

**DR. MATTHIAS ZIEGER**

Rechtsanwalt

RA Dr. Matthias Zieger, Kottbusser Damm 29/30, 10967 Berlin

SPD-Fraktion im Abgeordnetenhaus  
Herrn Abg. Christian Gaebler  
Niederkirchnerstr. 5

10111 Berlin

Kottbusser Damm 29/30

10967 Berlin

Tel.: (030) 6937086

Fax:(030) 6937488

Postbank Berlin 75677-109 (BLZ 10010010)  
Berliner Sparkasse 1440007396 (BLZ 10050000)

Berlin, den 24.11.03

SPD Fraktion, Teilprivatisierung

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben

**Betr.: Kurzgutachten 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 2.11.03**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie haben mir nach telefonischer Verständigung vom 17.11.03 diverse Unterlagen zur im Betreff genannten Problematik zur Verfügung gestellt und gebeten, die Fragen unter Punkt 12 des Fragenkatalogs des Abgeordneten Hans-Georg Lorenz zu beantworten.

Da Sie erste Antworten wegen anstehender Fraktions- und Rechtsausschusssitzungen bis zum 25.11.03 benötigen, muss ich mich trotz der Fülle des Materials und der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage auf ein Kurzgutachten beschränken.

Ich nehme dabei das Urteil des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin vom 21.10.1999, VerfGH 42/99, NVwZ 2000, 794 zum Ausgangspunkt (im folgenden zitiert nach der Originalfassung als VerfGH, S. 1ff).

#### **A. Kurzgefasster Sachverhalt**

Der Verfassungsgerichtshof (VerfGH) hat § 3 Abs. 4 S. 2 - 4 des Teilprivatisierungsgesetzes idF vom 17.5.99 (GVBl 99, 183) und in § 3 Abs. 4 S. 1 die Worte "zuzüglich 2 Prozent-Punkte" für nichtig erklärt.

Hintergrund des Teilprivatisierungsgesetzes war die Entscheidung des Senats, die Berliner Wasserbetriebe (BWB, Anstalt öffentlichen Rechts) teilweise dadurch zu privatisieren, dass sich eine Holding als stille Gesellschafterin an der BWB (Anstalt öffentlichen Rechts) zu 49,9 % beteiligt. An der Holding ihrerseits ist das Land Berlin mit 50,1 % und ist die Beteiligungs AG der privaten Investoren mit 49,9 % beteiligt. Die Holding schließt mit der BWB einen Leitungsvertrag (Weisungsrechte) und mit dem Anstaltsträ-

ger, dem Land Berlin, einen Interessenwahrungsvertrag (mit Regelungen u.a. zur Bestellung der Aufsichtsräte der BWB).

#### Kurzdarstellung bei Wolfers, NVwZ 200, 765

Das Zusammenwirken der Beteiligten ist in einem weitläufigen, mir nur in Auszügen vorliegenden Vertragswerk, z.B. in Verträgen über stille Gesellschaften, und im Konsortialvertrag vom 18.6.99 geregelt. § 22 nimmt auf die im Teilprivatisierungsgesetz vorgesehenen Tarife Bezug. In § 23. 7 verpflichtet sich Berlin, wirtschaftliche Nachteile, die den privaten Vertragspartnern dadurch entstehen, dass das Gesetz teilweise für verfassungswidrig erklärt wird, auszugleichen, wenn nicht anderweitig (durch Gesetzesnovellierung oder unternehmerische Maßnahmen) Ausgleich geschaffen werden kann. Die Kapitaleinlage der privaten Investoren wird im Vertrag über eine stille Gesellschaft zwischen der Holding und der Beteiligungs AG mit 3.050.000.000 DEM angegeben. Berlin sollte von der BWB gehaltene Aktien an der Holding und einen Betrag von 2.850.000.000 DM aus dem Vermögen der BWB entnehmen.

Der Unterausschuss "Vermögensverwaltung und Beteiligungen" des Hauptausschusses des Abgeordnetenhauses hat die Verträge im Juni 1999 eingesehen und gebilligt. Das Abgeordnetenhaus hat auf dieser Grundlage am 1.7.99 der Gründung der Holding und den damit im Zusammenhang stehenden Verträge durch Beschluss zugestimmt.

Die vom Verfassungsgerichtshof für nichtig erklärten Bestimmungen sahen als Grundlage der Tarifbemessung einen Zuschlag von 2 % über den nach einem an den Bundesanleihen orientierten Mischzinssatz ( $r$ ) festgelegten kalkulatorischen Zinssatz (§ 3 Abs. 4 S. 1 TPrG) und eine Gewinnabschöpfung durch eine auf drei Jahre befristete "Effizienzsteigerungsklausel" vor (§ 3 Abs. 4 S. 2 - 4 TPrG). Beim Zuschlag von 2 % hatte der VerfGH mit 4 : 4 Stimmen Zweifel daran, ob die Beteiligung privaten Kapitals ein ausreichender Grund ist, trotz der sonst von Verfassung wegen für die Festlegung von Gebühren und Entgelten im Bereich der Daseinsvorsorge geltenden Grundsätze von Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit eine solche Gewinnmarge in die Kosten einzurechnen, letztlich nicht geklärt, die Bestimmung jedoch schon deshalb für nichtig erklärt, weil dieser Zuschlag unabhängig davon, ob und ab wann sich privates Kapital beteiligt, im Gesetz zugelassen wurde. Die sog. "Effizienzsteigerungsklausel" hat es als viel zu unbestimmt und verfassungskonformer Auslegung nicht zugänglich verworfen.

Die übrigen im abstrakten Normenkontrollverfahren von den Antragsstellern vorgetragenen Bedenken hat der VerfGH dagegen nicht geteilt. Das Demokratieprinzip sei nicht verletzt, weil die demokratisch legitimierten Vertreter des Landes Berlin in den Gremien und bei den konkreten Entscheidungen die Mehrheit innehaben. Das Kostendeckungsprinzip, über das hinausgegangen werde, sei in der Verfassung nicht verankert, der Gesetzgeber habe einen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum, gebunden nur an den Grundsatz der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit (Wahrung des Äquivalenzprinzips und Berücksichtigung der öffentlichen Aufgaben, die Gebührenhöhe müsse "sachgerecht" bleiben). Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes sei nicht verletzt, insbesondere sei auch nicht eine gegen Art. 87 VvB verstoßende verdeckte Kreditaufnahme des Landes Berlin festzustellen, denn Zahlungen an die privaten Vertragspartner erfolgten nicht aus Haushaltsmitteln, sondern aus den Entgelten der Kunden der BWB.

### VerfGH, S. 5 ff

In einer EntschlieÙung vom 29.10.99 hat das Abgeordnetenhaus begrüÙt, dass der VerfGH die Teilprivatisierung grundsätzlich für zulässig erklärt und den Senat von Berlin aufgefordert, den Verpflichtungen aus § 23.7 des Konsortialvertrages nachzukommen und § 3 TPrG zu novellieren. Nach Mitteilung des Abg. Lorenz in dem eingangs erwähnten Fragenkatalog kannten die Abgeordneten im Zeitpunkt der EntschlieÙung weder den Konsortialvertrag noch das Urteil des VerfGH, der EntschlieÙungstext wurde erst während der Sitzung verteilt.

Nachdem ein anderer Gesetzesentwurf der Senatsverwaltung für Wirtschaft, der an der Formel " $r + 2 \%$ " festhielt, aber erst ab der Beteiligung des privaten Kapitals diese Formel angewandt wissen wollte, angesichts der vom VerfGH mit 4 : 4 stimmten geäußerten Zweifel an der Zulässigkeit aufgrund einer skeptischen Stellungnahme der Senatsverwaltung für Justiz nicht weiter verfolgt wurde, liegt den im Abgeordnetenhaus vertretenen Parteien der neue Entwurf einer Novellierung des Teilprivatisierungsgesetzes und eine Vorlage zur Beschlussfassung über die Zustimmung zu einer Änderung des Konsortialvertrages nebst Begründung vor. Die vom VerfGH beanstandeten Vorschriften sind entfernt. Neu sind folgende Einzelregelungen zur Festlegung der Tarife (§ 3 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 3, Abs. 4, § 5 Nr. 2 Änderungsentwurf):

- Sie können in Grund- und Arbeitspreis aufgeteilt werden
- Sie können progressiv und degressiv bemessen werden
- Die Kosten, die durch die Tarife zumindest gedeckt sein müssen, sollen Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten berücksichtigen
- Die zu den Kosten zählende angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals entspricht mindestens der durchschnittlichen Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren, die der jeweiligen Kalkulationsperiode vorausgehen.
- Der Zinssatz wird jährlich durch Rechtsverordnung des Senats nach § 5 Nr. 2 festgelegt, Für die Kalkulationsperiode 2004 beträgt der Zinssatz mindestens 6 %.

