 7 nur ein Teilbereich des gesamten Vertragswerks sei, das die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe regelt. Diese Auffassung teilen wir nicht. In Anbetracht der jüngsten Entscheidung des Kartellamts zur Senkung der missbräuchlich erhöhten Trinkwasserpreise in Berlin wirkt es schon fast komisch, wenn in § 1 des Konsortialvertrags vom Ausbau und der Sicherung einer kostengünstigen Trinkwasserversorgung in Berlin gesprochen wird. – Bekanntlich ist das genaue Gegenteil eingetreten, aber das nur als Anmerkung am Rand. – Ob die Klausel in § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags einen Hauptzweck darstellt, ist nicht anhand des Umfangs des Vertrags zu bestimmen, sondern anhand der Bedeutung der Regelung für die Parteien. Es wird darin die Höhe der zuges-

cherten Gewinnausschüttungen für die privaten Anteilseigner geregelt und ist somit die Grundlage für ihre Investitionsentscheidung. Nur aus diesem Grund waren die privaten Anteilseigner bereit, einen Betrag von 3,05 Milliarden DM für die Anteile zu bezahlen. Das Return on Investment stellt das unternehmerische Hauptinteresse dar. Dieses zeigt sich auch darin, dass in der fünften Änderungsvereinbarung vom 24. Oktober 2003 die Gewinngarantie sogar noch weiter spezifiziert oder – wie Prof. Mayer vorhin sagte – effektiv gemacht wurde. Es besteht danach nach unserer Auffassung überhaupt kein Zweifel, dass die Gewinngarantie in § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags einen Hauptzweck des Vertrags darstellt und damit eine Sicherheit im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Kollege Sydow! Es wurde festgestellt, dass Ihr Mikrofon einige Begleitgeräusche verursacht, was als störend empfunden wird. Wenn Sie damit einverstanden sind, dann wird das Mikrofon in wenigen Sekunden ausgetauscht werden.

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Gern! – Ist dieses Mikrofon besser? – [Zuruf: Ja!] –

Vorsitzender Claudio Jupe: Wenn das funktioniert, dann setzen wir Ihre Anhörung fort.

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Gut, dann mache ich mit diesem Mikrofon weiter. – Nach unserer Auffassung besteht überhaupt kein Zweifel, dass die Gewinngarantie in § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags einen Hauptzweck des Vertrags darstellt und damit eine Sicherheit im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin. Für diese Sicherheitsleistung wäre eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich gewesen. Da eine solche gesetzliche Grundlage nicht vorhanden ist, wurde das parlamentarische Budgetrecht aus Artikel 87 Abs. 1 verletzt, sodass diese Regelung verfassungswidrig ist.

Nach unsrer Auffassung folgt aus der Verfassungswidrigkeit der Gewinngarantien auch die Nichtigkeit des Konsortialvertrags, da Artikel 87 Abs. 1 ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB darstellt. Diese Norm regelt, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Es ist dabei anerkannt, dass auch Vorrechte von Verfassungsorganen der Vorschrift des § 134 BGB unterfallen. Der Wissenschaftliche Parlamentsdienst vertritt in seinem Gutachten die Auffassung, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Regelung in Artikel 115 Grundgesetz und die inhaltsgleiche Regelung in Artikel 87 der Verfassung von Berlin nur das Verhältnis zwischen Regierung und Parlament regelt und damit kein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB sein könne. Nach dem Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes soll es daher rechtssystematisch nicht vertretbar sein, aus dem Haushaltsrecht als staatlichem Innenrecht Rechtsfolgen für den Bereich des Privatrechts herzuleiten. Schließlich wird noch ausgeführt, dass sich aus dem Rechtsstaatsprinzip der Grundsatz des Vertrauensschutzes ergibt, der verletzt werden würde, wenn fehlende Ermächtigungen im innerstaatlichen Bereich zur Nichtigkeit von Verträgen führen könnten. Diese Auffassungen sind – das muss ich an dieser Stelle so deutlich sagen – juristisch sehr fragwürdig.

Wenn man schon das Rechtsstaatsprinzip zitiert, dann bitte richtig. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden – ich zitiere:

Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Das Erfordernis der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage soll sicherstellen, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Grundentscheidungen trifft, die den Freiheits- und Gleichheitsbereich der Bürger betreffen. Ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip liegt danach gerade vor, wenn keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist.

Wenn man das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage als Begründung dafür heranzieht, dass ein Vertrag nicht nichtig sein könnte, ist das mehr als gewagt. – Gleiches gilt auch für die Sicherheiten im Sinne von Artikel 87 der Verfassung von Berlin. – Die Nichtigkeit eines Vertrags, der vom Senat ohne Ermächtigungsgrundlage abgeschlossen wurde, stellt somit die Einhaltung von Artikel 87 der Verfassung sicher. Im Übrigen unterfällt der Staat selbstverständlich der Regelung in § 134 BGB, wenn er privatrechtliche Verträge abschließt. Verstößt ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so ist dieser nichtig. In diesen Bereichen gibt es – entgegen der Auffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes – auch keinen Vertrauensschutz. Es ist noch nicht einmal ansatzweise erkennbar, dass ein schützenswertes Vertrauen aufseiten der privaten Anteilseigner entstanden ist. Ganz im Gegenteil ist hier festzustellen, dass sowohl der Senat von Berlin als auch die privaten Anteilseigner bösgläubig gehandelt haben. Die Vertragsparteien haben im Konsortialvertrag gerade Regelungen für den Fall der Nichtigkeit von Artikel 2 § 3 des Teilprivatisierungsgesetzes getroffen. Als die fünfte Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag abgeschlossen worden ist, war die Nichtigkeit der Plus-zwei-Prozent-Verzinsklausel und der Effizienzsteigerungsklausel den Vertragspartnern sogar positiv bekannt. In beiden Fällen haben die Vertragsparteien im Einvernehmen vorsätzlich das Haushaltsrecht des Parlaments umgangen, was Artikel 87 der Verfassung von Berlin gerade verhindern will.

Die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Bestimmung kann nur dadurch sichergestellt werden, dass Verträge zwingend nichtig sind, die unter Verstoß gegen Artikel 87 der Verfassung von Berlin geschlossen wurden. Durch die Bösgläubigkeit der Vertragspartner ist die Entstehung von schützenswertem Vertrauen in jedem Fall ausgeschlossen.

– Nach unserer Auffassung ist § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags daher gemäß § 134 BGB nichtig.

Darüber hinaus liegt nach unserer Auffassung auch ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB vor, da § 23 Abs. 7 auch gegen die guten Sitten verstößt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoßen, durch das Dritte gefährdet oder geschädigt werden oder das im Falle der Beteiligung der öffentlichen Hand im krassen Widerspruch zum Gemeinwohl steht. Voraussetzung dafür ist, dass alle Beteiligten die entsprechenden Tatsachen kennen, die die Sittenwidrigkeit begründen können oder diese grob fahrlässig ignorieren. Dass die Regelung in Artikel 87 der Verfassung von Berlin im Interesse der Allgemeinheit erlassen wurde, daran kann kein Zweifel bestehen. Dass sich die Vertragspartner über den Verstoß gegen Artikel 87 der Verfassung im Klaren waren, kann nach unserer Auffassung auch nicht im Zweifel stehen. Der Wissenschaftliche Parlamentsdienst vertritt in seinem Gutachten hingegen die Auffassung, dass nicht ersichtlich ist, dass durch § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags Vermögenswerte des Landes Berlin regelrecht verschleudert werden. Maßstab ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber ein krasser Widerspruch

zum Gemeinwohl und nicht die Verschleuderung von Vermögenswerten. Dazu erlauben wir uns erneut, auf die Tabelle auf Seite 36 unseres Leitfadens zu verweisen. In den Jahren von 1999 bis 2009 hat die Regelung in § 23 Abs. 7 dazu geführt, dass die Berliner Wasserbetriebe an das Land Berlin 694 Millionen Euro Gewinn abgeführt haben. Demgegenüber wurden im gleichen Zeitraum an die privaten Anteilseigner 1,183 Milliarden Euro Gewinn von den Berliner Wasserbetrieben abgeführt. Die privaten Anteilseigner haben somit fast 500 Millionen Euro mehr erhalten als das Land Berlin, obwohl das Land Berlin Mehrheitseigentümer ist. Das ist geradezu ein Musterbeispiel für das Verschleudern von Vermögenswerten und steht im krassen Widerspruch zum Gemeinwohl, worauf es vorliegend ankommt. Prozentual ausgedrückt hat die Klausel dazu geführt, dass in den zehn Jahren von 1999 bis 2009 die privaten Anteilseigner mit ihrem Anteil von 49,9 Prozent einen Anteil von 63 Prozent an den Gewinnabführungen erhielten und das Land Berlin mit seinem Anteil von 50,1 Prozent nur einen Anteil von 37 Prozent an den Gewinnabführungen erhielt. Nach unserer Auffassung liegt darin ein eindeutiger krasser Widerspruch zum Gemeinwohl.

