

**Rainer Heinrich:**

## **Die Verletzung des Demokratiegebots bei der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe.**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Jupe, sehr geehrte Abgeordnete, liebe Kollegen, liebe Bürgerinnen und Bürger!

Wasserver- und -entsorgung sind Teil der staatlichen Daseinsvorsorge, wie der VerfGH Berlin<sup>1</sup> zuletzt 2010 bekräftigt hat.<sup>2</sup> Die Abwasserentsorgung ist zudem eine hoheitliche Aufgabe.<sup>3</sup> Das demokratische Staatswesen kann sich dieser Verantwortung grundsätzlich nicht entziehen. Aus diesem Grunde unterliegt die Wasserversorgung demokratischen Mindeststandards. Diese sind auch von den Berliner Wasserbetrieben einzuhalten.

Sie führen als mittelbare Behörde staatliche Aufgaben unter privater unternehmerischer Führung durch. Zu Recht formuliert der Jurist Kühling: „Je mehr privatisiert wird, desto mehr wird der demokratischen Kontrolle entzogen.“

Auch bei der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe ist das Demokratiegebot nicht ausreichend berücksichtigt worden. Dies wurde schon in mehreren wissenschaftlichen Arbeiten nachgewiesen. Insofern stellt sich bei der Überprüfung der Teilprivatisierungsverträge nicht mehr die Frage, ob es demokratische Defizite gibt, sondern nur wie sie vor Gericht am besten für eine Rückabwicklung geltend gemacht werden können.

Aus diesem Grund weise ich darauf hin, dass der Wassertisch nach wie vor darauf besteht, unabhängige Sachverständige zur Überprüfung der Verträge und aller zugehörigen Beschlüsse und Nebenabreden hinzuzuziehen. Ansonsten kann der Ausschuss nicht im Sinne des Volksgesetzgebers arbeiten. Außerdem besteht der Wassertisch darauf, die von ihm benannten Sachverständigen als Vertreter der direkten Demokratie anzuhören. Ich bitte Sie, in Ihrer Funktion als Volksvertreter, dafür Sorge zu tragen, dass dem Ausschuss die nötigen finanziellen Mittel bewilligt werden.

Gegenstand meines Vortrags ist die fehlende demokratische Legitimation der unternehmerischen Führung der Wasserbetriebe. Ich werde aufzeigen, dass Teile der laufenden Geschäftstätigkeit der Berliner Wasserbetriebe verfassungswidrigerweise ohne personelle und sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation durchgeführt werden. Ich werde zunächst die Bedeutung der unternehmerischen Führung der Privaten für die Erfüllung des Vertrages erläutern. Danach werde ich darstellen, wie die demokratische Legitimationskette in zweifacher Hinsicht mit Hilfe der ehemaligen Geheimverträge unterbrochen wird.

Bevor ich die fehlende demokratische Legitimation erläutere, werde ich zunächst die Grundprinzipien der Vertragskonstruktion darstellen, soweit sie für unser Thema von Bedeutung sind.

### **1. Struktur des Konsortialvertrags (KV)**

Sinn und Zweck der Teilprivatisierung ist für Veolia und RWE die Erzielung einer maximalen und beständigen Rendite. Auf dem Schaubild sehen Sie als Zentrum des Vertrages die Gewinngarantie in § 23.7 des Konsortialvertrages. Diese garantiert den Privatkonzernen eine hohe Rendite. Sie wird

---

1 In seiner Begründung zu seiner Entscheidung der Zulassung des Volksentscheides „Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ gegen den Berliner Senat v. 6. 10. 2010.

2 Vgl. VerfGH Berlin 63/08, S.16. Das gilt auch für die Wasserversorgung im Rahmen der relativen Staatstätigkeit in Berlin. Abgeordnetenhaus und Senat bleiben in dem Bereich gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG in der Verantwortung (vgl. Laskowski 2003, S. 3).

