

Arbeitskreis unabhängiger Juristen

Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung

Ein juristischer Leitfaden

Sabine Finkentheï (Koordinatorin des Arbeitskreises)

Tel.: 030 / 693 08 42 oder Mobil: 0176 / 25 21 37 26

E-Mail: S.Finkentheï@gmx.de

Verlagsgesellschaft Tischler GmbH, Postfach 301770, 10747 Berlin

ISBN 978-3-922654-84-3

Inhaltsverzeichnis

Grußwort	5
Zur Einleitung	6
A. Sachverhalt: Berliner Wasserverträge	9
B. Nichtigkeit des Konsortialvertrages und prozessuale Geltendmachung	14
I. NICHTIGKEIT DES KONSORTIALVERTRAGES	14
1. Anwendbarkeit der §§ 134, 138 BGB auf Verfassungsverstöße	14
a) Verfassungsverstoß als gesetzliches Verbot	14
b) Sittenwidrigkeit durch Verfassungsbruch	15
2. Verfassungswidrigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages	17
a) § 23.7 des Konsortialvertrages als Gewährleistung im Sinne von Art. 87 I VvB	17
aa) Sicherheit	18
bb) Hauptzweck	18
cc) Keine vertragliche Nebenpflicht	21
b) Fehlen einer gesetzlichen Grundlage	22
II. NICHTIGKEIT DES GESAMTEN VERTRAGES	23
III. GELTENDMACHUNG DER NICHTIGKEIT	26
IV. RECHTSSCHUTZ DURCH DEN VERFASSUNGSGERICHTSHOF	29
1. Antragsteller und Antragsgegner	30
2. Streitgegenstand	30
3. Antragsbefugnis	31
a) Fraktion des Abgeordnetenhauses	31
b) Einzelne Abgeordnete	32
4. Form und Frist	34
Anlage: Tabelle zur disproportionalen Gewinnverteilung	36

Grußwort

Ich begrüße aus vollem Herzen den Argumentationsleitfaden, um die Verträge zur Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe für nichtig erklären zu lassen. Das hat grundsätzliche Bedeutung weit über diesen Fall hinaus. Die generelle Geheimhaltung, die bei den verschiedenen Formen der Privatisierung öffentlichen Eigentums üblich geworden ist, ist ein Angriff auf die Demokratie, auf die wesentliche Aufgabe der Parlamente und auf die Mitbestimmung der Bevölkerung.

Die einzelnen Vereinbarungen wie die private Schiedsgerichtsbarkeit und die staatliche Subventionierung der privaten Gewinne unterlaufen gezielt und mit hohem juristischen Aufwand die wesentliche Kompetenz der gewählten Volksvertretungen, nämlich ihre Haushaltshoheit. Unter den Bedingungen, wie sie auch für die Berliner Wasserbetriebe vereinbart wurden, wird die Haushaltshoheit zur Farce. Die Bürger werden durch hohe Preise abgezockt, die öffentlichen Kassen werden zusätzlich geleert, die langfristige Vorsorge für gutes und bezahlbares Wasser wird gefährdet. Klauseln und Begriffe, die ohnehin schwer verständlich sind – etwa die "angemessene kalkulatorische Verzinsung", das "betriebsnotwendige Kapital" und die "Effizienzsteigerung" – werden durch die Geheimhaltung zusätzlich zu trickreichen, nicht kontrollierbaren und nicht veränderbaren Quellen dafür, dass die privaten Investoren sich bereichern können.

Die Berliner Nachfolgeregierung, die die Verträge nicht abgeschlossen hat, hätte von sich aus tätig werden müssen, um die Nichtigkeit herbeizuführen. Das hat sie nicht getan und hat, unter dem Druck des Volkssentscheids, lediglich einige unklare Absichten geäußert, die Verträge neu zu verhandeln bzw. die Investoren zum Verkauf ihrer Anteile zu animieren. Dies ist halbherzig und geht ohnehin am Kern der Sache vorbei. Deshalb ist es außerordentlich zu begrüßen, dass die Arbeitsgruppe unabhängiger Juristen außerhalb des Parteienspektrums, das im Berliner Abgeordnetenhaus vertreten ist, juristische Wege aufzeigt, wie die Nichtigkeit des gesamten Vertragswerks juristisch durchgesetzt werden kann. Ich wünsche allen Demokratinnen und Demokraten der Bundesrepublik Deutschland gutes Durchhaltevermögen und letztlich vollen Erfolg!

(Werner Rügemer, Privatisierungskritiker und Publizist)

Zur Einleitung

Infolge des am 13. Februar 2011 gewonnenen Volksentscheids in Berlin und des ersten rechtskräftigen Volksgesetzes mussten bisher geheim gehaltene Vertragsdokumente, die im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe zwischen dem Land Berlin und den privaten Anteilseignern RWE und VEOLIA seit 1999 geschlossen worden sind, veröffentlicht werden. Sinn dieses Volksentscheids ist eine unabhängige Prüfung der Vertragsdokumente durch formalrechtliche Offenlegung zu ermöglichen, um Wege der Vertragsanfechtung mit dem Ziel der Nichtigkeit zu eröffnen. Sich dieser Zielsetzung annehmend hat sich unter dem Dach des Umweltverbands der GRÜNEN LIGA Berlin Anfang März 2011 eine Arbeitsgruppe unabhängiger Juristen gebildet, die nun in der ersten Auflage des offenen Argumentationsleitfadens ihre Prüfergebnisse vorstellt und Wege der Vertragsanfechtung aufzeichnet.

Der juristische Argumentationsleitfaden zeigt, dass die Verträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe die verfassungsrechtlich garantierte Budgethoheit des Berliner Abgeordnetenhauses nicht beachten und deshalb nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen bzw. sittenwidrig sind. Außerdem wird dargelegt, wie die daraus resultierende Nichtigkeit der Verträge gerichtlich geltend gemacht werden kann. Dabei ist es materiellrechtlich ohne Belang, ob es sich bei dem Konsortialvertrag um einen privatrechtlichen oder um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Da zu erwarten ist, dass der Senat aufgrund seiner interessenpolitischen Befangenheit eine Nichtigkeitsklage gerichtlich nicht verfolgen wird, können die Abgeordneten das Unterlassen des Senats im Rahmen eines fristgebundenen Organstreitverfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof gerichtlich geltend machen!

Eine Normenkontrollklage hingegen, mit der die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Landesrecht mit der Verfassung von Berlin überprüft werden kann, erscheint dem Arbeitskreis für eine Vertragsanfechtung als nicht zielführend.

Das parlamentarische Budgetrecht, insbesondere das Ausgabenbewilligungsrecht, wurde verletzt, da ohne gesetzliche Grundlage keine Sicher-

heiten geleistet werden dürfen. Der in § 23.7 des Konsortialvertrags in Verbindung mit der 5. Änderungsvereinbarung vorgesehene Ausgleich für die Privatinvestoren stellt eine an diese geleistete Sicherheitsleistung dar, für die keine gesetzliche Grundlage besteht. Gerade in Bezug auf die Sicherheitsleistung hätte es einer ausdrücklichen und gesetzlichen Ermächtigung durch den Gesetzgeber bedurft! Die bloße Billigung im Haushaltsplan stellt ebenso wenig eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung im Sinne von Art. 87 I VvB dar wie die Zustimmung des Abgeordnetenhauses von Berlin zu den Verträgen mit den privaten Investoren.

Die Gesamtnichtigkeit des Vertrages leitet sich aus der zentralen Bedeutung des § 23.7 ab: Dieser regelt Bedingungen und Umfang der Gewinnerzielung der Investoren. Die Gewährleistung der Sicherheit durch eine einseitige Risikoübernahme, wie sie sich im § 23.7 des Konsortialvertrages manifestiert, ist Hauptzweck des Vertrages. Die Umstände der Vertragsschließung und -anpassung belegen, dass für die Privatinvestoren der Vertrag mit der Sicherheitsleistung nach § 23.7 des Konsortialvertrags steht und fällt.

Auch widerspricht die Risikoverteilung dem Grundsatz der Interessenabwägung wie dem Abwägungsvorbehalt, welche Risikoverteilung zwischen den Vertragspartnern zumutbar ist. Zudem handelt es sich bei der Regelung des § 23.7 um eine Umgehung der Nichtigkeitserklärung von Teilen des Teilprivatisierungsgesetzes durch den BerlVerfGH 1999, die auf eine Missachtung der Kompetenzen eines Verfassungsgerichts, und damit eines Verfassungsorgans, hinausläuft, da die damalige gerichtlich erwirkte Teilnichtigkeitserklärung keine Wirkung entfalten kann.

Da nicht zu erwarten ist, dass die privaten Vertragsparteien die Geltendmachung der Nichtigkeit der Verträge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch anerkennen werden, muss die Geltendmachung durch den Senat gerichtlich eingeklagt werden. Trotz der unter den Vertragsparteien vereinbarten Schiedsvereinbarung zeigt der Leitfaden auf, dass die Durchsetzung der Nichtigkeit in die Zuständigkeit staatlicher Gerichte fällt, wobei wegen des Bezugs zur Daseinsvorsorge die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit naheliegt. Nach der hier vertretenen Auffas-

sung ist die Schiedsvereinbarung verfassungswidrig und daher nichtig, da durch die Übertragung der Streitentscheidungszuständigkeit auf ein Schiedsgericht die Möglichkeit einer parlamentarischen Kontrolle des Verwaltungshandelns ausgeschlossen ist und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht mehr in ausreichendem Maße sichergestellt werden kann.