Der Wissenschaftliche Parlamentsdienst führt in seinem Gutachten weiter aus, dass angesichts der diffizilen Rechtslage nicht davon auszugehen sei, dass sowohl der Senat als auch die privaten Anteilseigner sich des Verstoßes gegen das Budgetrecht und Demokratieprinzip bewusst waren oder dies grobfahrlässig ignoriert haben. Worin allerdings die diffizile Rechtslage bestehen soll, erläutert der Wissenschaftliche Parlamentsdienst nicht, dies – so meine ich – aus gutem Grund: Die Rechtslage ist keineswegs diffizil. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Konsortialvertrags war beiden Parteien bewusst, dass die Regelung in § 3 des Teilprivatisierungsgesetzes für nichtig erklärt werden könnte. Genau aus diesem Grund haben sie für diesen Fall die Regelungen in § 23 Abs. 7 des Vertrags getroffen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der 5. Änderungsvereinbarung war beiden Parteien die Verfassungswidrigkeit der Regelung sogar positiv bekannt. – Beides klare Fälle von Bösgläubigkeit. – Dass sich durch die Regelung in § 23 Abs. 7 eine disproportionale Gewinnverteilung ergeben würde, war beiden Parteien ebenfalls bewusst. Genau dies hatten sie für den Fall der Nichtigkeitserklärung in § 3 des Teilprivatisierungsgesetzes geregelt. Dass die sich daraus ergebende Gewinngarantie der privaten Anteilseigner zu Lasten des Landes Berlin gehen würde, war somit offenkundig. Die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, waren den Vertragsparteien in jedem Fall positiv bekannt. § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags war danach auch wegen des Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Es stellt sich dann auch noch die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen aus der Nichtigkeit von § 23 Abs. 7 folgen, das heißt, ob damit der gesamte Konsortialvertrag gemäß § 139 BGB nichtig ist oder nur die Regelung in § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags. Nach unserer Auffassung folgt aus der Nichtigkeit des § 23 Abs. 7 auch die Nichtigkeit des gesamten Vertrags. Wie ich bereits ausgeführt habe, regelt § 23 Abs. 7 einen Hauptzweck des Vertrags. Nach den Gesamtumständen gehen wir davon aus, dass die privaten Anteilseigner ohne die Regelung in § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags von einer Beteiligung an den Berliner Wasserbetrieben abgesehen hätten. Die Höhe der erzielbaren Gewinne war ein zentraler Faktor für die Kaufentscheidung, einen Anteil an den Berliner Wasserbetrieben zu erwerben. Da im Konsortialvertrag in § 47 Abs. 3 eine sogenannte Erhaltungsklausel aufgenommen wurde, müsste das Land Berlin im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens darlegen und beweisen, dass der Vertrag ohne die Regelung in § 23 Abs. 7 nicht abgeschlossen worden wäre. In Anbetracht der elementaren Bedeutung der Gewinngarantien aus § 23 Abs. 7 dürfte dies jedoch keine besonderen Schwierigkeiten mit sich bringen. Der Wissenschaftliche Parlamentsdienst vertritt in

seinem Gutachten die Auffassung, dass angesichts des Umfangs der Regelungen und der detaillierten Ausformulierungen in der Erhaltungsklausel in § 47 Abs. 3 des Konsortialvertrags folgt, dass die Parteien ein gesteigertes Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrags hatten. Die Absicherung der Rendite sei für die privaten Anteilseigner von erheblicher Bedeutung, jedoch würden nach Auffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes bei Unwirksamkeit der Regelung in § 23 Abs. 7 nicht die Ansprüche auf Rendite entfallen, sondern nur die Verpflichtung des Landes Berlin zur Durchführung der zugesicherten Maßnahmen. Über die Rendite müsste damit neu verhandelt werden.

Auch diese Auffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes können wir nur als sehr zweifelhaft bezeichnen. Die Absicherung der Rendite ist für die privaten Anteilseigentümer nicht nur von erheblicher Bedeutung, das Streben nach Gewinn ist das konstituierende Merkmal des Betriebs in der Marktwirtschaft. Dementsprechend haben sich die privaten Anteilseigner bereits unmittelbar nach dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 21. Oktober 1999 an den Senat gewandt und nachgefragt, ob das Land Berlin auch weiterhin seinen Verpflichtungen aus § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrags nachkommt. Dieses haben die Senatsverwaltungen für Wirtschaft und Betriebe sowie Finanzen mit Schreiben vom 29. Oktober 1999 nochmals ausdrücklich bestätigt. Dies zeigt deutlich auf, dass die Regelung in § 23 Abs. 7 höchste Bedeutung und Priorität für die privaten Anteilseigentümer hat und damit das Bestehen des gesamten Vertrags. Darüber hinaus regelt § 23 Abs. 7 selbstverständlich auch die Höhe der Gewinnausschüttung zugunsten der privaten Anteilseigner. Ihre Gewinne werden durch die Klausel garantiert, und zwar auf der Grundlage des vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig erklärten zweiprozentigen Zuschlags und der verfassungswidrigen Effizienzsteigerungsklausel. Die Klausel hat dann auch dazu geführt, dass die privaten Anteilseigentümer fast 500 Millionen Euro höhere Gewinnausschüttungen hatten. Bei Nichtigkeit der Klausel in § 23 Abs. 7 hat die Gewinnausschüttung auf der Grundlage der Höhe der Anteile zu erfolgen. Für eine Neuverhandlung der Rendite verbleibt im Fall der Nichtigkeit von § 23 Abs. 7 kein Raum, und zwar sowohl dann, wenn nur die Klausel nichtig ist und ohnehin dann, wenn der gesamte Vertrag nichtig ist.

Sofern der Senat tatsächlich beabsichtigen sollte, die Nichtigkeit des Vertrags vor staatlichen Gerichten geltend zu machen, stellt sich die Frage, vor welchem Gericht dies erfolgen müsste. Wir sind zu der Auffassung gekommen, dass aufgrund des Bezugs zu hoheitlichen Aufgaben der Daseinsvorsorge der Verwaltungsrechtsweg naheliegt, haben im Übrigen aber auch die vom Wissenschaftlichen Parlamentsdienst angenommene Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte geprüft. Dabei stellt sich die Frage, ob durch die Schiedsvereinbarung in § 44 Abs. 2 des Konsortialvertrags der Rechtsweg vor die ordentlichen Gerichte ausgeschlossen ist. Wir sind der Auffassung, dass die Schiedsvereinbarung wegen einer gesetzlichen Vorschrift im Sinne von § 1030 Abs. 3 ZPO nichtig ist. Wie im Leitfaden dargelegt ist, ergibt sich das aus dem Demokratieprinzip in Artikel 20 Abs. 1 Grundgesetz, dem Gewaltenteilungsprinzip in Artikel 20 Abs. 2 Grundgesetz und dem Rechtsstaatsprinzip in Artikel 20 Abs. 3 Grundgesetz bzw. den entsprechenden Vorschriften in Artikel 2 und Artikel 3 der Verfassung von Berlin. Durch die Übertragung der Zuständigkeit auf ein Schiedsgericht ist die Möglichkeit einer parlamentarischen Kontrolle des Verwaltungshandelns ausgeschlossen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht mehr in ausreichendem Maß sichergestellt. Da etwaige Schiedsverfahren vertraulich sind, haben die Parlamentarier keine Möglichkeit, die Prozessführung durch den Senat zu beobachten und nach Abschluss des Verfahrens zu überprüfen. Nach der Schiedsvereinbarung sind die Öffentlichkeit und das Parlament noch nicht einmal darüber zu

informieren, ob überhaupt ein Schiedsverfahren durchgeführt wird, sodass das Handeln des Senats der parlamentarischen Kontrolle völlig entzogen ist. Die gegenseitige Kontrolle der Staatsorgane ist jedoch ein wesentliches Verfassungserfordernis, das sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip in Artikel 20 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz ergibt. Schließlich verlangen auch das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip einen gewissen Grad an Transparenz und Öffentlichkeit bei gerichtlicher Kontrolle.

Der Wissenschaftliche Parlamentsdienst vertritt in seinem Gutachten hingegen die Auffassung, dass die Schiedsvereinbarung nicht gegen gesetzliche Vorschriften im Sinne von § 1030 Abs. 3 ZPO verstößt und daher nicht unwirksam ist. Allgemeine Verfassungsgrundsätze wie das Demokratieprinzip oder das Rechtsstaatsprinzip sind nach Auffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes keine Normen, die eine Schiedsvereinbarung untersagen oder aus deren Sinngehalt sich die Unzulässigkeit oder Unwirksamkeit der Vereinbarung ergibt.