3 Nach Art 28. Abs. 2 Satz 1 GG fällt diese Aufgabe in die kommunale Selbstverwaltung. In Berlin ist es die Landesverwaltung.

unabhängig von der fachlichen Leistung im Zweifelsfall sogar aus dem Berliner Landeshaushalt gezahlt. Dadurch, dass die Gewinnngarantie als Banksicherheit dient, liegt ein Verstoß gegen das Budgetrecht des Abgeordnetenhauses vor. Es wurde keine gesetzliche Grundlage für diese Sicherheit geschaffen. Die Gewinnngarantie ist damit demokratisch nicht legitimiert und daher verfassungswidrig. (s. juristischer Leitfadent)

Die Verletzung des Budgetrechts musste geheimgehalten werden, um eine politische Kontrolle durch aufmerksame Abgeordnete und Öffentlichkeit auszuschalten. Dies geschieht durch den § 43.1 des KV als Geheimhaltungsparagrafen, der trotz des Offenlegungs-Gesetzes noch immer in Kraft ist. Es ging bei der Geheimhaltung nie um den Schutz von Geschäftsgeheimnissen aus Wettbewerbsgründen. Das ist nur vorgeschoben. Es gibt bei einem natürlichen Monopol keinen Wettbewerb. Vielmehr musste verfassungswidrigerweise die demokratische Kontrolle über das Unternehmen ausgeschaltet werden, damit die hohen Gewinnspannen nach dem ebenfalls geheimen Gewinnerwartungstableau bis 2028 möglichst unauffällig und ohne Widerstände realisiert werden konnten und können. Das geschieht mit Hilfe besonderer Regelungen<sup>4</sup> im Konsortialvertrag. Diese räumen den Konzernen die unternehmerische Führung über die Berliner Wasserbetriebe mit vollen Verfügungsrechten über die Ressourcen ein, obwohl das Land Berlin die Mehrheit an den Wasserbetrieben und der Holding besitzt.

Die unternehmerische Führung ist für Veolia und RWE deshalb so wichtig, weil sie aufgrund der daraus resultierenden Verfügungsmacht ihre Gewinne selber und unabhängig berechnen und kontrollieren können. Ohne die unternehmerische Führung hätten die Privaten die Wasserbetriebe nicht übernommen. Sie ist Mittel zum Zweck, das eigentliche Ziel – die Gewinnngarantie (§23.7) – zu realisieren.

**2. Was ist unter demokratischer Legitimation zu verstehen?** Zunächst bezeichnet die demokratische Legitimation die Rückführbarkeit staatlicher Handlungen auf den Souverän: Das Volk. Nach den Vorschriften des Grundgesetzes<sup>5</sup> muss jede Staatshandlung mit Entscheidungscharakter demokratisch legitimiert sein. Dies gilt auch dann, wenn private Unternehmen mit staatlichen Aufgaben betraut werden. Der staatliche Amtsträger muss über ein sogenanntes Letztentscheidungsrecht verfügen, das über eine ununterbrochene Legitimationskette abgesichert sein muss. Diese Legitimationskette muss nicht nur formal vorhanden sein – sie muss auch faktisch vom Volk bis zur Entscheidung vor Ort reichen.

Ein personelles Legitimationsdefizit der als Anstalt öffentlichen Rechts verfassten Wasserbetriebe (BWB) liegt dann vor, wenn demokratisch legitimierte Vertreter gegenüber dem Anstaltsvorstand, der der unternehmerischen Führung der Privaten unterstellt ist, keine Kontrollrechte haben. Dies trifft für den Bereich der laufenden Geschäftstätigkeit des Vorstandes und des in seinem Namen handelnden Personals zu. Das beschriebene Legitimationsdefizit wird nicht dadurch aufgehoben, dass es auch zustimmungsbedürftige Geschäfte gibt, die durch Aufsichtsratsbeschlüsse demokratisch legitimiert werden.<sup>6</sup>

Wie wird das staatliche Letztentscheidungsrecht demokratisch Legitimierter bei den Berliner Wasserbetrieben umgangen? Zunächst ist festzustellen, dass dies mit einer extrem komplizierten

---

4 Vgl. §§ 9.5 u 9.6 des KV für die BWB u. § 10.6 u. 10.7 KV für die BWH.

5 Art. 20, Abs. 2, Satz 1 GG.

6 Vgl. zu den zustimmungsbedürftigen Geschäften § 4 Abs. 3 der Satzung der BWB AöR. Dazu gehören Gründung von Tochtergesellschaften, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Ausgliederung von Unternehmen und Unternehmensbestandteilen, Erwerb oder Veräußerung und Belastung von Vermögensgegenständen sowie Verzichte auf Ansprüche bei Vergleichen, wenn eine Wertgrenze von 5 Mio. Euro überschritten wird.

Konstruktion verschleiert wird, die bei keiner anderen Privatisierung mehr zur Anwendung gekommen ist. Es sind im Vortrag leider Vereinfachungen erforderlich, die ich jedoch in der Fragerunde gerne erläutere.

