

Beschlussprotokoll

Öffentliche Sitzung

Sonderausschuss „Wasserverträge“

16. Sitzung

14. Dezember 2012

Beginn: 12.06 Uhr

Schluss: 12.55 Uhr

Anwesenheit: siehe Anlage 1

Vorsitz: Herr Abg. Claudio Jupe (CDU)

Vor Eintritt in die Tagesordnung

Der Senat wird durch Frau StS Dr. Sudhof (SenFin) und Herrn StS Bunde (SenWiTech-Forsch) repräsentiert.

Punkt 1 der Tagesordnung

Beratung des Berichtsentwurfs

(vorgelegt vom Vorsitzenden am 30. November 2012)

Zu Tagesordnungspunkt 1 liegen dem Ausschuss folgende Unterlagen vor:

- Berichtsentwurf des Vorsitzenden, der den Mitgliedern des Ausschusses am 30. November 2012 übermittelt wurde (Anlage 2),
- gemeinsamer Änderungsantrag der Fraktionen der SPD und der CDU zum Bericht des Sonderausschusses „Wasserverträge“ vom 12. Dezember 2012 (Anlage 3).

Der Ausschuss verständigt sich einvernehmlich auf den Vorschlag des Vorsitzenden, den Berichtsentwurf sowie den vorliegenden Änderungsantrag im Rahmen einer generellen Aussprache zu behandeln.

Nach Aussprache wird der gemeinsame Änderungsantrag der Fraktion der SPD und der Fraktion der CDU einstimmig mit den Stimmen der Fraktionen der SPD und der CDU bei Enthaltung der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen, Die Linke und der Piratenfraktion angenommen.

Anschließend wird der Berichtsentwurf in der Fassung des zuvor angenommenen Änderungsantrages mit den Stimmen der Fraktionen der SPD und der CDU gegen die Stimmen der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen, Die Linke und der Piratenfraktion angenommen.

Es besteht Einvernehmen im Ausschuss, dass die Fraktionen abweichende Berichte vorlegen können, die in die Druckfassung des Berichts mit aufgenommen werden. Einreichungsfrist ist Freitag, 28. Dezember 2012. Dem Plenum wird der Bericht mit den abweichenden Berichten der Fraktionen zu dessen Sitzung am 17. Januar 2013 vorgelegt.

Punkt 2 der Tagesordnung

Verschiedenes

1. Der Vorsitzende bezieht sich auf ein Schreiben von Frau Gerlinde Schermer (Sprecher-Team des Berliner Wassertisches sowie Vertrauensperson Wasservolksbegehren) vom 8. Dezember 2012. Er kündigt an, dass er der dort geäußerten Bitte, bei der Veolia Wasser GmbH erneut um die Zustimmung zur Veröffentlichung des Shareholder-Agreements vom 23. Juli 2008 nachzusuchen, entsprechen werde.
2. Der Vorsitzende weist darauf hin, dass der Sonderausschuss gemäß Einsetzungsbeschluss des Abgeordnetenhauses bis zum 31. Dezember 2012 befristet eingesetzt worden und die heutige, 16. Sitzung, die letzte des Ausschusses ist.

Der Vorsitzende

Der Schriftführer

Claudio Jupe

Karlheinz Nolte

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

vorgelegt vom Vorsitzenden
Abg. Claudio Jupe

Stand: 30.11.2012

Inhaltsüberblick

Seite

Bericht des Sonderausschusses „Wasserverträge“

A. Verfahrensteil.....	1
B. Chronologie der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe.....	9
C. Der Auftrag des Sonderausschusses „Wasserverträge“	11
D. Durchführung des Auftrags.....	13
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	55
Anhang: Abkürzungsverzeichnis	59

Bericht des Sonderausschusses „Wasserverträge“

Gliederung

A. Verfahrensteil	1
I. Einsetzung des Sonderausschusses	1
II. Personelle Zusammensetzung und Ausstattung des Sonderausschusses	1
1. Mitglieder des Sonderausschusses	1
2. Ausstattung des Sonderausschusses	2
III. Ablauf des Verfahrens – Konstituierung und Verfahrensregeln	2
IV. Sachermittlung	6
1. Schriftliche Unterlagen / Vertragsdokumente	6
a) Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe	6
b) Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH	6
2. Gutachten und Stellungnahmen	6
3. Anhörungen	7
V. Abschlussbericht	8
B. Chronologie der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe	9
C. Der Auftrag des Sonderausschusses „Wasserverträge“	11
D. Durchführung des Auftrags	13
I. Offenlegung der Verträge (§§ 1, 2 Offenlegungsgesetz)	13
II. Öffentliche Prüfung und Aussprache (§ 3 Satz 2 Offenlegungsgesetz)	14
1. Prüfung verfassungsrechtlicher Fragen	14
a) Wirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages?	15
aa) Verstoß von § 23.7 des Konsortialvertrages gegen Art. 87 Abs. 1 VvB? ..	15
bb) Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages gemäß § 134 BGB?	18
cc) Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages gemäß § 138 BGB?	20
dd) Gesamtnichtigkeit des Konsortialvertrages nach § 139 BGB?	21
ee) Fragen der Durchsetzbarkeit (Zuständigkeit/Klagefrist)	22
ff) Stellungnahme des Ausschusses	23
b) Verstoß der Konstruktion der Teilprivatisierung gegen das Demokratieprinzip?	23
aa) Legitimation der Unternehmensführung in personeller und sachlich- inhaltlicher Hinsicht	25

(1) Legitimation des Handelns des BWB-Vorstands.....	26
(2) Legitimation des Handelns des BWB-Aufsichtsrates	30
(3) Legitimation des Handelns der Holding.....	32
bb) Stellungnahme des Ausschusses	34
2. Europarechtliche Fragen	34
a) § 23.7 des Konsortialvertrages als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV?	35
aa) Argumentationen.....	35
bb) Stellungnahme des Ausschusses	37
aa) Argumentationen.....	38
bb) Stellungnahme des Ausschusses	38
3. Feststellungen zur Tarifentwicklung seit der Teilprivatisierung.....	38
a) Ursprüngliche vertragliche Konstruktion der Tarifbemessung und ihre Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof.....	39
b) Tarifentwicklung auf Grundlage der seit 2003 geltenden Regelungen	41
c) Das Kartellverfahren zu den Wasserpreisen	44
aa) Grundzüge des kartellrechtlichen Verfahrens	44
bb) Position des Ausschusses	47
III. (Rück-)Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH durch das Land Berlin und Perspektiven danach	48
1. Zum (Rück-)Erwerb der RWE-Anteile	48
2. Perspektiven nach dem (Rück-)Erwerb der RWE-Anteile	51
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	55
Anhang: Abkürzungsverzeichnis.....	59

A. Verfahrensteil

I. Einsetzung des Sonderausschusses

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

„Einsetzung eines Sonderausschusses ‚Wasserverträge‘

I.

