

Sehr geehrte Abgeordnete,  
sehr geehrte Damen und Herren,

mein Name ist Olav Sydow, ich bin Rechtsanwalt in Berlin. Einer meiner Tätigkeitsschwerpunkte ist das Gebiet des Verfassungsrechts. In diesem Rahmen bin ich daher seit Jahren in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin tätig. Darüber hinaus bin ich Mitglied des Arbeitskreises unabhängiger Juristen.

Der Arbeitskreis hat den Konsortialvertrag und insbesondere § 23.7 des Konsortialvertrages auf seine rechtliche Wirksamkeit überprüft. Wir sind dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass § 23.7 des Konsortialvertrages wegen Verstoßes gegen Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin nichtig ist und diese Nichtigkeit gemäß den §§ 134, 138 BGB auch die Nichtigkeit des Konsortialvertrages zur Folge hat. Soweit die Nichtigkeit des Vertrages durch den Senat geltend gemacht wird, kann dies vor staatlichen Gerichten erfolgen. Bleibt der Senat untätig, kann durch jede Fraktion des Abgeordnetenhauses ein Organstreitverfahren eingeleitet werden. Dazu nachfolgend im Einzelnen:

#### I. Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 VvB

§ 23.7 des Konsortialvertrages verstößt nach unserer Auffassung gegen Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin. In Art. 87 Abs. 1 ist unter anderem geregelt, dass keine Sicherheiten ohne gesetzliche Grundlage geleistet werden dürfen. Diese haushaltsrechtliche Verfassungsvorschrift bezweckt den Schutz des parlamentarischen Budgetrechts. Die Regierung darf danach die Rechte des Parlaments auf dem Gebiet des Haushaltsrechts weder aushöhlen noch umgehen.

Sicherheiten dürfen danach nur auf gesetzlicher Grundlage geleistet werden. Nach der Rechtsprechung des Berliner Verfassungsgerichtshofes handelt es sich bei Sicherheiten um einen Oberbegriff für Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen.

§ 23.7 des Konsortialvertrages sieht vor, dass die privaten Anteilseigner unabhängig vom tatsächlichen Umsatz und Gewinn der Berliner Wasserbetriebe so gestellt werden wie es in der Zinsformel des vom Berliner Verfassungsgerichtshof teilweise für nichtig erklärten Art. II § 3 Abs. 4 des Teilprivatisierungsgesetzes vorgesehen war. Es handelt sich insofern um eine Gewinngarantie zu Gunsten der privaten Anteilseigner. Infolge dieser Vereinbarung läuft das Land Berlin Gefahr, einen geringeren Betrag zu erhalten, als ihm nach der Höhe der Anteile von 50,1 % zustehen würde.

Dieses Risiko hat sich vorliegend auch verwirklicht. In den zehn Jahren von 1999-2009 hat das Land Berlin aufgrund dieser Regelung insgesamt fast 500

Millionen Euro niedrigere Gewinnabführungen als die privaten Anteilseigner erhalten. Dies lässt sich aus der Tabelle auf Seite 36 unseres Leitfadens sehr gut ersehen.

Daneben muss nach der Rechtsprechung des Berliner Verfassungsgerichtshofes die Risikoübernahme auch Hauptzweck des Vertrages sein.

Wir sind der Auffassung, dass die Gewinngarantie in § 23.7 des Konsortialvertrages ein Hauptzweck des Vertrages ist. Dabei haben wir darauf abgestellt, dass in dieser Regelung eine eigene Pflicht begründet wird und eine diese eine eigenständige Bedeutung im Sinne einer Hauptleistungspflicht hat.

Der wissenschaftliche Parlamentsdienst vertritt in seinem Gutachten die Auffassung, dass die Gewinngarantie kein Hauptzweck des Konsortialvertrages ist, da § 23.7 nur ein Teilbereich des gesamten Vertragswerks sei, dass die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe regelt.

Diese Auffassung teilen wir nicht. In Anbetracht der jüngsten Entscheidung des Kartellamts zur Senkung der missbräuchlich erhöhten Trinkwasserpreise in Berlin wirkt es fast schon komisch, wenn in § 1 des Konsortialvertrages vom Ausbau und Sicherung einer kostengünstigen Trinkwasserversorgung in Berlin gesprochen wird. Bekanntlich ist ja das genaue Gegenteil eingetreten. Dies aber nur als Anmerkung am Rande.

