

SondA „WV“ - 9. Tagung - Ablauf

(leicht kommentiertes Argumentekonzentrat - kein Ersatz für das offizielle Wortprotokoll)

An der 9. Tagung des Sonderausschusses „Wasserverträge“ nahmen neben den von den 5 Fraktionen des AH benannten 9 Mda - die auch alle das Wort ergriffen - als „stummer Gast“ Frau Dr. SUDHOF (SenFin) sowie die Anzuhörenden Prof. Franz Ch. MAYER, Europarechtler an der Juristischen Fakultät der Universität Bielefeld, RA Olav SYDOW und Frau Sabine FINKENTHEI teil. Anzuhörende und Senatsvertreter wurden vom Ausschußvorsitzenden JUPE begrüßt. Die etwa 30 Besucher hinter den Pressetischen (von 3 Journalisten bevölkert) durften froh sein, nicht wieder laut auf die Hausordnung aufmerksam gemacht zu werden.

Bemerkenswerterweise standen auf der Tagesordnung zwei Themen mit dem Zusatz »auf Antrag der Fraktion der SPD und der Fraktion der CDU« Wenn dies bedeutet: »gegen die Voten der 3 Oppositionsfraktionen«, wäre festzustellen, dass nicht nur „Claudio I., Souverän von Berlin“, den Saal 311 beherrscht, sondern auch allein die Regierungsfractionen bestimmen, was im Sonderausschuß zur Umsetzung eines „Volksgesetzes“ getan oder unterlassen wird. Das ist vor allem das *Prüfen* dessen, was als „Instrumente“ und „Untersuchungsgegenstände“ zugelassen werden soll und welche Mängel diese möglicherweise aufweisen, und nicht etwa, welche **Folgen für den Landeshaushalt** und welche **wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Berlinerinnen und Berliner** die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe hatte. Nach umfänglichen Diskussionen über das Für und Wider (vgl. Berichte und Wortprotokolle zur 2., 3. und 4. Tagung) legte der „Wissenschaftliche Parlamentsdienst“ (WPD) des AH zu dem von Dr. LEDERER zur „Prüfung“ vorgeschlagenen „juristischen Leitfaden zur **Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung**“ am 31. Mai 2012 ein hausinternes „Gutachten“ vor. Da nun auf die Tagesordnung der heutigen Tagung die Anhörung der Autoren eben dieses „juristischen Leitfadens“ („Arbeitskreis unabhängiger Juristen“, AKJ) gesetzt wurde, wäre es zweckdienlich gewesen, auch gleich noch den im Hause verfügbaren Autoren des WPD-Gutachtens hinzuzuladen. Das wurde aber von den beiden Regierungsfractionen (gegen eine vorherige Entscheidung aller Sprecher) nicht eingehalten. Dagegen wiederum protestierten unverzüglich nach Tagungseröffnung KOSCHE, Dr. LEDERER und CLAUS-BRUNNER, nicht ohne diesen Fakt als erneuten Ausdruck der »Gutsherrenmanieren« des Ausschußvorsitzenden zu werten. Zu Recht verwies Rechtsanwältin BAYRAM (GRÜNE) darauf, dass eine getrennte Anhörung von AKJ und WPD die Diskussion der Argumente erschweren würde. KARSTEN (SPD) bezeichnete das Beharren der Oppositionsvertreter auf die Einhaltung eines gemeinsam gefassten Beschlusses zu Unrecht als »Hochkochen« - und erntete unverzüglich Protest. Ungerührt von allen sachlichen Argumenten beantragt NOLTE (SPD) die »Einhaltung der am Beginn der Tagung verkündeten Tagesordnung«. KOSCHE wandt ein, daß die auf der 1. Tagung beschlossenen „Verfahrensregeln“ anderes bestimme. JUPE lässt abstimmen. Die „Koalitionsmauer“ steht; der WPD wird nicht zu TOP 2 hinzugerufen.