Bei dieser Thematik ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es eine neue und offene Rechtsfrage ist, ob eine Schiedsklausel aufgrund von Verfassungsbestimmungen nichtig sein kann. Es spricht jedoch viel dafür, dass auch Verfassungsnormen der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung entgegenstehen können. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits entschieden, dass die Grundrechte über die Generalklauseln auch in das einfache Recht hineinstrahlen. Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht auch entschieden, dass die objektiven Wertentscheidungen der Verfassung als Bestandteil der Grundrechte der Beurteilungsmaßstab für privatrechtliche Rechtsbeziehungen und die Entscheidungen von Zivilgerichten sind. Eine Ausstrahlungswirkung der grundlegenden Verfassungsprinzipien aus den Artikeln 20 Abs. 1 bis 3 Grundgesetz kommt danach durchaus in Betracht. Die Wertentscheidungen der Verfassung dürften auch jenseits der Grundrechte bei staatlichem Handeln in das Privatrecht ausstrahlen. Darüber hinaus dürfte in jedem Fall auch aus Artikel 115 Grundgesetz bzw. Artikel 87 der Verfassung von Berlin folgen, dass die vorliegende Schiedsvereinbarung unwirksam ist. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es zu verhindern, dass die Exekutive das Haushaltsrecht des Parlaments aushöhlt oder umgeht. Dieses Umgehungsverbot würde jedoch leerlaufen, wenn eine gerichtliche Überprüfung durch ordentliche Gerichte durch eine Schiedsvereinbarung ausgehebelt werden könnte.

In dem hypothetischen Fall, dass sich der Senat doch noch entschließen sollte, die Nichtigkeit des Konsortialvertrags geltend zu machen, kann dies deshalb vor staatlichen Gerichten erfolgen. Sollte der Senat jedoch weiterhin untätig bleiben, so besteht für das Abgeordnetenhaus die Möglichkeit, in einem Organstreitverfahren vor dem Berliner Verfassungsgerichtshof gegen den Verstoß gegen das Haushaltsrecht unter Artikel 87 Abs. 1 der Verfassung vorzugehen. Gegenstand des Organstreitverfahrens wäre danach die Feststellung, dass der Senat gegen Artikel 87 der Verfassung verstößt, indem er es unterlässt, die Nichtigkeit des Konsortialvertrags geltend zu machen. Durch ein Organstreitverfahren kann der Senat nicht gezwungen werden, die Nichtigkeit des Konsortialvertrags geltend zu machen, aber der Verfassungsgerichtshof kann feststellen, dass die Unterlassung des Senats einen Verstoß gegen das Budgetrecht des Parlaments aus Artikel 87 der Verfassung darstellt. Soweit der Wissenschaftliche Parlamentsdienst in seinem Gutachten daher meint, dass aus dem parlamentarischen Budgetrecht keine verfassungsrechtliche Befugnis ableitbar wäre, die das Abgeordnetenhaus im Organstreitverfahren geltend machen könnte, ist dies schlichtweg falsch. Der Berliner Verfassungsgerichtshof hat bereits im Jahr 1997 entschieden, dass eine ohne Ermächtigung durch das Haushaltsgesetz gemachte Anleihe einen Verstoß gegen Artikel 87 der Verfassung von

Berlin darstellt, welcher durch das Abgeordnetenhaus auch vor dem Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden kann. Eine Organklage ist danach selbstverständlich zulässig und nach den bisherigen Ausführungen auch begründet.

Im Übrigen gehen die Ausführungen des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes am Gegenstand des Organstreitverfahrens vorbei. Anders als in diesem Gutachten unterstellt wird, ist der Gegenstand des Organstreitverfahrens nicht die Geltendmachung der Nichtigkeit des Konsortialvertrags. Dies ist im Verfassungsgerichtshofgesetz nicht vorgesehen. Gegenstand des Organstreitverfahrens ist die Untätigkeit des Senats. Der Antrag für ein Organstreitverfahren muss gemäß § 37 des Verfassungsgerichtshofgesetzes binnen sechs Monaten gestellt werden, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung bekannt geworden ist. Der Arbeitskreis ist der Auffassung, dass die sechsmonatige Frist noch gar nicht begonnen hat, da bisher keine Aufforderung an den Senat erfolgt ist, eine Vertragsanfechtung durchzuführen. Der Wissenschaftliche Parlamentsdienst stellt darauf ab, dass das Ziel des Organstreitverfahrens nicht ein Verhalten des Senats, sondern die gerichtliche Nichtigkeitsfeststellung des Vertrags sei. Dies soll dann dafür sprechen, die Maßstäbe anzuwenden wie bei einer Organklage gegen ein Gesetz. Die Frist hätte nach Auffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes spätestens mit der Veröffentlichung im Internet am 10. November 2010 begonnen und wäre damit abgelaufen.

Wie ich bereits dargelegt habe, geht der Wissenschaftliche Parlamentsdienst von völlig falschen Voraussetzungen aus. Gegenstand des Organstreitverfahrens wäre vorliegend das Verhalten des Senats, der es unterlässt, die Nichtigkeit des Konsortialvertrags vor staatlichen Gerichten geltend zu machen. Die Beseitigung des Konsortialvertrags kann nicht Gegenstand des Organstreitverfahrens sein. Es kann daher auch nicht Anknüpfungspunkt für die Frist in § 37 Abs. 3 des Verfassungsgerichtshofgesetzes sein. Dies ist tatsächlich nur die Unterlassung des Senats.

Im Übrigen spricht nach der Rechtsprechung des Berliner Verfassungsgerichtshofs auch viel dafür, dass sogar für jedes Haushaltsjahr der Verstoß gegen Artikel 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin gesondert geltend gemacht werden kann. Die Regelung in § 23 Abs. 7 beinhaltet für jedes einzelne Haushaltsjahr eine Verletzung des Haushaltsrechts des Abgeordnetenhauses. Darauf kommt es vorliegend jedoch nicht an, da mangels einer Aufforderung an den Senat die Sechsmonatsfrist noch gar nicht begonnen hat.

Es stellt sich dann noch die Frage, wer für ein Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof antragsbefugt ist. Dazu ergeben sich aus unseren Ausführungen im Leitfaden und dem Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes keine wesentlichen Differenzen bezüglich der rechtlichen Darlegungen. Einzelne Fraktionen können in jedem Fall in Prozessstandschaft für das Abgeordnetenhaus im Rahmen eines Organstreitverfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin einen Antrag stellen. Bezüglich einzelner Abgeordneter ist dies durch den Berliner Verfassungsgerichtshof noch nicht entschieden worden. Insofern kann ich auf die Darstellungen in unserem Leitfaden verweisen. – Damit schließe ich meine Ausführungen ab und bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank, Herr Sydow! Vielen Dank, Frau Finkenthei! – Herr Heinemann hat sich zu Wort gemeldet. – Bitte sehr!

Sven Heinemann (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender! Vielen Dank für Ihren Vortrag, Herr Sydow! – Ich habe eine Reihe von Fragen, die ersten an Frau Finkenthe: Sie sagten, eines der Mitglieder dieses Arbeitskreises sei Mitglied eines obersten Gerichts. Können Sie uns vielleicht sagen welches obersten Gerichts? Ich selbst bin kein Jurist. Ist jedem Juristen klar, welches Gericht gemeint ist? Ist das das Bundesverfassungsgericht und nicht das Berliner Verfassungsgericht? – [Sabine Finkenthe (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Genau!] – Sie meinen das Bundesverfassungsgericht. – Okay, vielen Dank!

Es ergeben sich für mich noch folgende Fragen. Sie haben einen möglichen Klageweg beschrieben oder eine Reihe von Rechtsverstößen festgestellt. Wie ist denn Ihre realistische Einschätzung, welchen zeitlichen Umfang ein solches Verfahren hätte? Ich gehe davon aus, dass das wahrscheinlich ein Rechtsstreit von mehreren Jahren wäre. Wie ist Ihre Einschätzung?

Ich stelle mir noch eine andere Frage.

Es gibt auch andere Verfahren. In Baden-Württemberg ging es z. B. nicht um einen Verkauf, sondern um einen Rückkauf, wo praktisch festgestellt wurde, dass dieser Rückkauf des Energieversorgers nicht ganz rechtens war – was aber letztendlich ohne weitere Folgen blieb, also meines Wissens wurde ja nur gerügt. Wie sehen Sie das im Vergleich hier? Denn es ist so, dass in Berlin nicht nur der Senat, sondern auch das Abgeordnetenhaus die ganzen Verträge und auch Nebenabreden vorgelegt bekam und da auf dieser Grundlage entschieden hat. Wie fällt denn das ins Gewicht, dass das Parlament hier selbst beteiligt war als praktisch oberster Gesetzgeber? Das ist mir als Nichtjurist nicht ganz klar, wie da die Chancen sind, wenn das Parlament als Volksvertreter das alles abgesegnet hat. Das wäre noch mal eine Frage, die mich beschäftigt.

Dann haben Sie angesprochen, dass es möglich wäre, dass eine Fraktion so eine Organklage anstrengen könnte. Sind denn schon Fraktionen auf Sie zugekommen, die diesen Weg beschreiten wollen, oder wurden Sie da schon um Rat gefragt?

