

DEUBNER & KIRCHBERG

RECHTSANWÄLTE

RAe Deubner & Kirchberg Postfach 11 03 47 76053 Karlsruhe



Verfassungsgerichtshof
des Landes Berlin
Eißholzstr. 30-33
10781 Berlin

Per Fax vorab: 030/90152666

HEINRICH DEUBNER*

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht
*Sozius bis 30.06.2012

PROF. DR. CHRISTIAN KIRCHBERG

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

DR. DIRK HERRMANN

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

HELMUT EBERSBACH

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht

DR. WERNER FINGER

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

MARCO RÖDER

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht

25. April 2013

Unser Zeichen: 134/13K30 schä
Sekretariat:
Durchwahl:
E-Mail:

A N T R A G

gem. Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 VvB, §§ 36 ff. VerfGHG

In dem Organstreitverfahren

der **Piratenfraktion im Berliner Abgeordnetenhaus**,
diese vertreten durch dem Fraktionsvorsitzenden,
Niederkirchnerstraße 5, 10111 Berlin

- Antragstellerin -

Proz. Bev.:
RAe Deubner & Kirchberg,
Mozartstraße 13, 76133 Karlsruhe

./.

den **Senat von Berlin**, dieser vertreten durch den Regierenden Bürgermeister, Jüdenstraße 1, 10178 Berlin

- Antragsgegner -

wegen Teil-Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe

2 Abschriften anbei

stellen wir hiermit für die Piratenfraktion im Berliner Abgeordnetenhaus - vom Fraktionsvorsitzenden abgezeichnete, begl. Vollmacht **anbei** - folgende

A n t r ä g e:

1. Es wird festgestellt, dass der Senat von Berlin dadurch die Budgethoheit des Abgeordnetenhauses von Berlin im Sinne des 87 Abs. 1 VvB verletzt hat, dass er es unterlassen hat, anlässlich der Teil-Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe durch Rückkaufvertrag vom 18.7.2012 gegenüber seinen privaten Vertragspartnern die Nichtigkeit von § 23.7 des weiterhin geltenden Konsortialvertrags vom 18.6.1999 geltend zu machen und, im Streitfall, die Frage der Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrags vom 18.6.1999 einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.
2. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die notwendigen Auslagen dieses Organstreit-Verfahrens zu erstatten.

I.

Gegenstand des Verfahrens

Mit dem Organstreitantrag will die Piratenfraktion in Prozessstandschaft für das Abgeordnetenhaus von Berlin erreichen, dass die „Gewinnsicherungs-Klausel“ von § 23.7 des der Teil-Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe zugrunde liegenden Konsortialvertrages zwischen dem Land Berlin und den privaten Investoren vom 18.6.1999 einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt wird.

Die entsprechende Klausel sicherte und sichert den privaten Investoren ihre Gewinnerwartungen hinsichtlich der Kalkulation der Wassergebühren auch für den Fall, dass die entsprechende Regelung in § 3 des Gesetzes zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 17.5.1999 (TPrG) aufgrund einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung für nichtig oder mit höherrangigem Recht für unvereinbar erklärt werden sollte.

Der **erkennende Gerichtshof** hat mit Urteil vom 21.10.1999 (NVwZ 2000, 794) die Bestimmung des § 3 Abs. 4 TPrG sowohl hinsichtlich der sog. „Effizienzsteigerungsklausel“ als auch bezüglich des Zuschlags von 2 % wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für nichtig bzw. für mit der Verfassung von Berlin unvereinbar erklärt.

Nachdem aufgrund des (Volksentscheid-)Gesetzes vom 4.3.2011 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, unter ihnen der vorerwähnte Konsortialvertrag, veröffentlicht worden sind, hat sich der Senat von Berlin als Reaktion auf die dadurch ausgelöste politische Diskussion für eine Kehrtwende entschieden und unter dem 15.7.2012 die Teil-Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe durch Rückkauf eines 50 %igen Anteils an der RWE-Veolia Berlin Wasserbeteiligungs GmbH eingeleitet. Der Konsortialvertrag und insbesondere dessen § 23.7 blieben von diesem Rückkaufvertrag grundsätzlich unberührt.

