

Abschrift

VERFASSUNGSGERICHTSHOF DES LANDES BERLIN

Im Namen des Volkes Beschluss

VerfGH 51/13

In dem Organstreitverfahren

der Piratenfraktion im Abgeordnetenhaus von Berlin,
Niederkirchnerstraße 5, 10111 Berlin,

- Antragstellerin -

- Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte D. u. a.,
M.-Straße, Karlsruhe -

g e g e n

den Senat von Berlin,
Jüdenstraße 1, 10178 Berlin,

- Antragsgegner -

- Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte L.,
F.-Straße, Berlin -

hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin durch die Präsidentin Schudoma, den Vizepräsidenten Hund und die Richterinnen und Richter Körner, Prof. Dr. Krieger, Müller-Gazurek, Müller-Jacobsen, Dr. Rueß, Starostik und Wesel

am 20. Juni 2014 b e s c h l o s s e n :

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Das Verfahren ist gerichtskostenfrei.

Auslagen werden nicht erstattet.

Gründe

I.

Gegenstand des Organstreits ist eine vertragliche Gewinnsicherungsklausel zugunsten der im Jahr 1999 an der Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe beteiligten Investoren. Die Antragstellerin hält diese Klausel wegen Verstoßes gegen Art. 87 Abs. 1 VvB für nichtig und meint, der Antragsgegner hätte dies im Zusammenhang mit der im Jahr 2012 begonnenen Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe gegenüber den Investoren außergerichtlich und gegebenenfalls auch gerichtlich geltend machen müssen.

1. Im Jahr 1999 wurden die Berliner Wasserbetriebe als Anstalt des öffentlichen Rechts in einen privatrechtlichen Konzern unter Beteiligung des Landes Berlin sowie der Konzerne Vivendi (heute: Veolia) und RWE als privater Investoren eingebunden. Dabei übernahm eine 100 %-ige Tochtergesellschaft (im Folgenden: Zwischenholding) des privaten Investorenkonsortiums 49,9 % der Anteile an der Holding, die sich ihrerseits mit 49,9 % wirtschaftlich an den Berliner Wasserbetrieben beteiligte.

Die Grundlagen für dieses Holding-Modell wurden unter anderem durch das Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (Art. II des Gesetzes zur Änderung des Berliner Betriebegesetzes, zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und zur Änderung des Berliner Wassergesetzes vom 17. Mai 1999, GVBl. S. 183; im Folgenden: Teilprivatisierungsgesetz - TPrG) und einen Konsortialvertrag vom 18. Juni 1999 - veröffentlicht auf den Internetseiten der Senatsverwaltung für Finanzen am 10. November 2010 - geschaffen.

§ 3 Abs. 4 TPrG regelte die als Kostenfaktor in die Berechnung der Wassertarife einzustellende kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals und die Weitergabe von Effizienzgewinnen an die Entgeltzahler. § 23.7 des Konsortialvertrags sieht für den Fall, dass § 3 TPrG durch Entscheidung eines Verfassungsgerichts für nichtig erklärt würde, eine Verpflichtung des Landes Berlin vor, etwaige wirtschaftliche Nachteile der Berliner Wasserbetriebe durch Novellierung des TPrG und durch unternehmerische Maßnahmen, hilfsweise durch Abtretung seines eigenen Gewinnanspruchs an die Zwischenholding auszugleichen.

Auf einen bereits bei Abschluss des Konsortialvertrags anhängigen Normenkontrollantrag erklärte der Verfassungsgerichtshof mit Urteil vom 21. Oktober 1999 - VerfGH 42/99 - (LVerfGE 10, 96) § 3 Abs. 4 TPrG hinsichtlich der Höhe des kalkulatorischen Zinssatzes teilweise für nichtig. Als Reaktion darauf wurde das Teilprivatisierungsgesetz angepasst. Außerdem wurde der Konsortialvertrag durch die 5. Änderungsvereinbarung vom 24. Oktober 2003 um Regelungen zu Ausgleichsverpflichtungen des Landes Berlin ergänzt. Zugleich wurde in Ziffer II.5 der Änderungsvereinbarung festgehalten, dass keine Partei Ansprüche gleich welcher Art, einschließlich solcher aufgrund § 23.7 Konsortialvertrag, aus oder im Zusammenhang mit dem Urteil des Verfassungsgerichtshofes von Berlin vom 21. Oktober 1999 (VerfGH 42/99) habe, mit Ausnahme solcher Ansprüche, die ausdrücklich in der Änderungsvereinbarung geregelt seien.