Und zum Schluss noch die Frage – Sie haben sich in Ihrem Vortrag ja mindestens dreimal so lang mit dem Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes befasst als mit Ihrem eigenen Gutachten – ich habe extra auf die Uhr geguckt – und haben das an vielen Stellen auch in Zweifel gezogen und auch von Fehlinformationen gesprochen –: Habe ich das damit richtig verstanden, dass Sie dem Wissenschaftlichen Parlamentsdienst hier eine bewusste oder unbewusste Fehlinformation der Abgeordneten vorwerfen? Das würde mich auch noch mal interessieren. – Das waren so die Hauptfragen, die ich hatte. – Danke!

Vorsitzender Claudio Jupe: Dann Herr Karsten – bitte schön!

Nikolaus Karsten (SPD): Ich beziehe mich jetzt noch mal – –

Sabine Finkentheï (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Entschuldigung! Vielleicht zum Prozedere, weil Sie eben Prof. Mayer das auch gefragt hatten. Wir würden eigentlich lieber gern sofort auf die Fragen antworten.

Vorsitzender Claudio Jupe: Wenn die Mitglieder des Ausschusses damit einverstanden sind, wollen wir so verfahren? Wir haben sonst die Fragen gesammelt, Frau Finkentheï. – [Zuruf] – Nein, das bezog sich nicht auf Prof. Mayer, sondern das haben wir eigentlich meistens in den Anhörungen so gemacht. Aber wir können ja in diesem Fall so verfahren. Da das jetzt mehrere Fragen waren, beantworten Sie die zunächst, und dann gehen wir aber in der Rednerliste – – – [Zuruf] – Ich höre gerade, wir sollten uns sputen. – Bitte schön!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Die erste Frage betraf die Dauer eines Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof. Das ist naturgemäß schwer einzuschätzen. Der Verfassungsgerichtshof ist in seiner Fristsetzung und der Art und Weise, wie er vorliegende Anträge bearbeitet, frei. Von einem mehrjährigen Verfahren würde ich jetzt allerdings nicht ausgehen. Ich denke, dass ein solches Verfahren innerhalb von sechs bis zwölf Monaten üblicherweise abgeschlossen sein würde.

Die zweite Frage war – wenn ich das zusammenfassen darf –, was sozusagen aus einem positiven Urteil des Verfassungsgerichtshofs dann folgen würde. Es folgt zunächst einmal daraus die Feststellung, dass die Untätigkeit des Senats das Budgetrecht des Abgeordnetenhauses

verletzt. Welche Schlussfolgerungen das Abgeordnetenhaus daraus zieht und wie das Abgeordnetenhaus dann daraufhin weiter tätig wird, kann ich natürlich nicht beurteilen. Das muss man dann halt sehen, wenn es so weit ist.

Die dritte Frage betraf die Thematik der Beteiligung des Parlaments, des Abgeordnetenhauses, das ja die Zustimmung zu diesen Verträgen erklärt hat. Darauf kommt es vorliegend allerdings nicht an. Artikel 87 der Verfassung von Berlin sieht ausdrücklich vor, dass es einer gesetzlichen Grundlage für die Sicherheitsleistung bedarf, und die Zustimmung des Parlaments schafft keine gesetzliche Sicherheitsgrundlage, sondern tatsächlich nur eine gesetzliche Regelung. Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht ja auch vor nicht allzu langer Zeit entschieden, dass sich das Parlament nicht seiner Rechte freiwillig begeben darf oder darauf verzichten darf. Insofern spielt das also keine Rolle.

Vorsitzender Claudio Jupe: Frau Finkenthe, bitte!

Sabine Finkenthe (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Was die Frage anbetrifft, ob bisher Fraktionen auf uns zugekommen sind und uns um Rat gefragt haben: Dazu kann ich nur sagen, dass wir an der Kleinen Anfrage von Herrn Claus-Brunner von den Piraten mitgewirkt haben. Er hat uns gebeten, ihn hier bei der Formulierung zu unterstützen. Was insgesamt die Organklage angeht, ist bisher noch keine Anfrage auf direkte Unterstützungsarbeit erfolgt.

Vorsitzender Claudio Jupe: Als Nächster steht Herr Karsten auf der Rednerliste – bitte! – [RA Olav Sydow (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Eine Frage war noch!] – Bitte schön, Herr Sydow!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Die letzte Frage war, ob wir hier eine bewusste oder unbewusste Falschinformation durch den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst unterstellen. Dazu müsste ich mich hineinversetzen in den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst und was er möglicherweise damit beabsichtigt oder bezweckt hat. Die Darlegungen sind an mehreren Stellen nach meiner Auffassung sehr zweifelhaft, das habe ich dargelegt. Mehr kann ich dazu dann auch nicht sagen.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank! – Jetzt setzen wir mit Herrn Karsten fort. – Bitte schön!

Nikolaus Karsten (SPD): Auch von mir: Vielen Dank für Ihren Vortrag! – Ich komme jetzt zu dem, was direkt nicht im Vortrag drin war, sondern was das Ergebnis, sozusagen das Ziel ist. Da möchte ich noch einmal darauf eingehen, was Herr Prof. Keßler am 4. Mai hier im Ausschuss vorgetragen hat. Ich habe das im Wortprotokoll noch mal nachgelesen, weil ich nicht ganz sicher war, ob ich das richtig gehört habe. Denn Herr Prof. Keßler hat – – – [Heidi Kosche (GRÜNE): Sagen Sie mal die Seite!] – Die Seite weiß ich jetzt nicht, aber ist nachzulesen. – Er hat Folgendes gesagt, dass in einem Falle der Nichtigkeit keine Rückabwicklung passieren würde, und zwar auf der Grundlage des Gesellschaftsrechts – das kann ich, wie gesagt, nicht einschätzen –, denn es gebe dazu ein Urteil des Zweiten Senats von ... – Ich habe ihn jetzt angeschrieben und ihn darum gebeten, dass wir das Urteil auch bekommen – oder dass ich das bekomme, das würde ich auch zur Verfügung stellen. – Jedenfalls würde das aus meiner Sicht, wenn ich das richtig verstanden habe, ja bedeuten, wenn es keine Rückabwicklung gäbe im Falle der Feststellung der Nichtigkeit, dass dann eigentlich das Vertragswerk

zwar weg ist, aber trotzdem noch drei Eigentümer da wären, nämlich das Land Berlin, RWE und Veolia, und man immer noch nicht weiter wäre, sondern man müsste jetzt wieder sehen, wie kriegt man die da raus, und wenn man sie nicht rauskriegt, wie müssten die neuen Regeln aussehen, wenn die alten weg sind. Wie schätzen Sie diese Einschätzung – sie ist nachzulesen im Wortprotokoll vom 4. Mai – ein? Wie schätzen Sie das ein – weil das ja, glaube ich, ein wesentlicher Unterschied ist, was in so einem Fall passieren würde? – Das war die eine Frage.

Jetzt noch die andere Frage nach dem krassen Widerspruch zum Gemeinwohl. Wenn ich diese Zahlen lese, dann – Sie haben das mehrfach vorgetragen – ist für Sie die Begründung des krassen Widerspruchs zum Gemeinwohl, dass in der Summe – disproportionale Gewinnausteilung – 500 Millionen Euro mehr ausgeschüttet wurde an Gewinnen an die Privaten als an das Land Berlin – und das haben Sie gemittelt über zehn Jahre. Wenn es jetzt in Zukunft anders laufen würde – keine Ahnung, weil der Vertrag jetzt, weiß ich, noch bis 2028 läuft, was ja keiner hofft, aber wir wissen es nicht –, wenn sich dieses Verhältnis umkehren oder verändern würde bis zum Ende des Vertrages, wäre dann immer noch ein krasser Widerspruch? Das ist meine Frage, denn ich empfinde das natürlich als völlig ungerecht und kaufmännisch gerade aus heutiger Sicht für den heutigen Zeitpunkt nicht besonders vorteilhaft. Aber die Frage ist eben, ob das ausreicht, diesen krassen Widerspruch zu begründen. So, das ist die zweite Frage: Wie sehen Sie die gemittelte Sache, oder nimmt man ein Jahr?

Wenn ich mir jetzt weiter diesen § 23 (7) anschau, dann ist doch noch mal die Frage – – Ich versetze mich jetzt in den Haushaltsgesetzgeber, der wir ja sind, rein, und sage, wir machen jetzt für das Jahr 2012 und 2013 den Haushalt; und in diesem Haushalt stehen übrigens drin, ja, auch im Einzelplan 13, Gewinne aus Wasser stehen drin im Haushalt. Das ist ein Plan. Jetzt läuft das anders, z. B. kalter Sommer, verregneter Sommer, niedrigere Verbräuche, dann passiert hier ja auch etwas mit dem Haushalt. Da ist sozusagen eine Unbestimmtheit drin. Der klare Verstoß, die klare Garantie ist ja nicht festgelegt auf eine Zahl, sondern da ist eine Unbestimmtheit drin. Mich interessiert, ob man das noch fester klopfen kann, wenn diese Unbestimmtheit drin ist.