Die 5. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag vom 18.6.99 soll die Ausgleichspflichten des Landes Berlin näher regeln, die nach § 23.7 deshalb entstehen, weil Vorschriften des Teilprivatisierungsgesetzes für nichtig erklärt wurden und dadurch die Verzinsung des eingebrachten Kapitals der privaten Investoren nicht in der bei Vertragsschluss erwarteten Höhe ( $r + 2 \%$ , "Referenzzinssatz) gesichert ist. Diese Regeln finden sich in vor allem in § 21.2a + 2b, § 23.7a + 7b, § 36.4 + 10 des Änderungsentwurfs. Danach soll gelten:

- Reicht der nach der Neuregelung festgelegte Zinssatz nicht aus, um den Referenzzinssatz zu erreichen, soll der Ausgleich im Wege disproportionaler Gewinnverteilung zu Lasten des Landes Berlin geleistet werden.
- Reicht der Gewinn der BWB nicht aus, um auf diese Weise vollen Ausgleich zu leisten, tritt das Land Berlin Forderungen gegen die BWB aus anderen Rechtsgründen (z.B. Grundwasserentnahmeentgelt) an die Vertragspartner ab.
- Reicht auch das nicht aus, muss das Land Berlin den Ausgleich aus allgemeinen Haushaltsmitteln leisten.

In einer Anhörung vor dem Rechtsausschuss am 20.11.03 haben die Sachverständigen Rechtsanwälte Dr. Groth und Dr. Wolfers unterschiedliche Einschätzungen dazu

abgegeben, ob hinsichtlich der geplanten Änderungen verfassungsrechtliche Bedenken angebracht sind. Ihre Ausführungen habe ich, soweit sie mir zugänglich gemacht werden konnten (die Wortprotokolle liegen noch nicht vor), zu berücksichtigen versucht, ebenso wie die Antwort des Senators für Wirtschaft vom 19.11.03 auf den Fragenkatalog des Abgeordneten Lorenz vom 2.11.03.

## B. Beantwortung der unter Nr. 12 des Fragenkatalogs gestellten Fragen

**1. Ist der § 23.7 des Konsortialvertrages verfassungsgemäß? Ist es insbesondere mit der Verfassung vereinbar, dass Haushaltsmittel zur Befriedigung von Gewinnen der privaten Teilhaber herangezogen werden? Handelt es sich bei dem beabsichtigten Verzicht auf die Konzessionsabgabe um Leistungen, die zu Lasten des Haushalts erbracht werden? Ist die disproportionale Gewinnverteilung eine Leistung, die aus dem Haushalt erbracht wird? Wird mit der ange-dachten Preiserhöhung um 15 % die versprochen Rendite für RWE/VIVENDI/Allianz „erwirtschaftet“?**

a) In welchem Umfang ist der Konsortialvertrag verfassungsrechtlicher Überprüfung zugänglich und mit welchen denkbaren Folgen ?

Der Vertrag selbst war nicht Gegenstand des Urteils des VerfGH und konnte dies auch nicht sein, weil Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens nach §§ 14 Nr. 4, 43 Nr. 1 VerfGHG nur "Landesrecht", also ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung, sein kann. Die vertragliche Gestaltung bei der Privatisierung musste trotz seiner wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung nach Meinung des VerfGH auch nicht nach Art. 59 Abs. 1 VvB bzw. der sog. "Wesentlichkeitstheorie" (Gesetzesvorbehalt für alle wesentlichen das Staatswesen betreffenden Fragen) gesetzlich geregelt werden.

VerfGH, S. 13/14; zur Wesentlichkeitstheorie: BVerfGE 49, 127; Pfen-nig/Neumann, Die Verfassung von Berlin, 3. Aufl. 2000, 2 zu Art. 59 VvB

Allerdings muss der Vertrag sich seinerseits an das Teilprivatisierungsgesetz halten, das wiederum der Verfassung genügen muss. Der VerfGH hat, bezogen auf den Problemkreis der erforderlichen mehrheitlichen demokratischen Legitimierung für die Leitung von und Weisungen an eine der Daseinsvorsorge dienende Anstalt öffentlichen Rechts, eine den Spielraum des Landes Berlin für die konkrete Vertragsgestaltung einengende verfassungskonforme Auslegung vorgenommen und sich in diesem Zusammenhang mit der nach der Gesetzesbegründung geplanten vertraglichen Ausgestaltung des Verhältnisses von BWB und Holding befasst.

vgl. VerfGH, S. 5 – 15

In ähnlicher Weise ist der Vertrag und damit auch die Ausgleichsregelung in § 23.7 bzw. der geplanten Neufassung des Vertrages einer mittelbaren verfassungsrechtlichen Überprüfung zugänglich. Würde das Land Berlin mit dieser Vereinbarung die im Teilprivatisierungsgesetz liegende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlassen, und sei es auch nur, weil die vereinbarten Ausgleichspflichten Verfassungsrecht verletzen würden, hätte das Land Berlin mit Abschluss dieses Vertrages gegen aus dem Verfassungsrecht folgende Verbote verstoßen.

Der Vertrag könnte dann nach § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) insoweit nichtig sein. Es würde dann auch kein besonderer Vertrauensschutz für die privaten Vertragspartner anzuerkennen sein, denn alle Vertragspartner haben ja mit der Klausel in § 23.7 zu erkennen gegeben, dass ihnen bewusst war, dass die geplante Teilprivatisierung zumindest in der Form, wie sie es vertraglich beschlossen hatten, ganz oder teilweise verfassungswidrig sein könnte. Allerdings müsste - was der Unterzeichner angesichts der knappen Zeit nicht leisten konnte - noch genauer geprüft werden, welche Normen des Grundgesetzes oder der Verfassung von Berlin als "Verbotsnormen" i.S. des § 134 BGB angesehen werden können. Man könnte die Auffassung vertreten, dass zwar Art. 87 Abs. 1 VvB im Verhältnis Abgeordnetenhaus – Senat bindend ist, aber nicht auf Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Privatperson durchschlägt.

vgl. dazu Palandt-Heinrichs, 4 zu § 134 BGB; nach BVerfGE 67, 281 entfaltet Art. 115 Abs. 1 S. 1 GG seine Wirkung nur im Inter-Organ-Verhältnis zwischen Parlament und Exekutive.

Sollte die Ausgleichsregelung in § 23.7 des Vertrages wegen Verletzung einer aus der Verfassung folgenden Verbotsnorm nichtig sein, müsste geprüft werden, ob er im übrigen gleichwohl Bestand haben könnte. Nach § 139 BGB wäre dafür Voraussetzung, dass er auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre. Da die Absicherung der vertraglich angenommenen Höhe der Verzinsung entscheidend für die Beteiligung der privaten Investoren und für die Höhe ihrer Einlage (des Kaufpreises für die Übertragung von 49,9 % der Anteile an der BWB) war und ist, spräche alles für die Nichtigkeit. Die Vertragsparteien müssten sich dann über eine Fortsetzung des eigentlich nichtigen Vertrages mit neuem Inhalt verständigen. Sonst wäre der Vertrag rückabzuwickeln nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung.

b) Verletzung des Art. 87 Abs. 1 VvB ?

Nach Art. 87 Abs. 1 VvB bedarf die Aufnahme von Anleihen (= Krediten) oder die Leistung von Sicherheiten einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche gesetzliche Grundlage ist nicht vorhanden. Wäre die Regelung eines von beidem, könnte § 23.7 wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sein, zumindest würde der Senat mit dem Abschluss eines solchen Vertrages gegen Art. 87 Abs. 1 VvB verstoßen.

aa) Verdeckte Kreditaufnahme ?

Der VerfGH hat diese Frage nur unter dem Gesichtspunkt einer (verdeckten) Kreditaufnahme ohne gesetzliche Grundlage am Rande geprüft und die Auffassung vertreten, aus dem Teilprivatisierungsgesetz lasse sich nichts für die Beschaffung von Geldmitteln durch Berlin mit der Verpflichtung zur (verzinslichen) Rückzahlung entnehmen, auch nach der geplanten vertraglichen Umsetzung sollten ja zur Refinanzierung des von privaten Investoren eingezahlten Kapitals keine öffentlichen Haushaltsmittel, sondern die von den Kunden der BWB entrichteten Entgelte verwendet werden.