Sollte der Senat aufgrund seiner interessenpolitischen Befangenheit als Vertragspartner in dieser Sache keine Klage vor einem staatlichen Gericht erheben, verspricht ein Antrag auf Durchführung eines Organstreitverfahrens vor dem BerlVerfGH Erfolg. Tauglicher Streitgegenstand wäre vor diesem Hintergrund das Unterlassen eines (ggf. gerichtlichen) Vorgehens gegen den Vertrag durch den Senat von Berlin. Dieses Unterlassen verstößt gegen die Budgethoheit des Abgeordnetenhauses. Antragsbefugt sind grundsätzlich die Fraktionen des Abgeordnetenhauses. Allerdings sprechen - wie der Leitfaden aufzeigt - gute Gründe dafür, dass auch einzelne Abgeordnete, die gegen die Untätigkeit des Senats vorgehen wollen, ein Organstreitverfahren beantragen sollten, zumal die Frage der Antragsbefugnis einzelner Abgeordneter nicht abschließend geklärt ist.

Die Einleitung eines Organstreitverfahrens ist fristgebunden und muss binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden. Im vorliegenden Fall hat eine Frist noch nicht begonnen. Denn weder einzelne Abgeordnete noch ganze Fraktionen haben den Senat bisher aufgefordert, die Nichtigkeit des Konsortialvertrags gegenüber den privaten Vertragspartnern (ggf. auch gerichtlich) geltend zu machen. Eine Aufforderung an den Senat, gegen den Vertrag vorzugehen, sollte nun schnellstmöglich erfolgen.

Die Kalkulation der Tarife für die Wasserversorgung und die Entwässerung regelte das Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 17. Mai 1999 (TPrG).¹ § 3 II TPrG sah vor, dass zu den im Rahmen der Tarifbildung ansatzfähigen Kosten eine „angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals“ zählen sollte. Die Definition des Begriffs der Angemessenheit im Sinne des Abs. II fand sich in § 3 IV 1, welcher lautete:

„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 zwei Prozentpunkte.“²

Die Angemessenheit im Sinne des TPrG lässt sich mithin auf folgende Formel bringen: $r + 2$. Darüber hinaus erklärte § 3 IV 2 TPrG eine zeitlich befristete, *„darüber hinausgehende Verzinsung (...) auch insoweit als angemessen, als sie auf Maßnahmen beruht, die zu einer dauerhaften Steigerung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Berliner Wasserbetriebe (...) führen.“*

Bei dieser Klausel handelt es sich um die sogenannte „Effizienzsteigerungsklausel“.

Infolge eines Normenkontrollantrags erklärte der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin (BerlVerfGH) mit Urteil vom 21. Oktober 1999 – 42/99³ sowohl den Zuschlag von zwei Prozentpunkten als auch die Effizienzsteigerungsklausel für nichtig. Im Wesentlichen begründete das Gericht diese Entscheidung damit, dass auch bei privatrechtlichen Entgelten die „aus der Verfassung des Landes Berlin herzuleitenden Grundsätze des Gebührenrechts, namentlich der Gleichbehandlungsgrundsatz und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, zu beachten“ seien.⁴ Ein Verfassungsverstoß sei gegeben, wenn aufgrund der gesetzlichen Kalkulationsgrundlagen „eine sachgerechte Verknüpfung zwischen den Kosten und der Höhe des zu erhebenden Entgelts nicht gewährleistet ist

1 GVBl. Nr. 21 v. 28. Mai 1999, S. 183.

2 Hervorhebung durch die Verfasser.

3 NVwZ 2000, 794 ff.

4 NVwZ 2000, 794, 797.

bzw. wenn das danach ermittelte Entgelt notwendig außer Verhältnis zu den mit der Entgeltregelung verfolgten Zwecken steht“⁵. Vor diesem Hintergrund seien der Zuschlag von zwei Prozentpunkten und die Effizienzsteigerungsklausel nicht zu rechtfertigen.

Unterdessen hat der Senat von Berlin in dem bereits am 18. Juni 1999 geschlossenen, zunächst geheim gehaltenen und erst im Jahr 2010 auf öffentlichen Druck hin veröffentlichten Konsortialvertrag den privaten Konzernen gegenüber eine Zusicherung gemacht, die einen möglichen aus Sicht der Konzerne negativen Ausgang des Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof de facto ungeschehen machen sollte. Im Ergebnis verständigten sich der Senat und die Konzerne, während das Gerichtsverfahren noch lief, darauf, dass die aus einer etwaigen ganzen oder teilweisen Nichtigerklärung der Norm folgenden geminderten Gewinne bzw. höheren Verluste der Privatinvestoren durch vollständige oder teilweise Abtretung der Gewinnansprüche des Landes Berlin und gegebenenfalls auch aus Haushaltsmitteln ausgeglichen werden würden.

Die entsprechende Regelung in § 23.7 des Konsortialvertrags lautet wörtlich:

„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 Berlin 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 von Berlin 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

5 NVwZ 2000, 794, 797 f.

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 Nichtigkeitserklärung beruhen, in vollem Umfang auszugleichen. Soweit die Nachteile der BWB durch die in Satz 2 oder Satz 3 genannten Maßnahmen nicht ausgeglichen werden, obwohl das Land Berlin die ihm möglichen Maßnahmen getroffen und an den von der Holding und der BB-AG vorgeschlagenen Maßnahmen mitgewirkt hat, ist das Land Berlin verpflichtet, der BB-AG die Hälfte der geringeren Gewinne oder höheren Verluste der BB-AG aus dem StG-Vertrag I, die auf der Nichtigkeitserklärung beruhen und durch die vorgenannten Maßnahmen nicht ausgeglichen werden, auszugleichen. Der Ausgleich nach Satz 4 und Satz 5 erfolgt durch eine teilweise oder vollständige Abtretung des Gewinnanspruchs des Landes Berlin gegen die BWB für das jeweilige Geschäftsjahr. Sofern der abgetretene Gewinnanspruch des Landes Berlin niedriger ist als der auszugleichende Betrag, wird das Land Berlin der BB-AG den Differenzbetrag erstatten.“

In der Anlage 15b des Vollzugsprotokolls vom 29. Oktober 1999 bestätigte das Land außerdem gegenüber den privaten Konzernen, dass die Ausgleichspflicht auch jede zukünftige Nichtigkeitserklärung einer geänderten Fassung des Teilprivatisierungsgesetzes oder eines Nachfolgegesetzes umfasse.

§ 3 V TPrG schloss eine Tarifierhöhung für die Verbraucher bis zum 31. Dezember 2003 aus. Daher wurde erst ab dem Jahr 2004 eine gesetzliche Regelung angestrebt, die im Ergebnis wirtschaftlich der ursprünglich vorgesehenen und für nichtig erklärten Tarifikalkulation gleichkommt. Dieses Ziel konnte im Jahre 2003 durch das Teilprivatisierungsgesetzänderungsgesetz vor allem dadurch umgesetzt werden, dass die Berechnung der Abschreibungen nicht mehr auf Basis von Anschaffungs- oder Herstellungswerten, sondern auf Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten erfolgt. Dadurch erhöhten sich die Trinkwasserpreise seit 1999 von 1,76 €

auf 2,17 € pro Kubikmeter und der Schmutzwassertarif von 1,97 € auf 2,46 € und liegen damit im Bundesvergleich deutlich über dem Durchschnitt.

Ungeachtet der damit erreichten Gewinnsteigerung sicherte das Land Berlin den privaten Konzernen in der 5. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag vom 24. Oktober 2003 weiterhin umfassende Ausgleichspflichten zu, mit dem Ergebnis, dass die Holding AG und die Beteiligungsgesellschaft nach Steuern mindestens (!) stets so gestellt werden, wie sie stünden,

„wenn die BWB ihr betriebsnotwendiges Kapital seit dem 1. Januar 2004 jährlich in Höhe der durchschnittlichen Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren, die der jeweiligen Kalkulationsperiode vorausgehen, zuzüglich 2 Prozentpunkte verzinst hätte.“⁶

Entsprechend diesen Regelungen haben die Privaten trotz ihrer Minderheitsbeteiligung seit 1999 einen proportional gesehen weit höheren Gewinn abschöpfen können als das Land Berlin als Mehrheitsgesellschafter („disproportionale Gewinnverteilung“).⁷

Zusätzlich wurde in § 16 VI Berliner Betriebe-Gesetz vom 14. Juli 2006 (BerlBG)⁸ eine Nachkalkulation eingeführt, die zu einem Wegfall des unternehmerischen Risikos der Kostenunterdeckung führt. Zusammen mit der Nachteilsausgleichsverpflichtung folgt daraus faktisch eine Gewinngarantie für die privaten Konzerne. Ein für private Marktteilnahme typisches Risiko besteht für sie hinsichtlich ihrer Beteiligung an den Berliner Wasserbetrieben nicht.

Schließlich einigten sich die Vertragsparteien in § 44.2 des Konsortialvertrags auf folgende Schiedsklausel:

„Alle Streitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit oder aus diesem Vertrag und den anderen in diesem Vertrag genannten Verträgen ergeben sowie einschließlich aller Streitigkeiten über die Gültigkeit dieses

6 Präambel zur 5. Änderungsvereinbarung, dort unter 4.

7 Siehe Anlage.

8 GVBl. Nr. 33 v. 22. Dezember 2007, S. 602.

Vertrages und dieser Schiedsklausel, sollen zuerst durch das ernsthafte und nachhaltige Bemühen einer gütlichen Einigung zugeführt werden. Sollte der Versuch einer Einigung scheitern, sind die Streitigkeiten für alle Beteiligten aufgrund der in Anlage 44.2 beigefügten Schiedsvereinbarung unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges zu entscheiden. Die Unterwerfung unter die Schiedsvereinbarung läßt das Recht einer jeden Partei, einstweiligen Rechtsschutz vor den zuständigen staatlichen Gerichten zu suchen, unberührt.“

Die in der Schiedsklausel genannte Schiedsvereinbarung in Anlage 44.2 zum Konsortialvertrag ist für einen Abdruck an dieser Stelle zu lang.⁹ Die entscheidenden Passagen werden an den entsprechenden Stellen im Rahmen der nun folgenden rechtlichen Würdigung zusammengefasst.