Das Abgeordnetenhaus hat den Abschluss des Rückkaufvertrags in seiner Plenarsitzung vom 25.10.2012 zur Kenntnis genommen, der Gründung einer landeseigenen Erwerbs- und Finanzierungsgesellschaft zum Erwerb des 50 %igen Geschäftsanteils an der RVB sowie der Gewährung einer Bürgschaft über 700 Mio. Euro an die Erwerbs- und Finanzierungsgesellschaft mehrheitlich zugestimmt. Die von verschiedenen Vertretern der Oppositionsfraktionen erhobene Forderung, in diesem Zusammenhang auch den Konsortialvertrag und insbesondere dessen Gewinnsicherungs-Klausel in § 23.7 (gericht-

lich) zur Disposition zu stellen, hat die die Landesregierung tragende Mehrheit des Parlaments zurückgewiesen.

Dem entspricht, dass sich auch der in Ansehung des § 3 Satz 2 des (Volksentscheid-) Gesetzes vom 4.3.2011 vom Abgeordnetenhaus durch Beschluss vom 1.12.2011 eingesetzte Ausschuss „Wasserverträge“ in seinem Abschlussbericht vom 7.1.2013 mehrheitlich gegen die Annahme der Verfassungswidrigkeit und die daraus folgende Nichtigkeit des § 23.7 des Konsortialvertrages, jedenfalls aber dagegen ausgesprochen hat, die entsprechende Annahme zum Gegenstand für eine gerichtliche Klärung zu machen. Die Oppositionsfraktionen haben hiervon abweichende Berichte zu Protokoll gegeben.

II. Rechtliche Würdigung

Der Organstreitantrag ist zulässig und begründet. Die Piratenfraktion kann in Prozessstandschaft für das Berliner Abgeordnetenhaus die Feststellung beanspruchen, dass die Budgethoheit des Parlaments dadurch verletzt worden ist, dass der Senat die Teil-Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe nicht zum Anlass genommen hat, gegenüber den verbliebenen privaten Anteilseignern die Nichtigkeit des davon unberührt gebliebenen § 23.7 des Konsortialvertrages von 1999 („Gewinnsicherungs-Klausel“) geltend zu machen und dies, im Streitfall, einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.

Im Einzelnen:

1. Zulässigkeit des Organstreitantrags

a) Parteifähigkeit/Prozessstandschaft

Die Piratenfraktion ist gem. § 14 Nr. 1 VerfGHG im Organstreit-Verfahren parteifähig. Denn sie nimmt nach Art. 27 Abs. 2 VvB unmittelbare Verfassungsaufga-

ben mit eigenen Rechten und Pflichten wahr (**VerfGH Berlin**, Urt. v. 22.11.1993, LVerfGE 1, 155, sowie Beschl. v. 21.10.1999, NVwZ 2000, 314).

Die Piratenfraktion ist darüber hinaus im Wege der Prozessstandschaft als Teil des Parlaments antragsbefugt und kann, wie geschehen, die Verletzung von verfassungsmäßigen Rechten des Abgeordnetenhauses geltend machen. Dies gilt unabhängig davon, dass dieses - wie im vorliegenden Fall - die Maßnahme oder Unterlassung mehrheitlich gebilligt hat (**VerfGH Berlin**, Beschl. v. 8.4.1997, LVerfGE 6, 66, sowie Urt. v. 22.11.2005 - 117/04 -, juris Rdnr. 46).

b) Maßnahme oder Unterlassung

Die antragstellende Piratenfraktion wendet sich dagegen, dass es der Antragsgegner unterlassen hat, im Zusammenhang mit der Teil-Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe aufgrund des Rückkaufvertrages vom 15.7.2012 die Nichtigkeit der davon unberührt gebliebenen „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages vom 18.6.1999 geltend bzw. zum Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung zu machen.

Ein solcher Realakt ist nach Art. 37 Abs. 1 u. 2 VerfGHG tauglicher Gegenstand eines Organstreit-Antrags. Die gerügte Unterlassung der vorstehend umschriebenen Maßnahme ist auch „rechtserheblich“, weil eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zu deren Vornahme nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. **BVerfG**, Beschl. v. 17.7.1997, BVerfGE 96, 264, 277; Beschl. v. 24.1.2001, BVerfGE 103, 81, 86, sowie Beschl. v. 11.3.2003, BVerfGE 107, 286, 294).

Wie die nachfolgenden Ausführungen zur Antragsbefugnis zeigen, kann sich die Antragstellerin - in Prozessstandschaft für das Parlament - auf Verfassungsnormen berufen, aus denen sich die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Antragsgegners zur Vornahme der unterlassenen Maßnahme ergibt.

c) Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis setzt im Organstreitverfahren voraus, dass nach dem Vortrag des Antragstellers die Verletzung eigener Rechte zumindest möglich ist (**VerfGH Berlin**, Beschl. v. 22.11.1993, LVerfGE 1, 160, 165, und vom 8.4.1997, LVerfGE 6, 66, 74).