Nunmehr erteilt der Ausschußvorsitzende Herrn Prof. Franz Ch. MAYER, bekannt durch den Ausspruch »es gibt kein umfassendes Grundrecht auf Demokratie« (am 5. Juli 2011 vor dem Bundesverfassungsgericht anlässlich der Prüfung der Frage, ob die „Euro-Rettungsschirme“ die Budgethoheit der Bundestags-Abgeordneten verletzen würden), das Wort zu einem Exkurs „**Europäisches Beihilferecht in Bezug auf die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe**“. Der Bundestags-Gutachter teilte gleich vorweg das mutmaßliche Ergebnis einer Verletzungsklage vor dem EUGH mit: Es dürfe nicht erwartet werden, dass ein Verstoß festgestellt würde (auf der 6. Tagung hatte sich Prof. KESSLER in dieser Frage nicht festgelegt). MAYERs nachfolgende Argumentation basiert wesentlich darauf, dass nach seiner Interpretation das europäische Beihilferecht staatliches Handeln kontrolliere, nicht dasjenige *privater* Unternehmen (der Berliner KonsV beträfe ein solches), und vor allem verhindern solle, dass nationale oder gar regionale Unternehmen „bevorzugt“ würden (**im Klartext: die globalen player sollen bevorzugt werden**). Wie andere Juristen auch, verwies er auf die „Unübersichtlichkeit“ der Rechtslage, darauf, dass »keine sicheren Prognosen« möglich seien und »Präzedenzfälle fehlen« würden - das ganze Programm zur Vermeidung einer „belastbaren“ Äußerung, solange das Honorar nicht geklärt ist. Sein Trumpf-Argument war: die Rückforderung allenfalls irrtümlich gewährter Beihilfen verjähre nach 10 Jahren und »wenn kein Verstoß festgestellt wird, dann wird auch nicht nach Rechtsgrundlagen geforscht.« Er stellte klar, dass der KonsV nicht dem europäischen Recht „unterfalle“. Als nationale Rechtsmöglichkeit ließ MAYER die private Klage eines Partners des Vertrages gelten. Er *meinte*, dass nach den ihm zur Prüfung vorgelegten Dokumenten (er nannte einige) die seinerzeitige Vergabeweise (31 potentielle Bieter wären »angesprochen« worden) »transparent und offen« gewesen wäre. Hin-

sichtlich des seinerzeitigen Verkaufspreises der Anteile »war es wohl so«, dass dieser »marktüblich« gewesen sei. Es würde aber rechtlich nicht geprüft, ob der gezahlte Preis über einem bestimmten „Marktpreis“ gelegen hätte, sondern ob er von »Experten« dafür gehalten wurde. Prof. MAYER *meinte*, »die besseren Gründe« sprächen dafür, dass § 23.7 mit dem „Wettbewerb“ vereinbar sei, keine »Vorteile« gewähre, dass keine Rechtsverstöße bei der Vergabe begangen wurden und - vor allem - das alles verjährt sei.

Frau BAYRAM erkannte diese »war-es-wohl-so«-Schwächen und hakte nach: ob ihm, Prof. MAYER, Gutachten zum Marktwert der BWB vorgelegen hätten und welches Kriterium den Beginn der Verjährung festlege? CLAUS-BRUNNER verlangte zu wissen, wie Prof. MAYER zu der Ansicht käme, dass beim Bieten um die BWB-Anteile „Wettbewerb“ vorgelegen hätte? Dr. LEDERER wies darauf hin, dass es sich bei der Teilprivatisierung der BWB um einen Sonderfall gehandelt habe, bei dem der Staat (das Land Berlin) „im Geschäft“ behalten wurde und »durch seine gesetzliche Möglichkeit, an der Tarifschraube zu drehen, beliebig garantieren« könne. Bei der „Marktpreis“-Ermittlung könne bei dieser Art Geschäft doch wohl nicht der „Einkaufspreis“ relevant sein, sondern die Gesamrendite auf (mindestens) 30 Jahre. Diese, durch das Land in »Beutegemeinschaft« abgesicherte, Rendite setzt nun VEOLIA auf „dritten Märkten“ ein - eine völlig atypische Situation (im Vergleich zu „normalen“ Beihilfefällen). KARSTEN fragte: Ist da hinsichtlich der Verzinsung »etwas aus dem Ruder gelaufen«? ([dahinter steht: Gab es ein „Ruder“? Wenn ja, wohin wurde gesteuert?](#)) Welche (Frist-)Regel gilt für die Verjährung? Wieso kommen Sie zu der Auffassung, dass der KonsV ohne den § 23.7 eine Vorteilsgewährung beinhalten würde? Auf diese Fragen erwiderte der Globalisierungsrechtler (Habilitation 2005 mit der Arbeit »Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts - Modi und Strukturen der Einwirkung auf das nationale Recht in Zeiten der Europäisierung und Globalisierung«):