Die Ausgleichsregelung in § 23.7 hat der VerfGH dabei nicht erörtert. Denn sonst hätte er erkennen müssen, dass das Land Berlin sehr wohl dann, wenn sich die erwartete Verzinsung wegen Verfassungswidrigkeit einzelner Vorschriften zur Tarifgestaltung nicht in die Tarifgestaltung einbeziehen lässt, und wenn andere Maßnahmen nicht ausreichen, das Land Berlin mit Haushaltsmitteln die Verluste der privaten Investoren auszugleichen hat. Das wird noch deutlicher in der jetzt geplanten Neufassung des Konsortialvertrages. Das nach dem Urteil des VerfGH entscheidende Argument gegen eine Kreditaufnahme ohne gesetzliche Grundlage greift also nicht.

Es ist aber zu fragen, ob Art. 87 Abs. 1 VvB mit dem Begriff "Anleihe" (= Kredit) auch Fälle erfassen will, bei denen – wie hier – die Parteien davon ausgehen, dass die Refinanzierung des privaten Kapitals, das als Einlage für die Einräumung von Beteiligungs- und Gewinnanteilsrechten in eine öffentliche Anstalt eingezahlt wird, durch die Gewinne dieser Anstalt ermöglicht werden soll und nur für den Fall des (teilweisen) juristischen Scheiterns der vorgesehenen Tarifkalkulation eine Zahlungspflicht auch aus Haushaltsmitteln entstehen kann. Nach verfassungsrechtlicher Definition sind unter Anleihen oder Kredite alle Rechtsformen zu verstehen, mit denen Geldmittel beschafft werden, die zurückgezahlt werden müssen.

Pfennig/Neumann, aaO, 10 zu Art. 87 VvB

Sinn der Vorschrift ist die Sicherung des Budgetrechts des Parlaments, insbesondere des Ausgabenbewilligungsrechts. Die Exekutive soll nicht durch Verschuldung die Rechte des Parlaments auf dem Gebiet des Haushaltsrechts aushöhlen oder umgehen können.

BVerfGE 67, 281

Um die Beschaffung von Geldmitteln, die später zurückzuzahlen sind, ging es im Konsortialvertrag aber nicht, sondern um die Beteiligung privaten Kapitals im Rahmen einer Teilprivatisierung. Ob überhaupt eine Rückzahlungspflicht aus Haushaltsmitteln entstehen würde oder wird, war und ist offen. In welcher Höhe eine solche Verpflichtung entstehen könnte, ist nicht absehbar. § 23.7 stellt sich auch von Wortlaut und Sinngehalt nicht als Rückzahlungsklausel für erhaltenes Kapital, sondern eher als eine Art Haftungsregelung bzw. eine Regelung über die Folgen einer von den Vertragsparteien als möglich angesehenen Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs mit Folgen für die Entgeltbemessung dar. Das Land Berlin hat es übernommen, die den privaten Investoren dann gegenüber der ursprünglichen Kalkulation entstehenden Verluste auszugleichen. Eine Verschuldung zur Beschaffung von Geldmitteln wird man darin nicht sehen können. Die Vertragsgestaltung weicht zu weit vom Leitbild eines Kredits oder einer ähnlichen Geldverschaffung mit Rückzahlungspflicht ab.

Auf die weitere Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 VvB auch deshalb ausscheidet, weil ja nicht das Land Berlin, sondern die BWB die Einlage bekommen hat, an deren Gewinnen die privaten Investoren über die Holding das eingezahlte Kapital refinanzieren, kommt es deshalb nicht mehr an. Man könnte zwar erwägen, dass deshalb, weil das Land Berlin im zeitlichen Zusammenhang mit dieser Einlage seinerseits einen Betrag von 2.850.000.000 DM dem Vermögen der BWB entnehmen sollte, es hier um eine (versteckte) Kreditaufnahme des Landes Berlin geht, zumal Berlin als Gewährträger für Schulden der BWB haftet (§ 4 Abs. 1 BerlBG). Allerdings hat der Berliner Ver-

fassungsgerichtshof in einem ähnlichen, die BSR betreffenden Fall, diese Einschätzung nicht geteilt.

VerfGH, 21.3.2003, VerfGH 6/01

bb) Leistung einer Sicherheit ?

In dem Urteil des VerfGH vom 21.10.99 und den mir vorliegenden Unterlagen wird bisher die Frage nicht erörtert, ob das Land Berlin mit § 23.7 des Konsortialvertrages nicht entgegen Art. 87 Abs. 1 VvB seinen Vertragspartnern eine "Sicherheit" gegeben hat. Der Begriff "Sicherheit" in Art. 87 Abs. 1 VvB wird so zu verstehen sein, wie es die parallele Vorschrift des Art. 115 GG beschreibt: "Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen."

Pfennig/Neumann, aaO, 10 zu Art. 87 VvB

Das dem Land Berlin wie seinen privaten Vertragspartnern gleichermaßen bekannte Risiko, dass das Teilprivatisierungsgesetz (teilweise) verfassungswidrig sein könnte und dann die von der GWB zu erzielenden Einnahmen geringer ausfallen als erwartet, wird einseitig vom Land Berlin übernommen. Das gilt vor allem jetzt für die ursprünglich vorgesehene Einbeziehung kalkulatorischer Zinsen in Höhe von  $r + 2\%$ , die der VerfGH als verfassungswidrig angesehen hat. Berlin gibt seinen privaten Vertragspartnern die Zusage, sie so zu stellen, wie sie stehen würden, wäre das betriebsnotwendige Kapital mit einer Verzinsung nach dem Referenzzins von  $r + 2\%$  in die Kostenberechnung einbezogen worden.

Damit wird zwar nicht ein bestimmter Gewinn in bestimmter Höhe garantiert, auch nicht die Verzinsung des eingebrachten Kapitals in Höhe von  $r + 2\%$ , denn das Geschäftsergebnis der BWB richtet sich nicht nur nach der in die Tarifgestaltung eingegangene kalkulatorische Verzinsung des Kapitals, sondern hängt von vielen weiteren Faktoren ab, insbesondere davon, ob der bei der Tarifgestaltung kalkulierte Umsatz erreicht oder aber unter- oder überschritten wurde, also entscheidend vom Umfang der Nachfrage der Leistungen der BWB.

Dennoch bleibt Raum für die Annahme einer Garantie bzw. Gewährleistung. Denn wie auch Umsatz und Gewinn sonst aussehen: In jedem Fall haben die privaten Vertragspartner Anspruch darauf, im Verhältnis zum Land Berlin bei der Gewinnabführung so gestellt zu werden, als ob Leistungen der BWB zu Tarifen in Anwendung der Zinsformel  $r + 2\%$  erbracht worden wären. Wenn und soweit der Zinssatz, zu dem das betriebsnotwendige Kapital künftig bei der Kostenermittlung kalkulatorisch zu verzinsen ist, hinter  $r + 2\%$  zurückbleibt, leistet Berlin für unbestimmte Zeit und in noch nicht bestimmbarer Höhe Ausgleichszahlungen, finanziert zunächst durch disproportionale Gewinnverteilung, dann durch Abtretung von Forderungen an die BWB und schließlich notfalls durch den Einsatz von Haushaltsmitteln. Die Ungewissheit darüber, ob und in welcher Höhe die Eintrittspflicht entstehen wird, ist aber typisch für jede Sicherheitsgewährung.

Dem kann man nicht entgegenhalten, dass es sich in Wahrheit um einen Gewährleistungsfall nach Kaufrecht handelt oder um eine Schadensersatzpflicht des Staates, der

Verträge nicht ordnungsgemäß erfüllt, und dass solche vertraglichen Ausgleichsleistungen deshalb nicht als Inanspruchnahme aus einer Sicherheit angesehen werden können. Allen Vertragspartnern war bekannt, dass Gewinne nur auf der Grundlage verfassungsrechtlich zulässig festgesetzter Entgelte erzielt werden könnten. Allen war bewusst, dass das Teilprivatisierungsgesetz, mit dem Neuland beschritten wurde, ganz oder teilweise vom Verfassungsgerichtshof für nichtig erklärt werden könnte. Alle Seiten wussten, dass Berlin sich nicht in einem Vertrag verpflichten kann, ein bestimmtes Gesetz mit einem bestimmten Inhalt zu erlassen. Das hätte die Souveränität des Abgeordnetenhauses, die Bindung an die Verfassung und die Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofs verletzt. Ein Gewährleistungsfall nach Vertragsrecht liegt also nicht vor, auch nicht ein schuldhaftes, zum Schadensersatz führendes Verhalten des Landes Berlin gegenüber den anderen Vertragspartnern.