B. Nichtigkeit des Konsortialvertrages und prozessuale Geltendmachung

I. Nichtigkeit des Konsortialvertrages

§ 23.7 des Konsortialvertrags in Verbindung mit der 5. Änderungsvereinbarung ist nichtig. Dies dürfte schon aus § 134 BGB folgen, jedenfalls ergibt es sich aus § 138 BGB.

1. Anwendbarkeit der §§ 134, 138 BGB auf Verfassungsverstöße

a) Verfassungsverstoß als gesetzliches Verbot

Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Vereinbarung in § 23.7 des Konsortialvertrags verstößt – wie noch zu zeigen sein wird¹⁰ – gegen Art. 87 I der Verfassung von Ber-

⁹ Als pdf-Dokument abrufbar unter www.berlin.de/sen/finanzen/vermoeugen/beteiligungen/berlinwasser.html (dort unter dem Punkt „Weitere Vertragsbestandteile“; Stand: 20.8.2011).

¹⁰ Siehe unten, B I 2.

lin (VvB). Art. 87 I VvB stellt ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB dar.

Art. 87 I VvB zählt zu den haushaltsrechtlichen Verfassungsnormen und lautet: „Ohne gesetzliche Grundlage dürfen weder Steuern oder Abgaben erhoben noch Anleihen aufgenommen oder Sicherheiten geleistet werden.“ Dass die haushaltsrechtlichen Verfassungsvorschriften das Verhältnis zwischen Parlament und Exekutive betreffen,¹¹ steht der Qualität des Art. 87 I VvB als gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB nicht entgegen. Denn es ist anerkannt, dass auch Vorschriften, die die Vorrechte von Verfassungsorganen betreffen, der Vorschrift des § 134 BGB unterfallen.¹² Dies muss auch für Art. 87 I VvB gelten, denn anderenfalls könnte die Berliner Exekutive zivilrechtlich wirksame Verträge unter Umgehung der Vorrechte des Parlaments schließen, was diese Verfassungsvorschrift ihrem Sinn und Zweck nach gerade verhindern will. Die Wirkkraft der Verfassungsnorm würde, verstünde man sie nicht als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, ausgehöhlt.

Gegen die Einschlägigkeit des § 134 BGB könnten die Vertragsparteien im Übrigen auch nicht einwenden, dass ihnen der Verstoß gegen Art. 87 I VvB nicht bewusst gewesen sei. Auf positive Kenntnis der Vertragspartner hinsichtlich des Verstoßes kommt es im Rahmen von § 134 BGB nicht an.¹³

b) Sittenwidrigkeit durch Verfassungsbruch

Letztlich kann es jedoch dahinstehen, ob § 23.7 des Konsortialvertrags gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Denn jedenfalls stellt die Klausel ein sittenwidriges Geschäft im Sinne von § 138 I BGB dar. Sie ist deshalb nichtig, was – wie noch zu zeigen ist¹⁴ – die in § 139 BGB vorgesehene Regelfolge der Gesamtnichtigkeit des Vertrags nach sich zieht.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 138 BGB kann offen bleiben, ob es sich beim Konsortialvertrag um einen privatrechtlichen oder um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Im zuletzt genannten Fall

11 Vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 67, 281.

12 Vgl. Ellenberger, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. (2011), § 134 Rn. 4.

13 Ganz h.M., vgl. Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2006), § 134 Rn. 110 mit zahlreichen Nachweisen.

14 Siehe unten, B II.

gilt § 138 I BGB entsprechend, wie sich aus § 59 I VwVfG in Verbindung mit § 1 I VwVfGBln ergibt.¹⁵ Selbst wenn man den Konsortialvertrag als atypischen gemischten Vertrag qualifiziert,¹⁶ führt dies nicht zur Unanwendbarkeit des § 138 I BGB.

Der Kreis möglicher Verstöße gegen § 138 BGB ist nicht auf bestimmte Verhaltensweisen gegenüber dem Vertragspartner beschränkt. § 138 BGB kann auch anwendbar sein, wenn die Vertragspartner mit dem Abschluss oder der Durchführung des Geschäfts gegen Recht und Gesetz verstoßen.¹⁷ Sittenwidrig im Sinne der Vorschrift können nach der Rechtsprechung des BGH auch Geschäfte sein, durch die Dritte gefährdet oder geschädigt werden oder die im Falle der Beteiligung der öffentlichen Hand in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl stehen.¹⁸ Voraussetzung dabei ist, dass alle am Geschäft Beteiligten sittenwidrig handeln, das heißt, dass sie die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, kennen oder sich zumindest ihrer Kenntnis grob fahrlässig verschließen.¹⁹

Daran, dass die Regelung des Art. 87 I VvB im Interesse der Allgemeinheit erlassen wurde, besteht kein Zweifel. Der Konsortialvertrag muss daher als sittenwidrig und mithin rechtsunwirksam im Sinne von § 138 I BGB angesehen werden, wenn die Vertragspartner wussten und billigten, dass die Leistung des Landes Berlin nur unter gröblichster Verletzung der im Interesse der Allgemeinheit gegebenen Haushaltsvorschriften erbracht werden kann; erforderlich ist insoweit nach der Rechtsprechung des BGH, dass die Handhabung der Haushaltsvorschriften in einem so hohen Maße fehlsam war, dass von einer Achtung des abgesicherten parlamentarischen Budgetrechts schlechthin nicht mehr gesprochen werden kann.²⁰

15 Vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. (2008), § 59 Rn. 59; Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 12. Aufl. (2011), § 59 Rn. 15.

16 So Kämmerer, Gutachten vom 28. Oktober 2008, abrufbar unter: <http://blogs.taz.de/rechercheblog/files/2010/11/Gutachten-K%C3%A4mmerer-28-11-03.pdf> (Stand: 20.8.2011), S. 14.

17 BGHZ 36, 395; Ellenberger, in: Palandt, *BGB*, 70. Aufl. (2011), § 138 Rn. 13.

18 Vgl. BGH, NJW 2005, 1490 (1491) m.w.N.; BGH, LM Nr. 1 zu § 138 [Ca] BGB.

19 BGH, NJW 1992, 310; NJW-RR 1990, 750 (751).

20 Vgl. BGHZ 36, 395 (398); BGH, MittBayNot 2006, 494 m.w.N.

2. Verfassungswidrigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrags

§ 23.7 des Konsortialvertrags verstößt in einer solchen Weise gegen Art. 87 I VvB, dass von einer Achtung des darin abgesicherten parlamentarischen Budgetrechts keine Rede mehr sein kann. Art. 87 I VvB bezweckt den Schutz des parlamentarischen Budgetrechts, insbesondere des Ausgabenbewilligungsrechts. Die Exekutive soll nicht durch Verschuldung die Rechte des Parlaments auf dem Gebiet des Haushaltsrechts aushöhlen oder umgehen können.²¹

Nach Art. 87 I VvB dürfen deshalb ohne gesetzliche Grundlage weder Steuern oder Abgaben erhoben noch Anleihen aufgenommen oder Sicherheiten geleistet werden. Der in § 23.7 des Konsortialvertrags in Verbindung mit der 5. Änderungsvereinbarung vorgesehene Ausgleich für die Privatinvestoren stellt eine an diese gerichtete Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 87 I VvB dar, für die keine gesetzliche Grundlage besteht.

Der Begriff der Sicherheitsleistung in Art. 87 I VvB ist nach der Rechtsprechung des BerlVerfGH im Sinne des 1969 neu gefassten Art. 115 GG zu verstehen.²² Demnach handelt es sich um einen Oberbegriff für die Begriffe „Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen“.²³ Während es bei Krediten um tatsächliche Schulden geht, betreffen Sicherheiten potenzielle Schulden.²⁴

a) § 23.7 des Konsortialvertrags als Gewährleistung im Sinne von Art. 87 I VvB

Vor diesem Hintergrund ist § 23.7 des Konsortialvertrags als Sicherheit im Sinne des Art. 87 I VvB, nämlich als „Garantie oder sonstige Gewährleistung“ einzustufen. Aus der Vertragsklausel folgt die einseitige Belastung des Landes Berlin in dem Fall, dass sich das Teilprivatisierungsgesetz als (teilweise) verfassungswidrig herausstellen sollte, mit der Folge, dass sich die Gewinnerwartungen der Privatinvestoren nicht erfüllen.

21 Vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 67, 256 (281).

22 BerlVerfGH, NVwZ-RR 2003, 537 (540).

23 Pfennig/Neumann, Verfassung von Berlin, 3. Aufl. (2000), Art. 87 Rn. 10; Korbmacher, in: Dreihaus (Hrsg.), Verfassung von Berlin, 3. Aufl. (2009), Art. 87 Rn. 5. Vgl. hierzu BT-Drucks. 5/3040, S. 47.