Die Verletzung der Rechte des Berliner Abgeordnetenhauses, die von der Piratenfraktion in Prozessstandschaft für diese geltend gemacht wird, erscheint unter folgendem Aspekt möglich: die Bekräftigung bzw. Perpetuierung der „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages vom 18.6.1999 auch und gerade im Rahmen des Rückkaufvertrags vom 15.7.2012 stellt eine Verletzung der Budgethoheit des Abgeordnetenhauses dar, weil diese Klausel als Sicherheitsleistung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 VvB nicht durch eine entsprechende gesetzliche Regelung unterlegt worden ist.

Zur Klarstellung ist allerdings bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es mit der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die in § 23.7 des Konsortialvertrags enthaltene „Sicherheitsleistung“ entsprechend Art. 87 Abs. 1 VvB nicht getan (gewesen) wäre, weil eine solche gesetzliche Regelung aus den vom **erkennenden Gerichtshof** im Urteil vom 21.10.1999 (NVwZ 2000, 794) genannten Gründen ihrerseits verfassungswidrig gewesen wäre. In dieser Situation kam und kommt zur Beseitigung des Eingriffs in die Budgethoheit des Parlaments nur die (gerichtliche) Infragestellung der „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrags in Betracht.

Im Übrigen wird insoweit auf die entsprechenden Ausführungen zur Begründetheit des Organstreit-Antrags verwiesen.

d) Rechtsschutzbedürfnis

Nach dem Beschluss des **BVerfG** vom 22.11.2011 (Beteiligung des Deutschen Bundestages an der Veräußerung von Vermögensgegenständen durch die Deutsche Bahn AG) obliegt es dem Antragsteller, vor der Einleitung eines Organstreitverfahrens das in Streit stehende Recht geltend zu machen, „... *wenn dessen Bestehen bislang nicht in Erwägung gezogen worden ist.*“ Andernfalls fehlt es für den Antrag an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis (BVerfGE 129, 356, 374 f.).

Die aus der Budgethoheit des Parlaments abgeleitete Forderung, die „Gewinn sicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages vom 18.6.1999 einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen, ist schon vor Abschluss des Rückkaufvertrages vom 15.7.2012 und schließlich auch in der Plenardebatte des Abgeordnetenhaus hierüber am 25.10.2012 nicht nur in Erwägung gezogen, sondern erhoben worden.

Im parlamentarischen Bereich hat das vor allem in dem bereits am 17.9.2011 öffentlich vorgestellten, von einem „Arbeitskreis unabhängiger Juristen“ erarbeiteten „Juristischen Leitfaden“ zum Thema „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung“ und in dem daraufhin auf Bitten des Sonderausschusses „Wasserverträge“ vom Präsidenten des Abgeordnetenhaus beim Wissenschaftlichen Parlamentsdienst (WPD) in Auftrag gegebenen und unter dem 31.5.2012 erstellten „Gutachten zum Leitfaden ‚Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung‘“ seinen Niederschlag gefunden. Das entsprechende Vorbringen, insbesondere auch die Berufung auf Art. 87 Abs. 1 VvB, ist auch bei der Anhörung von G. Schermer und M. Bender vom „Berliner Wassertisch“ am 17.2.2012, von Rechtsanwalt Sydow vom „Arbeitskreis unabhängiger Juristen“ am 8.6.2012 und von Prof. Dr. Musil (Universität Potsdam) am 24.8.2012 vor dem Sonderausschuss „Wasserverträge“ wiederaufgegriffen

worden.

Flankierend dazu ist von dem Abgeordneten G. Claus-Brunner von der Piratenfraktion unter dem 18.5.2012 eine „Kleine Anfrage“ an den Berliner Senat gerichtet worden, in der es erklärtermaßen um die Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages wegen Verstoßes gegen Art. 87 VvB sowie darum ging, ob der Senat beabsichtige, die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit dieser Bestimmung (oder des gesamten Konsortialvertrages) außergerichtlich, gerichtlich oder in einem Schiedsverfahren geltend zu machen. Alle 10 Fragen dieser „Kleinen Anfrage“ wurden von der seinerzeitigen Finanzstaatssekretärin am 4.6.2012 mit „Nein“ beantwortet.