Ob die Klausel in § 23.7 des Konsortialvertrages einen Hauptzweck darstellt, ist nicht anhand des Umfangs des Vertrages zu bestimmen, sondern anhand der Bedeutung der Regelung für die Parteien. Es wird darin die Höhe der zugesicherten Gewinnausschüttungen für die privaten Anteilseigner geregelt und ist somit die Grundlage für ihre Investitionsentscheidung. Nur aus diesem Grund waren die privaten Anteilseigner bereit, einen Betrag von 3,05 Milliarden DM für die Anteile zu zahlen. Das „Return on Investment“ stellt das unternehmerische Hauptinteresse dar. Dies zeigt sich auch daran, dass in der 5. Änderungsvereinbarung vom 24. Oktober 2003 die Gewinngarantie sogar noch weiter spezifiziert wurde oder wie Prof. Dr. Mayer vorhin sagte „effektiv gemacht“ wurde.

Es besteht daher nach unserer Auffassung überhaupt kein Zweifel, dass die Gewinngarantie in § 23.7 des Konsortialvertrages ein Hauptzweck des Vertrages darstellt und damit eine Sicherheit im Sinne von Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin vorliegt. Für diese Sicherheitsleistung wäre eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich gewesen. Da eine solche gesetzliche Grundlage nicht vorhanden ist, wurde das parlamentarische Budgetrecht aus Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin verletzt, so dass die Regelung verfassungswidrig ist.

## II. Nichtigkeit gem. § 134 BGB

Nach unserer Auffassung folgt aus der Verfassungswidrigkeit der Gewinngarantie auch die Nichtigkeit des Konsortialvertrages, da Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB darstellt. Diese Norm regelt, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Es ist dabei anerkannt, dass auch Vorrechte von Verfassungsorganen der Vorschrift des § 134 BGB unterfallen.

Der wissenschaftliche Parlamentsdienst vertritt in seinem Gutachten die Auffassung, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Regelung in Art. 115 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz und die inhaltsgleiche Regelung in Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin nur das Verhältnis zwischen Regierung und Parlament regelt und damit kein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB sein könne. Nach dem WPD-Gutachten soll es daher rechtssystematisch nicht vertretbar sein, aus dem Haushaltsrecht als staatlichem Innenrecht Rechtsfolgen für den Bereich des Privatrechts herzuleiten. Schließlich wird noch ausgeführt, dass sich aus dem Rechtsstaatsprinzip der Grundsatz des Vertrauensschutzes ergibt, der verletzt werden würde, wenn fehlende Ermächtigungen im innerstaatlichen Bereich zur Nichtigkeit von Verträgen führen könnten.

Diese Auffassungen sind und das muss man an dieser leider so deutlich sagen, sind juristisch sehr fragwürdig. Wenn man schon das Rechtsstaatsprinzip zitiert, dann bitte auch richtig. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden und hier zitiere ich (vgl. BVerfGE 48, 210-227):

*„Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergibt sich der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. ... Das Erfordernis der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage soll ... sicherstellen, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Grundentscheidungen trifft, die den Freiheits- und Gleichheitsbereich der Bürger betreffen.“*

Ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip liegt danach gerade vor, wenn keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist. Wenn man das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage als Begründung dafür heranzieht, dass ein Vertrag nicht nichtig sein könne, ist dies mehr als gewagt.

Gleiches gilt auch für Sicherheiten im Sinne von Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin. Die Nichtigkeit eines Vertrages, der vom Senat ohne Ermächtigungsgrundlage abgeschlossen wurde, stellt somit die Einhaltung von Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin sicher. Im Übrigen unterfällt der Staat selbstverständlich der Regelung in § 134 BGB, wenn er privatrechtliche

Verträge abschließt. Verstößt ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so ist dieser nichtig.

In diesem Bereich gibt es entgegen der Auffassung des WPD auch keinen Vertrauensschutz.