24 BerlVerfGH, a.a.O.

Dies gilt zuvorderst für die ursprünglich vorgesehenen Regelungen des § 3 TPrG von 1999, wonach in die Tarifikalkulation als ansatzfähige Kosten auch die kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals in Höhe von $r + 2$ sowie die Effizienzsteigerungsklausel gehören sollten. Denn ungeachtet der Entscheidung des BerlVerfGH, dass diese Regelungen gegen die Berliner Verfassung verstoßen, versprach das Land Berlin mit § 23.7 des Konsortialvertrags, die Privatinvestoren so zu stellen, als wäre die Vereinbarung dieser Verzinsung wirksam.

aa) Sicherheit

Auch wenn das Land Berlin keinen vorab konkret bezifferbaren Betrag versprochen hat, handelt es sich bei § 23.7 des Konsortialvertrags gleichwohl um eine Garantie beziehungsweise sonstige Gewährleistung. Denn unabhängig von tatsächlichem Umsatz und Gewinn der BWB sollen die Privatinvestoren nach dieser Vorschrift einen Anspruch darauf haben, im Verhältnis zum Land Berlin bei der Gewinnverteilung so gestellt zu werden, als wären die Leistungen der BWB zu Entgelten in Anwendung der zunächst in § 3 IV TPrG vorgesehenen Zinsformel erbracht worden. Das Land Berlin soll für unbestimmte Zeit und in noch nicht bestimmbarer Höhe Ausgleich zahlen, wenn und soweit der tatsächliche hinter dem garantierten Zinssatz zurückbleibt. Nach dem in § 23.7 des Konsortialvertrags vorgesehenen Verfahren wird der Ausgleich zunächst durch die disproportionale Gewinnverteilung, dann durch Abtretung von Forderungen an die BWB und in einem letzten Schritt gegebenenfalls durch den Einsatz von Haushaltsmitteln finanziert.

Die Ungewissheit über das Ob und die Höhe von Ausgleichszahlungen spricht nicht gegen eine Qualifizierung als Sicherheit im Sinne einer Garantie oder sonstigen Gewährleistung. Vielmehr ist eine solche Unsicherheit gerade typisch für eine Sicherheitsleistung.²⁵

bb) Hauptzweck

Die Risikoübernahme ist entgegen der Auffassung Kämmerers auch Hauptzweck des geschlossenen Vertrags. In seiner gutachtlichen Stel-

²⁵ Vgl. Zieger, Gutachten vom 24. November 2003, abrufbar unter <http://www.sebastian-heiser.de/download/wasserprivatisierung/wasser-spd.pdf> (Stand: 20.8.2011), S. 7.

lungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes der Berliner Wasserbetriebe führt er aus:

„Die Risikoübernahme muss Hauptzweck des abgeschlossenen Vertrages sein (ganz h.M.; BerlVerfGH, NVwZ-RR 2003, 537 [540 ff.] m.w.N.). § 23.7 sieht den Verlustausgleich hingegen erstens nur unter der Bedingung vor, dass Maßnahmen nach S. 1 und 2 nicht ergriffen werden oder ergriffen werden können. Ist ein Ausgleich auf legislativem Wege nicht möglich oder nicht zumutbar, findet überhaupt kein Ausgleich statt. Zweitens ist auf den gesamten Konsortialvertrag abzustellen, in dessen Rahmen die Ausgleichsregelung des § 23.7 aber nur eine marginale Komponente ist. Die Leistung einer Sicherheit liegt damit nicht vor.“²⁶

Zunächst ist Kämmerers erstem Einwand zu widersprechen, wonach die Abhängigkeit des Verlustausgleichs von der Bedingung des Scheiterns von Maßnahmen nach § 23.7 S. 1 und 2 des Konsortialvertrags der Annahme einer Sicherheit im Sinne von Art. 87 I VvB entgegenstehe. Es gehört gerade zum Wesen eines als Garantie oder Gewährleistung verstandenen Sicherheitsbegriffs, dass dieser von einer Bedingung abhängt. Dementsprechend bezeichnet der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz „Gewährleistungen“ (im Zusammenhang mit der entsprechenden Vorschrift des Art. 117 der Verfassung des Landes Rheinland-Pfalz) zutreffend auch als „Eventualverbindlichkeiten“.²⁷ Würde, statt wie vorliegend ein Risiko, eine unbedingte Schuld übernommen, wie es Kämmerer offenbar für erforderlich hält, würde es sich gerade nicht um eine Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 87 I VvB handeln.²⁸ Denn Schuldübernahmen und ähnliche Rechtsvorgänge, durch die der Bund sofort und unmittelbar Schuldner wird, sind keine Gewährleistungen, sondern Ausgaben bzw. Verpflichtungen (vgl. § 16 BHO zu Verpflichtungsermächtigungen) und als solche im Haushaltsplan auszubringen.²⁹

Der zweite Einwand Kämmerers, die Gewährleistungsübernahme in § 23.7 des Konsortialvertrags bilde nicht den Hauptzweck des abge-

26 S. 16 des Gutachtens vom 28. Oktober 2003.

27 RhPfVerfGH, NVwZ 1998, 145 (147).

28 Vgl. Kube, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 61. EL (2011), Art. 115 Rn. 86.

29 Höfling/Rixen, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, Bonner Kommentar, Grundgesetz, 106. EL (2003), Art. 115 Rn. 161.

schlossenen Vertrags, vermag ebenfalls nicht zu verfangen. Der von ihm zitierte Beschluss des BerlVerfGH sowie der Begriff der Sicherheit in Art. 87 I VvB werden von Kämmerer fehlinterpretiert. Auch die vom BerlVerfGH in dem genannten Beschluss zitierte Literatur steht dem hier vertretenen Ergebnis, dass § 23.7 des Konsortialvertrags eine Sicherheit darstellt, nicht entgegen. So geht Kube im Grundgesetzkommentar von Maunz/Dürig, auf den der BerlVerfGH verweist, zwar tatsächlich davon aus, dass die Sicherheitsleistung ein Hauptzweck des Vertrags sein muss. Den Fall, in dem diese Bedingung nicht vorliegt, veranschaulicht er jedoch am Beispiel von „Gewährleistungen für Sachmängel bei Verkaufsgeschäften“.³⁰ Die Gewährleistungsübernahme, die Kube damit als Beispiel für vertragliche Nebenzwecke bezeichnet, ist mit der Gewährleistungsübernahme in § 23.7 des Konsortialvertrags qualitativ nicht vergleichbar. Sie wird auch zivilrechtlich schon als Nebenleistung bezeichnet, als Leistungspflicht also, die „akzidentiell“ auftritt.³¹ Hiervon kann bei § 23.7 des Konsortialvertrags keine Rede sein. Die hierin vorgesehene Gewährleistung tritt nicht „akzidentiell“ auf, folgt auch nicht als Nebenpflicht aus ohnehin bestehenden Hauptleistungspflichten, sondern hat als konstitutives Element eine eigenständige Bedeutung im Sinne einer Hauptleistungspflicht, d. h. einer „essenziellen“³² Leistungspflicht.

Dass die Sicherheitsübernahme den Hauptzweck des Vertrags ausmachen muss, kann auch keinesfalls in quantitativer Hinsicht zu verstehen sein. Vertragsklauseln über eine Sicherheitsübernahme stellen daher nicht erst dann eine Sicherheit im Sinne von Art. 87 I VvB dar, wenn sie in quantitativer Hinsicht einen Großteil des Gesamtvertragswerks ausmachen. Eine andere Auffassung ließe den mit Art. 87 I VvB bezweckten Schutz des parlamentarischen Budgetrechts ins Leere laufen, weil der Senat eine vertragliche Risikoübernahme in einem größeren Vertragswerk mit einer Vielzahl anderer Vertragsklauseln gleichsam verstecken und auf diese Weise die Parlamentshoheit in Budgetfragen unterlaufen könnte. Gerade das Beispiel des hier untersuchten Konsortialvertrags demonstriert, dass ein quantitatives Verständnis des Hauptzweckerfor-

30 Kube, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 61. EL (2011), Art. 115 Rn. 87.

31 Kramer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2007), § 241 Rn. 16

32 Kramer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2007), § 241 Rn. 16.

dernisse dazu führen würde, dass Art. 87 I VvB bei einem umfangreichen Vertragswerk leicht umgangen werden könnte, wenn eine für den Haushalt folgenreiche Risikoübernahmeklausel in einer Masse anderer Vertragsklauseln untergeht.

Das Hauptzweckerfordernis kann daher nur qualitativ zu verstehen sein. Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses ist eine Gewährleistungsübernahme erst dann keine Hauptverpflichtung des Vertrags und damit keine Sicherheit, wenn andere Verpflichtungen überwiegen und damit das Gepräge des Geschäfts vorrangig bestimmen, wobei nicht ausgeschlossen ist, dass ein Vertrag durch mehrere Verpflichtungen geprägt ist. § 23.7 des Konsortialvertrags bestimmt das Gepräge der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe entscheidend.

cc) Keine vertragliche Nebenpflicht

Die Vertragsparteien haben mit § 23.7 des Konsortialvertrags keine vertragliche Nebenpflicht konkretisiert, sondern eine neue Pflicht begründet. Diese mit Folgen für den Berliner Haushalt verbundene Frage der parlamentarischen Entscheidung vorzubehalten, entspricht dem Sinn und Zweck des Art. 87 I VvB.