### **3. Fehlende demokratische Legitimation der unternehmerischen Führung der Berliner Wasserbetriebe**

Stark vereinfacht lässt sich sagen, dass die Legitimationskette durch die vertraglichen Regeln für die Besetzung des Vorstands-Vorsitzenden der Wasserbetriebe (BWB) verletzt ist. § 9.6 des Konsortialvertrags verlangt, dass der Vorstandsvorsitzende von einem Konsortial-Vorstandsausschuss bestimmt wird. Dort stehen zwei Konzernvertreter lediglich einem demokratisch legitimierten Vertreter gegenüber. Der Aufsichtsrat ist hier ohne eigenes Vorschlagsrecht. Entsprechend Konsortialvertrag kann er den Besetzungsvorschlag nur durchreichen, da ansonsten Schadensersatzforderungen entstehen könnten.

Aufgrund dieser Konstruktion des Vorstandsausschusses üben Veolia und RWE mit der Benennung des Vorstandsvorsitzenden der Wasserbetriebe (BWB) die uneingeschränkte Herrschaft über die betriebswirtschaftlichen Entscheidungen der Wasserbetriebe (BWB) und der Holding (BWH) aus. Sie vollziehen damit § 21.2 des Konsortialvertrages, der den Privaten die uneingeschränkte Herrschaft zusichert. Diese darf durch keine Maßnahmen des öffentlichen Anstalts- und Gewährträgers gegenüber der Holding eingeschränkt werden. Die scheinbar paritätische Besetzung des Vorstands ist in zweifacher Hinsicht nur ein Ablenkungsmanöver. Die Vorstandsmitglieder der Wasserbetriebe (BWB) werden zwar vom demokratisch legitimierten Aufsichtsrat<sup>7</sup> bestellt. Dieser muss aber die Besetzungsvorschriften<sup>8</sup> des Konsortialvertrages umsetzen. Er hat kein Recht davon abzuweichen. Anhaltspunkte für eine reguläre Beteiligung der Gewährträgerversammlung bei der Benennung des Vorstandes der Wasserbetriebe (BWB) bestehen nicht. Zweitens wird der vierköpfige Vorstand der BWB zwar auch mit zwei Mitgliedern der öffentlichen Seite besetzt. Trotzdem herrscht keine Stimmgleichheit. Durch das Doppelstimmrecht des Vorsitzenden, der immer von den Privaten kommen muss,<sup>9</sup> können die öffentlichen Vertreter überstimmt werden.

Damit ist das verfassungsmäßige Letztentscheidungsrecht der staatlichen Stellen außer Kraft gesetzt. Dazu Lange: „Ein Vertrag über Besetzungsabsprachen – wie bei den Berliner Wasserbetrieben mit dem ‚Konsortialvertrag‘ gehandhabt – ist mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar, weil im Anstalts-Vorstand eine Übermacht der Privaten besteht und eigenverantwortliche Maßnahmen, die keiner Zustimmung des Anstalts-Aufsichtsrats bedürfen, daher ein personelles Legitimationsdefizit aufweisen.“<sup>10</sup>

Der Konsortialvorstandsausschuss<sup>11</sup> unterbricht aufgrund der Besetzungsvorschriften<sup>12</sup> sowie des in der Geschäftsordnung des Vorstands festgelegten Doppelstimmrechts des Vorsitzenden die demokratische Legitimationskette. Der Konsortialvertrag ist damit in einem Hauptbestandteil verfassungswidrig und damit nichtig.<sup>13</sup> Diese Rechtswidrigkeit kann auch durch eine Novellierung des Berliner Betriebegesetzes – STICHWORT: NORMENKONTROLLKLAGE – nicht geheilt werden, da die Grundlage für die fehlende Legitimation im privatrechtlichen Konsortialvertrag festgelegt ist und nicht im Berliner Betriebegesetz.

---

7 Gem. § 11, 7 BbetrG.

8 Gem. § 9 Abs. 5 u. 6.

9 Gem. GO Anl. 6.4b KV

10 Lange 2008, S. 231.

11 Vgl. § 9.6 KV.

12 Vgl. § 9.5 KV.

13 Vgl. auch Lange 2008, S. 224 u. 228, ähnlich Ochmann 2005.

#### 4. Fehlende sachlich-inhaltliche Legitimation der BWB

Der Verfassungsgerichtshof Berlin hatte in seinem Urteil vom 29.10.1999 erklärt, die Privaten könnten sich nur dann verfassungsgemäß an den Wasserbetrieben beteiligen, wenn es neben der Mehrheitsbeteiligung des Landes Berlins an der Holding einen Weisungsausschuss des Holding-Aufsichtsrats gebe. Dieser müsse nach dem Prinzip der „doppelten Mehrheit“ zugunsten der öffentlich legitimierten Vertreter arbeiten. Dabei dürfe die öffentliche Seite nie überstimmt werden.<sup>14</sup> Diese Bedingung wurde in der 1. Änderungsvereinbarung vom 6.1.2000 erfüllt. Allerdings handelte es sich nur um eine rein formale Erfüllung.