Es ist auch nicht einmal ansatzweise erkennbar, dass ein schützenswertes Vertrauen auf Seiten der privaten Anteilseigner entstanden ist. Ganz im Gegenteil ist hier festzustellen, dass sowohl der Senat von Berlin als auch die privaten Anteilseigner bösgläubig gehandelt haben.

Die Vertragsparteien haben im Konsortialvertrag gerade Regelungen für den Fall der Nichtigkeitserklärung von Art. II § 3 des Teilprivatisierungsgesetzes getroffen. Als die 5. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag abgeschlossen worden ist, war die Nichtigkeit der +2 % Verzinsungsklausel und der Effizienzsteigerungsklausel den Vertragspartnern sogar positiv bekannt.

In beiden Fällen haben die Vertragsparteien im Einvernehmen vorsätzlich das Haushaltsrecht des Parlaments umgangen, was Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin gerade verhindern will. Die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Bestimmung kann nur dadurch sichergestellt werden, dass Verträge zwingend nichtig sind, die unter Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin geschlossen wurden.

Durch die Bösgläubigkeit der Vertragspartner ist die Entstehung von schützenswertem Vertrauen in jedem Fall ausgeschlossen.

Nach unserer Auffassung ist § 23.7 des Konsortialvertrages gemäß § 134 BGB nichtig.

### III. Nichtigkeit gemäß § 138 BGB

Darüber hinaus liegt nach unserer Auffassung auch ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB vor, da § 23.7 des Konsortialvertrages auch gegen die guten Sitten verstößt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoßen, durch das Dritte gefährdet oder geschädigt werden oder das im Falle der Beteiligung der öffentlichen Hand in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl steht.

Voraussetzung dafür ist, dass alle Beteiligten die entsprechenden Tatsachen kennen, die die Sittenwidrigkeit begründen können, oder diese grob fahrlässig

ignorieren. Dass die Regelung in Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin im Interesse der Allgemeinheit erlassen wurde, daran kann kein Zweifel bestehen.

Dass sich die Vertragspartner über den Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin im klaren war, kann nach unserer Auffassung nicht in Zweifel stehen.

Der wissenschaftliche Parlamentsdienst vertritt in seinem Gutachten hingegen die Auffassung, dass nicht ersichtlich, dass durch § 23.7 des Konsortialvertrages Vermögenswerte des Landes Berlin regelrecht verschleudert werden. Maßstab ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein krasser Widerspruch zum Gemeinwohl und nicht die Verschleuderung von Vermögenswerten.

Dazu erlauben wir uns erneut auf die Tabelle in Seite 36 unseres Leitfadens zu verweisen. In den Jahren von 1999-2009 hat die Regelung in § 23.7 des Konsortialvertrages dazu geführt, dass die Berliner Wasserbetriebe an das Land Berlin 694 Millionen Euro Gewinn abgeführt haben.

Demgegenüber wurden im gleichen Zeitraum an die privaten Anteilseigner 1,183 Milliarden € Gewinn von den Berliner Wasserbetrieben abgeführt.

Die privaten Anteilseigner haben somit fast 500 Millionen Euro mehr erhalten, als das Land Berlin, obwohl das Land Berlin Mehrheitseigentümer ist.

Dies ist geradezu ein Musterbeispiel für das Verschleudern von Vermögenswerten und steht in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl, worauf es vorliegend ankommt. Die Klausel in § 23.7 des Konsortialvertrages hat in den zehn Jahren von 1999-2009 dazu geführt, dass die privaten Anteilseigner mit ihrem Anteil von 49,9 % einen Anteil von 63 % an den Gewinnen erhielten und das Land Berlin mit seinem Anteil von 50,1 % nur einen Anteil von 37 % an den Gewinnen erhielt. Nach unserer Auffassung liegt darin eindeutig ein krasser Widerspruch zum Gemeinwohl.

Der wissenschaftliche Parlamentsdienst führt in seinem Gutachten noch weiter aus, dass angesichts der diffizilen Rechtslage nicht davon auszugehen sei, dass sowohl der Senat als auch die privaten Anteilseigner sich des Verstoßes gegen das Budgetrecht und das Demokratieprinzip bewusst waren oder dies grob fahrlässig ignoriert haben.