Denn – und das ist die nächste Frage – ich sehe z. B. in der Aufstellung, dass 1999, 2001 und 2002 das Land Berlin überhaupt nichts bekommen hat. Jetzt interessiert mich natürlich, ob darüber hinaus – und das wäre für mich dann schon eine Sache, die dann wirklich ans Eingemachte geht – das Land Berlin nicht nur auf Gewinne verzichtet hat, sondern ob noch zusätzlich – und das wäre aus meiner Sicht, sozusagen als Haushaltsgesetzgeber auf jeden Fall der Punkt, wo ich sage, hier findet etwas statt, was direkt in den Kern des Haushaltsrechts eingreift –, über den Gewinnverzicht hinaus auch noch aus dem Haushalt Mittel zur Verfügung gestellt werden mussten, um die Gewinnansprüche zu befriedigen. Und dann, weil ich kein Jurist bin, ist die Frage: Wenn diese Verträge vorlagen, und Sie sagten noch, das spielt hier keine Rolle, denn es muss eine gesetzliche Grundlage geben – ist das wirklich sicher? Spielt das wirklich keine Rolle, dass das Abgeordnetenhaus auch vielleicht bei der Entscheidung wusste, dass es hier zu einer disproportionalen Gewinnverteilung kommen kann?

Vorsitzender Claudio Jupe: Möchten Sie wieder direkt zu den Fragen Stellung nehmen, oder sollen wir weiter sammeln? – Bitte schön!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Die erste Frage betraf die Thematik, wenn der Konsortialvertrag nichtig ist, was ist dann mit der Rückabwicklung. Ich

kenne jetzt die Stellungnahme von Prof. Keßler nicht, aber es ist in der Tat so, dass bei Gesellschaftsverträgen die Rückabwicklung immer schwierig ist und die Rechtsprechung dafür auch ein Modell der „nichtigen Gesellschaft“ entwickelt hat. Wie das im Einzelnen passieren würde, 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.

Die zweite Frage betraf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem krassen Widerspruch zum Gemeinwohl und was wäre, wenn die Gewinnverteilungen in Zukunft anders wären. Klar, die tatsächlichen Zahlen für die Vergangenheit belegen dieses krasse Missverhältnis. Tatsächlich reicht aber schon aus, dass sich aus der Vertragsgestaltung selbst die Gefahr ergibt, dass hier das Haushaltsrecht des Parlaments beeinträchtigt wird oder die Gewinnausschüttungen disproportional erfolgen – das reicht dafür also schon völlig aus.

Die dritte Frage betraf die Bestimmtheit der Regelungen, wenn ich das richtig verstanden habe. In § 23 Abs. 7 ist in der Tat eine Gewinnausfallgarantie, wenn man es genau nimmt, geregelt. Wie sich diese Gewinnausfallgarantie auswirkt, kann in den einzelnen Jahren ganz unterschiedlich erfolgen – das sehen wir hier anhand der Tabelle in § 36 des Leitfadens. Dazu kann ich auch keine Prognosen weiter abgeben. Die Regelung als solche ist anwendbar, sie ist auch angewendet worden und auf dieser Grundlage entsprechend sind die Gewinnverteilungen erfolgt. Insofern habe ich keine Zweifel, dass sie jetzt zu unbestimmt wäre.

Sabine Finkenthei (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Zu der vierten Frage – da ging es um die gesetzliche Ermächtigung, ob hier – wenn ich das richtig verstanden habe – die Zustimmung des Abgeordnetenhauses zu den Verträgen als ausreichend angesehen werden könnte. Das haben wir im Leitfaden auf den Seiten 22 und 23 ausgeführt, dass dieses nicht als ausreichend angesehen wird. Ich zitiere – auf S. 23 – noch mal aus dem Leitfaden selbst:

Darüber hinaus könnte die erforderliche gesetzliche Grundlage für die in § 23 (7) des Konsortialvertrags vorgesehene Sicherheitsleistung, wenn sie jemals erlassen würde, keinen Bestand haben. Denn sie wäre verfassungswidrig und im Augenblick ihrer Verabschiedung nichtig. Ein Gesetz, das sich seinem Inhalt nach als Legitimationsbasis auch für die Effizienzsteigerungsklausel eignen würde, ist ausweislich der Entscheidung des BerlVerfGH von 1999 mit der VvB nicht vereinbar.

Vorsitzender Claudio Jupe: Frau Bayram, bitte!

Canan Bayram (GRÜNE): Vielen Dank, Herr Vorsitzender! – Ich kann mir jetzt wirklich ein paar Anmerkungen zu den Äußerungen der Kollegen insbesondere von der SPD-Fraktion nicht verkneifen, dass Sie sich hier in so eine Ahnungslosigkeit retten, wo Sie den ganzen Zugang zu den Infos haben. Und wenn dann insbesondere der Kollege Heinemann hier den Anzuhörenden sozusagen unterstellt, dass sie den WPD da angreifen wollen, wo er selbst mit verhindert, dass der WPD hier sitzen und sich dazu äußern konnte, dann hätten wir den doch fragen können, das, finde ich schon, zeigt so ein bisschen, was hier für eine Politik betrieben wird und ärgert mich – das hört man mir wahrscheinlich an. Das führt aber nicht dazu, Herr Kollege Karsten, dass ich unsachlich werde, keine Sorge!

Es ist wirklich schon zynisch, wenn in diesem Gutachten des WPD ausgeführt wird, dass diese Gewinnmaximierung für die beteiligten Privaten lediglich eine Nebenabrede ist. Das ist schon ein Punkt – ich bedanke mich da auch ganz herzlich bei Herrn Rechtsanwalt Sydow, dass er das noch mal ins Verhältnis gesetzt hat zu der aktuellen Entscheidung im Zusammenhang mit der Senkung der Wasserpreise –, also dass die sich jetzt hier mit dem Hauptzweck des Vertrages um das Berliner Wasser verdient gemacht hätten, ich glaube, dafür müssen Sie die Zeugen noch suchen. Ich sehe jedenfalls keine.

Deswegen möchte da meine Frage an Herrn Sydow anschließen: Wer müsste denn Ihrer Ansicht nach den Antrag stellen gegenüber dem Senat, damit die Frist in Gang gesetzt wird? Ich sage das hier auch ganz bewusst, in meiner ganzen Ohnmacht sozusagen, als Teil der Oppositionsfraktionen – Sie sehen ja selbst, wie wir hier behandelt werden –, wenn es dafür eines Parlamentsbeschlusses bedürfte, nämlich des gesamten Parlaments, dann würde ich sagen, wird es vielleicht auch schwierig für meine Fraktion, sich an Sie zu wenden, um uns noch mehr Sach- und Fachverstand zur Verfügung zu stellen. Denn das ist eine Frage, die mich sehr interessiert.

Zu den Ausführungen hinsichtlich der Anhörung von Prof. Keßler will ich wirklich nur noch mal sagen, dass er damit nicht zum Ausdruck bringen wollte – jedenfalls habe ich ihn so nicht verstanden –, dass dann alles so bleibt, wie es ist, sondern er hat halt einfach gesagt, das ist die gesellschaftsrechtliche Situation. Ich will das mal auch für die nichtjuristischen Kollegen kurz darstellen: Wenn Sie ein Auto kaufen und sich nachher herausstellt, der Vertrag war nichtig, dann gibt man das Auto zurück und bekommt das Geld zurück. Das ist natürlich in so einer etwas komplizierteren Konstellation, in der Rückabwicklung – ich verwende das Wort jetzt bewusst untechnisch –, nämlich in dem Interessenausgleich, der dann stattfinden muss, auch etwas komplizierter, was aber nicht heißen muss, die dürfen auf all dem Geld sitzen bleiben, was sie eingenommen haben. – So weit erst einmal meine Fragen.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Sydow, bitte schön!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): 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.

Sabine Finkenthe (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Ich wollte nur noch etwas dazu ergänzen, dass es hier vor allen Dingen darauf ankommt, dass wir eine ganz eindeutige Ablehnung des Senats haben, dass er nicht bereit ist, diesen Verstoß zu beheben. Das braucht man, sei es, aus welchen Gründen auch immer, das wird ein Senat ja ausführen. Aber darauf kommt es dann vor allen Dingen an, um hier dann die Rechte und Pflichten nach der Organklage dann einzuklagen.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Claus-Brunner, bitte schön!