Bis 2002 gab es eine vertragliche Möglichkeit des Weisungsausschusses, eine Weisung des unter der unternehmerischen Führung der Privaten befindlichen Vorstandes der Holding (BWH) abzulehnen.<sup>15</sup> Während zunächst somit theoretisch noch eine Weisung der Holding (BWH) hätte abgelehnt werden können, wurde der Weisungsausschuss mit der Organisationsreform im Jahr 2002 endgültig zur leeren Hülle.

Aufgrund eines Gutachtens der RWE-nahen WIB wurden die beiden Vorstände der Holding (BWH) und der Wasserbetriebe (BWB) personenidentisch zusammengelegt.<sup>16</sup> Ochmann stellt dazu fest: „Aufgrund der durch Beherrschungsvertrag gestalteten Konzernhierarchie haben die Doppelmandate nicht den Charakter, daß die Anstaltsvorstände nun auch Holdingvorstände sind, [...] das Umgekehrte [ist] richtig. Alle Holdingvorstände sind auch Anstaltsvorstände. Das bedeutet, daß die Einflußnahme der Holding auf die Anstalt nun nicht geringer, sondern intensiver wird. Mit den Doppelmandaten wird die Leitungsmacht auf die Holding vereint [...]“.<sup>17</sup> Umso wichtiger wird die demokratische Legitimation. Zwar behält der Weisungsausschuss nach wie vor das Recht Weisungen abzulehnen, aber Ochmann stellt fest: „Im Konzernrecht gelten Vorstandsdoppelmandate als eine ständige Weisung“ im Sinne des Aktiengesetzes.<sup>18</sup>

Das heißt: Mit der Personenidentität wird nach Aktiengesetz von einer ständigen Weisung ausgegangen. Damit wird die mögliche Zuständigkeit des Weisungsausschusses ausgeschlossen. Während vorher der Weisungsausschuss eine formale Möglichkeit hatte zu handeln, wurde ihm nun diese Möglichkeit genommen. Während die führende Holding (BWH) bis vor der Organisationsreform nie eine Weisung erteilt hatte, gibt es jetzt eine ständige Weisung unter grundsätzlicher Ausschaltung des demokratisch legitimierten Weisungsausschusses. Die

---

14 Da die Berliner Wasserbetriebe eine sogenannte Öffentlich-Private-Partnerschaft darstellen, verfügen sie auch über gemischt besetzte Kollegialgremien. Um die demokratische Legitimation der Kollegialorgane sicherzustellen, müssen sowohl die Mehrheit ihre Mitglieder demokratisch legitimiert sein als auch, „die Entscheidungen von einer Mehrheit der uneingeschränkt demokratisch legitimierten Mitglieder getragen werden.“ Sind Kollegialorgane, die mit öffentlichen Aufgaben befasst sind, an Benennungen beteiligt, dann müssen sie dem Prinzip der „doppelten Mehrheit“ genügen, d.h. die Vertreter der Errichtungskörperschaft, müssen mehrheitlich in dem Organ vertreten sein und ihre Mehrheit darf nicht überstimmt werden können. Auch ein Parlamentsbeschluss kann mangelnde demokratische Legitimation von Gremien aufgrund der Besetzungsvorschriften des KV nicht heilen (Vgl. Ochmann 2005, S. 107.).

15 Der Weisungsausschuss hatte kein eigenes Initiativrecht. Er konnte Weisungen des unter der unternehmerischen Führung der Privaten befindlichen Vorstandes der Holding (BWH) nach § 11 StG II Vertrag nur ablehnen, wenn diese nach seiner Auffassung nicht im Interesse der Wasserbetriebe (BWB) lag. Das hätte zur Folge gehabt, dass der Vorstand der Wasserbetriebe (BWB) hätte so handeln müssen, als ob keine Weisung erteilt hätte. Es hat niemals eine Weisung des Vorstandes der Holding (BWH) an die Wasserbetriebe (BWB) gegeben. Es gab aber wenigstens eine vertragliche Möglichkeit des Weisungsausschusses im Sinne des § 11 StG II und des VerfGH Berlin zu handeln.