Man könnte allerdings die Auffassung vertreten, dass die Feststellung der teilweisen Verfassungswidrigkeit der von beiden Vertragspartnern bei Vertragsschluss vorausgesetzten Tarifgestaltung und die möglicherweise finanziell erheblichen Folgen für die zu erzielenden Gewinne zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), nämlich zu einer erheblichen Störung des Äquivalenzverhältnissen von Kaufpreis (Einlage) und Gewinnchance. Man könnte dann geneigt sein, § 23.7 als vertragliche Regelung zur Anpassung der Geschäftsgrundlage an die veränderten Verhältnisse anzusehen. Gesetzliche Folge eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist aber die Anpassung des Vertrages an die geänderten Verhältnisse nach Durchführung einer Interessenabwägung danach, was ursprünglich gewollt war, welche Vertragsanpassungen mit Rücksicht auf Art und Umfang der Änderungen der Verhältnisse und der ursprünglichen Risikoverteilung den Vertragspartnern zumutbar sind. In § 23.7 ist aber festgelegt, dass – einerlei, warum und in welchem Umfang die Tarifstruktur des Teilprivatisierungsgesetzes 1999 für verfassungswidrig erklärt wird und ob und wieweit dies in die Risikosphäre eines Vertragspartners oder beider Partner fällt – die privaten Investoren so gestellt werden, wie sie stehen würden, wenn die im Teilprivatisierungsgesetz von 1999 vorgesehene Berechnung der Tarife verfassungsgemäß gewesen wären. Die von den Vertragspartnern schon bei Vertragsschluss bedachten Risiken eines (teilweisen) Wegfalls der Geschäftsgrundlage wegen Verfassungswidrigkeit des Teilprivatisierungsgesetzes und die daraus folgenden wirtschaftlichen Risiken sind von vornherein allein vom Land Berlin übernommen worden. Selbst wenn man also § 23.7 als vorsorgliche Regelung für den Fall der Notwendigkeit einer Vertragsanpassung wegen Gefahr des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ansehen würde, würde die vereinbarte als einseitige wirtschaftliche Risikozuweisung an das Land Berlin somit als Leistung einer "Sicherheit" bzw. "Garantie oder sonstige Gewährleistung" angesehen werden können.

Rechtsprechung und Literatur zu der Frage, ob solche Ausgleichszusagen des Staates an den privaten Partner bei Teilprivatisierung öffentlicher Einrichtungen als "Sicherheit" i.S. des Art. 87 Abs.1 VvB, Art. 115 Abs. 1 GG anzusehen sind, habe ich bisher nicht gefunden. Mir erscheint aber die hier vorgenommene Bewertung naheliegend zu sein. Es besteht deshalb sowohl in bezug auf § 23.7 a.F. und erst recht in Bezug auf die jetzt erwogene Neuregelung im Konsortialvertrag, die ja nur die Konsequenzen aus § 23.7 a.F. zieht, die Gefahr, dass diese Regelung deshalb, weil das Land Berlin den Vertrag unter Verletzung des Art. 87 Abs. 1 VvB geschlossen hat, nach § 134 BGB nichtig ist, jedenfalls der Senat sich den Vorwurf gefallen lassen muss, das Budgetrecht des Abgeordneten durch Gewährung einer der Höhe nach nicht absehbare Gewinngarantie verletzt zu haben.

c) Verzicht auf Konzessionsabgaben

Die Frage kann von mir nicht beantwortet werden, weil Informationen dazu, ob und in welchem Umfang bisher Konzessionsabgaben von der BWB verlangt wurden, welche Rechtsgrundlagen dafür bestehen (Wassergesetz ? Konzessionsvertrag ?), ob Einnahmen daraus bereits im Haushaltsplan veranschlagt wurden, mir nicht vorliegen. Die Antwort des Senators vom 19.11.03 ist zu knapp, um die erforderlichen Informationen zu vermitteln.

d) Bewertung der disproportionalen Gewinnverteilung

Die vorgesehene disproportionale Gewinnverteilung steht im Zusammenhang mit den in § 23.7 vom Land Berlin eingegangenen Pflichten, für Ausgleich zu sorgen, falls wegen Teilnichtigkeit der im Teilprivatisierungsgesetz vorgesehenen Tarifgestaltung sich die erwarteten Zinsen nicht erwirtschaften lassen. Diese Klausel nimmt also Teil an der Bewertung der Zulässigkeit des § 23.7 insgesamt (oben a) + b)).

Betrachtet man sie isoliert, würde sich also die Änderung des Konsortialvertrages auf die disproportionale Gewinnverteilung als einzig vorgesehene Ausgleichsmaßnahme beschränken, würde dies keine "Anleihe" i.S. des § 87 Abs. 1 VvB sein, weil Haushaltsmittel nicht in Anspruch genommen werden. Allerdings werden die Einnahmen des Landes Berlin durch diese Regelung verkürzt. Selbst wenn die Einnahmen bereits veranschlagt worden wären, würde dies Verfassungsrecht nicht verletzen, denn Einnahmen werden im Haushaltsplan aufgrund von Schätzungen veranschlagt, ohne dass damit Rechte oder Pflichten Dritter begründet werden.

§§ 3, 15 LHO; Pfennig/Neumann, aaO, 3, 15 zu Art. 85 VvB

Allerdings verlangt der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (§ 7 LHO), dass das Land Berlin nicht grundlos auf Einnahmen zugunsten von privaten Vertragspartnern verzichtet. Die Frage, ob eine auf die disproportionale Gewinnverteilung beschränkte Vereinbarung gegen diese haushaltsrechtlichen Vorschriften verstoßen würde oder aber wegen der Besonderheiten der Vertragsgestaltung gerechtfertigt wäre, bedarf hier aber keiner Vertiefung, weil eine solche Vereinbarung selbst dann, wenn sie gegen die LHO verstoßen würde, nicht verfassungswidrig wäre. Zwar sieht Art. 86 Abs. 2 VvB den Grundsatz der sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln vor. Die Nicht-Realisierung von Einnahmen aus der BWB durch disproportionale Gewinnverteilung stellt aber noch keine Inanspruchnahme von Haushaltsmitteln dar. Außerdem wird der Grundsatz der Sparsamkeit durch den Begriff der Wirtschaftlichkeit, der als Oberbegriff anzusehen ist, relativiert, denn Wirtschaftlichkeit heißt nicht nur, ein bestimmtes Ergebnis mit geringst möglichem Mitteleinsatz zu erreichen, sondern auch, mit einem bestimmten Mitteleinsatz das best möglichste Ergebnis zu erreichen.

Pfennig/Neumann, aaO, 4 zu Art. 86 VvB

e) Unzulässige angedachte Preiserhöhung von 12 %, weil damit Gewinne der BeteiligungsAG erwirtschaftet werden ?

Informationen über die angedachte Preiserhöhung und den darauf folgenden Gewinn für die BWB habe ich nicht, so dass ich die Frage nicht beantworten kann.

Der VerfGH Berlin hat mit 4 : 4 Stimmen die Frage, ob eine private Beteiligung es erlaubt, bei den Kosten auch eine besondere Gewinnmarge (2 %) für die privaten Kapitalgeber einzuplanen, offen gelassen.

VerfGH, S. 24

Das würde, wenn die Frage erneut gestellt würde, bedeuten, dass ein Gesetz, das einen solchen "Gewinnaufschlag" vorsieht, nicht verfassungswidrig ist, denn zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit bedarf es der Mehrheit der Mitglieder des Gerichts (§ 11 Abs. 2 VerfGHG). Der Entwurf sieht aber angesichts der knappen Entscheidung davon ab, einen solchen "Gewinnaufschlag" einzurechnen. Die Gesichtspunkte, die bei der Entgeltfestsetzung zu berücksichtigen sind, sind in § 3 TPrG geregelt und werden durch die Festsetzung der Höhe der angemessenen kalkulatorischen Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals per Rechtsverordnung beeinflusst. Dazu s. unten 6.

Ob geplant ist, die Tarife so zu erhöhen, dass der Referenzzinssatz für die privaten Kapitalgeber gesichert ist, ist dem Unterzeichneten unbekannt. Der Senator hat in seiner Antwort vom 19.11.03 darauf hingewiesen, dass in den vergangenen Jahren unterbliebene Tarifierhöhungen nachgeholt werden sollen. Darüber hinaus ist die Annahme gerechtfertigt, dass das Land Berlin durch die Tarifgestaltung alles tun wird, um nicht den Haushalt mit den den privaten Investoren versprochenen Ausgleichsleistungen belasten zu müssen.