Worin allerdings die diffizile Rechtslage bestehen soll, erläutert der wissenschaftliche Parlamentsdienst nicht. Dies, so meine ich, aus gutem Grund. Die Rechtslage ist keineswegs diffizil.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Konsortialvertrages war beiden Parteien bewusst, dass die Regelung in Art. II § 3 des Teilprivatisierungsgesetzes für nichtig erklärt werden könnte. Genau aus diesem Grund haben sie für diesen Fall die Regelung in § 23.7 des Konsortialvertrages getroffen.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Fünften Änderungsvereinbarung war beiden Parteien die Verfassungswidrigkeit der Regelung sogar positiv bekannt, beides klare Fälle von Bösgläubigkeit. Dass sich durch die Regelung in § 23.7 des Konsortialvertrages eine disproportionale Gewinnverteilung ergeben würde, war beiden Parteien ebenfalls bewusst. Genau dies hatten sie ja für den Fall der Nichtigerklärung von Art. II § 3 des Teilprivatisierungsgesetzes geregelt. Dass die sich daraus ergebende Gewinngarantie der privaten Anteilseigner zulasten des Landes Berlin gehen würde, war somit offenkundig. Die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, waren den Vertragsparteien in jedem Fall positiv bekannt. § 23.7 des Konsortialvertrages ist danach auch wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

#### IV. Gesamtnichtigkeit des Konsortialvertrages

Es stellt sich danach noch die Frage welche rechtlichen Konsequenzen aus der Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages folgen, d.h. ob damit der gesamte Konsortialvertrag gemäß § 139 BGB nichtig ist oder nur die Regelung in § 23.7 des Konsortialvertrages.

Nach unserer Auffassung folgt aus der Nichtigkeit des § 23.7 auch die Nichtigkeit des gesamten Vertrages. Wie ich bereits ausgeführt habe, regelt § 23.7 einen Hauptzweck des Vertrags. Nach den Gesamtumständen gehen wir davon aus, dass die privaten Anteilseigner ohne die Regelungen in § 23.7 des Konsortialvertrages von einer Beteiligung an den Wasserbetrieben abgesehen hätten. Die Höhe der erzielbaren Gewinne war ein zentraler Faktor für die Kaufentscheidung, einen Anteil an den Berliner Wasserbetrieben zu erwerben.

Da im Konsortialvertrag in § 47.3 eine so genannte Erhaltungsklausel aufgenommen wurde, müsste das Land Berlin im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens darlegen und beweisen, dass der Vertrag ohne die Regelung in § 23.7 nicht abgeschlossen worden wäre. In Anbetracht der elementaren Bedeutung der Gewinngarantien des § 23.7 dürfte dies jedoch keine besonderen Schwierigkeiten mit sich bringen.

Der wissenschaftliche Parlamentsdienst vertritt hingegen in seinem Gutachten die Auffassung, dass angesichts des Umfangs der Regelung und der detaillierten Ausformulierung in der Erhaltungsklausel in § 47.3 des Konsortialvertrages folgt, dass die Parteien ein gesteigertes Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages hatten. Die Absicherung der Rendite sei für die privaten Anteilseigner

von erheblicher Bedeutung. Jedoch würden nach Auffassung des wissenschaftlichen Parlamentsdienstes bei Unwirksamkeit der Regelung in § 23.7 nicht die Ansprüche auf Rendite entfallen, sondern nur die Verpflichtung des Landes Berlin zur Durchführung der zugesicherten Maßnahmen. Über die Rendite müsse damit neu verhandelt werden.

Auch diese Auffassung des wissenschaftlichen Parlamentsdienstes können wir nur als sehr zweifelhaft bezeichnen.

Die Absicherung der Rendite ist für die privaten Anteilseigentümer nicht nur von erheblicher Bedeutung. Das Streben nach Gewinn ist **das** konstituierende Merkmal des Betriebes in der Marktwirtschaft. Dementsprechend haben sich die privaten Anteilseigentümer auch bereits unmittelbar nach dem Urteil des Verfassungsgerichtshof vom 21. Oktober 1999 an den Senat gewendet und nachgefragt nach, ob das Land Berlin auch weiterhin seinen Verpflichtungen aus § 23.7 des Konsortialvertrages nachkommt. Dies haben die Senatsverwaltungen für Wirtschaft und Betriebe und Finanzen dann mit Schreiben vom 29. Oktober 1999 nochmals ausdrücklich bestätigt. Das zeigt deutlich auf, dass die Regelung in § 23.7 höchste Bedeutung und Priorität für die privaten Anteilseigentümer hat und damit das Bestehen des gesamten Vertrages.