(1) Zwar wäre § 23.7 des Konsortialvertrags dann nicht an Art. 87 I VvB zu messen, wenn darin ein kaufrechtlicher Gewährleistungsfall oder eine Schadensersatzpflicht geregelt wäre (s.o.). Die Vorschrift regelt aber nichts von beidem. Denn die (teilweise) Verfassungswidrigkeit von § 3 TPrG begründet weder einen kaufrechtlichen Gewährleistungsfall noch stellt sie einen schuldhaft herbeigeführten, eine Schadensersatzpflicht des Landes Berlin begründenden Umstand dar. Es ist anerkannt, dass (abgesehen von Verstößen gegen gemeinschaftsrechtliche Pflichten des Gesetzgebers) der Staat für legislatives Unrecht, das heißt für die Folgen verfassungswidriger Gesetze, nicht haftet.³³ Im Übrigen zeigt die Aufnahme dieser Klausel in den Konsortialvertrag, dass den Vertragspartnern bewusst war, dass Gewinne nur auf der Grundlage verfassungskonform festgesetzter Entgelte erzielt werden könnten. Auch war den Vertragspartnern bewusst, dass der BerlVerfGH die Entgeltregelung in § 3 TPrG ganz oder teilweise für verfas-

33 Vgl. BGHZ 56, 40 (44); 84, 292 (300); 102, 350 ff.

sungswidrig und damit nichtig erklären könnte. Den Vertragspartnern war schließlich bewusst, dass das Land Berlin sich nicht in einem Vertrag zu einer verfassungswidrigen Entgeltregelung verpflichten kann. Denn es war für sie klar ersichtlich, dass, hätte statt wie hier der Senat, das Abgeordnetenhaus eine (Teil-)Nichtigerklärung von § 3 TPrG durch den BerlVerfGH schlicht nicht beachtet, dies ein klarer Verstoß gegen seine Bindung an die Verfassung und die Rechtsprechung des BerlVerfGH gewesen wäre.

(2) Ebenso wenig handelt es sich bei § 23.7 des Konsortialvertrags um eine vertragliche Regelung über die Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ähnlich der Regelung in § 313 BGB.³⁴ Die dort geregelte gesetzliche Folge eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist grundsätzlich die Vertragsanpassung an die nach Vertragsschluss eingetretene Veränderung der Verhältnisse. Diese Vertragsanpassung findet nach Maßgabe einer Interessenabwägung danach statt, was ursprünglich gewollt war und welche Vertragsanpassungen mit Rücksicht auf Art und Umfang der Änderungen der Verhältnisse und der ursprünglichen Risikoverteilung den Vertragspartnern zumutbar sind. § 23.7 des Konsortialvertrags nimmt aber eine einseitige Risikozuweisung an das Land Berlin für den Fall der (partiellen) Verfassungswidrigkeit von § 3 TPrG vor. Zudem wird man diese Risikoverteilung, die ja letztlich eine Umgehung der (partiellen) Nichtigerklärung der gesetzlichen Bestimmung durch den BerlVerfGH darstellt, nicht als dem Land Berlin zumutbar erachten können, weil die in § 23.7 des Konsortialvertrags geregelte Absicherung der Entgeltregelung gegen die Verfassung des Landes Berlin verstößt und auf eine Missachtung der Kompetenzen des BerlVerfGH hinausläuft, dessen Nichtigerklärung keine Wirkung entfalten kann.

b) Fehlen einer gesetzlichen Grundlage

Eine gemäß Art. 87 I VvB erforderliche gesetzliche Grundlage für die durch § 23.7 des Konsortialvertrags geleistete Sicherheit besteht nicht.

Die in Art. 87 I VvB geforderte gesetzliche Grundlage wurde nie geschaffen. Die Verabschiedung von Gesetzen betreffend die Teilprivatisierung als solche genügt nicht den Anforderungen der Verfassungsnorm. Inso-

³⁴ So zu Recht auch Zieger, Gutachten vom 24. November 2003, S. 8.

weit bedarf es nämlich einer ausdrücklichen und gesetzlichen Ermächtigung durch den Gesetzgeber gerade in Bezug auf die Sicherheitsleistung.³⁵ Die bloße Billigung im Haushaltsplan stellt ebenso wenig eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung im Sinne von Art. 87 I VvB dar wie die Zustimmung des Abgeordnetenhauses von Berlin zu den Verträgen mit den privaten Investoren.

Das Abgeordnetenhaus kann auf die in Art. 87 I VvB für Sicherheitsleistungen vorausgesetzte Mitwirkung auch nicht verzichten. Die Verfassung von Berlin untersagt nämlich schon ihrem Wortlaut nach jede Sicherheitsleistung ohne gesetzliche Grundlage und macht damit die ausdrückliche Billigung des Gesetzgebers zur Bedingung für die Sicherheitsleistung. Es handelt sich damit nicht um ein Recht, auf welches der Gesetzgeber verzichten könnte.

Darüber hinaus könnte die erforderliche gesetzliche Grundlage für die in § 23.7 des Konsortialvertrags vorgesehene Sicherheitsleistung, wenn sie jemals erlassen würde, keinen Bestand haben. Denn sie wäre verfassungswidrig und im Augenblick ihrer Verabschiedung nichtig. Ein Gesetz, das sich seinem Inhalt nach als Legitimationsbasis auch für die Effizienzsteigerungsklausel eignen würde, ist ausweislich der Entscheidung des BerlVerfGH von 1999 mit der VvB nicht vereinbar.

II. Nichtigkeit des gesamten Vertrags

Der Verstoß gegen Art. 87 I VvB in § 23.7 des Konsortialvertrags zieht die Nichtigkeit des gesamten Vertrags nach sich. Dies ergibt sich aus § 139 BGB, wonach bei Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Bejaht man die Eigenschaft des Konsortialvertrags als öffentlich-rechtlicher Vertrag, ergibt sich mit Blick auf die inhaltsgleich gefasste Regelung in § 59 III VwVfG in Verbindung mit § 1 I VwVfGBln kein anderes Bild.

Hieran vermag auch die Teilnichtigkeitsklausel in § 47.3 des Konsortialvertrags nichts zu ändern. Die darin getroffene Regelung lautet:

35 Korbmacher, in: Driehaus (Hrsg.), Verfassung von Berlin, 3. Aufl. (2009), Art. 87 Rn. 5; vgl. zum Bundesrecht Kube, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 61. EL (2011), Art. 115 Rn. 89.

„Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages oder eine künftig in ihn aufgenommene Bestimmung ganz oder teilweise nicht rechtswirksam oder nicht durchführbar sein oder ihre Rechtswirksamkeit oder Durchführbarkeit später verlieren, soll hierdurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen des Vertrages nicht berührt werden. Das gleiche gilt, soweit sich herausstellen sollte, daß der Vertrag eine Regelungslücke enthält. Anstelle der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung oder zur Ausfüllung der Lücke soll eine angemessene Regelung gelten, die, soweit rechtlich möglich, dem am nächsten kommt, was die Vertragsparteien gewollt hätten oder nach dem Sinn und Zweck des Vertrages gewollt haben würden, soweit sie bei Abschluß dieses Vertrages oder bei der späteren Aufnahme der Bestimmungen die betreffende Angelegenheit bedacht hätten. Entsprechendes gilt, falls die Unwirksamkeit einer Bestimmung etwa aus einem in dem Vertrag vorgeschriebenen Maß der Leistung oder Zeit (Frist oder Termin) beruht; es soll dann ein dem gewollten möglichst nahe kommendes, rechtlich zulässiges Maß der Leistung oder Zeit als vereinbart gelten.“

Die hier interessierenden Sätze 1 und 3 der Klausel haben zwei Regelungsinhalte. Geregelt ist zum einen der Fortbestand des Vertrags für den Fall der Unwirksamkeit einer Bestimmung, zum anderen aber auch die sinngemäße Durchführung des Vertrags in einem solchen Fall.

Der erste Teil dient der Vertragserhaltung. Mit dieser sogenannten Erhaltungsklausel wollten die Vertragsparteien der in § 139 BGB für die Regel angeordneten Gesamtnichtigkeit des Vertrags entgegensteuern. Nach herrschender und richtiger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur führt eine solche Erhaltungsklausel allerdings nicht ohne Weiteres zur Wirksamkeit des restlichen Vertrags. Sie bewirkt allein eine Umkehr der in § 139 BGB getroffenen Vermutung dahingehend, dass derjenige, der sich auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrags beruft, die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen hätten.³⁶ Damit steht eine Erhaltungsklausel der Gesamtnichtigkeit des Vertrags nach Maßgabe des § 139 BGB dann

³⁶ BGH, NJW 2007, 3202 (3203) unter Hinweis auf BGH, NJW 2003, 347 m.w.N.; NJW 2005, 2225 (2226); Staudinger/Roth, BGB, 2003, § 139 Rn. 22 m.w.N.; vgl. auch Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2006), § 134 Rn. 35.

nicht entgegen, wenn der nichtige Vertragsteil von derart grundlegender Bedeutung ist, dass die Aufrechterhaltung nur des Restgeschäfts nicht mehr als vom durch Vertragsauslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien umfasst angesehen werden kann.³⁷ Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es nicht nur um die Unwirksamkeit einer bloßen Nebenabrede, sondern um die Unwirksamkeit wesentlicher Vertragsbestimmungen geht und durch die Teilnichtigkeit der Gesamtcharakter des Vertrags verändert würde.³⁸

Vorliegend geht es nicht um die Unwirksamkeit einer bloßen Nebenabrede. Da § 23.7 des Konsortialvertrags Bedingungen und Umfang der Gewinnerzielung der Investoren regelt, geht es vielmehr um einen der Hauptzwecke des Vertrags. Die Umstände der Vertragsschließung und -anpassung deuten sogar darauf hin, dass für die Privatinvestoren der Vertrag mit der Sicherheitsleistung nach § 23.7 des Konsortialvertrags stand und fiel. Es kann deshalb ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass diese dem Geschäft nur mit der in § 23.7 des Konsortialvertrags getroffenen Regelung zustimmten und ansonsten von einer Beteiligung an den Wasserbetrieben abgesehen hätten. Wenn den Investoren das Schicksal der ursprünglich vereinbarten Gewinnverteilung vor dem Hintergrund der damals anstehenden Entscheidung des BerlVerfGH nicht von grundlegender Bedeutung gewesen wäre, hätte sich – davon kann ausgegangen werden – der Senat auf eine Klausel wie die des § 23.7 des Konsortialvertrags nicht eingelassen. Die Existenz der Klausel dokumentiert das fundamentale Interesse der privaten Investoren an einem Festhalten an der ursprünglich vereinbarten Gewinnverteilungsregelung. Es liegt auf der Hand, dass die dort getroffene Regelung ein zentraler Faktor für die Kaufentscheidung der Anteile an den Berliner Wasserbetrieben war.