- 2. Welche rechtliche Qualität hat die „EntschlieÙung über Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“ vom 29.10.1999 (69. Sitzung, 13. Wahlperiode)? Ist diese EntschlieÙung rechtmäÙig zustande gekommen, obgleich die Abgeordneten weder den Konsortialvertrag kennen konnten und auch der Wortlaut des Urteils den Abgeordneten nicht vorlag und die EntschlieÙung während der Sitzung verteilt wurde?**

Die EntschlieÙung muss im Zusammenhang mit dem im Sachverhalt erwähnten Beschluss vom 1.7.1999 gesehen werden. Anders als Gesetze haben sonstige Beschlüsse oder EntschlieÙungen des Abgeordnetenhauses generell keine Rechtswirkung. Es handelt sich um ÄuÙerungsformen, mit denen das Abgeordnetenhaus im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Befugnisse seinen Willen erkennbar und verbindlich feststellt.

Pfennig/Neumann, aaO, 2 zu Art. 43 VvB;  
Jarass/Pieroth, 3 zu Art. 42 GG, 1 zu Art. 76 GG  
mit Hinweis auf BVerwGE 12, 16/20

Sie sind Bestandteil der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive durch die Legislative, können auch Anregungen an die Exekutive geben, die diese allerdings nicht rechtlich zwingend befolgen muss. Im Gegenteil verlangt das Prinzip der Gewaltenteilung auch, dass das Parlament die Eigenverantwortlichkeit der Regierung anerkennt und nicht – nicht einmal durch Einzelfallgesetze – den Kernbereich der Regierungsverantwortung verletzt.

BVerfGE 9, 280; 25, 398

Beschlüsse und Entschlüsse haben also in erster Linie politische Qualität, die Missachtung von Beschlüssen oder Entschlüssen des Abgeordnetenhauses kann aber dazu führen, dass dem Senat gem. Art. 57 VvB das Misstrauen ausgesprochen wird und Neuwahlen nötig werden.

Die Tatsache, dass nach dem in der Frage mitgeteilten Sachverhalt die Entschlüsselung vom 29.10.99 auf einem Text beruhte, der erst während der Sitzung verteilt wurde, und auf Unterlagen (Konsortialvertrag, Urteil VerfGH) Bezug nahm, die den Abgeordneten nicht bekannt waren, ändert nichts an der Verbindlichkeit der Feststellung des Willens des Abgeordnetenhauses. Zunächst waren ja dem Unterausschuss ausweislich des Beschlusses vom 1.7.99 die Verträge bekannt. Das Urteil des VerfGH wird in wesentlichen Grundzügen zumindest durch Presseveröffentlichungen oder die Pressemitteilung des Gerichts bekannt gewesen sein. Aber selbst wenn dies vernachlässigt wird, wäre es Sache der Abgeordneten gewesen, die Verletzung der 2-Tages-Frist des § 29 Abs. 2 AbghsGO zu rügen, die Befassung mit dieser Entschlüsselung wegen fehlender Informationen abzulehnen bzw. Vertagung zu verlangen. Verhandlungsgegenstände, die nicht auf der Tagesordnung stehen, dürfen nur behandelt werden, wenn es das Abgeordnetenhaus beschließt (§ 59 Abs. 4 AbghsGO). Das Abgeordnetenhaus kann auch die Behandlung einer Sache vertagen (§ 62 Abs. 3 AbghsGO).

Wenn die Abgeordneten gleichwohl eine Vorlage beschließen, ohne sich informiert zu haben, dann verlassen sie sich auf die Richtigkeit der Einschätzung derer, die die Entschlüsselung eingebracht haben. Dies fällt – ebenso wie eine Blankounterschrift – allein in die Verantwortung der Abgeordneten.

Im übrigen führen selbst bei rechtlich verbindlichen Gesetzesbeschlüssen Verstöße gegen die Geschäftsordnung nicht zur Nichtigkeit. Nichtig sind selbst solche Beschlüsse vielmehr nur, wenn gegen zwingende, sich aus der Verfassung selbst ergebende Vorschriften in "evidenter" bzw. "grober" Weise verstoßen wurde.

BVerfGE 31, 53; 34, 25; 44, 313; 91, 148

Die in der Frage genannte Entschlüsselung ist also eine wirksame Willensbekundung des Abgeordnetenhauses und nach wie vor wirksam. Eine Änderung wäre nur durch Herbeiführung einer neuen Entschlüsselung möglich.

Pfennig/Neumann, aaO, 8 zu Art. 43 VvB

### **3. Ist die Praxis der Entscheidungsfindung in den Wasserbetrieben mit den Prinzipien des Urteils des Verfassungsgerichtshofes vereinbar?**

Der VerfGH hat in seinem Urteil festgestellt, dass das Teilprivatisierungsgesetz jedenfalls in verfassungskonformer Auslegung den Anforderungen ausreichender demokratischer Legitimierung genügt, weil das Prinzip der "doppelten Mehrheit" eingehalten ist. Dazu gehört, dass die demokratisch legitimierte Vertreter des Landes Berlin sowohl in

den Gremien wie auch bei den einzelnen Entscheidungen/Weisungen gegenüber der BWB die Mehrheit haben.

Der Entwurf zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes ändert daran nichts. Es gibt also keine Anhaltspunkte, dass jetzt das Verfahren zur Entscheidungsfindung verfassungswidrig geworden ist.

Wie die tatsächliche Praxis der Entscheidungsfindung ist, ob in der Praxis den nach dem Teilprivatisierungsgesetz in verfassungskonformer Auslegung möglichen und verfassungsrechtlich gebotenen Standards Rechnung getragen wird, kann der Unterzeichnete mangels näherer Informationen nicht beurteilen.

- 4. Sind die Rechte des Abgeordnetenhauses in dem Konsortialvertrag hinreichend gesichert und werden diese Rechte praktiziert?**
- 5. Welcher institutionellen Garantien bedarf es, um eine angemessene Kontrolle zu gewährleisten?**

Der VerfGH hat keine weiteren als im Gesetz enthaltenen institutionellen Garantien verlangt, weil diese – soweit sie dem VerfGH bekannt wurden – ausreichen, um die notwendige zumindest mittelbare demokratische Legitimierung der Entscheidungsträger und Entscheidungen der BWB nach dem Prinzip der "doppelten Mehrheit" der demokratisch legitimierten Mitglieder in den Entscheidungsgremien und bei den konkreten Entscheidungen zu gewährleisten.

VerfGH S. 7 – 14 im Anschluss an BVerfGE 47, 253/275; 77, 1/40ff; 83, 60/73; 93, 37/68ff

Ob die Verträge in der jetzigen Fassung diese "doppelte Mehrheit" stets gewährleisten, kann von mir nicht abschließend überprüft werden, weil mir nur der Konsortialvertrag vom 19.6.99 und der Vertrag über eine stille Gesellschaft zwischen Holding und BeteiligungsAG vorliegen. Nach der Stellungnahme der Senatsverwaltung für Wirtschaft vom 19.11.03 ist das Prinzip der "doppelten Mehrheit" nicht gefährdet. Die Tatsache, dass nach der geplanten Änderungsvereinbarung (Streichung von § 9.3, Ergänzung des § 10.2 des Konsortialvertrages) die Mitglieder des Aufsichtsrats der BWB gleichzeitig Mitglieder des Aufsichtsrats der Holding sein sollen, gefährdet das Gebot der demokratischen Legitimierung nicht, denn die Mitglieder des Aufsichtsrats der BWB werden von der Gewährträgerversammlung der BWB – wenn auch auf Vorschlag der Holding – bestellt. Die Gewährträgerversammlung wird durch den Senat gestellt, der an der Holding mehrheitlich beteiligt ist.

Der VerfGH hat im Urteil allerdings zusätzlich festgestellt, dass es ein Gebot parlamentarischer Kontrolle ist, dass neben der Veröffentlichung des Abschlusses der Verträge im Amtsblatt (§ 1 Abs. 3 S. 2 TPrG) alle Mitglieder des Abgeordnetenhauses die Möglichkeit haben müssen, Einsicht in die Verträge zu nehmen. Die dadurch ermöglichte parlamentarische Kontrolle dürfe nicht durch umfangreiche Geheimhaltungsklauseln behindert werden.

VerfGH S. 9/10

Ich habe keine Hinweise darauf, dass diesen Vorgaben zuwider gehandelt wird. Ob die Abgeordneten ihre Rechte praktizieren, ist mir ebenfalls unbekannt.