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

II.

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

III.

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

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

II. Personelle Zusammensetzung und Ausstattung des Sonderausschusses

1. Mitglieder des Sonderausschusses

Für die Fraktion der SPD:

Heinemann, Sven

Karsten, Nikolaus (Sprecher)

Nolte, Karlheinz

Für die Fraktion der CDU:

Hausmann, Dr. Hans-Christian (Sprecher)

Jupe, Claudio (Vorsitzender)

Für die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen:

Kosche, Heidi (Sprecherin)

Schmidberger, Katrin

für Katrin Schmidberger ab Mai 2012:

Bayram, Canan

Für die Fraktion Die Linke:

Lederer, Dr. Klaus

Matuschek, Jutta (beratend)

Für die Piratenfraktion:

Claus-Brunner, Gerwald

Höfinghoff, Oliver (beratend)

für Oliver Höfinghoff ab Juli 2012:

Morlang, Alexander (beratend)

2. Ausstattung des Sonderausschusses

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

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

III. Ablauf des Verfahrens – Konstituierung und Verfahrensregeln

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

Für die Verfahrensweise des Sonderausschusses wurden einvernehmlich folgende Verfahrensregeln vereinbart:

„I. Allgemeine Regelungen

1. Bezeichnung

Die Bezeichnung des Sonderausschusses lautet: Sonderausschuss ‚Wasserverträge‘.

2. Sitzungstermin

Freitag in der Vorplenarwoche, 12:00 Uhr

3. Öffentlichkeit der Sitzungen

Der Ausschuss tagt grundsätzlich öffentlich.

4. Sitzungsdauer

Die Sitzungsdauer soll maximal zwei bis drei Stunden betragen.

5. Aktuelle Viertelstunde

Eine Aktuelle Viertelstunde wird nicht durchgeführt.

6. Tagesordnung der nächsten Sitzung

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

7. Protokollierung

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

8. Anwesenheitsliste

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

[...]

9. Gebrauch von Handys

Der Gebrauch von Handys während der Sitzung soll unterbleiben.

10. Verteilung der eingehenden Post

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

11. Umgang mit Petitionen

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

Der Vorsitzende und die Sprecherinnen und Sprecher erhalten nachrichtlich Kopien.

Grundsätzlich dürften diesem Ausschuss keine Petitionen zugeleitet werden. Bittet der Petitionsausschuss dennoch um Stellungnahme gemäß § 4 Abs. 5 des Petitionsgesetzes, gilt folgendes Verfahren:

Die Fraktionen stellen in der Reihenfolge ihrer Stärke reihum für die Petitionen eine Be-

richterstatterin oder einen Berichterstatter, die oder der in einem nichtöffentlichen Sitzungsteil den Sachverhalt sowie den Entwurf einer Stellungnahme an den Petitionsausschuss vorträgt.

II. Besondere Regelungen

1. Beratende Mitglieder

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

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

2. Teilnahme von Mitgliedern des Senats

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

3. Arbeitsunterlagen

Angeforderte Unterlagen erhalten:

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

[...]

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

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

4. Information der Medien

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

5. Foto-, Film- und Tonaufnahmen

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

Bei nichtöffentlichen Sitzungen sind Aufnahmen der Medien nur bis zur Eröffnung der

Sitzung zulässig.

Live-Übertragungen sind generell nicht gestattet.

6. Anträge der Fraktionen

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

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

7. Vertrauliche Sitzungen

Für vertrauliche Verhandlungsgegenstände gilt § 53 der Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses.

Geheimschutz

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

[...]

Ergänzende Regelung zum Umgang mit vertraulichen Unterlagen:

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

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

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

IV. Sachermittlung

1. Schriftliche Unterlagen / Vertragsdokumente

a) Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

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

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

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

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

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

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

2. Gutachten und Stellungnahmen

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

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

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

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

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

3. Anhörungen

In 16 öffentlichen Sitzungen des Sonderausschusses wurden folgende Personen angehört:

Liste der Angehörten im Sonderausschuss „Wasserverträge“:

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

V. Abschlussbericht

In seiner abschließenden Beratungssitzung am 14. Dezember 2012 hat der Ausschuss den hier vorliegenden Bericht – Teil 1 – *einstimmig / mehrheitlich* mit den Stimmen der Fraktionen ... verabschiedet.

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

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

B. Chronologie der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

29. Mai 1999 Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Berliner Betriebsgesetzes, zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und zur Änderung des Berliner Wassergesetzes (im Folgenden: Teilprivatisierungsgesetz), GVBl. Nr. 21 vom 28. Mai 1999, S. 183 ff.
18. Juni 1999 Konsortialvertrag zwischen dem Land Berlin, der RWE Umwelt AG, der Vivendi S. A., der RWE Aqua GmbH, der Compagnie Générale des Eaux Deutschland GmbH, der RWE/Vivendi BeteiligungsAG und der Berlinwasser AG
21. Oktober 1999 Berliner Verfassungsgerichtshof (VerfGH 42/99) erklärt einzelne Bestimmungen des Teilprivatisierungsgesetzes für nichtig
6. Januar 2000-5. Februar 2008 Erste bis sechste Änderungsvereinbarung zu dem Konsortialvertrag
13. Februar 2011 Erfolgreicher Volksentscheid über die Offenlegung der Teilprivatisierungsverträge
13. März 2011 Inkrafttreten des Gesetzes für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (im Folgenden: Offenlegungsgesetz), GVBl. Nr. 7 vom 12. März 2011, S. 82.
1. Dezember 2011 Einsetzung des Sonderausschusses „Wasserverträge“ durch das Abgeordnetenhaus (Drucksache 17/0049)
6. Januar 2012 Konstituierende Sitzung des Sonderausschusses „Wasserverträge“
17. Februar 2012 „Offenlegung des Vertrages und weiterer Dokumente zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“ (Sonderdruck zur Bekanntmachung im Amtsblatt für Berlin Nr. 7 vom 17. Februar 2012, ABl. S. 226, Veröffentlichung gemäß §§ 1, 2 des Offenlegungsgesetzes)
5. Juni 2012 Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe wegen missbräuchlich überhöhter Trinkwasserpreise
18. Juli 2012 Unternehmenskaufvertrag zwischen der RWE Aqua GmbH, RWE Aktiengesellschaft und dem Land Berlin „über den Erwerb eines 50%igen Geschäftsanteils an der RWE Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH“