- zum „Marktwert“(in DM bzw. €) hätte er vom Auftraggeber keine Angaben erhalten,
- für den Beginn der Verjährung wäre das Datum des Vertragsabschlusses maßgeblich,
- das europäische „Beihilferecht“ frage nicht nach (gewünschtem) „Wettbewerb“ ([der nationalen Großen mit den europäischen Ganzgroßen](#)) sondern nach (unerlaubtem) „Staatseinfluß“; zum Konkreten »könne er nichts sagen«,
- der BWB-KonsV sei atypisch; ihm sei nur ein Beispielfall bekannt,
- die »rechtzeitige« (*sic!*) Einfügung des § 23.7 mache die „Beihilfe“ »bestandsfest«; eine nachträgliche Einfügung hätte eine »Nichtigkeitsgrundlage« geschaffen,
- er hätte den Vertragstext zu beurteilen gehabt; »rechtstatsächliche Fragen« seien »andere Fragen«,
- zwischen EUGH und BGH bestünden »Einordnungsunterschiede« ([was immer das konkret bedeuten mag](#)); die „Einordnungen“ des EUGH seien z.Zt. »gesichert«, aber die Zukunft sei offen.

Rechtsanwältin BAYRAM ließ nicht locker: Gab es im Bietungsverfahren die Vorgabe, dass ein (zu ermittelnder) „Marktwert“ unter dem Verkaufspreis liegen müsse? Wie verhält es sich mit der Verjährungsfristsetzung bei einem „Dauerschuldverhältnis“ (als das man die 30jährige Bindung an die privaten Partner ja ansehen könne)? Welche Zahlungen genau betrifft die Rückforderungs-Verjährung? CLAUS-BRUNNER präziserte seine vorige Frage: Gab es beim Bietungsverfahren eine EU-weite Ausschreibung? Rechtsdeuter und -ausleger MAYER räumte ein:

- zum „Marktpreis“ seien ihm keine Vorgaben des Senats bekannt; das (Wirtschaftliche) sei aber auch nicht Gegenstand des EUROPARECHTES - es werde nur der Textinhalt geprüft,
- „Dauerschuldverhältnis“ - »das könne man so sehen«; demzufolge wären unterschiedliche »Deutungen« möglich,
- „Verjährung“ bedeute keine „Vertragsrücknahme“, aber die Feststellung der „Rechtswidrigkeit“ sei »möglich«; der Vertrag sei ja »so oder so« auslegbar.

Der Ausschußvorsitzende JUPE dankte dem (vermutlich erleichtertem) Jura-Prof. MAYER und ging zu TOP 2, „**Leitfaden des Arbeitskreises unabhängiger Juristen**“, über. Zuerst erhielt Frau FINKENTHEI das Wort. Sie stellte sich als „Volljuristin“ und als Autorin der Klageschrift vor, die Prof. KESSLER unterschrieben und (2008) vor dem LVerfG vertreten hätte. Den AKJ charakterisierte sie mit den Worten: »unter dem Dach der 'GRÜNEN LIGA' tätig« ([also kein „Kreis“ des „Berliner Wasser-tisches“](#)), »jedes Rechtsgebiet« sei in ihm vertreten, 10 Juristen arbeiten in ihm ehrenamtlich, von Frau FINKENTHEI koordiniert. Die Anonymität der Mehrzahl ihrer Mitarbeiter begründete sie (ungefragt) mit der Befürchtung »berufliche Nachteile« abwehren zu müssen. Danach übergab sie das Wort an ihren Kollegen SYDOW (Einwurf des Ausschußvorsitzenden: »Das ist mein Privileg.«). RA Olav SYDOW (laut Bekundung seiner Kanzlei im Internet „Fachanwalt für Verkehrsrecht“) widmete sich der inhaltlichen Aufgabe und trug in Kurzform vor, wobei er auch das WPD-Gutachten berücksichtigte:

