

STELLUNGNAHME

zu Ziff. 1 a) und b) des Kurzgutachtens zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes der Berliner Wasserbetriebe / Beantwortung der Fragen unter Nr. 12 des Fragenkatalogs des Abgeordneten Lorenz vom 2. November 2003, erstellt von Rechtsanwalt Dr. Matthias Zieger im Auftrag der SPD-Fraktion am 24. November 2003

1. RA Zieger stellt unter Ziff. 1 a) seines Kurzgutachtens die Frage, in welchem Umfang der Konsortialvertrag, insbesondere § 23.7 verfassungsrechtlicher Überprüfung zugänglich sei und mit welchen denkbaren Folgen. Er vertritt die Auffassung, daß der Vertrag zwar nicht Gegenstand des Urteils des VerfGH war und sein konnte, daß aber der Vertrag sich an das Teilprivatisierungsgesetz halten müsse. Ähnlich, wie der VerfGH aus dem Demokratieprinzip folgend eine verfassungskonforme Auslegung vorgenommen und sich damit mit der diesbezüglichen vertraglichen Ausgestaltung befaßt habe, sei auch die Ausgleichsregelung in § 23.7 einer "mittelbaren verfassungsrechtlichen Überprüfung zugänglich".

Hierzu ist folgendes anzumerken:

Diese Darstellung ist unzutreffend. Der VerfGH hat im Rahmen des Normenkontrollverfahrens **nur** das **Teilprivatisierungsgesetz** auf seine Verfassungsmäßigkeit hin überprüft und diesem Gesetz partiell eine verfassungskonforme Auslegung gegeben. Der VerfGH hat jedoch **nicht** das **Vertragspaket**, das zum damaligen Zeitpunkt bereits vorlag, einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen. Im Rahmen des Normenkontrollverfahrens gab es eine ausführliche Diskussion, ob das Vertragspaket im Rahmen des Normenkontrollverfahrens vorgelegt werden müsse. Der VerfGH hat davon ausdrücklich abgesehen, da Überprüfungs- und Entscheidungsgegenstand allein das Gesetz war. Das Vertragspaket und damit § 23.7 des Konsortialvertrages war damit keiner, auch keiner mittelbaren, verfassungsgerichtlichen Überprüfung zugänglich. Im übrigen enthält das Teilprivatisierungsgesetz hinsichtlich der Ausgleichsregelung in § 23.7 keine Vorgaben – im Gegensatz zu der eigentlichen Strukturierung der Teilprivatisierung, die im Gesetz vorgezeichnet ist. § 23.7 des

Konsortialvertrages (alte wie neue Fassung) ist daher ausschließlich hinsichtlich seiner Wirksamkeit an privatrechtlichen Normen wie insbesondere § 134 BGB zu messen.

2. **RA Zieger** wirft die Frage auf, ob § 23.7 des Konsortialvertrages nach **§ 134 BGB** wegen Verstoßes gegen **Art. 87 Abs. 1 VvB** nichtig sein könnte. Dies würde voraussetzen, daß Art. 87 Abs. 1 VvB ein **Verbotsgesetz** i. S. d. § 134 BGB wäre, was RA Zieger nach den eigenen Ausführungen nicht (genau) überprüft hat.

Hierzu ist folgendes anzumerken:

Nach herrschender Auffassung ist Art. 87 Abs. 1 VvB bzw. die Parallelvorschrift Art. 115 GG eine **allein** im Inter-Organ-Verhältnis zwischen Parlament und Regierung Wirkung entfaltende Norm. Genau dieses sagt die von RA Zieger zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Selbst wenn ein Verstoß gegen diese verfassungsrechtlichen Vorgaben vorläge (was, wie noch zu zeigen ist, nicht der Fall ist), hätte ein entsprechender Verstoß damit nicht die Unwirksamkeit vertraglicher Regelungen mit Dritten nach § 134 BGB zur Folge.

3. **RA Zieger** wirft die Frage auf, ob, unabhängig von einer evtl. gegebenen Nichtigkeit, im übrigen ein **Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 VvB** vorliegt. Eine verdeckte Kreditaufnahme verneint er (zu Recht). Er meint jedoch, § 23.7 des Konsortialvertrages (a. F. und n. F.) falle unter den Begriff der "Sicherheit" in Art. 87 Abs. 1 VvB bzw. Art. 115 GG, der diesen Begriff näher umschreibt als: "Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen".