25. Oktober 2012

Zustimmung des Abgeordnetenhauses zum o. g. Unternehmenskaufvertrag vom 18. Juli 2012

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

C. Der Auftrag des Sonderausschusses „Wasserverträge“

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

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

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

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

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

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

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

D. Durchführung des Auftrags

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

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

Dazu konnten folgende Feststellungen getroffen werden:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Prüfung verfassungsrechtlicher Fragen

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

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

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

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

Es wurden die folgenden Gutachten ausgewertet:

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

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

a) Wirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages?

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

Art. 87 Verfassung von Berlin (Gesetzesvorbehalt):

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

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

23.7 des Konsortialvertrages:

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

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

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

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

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

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

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

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

Es wurde sowohl die Ansicht vertreten, es sei „wenig erfolgversprechend“,⁹ eine Klage auf einen Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 VvB zu stützen, als auch diejenige, es könnten keine ernstzunehmenden Zweifel daran bestehen, dass die Gerichte in einem solchen Fall die Nichtigkeit der Verträge feststellen würden. Rechtsanwalt Sydow, der im Rahmen einer Anhörung die Argumentation der vom Arbeitskreis unabhängiger Juristen (AKJ) erstellten Stellungnahme „Juristischer Leitfaden: ‚Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung‘“ vorstellte, sprach davon, man könne bei der Frage nach den Erfolgsaussichten einer Klage, auch wenn es bei derlei „immer so ein bisschen in den Bereich der Prophezeiungen“ hineingehe, „gern eine 99-prozentige Wahrscheinlichkeit unterstellen“.¹⁰

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

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

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

⁸ Siehe zu der Begründung im Einzelnen: LVerfGE 10, S. 96 ff., auch zu finden unter:

www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal, dort insb. Rn. 50 ff. Klar und kritisch zu dieser Frage auch: J. Hecker: Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts, in: VerwArch 2001, S. 261 ff., insb. 285 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 134 BGB: Gesetzliches Verbot

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

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

Als Vorschrift, so eine vertretene Ansicht, die Rechte eines Verfassungsorgans betreffe (im konkreten Fall das parlamentarische Budgetrecht), müsse Art. 87 VvB schon deshalb als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB gelten, weil die Exekutive andernfalls verfassungswidrige, aber zivilrechtlich wirksame Verträge schließen könne. Gerade dies aber wolle Art. 87 VvB verhindern. „Die Wirkkraft der Verfassungsnorm“, so die Stellungnahme des AKJ, „würde, verstünde man sie nicht als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, ausgehöhlt“.¹⁸

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Leitfaden AKJ, S. 15.

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ Ebd., S. 8.

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

²³ Ebd. S. 9.

schließen, vorab zu vergewissern, ob diese Verträge eine hinreichende gesetzliche Grundlage haben“.²⁴

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

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

§ 138 BGB: Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher

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

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

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

Auch hier wurden beide denkbaren Ansichten vertreten.

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

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

²⁴ Ebd. S. 10.

²⁵ Leitfaden AKJ, S. 16.

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

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

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

dd) Gesamtnichtigkeit des Konsortialvertrages nach § 139 BGB?

§ 139 BGB: Teilnichtigkeit

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

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

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

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

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

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

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

„es handelt sich hier ja um einen Gesellschaftsvertrag oder einen gesellschaftsähnlichen Vertrag. Da sagt die Rechtsprechung [...], Gesellschaftsverträge als Organisationsver-

²⁹ Ebd., S. 26 f.

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

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

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

träge können letzten Endes gar nicht rückabgewickelt werden, denn es ist bereicherungsrechtlich nicht mehr möglich festzustellen: Wer hat da was gegeben, wer hat da was bekommen? Das würde dann bedeuten, dass nach der Rechtsprechung über fehlerhafte, aber rechtswirksame Gesellschaften der Vertrag nicht rückabgewickelt wird, aber jede Seite das Recht hat, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist mit sofortiger Wirkung zu beenden. Das wäre die Konsequenz.“³³

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

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

ee) Fragen der Durchsetzbarkeit (Zuständigkeit/Klagefrist)

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

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

Das Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes bezweifelt allerdings schon die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für ein Vorgehen des Senats gegen die Verträge. Dem stehe die – von anderen für nichtig gehaltene³⁸ – Schiedsklausel des § 44.2 Konsortialvertrag entgegen, die den ordentlichen Rechtsweg für alle Streitigkeiten ausschließe, die sich aus dem Konsortialvertrag ergeben. Wenn der Senat diesen Rechtsweg demnach gar nicht beschreiten könne, könne ihm dies auch nicht als Unterlassen vorgehalten werden.³⁹

Ebenso bezweifelte der WPD, dass das als Alternative zum zivilprozessualen Vorgehen vorgeschlagene öffentlichrechtliche Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof Aus-

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

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

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

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

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

Nach der oben wiedergegebenen Ansicht dürfte die Frist für ein Organstreitverfahren damit in Gang gesetzt sein.

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

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

sicht auf Erfolg habe. Das Gericht, so das Gutachten des WPD, werde wohl nicht die für eine erfolgreiche Klage erforderliche Verletzung verfassungsrechtlicher Rechtspositionen des Abgeordnetenhauses annehmen. Im Übrigen sei die sechsmonatige Frist für ein Organstreitverfahren abgelaufen. Entscheidend für den Fristbeginn sei der Moment des Vertragsschlusses, mithin der 18. Juni 1999, spätestens aber der Zeitpunkt der Veröffentlichung der Verträge im Internet, der 10. November 2010.⁴⁰

ff) Stellungnahme des Ausschusses

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

b) Verstoß der Konstruktion der Teilprivatisierung gegen das Demokratieprinzip?