- Art. 87.1 **VvB** (»Ohne gesetzliche Grundlage dürfen weder Steuern oder Abgaben erhoben noch Anleihen aufgenommen oder Sicherheiten geleistet werden.«) mache BWB-KonsV nichtig,
- der „Vorbehalt des Gesetzes“ sei ein Rechtsstaatsprinzip, d.h. ein Gesetz steht über einem Vertrag,
- der „return on investment“ (RoI, Kapitalverzinsung) wäre der erwiesene Hauptzweck des KonsV,
- die Gewinngarantie für die Privaten (§ 23.7 KonsV) verletze das Haushaltsrecht der Abgeordneten,
- die Vertragsparteien kannten '99 die Unrechtllichkeit der Klausel „+2“, daher sei von ihrer „**Bös-gläubigkeit**“ auszugehen,
- die Vertragsparteien hätten gegen § 138 BGB (1. Ein Rechtsgeschäft, das gegen **die guten Sitten** verstößt, ist nichtig. 2. Nichtig ist insb. ein Rechtsgeschäft, durch das ... einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile (versprochen oder gewährt werden), die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.) verstoßen; das „Gemeinwohl“ sei bewusst geschädigt worden,
- das Vertragsrisiko sei eingetreten: aus den Gewinnen der BWB erhielt das Land (der Haushalt) rund 500 Mio € weniger als die Privaten,
- **wenn der den Vertragszweck betreffende § 23.7 nichtig sei, sei auch der gesamte KonsV nichtig**,
- die Anfechtung könne a) auf dem Verwaltungsgerichtsweg oder b) auf „ordentlichem“ Rechtsweg geschehen; die Schiedsklausel des KonsV sei wegen Umgehung parlament. Regularien nichtig,
- die Verfassung (insb. §§ 22 – 24 VvB) »strahle auf das Privatrecht aus«; es bestehe Umgehungsverbot,
- bei Untätigkeit des Senats könnten die Abgeordneten durch den LVerfGH den Verstoß feststellen lassen; der Vorwurf dieser „Organklage“ wäre: »Untätigkeit des Senats«,
- die vorgeschriebene Frist von 6 Monaten habe noch gar nicht begonnen, denn ein bestimmtes Verhalten (Handeln) des Senates (»Unterlassen«) sei noch gar nicht gefordert worden,
- wegen des Haushaltsbezuges begänne die Vorwurfsfrist jedes Jahr neu,
- die Klage beim LVerfGH könne von einzelnen Fraktionen des AH eingereicht werden.

[Beifall im Publikum]

Nun hatten die Abgeordneten das Wort, um Fragen zu stellen. HEINEMANN hinterfragte zuerst die Kompetenz des AKJ und wollte wissen, an welchem „Obersten Gericht“ das als »an einem Obersten Gericht tätige« anonyme Mitglied des Arbeitskreises tätig sei. Die Auskunft: »am BVGH« wurde zur Kenntnis genommen. Weiter wandt er ein bzw. verlangte zu wissen:

- bei einem ähnlichen Fall in Baden-Württemberg („EnBW-Urteil“ des Staatsgerichtshofes vom 06. 10. 2011) wurde die Regierung »nur gerügt« („so what?“, welche weitere Konsequenz ergäbe sich in Berlin?),
- das Parlament (AH von Berlin) war '99 an der zu rügenden Entscheidung beteiligt (und wäre demnach auch am „Fehlverhalten“ mitbeteiligt?),
- sind Fraktionen des AH »auf Sie zugekommen« (d.h. haben sie aktiv um Rat zur „Heilung“ des Missstandes gefragt)?
- mit welchem zeitlichen Umfang des Verfahrens sei zu rechnen?