Gerwald Claus-Brunner (PIRATEN): Ich danke auch erst einmal für die Ausführungen und habe dann noch eine Detailfrage. Der Leitfaden ist ja vom Grundprinzip her eine Art Rechtsberatung oder Rechtsempfehlung. Soweit mir bekannt ist, wird einem ja auch mitgeteilt – zumindest, was mir so geläufig ist –, wie hoch die Wahrscheinlichkeiten sind. Wie sieht das aus, gewinnt man den – 80 Prozent, 90 Prozent?, oder halt andere Prozentwerte. Und: Wo muss man hingehen, zu welchem Gericht, welches muss man anrufen? Was kostet der Spaß? – Das wäre ganz nett.

Dann hätte ich gern noch nebenbei gewusst – hier wurde gesagt, dass Herr Sydow ein Verfassungsrechtler ist –, wer in dem Arbeitskreis auch noch Verfassungsrechtler ist – das ist ja bestimmt nicht nur Herr Sydow. Es wäre nett, wenn wir die Namen hätten, dass man auch mal die Reputation sieht und was die schon für Urteile erfochten und erstritten haben, damit man da weiß, wer wie was mal getan hat. Das ist auch Ihr Leitfaden dann gegenüber denjenigen, die das nicht wissen, wer dahinter steht, auch wissend, dass das entsprechendes Gewicht und Fundament hat. Darum würde ich allgemein noch im Namen meiner Fraktion bitten.

Vorsitzender Claudio Jupe: Danke schön! – Herr Sydow, bitte!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Zur Erfolgswahrscheinlichkeit einer Organstreitklage, das werde ich von Mandanten gern und oft gefragt: Wie wahrscheinlich ist es denn? – Wenn das Verfahren vorbei ist, war die Wahrscheinlichkeit entweder null oder 100 Prozent, nämlich je nach dem, ob man gewonnen oder verloren hat. Es geht immer so ein bisschen in den Bereich der Prophezeiung hinein. Nach dem Gutachten sind wir allerdings der festen Überzeugung, dass die Organklage Erfolg haben wird. Insofern können Sie da gern eine 99-prozentige Wahrscheinlichkeit unterstellen, die wir jedenfalls diesem Verfahren beimessen.

Was die Kosten eines solchen Verfahrens angeht: § 33 Abs. 1 des Verfassungsgerichtshofgesetzes bestimmt, dass das Verfahren kostenfrei ist, das heißt, es fallen keine Gerichtskosten dafür an.

Bezüglich der Frage, wer weiter noch im Arbeitskreis verfassungsrechtlich schwerpunktmäßig tätig ist, kann ich nur auf die Ausführungen von Frau Finkentheiß am Anfang verweisen. Ich wüsste z. B. auch gern, wer den Konsortialvertrag und insbesondere § 23 (7) verbrochen hat. – [Heiterkeit – Beifall – Zuruf: Bravo!] – Diese Auskunft werden wir wahrscheinlich leider nie erhalten, wer seine juristischen Kenntnisse so missbraucht hat. Ich bin also auch nicht befugt, hier die weiteren Mitglieder des Arbeitskreises mitzuteilen. Es kommt für die juristische Prüfung auch nicht darauf an zu wissen, wer die Mitglieder des Arbeitskreises noch sind. Wir befassen uns ja auch mit den Verträgen, obwohl die Verfasser nicht kennen. Und mit dem Gutachten kann man sich also auch genauso gut befassen, ohne dass alle Mitglieder des Arbeitskreises bekannt sind.

Vorsitzender Claudio Jupe: Als Nächste Frau Kosche. – Bitte!

Heidi Kosche (GRÜNE): Herr Vorsitzender! Ich würde gern darum bitten, dass ich mit meiner Kollegin Bayram tausche, weil sie jetzt noch zu der aktuellen juristischen Diskussion eine Nachfrage hat, und ich möchte dann an ihrer Stelle, wo sie sich gemeldet hat, drankommen.

Vorsitzender Claudio Jupe: Besteht Einverständnis mit den anderen? – Gut. – Frau Bayram, bitte schön!

Canan Bayram (GRÜNE): Ich habe mich doch nur über die Unterstützung gefreut. – Ich hätte gern den Senat gefragt, ob denn für den Fall, dass die Annahmen aus dem Leitfaden von dem Verfassungsgericht unseres Landes geteilt werden und somit dann eine Entscheidung fällt, so, wie Sie sie hier prognostizieren und wie Sie sie auch für wahrscheinlich erachten, ob der Senat dann auch im Sinne derjenigen, die da klagen, und auch derjenigen, die sich aufgrund so einer Klage eine Verbesserung der Situation der Berliner Wasserbetriebe im Sinne der Daseinsvorsorge vorstellen, ob der Senat sich insoweit konform verhalten würde, dass wir alle sagen können, es wird dann dazu führen, dass sich tatsächlich etwas ändert. Jetzt habe ich aber das Problem, dass vom Senat niemand mehr da ist – habe ich jedenfalls zumindest von der politischen Seite den Eindruck –, so dass ich, Herr Rechtsanwalt Sydow, Sie da wieder bemühen und fragen muss: Wenn das Gericht dann so entscheidet, wie Sie es gemeinsam mit anderen ausgearbeitet haben, wie Sie es erwarten, welche Zwischenschritte sind denn dann erforderlich, und können wir das in der Zusammensetzung, wie jetzt das Parlament ist und wie Sie es hier auch erleben, befördern, oder bräuchte es dann vielleicht sogar wieder den Volksgesetzgeber, der sozusagen das korrigieren müsste, was das Parlament aus eigener Kraft umzusetzen nicht in der Lage ist?

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Sydow, bitte!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Wenn der Verfassungsgerichtshof feststellt, dass das Unterlassen des Senats gegen die Verfassung verstößt, haben wir jedenfalls erst einmal einen offenkundigen Verfassungsverstoß. Welche Schlüsse daraus die Fraktionen des Abgeordnetenhauses und die Abgeordneten ziehen und wie sie dann handeln, müsste man dann halt sehen. Grundsätzlich: Klar, im Rahmen einer gesetzgeberischen Tätigkeit muss natürlich dann eine Mehrheit des Abgeordnetenhauses tätig werden. Wenn dies nicht zustande kommt, bleibt letzten Endes dann möglicherweise tatsächlich nur der Weg durch den Volksgesetzgeber mit einem Volksbegehren oder dann einem Volksentscheid.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Dr. Hausmann, bitte!

Dr. Hans-Christian Hausmann (CDU): Danke sehr! – Ich danke auch dem Arbeitskreis für das Erscheinen und habe natürlich auch mehrere Fragen – die erste wäre zum Hauptzweck des Vertrages. § 23 Abs. 7 Konsortialvertrag soll ja Ihrerseits eine Gewährleistung sein. Jetzt frage ich mich, was ist eigentlich der Hauptzweck des Vertrages? Wir haben hier ein Konsortium, und man muss sich die Frage stellen, warum eigentlich? Ganz einfach, weil wir einen Vertrag haben, nämlich einen Konsortialvertrag. So gibt es erst einmal für mich die Feststellung – ich komme gleich zur Frage –, dass wir hier die Gründung eines Konsortiums haben durch den Vertrag. Also, Hauptzweck war für mich nicht § 23 (7), sondern die Gründung eines Konsortiums. Denn wenn § 23 Abs. 7 wirklich Hauptzweck des Vertrags wäre und wir mal alle übrigen Vorschriften rausstreichen würden, dann hätten wir gar kein Konsortium mehr. Jetzt frage ich mich: Gibt es denn Ihrer Rechtsauffassung nach wirklich eine Risikoübernahme, die nicht Hauptzweck eines Konsortialvertrages wäre?

Die zweite Frage ist für mich: Artikel 87 Abs. 1 VvB ist meiner Rechtsauffassung nach kein Gesetz bzw. keine Norm, die in den Schutzbereich von § 134 BGB fällt. Jetzt sagt das Bun-

desverfassungsgericht, dass Verfassungsnormen des Finanzwesens, also auch Artikel 87 VvB, nur Wirkung zwischen Exekutive und Legislative entfalten. Können Sie noch einmal darstellen, wie Sie entgegen dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts noch mal über die Hürde kommen, tatsächlich in das Privatwesen zu kommen, um dort einen Schutzbereich von § 134 BGB zu entfachen?

Die dritte Frage, und das ist für mich eine Frage, die Prof. Keßler schon erwähnt und natürlich der Kollege Karsten auch noch mal angerissen hatte: Jetzt kommen Sie in Ihrem Leitfaden zu dem Ergebnis der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages. Und: Durch das Instrument des fehlerhaften bzw. nichtigen Gesellschaftsvertrages soll ja gerade die Rückabwicklung ausgeschlossen werden. So stellt sich für mich die Frage: Könnte das Instrument, das vom BGH aufgestellte Konstrukt des fehlerhaften bzw. nichtigen Gesellschaftsvertrages, tatsächlich zu einem Fall des Organstreitverfahrens führen? – Danke!