Artikel 20 GG

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

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

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

(4) [...]

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

Das im Ausschuss diskutierte Problem eines eventuellen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip ergibt sich daraus, dass die nach wie vor öffentlich-rechtlich organisierten – und damit an das Demokratieprinzip gebundenen – BWB im Zuge der Teilprivatisierung in einen privatrechtlichen Konzern – der, für sich genommen, von den Vorgaben des Demokratieprinzips frei ist – integriert wurden. Vorgegangen wurde wie folgt:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In seinem hierauf erstellten Gutachten kam der Wissenschaftliche Parlamentsdienst zu dem Ergebnis, die Konstruktion der Teilprivatisierung gewährleiste die Bindung der Unternehmensentscheidungen an den Willen des Volkes in noch ausreichendem Maße. Zum selben Ergebnis kam – bei allen Zweifeln – der Angehörte Professor Andreas Musil; ein Verfassungsverstoß könne an dieser Stelle nicht festgestellt werden:

„Das ist die Krux bei diesem Holdingmodell, dass einerseits die Anstalt existiert, die hoheitlich tätig ist, und andererseits die Holding, in der die Privaten die Mehrheit haben und dort auch die unternehmerischen Entscheidungen treffen können. Das ist also eine

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

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

Hybridkonstruktion, die meines Erachtens sehr unschön ist, das kann ich ganz deutlich sagen, aber die juristisch funktioniert. Das ist meines Erachtens gerade noch in Ordnung“.⁴⁴

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

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

Im Einzelnen wurden im Ausschuss folgende Fragen diskutiert:

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

Zu diesem Thema wurden angehört:

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

Dem Ausschuss lag das vom Wissenschaftlichen Parlamentsdienst erstellte Gutachten

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

vor.

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

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

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

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

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

⁴⁶ Ebd., S. 2.

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

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

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

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

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

(1) Legitimation des Handelns des BWB-Vorstands

In § 9.5 des Konsortialvertrages heißt es:

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

In § 9.6 des Konsortialvertrages heißt es:

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

⁴⁷ BVerfGE 93, 37, 72.

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

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

messener Frist ein Einvernehmen nicht erzielen, entscheidet der Vorstandsausschuss [...] mit der einfachen Mehrheit seiner Mitglieder [...]“.

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

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

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

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

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

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

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

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

Jedenfalls in den Bereichen, so auch Rainer Heinrich, in denen der Vorstand in seinen Entscheidungen nicht an die Zustimmung des (einmal angenommen: legitimierten⁵⁴) Aufsichtsrats gebunden sei, sei eine öffentliche Kontrolle und Einflussnahme der Wasserbetriebe nicht

⁵⁰ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 14.

⁵¹ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 14 f.

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

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

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

mehr möglich.⁵⁵ Die „laufenden Geschäfte“, so Rainer Heinrich weiter, „insbesondere die betriebswirtschaftlicher Art, die im Bereich des Controllings sich befinden, [...] die sind demokratisch nicht legitimiert“.⁵⁶ Hier, beim operativen Geschäft, sei „das verfassungsmäßige Letztentscheidungsrecht der staatlichen Stellen außer Kraft gesetzt“.⁵⁷ Es könne, wenn überhaupt, „nur noch in einem stark eingeschränkten Sinne“ von einer Eingliederung der BWB „in die bürokratische Weisungshierarchie des Landes gesprochen werden“.⁵⁸ Im Ergebnis sei weder die personelle noch die sachlich-inhaltliche Legitimation des Vorstandshandelns gegeben.

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

„dass die staatlichen Aufgaben im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung einer weitgehenden materiellen Privatisierung zugänglich sind. Es wäre schwer begründbar, dass das Land diese Aufgaben vollständig an einen Privaten delegieren darf, hingegen an einer gemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung mit einem Privaten gehindert sein soll. Zwischen materieller Privatisierungsfähigkeit und Grad der zulässigen Legitimationsverdünnung muss ein gewisses Korrespondenzverhältnis angenommen werden. Zwar ist unbestreitbar, dass die materielle Privatisierungsfähigkeit einer Aufgabe dann, wenn der Staat sie dennoch selbst wahrnimmt, nicht prinzipiell von der Beachtung des Demokratieprinzips entbindet. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass an Legitimationsdichte und -struktur exakt dieselben Anforderungen zu stellen sind wie im Falle nicht-privatisierungsfähiger Aufgaben“.⁶⁴

Dieser Gedanke führe auch zu einer Abstufung der Legitimationsanforderungen innerhalb des Aufgabenspektrums der BWB. So sei ein Defizit in solchen Bereichen, führt das Gutachten des WPD aus, „die regelmäßig nicht durch hoheitliche Eingriffe gekennzeichnet“ seien, even-

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

⁵⁶ Ebd., S. 11.

⁵⁷ Ebd., S. 6.

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

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

⁶⁰ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 31.

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

⁶² WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 31.

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

⁶⁴ Ebd.

tuell hinnehmbar; anders in hoheitlich geprägten Betätigungsfeldern, Bereichen also, in denen „die BWB im Verhältnis zum Bürger ausnahmsweise im Über-/Unterordnungsverhältnis [...] auftritt (Anschluss- und Benutzungszwang, Festsetzung von Tarifen und Anschlussentgelten)“. Hier allerdings existierten auch – im Vergleich zum Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung – dichtere gesetzliche Vorgaben, die über behördliche Aufsichtsbefugnisse durchsetzbar seien.⁶⁵