2. Ab 2011 verhandelte das Land Berlin mit dem RWE-Konzern über den Rückkauf von dessen Anteilen. In der Folgezeit wurden eine mögliche Unwirksamkeit der Gewinngarantie in § 23.7 und des Konsortialvertrags insgesamt, daraus folgende Handlungsmöglichkeiten sowie etwaige Auswirkungen auf den geplanten

Rückkauf mehrfach im Abgeordnetenhaus, in der Berliner Öffentlichkeit und in gutachterlichen Stellungnahmen thematisiert. In der Plenarsitzung des Abgeordnetenhauses am 10. Mai 2012 äußerte der Finanzsenator im Namen des Antragsgegners auf mündliche Anfragen zweier Abgeordneter zu Einzelheiten des geplanten Rückkaufs (Plenarprotokoll 17/13 vom 10. Mai 2012, S. 990): „Deswegen gehen wir davon aus - und müssen wir davon ausgehen -, dass die Verträge zur Teilprivatisierung wirksam und rechtmäßig sind. Deshalb sind auch keine Regelungen für Nachverhandlungen mit RWE erforderlich.“

Unter dem 18. Mai 2012 unterbreitete ein Abgeordneter der Antragstellerin dem Antragsgegner im Rahmen einer Kleinen Anfrage unter anderem folgende Fragen:

- „1. Hat der Senat von Berlin in einem Schiedsverfahren gemäß § 44 des Konsortialvertrags oder in einem gerichtlichen Verfahren oder außergerichtlich die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages geltend gemacht? Wenn ja: Zu welchem Ergebnis hat dies geführt?
2. Sieht der Senat in § 23.7 des Konsortialvertrages einen Verstoß gegen Art. 87 VvB?
3. Hält der Senat die Regelung in § 23.7 des Konsortialvertrages oder den gesamten Konsortialvertrag aus den in dem Leitfaden des Arbeitskreises genannten oder aus anderen Gründen für nichtig oder unwirksam?
4. Beabsichtigt der Senat die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit von § 23.7 des Konsortialvertrages oder des gesamten Konsortialvertrages außergerichtlich, gerichtlich oder in einem Schiedsverfahren gemäß § 44 des Konsortialvertrages geltend zu machen?
5. Hat der Senat von Berlin in einem Schiedsverfahren gemäß § 44 des Konsortialvertrages oder in einem gerichtlichen Verfahren oder außergerichtlich die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der disproportionalen Gewinnverteilung geltend gemacht? Wenn ja: Zu welchem Ergebnis hat dies geführt?
6. Beabsichtigt der Senat gegen die sich aus § 23.7 des Konsortialvertrages ergebende disproportionaler Gewinnverteilung außergerichtlich, gerichtlich oder in einem Schiedsverfahren gemäß § 44 des Konsortialvertrages vorzugehen?

(...)“

Mit am 28. Juni 2012 beim Abgeordnetenhaus eingegangenem Schreiben (Abghs-Drs. 17/10516) antwortete die Staatssekretärin der Senatsverwaltung für Finanzen im Namen des Antragsgegners darauf wie folgt:

„Die Antwort auf alle gestellten Fragen lautet jeweils „Nein“.

Senat und Abgeordnetenhaus von Berlin haben nach eingehender Vorbereitung im Jahr 1999 den Konsortialvertrag zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe mit den privaten Investoren abgeschlossen und vollzogen sowie 2003 mit der sog. Fünften Änderungsvereinbarung als Konsequenz aus dem Urteil des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin vom 21. Oktober 1999 zum damaligen Teilprivatisierungsgesetz angepasst.