RA SYDOW antwortete:

- nicht die „Beteiligung“ des Parlamentes an der Teilprivatisierungsentscheidung im Jahre '99 sei relevant, sondern die »gesetzliche Grundlage«,
- seitens der PIRATEN-Fraktion läge eine »Anfrage« vor,
- die Dauer des Verfahrens könne (im günstigen Fall) 6 – 12 Monate betragen.

KARSTEN fragte (nicht zum ersten Mal) nach dem **Ziel des Ausschusses**, zitierte **Prof. KESSLER** (ungenau), wonach die Nichtigkeit einer Klausel »nicht *automatisch*« die Gesamtnichtigkeit eines Vertrages nach sich ziehe (vgl. Wortprotokoll der 6. Tagung des SondAWV: »Nach dem BGB ist **Gesamtnichtigkeit nur dann** gegeben, **wenn** diese Regelung [„Nachteilsausgleichsklausel“ im KonsV] für das Zustandekommen des Vertrages **essenziell** war. Dabei ist natürlich auch die *subjektive Sichtweise der Parteien* zu berücksichtigen. Es spricht einiges dafür, dass das substanziell [vgl. „Vertragszweck“-Diskussion] war, sonst hätte man [die vertragsschließenden Parteien] nicht nach dem Urteil des Landesverfassungsgerichts und in Erwartung des Urteils bestimmte Maßnahmen ergriffen.«), fragte: »Was dann, wenn wir die Privaten nicht aus dem Vertrag 'rauskriegen?« und: »Wie wäre es, wenn sich die *Gewinndisproportion* künftig [also bei Fortbestehen des KonsV bis mindestens 2028] **umkehren** (durch die von SenWTF angedeutete „**Vertragsmodernisierung**“?) würde?« sowie: »Hat das Land Berlin (tatsächlich) nicht nur auf Gewinne verzichtet, sondern auch noch aus dem Haushalt Mittel zugesprochen, um die Gewinne der Privaten zu sichern?« und bezweifelte: »Spielt die Abgeordnetenentscheidung vom Jahre '99 wirklich gar keine Rolle?«

RA SYDOW bekannte, dass er die KESSLER-Stellungnahme »nicht kenne« (**das ist dann doch ein „Patzer“**) und *meinte*, daß die *Rückabwicklung* („Rauskriegen“ war ja auch ein sehr unbestimmter

terminus) schwierig sei; man müsse »die *Einzelheiten* dann sehen«. Er bekräftigte, dass die Sicherheitsleistungen (des Landes) verfassungswidrig (verwies auf S. 22/23 des „Leitfadens“ [worin auf §§ 134 und 138 BGB verwiesen wird) und »bei Erlaß nichtig« wären.

Ausschußmitglied RA BAYRAM bescheinigte der SPD-Fraktion »Ahnungslosigkeit« und bezeichnete die im WPD-Gutachten verfolgte Argumentation als »zweifelhaft«, wofür sie klare Argumente vortrug. Sie bekräftigte den Eindruck, dass sie sich (im Gegensatz zu anderen) gut in die Materie des Sonderausschusses eingearbeitet hat, mit der Feststellung: »**Wenn eine Klausel nichtig ist, die den Vertragszweck betrifft, so ist der gesamte Vertrag nichtig**«, welche die wirkliche KESSLER-Aussage darstellt. Sie fügte hinzu, dass Prof. KESSLER nur die »Situation« beschrieben habe, der Prozeß der Rückabwicklung aber selbstverständlich ein »Interessenausgleich« sei. Weiterhin fragte sie: »Wer müsste den (Handlungs-)Antrag stellen, wenn es eines Gesamtparlamentsbeschlusses bedarf?«

RA SYDOW meinte, es »würde ausreichen«, wenn eine einzelne Fraktion den Senat zum Handeln auffordern würde, und formulierte dabei »ich würde 'mal denken« [vgl. dazu den Artikel von Ulrich WERNER, München, „Ich denke“ auf www.sprache-werner.info] und »das ist rechtlich nicht geregelt«, was dann seine Ausführungen etwas suspekt macht.