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

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

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

„Das Meinungsspektrum zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand und den demokratischen Anforderungen daran, reicht von: Ihr könnt machen, was ihr wollt – bis zu: Ihr dürft euch nur dann wirtschaftlich betätigen, wenn ihr die Mehrheitsbeteiligung mit absoluter Letztentscheidungsbefugnis der öffentlichen Vertreter habt. – Das ist die Auffassung, die vor ein paar Jahren im verfassungsrechtlichen Schrifttum durchzusetzen versucht wurde. Das ist aber nicht gelungen, sondern der Staat darf sich auch mit Minderheitsbeteiligung an wirtschaftlichen Aktivitäten beteiligen. Sonst wäre das ganze Beteiligungsmanagement, das der Staat hier macht, verfassungswidrig, denn bei einer Minderheitsbeteiligung haben Sie nicht das Letztentscheidungsrecht über das, was in dieser Firma läuft, wo Sie nur einen Minderheitsanteil haben. Es kann nicht gewollt sein, dass sich der Staat aus allem heraushalten muss, wo er in den zivilrechtlichen Konstruktionen nicht die Mehrheit hat. Dann würde man das Demokratieprinzip überspannen. Sicherergestellt sein muss nur, dass die hoheitlichen Aufgaben, die von den staatlichen Vertretern auszuüben sind, demokratisch legitimiert sind. Wenn es sich um unternehmerische Entscheidungen handelt, sind das keine hoheitlichen Aufgaben, sondern das sind dann wirtschaftliche Aufgaben, die der Staat wahrzunehmen hat, und auch Daseinsvorsorge ist keine hoheitliche Aufgabe. Strom- und Wasserlieferung usw. sind nach juristischen Kriterien keine hoheitlichen Aufgaben. Hoheitliche Aufgabe ist zum Beispiel die Beschäftigung von öffentlich Bediensteten, die Gebührenerhebung. Es gibt ein paar Dinge, die hoheitlich geregelt werden müssen. Aber das Vertragspersonal auch nicht, die Beamten, das ist Beamtenrecht. Man hat relativ wenig originär hoheitliche Tätigkeiten in solchen Unternehmen. Zum Beispiel die Gebührenerhebung ist etwas klassisch Hoheitliches. Das muss durch demokratisch legitimierte Gremien bewerkstelligt werden. Deswegen hat man ja diese Hybridkonstruktion gewählt. Man hat gesagt: Die Anstalt ist mehrheitlich staatlich, und da sind auch die Vertreter des Staates in der

⁶⁵ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 31 f.

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

Mehrheit. Die Holding, die das Ganze unternehmerisch führt, ist nicht staatlich und muss auch nicht legitimiert sein“.⁶⁷

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

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

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

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

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

(2) Legitimation des Handelns des BWB-Aufsichtsrates

Der Aufsichtsrat der BWB besteht aus 16 Mitgliedern:

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

Das erste Legitimationsproblem auf der Ebene des BWB-Aufsichtsrates tut sich bei der Auswahl der sieben durch den Senat zu bestellenden Mitglieder auf. Denn der Senat ist bei der

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

⁶⁸ BVerfGE 107, 59, 93 f.

⁶⁹ BVerfGE 107, 59, 91.

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

Auswahl nicht frei, sondern an eine Vorschlagsliste der privatrechtlich organisierten Holding gebunden. „Das Land Berlin und die BB-AG“, heißt es in § 9.1 des Konsortialvertrages,

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

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

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

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

Das zweite Legitimationsproblem ergibt sich daraus, dass die Zusammensetzung des Aufsichtsrates eine Einhaltung des Prinzips der doppelten Mehrheit unmöglich macht. Acht der sechzehn Mitglieder nämlich werden vom Personalrat gestellt und sind demnach nicht „uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert“. ⁷²

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

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

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

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

⁷³ BVerfGE 93, 37, 72.

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

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

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

(3) Legitimation des Handelns der Holding

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

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

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

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

Die ursprüngliche, bis 2003 gültige Konstruktion des hiernach eingerichteten Weisungsausschusses (er wurde mit vier Mitgliedern besetzt, wobei mindestens zwei von ihnen gleichzei-

⁷⁴ WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 19.

⁷⁵ Ebd., S. 22.

⁷⁶ Drucksache 13/3367, S. 6.

tig Mitglieder des Vorstandes der Holding sein sollten) wurde auch von denjenigen, die im Übrigen von einer mehrfachen Durchbrechung der Legitimationskette ausgehen, als mit dem Demokratieprinzip jedenfalls grundsätzlich vereinbar angesehen, da der Weisungsausschuss immerhin die Möglichkeit gehabt habe, Weisungen des Holding-Vorstandes wirksam zu blockieren.⁷⁷

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

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

Das Gutachten des WPD hingegen hält die Auffassung für unzutreffend, durch die Zusammenlegung der Vorstände sei es dazu gekommen, dass, so Rainer Heinrich, „die Einflussnahme der Holding auf die Anstalt nun nicht geringer, sondern intensiver“ geworden sei. Es sei keineswegs „mit den Doppelmandaten die Leitungsmacht auf die Holding vereint“ worden,⁸¹ vielmehr sei das ganze Gegenteil der Fall. Zu bedenken nämlich sei, dass die Vorstandsidentität im konkreten Fall nicht von der Holding, sondern von der BWB ausgegangen sei, also keine Entsendung „von oben nach unten“, sondern eine solche „von unten nach oben“ erfolgt sei. „Sämtliche Mitglieder des Vorstandes der BWB“, heißt es in § 10.6 Konsortialvertrag, sollen „auch Mitglieder des Vorstandes der Holding sein“. Es würden demnach nicht Mitglieder des herrschenden Unternehmens (der Holding) in den Vorstand der – abhängigen – Anstalt entsendet, sondern umgekehrt entsende die Anstalt ihre Vorstandsmitglieder in den Vorstand der Holding, der somit quasi vom – legitimierten – Anstaltsvorstand übernommen werde.⁸² Die Legitimation des Anstalts-Vorstandes erstreckte sich somit auch auf „solche von ihm zu treffenden Maßnahmen, die bei Personenverschiedenheit der beiden Vorstände ggf. als Weisung der Holding ergehen würden“. Vor diesem Hintergrund sei festzuhalten, „dass durch die Personenidentität des Vorstandes der Holding mit dem legitimierten BWB-Vorstand der Einfluss der Anstalt – und damit des Landes – auf die Holding insgesamt“

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

⁷⁸ Ebd., S. 8.

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

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

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

⁸² WPD-Gutachten Demokratieprinzip, S. 27.

nicht nur nicht geschwächt, sondern sogar gestärkt worden sei.⁸³ Diese Argumentation stieß im Ausschuss allerdings auf Widerspruch.⁸⁴

bb) Stellungnahme des Ausschusses

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

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

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

2. Europarechtliche Fragen

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

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

Keßler, Prof. Dr. Jürgen

Professor für Deutsches, Europäisches und Internationales Handels-, Gesellschafts-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der HTW Berlin; Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, Trägerin des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ (6. Sitzung am 04.05.2012)

⁸³ Ebd., S. 29.