Auch und gerade in der Plenardiskussion des Berliner Abgeordnetenhauses am 25.10.2012, bei dem es um Kenntnisnahme von und um die Zustimmung zu dem Rückkaufvertrag vom 15.7.2012 ging, ist die „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages wiederholt angesprochen und gefordert worden, ihre Nichtigkeit festzustellen und dementsprechend den Rückkaufvertrag, wenn überhaupt, ohne Bezugnahme auf diese Klausel des Konsortialvertrages abzuschließen. Dem sind Vertreter der Regierungsfractionen unter Bezugnahme auf das erwähnte, dem Sonderausschuss „Wasserverträge“ erstattete Gutachten des WPD entgegengetreten, obwohl von Vertretern der Oppositionsfractionen wiederholt darauf hingewiesen wurde, dass der Rückkauf der privaten Anteile schon an sich nicht (und noch viel weniger mit der fortbestehenden Gewinnsicherungsklausel des § 23.7 des Konsortialvertrages) haushaltsneutral dargestellt werden könne.

Der Antragsgegner könnte also nicht geltend machen, eine Verletzung der Budgethoheit des Parlaments sei vor Einleitung des Organstreitverfahrens nicht in Erwägung gezogen worden.

e) Antragsfrist

Auch die Antragsfrist des § 37 Abs. 3 VerfGHG wird mit dem vorliegenden Antrag gewahrt.

Die antragstellende Piratenfraktion bezieht sich insoweit auf die Plenardebatte des Abgeordnetenhauses vom 25.10.2012, bei der der Rückkaufvertrag vom 15.7.2012 zur Kenntnis genommen und den Finanzierungsvorschlägen des Senats zugestimmt wurde. Bei Gegenständen, die im Plenum behandelt werden, setzt die Unterrichtung des Plenums durch die Regierung die Ausschlussfrist für das Organstreitverfahren in Gang (so ausdrücklich **BVerfG**, Urt. v. 25.5.1977, BVerfGE 45, 1, 30, sowie Beschl. v. 22.11.2011, BVerfGE 129, 356, 371 zu der gleichlautenden Vorschrift des § 64 Abs. 3 BVerfGG). Dementsprechend läuft die 6-Monats-Frist vorliegend (erst) am Donnerstag, den 25.4.2013, ab.

Die Frist des § 37 Abs. 3 VerfGHG ist mit der Bekanntgabe des Rückkaufvertrags vom 15.7.2012 deshalb (erneut) ausgelöst worden, weil hierdurch das „normative Umfeld“ der 1999 verabredeten und in Gesetzesform gegossenen Teil-Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe entscheidend verändert worden ist. Mit der Teil-Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe aufgrund des Rückkaufvertrages vom 15.7.2012 hat der Senat die Geschäftsgrundlage der Teil-Privatisierung von 1999 und der hierzu ergangenen Gesetze sowie getroffenen Vereinbarungen also im Sinne eines „actus contrarius“ verlassen. Spätestens jetzt wäre es deshalb, nachdem man sich zu diesem Schritt entschlossen hat, auch angezeigt gewesen, aus der Nichtigkeitserklärung von § 3 Abs. 4 TPrG durch Urteil des Gerichtshofs vom 21.10.1999 (NVwZ 2000, 794) die notwendigen Konsequenzen zu ziehen und die aus der Umgehung der vorgenannten Entscheidung des Gerichtshofs folgende Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrags gegenüber den privaten Anteilseignern ggf. gerichtlich geltend zu machen.

Die vorliegende Situation entspricht damit derjenigen, bei der der Gesetzgeber zwar nicht den Wortlaut einer Norm, aber deren „normatives Umfeld“ und damit zugleich ihren materiellen Gehalt verändert hat. In einem solchen Fall kann nach der Rechtsprechung des **BVerfG** die 6-Monats-Frist für die Stellung eines Organstreitantrags wieder zu laufen beginnen (vgl. Urteil vom 25.7.2012, NVwZ 2012, 1101 Rdnr. 50 sowie etwa Urt. v. 26.10.2004, BVerfGE 111, 382, 411 m.w.Nw.).

Im Übrigen ist auch erst mit der Bekanntgabe des Rückkaufvertrages vom 15.7.2012 in der Plenardebatte des Abgeordnetenhauses eindeutig erkennbar geworden, dass sich die Antragsgegner trotz der dahingehenden, im Vorfeld dieses Vertrages erhobenen Forderungen (s. vorstehend die unter lit. d) gemachten Ausführungen) nicht dazu verstehen konnte, im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit den privaten Anteilseignern die Nichtigkeit des § 23.7 des Konsortialvertrages geltend zu machen bzw. diese Bestimmung einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Dementsprechend ist auch erst durch diese konkludente, aber deswegen um nichts weniger deutliche Weigerung des Antragsgegners, „...in der ihm angemessenen und nach dem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis gebotenen Weise tätig zu werden“, die 6-Monats-Frist für ein Organstreitverfahren in Gang gesetzt worden (vgl. **BVerfG**, Urt. v. 3.7.2007, BVerfGE 118, 244, 256).