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank, Herr Dr. Hausmann! – Herr Sydow, bitte schön!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Die erste Frage lautete, wenn ich das richtig verstanden habe, ob es aus unserer Sicht eine Risikoübernahme geben könnte, die nicht Hauptzweck des Vertrages ist. Das führt mich in den Bereich der Spekulation. Welche anderen Konstellationen bei einer Gewährleistung im Vertrag getroffen hätten werden können, unterliegt nicht der Prüfung. Wir können nur prüfen, was jetzt tatsächlich Gegenstand des Vertrages ist. Natürlich ist durch den Vertrag insgesamt die Gesellschaft oder das Konsortium gebildet worden, aber es ist nicht erforderlich, dass ein Vertrag nur einen Hauptzweck hat. § 23 (7) kann eben auch einen anderen Hauptzweck des Vertrages darstellen, das ist eigentlich ganz unproblematisch.

Die zweite Frage war, wie man bei dem Verstoß gegen Artikel 87 der Verfassung hier in den Privatbereich hineinkommt. Das ergibt sich eigentlich auch unmittelbar aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Es spielt keine Rolle, in welcher Form der Staat handelt. Ob eine Gewährleistung durch einen Verwaltungsakt oder durch einen Vertrag erfolgt, in beiden Fällen liegt eine Umgehung vor, die hier über § 134 BGB auch geltend gemacht werden kann, weil dann ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift vorliegt, die nach unserer Auffassung eben Artikel 87 der Verfassung ist.

Die dritte Frage war, ob jetzt ein fehlerhafter oder nichtiger Gesellschaftsvertrag zu einem Organstreitverfahren führen könnte. Da sind wir wieder im Bereich der Spekulation. Dazu fällt mir im Moment überhaupt nichts ein. Also, das ist wirklich rein spekulativ.

Vorsitzender Claudio Jupe: Vielen Dank! – Herr Dr. Lederer, bitte schön!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Erst einmal kann ich eingangs sagen, dass ich vor wenigen Tagen die Antwort auf eine kleine Anfrage, Beratungs- und Gutachtenleistungen im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der BWB und ihrer Begleitung, bekommen habe. Da kann man durchaus nachlesen, welche Kanzleien ihre Kompetenz missbraucht haben, um diese Konstruktion zu erfinden. Im Übrigen, sage ich mal, ist das relativ übersichtlich.

Ich habe eigentlich nur eine Frage, und das hat damit zu tun, dass ich zu den Kollegen vom Arbeitskreis unabhängiger Juristen im Zweifelsfall relativ problemlos Zugang bekomme, während das beim WPD nicht der Fall ist – und dass der nicht hier ist, dafür haben Sie ja heute gesorgt. Die Frage, die mich interessiert, ist, ob Sie schon so einen Fall kennen, in dem im Rahmen eines Organstreitverfahrens eine Landesregierung veranlasst worden ist, unter Rechtswahrungsaspekten gegen ihre eigenen Interessen oder ihre eigene Sichtweise auf die Dinge so eine Vertragsanfechtung tatsächlich in Gang zu setzen oder in irgendeiner anderen Art und Weise. Denn das Erste, das mir durch den Kopf gegangen ist, ist: interessante Kon-

struktion, aber ich habe noch nie gehört, dass das irgendwo mal funktioniert hat – was jetzt nicht zwangsläufig bedeutet, dass es hier nicht funktioniert. Aber deswegen interessiert mich, ob Sie schon auf eine Art von Präzedenzfall oder dergleichen zurückgreifen können.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Sydow, bitte!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Nein, ein solcher Fall ist mir nicht bekannt. Das Organstreitverfahren, was ich schon ausgeführt habe, kann nicht zum Gegenstand haben, dass man den Senat zu einem bestimmten Handeln zwingt. Man kann nur feststellen, dass die Untätigkeit des Senats einen Verfassungsverstoß darstellt. Ob möglicherweise der Verfassungsgerichtshof in diesem Fall vielleicht sogar eine Rechtsfortbildung vornehmen könnte, kann ich nicht ausschließen – wäre schön, würde ja hier auch die bewusst gewollte Umgehung des Parlaments irgendwie korrigieren, aber das müsste man sehen. Aber grundsätzlich ist das Organstreitverfahren nicht geeignet, den Senat zu einem bestimmten Handeln zu veranlassen.

Vorsitzender Claudio Jupe: Danke sehr! – Frau Kosche steht hier, dann Herr Nolte, dann ist die Rednerliste erschöpft. – Herr Claus-Brunner, bitte schön!

Gerwald Claus-Brunner (PIRATEN): Im Organstreitverfahren wird immer davon geredet, dass eine Fraktion das nur einreichen kann. Ich habe aber Gerüchte vernommen, bzw. mir wurde mal zugetragen, dass das auch Einzelpersonen, also einzelne Abgeordnete machen können. Ist das richtig, oder sprechen irgendwelche Vorschriften dagegen? Ich bin jetzt nicht der Jurist, der sich da besser auskennt.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Sydow, bitte schön!

Olav Sydow (Rechtsanwalt; Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Danke! – Für die Fraktionen ist das durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Verfassungsgerichtshofs geklärt, dass sie in Prozessstandschaft tätig werden können. Bei einzelnen Abgeordneten gibt es eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die schon recht alt ist, die das ausgeschlossen hat. Im Bereich des Landes Berlin hat der Verfassungsgerichtshof dazu noch keine Stellung genommen. Wir haben in unserem Gutachten relativ ausführlich dargelegt, warum wir der Auffassung sind, dass auch ein einzelner Abgeordneter eine solche Organklage einreichen könnte. Insofern ist das durchaus unsere Auffassung, dass auch ein einzelner Abgeordneter ein solches Organstreitverfahren geltend machen könnte, insbesondere da es hier um die Thematik des Haushaltsrechts des Parlaments geht und dadurch auch jeder einzelne Abgeordnete betroffen ist.

Vorsitzender Claudio Jupe: Danke! – Frau Bayram, bitte!

Canan Bayram (GRÜNE): Eigentlich hatte ich mich vorbereitet, insbesondere den Aufsatz von Frau Dr. Johanna Wolff in der NJW von diesem Jahr anzusprechen, um den Ausführungen des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes zu begegnen und insoweit Fragen zu stellen. Da der Vorsitzende Sie am Anfang auf den Zeitpunkt der Erstellung Ihres Gutachtens angesprochen hat, möchte ich es aber nicht versäumen, Sie zu fragen, ob Sie sich bei den tragenden Argumenten in Bezug auf das Budgetrecht oder auch andere Fragestellungen davon bestätigt fühlen bzw. ob Sie da sehen, dass insbesondere hinsichtlich der Budgetrechte des Par-

laments die sowohl von Ihnen als auch vom Wissenschaftlichen Parlamentsdienst zitierte Bundesverfassungsgerichtsentscheidung das nicht bestätigt, was der WPD sagt, andererseits aber genau Raum lässt für die Betrachtung, zu sagen, dass das sehr wohl eine Verbotsnorm sein kann. Das ist ja das eigentlich Entscheidende. Das hätte jetzt dadurch, dass die Koalition uns gezwungen hat, das getrennt voneinander zu behandeln, für mich den Vorteil, dass ich das dann in der nächsten Runde, wenn wir mit dem WPD darüber reden, dass wir dann die, wie ich finde, sehr interessante Ausführung mit einbeziehen können.

Vorsitzender Claudio Jupe: War das eine Frage? – Bitte schön!

Sabine Finkenthei (Arbeitskreis unabhängiger Juristen): Ich habe mir den Aufsatz von Frau Dr. Wolff in der NJW auch vorher schon angeguckt, denn er wurde in dem Gutachten des WPD zitiert. Leider hat sich das Gutachten dazu gar nicht geäußert. Das ist ein bisschen schade, weil eigentlich dieser Aufsatz sehr gut zu dieser Thematik passt. Wenn ich das richtig gesehen habe, wurde hier auch die Thematik angesprochen, ob man § 134 und § 138 anwenden kann. Das wurde in dem Aufsatz bejaht. Und hier war auch noch ein ganz anderer, interessanter Aspekt, den man sehr wahrscheinlich noch zusätzlich zu unserer Situation nehmen kann, nämlich dass man hier eine Vertretung ohne Vertretungsmacht annimmt. Also, das kann man natürlich unabhängig davon, dass man hier auf die §§ 134 und 138 abstellt, auch noch mal ins Feld führen, wenn es denn zu einer Organklage kommt. Da muss man dann sagen, auch hier ist es wieder so, dass zumindest Frau Dr. Wolff hier zu der Ansicht kam, dass dann ein solcher Verstoß, also eine Vertretung ohne Vertretungsmacht auch nicht mehr durch eine nachträgliche gesetzliche Ermächtigung geheilt werden könnte. Also dann wäre der Vertrag eben unwirksam, so wie es in der Sprache heißt, nicht nichtig, aber unwirksam. Insofern finde ich das sehr interessant und fand es im Übrigen auch sehr schade, dass das keine Berücksichtigung fand. Wir würden das in jedem Fall, wenn es zu einer Organklage käme, mit berücksichtigen, weil das ein neuer und sehr interessanter Aspekt ist – der im Übrigen, das muss ich dazu sagen, wohl auch schon vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof entschieden worden ist. Die haben schon mal in dieser Richtung ein Urteil gefällt. – [Sven Heinemann (SPD): Baden-Württemberg!] – Entschuldigung! Baden-Württemberg, ja!