Darüber hinaus regelt § 23.7 selbstverständlich auch die Höhe der Gewinnausschüttung zu Gunsten der privaten Anteilseigner. Ihre Gewinne werden durch die Klausel garantiert und zwar auf der Grundlage des Verfassungsgerichtshofs als verfassungswidrig erklärten zwei prozentigen Zuschlags und der verfassungswidrigen Effizienzsteigerungsklausel. Die Klausel hat dann dazu geführt hat, dass die privaten Anteilseigner fast 500 Millionen € höhere Gewinnausschüttungen in den zehn Jahren von 1999-2009 erhalten haben.

Bei Nichtigkeit der Klausel in § 23.7 hat die Gewinnausschüttung auf der Grundlage der Höhe der Anteile zu erfolgen. Für eine Neuverhandlung der Rendite verbleibt im Falle der Nichtigkeit von § 23.7 kein Raum und zwar sowohl dann, wenn nur die Klausel nichtig ist und ohnehin dann, wenn der gesamte Vertrag nichtig ist.

## V. Gerichtliche Zuständigkeit

Sofern der Senat tatsächlich beabsichtigen sollte, die Nichtigkeit des Vertrages vor staatlichen Gerichten geltend zu machen, stellt sich dann die Frage, vor welchem Gericht dies erfolgen müsste.

Wir sind zu der Auffassung gekommen, dass aufgrund des Bezugs zu hoheitlichen Aufgaben der Daseinsvorsorge der Verwaltungsrechtsweg nahe

liegt, haben im übrigen aber auch die vom wissenschaftlichen Parlamentsdienst angenommene Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte geprüft. Dabei stellt sich die Frage, ob durch die Schiedsvereinbarung in § 44 Abs. 2 des Konsortialvertrages in Verbindung mit § 1 Abs. 1 der Anlage 44.2 zum Vertrag der Rechtsweg vor die ordentlichen Gerichte ausgeschlossen ist.

Wir sind der Auffassung, dass die Schiedsvereinbarung wegen einer gesetzlichen Vorschrift im Sinne von § 1030 Abs. 3 ZPO nichtig ist.

Wie im Leitfaden dargelegt ist, ergibt sich dies aus dem Demokratieprinzip in Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz, dem Gewaltenteilungsprinzip in Art. 20 Abs. 2 Grundgesetz und dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz bzw. den entsprechenden Vorschriften in Art. 2 und Art. 3 der Verfassung von Berlin.

Durch die Übertragung der Zuständigkeit auf ein Schiedsgericht ist die Möglichkeit einer parlamentarischen Kontrolle des Verwaltungshandelns ausgeschlossen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht mehr in ausreichendem Maße sichergestellt. Da etwaige Schiedsverfahren vertraulich sind, haben die Parlamentarier keine Möglichkeit, die Prozessführung durch den Senat zu beobachten und nach Abschluss des Verfahrens zu überprüfen.

Nach der Schiedsvereinbarung sind die Öffentlichkeit und das Parlament noch nicht einmal darüber zu informieren, ob überhaupt ein Schiedsverfahren durchgeführt wird, so dass das Handeln des Senats der parlamentarischen Kontrolle völlig entzogen wird. Die gegenseitige Kontrolle der Staatsorgane ist jedoch ein wesentliches Verfassungserfordernis, das sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz ergibt. Schließlich verlangen auch das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip einen gewissen Grad an Transparenz und Öffentlichkeit bei gerichtlicher Kontrolle.

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

Bei dieser Thematik ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es eine neue und offene Rechtsfrage ist, ob eine Schiedsklausel aufgrund von Verfassungsbestimmungen nichtig sein kann. Es spricht jedoch viel dafür, dass auch Verfassungsnormen der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung entgegenstehen können.