Da es eine Vielzahl weiterer Kontrollmöglichkeiten gibt, erscheint mir die Einführung weiterer institutioneller Garantien nicht erforderlich zu sein. Solche schon bestehenden Kontrollmöglichkeiten sind:

- Vertreter des Landes Berlin bilden die Gewährträgerversammlung der BWB.
- Ihre Aufsichtsratsmitglieder werden von der Gewährträgerversammlung, allerdings auf Vorschlag mit der Holding, bestellt.
- Weisungen durch die Holding an die BWB bedürfen der Zustimmung des Weisungsausschuss des Aufsichtsrats der Holding, dessen Entscheidungen wiederum auch die Vertreter des Landes Berlin zustimmen müssen.
- Die Rechtsaufsicht über die BWB obliegt weiterhin der zuständigen Senatsverwaltung (§ 7 TPrG). Die Entgeltregelung kann von den Kunden auf ihre Angemessenheit hin zivilgerichtlich überprüft werden.
- Die Angemessenheit der Festsetzung der Verzinsung durch Rechtsverordnung kann im konkreten Normenkontrollverfahren von einem Viertel der Abgeordneten überprüft werden, §§ 4 Nr. 4, 43 VerfGHG.
- Die Fragerechte der Abgeordneten bestehen unverändert auch in Ansehung der BWB und der Beteiligung des Landes Berlin an der Holding, Art. 45 VvB.
- Die Prüfungsrechte des Rechnungshofes beziehen sich auch auf die BWB und auf Einnahmen aus der Holding (§§ 89 Abs. 1 Nr. 1, 91 LHO, § 23 BerlBG)

**6. Ist die Bestimmung des § 3 Abs. 4 des geplanten Gesetzes zur Teilprivatisierung der Wasserbetriebe verfassungsgemäß, obgleich er durch das Wort „mindestens“ Gewinne ermöglicht, die über die Summe von „r“ hinausgehen?**

Mit dieser Frage wird nur nach einer für die Tarifgestaltung maßgeblichen Änderung gefragt. Es erscheint aber sinnvoll, auch die anderen geplanten Änderungen jedenfalls kurz zu bewerten.

Der VerfGH hat die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung geltenden Grundsätze für hoheitliche Gebühren- oder privatrechtliche Entgeltfestlegungen im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge in Erinnerung gerufen. Da es im Bereich der Daseinsvorsorge einen "Marktpreis" mangels des Bestehens eines regelmäßigen Marktes nicht gibt, muss das Entgelt einseitig festgelegt, also hoheitlich bewertet werden. Damit wird in die Rechtssphäre der Bürger eingegriffen, die auf die Leistungen der Daseinsvorsorge angewiesen sind. Der Staat kann sich, auch wenn er das Leistungsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet, nicht durch "Flucht ins Privatrecht" den Grundrechtsbindungen entziehen, denn Art. 1 Abs. 3 GG bindet die Exekutive ganz unabhängig von der Form ihres Tätigwerdens an die Grundrechte. Tangiert sind vor allem die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Gleichheit (Art. 3 GG) sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG), der im Gebührenrecht durch das Äquivalenzprinzip konkretisiert wird: Gebühren und Entgelte müssen in einem plausiblen und widerspruchsfreien Verhältnis zu den öffentlichen Leistungen stehen. Gebührengesetze definieren oft das Kostendeckungsprinzip als Kostenüberschreitungsverbot. Soweit es aber keine speziellen Gesetze gibt, findet das Kostenüberschreitungsverbot

keine Anwendung, weil Gebühren und Entgelte auch nach dem Nutzen der Leistung für den Bürger festgelegt werden dürfen, außerdem der Gesetzgeber mit der Festlegung der Tarife auch andere Zwecke (z.B. begrenzte Verhaltenssteuerung in bestimmten Tätigkeitsbereichen; Berücksichtigung von Einkommensunterschieden) verfolgen darf. Schon gar nicht hat das Kostenüberschreitungsverbot Verfassungsrang. Da § 3 Abs. 6 TPrG das Gesetz über Gebühren und Beiträge für den Bereich der BWB ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt hat, hat hier der Gesetzgeber bei der Tarifgestaltung einen weitgehenden Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum. Begrenzt wird dieser Spielraum aber durch die erwähnten grundrechtlichen Bindungen, insbesondere durch den Grundsatz der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und durch die vorrangige Zweckbestimmung von Gebühr und Entgelt, die zu erwartenden Kosten der Leistung zu decken und den Nutzen der Leistung für den Bürger zu erfassen. Wenn ein über der Kostendeckung liegender Gewinn erzielt wird, ist dies zwar zulässig. Eine reine Gewinnerzielungsabsicht ist dagegen mit den Grundsätzen der Bemessung von Entgelten für Leistungen im Bereich der Daseinsvorsorge nicht zu vereinbaren. Entgelte dürfen nicht so bemessen werden, dass der Bezug zur bezahlten Leistung entfällt und in Wahrheit nur aus Anlass der Entgegennahme einer Leistung ein Beitrag zur Finanzierung des allgemeinen öffentlichen Haushalts verlangt wird. Denn eine solche zweckgebundene Finanzierung darf nur über gesetzlich angeordnete Steuern und Abgaben erfolgen und muss dann alle Bürger gleichmäßig treffen. § 3 Abs. 1 AO definiert Steuern als Geldleistungen, die gerade nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen, sondern vom Staat zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand vorliegt, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Deshalb kann sowohl im Normenkontrollverfahren vor Verwaltungs- und Verfassungsgerichten wie auch in einem Zivilprozess zwischen Anschlussinhaber und Versorgungsunternehmen überprüft werden, ob die festgelegten Gebühren oder Entgelte sich an die Grundsätze der Gleichheit und Angemessenheit halten.

VerfGH, S. 16 - 23

BVerfGE 50, 217/225ff; 80, 103/107; 85, 337/ 346ff; 97, 332,/342/344f  
BVerwGE 12, 162/166; 13, 214/222; 26, 305/313ff; 95, 188/200ff

BGHZ 55, 229/230; 65, 284; 91, 84 = NJW 85, 197; NJW 85, 3013;  
92, 171

Allgemein zur Bindung des Staates an Grundsätze des öffentlichen Rechts bei privatrechtlichem Handeln im Bereich der Daseinsvorsorge: Ossenbühl, Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, DVBl 74, 541; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band I, 1999, § 23 V Rdn 32ff

Zur Abgrenzung Entgelt – Steuer und den sich daraus herleitbaren Anforderungen an die Festlegung von Gebühren und Entgelten: Zimmermann, Grundrechtsbindungen bei der Finanzierung öffentlicher Sach- und Dienstleistungen durch spezielle Entgelte, DVBl 89, 901

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu anschaulich ausgeführt:

Aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG folgt, dass Gebühren nicht völlig unabhängig von den Kosten der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt werden dürfen, und dass die Verknüpfung zwischen den Kosten der Staatsleistung und den dafür auferlegten Gebühren nicht in einer Weise sich gestaltet, die, bezogen auf den Zweck der gänzlichen oder teilweisen Kostendeckung, sich unter keinem vernünftigen Gesichtspunkt als sachgemäß erweist. Darüber hinaus gebietet der Gleichheitsgrundsatz, bei gleichartig beschaffenen Leistungen die rechnerisch und finanziell in Leistungseinheiten erfasst werden können, die Gebührenmaßstäbe und Gebührensätze in den Grenzen der Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit so zu wählen oder zu staffeln, dass sie unterschiedlichen Ausmaßen der erbrachten Leistung Rechnung tragen, damit die verhältnismäßige Gleichheit unter den Gebührenschuldern gewahrt bleibt (BVerfGE 50, 217/227).

An diesen Grundsätzen sind die geplanten Änderungen der §§ 3, 5 TPrG zu messen.

a) Grund- und Arbeitspreis

Die Unterscheidung zwischen Grund- und Arbeitspreis ist üblich und verfassungsrechtlich auch unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes verfassungsmäßig, wenn bei der Tarifgestaltung sachgerechte Anknüpfungsgesichtspunkte für die Bemessung der Grundgebühr gegeben werden. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht ist geklärt, dass die Erhebung einer verbrauchsunabhängigen Grundgebühr, die sich nach einem an Art und Umfang der Lieferbereitschaft (z.B. Normgröße des Wasserzählers) orientierten Wahrscheinlichkeitsmaßstab bemisst, zulässig ist, soweit einzelne Gebührenschuldner im Verhältnis zu anderen nicht übermäßig hoch belastet werden.