Auch wenn die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe im Ergebnis heute politisch anders bewertet werden mag und teilweise kritischer als zur Zeit des Vertragsabschlusses gesehen wird, betrachtet der Senat den Konsortialvertrag einschließlich der angesprochenen Bestimmungen als wirksam. § 23.7 des Vertrages enthält eine Regelung über den Ausgleich von möglichen Nachteilen durch Nichtigerklärung von Bestimmungen zur Tarifikalkulation und ist vor dem Hintergrund der bei Vertragsabschluss von den Parteien zugrunde gelegten Situation zu erklären. § 44.2 des Konsortialvertrages sieht als nicht unüblichen Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien, bei denen auch nach ernsthaftem und nachhaltigem Bemühen keine gütliche Einigung möglich sein sollte, die Entscheidung durch ein Schiedsgericht vor. Das Land Berlin hält die sich aus dem Konsortialvertrag ergebenden Verpflichtungen für wirksam und es verhält sich vertragstreu. Die Unwirksamkeit von Regelungen des Konsortialvertrages ist bisher weder geltend gemacht worden noch besteht die Absicht, dies zu tun.“

3. Durch Vertrag vom 18. Juli 2012, veröffentlicht im Amtsblatt von Berlin Nr. 33 vom 3. August 2012 (S. 1414 ff.), erwarb das Land Berlin die hälftige Beteiligung des RWE-Konzerns an der Zwischenholding. Das Abgeordnetenhaus nahm, der Beschlussempfehlung des Hauptausschusses vom 24. Oktober 2012 folgend, den Anteilserwerb mit Plenarbeschluss vom 25. Oktober 2012 (Abghs-Drs. 17/0581) zur Kenntnis und stimmte der Gründung einer landeseigenen Erwerbs- und Finanzierungsgesellschaft sowie den entsprechenden Finanzierungsvorschlägen des Antragsgegners zu. Mit Vertrag vom 2. Dezember 2013 erwarb das Land Berlin auch die Unternehmensanteile des noch verbliebenen privaten Investors Veolia.

4. Mit ihrer am 25. April 2013 eingegangenen Organklage macht die Antragstellerin sowohl aus eigenem Recht als Fraktion als auch in Prozessstandschaft für das Abgeordnetenhaus geltend, der Antragsgegner habe gegen Art. 87 Abs. 1 VvB verstoßen, indem er anlässlich des Rückkaufs der RWE-Anteile im Jahr 2012 nicht gegenüber den privaten Investoren die Nichtigkeit der Gewinnsicherungsklausel in § 23.7 des Konsortialvertrags außergerichtlich und gegebenenfalls auch gerichtlich geltend gemacht habe.

Das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag ergebe sich daraus, dass die Forderung nach einer gerichtlichen Überprüfung von § 23.7 des Konsortialvertrags im Abgeordnetenhaus vor und nach Abschluss des Rückkaufvertrags erhoben und vom Antragsgegner sowie den Vertretern der Regierungsfractionen abgelehnt worden sei. Die Klausel sei durch die 5. Änderungsvereinbarung nicht gegenstandslos geworden. Ob private Investoren nach der vollständigen Rekommunalisierung künftig noch Ansprüche daraus geltend machen könnten, sei für das Rechtsschutzbedürfnis unerheblich, da ein objektives Interesse an einer verfassungsgerichtlichen Klärung bestehe.

Durch die Plenarsitzung am 25. Oktober 2012 sei die Antragsfrist des § 37 Abs. 3 VerfGHG erneut in Lauf gesetzt worden. Mit der Bekanntgabe des Rückkaufvertrags als „actus contrarius“ sei das normative Umfeld der Teilprivatisierung entscheidend verändert und ihre Geschäftsgrundlage verlassen worden. Erst dadurch habe der Antragsgegner die im Vorfeld geforderte Geltendmachung der Nichtigkeit des § 23.7 endgültig verweigert.