Das Bundesverfassungsgericht hat bereits entschieden, dass die Grundrechte über die Generalklauseln auch in das einfache Recht hineinstrahlen. Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht auch entschieden, dass die objektiven Wertentscheidungen der Verfassung als Bestandteil der Grundrechte der Beurteilungsmaßstab für privatrechtliche Rechtsbeziehungen und die Entscheidungen von Zivilgerichten sind.

Eine Ausstrahlungswirkung der grundlegenden Verfassungsprinzipien aus den Artikeln 20 Abs. 1 bis Abs. 3 Grundgesetz kommt danach durchaus in Betracht, die Wertentscheidungen der Verfassung dürften auch jenseits der Grundrechte bei privatrechtlichem staatlichem Handeln in das Privatrecht ausstrahlen. Darüber hinaus dürfte in jedem Fall auch aus Art. 115 Abs. 1 Grundgesetz bzw. Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin folgen, dass die vorliegende Schiedsvereinbarung unwirksam ist. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, zu verhindern, dass die Exekutive das Haushaltsrecht des Parlamentes nicht aushöhlt oder umgeht. Dieses Umgehungsverbot würde jedoch leer laufen, wenn eine gerichtliche Überprüfung durch staatliche Gerichte durch eine Schiedsvereinbarung ausgehebelt werden könnte.

In dem hypothetischen Fall, dass sich der Senat doch noch entschließen sollte, die Nichtigkeit des Konsortialvertrages geltend zu machen, kann dies deshalb vor staatlichen Gerichten geltend gemacht werden.

## VI. Organstreitverfahren

Sollte der Senat jedoch weiterhin untätig bleiben, so besteht für das Abgeordnetenhaus die Möglichkeit, in einem Organstreitverfahren vor dem Berliner Verfassungsgerichtshof gegen den Verstoß gegen das Haushaltsrecht und Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin vorzugehen.

Gegenstand des Organstreitverfahrens wäre danach die Feststellung, dass der Senat gegen Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin verstößt, in dem er es unterlässt, die Nichtigkeit des Konsortialvertrages geltend zu machen.

Durch ein Organstreitverfahren kann der Senat nicht gezwungen werden, die Nichtigkeit des Konsortialvertrages geltend zu machen. Aber der Verfassungsgerichtshof kann feststellen, dass die Unterlassung des Senats einen Verstoß gegen das Budgetrecht des Abgeordnetenhauses aus Art. 87 Abs. 1 der Verfassung darstellt.

Soweit der wissenschaftliche Parlamentsdienst in seinem Gutachten daher meint, dass aus dem parlamentarischen Budgetrecht keine verfassungsrechtliche Befugnis ableitbar wäre, die das Abgeordnetenhaus im Organstreitverfahren

geltend machen könnte, ist dies schlichtweg falsch. Der Berliner Verfassungsgerichtshof hat bereits im Jahr 1997 (Beschluss vom 8.4.1997, Az. 78/96 – NwZ-RR 1997, 506-507) entschieden, dass eine ohne Ermächtigung durch Haushaltsgesetz gemachte Anleihe einen Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin darstellt, welcher durch das Abgeordnetenhaus auch vor dem Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden kann. Auch hat der Verfassungsgerichtshof im Jahr 2003 entschieden (vgl. Beschluss vom 21.03.2003, Az. 6/01 – VwZ-RR 2003, 537-541), dass eine Fraktion mit einem Organstreitverfahren gemäß § 37 Abs. 1 des Verfassungsgerichtshofgesetzes auch befugt ist, im Wege der Prozeßstandschaft die Verletzungen von verfassungsmäßigen Rechten des Abgeordnetenhauses - selbst gegen dessen Willen - geltend zu machen. Eine Organklage ist danach selbstverständlich zulässig und nach den bisherigen Ausführungen auch begründet.

Im übrigen gehen die Ausführungen des wissenschaftlichen Parlamentsdienstes am Gegenstand des Organstreitverfahrens völlig vorbei. Anders als im Gutachten des wissenschaftlichen Parlamentsdienstes unterstellt wird, ist Gegenstand des Organstreitverfahrens nicht die Geltendmachung der Nichtigkeit des Konsortialvertrages. Dies ist im Verfassungsgerichtshofgesetz nicht vorgesehen. Gegenstand des Organstreitverfahrens ist die Untätigkeit des Senats.