Vorsitzender Claudio Jupe: Dann bedanke ich mich sehr herzlich für Ihre Statements und die Beantwortung der Fragen, und wir schließen hiermit die Anhörung ab. Damit dürfte der Tagesordnungspunkt abgeschlossen sein und ich komme zu

Punkt 3 der Tagesordnung

Verschiedenes

Ich stehe nach der Sitzung jedenfalls noch für den Fall, dass die Sprecher mich ansprechen wollen, zur Verfügung. Wir müssen uns da auch noch mal über die Frage verständigen, wie wir die nächste Sprecherrunde ablaufen lassen. Die nächste Sitzung des Sonderausschusses ist am 24. August 2012. – Jetzt Herr Nolte, bitte schön.

Karlheinz Nolte (SPD): Herr Vorsitzender! Weil Herr Dr. Lederer Sie da vorhin kritisiert hat, wenn ich es richtig erinnere: herabsetzende Kommentierung, der Vorsitzende möchte darauf verzichten – es ging um Ihre Wertung des Beitrags von Herrn Dr. Lederer als Korreferat. Also nach dem Duden, Herr Dr. Lederer, bezieht sich ein Korreferat auf das Thema eines

Hauptreferats und z. B. als Stellungnahme zum vorausgegangenen Referat. Insofern war das, nach dem Duden jedenfalls, ein Korreferat, und wir weisen die Kritik, die Sie am Vorsitzenden geäußert haben, zurück.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Dr. Lederer steht auf der Rednerliste. – Bitte schön!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Ich frage jetzt die Koalition, und da die PGfs nicht da sind, können Sie vielleicht noch mal Rücksprache halten. Hier eine Sprecherrunde einzuberaumen, wenn sie sowieso im Ergebnis zu nichts führt, außer dass Sie uns dann am 24. 8. mit Ihren neuen Schnapsideen konfrontieren, was soll das für einen Sinn haben? Und, lieber Herr Nolte, danke für Ihre Belehrung, Sie können sie aber für sich behalten.

Vorsitzender Claudio Jupe: Also, das Wort „Schnapsideen“ weise ich doch zurück, Herr Dr. Lederer. – Herr Nolte steht jetzt auf der Rednerliste. – Bitte

Karlheinz Nolte (SPD): Noch mal: Ich bin ja nicht Sprecher, sondern Ausschussmitglied, und, Herr Dr. Lederer, es ist so, die Sprecher machen den Vorschlag für die Tagesordnung. Entschieden wird die Tagesordnung am Beginn durch den Ausschuss, und so werden wir das auch in Zukunft hier handhaben.

Vorsitzender Claudio Jupe: Frau Kosche, bitte!

Heidi Kosche (GRÜNE): Herr Nolte, ich sage es Ihnen noch mal – ich mache es aber auch gern drei-, vier-, fünfmal noch –: Wir haben hier Verfahrensregeln verabschiedet, mit den Stimmen auch Ihrer Hand und Ihrer Fraktion, und darin steht, wie die Tagesordnung zustande kommt und dass diese Tagesordnung mit der Abstimmung der Sprecherinnen und der Sprecher der Fraktionen stattfindet, und das ist hier heute zum wiederholten Mal kurzfristig verletzt worden. Das heißt also, das, was Sie eigentlich für richtig finden und hier abstimmen – ich meine, wir sind das ja gewohnt – – Es ist ja nicht so, dass wir jetzt erstaunt sind oder so, das ist nicht der Fall. Wir mahnen das immer nur wieder an, weil wir immer die Hoffnung haben, Sie wollen zu dem, was Sie eigentlich richtig finden, auch zurück. Und deswegen steht das ja hier drin. Wir haben Sprecher/innenrunden. Und ich frage das auch noch mal, Herr Vorsitzender: Wollen Sie in Ihrer Art hier weiter mit dieser Runde so umgehen? Dann würde ich auch sagen, dann spare ich mir die Zeit und mache vielleicht andere Dinge. Sie bestimmen, wie Herr Nolte das gesagt hat, am Anfang die Tagesordnung, Sie haben die Mehrheit, machen Sie das so. Dann sagen Sie aber auch, dass die Verfahrensregeln, die Sie mal bestimmt haben, gar nicht mehr gelten. Es ist doch einfacher. Wir machen es uns doch damit einfacher. Machen wir es so, wie Herr Nolte sagt: Wir machen am Anfang, und dann kann ich mir die Zeit, die halbe Stunde sparen und gehe lieber mit den Leuten, die uns hier aufmerksam zuhören, einen Kaffee trinken.

Vorsitzender Claudio Jupe: Herr Dr. Lederer, bitte!

Dr. Klaus Lederer (LINKE): Dass Herr Nolte nicht nur Ausschussmitglied, sondern auch ein braver Parteisoldat ist, liegt wahrscheinlich in der sozialdemokratischen Natur. Aber völlig unabhängig davon: Ich kann mich nicht erinnern, dass irgendwann in den letzten beiden Ausschusssitzungen hier im Ausschuss mal über irgendeine Frage abgestimmt worden wäre, die die Verabredungen aus der Sprecher/innenrunde abändert. Es ist immer ex cathedra verkündet

worden, heute durch den Vorsitzenden, beim letzten Mal durch die PGFs Ihrer Fraktionen. Insofern machen Sie sich selbst lächerlich, wenn Sie hier sagen, am Anfang der Ausschusssitzung würde über irgendwas entschieden. Hier ist nichts entschieden worden! Sie haben hier eine Mehrheit, und die nutzen Sie eiskalt über den Vorsitzenden, um Ihre Interessen hier durchzusetzen – mehr findet hier nicht statt! Alles andere ist doch Augenwischerei.

Vorsitzender Claudio Jupe: Gut. – Dann schlage ich vor, dass wir die Sprecherrunde am Rande der Parlamentssitzung am nächsten Donnerstag durchführen. – [Heidi Kosche (GRÜNE): Das ist aber verboten!] – Gut. Wenn Sie daran nicht teilnehmen wollen, dann werde ich die eben halt so einberufen, das hilft nichts. Ich werde mich bemühen, dass wir unter den Sprechern zu einem Verfahrensvorschlag kommen. Sie wissen, dass wir jetzt die Parlamentsferien haben und dass wir die nächste Sitzung am 24. August durchführen müssen. Das heißt, es wird nach den Parlamentsferien nicht sehr viel Zeit bleiben. Wir können es natürlich auch so machen, dass wir uns nach den Parlamentsferien treffen und dann unter den Sprechern über die Tagesordnung sprechen. – Jetzt haben sich noch Herr Claus-Brunner und Frau Kosche gemeldet. – Bitte!

Gerwald Claus-Brunner (PIRATEN): Von der Idee, sich während der Parlamentssitzung zu treffen, möchte ich bitte Abstand nehmen wollen, denn ich bin Mitglied im Hauptausschuss und habe, weil die Haushaltsberatung läuft, im Parlament auch Redebeiträge zu halten. Dementsprechend ist meine Zeitluft, die ich zwischen den Redebeiträgen haben werde, nicht erreichbar und nicht ermessbar. Deshalb ist es sehr schwierig, abseits der Parlamentsdiskussion entsprechende Treffen außerhalb des Plenums anzuberaumen, und ich würde vorschlagen, dass wir uns auf einen anderen, zeitnah liegenden Termin einigen, um uns zu treffen und dann besprechen, was weiter passiert zum 24. August.

Vorsitzender Claudio Jupe: Frau Kosche, bitte!

Heidi Kosche (GRÜNE): Regelmäßig liegt auf unseren Tischen im Plenarsaal die Vorschrift des Ältestenrats, dass es verboten ist, dass während der Parlamentssitzungen Besprechungen der Ausschüsse stattfinden. Wenn Ihnen das alles so schnuppe ist und Sie sich daran nicht halten wollen, können Sie das in Ihrer Gutsherrenart machen. In meiner Fraktion ist so etwas nicht gewünscht. Wir halten uns an diese Reglements des Ältestenrats, und deswegen muss zwingend eine Sprecher/innenrunde anders stattfinden als mit einem Verstoß gegen die Regeln des Ältestenrates.

Vorsitzender Claudio Jupe: Nun gut, das ist alles mit viel Gewicht hier vorgetragen worden. Ich stehe jetzt noch genau zehn Minuten zur Verfügung. Wenn die Sprecher mit mir sprechen wollen und eine Verabredung treffen sollen, sollen sie in den zehn Minuten kommen. – Damit bedanke ich mich für Ihre Mitarbeit heute, beende die Sitzung und schließe sie. – Danke schön!