Der skeptische CLAUS-BRUNNER stellte denn auch kühl fest: »Der 'Leitfaden' ist eine Empfehlung; wie hoch ist denn die Wahrscheinlichkeit, dass diese Vorschläge zum Erfolg führen?« und verlangte, Referenzen der AKJ-Mitglieder genannt zu bekommen. Rechtsfuchs SYDOW zog sich damit aus der Schlinge, dass er bestätigte, dass bei einer Klage die Wahrscheinlichkeit stets „0“ oder „100“ betrüge, je nachdem, ob man gewinne oder verliere. Hinsichtlich der Verfahrenskosten beruhigte er die potentiellen Klagerheber: Da es sich um ein staatliches Verfahren handle, sei es »kostenfrei«. Referenzen vermochte er nicht anzugeben; auch über die Beherrschung einschlägiger Erfahrungsgebiete, z.B. Verfassungsrecht, blieb er vage. Für die rhetorische Frage »Wer hat den den § 23.7 **verbrochen?** Deren Namen möchte ich wissen!« erhielt er den Beifall des Publikums, wohingegen ihn Dr. LEDERER beschied, dass die Namen der Kanzleien, die 1999 an der Ausarbeitung der „Wasserverträge“ beteiligt waren, veröffentlicht seien.

Frau BAYRAM widmete sich wieder praktischen Fragen. Sie verlangte zu wissen: »Würde sich der Senat im Falle der Annahme der Vorschläge des 'Leitfadens' konform verhalten?« (also gegenüber seinen Vertragspartnern „handeln“) und »Wie können wir (die Abgeordneten) das Entscheiden des Senats befördern?« Auch darauf reagierte SYDOW weit weniger entschieden, als es der Titel des „Leitfadens“ (siehe oben) hoffen lässt: Das »müsse man sehen«. Und: »Wenn der Senat nicht konform handelt, müsse es der Volksgesetzgeber (wie?) tun.«

HAUSMANN (Rechtsanwalt!) versuchte mit dem Gedankenkonstrukt, **Hauptzweck** des KonsV sei »das Konsortium an sich« gewesen und nicht etwa der § 23.7 (auf gut Deutsch: die Gewinnerzielung), eine gänzlich neue Interpretation des Begriffes „Vertragsgegenstand“. [leichte Erheiterung im Publikum] Die Risikübernahme (durch den Senat) sei ohne Bezug zum Hauptzweck erfolgt - jedenfalls »meiner Rechtsauffassung nach«. (Deren Maßgeblichkeit soll hier freundlicherweise nicht weiter untersucht werden.) Die »Verfassungsnormen Finanzen« betreffen »nur den Haushalt« und eine (mögliche) Feststellung der „Nichtigkeit“ ziehe keinesfalls die „Rückabwicklung“ nach sich. Jedenfalls nach Auffassung von Dr. HAUSMANN.

SYDOW erwiderte, dass ein Vertrag mehrere Zwecke haben könne, und welche »weiteren Zwecke« der KonsV gehabt habe, sei spekulativ (für Außenstehende). Hinsichtlich der konkreten Folgen der „Nichtigkeit“ »falle ihm nichts ein«. Die Nachfrage von Dr. LEDERER, ob ihm Präzedenzfälle der Vertragsanfechtung (Anfechtung analoger PPP-Konstrukte) bekannt seien, verneinte er ebenfalls. Die »Rechtsfortbildung sei nicht ausgeschlossen, ja wünschenswert«, bekannte RA SYDOW. CLAUS-BRUNNERS Frage, ob ein Organstreitverfahren auch durch einzelne Abgeordnete geführt werden könnten, beantwortete er mit dem Hinweis, dass dazu der LVerfGH Berlin »keine Stellung genommen« habe. Etwas mager für jemanden, der mehr als 12 Monate in einem speziellen „Arbeitskreis“ tätig gewesen sein will, nicht wahr?

Der Ausschußvorsitzende JUPE sah die Anhörung (und die Anzuhörenden) zu TOP 2 als erschöpft an und teilte unter TOP 3 („Verschiedenes“) lediglich den Eintritt der Sommerpause mit. CLAUS-BRUNNER bekundete, keine Zeit für eine anschließende „Sprecherrunde“ zu haben und KARSTEN eilte von dannen (zu einen anderen Termin).