Der Antrag für ein Organstreitverfahren muss gemäß § 37 Abs. 3 des Verfassungsgerichtshofgesetzes binnen sechs Monaten gestellt werden, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung bekannt geworden ist.

Der Arbeitskreis ist der Auffassung, dass die sechsmonatige Frist noch gar nicht begonnen hat, da bisher keine Aufforderung an den Senat erfolgt ist, eine Vertragsanfechtung durchzuführen.

Der wissenschaftliche Parlamentsdienst stellt darauf ab, dass das Ziel des Organstreitverfahrens nicht ein Verhalten des Senats, sondern die gerichtliche Nichtigkeitsfeststellung des Vertrages sei. Dies soll dann dafür sprechen, die Maßstäbe anzuwenden, wie bei einer Organklage gegen ein Gesetz. Die Frist hätte nach Auffassung des wissenschaftlichen Parlamentsdienstes spätestens mit der Veröffentlichung im Internet am 10. November 2010 begonnen und wäre damit abgelaufen.

Wie ich bereits dargelegt habe, geht der wissenschaftliche Parlamentsdienst von völlig falschen Voraussetzungen aus. Gegenstand des Organstreitverfahrens wäre vorliegend das Verhalten des Senats, der es unterlässt, die Nichtigkeit des Konsortialvertrages vor staatlichen Gerichten geltend zu machen. Die Beseitigung des Konsortialvertrages kann nicht Gegenstand eines Organstreitverfahrens sein. Es kann daher auch nicht Anknüpfungspunkt für die

Frist in § 37 Abs. 3 des Verfassungsgerichtshofgesetzes sein. Dies ist tatsächlich nur die Unterlassung des Senats.

Im übrigen dürfte für den Lauf der Frist auf § 3 des Offenlegungsgesetzes abzustellen sein, der u.a. bestimmt:

„Bestehende Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden bedürfen einer eingehenden, öffentlichen Prüfung und öffentlichen Aussprache durch das Abgeordnetenhaus unter Hinzuziehung von unabhängigen Sachverständigen. Für die Prüfung der Verträge ist dem Abgeordnetenhaus eine Frist von mindestens sechs Monaten einzuräumen.“

Die Prüfungspflicht gemäß § 3 S. 2 wurde dem Sonderausschuss Wasserverträge übertragen. Bevor dieser seine Arbeit nicht beendet hat, dürfte die Frist für das Organstreitverfahren noch nicht zu laufen begonnen haben, unabhängig davon, ob man auf ein Tun oder Unterlassen des Senats abstellt.

Im übrigen spricht nach der Rechtsprechung des Berliner Verfassungsgerichtshofes auch viel dafür, dass sogar für jedes Haushaltsjahr der Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin gesondert geltend gemacht werden kann. Die Regelung in § 23.7 des Konsortialvertrages beinhaltet für jedes einzelne Haushaltsjahr eine Verletzung des Haushaltsrechts des Abgeordnetenhauses. Darauf kommt es vorliegend jedoch nicht an, da mangels einer Aufforderung an den Senat bzw. Abschluss der Prüfung durch den Sonderausschuss Wasserverträge die 6-Monatsfrist des § 37 Abs. 3 des Verfassungsgerichtshofgesetzes noch gar nicht begonnen hat.

## VII. Antragsbefugnis vor dem Verfassungsgerichtshof

Es stellt sich dann noch die Frage, wer für ein Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof antragsbefugt ist. Dazu ergeben sich aus unseren Ausführungen im Leitfaden und dem Gutachten des wissenschaftlichen Parlamentsdienstes keine wesentlichen Differenzen bezüglich der rechtlichen Darlegungen.

Einzelne Fraktionen können in jedem Fall in Prozessstandschaft für das Abgeordnetenhaus im Rahmen eines Organstreitverfahrens vor den Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin einen Antrag stellen. Bezüglich einzelner Abgeordneter ist dies durch den Berliner Verfassungsgerichtshof noch nicht entschieden worden. Insofern kann ich auf die Darstellungen in unserem Leitfaden verweisen.

Damit möchte ich zunächst meine Ausführungen abschließen und bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.