Das Land Berlin würde also, wenn es sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrags berufen würde, die Darlegungs- und Beweislast dafür haben, dass die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen hätten. Darlegung und Beweis dürften jedoch schon angesichts der Vertragsgestaltung und -anpassun-

37 BGH, NJW 2010, 1160 (1661); NJW 1996, 773 (774 f.); KG, NJW-RR 1996, 431 (432).

38 BGH, NJW 2010, 1660 (1661).

gen keine besonderen Schwierigkeiten mit sich bringen. Auch weitere Beweismittel, wie Zeugen, Verhandlungsprotokolle oder Dokumente, die die Verhandlungen dokumentieren (sogenannte Mark-ups), könnten herangezogen werden.

III. Geltendmachung der Nichtigkeit

Die Nichtigkeit des Konsortialvertrags sollte zunächst gegenüber den privaten Vertragsparteien geltend gemacht werden. Erkennen diese – was zu erwarten ist – eine Nichtigkeit nicht an und verweigern sie die Rückabwicklung des Vertrags, sollte der Senat das Begehren gerichtlich verfolgen.

Zuständig für ein entsprechendes Begehren sind – trotz der getroffenen Schiedsvereinbarung in § 44 II des Konsortialvertrags i.V.m. § 1 I der Anlage 44.2 zum Vertrag – staatliche Gerichte.

Soweit die Nichtigkeit vor einem Verwaltungsgericht geltend gemacht werden soll (was wegen des Bezugs zu hoheitlichen Aufgaben der Daseinsvorsorge naheliegt), so entspricht dies dem Wortlaut der Schiedsvereinbarung, der allein den „Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges“ vorsieht.

Wollte man stattdessen die Nichtigkeit vor ordentlichen Gerichten geltend machen, steht auch dem die Schiedsvereinbarung nicht entgegen. Denn die Schiedsklausel und die Schiedsabrede sind nichtig. Dies folgt – unabhängig von der Nichtigkeit des Konsortialvertrags – aus § 1030 III ZPO in Verbindung mit Verfassungsrecht.

Maßgeblich für die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen sind die §§ 1029 ff. ZPO. Dies gilt auch, wenn – wie vorliegend – an der Vereinbarung ein Träger von Hoheitsgewalt beteiligt ist, und ihre Rechtsnatur daher unabhängig von der Rechtsnatur des Hauptvertrags (hier: Konsortialvertrag) öffentlich-rechtlich ist³⁹, denn in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten erfolgt der Verweis auf die §§ 1029 ff. ZPO durch § 173 VwGO.

Nach § 1030 III ZPO kann eine Schiedsabrede durch gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen sein. Ist diese Voraussetzung des § 1030 III ZPO erfüllt, ist der Streitgegenstand nicht „objektiv schiedsfähig“ und

³⁹ Vgl. Schill, DÖV 2010, 1013 ff.

die Schiedsvereinbarung daher nichtig und nicht heilbar.⁴⁰ § 1030 III ZPO sieht konkret vor, dass gesetzliche Vorschriften außerhalb des 10. Buches der ZPO, nach denen Streitigkeiten einem schiedsrichterlichen Verfahren nicht unterworfen werden dürfen, unberührt bleiben. Solche gesetzlichen Vorschriften können selbstverständlich auch dem Grundgesetz bzw. der Verfassung von Berlin entstammen.

Die Unzulässigkeit von Schiedsvereinbarungen in der vorliegenden Konstellation ergibt sich aus den – durch das Abgeordnetenhaus nicht disponiblen – Verfassungsnormen des Art. 20 I GG (Demokratieprinzip), Art. 20 II GG (Gewaltenteilungsprinzip) sowie Art. 20 III GG (Rechtsstaatsprinzip) bzw. den entsprechenden Vorschriften in der Verfassung von Berlin (Art. 2 und Art. 3 VvB). Ein Verstoß gegen diese Verfassungsvorschriften liegt darin, dass durch die Übertragung der Streitentscheidungszuständigkeit auf ein Schiedsgericht die Möglichkeit einer parlamentarischen Kontrolle des Verwaltungshandelns ausgeschlossen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht mehr in ausreichendem Maße sichergestellt sind.⁴¹ Denn etwaige Schiedsverfahren sind im vorliegenden Falle vertraulich, das heißt, sie werden unter Ausschluss jeglicher Dritter sowie unter Vereinbarung von Stillschweigen über laufende und auch über abgeschlossene Verfahren durchgeführt. Die Parlamentarier haben deshalb nach der Schiedsvereinbarung weder die Möglichkeit, die Prozessführung durch den Senat während des Verfahrens zu beobachten und zu kommentieren, noch können sie Schriftsätze, Schiedsspruch und sonstige Dokumente wenigstens nach Abschluss des Verfahrens überprüfen und politisch bewerten. Da die Öffentlichkeit und die Parlamentarier nach der Schiedsvereinbarung nicht einmal darüber zu informieren sind, ob ein Schiedsverfahren überhaupt durchgeführt wird, wird das Handeln der Exekutive der parlamentarischen Kontrolle durch die Vereinbarung schlichtweg völlig entzogen.

Bei dem Erfordernis der gegenseitigen Kontrolle der Staatsorgane handelt es sich jedoch um ein Verfassungserfordernis, welches im Gewaltenteilungsprinzip in Art. 20 II 2 GG verankert ist.⁴² Auch das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip verlangen einen gewissen Grad an

40 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Auflage (2009), § 1030 Rn. 13.

41 Vgl. Schill, DÖV 2010, 1013 (1016) m.w.N.

42 BVerfGE 3, 225 (247); 95, 1.

Transparenz und Öffentlichkeit auch bei gerichtlicher Kontrolle.⁴³ Die verfassungsrechtlich garantierte Kontrolle der Exekutive reicht zwar nur bis zum „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“. Die Beteiligung des Senats (als Vertreter des Landes Berlin) an einem etwaigen Schiedsverfahren unterfällt diesem Kernbereich jedoch nicht. Denn im Rahmen eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens, in welchem der Senat die Rückabwicklung oder Nichtigkeitsfeststellung des Konsortialvertrags verfolgen würde, würde der Senat nicht in Wahrnehmung von Regierungsverantwortung (Gubernative), sondern als Spitze der Berliner Verwaltung (Administrative) tätig werden. Beide Funktionen des Senats sind nach der Rechtsprechung des BerlVerfGH streng voneinander zu unterscheiden, denn die für das Regierungshandeln entwickelten Grundsätze hinsichtlich eines kontrollfreien Kernbereichs „lassen sich auf die Kontrolle der Tätigkeit des Berliner Senats als Verwaltungsspitze nur eingeschränkt übertragen“.⁴⁴ Diese Feststellung begründet der BerlVerfGH damit, dass bei administrativem Tätigwerden des Senats „von vornherein nicht die Gefahr eines der Gewaltenteilung widersprechenden ‚Mitregierens‘ durch das Parlament oder einzelne Abgeordnete“ bestehe. „Allenfalls ausnahmeweise“ könne deshalb bei administrativem Senatshandeln von einem kontrollfreien Kernbereich ausgegangen werden.⁴⁵ Für die Annahme einer Ausnahme sind vorliegend keine Gründe ersichtlich.

Die Prozessführung durch den Senat wäre auch eine Tätigkeit als Spitze der Berliner Verwaltung – und damit keine der parlamentarischen Kontrolle entzogene gubernative Tätigkeit. Die entsprechende Einteilung einzelner Handlungen des Senats ist nach der Verfassungsrechtsprechung durch „wertende Zuordnung“ vorzunehmen.⁴⁶ Der Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses im Abgeordnetenhaus biete insofern „eine in der Regel sachgerechte und praktikable Grenze“ zur Abgrenzung, so dass Senatshandlungen vor diesem Zeitpunkt in der Regel der Gubernative, Senatshandlungen nach diesem Zeitpunkt dagegen in der Regel der – einer vollen parlamentarischen Kontrolle unterworfenen – Administrative zuzuordnen seien.⁴⁷

43 Schill, DÖV 2010, 1013 (1016).

44 BerlVerfGH, Urt. v. 14. Juli 2010, AZ: 57/08, Rn. 88 und 100 des Urteils (zitiert nach juris).

45 BerlVerfGH, Urt. v. 14. Juli 2010, AZ: 57/08, Rn. 100 des Urteils (zitiert nach juris).

46 BerlVerfGH, Urt. v. 14. Juli 2010, AZ: 57/08, Rn. 88 des Urteils (zitiert nach juris).

47 BerlVerfGH, Urt. v. 14. Juli 2010, AZ: 57/08, Rn. 88 des Urteils (zitiert nach juris).

Angesichts dieser Wertung des BerlVerfGH gibt es keinen Anlass, die Beteiligung an einem Schiedsverfahren durch den Senat der Gubernative oder sonst dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung zuzuordnen.