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

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

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

Mayer, Prof. Dr. Franz C.

Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik an der Universität Bielefeld (9. Sitzung am 08.06.2012)

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

Artikel 107 Abs. 1 AEUV

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

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

aa) Argumentationen

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

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

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

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

In dem hier zitierten Schreiben, mit dem sich Transparency International und die Verbraucherzentrale Berlin am 15. Juni 2011 an die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen

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

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

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

⁹⁰ Ebd.

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

Kommission gewandt haben und das das bereits erwähnte Prüfverfahren auslöste, heißt es zur Begründung, die Ausgleichsverpflichtung des § 23.7 des Konsortialvertrages stelle die privaten Investoren im Ergebnis „von jeglichem unternehmerischen Risiko und damit weitgehend von einem wettbewerbskonformen Verhalten frei“.⁹² Durch diese Begünstigung komme es zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten anderer Marktteilnehmer.

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

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

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

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

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

„relativ wenig Zweifel, dass der Private Investor Test hier durchaus darauf hindeutet, dass private Investoren das jedenfalls nicht in einer Art und Weise gemacht hätten – das ist, glaube ich, das Entscheidende –, wo man nicht genau absehen kann, wie hoch die ökonomischen Folgen sind“.⁹⁵

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

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

Auch wurde die Frage aufgeworfen, ob, wenn wie im vorliegenden Fall eine Monopolstellung anzunehmen sei, überhaupt noch ein Wettbewerb vorliege, der verzerrt werden könne. Wie

⁹² Ebd., S. 4.

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

⁹⁴ Ebd., S. 14.

⁹⁵ Ebd., S. 14.

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

man denn, so formulierte es der Abgeordnete Zimmermann (SPD), „überhaupt denklogisch“ zu einer Wettbewerbsverzerrung kommen könne,

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

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

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

In diesem Punkt gab die Abgeordnete Bayram (Bündnis 90/Die Grünen) allerdings zu bedenken, es sei doch möglich, die fraglichen Vertragsbeziehungen als Dauerschuldverhältnis einzustufen, „so dass der Vertragsschlusszeitpunkt vielleicht eher von sekundärer Bedeutung ist“.⁹⁹ Das, so erwiderte Professor Mayer, könne man sicher so sehen, das wolle er nicht in Abrede stellen.¹⁰⁰

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

„Das ist ein Stück weit offen. [...] Ich will nicht verschweigen, dass man das in zwei Richtungen deuten kann. Man kann es so sehen, dass hier letztlich lediglich eine Fristbestimmung für die 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“.¹⁰¹

bb) Stellungnahme des Ausschusses

Bei der Frage, ob § 23.7 des Konsortialvertrages als unzulässige staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV einzustufen sei oder nicht, gab es keine einheitliche Meinungsbildung im

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

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

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

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

¹⁰¹ Ebd., S. 18 f.

Ausschuss. Im Ergebnis überwog unter den Ausschussmitgliedern die Auffassung, dass kein Verstoß gegen das Europarecht vorliege. Einigkeit bestand, dass eine abschließende Klärung dieser Frage letztlich im Zusammenhang mit dem zurzeit anhängigen Prüfverfahren der Europäischen Kommission erfolgen werde.

b) Vergaberechtliche Problematik

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

aa) Argumentationen

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

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

Während Professor Keßler darauf hinwies, ihm sei von einer rechtmäßigen Ausschreibung nichts bekannt,¹⁰⁴ äußerte sich Professor Mayer dahin, nach seiner Erinnerung habe es sehr wohl eine EU-weite Ausschreibung gegeben, ein so genanntes nichtoffenes Verfahren, bei dem nur ein begrenzter Teilnehmerkreis eingeladen werde. Vor diesem Hintergrund, so Professor Mayer, werde man „aus meiner Sicht auf keinen Fall mit europarechtlichen Problemen konfrontiert werden [...]. Da gibt es, glaube ich, nicht wirklich Ansatzpunkte“.¹⁰⁵

bb) Stellungnahme des Ausschusses

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

3. Feststellungen zur Tarifentwicklung seit der Teilprivatisierung

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

Er hat dies allerdings nicht als seine primäre Aufgabe gesehen, sondern sich vorrangig auf solche Fragen konzentriert, die eventuell Auswege aus der Ist-Situation aufzeigen konnten. Grund für diese Gewichtung war, dass sich alle Fraktionen (auch mit dem Senat) jedenfalls darin einig waren, dass die Teilprivatisierung in der damals gewählten Form keine Ideallö-

¹⁰² Ebd., S. 19.

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

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

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

sung gewesen sei. Keiner, so der Abgeordnete Karsten (SPD), sei mit diesen Verträgen glücklich.¹⁰⁶ „Wir hier als Sonderausschuss“, so auch der Abgeordnete Buchholz (SPD),

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

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

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

Das am 17. Mai 1999 beschlossene Teilprivatisierungsgesetz sieht in Art. II § 3 Abs. 1 Satz 2 vor, dass die Tarife der BWB so zu bemessen sind, dass „zumindest die Kosten gedeckt sind“ (Kostendeckungsprinzip). Zu den Kosten, so heißt es in Abs. 2 der Norm, gehört u. a. eine „angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals“. Was unter „angemessen“ zu verstehen sei, regelt Abs. 4 der Norm. In der ursprünglichen Fassung des Teilprivatisierungsgesetzes vom 17. Mai 1999 hieß es hierzu:

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

Die in Satz 2 vorgesehene sog. „R+2“-Regelung, nach der zum Renditendurchschnitt deutscher Bundesanleihen pauschal 2 Prozentpunkte addiert werden sollten sowie die in den Sätzen 3 und 4 geregelte sog. „Effizienzsteigerungsklausel“, die einen weiteren Zinsaufschlag für den Fall ermöglichte, dass Maßnahmen zu einer „dauerhaften Steigerung der betriebswirt-

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

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

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

schaftlichen Leistungsfähigkeit“ der BWB ergriffen wurden, wurden – wie bereits erwähnt¹⁰⁹ – mit Urteil des Verfassungsgerichtshof Berlin vom 21. Oktober 1999 für nichtig erklärt.