2. Begründetheit des Organstreit-Antrags

Der nach alledem zulässige Organstreit-Antrag ist auch begründet.

Die Regelung des § 23.7 des Konsortialvertrages vom 14.6.1999 beinhaltet als typisches Umgehungsgeschäft eine eindeutige Verletzung der Budgethoheit des Abgeordnetenhauses, wie sie sich aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 87 Abs. 1 VvB

ergibt. Der Antragsgegner hätte sich angesichts seiner Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht auf die Position „pacta sunt servanda“ zurückziehen dürfen, sondern spätestens im Zusammenhang mit der Teil-Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe mittels des Rückkaufvertrags vom 15.7.2012 gegenüber den privaten Anteilseignern die Nichtigkeit der „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages geltend machen und dessen Wirksamkeit im Streitensfall einer gerichtlichen Überprüfung zuführen müssen.

Die antragstellende Piratenfraktion schließt sich insoweit im Wesentlichen der Argumentation in dem bereits zitierten, vom „Arbeitskreis unabhängiger Juristen“ erstellten „Juristischen Leitfaden“ zum Thema „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung“ an. Die dortigen Ausführungen sind nach Meinung der Antragstellerin auch nicht durch das hierzu auf Veranlassung des Sonderausschusses „Wasserverträge“ beim Wissenschaftlichen Parlamentsdienst eingeholte Gutachten entkräftet worden.

Im Einzelnen:

a) Die Position der Antragstellerin

Die in § 3 Abs. 4 TPrG 1999 enthaltene, der Kalkulation der Tarife für die Wasserversorgung zugrunde gelegte Definition einer „angemessenen kalkulatorischen Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals“ („Effizienzsteigerungsklausel plus 2 %-Zuschlag“) ist in dem dagegen angestrebten Normenkontrollverfahren wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch Urteil des **VerfGH Berlin** vom 21.10.1999 (NVwZ 2000, 794) für nichtig bzw. für mit der Verfassung von Berlin unvereinbar erklärt worden. Noch unter diesem Verfahren ist am 18.6.1999 zwischen dem Senat von Berlin und den in Aussicht genommenen privaten Investoren der Konsortialvertrag geschlossen worden, dessen § 23.7 die verfas-

sungsgerichtliche Beanstandung des § 3 TPrG vorwegnimmt und für diesen Fall die Verpflichtung des Senats von Berlin vorsieht, die sich daraus für die privaten Anteilseigner ergebenden Nachteile, insbesondere die geringeren Gewinne oder höheren Verluste, in vollem Umfange auszugleichen. Diese „Gewinnsicherungs-Klausel“ ist in der 5. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag vom 24.10.2003 erneut bestätigt und durch § 16 Abs. 6 des Berliner Betriebs-Gesetzes vom 14.7.2006 zusätzlich „abgepuffert“ worden (Wegfall des unternehmerischen Risikos der Kostenunterdeckung).

Die „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages vom 18.6.1999 stellt eine „Sicherheitsleistung“ im Sinne des Art. 87 Abs. 1 VvB dar (vgl. **VerfGH Berlin**, Beschl. v. 21.3.2003, NVwZ-RR 2003, 537, 538). Die entsprechende Risikoübernahme ist Hauptzweck des zwischen dem Senat von Berlin und den privaten Anteilseignern abgeschlossenen Vertrages zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe. Erst durch die Absicherung der Kalkulationsgrundlagen gegen eine von vornherein befürchtete und gleichzeitig für realistisch angesehene Nichtigerklärung der einschlägigen Bestimmung des Teilprivatisierungsgesetzes hatten die privaten Anteilseigner die Gewähr, „auf ihre Kosten zu kommen“. Es ist deshalb offensichtlich, dass mit der in § 23.7 des Konsortialvertrages enthaltenen „Gewinnsicherungs-Klausel“ das Vertragswerk im Übrigen stand oder fiel.

Für eine solche „Sicherheitsleistung“ ist nach Art. 87 Abs. 1 VvB zur Wahrung der Budgethoheit des Parlaments eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich. Die Zustimmung des Abgeordnetenhauses zu dem Konsortialvertrag ersetzt diese ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung genauso wenig wie etwa die Billigung im Haushaltsplan. Das Parlament kann und konnte auf dieses Gesetzgebungsrecht auch nicht verzichten, hätte allerdings eine entsprechende gesetzliche Regelung auf der andern Seite auch nicht treffen können, weil, wie die Entscheidung des erkennenden Gerichtshofs vom 21.10.1999 (NVwZ 2000,

794) belegt, eine solche gesetzliche Regelung mit der Verfassung von Berlin nicht vereinbar gewesen wäre.