In der Sache ist die Antragstellerin der Ansicht, § 23.7 des Konsortialvertrags habe als Sicherheitsleistung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 VvB der Zustimmung durch förmliches Parlamentsgesetz bedurft und sei deshalb gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig. Daraus ergebe sich die verfassungsrechtliche Pflicht des Antragsgegners, zum Ausgleich des Eingriffs in die Budgethoheit des Parlaments die Nichtigkeit gegenüber den privaten Anteilseignern außergerichtlich und gegebenenfalls gerichtlich geltend zu machen.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass der Senat von Berlin dadurch die Budgethoheit des Abgeordnetenhauses von Berlin im Sinne des Art. 87 Abs. 1 VvB verletzt habe, dass er es unterlassen habe, anlässlich der Teilrekommunalisierung der BWB durch Rückkaufvertrag vom 18. Juli 2012 gegenüber seinen privaten Vertragspartnern die Nichtigkeit von § 23.7 des weiterhin geltenden Konsortialvertrags vom 18. Juni 1999 geltend zu machen und, im Streitfall, die Frage der Nichtigkeit von § 23.7 des Konsortialvertrags vom 18. Juni 1999 einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Es fehle am Rechtsschutzbedürfnis. § 23.7 des Konsortialvertrags habe seit der 5. Änderungsvereinbarung keinen Anwendungsbereich mehr und sei spätestens durch den vollständigen Rückkauf der privaten Anteile gegenstandslos geworden. Der Antrag sei auf einen unzulässigen Gegenstand gerichtet und außerdem verfristet. Die Antragsfrist sei bereits durch den Vollzug des Konsortialvertrags im Jahr 1999 bzw. der 5. Änderungsvereinbarung im Jahr 2003 bzw. durch die öffentliche Bekanntmachung des Konsortialvertrags im Jahr 2010, spätestens aber durch die unmissverständliche Antwort auf die Kleine Anfrage am 28. Juni 2012 in Lauf gesetzt worden. Jedenfalls aber habe die Frist durch die unverzügliche Weiterleitung des Rückkaufvertrags vom 18. Juli 2012 an das Abgeordnetenhaus zu laufen begonnen; die Plenardebatte am 25. Oktober 2012 habe insoweit keine maßgeblichen neuen Erkenntnisse ergeben. § 23.7 des Konsortialvertrags verstoße zudem nicht gegen Art. 87 Abs. 1 VvB, und ein etwaiger Verstoß würde zivilrechtlich nicht die Nichtigkeit und verfassungsrechtlich keine Pflicht zur Erhebung einer vorsorglichen Feststellungsklage nach sich ziehen.

5. Das Abgeordnetenhaus von Berlin hat gemäß § 38 Abs. 2 VerfGHG von der Einleitung des Verfahrens Kenntnis erhalten.

II.

Die Entscheidung ergeht ohne mündliche Verhandlung, da der Verfassungsgerichtshof einstimmig auf sie verzichtet (§ 24 Abs. 1 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof - VerfGHG -).

Der Antrag ist unzulässig. Der am 25. April 2013 beim Verfassungsgerichtshof eingegangene Antrag ist jedenfalls nicht innerhalb der sechsmonatigen Ausschlussfrist des § 37 Abs. 3 VerfGHG gestellt worden. Es kann daher offenbleiben, inwieweit nach der 5. Änderungsvereinbarung noch ein Anwendungsbereich

für die beanstandete Regelung in § 23.7 des Konsortialvertrags verblieben ist und ob jedenfalls durch den inzwischen abgeschlossenen Rückkauf der privaten Anteile durch das Land Berlin das Rechtsschutzbedürfnis entfallen ist.