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

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

Auf der Suche nach einer Erklärung dafür, wie es zu den anhaltend hohen Wasserpreisen hat kommen können, wurde im Ausschuss auch die Frage aufgeworfen, ob die genannte Novellierung deshalb als politisches Fehlverhalten des Parlaments betrachtet werden könne, weil durch sie das Urteil des Verfassungsgerichtshofs eventuell umgangen worden sei. Für diese Bewertung plädierte Frau Schermer vom Berliner Wassertisch, die bemerkte, die Investoren seien letztlich so gestellt worden, „als ob es das Urteil nie gegeben hätte“.¹¹³ Nach dem Urteil, so Frau Schermer,

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

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

„dass die Alternativen aus den Verträgen von 1999 letztlich nur darin bestehen, dass die Bürgerinnen und Bürger als Steuerzahler oder die Bürgerinnen und Bürger als Tarif-

¹⁰⁹ Siehe bereits oben D.II.1.a) aa).

¹¹⁰ Siehe oben D.II.1.a) aa).

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

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

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

¹¹⁴ Ebd., S. 16.

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

kunden die Gewinne der Berliner Wasserbetriebe und damit sowohl des Landes als auch der Privatinvestoren bezahlen“.¹¹⁶

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

b) Tarifentwicklung auf Grundlage der seit 2003 geltenden Regelungen

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

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

Das Zustandekommen dieser Ordnungszinssätze sei am Beispiel des Wertes aus dem Jahr 2011 erläutert. In der Begründung der „Verordnung über die angemessene Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals der Berliner Wasserbetriebe (BWB) für das Jahr 2011 vom 14.12.2010“ wird darauf verwiesen, dass bei der Berechnung des Mindestzinssatzes gemäß der oben erwähnten Vorgabe, die durchschnittliche Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen aus dem Zeitraum der vorangehenden 20 Jahre zu berücksichtigen, die Jahre 1990 bis 2009 berücksichtigt worden seien. „Unter Berücksichtigung der Ermittlung des geometrischen Mittelwertes“, so heißt es weiter,

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

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

¹¹⁶ Ebd., S. 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es lasse dieser Mechanismus, so die Abgeordnete Kosche (Bündnis 90/Die Grünen), leider nur „eine sehr langsame Abwärtsentwicklung“ erwarten.¹²¹ „Das, was die meisten Menschen

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

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

in Deutschland heute als garantierte Rendite kennen“, so auch der Abgeordnete Karsten (SPD) zu der als unangemessen empfundenen Höhe des Verordnungszinssatzes, sei die Lebensversicherung – die als sichere Anlageform gelte. „Die Lebensversicherung“, so der Abgeordnete Karsten weiter,

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

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

„Mechanismen vor. Wer in den Vertrag hineinschaut, der sieht einen Mechanismus, wonach dann, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse ändern, angepasst werden muss. Unabhängig von dem, was wir weitermachen, ist für mich heute schon klar – da sind wir uns auch in der Koalition einig –, dass wir ein unangemessenes Verhältnis haben. Wir erwarten, dass es besser wird, aber das geht viel zu langsam. Das ist die heutige Einschätzung, und diese gilt für alle, die sich damit beschäftigen. Die Zinsen gehen runter, und weil wir mit einem zwanzigjährigen Zeitraum mitteln, gehen sie auch in Zukunft noch weiter leicht herunter. Wir haben also den Höchstpunkt erreicht, was die Zinsen betrifft, und wenn wir das betriebsnotwendige Kapital im Griff haben, dann kann hier etwas – – Entspannung wird auf jeden Fall eintreten, aber heute geht es nicht. Insofern muss sofort etwas passieren“.¹²⁴

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

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

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

„dass es immer einen Zinsabstand zwischen Bundes- und Länderanleihen gibt. Berlin muss mehr für sein Geld bezahlen als der Bund, das ist so. Wir sehen das zurzeit auch im Vergleich zwischen den Nationalstaaten. Griechenland muss ganz viel für Geld bezahlen, und Deutschland im Moment ganz wenig. Berlin muss jedenfalls mehr bezahlen als der Bund, das ist die ganze Zeit über so gewesen. Der Zinsabstand zwischen Berlinanleihen und Bundesanleihen hat sich in der Marge zwischen 0,25 Prozent, also einem Viertelprozent, und einem halben Prozent bewegt. Teilweise ist er mal ein bisschen da-

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

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

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

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

rüber gegangen, aber im Moment sind wir bei einem Zinsabstand von 0,56 Prozent und 0,55 Prozent für die Berlinanleihen. Berlin muss bei zehnjährigen Anleihen für sein Geld ein halbes Prozent mehr bezahlen als der Bund. Das liegt daran, dass die Kapitalmärkte für Berlin nicht die Sicherheitserwartungen haben wie beim Bund“.¹²⁶

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

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

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

c) Das Kartellverfahren zu den Wasserpreisen

aa) Grundzüge des kartellrechtlichen Verfahrens

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

Im Einzelnen ist danach Folgendes festzuhalten:

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

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

„eigentliche Hintergrund, warum dieses Kartellverfahren einmal in Gang gesetzt worden ist, dass nämlich der Ausgleichsmechanismus Berlins dann nicht greift, wenn durch

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

¹²⁷ Ebd. S. 24.

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

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

bundesrechtliche Veränderungen die Sachgrundlagen der Teilprivatisierung in Frage gestellt werden“.¹³⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³⁴ Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 5. Juni 2012.

Bundesrepublik, Wasser erbringt, aber Synergieeffekte ergeben sich schon beim einheitlichen Versorgungsgebiet, wie das hier der Fall ist“.¹³⁵