Angesichts dieses Ergebnisses - Verstoß von § 23.7 des Konsortialvertrages gegen Art. 87 Abs. 1 VvB - wäre der Antragsgegner im Zusammenhang mit der Vereinbarung des Teil-Rückkaufs der privaten Anteile der Berliner Wasserbetriebe durch Vertrag vom 15.7.2012 gehalten gewesen, die sich daraus nach Maßgabe des § 134 BGB, auf jeden Fall aber in Ansehung des § 138 BGB resultierende Nichtigkeit der genannten Bestimmung des Konsortialvertrages gegenüber den privaten Anteilseignern geltend zu machen und im Streitfalle einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Nur auf diese Weise hätte der Eingriff in die Budgethoheit des Parlaments ausgeglichen werden können (und ist dies immer noch angezeigt). In diesem Zusammenhang spricht im Übrigen sehr viel für die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte, weil ein geheim tagendes Schiedsgericht, wie dies der Konsortialvertrag und die dazu getroffene Schiedsvereinbarung vorsehen, die Möglichkeit der parlamentarischen Kontrolle, insbesondere in dem diesem vorbehaltenen „Königsrecht“ der Budgethoheit, nicht in hinreichendem Maße wahrt (vgl. dazu **Wolff**, NVwZ 2012, 205 ff., sowie **Schill**, DÖV 2010, 1013 ff.).

b) Auseinandersetzung mit der Position des WPD

Die im Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes (WPD) vom 31.5.2012 erhobenen Einwendungen gegen die vorstehend skizzierte, an den „Juristischen Leitfaden“ des AKJ angelehnte Position der Antragstellerin können nicht verfangen:

(1) Hauptzweck des Vertrages

Zunächst ist festzustellen, dass der WPD der Annahme, die „Gewinnsiche-

rungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages vom 18.6.1999 stelle eine „Sicherheitsleistung“ im Sinne des Art. 87 Abs. 1 VvB dar, lediglich mit dem Argument entgegentritt, die entsprechende Garantie oder Gewährleistung sei jedenfalls nicht, wie erforderlich, der Hauptzweck des Vertrages. Die entsprechende Vertragsklausel betreffe nur *„eine mögliche Änderung der rechtlichen Rahmenbedingung des Vertrages,“* mit der auf *„eine mögliche Unwirksamkeit von § 3 TPrG“* reagiert werde, und damit nur *„einen Teilbereich des gesamten Vertragswerks“* und nicht etwa *„den Hauptzweck des Konsortialvertrages“*

Dieser Verharmlosung der zentralen wirtschaftlichen Bedeutung der „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages für die privaten Anteilseigner kann und muss erneut dasjenige entgegengehalten werden, was hierzu auf S. 25 des „Juristischen Leitfadens“ in höchst zutreffender Weise wörtlich wie folgt ausgeführt wird:

„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 daraufhin, dass für die Privatinvestoren der Vertrag mit der Sicherheitsleistung nach § 23.7 des Konsortialvertrags stand und fiel. Es kann deshalb 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 Verfassungsgerichtshofs nicht von grundlegender Bedeutung gewesen wäre, hätte sich - davon kann ausgegangen werden - der Senat auf eine Klausel wie 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.“

Dem ist im Prinzip nichts hinzuzufügen. Das Risiko der Verfassungswidrigkeit und einer daraus resultierenden Nichtigkeit der in § 3 TPrG geregelten Kalkulationsgrundlagen für die Tarife der Berliner Wasserversorgung musste aus Sicht der Privatinvestoren auf jeden Fall abgesichert werden, weil sonst die Übernahme der bisher staatlichen Anteile an den Berliner Wasserbetrieben für sie „kein Geschäft“ mehr war. Und diese Absicherung stellte auch nicht nur eine eher theoretische Vorsichtsmaßnahme dar, sondern bezog sich ganz konkret auf die realistische Möglichkeit eines entsprechenden Verdikts des Gerichtshofs in dem bei ihm zum Zeitpunkt des Abschlusses des Konsortialvertrages am 18.6.1999 bereits anhängigen Normenkontrollverfahrens, u.a. gegen § 3 Abs. 4 TPrG. Die „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 war und ist im Rahmen des Konsortialvertrages deshalb von gleicher zentraler Bedeutung wie die in § 22 des Vertrags enthaltene Einigung der Vertragsparteien über die Gegenleistung für den Teilerwerb der Anteile der Berliner Wasserbetriebe, nämlich über die Festsetzung der Tarife entsprechend dem Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 17.5.1999. Die dort getroffene Regelung gehört zu den „essentialia negotii“ des Konsortialvertrages und damit korrespondiert unmittelbar die „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages.