BVerwG bei Buchholz 401.84 Benutzungsgebühren Nr. 59 + 94;  
NVwZ-RR 03, 300

b) Wahlrecht zwischen progressiver oder degressiver Tarifgestaltung

Angesichts des Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers ist weder eine degressive noch eine progressive Tarifgestaltung von vornherein unzulässig. Sie muss nur vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz Bestand haben, die Differenzierung muss sachgerechte Gründe haben. Eine degressive Tarifgestaltung könnte ein zulässiges, wenn nicht sogar gebotenes Mittel sein, um gegen den Gleichheitssatz und das Äquivalenzprinzip verstoßende Benachteiligungen zu verhindern, denen z.B. Wassergroßverbraucher bei der undifferenzierten Anwendung des Frischwassermaßstabes ausgesetzt wären, weil sie dann in einem den tatsächlichen Gegebenheiten nicht Rechnung tragenden Maße mit den Kosten für die Beseitigung von Niederschlagswasser belastet würden. Bedenklich wäre sie dagegen, wenn es sich um einen bloßen Mengenratt und damit um eine versteckte Subventionierung von Großverbrauchern handelt.

OVG Schleswig-Holstein, NVwZ-RR 93, 158/169;  
OVG Bremen, 26.5.98, 1 N 3/93, bei juris

Die progressive Tarifgestaltung könnte demgegenüber ein zulässiges Mittel der Verhaltenssteuerung bei Gefahr übermäßiger Verschwendung knappen Wassers sein.

Nicht die gesetzliche Ermächtigung, die Tarife progressiv oder degressiv zu gestalten, ist also verfassungswidrig. Es kommt vielmehr darauf an, aus welchen Gründen die BWB progressive oder degressive Tarife anbieten.

- c) Die Kosten, die durch die Tarife zumindest gedeckt sein müssen, sollen Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten berücksichtigen.

Unter Wiederbeschaffungszeitwert ist der Preis zu verstehen, der zum Bewertungszeitpunkt (z.B. dem 31.12. der jeweiligen Gebührenperiode) für die Erneuerung eines vorhandenen Vermögensgegenstandes durch einen solcher gleicher Art und Güte (= derzeitiger Wiederbeschaffungswert) gezahlt werden müsste.

Zwar ist steuer- und bilanzrechtlich die Abschreibung nur auf Anschaffungs- und Herstellungskosten zulässig (§ 6 Abs. 1 EStG; § 253 HGB). Diese bundesrechtlichen Vorschriften verbieten aber nicht, bei der Berücksichtigung von Abschreibungen den Wiederbeschaffungszeitwert bei der Tarifikalkulation in Ansatz zu bringen. Auch die VO Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen sieht bei der Preiskalkulation nur Abschreibungen auf die Anschaffungs- und Herstellungskosten vor. Der Anwendungsbereich dieser Verordnung erstreckt sich aber nicht auf Tarifikalkulationen kommunaler Einrichtungen. In der Betriebswirtschaftslehre ist die Befürwortung einer Abschreibung nach Wiederbeschaffungszeitwerten zwar streitig, es gibt aber nach wie vor beachtliche Stimmen, die dies – zumeist unter Substanzerhaltungsgesichtspunkten – bejahen.

vgl. die Darstellung bei OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ 95,1233;  
Wolff/Bachof/Stober, aaO, § 42 V Rdn 31ff

Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten führen aber jedenfalls zu einer Erhöhung der zu berücksichtigenden Kosten, also letztlich zu einer Erhöhung der Tarife, und stehen in einem gewissen Widerspruch zu den in anderen Bereichen geltenden Vorschriften, die nur eine Abschreibung auf der Basis von Anschaffungs- und Herstellungskosten zulassen. Sie sind selbst in der Betriebswirtschaftslehre umstritten. Ob es sinnvoll ist, dies – im Gegensatz zur bisherigen Fassung des § 3 Abs. 2 S. 2 TPrG (Abschreibung nach Anschaffungs- und Herstellungskosten) – einzuführen, muss der Gesetzgeber entscheiden. Der Hintergrund dafür, die Abschreibung nach Wiederbeschaffungszeitwerten einzuführen, dürfte darin liegen, dass damit die Nachteile, die entstanden sind, weil die Formel "r + 2 %" bei der kalkulatorischen Verzinsung für verfassungswidrig erklärt wurde, teilweise ausgeglichen werden sollen. Darauf weist auch die Begründung des Entwurfs ("Belastungsausgleich") hin, auch wenn dort die erleichterte Finanzierung einer langfristigen Substanzerhaltung in den Vordergrund gerückt wird – ein Gesichtspunkt, der doch auch schon im Jahre 1999 hätte gesehen und in das Gesetz eingearbeitet werden können.

Verfassungsrechtlich allerdings dürfte die Tarifbemessung unter Berücksichtigung der Kosten aus Abschreibungen nach Wiederbeschaffungszeitwerten nach den oben herausgestellten Grundsätzen sich noch im Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers halten. Der Bezug zu Leistungen der Wasserver- und -entsorgung ist noch vorhanden, die Abschreibungen nach Wiederbeschaffungszeitwerten erlaubt

höhere Tarife, die wiederum der Erneuerung/Modernisierung der Anlagen zugute kommen können. Die Rechtsprechung hat diese Abschreibungsberechnung deshalb auch nicht als Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip angesehen.

OVG Münster, NVwZ 95, 1233 m.w.N.; Höwel, Herrschaft des Kostendeckungsprinzips, NVwZ 95, 1188

d) Die zu den Kosten zählende angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals soll mindestens der durchschnittlichen Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren, die der jeweiligen Kalkulationsperiode vorausgehen, entsprechen.

aa) Festlegung eines Mischzinssatzes

Die Bemessung der kalkulatorischen Verzinsung anhand der durchschnittlichen Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen ist vom VerfGH nicht beanstandet worden. Dass auch das Eigenkapital und nicht nur Fremdkapital in diese Verzinsung einbezogen wurde, wurde ebenfalls akzeptiert. Dies hält sich in dem Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum und ist auch nicht unangemessen, weil das für den Betrieb verwendete Kapital – Anlage wie Umlaufkapital – ja gebunden ist und nicht anderweitig rentierlich angelegt werden kann. Da es sich um langfristige Kapitalbindungen handelt, ist es auch geboten, einen längeren Zeitraum zur Bemessung des kalkulatorischen Zinssatzes heranzuziehen und sich nicht auf den jeweiligen aktuellen Durchschnittzinssatz für Geldanlagen oder- Anleihen zu beziehen.

VerfGH, S. 22/23; ebenso OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ 95, 1233; OVG Bremen, 26.5.98, 1 N 3/97, bei juris

bb) Erlaubnis, diesen Mischzinssatz und allgemein das Kostendeckungsprinzip zu überschreiten und Gewinn anzustreben

Geht man mit der Hälfte der Richter des VerfGH davon aus, dass auch bei privater Beteiligung es unzulässig ist, diese durch einen pauschalen "Gewinnaufschlag" zu finanzieren, der dann teilweise auch wieder dem Landeshaushalt zufließt und keinen direkten Bezug mehr zu dem Verhältnis von Kosten der gewährten Leistung zum Entgelt hat,

VerfGH, S. 24

könnte es bedenklich sein, dass § 3 Abs. 4 S. 1 TPrG n.F. vorsieht, dass die kalkulatorische Verzinsung "mindestens" dem näher beschriebenen Mischzinssatz entsprechen soll. Eine Überschreitung ist somit zulässig. Berücksichtigt man weiter, dass es schon in § 3 Abs. 1 S. 2 TPrG heißt, dass die Tarife so zu bemessen sind, dass "zumindest" die Kosten gedeckt sind, und die BWB nach § 6 Abs. 1 TPrG einen "angemessenen Gewinn erzielen sollen", ist zu fragen, ob hier nicht doch – wenn auch in versteckter Form – der vom VerfGH in seiner Zulässigkeit bezweifelte, in der früheren Fassung des Teilprivatisierungsgesetzes vorgesehene "Gewinnzuschlag" wieder Einzug hält. Alle drei "Öffnungsklauseln", die eine Tarifbemessung oberhalb der sonst vom Gesetz vorgesehenen Kostenfaktoren erlauben und damit eine Gewinnerzielungsabsicht sogar

zu gebieten scheinen, sind nur dann und insoweit verfassungsrechtlich zulässig, wie sie die bestehenden Grenzen der Entgeltbemessung, die vor allem durch den Gleichheitssatz, Sinn und Zweck der in Rede stehenden Leistung und durch das Äquivalenzprinzip gesteckt sind, einhalten. Die drei genannten Einfalltore für eine Überschreitung einer am Äquivalenzprinzip orientierten Tarifbemessung enthalten jeweils für sich aber keine Grenzziehung.

Es mag allerdings sein, auch diese auf Gewinnerzielungsabsicht hindeutenden Klauseln bei verfassungskonformer Auslegung des Gesetzes so zu verstehen, dass sie verfassungsgerichtlicher Überprüfung standhalten. Der VerfGH hat z.B. durch verfassungskonforme Auslegung klargestellt, dass § 6 Abs. 1 TPrG für die Tarifbemessung keine Bedeutung haben darf.