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

„dass die Nachteile, die BWB angebracht hatte oder mit denen sie argumentiert hatte, im Grunde bei den anderen Unternehmen auch vorhanden waren. Da konnte man keinen Sondernachteil zulasten von Berlin sehen, eher im Gegenteil kann man sagen: Die Versorgungsstrukturen in Berlin sind ausgesprochen günstig. Es gibt hier keine großen Höhenunterschiede. Man muss das Wasser also nicht in die Höhe pumpen. Das Wasser ist reichlich verfügbar. Es liegt nicht viele hundert Meter unter der Erde. Man muss es also nicht sehr hoch pumpen. Die Dichtekriterien sind ausgesprochen günstig. Aber Berlin, das haben wir gesehen und das wollen wir auch positiv für BWB berücksichtigen, hat natürlich eine andere Vergangenheit als die westdeutschen Wasserversorger. Es hat zu einem Drittel oder bis zu 40 Prozent Ostanteil, und nach der Wiedervereinigung hat Berlin erhebliche Investitionen in die Wasserversorgung gesteckt. Das haben wir gesehen, indem wir alle Investitionen verglichen haben, Berlin mit den anderen Wasserversorgern, und da konnte man ziemlich deutlich sehen, dass Mitte der Neunzigerjahre, gar nicht mal so ganz am Anfang, auch weniger Ende der Neunzigerjahre und in diesem Jahrtausend kaum, BWB deutlich mehr als die Vergleichsunternehmen investiert hat, und diese Diskrepanz wollen wir ihnen als Rechtfertigungsgrund im Wesentlichen auch anerkennen. Das hat letztlich dazu geführt, dass wir diese große Preisüberhöhung, die Sie eben auf dem Bild gesehen haben, reduziert haben um diesen Rechtfertigungsgrund, den wir ‚Sonderkosten Ost‘ genannt haben“.¹³⁶

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

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

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

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

¹³⁶ Ebd., S. 17.

¹³⁷ Ebd., S. 31.

¹³⁸ Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 5. Juni 2012.

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

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

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

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

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

bb) Position des Ausschusses

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

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

¹⁴⁰ Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 5. Juni 2012.

¹⁴¹ Ebd.

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

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

1. Zum (Rück-)Erwerb der RWE-Anteile

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

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

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

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

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

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

„dass der Senat [...] nachvollziehbar erklärt, wie der Preis zustande kommt, und zwar im Einzelnen, und von welchen Grundannahmen das Land ausgegangen ist und welche

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

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

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

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

Expertise zu welchen Vorarbeiten geführt hat, denn das müssen wir als Abgeordnete nachvollziehen können, wenn wir uns dazu eine Meinung bilden und im Parlament eine Abstimmung vollziehen sollen.¹⁴⁷

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁰ Ebd.

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

¹⁵² Ebd., S. 29.

¹⁵³ Ebd., S. 19.

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

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

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

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

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

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

Vor diesem Hintergrund, so Staatssekretärin Dr. Sudhof (SenFin), müsse das Abgeordnetenhaus entscheiden, ob das Land Berlin zu den vom Senat ausgehandelten Konditionen die

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

¹⁵⁵ Ebd., S. 24.

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

RWE-Anteile zurückkaufen wolle. „Das“, so Frau Dr. Sudhof weiter, seien die Konditionen gewesen,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

die Frage aber beantwortet sein, welches Ziel, welchen Zweck der Senat von Berlin mit dem Geschäft eigentlich verbindet“.¹⁶¹

Der Abg. Karsten (SPD) antwortete hierauf:

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

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

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

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

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

Wie, so der Abg. Dr. Lederer weiter,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁵ Ebd., S. 11 f.

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

¹⁶⁷ Ebd., S. 25.

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

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Offenlegung der Verträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

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

II. Prüfung der Verträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Europarechtliche Anforderungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Anhang: Abkürzungsverzeichnis

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

Vorschlag für Änderungen bzw. Ergänzungen
der Fraktion der SPD und der Fraktion der CDU
zum Bericht des Sonderausschusses "Wasserverträge" (Entwurf vom 30.11.2012)

Zu Teil B: Chronologie der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (S.9)
(Ergänzungen chronologisch einfügen)

29. April 1999 Beschluss des Abgeordnetenhauses von Berlin mit namentlicher Abstimmung über die Vorlage - zur Beschlußfassung - über Gesetz zur Änderung des Berliner Betriebegesetzes, zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und zur Änderung des Berliner Wassergesetzes - 62. Sitzung des AGH
29. Mai 1999 Inkrafttreten des Gesetzes (...) wie im Entwurf
Ergänzungsvorschlag: "vom 17. Mai"
30. Juni 1999 Beschluss des Unterausschusses Vermögensverwaltung und Beteiligungen des Abgeordnetenhauses von Berlin über das Vermögensgeschäft Nr. 17/1999: Gründung einer BWB Holding AG und Veräußerung von Aktien des Landes Berlin (Anteilsverkauf der BWB an RWE/VIVENDI)
1. Juli 1999 Beschluss des Abgeordnetenhauses von Berlin über das Vermögensgeschäft Nr. 17/1999: Gründung einer BWB Holding AG und Veräußerung von Aktien des Landes Berlin (Anteilsverkauf der BWB an RWE/VIVENDI) (Drs. 13/3918) - 66. Sitzung des AGH
29. Oktober 1999 Beschluss des Abgeordnetenhauses von Berlin über Annahme einer Entschließung über Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (Drs. 13/4187)
18. Januar 2000 Folgedokument: Mitteilung zur Kenntnisnahme über Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe hier: Vollzug des Konsortialvertrages sowie Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes vom 18. Januar 2000 (Drs. 14/165)
11. Dezember 2003 Beschluss des Abgeordnetenhauses über Gesetz zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes der Berliner Wasserbetriebe vom 17. Mai 1999 (Drs. 15/2054 und 15/2352): Anpassung des Teilprivatisierungsgesetzes aufgrund des Beschlusses des Verfassungsgerichtes vom 21. Oktober 1999 (AZ: VerfGH 42/99), in dem Teile des Teilprivatisierungsgesetzes für nichtig erklärt wurden.
14. Dezember 2003 Inkrafttreten des reformierten Teilprivatisierungsgesetzes
Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 45/2003 S. 591 vom 13.12.2003
19. Februar 2004 Beschluss des Abgeordnetenhauses von Berlin:
Fünfte Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag vom 18. Juni 1999 über die Beteiligung an den Berliner Wasserbetrieben Anstalt öffentlichen Rechts zwischen dem Land Berlin und RWE/Veolia Berlinwasser Beteiligungs AG (RVB) (Drs. 15/ 2543)
29. Juni 2006 Beschluss des Berliner Abgeordnetenhauses über Berliner Betriebe-Gesetz (BerIBG): Zusammenfassung des BerIBG und des Gesetzes zur Teilprivatisierung der BWB in das Berliner Betriebe-Gesetz (BerIBG) Drs. 15/4938 und 15/ 5363
28. Juli 2006 Inkrafttreten Berliner Betriebe-Gesetz (BerIBG)
Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 29/2006 S. 827 bis 832 vom 27.07.2006