Zumindest die Existenz von Schiedsverfahren und die Schiedssprüche selbst müssten folglich öffentlich sein – „wenn nicht gar die gesamten Verfahren“⁴⁸. Da die im Konsortialvertrag und seinen Anlagen vorgesehene Schiedsvereinbarung dem in keinerlei Weise Rechnung trägt, verstößt sie gegen Verfassungsrecht und ist deshalb gemäß § 1030 III ZPO (unheilbar) nichtig.

Abschließend ist in diesem Zusammenhang noch Folgendes klarzustellen: Ebenso wie das Hauptverfahren, in dem die Nichtigkeit des Konsortialvertrags geltend gemacht würde, kann auch die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung von einem staatlichen Gericht festgestellt werden. Zwar bestimmt § 44 II des Konsortialvertrags i.V.m. § 1 I der Anlage 44.2 den Ausschluss der staatlichen Gerichte auch hinsichtlich etwaiger Streitigkeiten über die Gültigkeit der Schiedsklausel. Diese Vereinbarung greift jedoch nicht durch. Das Schiedsgericht, dessen Zuständigkeit der Kläger (hier: das Land Berlin) wegen Annahme der Nichtigkeit der Schiedsabrede ja gerade nicht anerkennt, muss er nicht anrufen. Dies bestätigt auch der insofern eindeutige § 1032 I ZPO, wonach das staatliche Gericht prüft, ob die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist. Diese Nichtigkeitsprüfung erfolgt von Amts wegen⁴⁹ und ggf., da es sich um eine Zulässigkeitsfrage handelt, in einer abgesonderten Verhandlung (§ 280 ZPO).

IV. Rechtsschutz durch den Verfassungsgerichtshof

Sollte der Senat von einer Geltendmachung der Nichtigkeit den Vertragspartnern gegenüber absehen und in dieser Sache keine Klage vor einem staatlichen Gericht erheben, verspricht ein Antrag auf Durchführung eines Organstreitverfahrens vor dem BerlVerfGH Erfolg. Die Zuständigkeit des BerlVerfGH im Verfahren des Organstreits zwischen Verfassungsorganen des Landes Berlin folgt aus Art. 84 II Nr. 1 VvB in Verbindung mit §§ 14 Nr. 1, 36 ff. VerfGHG.

⁴⁸ Schill, DÖV 2010, 1013 (1016).

⁴⁹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Auflage (2009), § 1032 Rn. 7.

Der Zulässigkeit des Antrags auf Durchführung eines Organstreitverfahrens steht die Schiedsvereinbarung nicht entgegen. Dies folgt bereits aus deren oben dargelegter Nichtigkeit. Darüber hinaus und davon unabhängig wirkt die Schiedsvereinbarung – auch wenn sie ihrem Wortlaut nach „sämtliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit den (...) Verträgen“ betrifft – ohnehin nur zwischen den Parteien der Vereinbarung.⁵⁰ Dritte, wie vorliegend etwa das Abgeordnetenhaus oder andere einzelne Landesorgane, vermag sie nicht zu binden.

1. Antragsteller und Antragsgegner

Mögliche Parteien eines Organstreitverfahrens sind in Art. 84 II 2 Nr. 1 VvB in Verbindung mit §§ 14 Nr. 1, 36 ff. VerfGHG abschließend genannt (§ 36 VerfGHG): Parteifähig sind demnach sowohl auf Antragsteller- wie auch auf Antragsgegnerseite oberste Landesorgane sowie andere Beteiligte, die durch die Verfassung von Berlin oder durch die Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses mit eigenen Rechten ausgestattet sind (§ 14 Nr. 1 VerfGHG). Vor diesem Hintergrund kann das Abgeordnetenhaus die Durchführung eines Organstreitverfahrens gegen den Senat beantragen.

2. Streitgegenstand

Die Zulässigkeit des Antrags hängt des Weiteren davon ab, dass sich die Parteien des Verfahrens über gegenseitige Rechte und Pflichten aus der Verfassung von Berlin streiten.⁵¹ Der Streit kann sich auf eine Maßnahme oder eine Unterlassung des Antragsgegners beziehen (§ 37 II VerfGHG). Tauglicher Streitgegenstand ist vor diesem Hintergrund das Unterlassen eines (ggf. gerichtlichen) Vorgehens gegen den Vertrag durch den Senat von Berlin. Dieses Unterlassen berührt wegen Art. 87 I VvB, wie gezeigt, die Rechte des Abgeordnetenhauses, weil dieses in seiner verfassungs-kräftig verbürgten Budgethoheit eingeschränkt ist.

50 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Auflage (2009), § 1029 Rn. 23.

51 BerlVerfGH, NJW 1996, 2567 (2568) unter Hinweis auf BVerfGE 20, 18 (23); 27, 152 (157); 84, 290 (297f.).

3. Antragsbefugnis

Der Antragsteller muss die Verletzung oder unmittelbare Gefährdung eigener, aus der Verfassung ableitbarer Rechte geltend machen.⁵² Außerdem darf die Verletzung oder Gefährdung nicht von vornherein ausgeschlossen sein⁵³, und sie muss zwischen den Beteiligten im Streit sein.⁵⁴ Vorliegend dürfte von einer bereits eingetretenen Verletzung auszugehen sein. Jedenfalls aber liegt eine unmittelbare Gefährdung vor, wovon immer dann auszugehen ist, wenn die Rechtsverletzung für die Zukunft zu erwarten ist, ohne dass dazu noch weitere Handlungen des Antragsgegners oder dritter Stellen erforderlich sind.⁵⁵

Vor diesem Hintergrund sind, wie im Folgenden gezeigt wird, jedenfalls die Fraktionen des Abgeordnetenhauses als antragsbefugt anzusehen. Darüber hinaus sprechen gute Gründe dafür, dass auch einzelne Abgeordnete befugt wären, das Budgetrecht des Abgeordnetenhauses zu verteidigen.

a) Fraktion des Abgeordnetenhauses

Grundsätzlich können Organteile die sich aus der Verfassung von Berlin ergebenden Rechte eines Organs, dem sie angehören, selbst in Prozessstandschaft für dieses geltend machen. Dies gilt auch dann, wenn das Organ mehrheitlich seine Rechte nicht als verletzt betrachtet.⁵⁶ Auf Bundesebene hat das BVerfG bisher eine solche Prozessstandschaft allein den Fraktionen des Bundestages zugebilligt, nicht jedoch anderen Organteilen wie etwa Bundestagsausschüssen.⁵⁷

Zumindest die Antragsbefugnis jeder einzelnen Fraktion des Abgeordnetenhauses steht damit aber außer Frage.

52 Vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 70, 324 (350 ff.).

53 BVerfGE 104, 14 (19).

54 Vgl. BVerfGE 68, 1 (69 ff.); 73, 1 (29); 104, 14 (20 f.).

55 Vgl. zum Bundesrecht Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. (2010), Rn. 94 m.w.N.

56 Vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 1, 351 (359); 68, 1, (65); 90, 286 (336); 100, 266 (268); 103, 81 (86); 104, 151 (193); 105, 197 (220); 113, 113 (121); 117, 359 (367); 118, 244 (255); 121, 135 (150).

57 Vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. (2010), Rn. 94.

b) Einzelne Abgeordnete

Aber auch einzelne Abgeordnete, die gegen die Untätigkeit des Senats ernsthaft vorgehen wollen, sollten ein Organstreitverfahren erwägen. Denn die Zulässigkeit ist jedenfalls nicht ausgeschlossen. Vielmehr wurde die Frage der Antragsbefugnis einzelner Abgeordneter nach dem Berliner Verfassungsrecht bisher nicht abschließend geklärt.

Fest steht, dass der einzelne Abgeordnete im Organstreit die Verletzung oder Gefährdung jedes Rechts, das mit seinem Status verfassungsrechtlich verbunden ist, geltend machen kann. Sein Antrag ist nach § 37 I VerfGHG daher immer dann zulässig, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass die beanstandete Maßnahme Rechte des Antragstellers, die aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten erwachsen, verletzt oder unmittelbar gefährdet.⁵⁸

Die Möglichkeit einer Prozessstandschaft einzelner Abgeordneter für das Parlament hat der BerlVerfGH dagegen noch nicht entschieden. Zwar hat das BVerfG sie auf Bundesebene ausdrücklich abgelehnt. Eine Prozessstandschaft stelle eine Ausnahme vom allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz dar, dass Verfahrensbeteiligte nur eigene Rechte geltend machen können. Die Prozessstandschaft bedürfe daher einer ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung.⁵⁹ Die Ausnahmegesetze der §§ 63, 64 I BVerfGG beschränken die Möglichkeit einer Prozessstandschaft für das Gesamtorgan auf Organteile. Abgeordnete fallen nach Auffassung des BVerfG nicht hierunter, weil mit Organteilen nur ständig vorhandene Gliederungen des Bundestags gemeint seien und nach der Normentstehungsgeschichte auf den Schutz der organisierten parlamentarischen Minderheit, insbesondere der Fraktionen, ziele.⁶⁰ Eine solche ständige Gliederung sei der einzelne Abgeordnete jedoch nicht.⁶¹

Stimmen in der Literatur befürworten demgegenüber mit guten Argumenten die Zulässigkeit der Prozessstandschaft einzelner Abgeordneter

58 Vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 112, 363 (365) unter Hinweis auf BVerfGE 94, 351 (362 f.); 99, 19 (28); 104, 310 (325); 108, 251 (271 f.).