#### VerfGH, S. 19

Auch könnte man diese Vorschrift verfassungskonform entgegen dem weit gefassten Wortlaut dahin verstehen, dass sie sich nur auf andere geschäftliche Aktivitäten der BWB außerhalb der Daseinsvorsorge, also im sog. "Wettbewerbsgeschäft", bezieht.

Man könnte die Formulierungen "zumindest" bzw. "mindestens" verfassungskonform einengend dahin interpretieren, dass sie sich in dem durch § 3 Abs. 1 S 1 TPrG (Tarife, die den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit genügen) gesteckten Rahmen halten müssen, obwohl die einzelnen Vorschriften im Gesetz gleichrangig nebeneinander aufgeführt sind. Man könnte die Regelung zur "Mindestverzinsung" in § 3 Abs. 4 TPrG verfassungskonform dahin interpretieren, dass die Verzinsung jedenfalls nicht über konservative, besonders geschützte Geldanlagen, wie sie etwa in § 54 Versicherungsaufsichtsgesetz genannt sind, hinausgehen darf, so wie die Begründung des Gesetzesentwurfs dies tut.

Es ist dann aber zu fragen, warum ein neu zu fassendes Gesetz weiterhin so unklar formuliert sein muss, dass es Missverständnisse und damit möglicherweise Anwendungen provoziert, die der gebotenen verfassungskonformen Auslegung zuwiderlaufen. Ein Gesetz, das nach seiner möglichen Wortbedeutung zu verfassungswidrigen Anwendungen bei der Tarifgestaltung führen kann, das nur dann verfassungsrechtlich Bestand hat, wenn man die Bestimmungen einschränkend verfassungskonform interpretiert, ist kein Gesetz, das in dieser missverständlichen Form erlassen werden sollte. Es sollte das, was nach der Gesetzesbegründung gemeint ist und verfassungsrechtlich gemeint sein muss, deutlich formuliert und es sollten missverständliche Passagen gestrichen oder geändert werden. Das könnte z.B. in der Weise geschehen, dass § 6 Abs. 1 TPrG ersatzlos gestrichen oder das von seinem Anwendungsbereich die von der BWB geleistete Daseinsvorsorge ausgenommen wird. Der Grundsatz in § 3 Abs. 1 S. 1 TPrG sollte unmissverständlich als Obersatz formuliert werden mit der Maßgabe, dass die folgenden Bestimmungen ein Abweichen von den dort geregelten Grundsätzen nicht erlauben. In § 3 Abs. 4 TPrG, betreffend die kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals, sollte eine Obergrenze genannt werden, z.B. dahingehend, dass die kalkulatorische Verzinsung nicht die Referenzgröße langfristig deckungsstockfähiger Anleihen gem. § 54 VAG überschreiten darf.

Bei solchen Formulierungen wären die vorhandenen verfassungsrechtlichen Zweifel an den diskutierten Formulierungen der Entwurfsfassung beseitigt.

cc) Kalkulatorische Verzinsung und Abschreibungen nach dem Wiederbeschaffungszeitwert

Ein ungeklärtes verfassungsrechtliches Problem ergibt sich aus dem Zusammenspiel der Regelungen in § 3 Abs. 2 – 4 TPrG. Das kalkulatorisch zu verzinsende betriebsnotwendige Kapital ist danach identisch mit dem betriebsnotwendigen Vermögen (Anlage- und Umlaufvermögen, soweit es dem Betriebszweck dient), vermindert um der BWB vom Land Berlin zinslos zur Verfügung gestellten Vorauszahlungen und Anzahlungen. Schon der VerfGH hat darauf hingewiesen, dass es erforderlich ist, dass zum einen Eigenkapitalzinsen sachgerecht nur vom Anschaffungs- und Herstellungsaufwand berechnet werden dürfen; außerdem müsse dieser noch um das Aufkommen aus Entwässerungsbeiträgen und gleichstehenden Leistungen vermindert werden. § 3 Abs. 3 TPrG müsse deshalb verfassungskonform dahin ausgelegt werden, dass solche Beiträge und Leistungen abgezogen werden müssten.

VerfGH, S. 30/31 mit Hinweis auf BVerwG, KStZ 84, 11/12;  
Brüning, KStZ 90, 41

Der vorliegende Entwurf ignoriert diese Problematik und verschärft sie noch dadurch, dass es möglich erscheint, das betriebsnotwendige Kapital nicht nach Anschaffungs- und Herstellungskosten, sondern unter Berücksichtigung der Wiederbeschaffungszeitwerte zu ermitteln, die ja auch bei der Kostenermittlung nach der Neufassung maßgeblich sein sollen, § 3 Abs. 2 S. 3 TPrG. Das würde aber eine jedenfalls nach der Rechtsprechung unzulässige doppelte Berücksichtigung des Substanzerhaltungserfordernisses bedeuten, eine verschleierte Gewinnerzielung darstellen und damit unzulässig sein.

OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ 95, 1233;  
OVG Bremen, 26.5.98, 1 N 3/97, bei juris.

Hier besteht Erläuterungs- und gesetzlicher Klarstellungsbedarf, weil sonst die Gefahr besteht, dass in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise versteckte Gewinne angestrebt werden.

- e) Der Zinssatz soll jährlich durch Rechtsverordnung des Senats nach § 5 Nr. 2 festgelegt werden. Für die Kalkulationsperiode 2004 beträgt der Zinssatz mindestens 6 %.

Die Ermächtigung für eine Rechtsverordnung muss nach Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung hinreichend bestimmt sein, Art. 64 Abs. 1 VvB, Art. 80 GG. Schon aus der Ermächtigung an den Ordnungsgeber muss hervorgehen, was vom Bürger gefordert werden kann. Der Gesetzgeber soll die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen und, sofern Einzelregelungen einer Verordnung überlassen bleiben, die Tendenz und das Programm schon so weit umreißen, dass sich Zweck und möglicher Inhalt der Verordnung bestimmen lassen.

BVerfGE 7, 302; 10, 258; 20, 305; 38, 83; 80, 20

Es wird aber nicht verlangt, dass die Ermächtigung so bestimmt wie irgend möglich umschrieben ist. Sie muss nur hinreichend bestimmt sein.

BVerfGE 8, 312; 58, 277

Die Anforderungen richten sich auch nach dem Regelungsgegenstand. Geringere Anforderungen sind vor allem bei vielgestaltigen Sachverhalten oder dann zu stellen, wenn zu erwarten ist, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse alsbald ändern.

BVerfGE 11, 237; 58, 278

Es genügt auch, wenn sich Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung aus dem der Ermächtigung zugrunde liegenden Gesetz ermitteln lassen, denn maßgebend ist der Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Ermächtigung gestellt ist.

BVerfGE 8, 307; 19, 30; 28, 85; 33, 365; 62, 210; 80, 21

Dagegen fehlt es an der nötigen Beschränkung, wenn die Ermächtigung so unbestimmt ist, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können. Zweck, Inhalt und Ausmaß der Ermächtigung müssen mit einwandfreier Deutlichkeit angegeben sein.

BVerfGE 2, 334; 7, 301; 15, 160; 42, 200;

Die Anforderungen dieser Rechtsprechung sind ausgesprochen "weich" gefasst und können bei fast jeder Ermächtigungsgrundlage zu erheblichem Streit darüber führen, ob diese dem Bestimmtheitsgebot entspricht oder nicht. Deshalb ist verständlich, dass die am 20.11.03 gehörten Gutachter zu § 5 Nr. 2 TPrG unterschiedliche Auffassungen vertreten haben. Dieser Streit sollte sinnvoller Weise anders beigelegt werden als durch die Anrufung des Verfassungsgerichtshofs durch ein Viertel der Abgeordneten mit ungewissem Ausgang. Wird nämlich entsprechend dem eben unter d) gemachten Vorschlag die Regelung zur Bemessung der Tarife vereindeutigt und damit verfassungsrechtliche Bedenken beseitigt, dann ist § 5 Nr. 2 TPrG n.F. allein durch den Hinweis auf § 3 Abs. 4 TPrG hinreichend bestimmt, da ja § 3 Abs. 4 TPrG sich seinerseits an den Vorgaben des § 3 Abs. 1 S. 1 TPrG orientiert.

Das würde ausreichen, um Bedenken an der derzeitigen Unklarheit und Unbestimmtheit der Entwurfsfassung zu beseitigen.

Hochachtungsvoll

  
Dr. Zieger  
Rechtsanwalt