

BORGMANN • SYDOW • BOTHE
Rechtsanwälte

RAe Borgmann • Sydow • Bothe - Postfach 610113 - 10921 Berlin

An das
Abgeordnetenhaus von Berlin
Sonderausschuss "Wasserverträge"
Niederkirchnerstr. 5

10117 Berlin

Datum	Unser Zeichen	Bei Rückfragen
21.12.2012	11/000599	Sydow/ns

**Entwurfssfassung für den Abschlussbericht
des Sonderausschusses Wasserverträge**

Sehr geehrte Abgeordnete, sehr geehrte Damen und Herren,

zu der Entwurfssfassung des Abschlussberichts möchte ich namens und für den Arbeitskreis unabhängiger Juristen Stellung nehmen.

Es liegt in der Komplexität der Thematik begründet, dass sich in der Darstellung der verfassungsrechtlichen Aspekte Fehler eingeschlichen haben, die der Korrektur bedürfen.

Nur so kann gewährleistet werden, dass das Abgeordnetenhaus von Berlin am 17. Januar 2013 auf einer Entscheidungsgrundlage debatiert, die dem Prüfauftrag des Volksgesetzes entspricht und gerecht wird.

Lassen Sie mich bitte aus meiner dem Sonderausschuss vorliegenden Stellungnahme zu folgenden Aspekten zitieren und auf weitere ergänzungsbedürftige Passagen aus den Anhörungen des Sonderausschusses verweisen.

Bernd Borgmann

Olav Sydow

Fachanwalt für Strafrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Anja Bothe

in Bürogemeinschaft mit:

Catrin Gastberg
Annette Langner

Mehringdamm 32
10961 Berlin

Telefon 030 / 253 77 10
Telefax 030 / 251 87 93

Email:
info@kanzlei-mehringdamm.de
Internet:
www.kanzlei-mehringdamm.de

Bürozeiten:

Mo.-Do. 9.00–13.00 Uhr
15.00–18.00 Uhr
Fr. 9.00–15.00 Uhr
und nach Vereinbarung

Commerzbank AG Berlin
BLZ 100 400 00
Konto 577 99 88 00

Postbank Berlin
BLZ 100 100 10
Konto 206 43-105

Berliner Volksbank eG
BLZ 100 900 00
Konto 570 587 4001

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

Zum Verstoß gegen Art. 87 VVB wird auf die Aussage des WPD Bezug genommen, in der die Behauptung vertreten wird, „dass die Risikoabsicherung – anders als nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs erforderlich – nicht der Hauptzweck des Konsortialvertrages sei.“

Vorsorglich hatte ich gegenüber einer solchen Argumentation in meiner Stellungnahme betont (vgl. Wortprotokoll SondAWV 17/9, 8. Juni 2012 – S. 23-24 pdf):

„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.“

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

Die Darstellung in der Entwurfsfassung erfasst die Tragweite leider nicht im Ansatz. Daher aus der Ihnen vorliegenden Stellungnahme zur Erinnerung (vgl. Wortprotokoll SondAWV 17/9, 8. Juni 2012 – S. 25 pdf):

„Sowohl der Senat von Berlin als auch die privaten Anteilseigner haben bösgläubig gehandelt. Die Vertragsparteien haben im Konsortialvertrag gerade Regelungen für den Fall der Nichtigklärung 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.“

Äußerst hilfreich zur Einordnung der Debatte um ein Verbotsgesetz erscheinen auch die Ausführungen von Prof. Keßler (vgl. Wortprotokoll SondAWv 17/6, 4. Mai 2012 – S. 18 pdf):

„Sie haben mich dann nach der verfassungsrechtlichen Komponente gefragt. Der Ansatzpunkt wäre, was die zivilrechtliche Nichtigkeit der Verträge betrifft, in diesem Fall § 134 BGB. Nach § 134 BGB sind Verträge nichtig, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Und wenn Sie in einen der wohl am meisten verbreiteten BGB-Kommentare, den Palandt, hineinschauen, werden Sie dort den Hinweis finden, dass zu solchen Gesetzen, die als Verbotsgesetze interpretiert werden können, auch verfassungsrechtliche Regelungen gehören, die sich mit den Organkompetenzen innerhalb des Systems befassen, also Zuständigkeit des Parlaments usw. Das wäre dann möglicherweise der Ansatzpunkt, also Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot folgt nicht unmittelbar aus der Verfassung, aber verfassungsrechtliche Normen können – ich denke, das ist weitgehend abgesichert – Verbotsgesetze sein, die im Falle ihrer Verletzung dann auch Sanktionen nach § 134 BGB auslösen können.“