Die Antragsfrist begann spätestens nach Zuleitung der Antwort auf die Kleine Anfrage vom 18. Mai 2012 am 28. Juni 2012 und lief am 28. Dezember 2012 ab (§ 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB; vgl. zum Bundesrecht: BVerfG, Urteile vom 17. Oktober 1968 - 2 BvE 2/67 -, BVerfGE 24, 252 <258 > = juris Rn. 26, und vom 17. Dezember 1985 - 2 BvE 1/85 -, BVerfGE 71, 299 <303 f. > = juris Rn. 18).

Gemäß § 37 Abs. 3 VerfGHG beträgt die Antragsfrist im Organstreit sechs Monate, nachdem dem Antragsteller die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung bekannt geworden ist. Wenn der Antrag sich gegen ein Unterlassen richtet, beginnt die Frist mit der erkennbaren endgültigen Weigerung des Antragsgegners, der Forderung nachzukommen (Urteil vom 14. Juli 2010 - VerfGH 57/08 -, wie alle nachfolgend zitierten Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes abrufbar unter www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de, Rn. 84, und Beschluss vom 24. Januar 2003 - VerfGH 152/01 -, Rn. 16; zum Bundesrecht: BVerfG, Beschlüsse vom 17. September 2013 - 2 BvE 6/08, 2 BvR 2436/10 -, juris Rn. 153, und vom 11. April 1967 - 2 BvG 1/62 -, BVerfGE 21, 312 <319> = juris Rn. 24). Eine solche Weigerung kann etwa in der ablehnenden Antwort auf eine Kleine Anfrage liegen, mit der dem Antragsgegner die Frage nach der später im Organstreit geltend gemachten Maßnahme gestellt wird (zum Bundesrecht: BVerfG, Beschluss vom 17. September 2013 - 2 BvE 6/08, 2 BvR 2436/10 -, juris Rn. 154).

Danach wurde die Frist hier mit dem Zugang der Antwort auf die Kleine Anfrage vom 18. Mai 2012 in Lauf gesetzt. Die darin angesprochenen Fragen, ob der Antragsgegner § 23.7 des Konsortialvertrags wegen Verstoßes gegen Art. 87 Abs. 1 VvB für nichtig halte und dies zivilrechtlich geltend machen werde, sind mit dem Gegenstand dieses Organstreits identisch. Aus der Antwort auf die Kleine Anfrage ging für die Antragstellerin unmissverständlich hervor, dass der Antragsgegner derartige Maßnahmen nicht beabsichtigte. Für die etwaige An-

nahme, die rechtliche Einschätzung könne nur eine vorläufige und die Weigerung demzufolge noch nicht endgültig sein, gab es keine Grundlage.

Die Frist wurde auch nicht in dem sechsmonatigen Zeitraum vor Eingang des Antrags, d. h. ab dem 25. Oktober 2012, und insbesondere nicht im Zusammenhang mit der Plenarsitzung am 25. Oktober 2012 erneut in Lauf gesetzt.

Eine schon in Gang gesetzte oder bereits abgelaufene Antragsfrist kann für einen auf denselben Gegenstand gerichteten Antrag nur unter engen Voraussetzungen erneut eröffnet werden. Das kommt in Betracht, wenn der Antrag sich gegen eine Maßnahme des Gesetzgebers richtet, deren Bedeutung sich - etwa durch eine Änderung systematisch damit zusammenhängender Normen - nachträglich geändert und dadurch den Träger einer subjektiven Rechtsposition erstmals oder in gesteigertem Maße beschwert hat (vgl. zu § 64 Abs. 3 BVerfGG: BVerfG, Urteil vom 26. Oktober 2004 - 2 BvE 1/02, 2 BvE 2/02 -, BVerfGE 111, 382 <411> = juris Rn. 109 ff.). Soweit sich dieser Ansatz überhaupt auf andere Angriffsgegenstände übertragen lässt (zum Bundesrecht offengelassen von BVerfG, Urteil vom 26. Oktober 2004, a. a. O., juris Rn. 111), setzt ein erneuter Fristbeginn jedenfalls voraus, dass eine Veränderung der Sach- oder Rechtslage die Frage nach dem geforderten Tätigwerden bzw. Unterlassen in neuem Licht erscheinen lässt und dessen Ablehnung eine zusätzliche, selbständige Beschwerde zukommt (vgl. zum jeweiligen Landesrecht: VerfG Brandenburg, Beschluss vom 25. Januar 2013 - VfGBb 53/06 -, juris Rn. 27; StGH Bremen, Urteil vom 27. Februar 2004 - St 2/03 -, juris Rn. 42).