(2) Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages

Der entsprechende Verfassungsverstoß - Missachtung des Budgetrechts nach Art. 87 Abs. 1 VvB - begründet (auch) die Unwirksamkeit der „Gewinnsicherungs-Klausel“ von § 23.7 des Konsortialvertrages, wenn nicht sogar des Konsortialvertrages insgesamt.

(a) § 134 BGB (gesetzliches Verbot)

Die Nichtigkeit ergibt sich zunächst aus einem Verstoß gegen § 134 BGB.

Selbst wenn, wie das Gutachten des WPD ausführt, speziell in der Literatur zum Staatsrecht, soweit diese dazu überhaupt Stellung nimmt, verschiedentlich die Auffassung geäußert wird, die (Art. 87 Abs. 1 VvB entsprechende) Vorschrift des Art. 115 Abs. 1 GG sei kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, ist doch festzuhalten, dass sich jedenfalls das Bundesverfassungsgericht., wie etwa auch **Heintzen** (in: **v. Münch/Kunig**, GG, Komm., Band 2, 6. Aufl. 2012, Rdnr. 14 zu Art. 115 m. Fn. 87) einräumt, zu den Fehlerfolgen „...*noch nicht abschließend positioniert*“ hat. Das gilt auch und gerade im Blick auf das Urteil des Zweiten Senats des **BVerfG** vom 6.11.1984 (BVerfGE 67, 256, 281), weil die dortigen Ausführungen zur ausschließlichen Bedeutung des Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG im Inter-Organ-Verhältnis zwischen Parlament und Regierung nicht unmittelbar die hier interessierende Frage der Geltung der genannten, Art. 87 Abs. 1 VvB entsprechenden Vorschrift als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB betreffen, sondern (nur) die Zurückweisung einer aus Art. 115 Abs. 1 GG abgeleiteten Gesetzgebungskompetenz des Bundes oder besonderer Befugnisse des Staates im Verhältnis zum Einzelnen.

Zu berücksichtigen ist ferner Folgendes:

Auch der WPD konzidiert (s. S. 8 f. m.w.Nw.), dass die Rechtsprechung Normen des Verfassungsrechts jedenfalls dann als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB anerkannt hat, wenn diese gleichzeitig dem Schutz individueller Rechtspositionen dienen. Unzutreffend

bzw. die individualrechtliche Komponente des Art. 87 Abs. 1 VvB (bzw. des Art. 115 Abs. 1 GG) unterschätzend ist jedoch die Annahme des WPD, die vorgenannten Verfassungsbestimmungen gehörten nur dem Staatsorganisationsrecht an und behandelten nur die Rechtstellung staatlicher Organe. Denn spätestens seit der Entscheidung des **BVerfG** zur „Griechenland-Hilfe“ (Urt. v. 7.9.2011, BVerfGE 129, 124) kann als gesichert gelten, dass dem Budgetrecht des Parlaments als „zentralem Element der demokratischen Willensbildung“ das aus Art. 38 Abs. 1 GG abgeleitete Grund- und Abwehrrecht des Bürgers dagegen korrespondiert, dass sich das Parlament dieses seines „Königsrechts“ entäußert. Von einer solchen Situation ist auch dann auszugehen, wenn die Regierung eine Einzelmaßnahme beschließt, die, wie hier, zu noch nicht absehbaren Belastungen des Haushalts führen kann, ohne vorher die konstitutive Zustimmung des Parlaments, wie sie nach Art. 87 Abs. 1 VvB bzw. nach Art. 115 Abs. 1 GG vorgesehen ist, einzuholen.

Jedenfalls aber dann, wenn die Regierung selbst, wie im vorliegenden Fall, als Verwaltungsspitze (vgl. **VerfGH Berlin**, Urt. v. 14.7.2010, DVBl 2010, 966, 969) Partner eines Vertrages ist, der die Prärogative des Parlaments missachtet, muss davon ausgegangen werden, dass die Verfassungswidrigkeit eines solchen Vorgehens auf die Wirksamkeit der gesetzlichen Vereinbarung im Sinne der Verwirkung eines gesetzlichen Verbots (§ 134 BGB) durchschlägt (so bereits das der SPD-Fraktion im Abgeordnetenhaus erstattete Gutachten **Zieger** v. 24.11.2003; im Ergebnis ebenso auch etwa **Härtel**, Zeitschrift für Gesetzgebung [ZG] 2007, 399, 406, sowie **Wolf**, NJW 2012, 812, 816).