16 Um diese Forderung durchzusetzen drohten die privaten Anteilseigner mit dem Ausstieg (vgl. Tsp. v. 19.9.2002).

17 Ochmann 2005, S. 147f.

18 Ochmann 2005, S. 147f.: „Im Konzernrecht gelten Vorstandsdoppelmandate als eine ständige Weisung i. S. des § 308 AktG, da in der Tätigkeit des Vorstandsmitglieds des herrschenden Unternehmens in den Vorstand der abhängigen Gesellschaft [BWB, Anm. R.H.] eine generelle Weisung des ersteren an die abhängige Gesellschaft gesehen [wird], um die Weisungen des entsandten Vorstandsmitgliedes zu befolgen. [...] Das Wirken [aller, Anm. R.H.] Vorstandsmitglieder im Anstaltsvorstand hat demnach den Effekt einer dauernden Weisung der Holding an die Anstalt.“

Legitimationskette des demokratisch legitimierten Weisungsausschusses sowohl zum Vorstand der Wasserbetriebe (BWB) als auch zum Vorstand der Holding (BWH) ist damit nach 2002 unterbrochen.

Der nicht legitimierte Vorstand der Holding erteilt nunmehr an den nicht legitimierten Vorstand der Wasserbetriebe (AöR) dauernde Weisungen nicht legitimer Art. Die Bedingung für die Verfassungsmäßigkeit der Beteiligung der Privaten an den Wasserbetrieben (BWB AöR) ist nicht mehr gegeben. Die Privaten dürfen sich nicht mehr an den Wasserbetrieben (BWB AöR) beteiligen. Daraus folgt weiter, dass die Holdingkonstruktion nach 2002 nunmehr verfassungswidrig wird. Sie hätte seit 2002 rückabgewickelt werden müssen. Alle anschließenden Vereinbarungen, Gesetzesänderungen und Nebenabreden müssen unter diesem Gesichtspunkt geprüft werden. Höchstwahrscheinlich werden sich hier Rückzahlungspflichten an die Berliner Verbraucherinnen und Verbraucher ergeben.

## **Zusammenfassung**

Die Teilprivatisierungsverträge sind in mehrfacher Hinsicht verfassungswidrig: Die Gewinngarantie – Hauptzweck des Vertrages – verstößt gegen das Budgetrecht der Abgeordneten. Der Unternehmensführung fehlt sowohl in personeller wie sachlich-inhaltlicher Hinsicht die demokratische Legitimation. Daraus folgt, dass die Verträge nichtig sind: Die privaten Unternehmen dürfen sich nicht mehr an den Berliner Wasserbetrieben (AöR) beteiligen. Der Vertrag muss rückabgewickelt werden, und für die Zeit nach 2002 sind von den Privaten die erhaltenen Summen zurückzuerstatten.

## **Forderungen**

1. Wir fordern eine Rückabwicklung der Teilprivatisierung, keine Nachbesserung der Verträge
2. Wir fordern, dass die RWE-Anteile nicht an Veolia oder an andere Konzerne verkauft werden
3. Wir fordern, dass die Wasserbetriebe nicht – wie im Konsortialvertrag vorgedacht – in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft umgewandelt werden
4. Wir fordern die Umwandlung der BWB AöR in einen bürgennahen Eigenbetrieb
5. Wir fordern die Offenlegung sämtlicher Beschlüsse und Nebenabreden
6. Wir fordern die Umwandlung sämtlicher offengelegter und offenzulegender Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden in maschinenlesbare Form
7. Wir fordern eine angemessene finanzielle Ausstattung des Ausschusses zur Umsetzung seiner Aufgaben
8. Wir fordern eine Einsetzung unabhängiger Experten zur Überprüfung der Verträge, Beschlüsse und Nebenabreden, d.h. sie dürfen u.a. nicht im Rahmen der Teilprivatisierung der Wasserbetriebe oder bei anderen Privatisierungsvorhaben tätig geworden sein.
9. Wir fordern ein Vorschlags- und Mitentscheidungsrecht bei der Auswahl unabhängiger Experten
10. Wir fordern die Ausschöpfung aller Klagemöglichkeiten
11. Wir fordern die Anhörung der Experten des Arbeitskreises unabhängiger Juristen.
12. Wir fordern die Abgeordneten auf, ein Organstreitverfahren, wie es im Leitfaden des AKJ vorgeschlagen wird, anzustrengen, da wir dieses nach dem derzeitigen Stand am ehesten als zielführend für eine kostengünstige Rückabwicklung ansehen