Ein solcher Fall ist hier weder dargelegt noch ersichtlich. Das Vorbringen der Antragstellerin zur Bekanntgabe des Rückkaufvertrags in der Plenarsitzung am 25. Oktober 2012 und zum dadurch geänderten „normativen Umfeld“ der Teilprivatisierung lässt eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Zusammenhang zwischen dem von ihr an sich nicht angegriffenen Abschluss des Rückkaufvertrags und der begehrten Klärung der Nichtigkeit des § 23.7 vermissen. Dass die Nichtigkeit zentraler Bestimmungen des Konsortialvertrags sich grundsätzlich auf die Entscheidung für den Rückkauf oder zumindest auf die Vertragsbedingungen auswirken konnte, lag für die Beteiligten auf der Hand, wurde - wie die

Antragstellerin selbst geltend macht - seit längerem im Abgeordnetenhaus und in der Öffentlichkeit thematisiert und war außerdem Gegenstand der Antwort des Antragsgegners in der Plenarsitzung vom 10. Mai 2012. Vor diesem Hintergrund lag in der ablehnenden Antwort des Antragsgegners auf die Kleine Anfrage vom 18. Mai 2012 zugleich die Ankündigung, auch den Abschluss des Rückkaufvertrags nicht von der vorherigen Klärung der Wirksamkeit der Gewinngarantie abhängig machen zu wollen. Dass sich bis zum Abschluss des Rückkaufvertrags oder sogar danach maßgebliche Veränderungen ergeben hätten, die von der Antwort auf die Kleine Anfrage nicht erfasst waren, ist nicht erkennbar.

Selbst wenn aber der Abschluss des Rückkaufvertrags am 18. Juli 2012 als erneute (konkludente) Verweigerung der begehrten Maßnahme die Antragstellerin selbständig beschweren würde, hätte sie davon nicht erst in der Plenarsitzung vom 25. Oktober 2012 Kenntnis erlangt, sondern bereits durch die vom Antragsgegner unwidersprochen vorgetragene Weiterleitung des Kaufvertrags unverzüglich nach Vertragsschluss, spätestens durch dessen Veröffentlichung im Amtsblatt am 3. August 2012. Zu einem anderen Ergebnis käme man auch dann nicht, wenn man, wie die Antragstellerin unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 22. November 2011 - 2 BvE 3/08 -, BVerfGE 129, 356 <371> = juris Rn. 35) meint, auf die Behandlung des Rückkaufvertrags im Parlament abstellen würde. Denn nicht nur die Unterrichtung des Plenums, sondern auch die Unterrichtung eines Ausschusses setzt für die dort vertretenen Fraktionen die Frist in Gang (BVerfG, a. a. O., Rn. 35). Danach hätten die Mitglieder der Antragstellerin von dem Rückkaufvertrag spätestens durch die Sitzung des Hauptausschusses am 24. Oktober 2012 Kenntnis erlangt, in der die dem Plenarbeschluss vom 25. Oktober 2012 zugrunde liegende Beschlussempfehlung (Abghs-Drs. 17/0581) gefasst wurde.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 33 Abs. 1, § 34 Abs. 2 VerfGHG.

Die Entscheidung ist einstimmig ergangen.

Mit dieser Entscheidung ist das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof abgeschlossen.

Schudoma

Hund

Körner

Prof. Dr. Krieger

Müller-Gazurek

Müller-Jacobsen

Dr. Rueß

Starostik

Wesel