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

Die Andeutungen in der Fußnote 28 zur Bösgläubigkeit informieren die LeserInnen des Berichts unzureichend und bleiben den Nachweis wie die Rechtsfolgen schuldig. Daher auch hier der Hinweis aus meiner Stellungnahme (vgl. Wortprotokoll SondAWV 17/9, 8. Juni 2012 – S. 26 pdf):

„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. Das 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 Nichtigklärung 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.“

Zur Anwendung der §§ 134, 138 BGB wäre auch ein Hinweis auf einen in der juristischen **Fachzeitschrift NJW erschienenen Beitrag von Frau Dr. Johanna Wolff** geboten gewesen, da er die Problematik ausführlich behandelt und Gegenstand der Erörterung im Sonderausschuss war.¹

ee) Fragen der Durchsetzbarkeit (Zuständigkeit/Klagefrist)

Die vom WPD dargestellte Rechtsauffassung verwundert insofern, da diese Rechtsauffassung einer parlamentarischen Einrichtung (!) auf eine Schwächung der parlamentarischen Kontrolle gegenüber der Exekutive hinausläuft. Daher sollte die in der Stellungnahme und dem AKJ-Leitfaden herausgestellte Problematik auch im Abschlussbericht deutlich dargestellt werden (vgl. Wortprotokoll SondAWV 17/9, 8. Juni 2012 – S. 26 pdf):

„Durch die Übertragung der Zuständigkeit auf ein Schiedsgericht ist die Möglichkeit einer parlamentarischen Kontrolle des Verwaltungshandelns ausgeschlossen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht mehr in ausreichendem Maß sichergestellt. Da etwaige Schiedsverfahren vertraulich sind, haben die Parlamentarier keine Möglichkeit, die Prozessführung durch den Senat zu beobachten und nach Abschluss des Verfahrens zu überprüfen. Nach der Schiedsvereinbarung sind die Öffentlichkeit und das Parlament noch nicht einmal darüber zu informieren, ob überhaupt ein Schiedsverfahren durchgeführt wird, sodass das Handeln des Senats der parlamentarischen Kontrolle völlig entzogen ist. Die gegenseitige Kontrolle der Staatsorgane ist jedoch ein wesentliches Verfassungserfordernis, das sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip in Artikel 20 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz ergibt. Schließlich verlangen auch das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip einen gewissen Grad an Transparenz und Öffentlichkeit bei gerichtlicher Kontrolle.“

Schließlich von meiner Seite noch der Hinweis auf meine Stellungnahme zum Beginn der sechsmonatigen Frist für ein Organstreitverfahren (vgl. Wortprotokoll SondAWV 17/9, 8. Juni 2012 – S. 29 pdf):

¹ Wolff, Parlamentarisches Budgetrecht und Wirksamkeit zivilrechtlicher Verträge, NJW 2012, 812

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

Ergänzend dazu wäre noch anzumerken, dass für den Beginn der Sechs-Monats-Frist für das Organstreitverfahren auf § 3 des Wasserbetriebe-Geheimverträgeoffenlegungsgesetzes abzustellen sein dürfte, 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.

Auch die alleinige Wiedergabe der Rechtsauffassung von Prof. Mayer zur Verfristung des europäischen Beihilfeverfahrens (S. 37 bzw. S.45 (pdf)) unterschlägt Rückforderungspotenziale, was Prof. Keßler sehr deutlich herausgestellt hat (vgl. Prof. Keßler, Wortprotokoll SondAWv 17/6, 4. Mai 2012 – S. 18 pdf):

„Bestandsschutz, Sie haben recht, alles, was länger als zehn Jahre zurückliegt, gerechnet von dem Zeitpunkt, zu dem das Verfahren eingeleitet wurde, ist möglicherweise, dafür spricht einiges, nicht mehr rückforderbar. Das bedeutet aber, dass die letzten zehn Jahre nebst Zinsen zurückgefordert werden können und dass natürlich für die Zukunft diese Vertragsklausel nicht mehr praktiziert werden darf.“

Eine Ergänzung des Ausschussberichtes zu dem Bereich „Prüfung verfassungsrechtlicher Fragen“ erscheint dringend geboten. Auch die überraschende Eröffnung neuer Perspektiven für die Vertragserfüllung nach einer erfolgreichen Verfassungsklage durch Prof. Musil sollte den Abgeordneten wie der Öffentlichkeit unbedingt übermittelt werden: Auf der 10. Sitzung des Sonderausschusses (24. Aug. 2012) betonte Prof. Musil zum einen, dass eine Verfassungsklage mit keinerlei Risiken verbunden sei (Musil, S.6), zum anderen dass sich im Fall einer erfolgreichen Verfassungsklage auch für die Vertragserfüllung eine neue Option eröffnet. Mit einem Urteil des Verfassungsgerichtshofs im Rücken könnte das Land Berlin sich weigern, einen Vertrag zu erfüllen, der die Verfassung verletzt (vgl. Prof. Musil, Wortprotokoll SondAWv 17/10, 24. August 2012 – S. 7 pdf):