(b) § 138 BGB (Sittenwidrigkeit)

Auf jeden Fall aber wäre von der aus der Verfassungswidrigkeit folgenden Sittenwidrigkeit der „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages gem. § 138 BGB auszugehen.

Der WPD räumt ein (s. dort S. 10 f. m.w.Nw.), dass der Bundesgerichtshof wiederholt Rechtsgeschäfte gem. § 138 Abs. 1 BGB für nichtig angesehen habe, bei denen gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung oder gegen ein kommunalrechtliches Verbot, das Gemeinvermögen zu schmälern, verstoßen worden sei; ferner seien Rechtsgeschäfte als nichtig angesehen worden, die gegen Grundrechte oder Grundprinzipien der Verfassung, wie etwa das Sozialstaatsprinzip oder das Rechtsstaatsprinzip, verstoßen hätten. Es sei jedoch nicht ersichtlich, so heißt es weiter, *„...dass durch diese Vertragsklausel [gemeint ist § 23.7 des Konsortialvertrags] Vermögenswerte des Landes Berlin regelrecht verschleudert werden“*. Und: *„Selbst wenn man einen Verstoß gegen das parlamentarische Budgetrecht und gegen das Demokratieprinzip annehmen würde, so ist angesichts der diffizilen Rechtslage nicht davon auszugehen, dass sowohl der Senat von Berlin wie auch die privaten Anteilseigner sich dessen bewusst oder in grob fahrlässiger Weise nicht bewusst waren.“* (a.a.O.).

Der demgegenüber im „Juristischen Leitfaden“ unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sittenwidrigkeit von entsprechenden Verträgen geltend gemachte *„krasse Widerspruch zum Gemeinwohl“* (s. dort S. 16) liegt hier jedoch auf der Hand. In einer die Budgethoheit des Parlaments und im Übrigen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gröblich missachten-

den Art und Weise hat sich der Senat seinerzeit unter dem laufenden Verfassungsgerichts-Verfahren auf eine vertragliche Regelung eingelassen, mit der die absehbaren Ergebnisse dieses verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu Lasten des Haushalts (und damit auch zu Lasten des Steuerzahlers) und zu Gunsten des privaten Vertragspartners wieder ausgeglichen werden sollen. In einem solchen Fall von „*diffiziler Rechtslage*“ zu sprechen, kommt einer Verhöhnung des gesunden Menschenverstandes gleich. Das absehbare Verdikt des Verfassungsgerichtshofs und damit auch die Prärogative des Abgeordnetenhauses für die entsprechende Gesetzgebung sollten vielmehr bewusst und gewollt unterlaufen bzw. ausgehebelt werden, und das unter Inkaufnahme von in ihrem Umfang noch gar nicht absehbaren Belastungen des Haushalts und damit letztlich der Steuerzahler.

Man übertreibt nicht, wenn man diesen Vorgang, an dem nicht eine aus dem Ruder gelaufene kleine Landgemeinde (so der vom **BGH** durch Ur. v. 25.1.2006 [NVwZ-RR 2007, 47] entschiedene Fall), sondern die Regierung eines Bundeslandes beteiligt war, als beispiellos bezeichnen muss, weshalb sich die Charakterisierung eines solchen Rechtsgeschäfts als „sittenwidrig“ im Sinne des § 138 BGB geradezu aufdrängt.

Aus alledem folgt, dass die antragstellende Piratenfraktion zu Recht in Prozessstand-schaft für das Abgeordnetenhaus von Berlin die Feststellung beanspruchen kann, dass der Senat es unter Verletzung der Budgethoheit des Parlaments unterlassen hat, die Gelegenheit der Teil-Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe bzw. den Abschluss des Rückkaufvertrages vom 15.7.2012 zum Anlass zu nehmen, gegenüber den privaten Anteilseignern die Nichtigkeit der „Gewinnsicherungs-Klausel“ des § 23.7 des Konsortialvertrages vom 18.6.1999 geltend zu machen und dies im Streitfall einer gerichtli-

chen Überprüfung zuzuführen.

gez. Kirchberg

(Prof. Dr. Kirchberg)
Rechtsanwalt

Anlage: Begl. Vollmacht