59 Vgl. BVerfGE 60, 319 (325); 90, 286 (343); 123, 267 (337).

60 BVerfGE 90, 286 (342 ff.); 94, 351 (365); 99, 19 (29); 117, 359 (367); 123, 267 (337).

61 Vgl. BVerfGE 123, 267 (337).

für das Parlament⁶². Hierfür spricht, dass neben dem Aspekt der Wahrung der Parlamentskompetenzen auch der für das Organstreitverfahren geradezu typische Aspekt des parlamentarischen Minderheitenschutzes tritt. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund des faktischen Bedeutungsverlustes des repräsentativen Mandats in der Entwicklung des parlamentarischen Regierungssystems.⁶³ Soll das Organstreitverfahren auch dem Schutz parlamentarischer Minderheiten dienen, spricht dies für eine weite Auslegung der §§ 14 Nr. 1, 36, 37 I VerfGHG.

Die Anrufung des BerlVerfGH durch einzelne Abgeordnete erscheint auch deshalb jedenfalls nicht aussichtslos, weil die Formulierung des § 37 I VerfGHG eine entsprechende Auslegung zugunsten einer Prozessstandschaft einzelner Abgeordneter für das Abgeordnetenhaus zulässt. Denn „Teil“ eines Kollegialorgans kann auch dessen „Mitglied“ sein.⁶⁴ Das BVerfG besteht auf ständig vorhandene Gliederungen des Bundestages, weil es zu Beginn seiner Rechtsprechung in Organstreitigkeiten die Parteifähigkeit von Fraktionen gegenüber der fehlenden Parteifähigkeit bloßer Abstimmungsminderheiten oder -mehrheiten abzugrenzen hatte. Es unterschied dabei aber nicht scharf zwischen der Parteifähigkeit und der Antragsbefugnis. Vielmehr schloss es von der mangelnden verfassungsrechtlichen Rechtsfähigkeit (Parteifähigkeit) von Abstimmungsquoren auf eine mangelnde Antragsbefugnis einzelner Abgeordneter.⁶⁵ Bezogen auf naturgemäß flüchtige Abstimmungsquoren mag die Ablehnung einer Prozessstandschaft noch überzeugen. Jedoch ist der einzelne Abgeordnete keineswegs flüchtiger, sondern ständig vorhandener Teil eines Parlaments, dessen Basis er bildet. Auf das Fehlen stabiler Kollegialität innerhalb des Organs kann es nicht ankommen.⁶⁶

Aus der Bejahung einer Prozessstandschaft einzelner Abgeordneter folgt auch keine uferlose Inanspruchnahme verfassungsgerichtlichen Rechts-

62 Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. (2010), Rn. 94; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, 1961, S. 60 f., 156 f.

63 Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. (2010), Rn. 94; Geis, ZG 1993, 161.

64 Vgl. zum Bundesrecht Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. (2010), Rn. 94; vgl. auch Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. (2008), § 49 Rn. 16.

65 Vgl. BVerfGE 2, 143 (159 f.).

66 Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. (2010), Rn. 94.

schutzes im Rahmen der dann zu erwartenden Anträge auf Durchführung eines Organstreitverfahrens. Denn die Zulässigkeit eines Antrags hängt von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Darlegung eines Rechtsschutzbedürfnisses durch den Antragsteller ab, welches fehlt, wenn die Wahrnehmung prozessualer Möglichkeiten durch den Einzelnen rechtsmissbräuchlich ist.⁶⁷ Im vorliegenden Fall wäre es mit Blick auf die Bedeutung des oben festgestellten Verfassungsverstoßes jedoch keinesfalls rechtsmissbräuchlich, wenn auch nur ein einzelner Abgeordneter die Rechte des Abgeordnetenhauses wahrnimmt, um die Achtung des indisponiblen parlamentarischen Budgetrechts zu verteidigen.

4. Form und Frist

Der Antrag ist gemäß § 21 I VerfGHG schriftlich beim BerlVerfGH einzureichen und zu begründen. Die erforderlichen Beweismittel sind anzugeben.

Gemäß § 37 III VerfGHG muss der Antrag binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Antragsteller bekanntgeworden ist, gestellt werden. Betrifft der Organstreit, wie vorliegend, ein Unterlassen des Antragsgegners, wird die Frist des § 37 III VerfGHG spätestens dann in Lauf gesetzt, wenn sich der Antragsgegner unmissverständlich und eindeutig weigert, in der Weise zu handeln, die der Antragsteller für erforderlich hält, um seine verfassungsmäßigen Rechte zu wahren.⁶⁸ Greift der Antragsteller im Schwerpunkt ein Unterlassen anlässlich einer an sich positiven Maßnahme an, beginnt die Frist mit der unterlassenen positiven Maßnahme. Vorher kann das Unterlassen dem Antragsteller nicht bekannt gewesen sein.⁶⁹ Betrifft der Antrag ein fortdauerndes Unterlassen, wird die Frist spätestens dadurch in Lauf gesetzt, dass sich der Antragsgegner erkennbar eindeutig weigert, in der ihm angesonnenen und aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnis resultierenden und ihm zumutbaren Weise tätig zu werden.⁷⁰

67 Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. (2010), Rn. 94; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, 1961, S. 157.

68 Vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 92, 80 (89); 103, 164 (171); 107, 286 (297); 110, 403 (405); 114, 107 (118); Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl (2009), Rn. 1036.

69 Vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 104, 238 (245).

70 Vgl. zum Bundesrecht Lechner/Zuck, BVerfGG, 6. Aufl. (2011), § 64 Rn. 10; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 34. EL (2011), § 64 Rn. 133.

Im vorliegenden Fall hat eine Frist noch nicht begonnen. Denn weder einzelne Abgeordnete noch ganze Fraktionen haben den Senat bisher aufgefordert, die Nichtigkeit des Konsortialvertrags gegenüber den privaten Vertragspartnern (ggf. auch gerichtlich) geltend zu machen. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass den möglichen Antragstellern diese Handlungsmöglichkeit des Senats bisher nicht bewusst war.

Um eine etwaige Verfristung zu vermeiden, sollte die Aufforderung an den Senat, gegen den Vertrag vorzugehen, nun aber schnellstmöglich erfolgen. Erklärt der Senat hierauf ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten, dieser Aufforderung nicht nachkommen zu können oder zu wollen, wird die sechsmonatige Frist in Gang gesetzt.

ANLAGE: TABELLE ZUR DISPROPORTIONALEN GEWINNVERTEILUNG							
Jahr	2004	2003	2002	2001	2000	1999	
Jahresergebnis der BWB	62,35	116,36	33,88	-81,23	126,39		
(Jahresergebnis BWB zzgl. Stille Beteiligung)	(196,36)	(237,05)	(112,21)	(-4,64)	(210,49)		
Gewinnabführungen an das Land Berlin	35,82	97,78	—	—	37,94	—	
Gewinnabführungen an RWE/Veolia	129,62	120,47	78,12	79,45	80,83	7,65	
Jahresergebnis der BWH	-116,48	-24,15	-83,87	-32,41	-100,14	2,42	
Jahr	2010	2009	2008	2007	2006	2005	
Jahresergebnis der BWB	158,87	167,62	140,04	177,01	98,15	84,92	
(Jahresergebnis BWB zzgl. Stille Beteiligung)	(290,86)	(304,95)	(268,32)	(366,59)	(232,87)	(212,29)	
Gewinnabführungen an das Land Berlin	121,58	132,68	110,14	148,85	73,69	57,58	
Gewinnabführungen an RWE/Veolia		127,54	125,24	181,05	130,73	123,01	
Jahresergebnis der BWH		-0,53	3,44	7,14	0,81	-2,84	

Abkürzungen:

BWB	Berliner Wasserbetriebe AöR
BWH	Berlin Wasser Holding AG
RWE/Veolia	Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH (bis 2007 RWE-Veolia Berlinwasser Beteiligungs AG; bis 2002 RWE/Vivendi Berlinwasser Beteiligungs AG)

Erläuterungen zur Tabelle:

Die tabellarisch aufgelisteten Beträge sind folgenden Dokumenten entnommen:

- Geschäftsberichte der BWB von 2005 bis 2010
- Geschäftsberichte der BWH von 1999 bis 2009
- Beteiligungsberichte des Landes Berlin von 2004, 2005 und 2010

Gewinnabführungen an das Land Berlin:

Die Gewinnabführungen an das Land Berlin sind die in den Geschäftsberichten der BWB bzw. Beteiligungsberichten des Landes Berlin ausgewiesenen Bilanzgewinne, die an das Land ausgeschüttet wurden. Gewinnabführungen an das Land Berlin durch die BWH AG sind nicht erfolgt.

Gewinnabführungen an RWE/Veolia:

Die Gewinnbeteiligungen von RWE/Veolia am Ergebnis der BWB werden als sogenannter Ertrag aus Teilgewinnabführungsverträgen (Stille Gesellschaft II) im Geschäftsbericht der BWH AG ausgewiesen. Dieser Ertrag bildet abzüglich Verwaltungskosten und Ertragsteuerbelastung den sogenannten Aufwand aus Teilgewinnabführungsverträgen, der an RWE/Veolia ausgeschüttet wird (Stille Gesellschaft I) und in der Tabelle unter „Gewinnabführungen an RWE/Veolia“ aufgelistet ist.

Jahresergebnis BWB zzgl. Stille Beteiligung:

Da das Jahresergebnis der BWB nicht die Gewinnbeteiligung aus der Stillen Beteiligung II enthält, weil die Teilgewinnabführung für die Stille Beteiligung vorab als Aufwand abgezogen und an die BWH abgeführt wird, sind bei dem Posten „Jahresergebnis BWB zzgl. Stille Beteiligung“ – zur besseren Veranschaulichung der disproportionalen Gewinnverteilung – zum Ergebnis der BWB die Erträge aus Teilgewinnabführung hinzuaddiert. □