„Für mich als Juristen würde eher näher liegen, dass man dem Vertragspartner einfach sagt: Ich erfülle nicht –, und der muss klagen. Das wäre eigentlich die näher liegende Situation. Im Grund will ja die andere Seite Geld und nicht das Land.“

Gerade vor dem Hintergrund der laufenden Verhandlungen mit Veolia kann das Land Berlin den politischen Druck auf den Verhandlungspartner aufbauen und erhöhen². Es dürfte unstrittig sein, dass eine erfolgreiche Organklage die Verhandlungsposition des Finanzsenators erheblich stärken würde. Unabhängig davon wird die Öffentlichkeit aber sicherlich zu Recht diejenigen Fraktionen bzw. Abgeordneten wahrnehmen, die die Organklage einleiten und gewinnen.

In diesem Zusammenhang erlaube ich mir nochmals den Hinweis darauf, dass wir – Frau Finkentheiß und meine Person – unsere Bereitschaft erklärt haben, ohne jeglichen Kostenrisiko für den oder die Antragsteller die Organstreitklage zu erarbeiten und die Vertretung vor dem Verfassungsgerichtshof zu übernehmen.

Von den Erfolgsaussichten eines Organstreitverfahrens überzeugt, haben wir die Zeit seit unserer Anhörung genutzt, um die Klageschrift – basierend auf dem Leitfaden des AKJ – bereits aufzusetzen. Zu der Perspektive einer Organklage möchten wir anmerken, dass die Risiken einer Rückabwicklung spekulativer Natur sind. Es gibt keinen derartigen Präzedenzfall. Es bleibt somit festzuhalten: Eine Organklage wäre lediglich der erste Schritt. Inwieweit Organisationen der Zivilgesellschaft bereit wären, das Risiko einer Nichtigkeitsklage einzugehen, hängt auch entscheidend davon ab, wie das Urteil eines Organ-

² So auch Prof. Musil: „Es ist erst mal politisch zu beurteilen, wie viel Druck man durch so eine Feststellung, dass das verfassungswidrig ist, aufbauen kann. Das ist schon ein starker Tobak“ (S. 7).

streitverfahrens ausfallen würde. Prof. Keßler hatte, wie auch Prof. Musil, auf die Zweistufigkeit des Verfahrens hingewiesen (vgl. Prof. Keßler, Wortprotokoll SondAWv 17/6, 4. Mai 2012 – S. 12 pdf):

„In der Tat – das hat Herr Lederer angesprochen – kann man sich die Frage stellen: Wenn diese „R plus 2“-Regelung dort weggefallen ist und sie nun durch den Konsortialvertrag im Ergebnis aufgefangen wird – eine spannende Frage –, wird dadurch letzten Endes die Entscheidung des Landesverfassungsgerichtshofs desavouiert? Der Landesverfassungsgerichtshof hat keine Möglichkeit, von sich aus das Verfahren wieder aufzugreifen. Eine solche Regelung kennt das deutsche Recht nicht. Am naheliegendsten wäre eine Organklage einer Fraktion des Abgeordnetenhauses. Dass Fraktionen insofern klageberechtigt auf Bundesebene sind, ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; es liegt nahe. Es erscheint unwahrscheinlich, dass die Sichtweise des Landesverfassungsgerichts in dieser Hinsicht eine andere ist als die des Bundesverfassungsgerichts. Möglicherweise könnte man – und da wäre jeder berufen, wenn man zu dem Ergebnis kommt: Dies führt zur Nichtigkeit des Vertrages. Da hätten wir fast eine Art Popularklage – ein jeder, der ein berechtigtes Interesse hat, im Wege der Feststellungsklage nach § 256 ZPO geltend machen, festzustellen, dass die Verträge unwirksam sind. Das wäre der zweite Weg, der hier gegeben wäre.“

In der Zusammenfassung wird die Einschätzung der Ausschussmehrheit wiedergegeben, wodurch die Entwurfsfassung indirekt widerspiegelt, dass es zu vielen offenen Rechtsfragen verschiedene Rechtsmeinungen gibt. Vor diesem Hintergrund der Pluralität von Rechtsmeinungen wäre es da nicht nahe liegend, wenn der Ausschuss abschließend empfiehlt, die offenen Rechtsfragen einer abschließenden gerichtlichen Klärung zuzuführen?

Hochachtungsvoll



Olav Sydow