Hierzu ist folgendes anzumerken:

Bei der Ausgleichsregelung des § 23.7 des Konsortialvertrages handelt es sich **nicht** um eine Bürgschaft, Garantie oder sonstige Gewährleistung i. S. v. Art. 87 Abs. 1 VvB / Art. 115 GG. Die "sonstigen Gewährleistungen" sind nach ganz herrschender Meinung nur solche, die ähnlichen wirtschaftlichen Zwecken wie Bürgschaften und (selbständigen) Garantien dienen, bei denen also ebenfalls die **Risikoübernahme den Hauptzweck des Vertrages** darstellt. Hierzu wird z. B. der Kreditauftrag gezählt, bei dem die öffentliche Körperschaft einem anderen den Auftrag erteilt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben. Dabei haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit als Bürge (§ 778 BGB).

Um eine derartige selbstständige Garantie, die den Hauptzweck des Privatisierungsvertragspakets darstellen würde, handelt es sich jedoch im vorliegenden Fall eindeutig nicht. Hier geht es nicht um die Übernahme eines selbstständigen Risikos für einen Dritten, vielmehr ist § 23.7 des Konsortialvertrages Bestandteil der normalen kaufvertraglichen Gewährleistung; es ist eine **reine Kompensationsregelung** für den Fall, daß der der Kaufpreisberechnung zugrundeliegende Ertrag geringer ausfällt als zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses angenommen. Es handelt sich hierbei auch **nicht** um einen Fall des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB), da bereits in § 23.7 Konsortialvertrag für den Fall einer Veränderung der Ertragskraft gegenüber der ursprünglichen Annahme eine Kompensationsregelung selbst getroffen wurde und nicht, wie dies bei Fällen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage der Fall ist, erst gefunden werden muß. Die diesbezüglichen Ausführungen von RA Zieger liegen daher neben der Sache.

Im übrigen dient Art. 87 Abs. 1 VvB ausschließlich dem Zweck, daß **Budgetrecht des Parlaments** zu schützen. Im vorliegenden Fall hat das gesamte Vertragspaket dem Abgeordnetenhaus vorgelegen. Das Abgeordnetenhaus hat am 1. Juli 1999 durch Beschluß den vorgelegten Verträgen zugestimmt. Darüber hinaus hat das Abgeordnetenhaus im Haushaltsplan von 1999 unter Kapitel 2990 (Senatsverwaltung Finanzen), Titel 13377 (Aktivierung von Vermögen) die Einnahmen aus diesem Vertragspaket (3,1 Mrd. DM) eingestellt. Da der Haushaltsplan ebenso wie das Haushaltsgesetz, mit dem er eine Einheit bildet, formellen Gesetzescharakter hat, hat das Abgeordnetenhaus dieses Geschäft mithin auch im Rahmen dieses formellen Gesetzes berücksichtigt. Eine separate Ermächtigung zur Übernahme einer "sonstigen Gewährleistung" hat es jedoch in diesem Zusammenhang nicht in den Haushaltsplan aufgenommen. Dies geschah auf dem Hintergrund, daß das Abgeordnetenhaus von Berlin in Kenntnis des Vertragspakets die Regelung des § 23.7 Konsortialvertrag (zu Recht) nicht als eine, den Hauptzweck des Geschäfts bildende selbstständige Garantie eingestuft hat, sondern als eine Gewährleistung im Rahmen des kaufvertraglichen Gefüges. Das Abgeordnetenhaus von Berlin hat damit zu erkennen gegeben, daß damit seinem Budgetrecht in ausreichender Weise Genüge getan ist.

Art. 87 Abs. 1 VvB ist daher nicht verletzt. Eine derartige Verletzung wurde im übrigen auch weder im Normenkontrollverfahren noch in dem parallel durchgeführten Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof von Berlin geltend gemacht.

Berlin, 1. Dezember 2003

gez. Dr. Birgit Spießhofer