ABGEORDNETENHAUS VON BERLIN

- WISSENSCHAFTLICHER PARLAMENTSDIENST - Berlin, den 17. August 2012

Gutachten zur Vereinbarkeit der im Rahmen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe abgeschlossenen Konsortialverträge, ihrer Anlagen und Änderungen mit dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Budgethoheit des Parlaments

Gliederung

A. Auftrag 3

B. Stellungnahme 4

I. Vereinbarkeit der Teilprivatisierungsverträge mit dem Demokratieprinzip 4

1. Grundstruktur der Teilprivatisierung 4

a) Gesetzliche Grundlagen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe 4

b) Vertragliche Grundlagen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe 6

2. Das Urteil des Berliner Verfassungsgerichtshofs vom 21. Oktober 1999 8

a) Das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 1 VvB 9

(1) Personelle Legitimation 10

(2) Sachlich-inhaltliche Legitimation 11

b) Die weiteren wesentlichen Urteilsgründe 11

3. Demokratische Legitimation der Organe und des Handelns der Anstalt und der Holding 13

a) Demokratische Legitimation des Anstalts-Handelns 13

(1) Zusammensetzung und Bestellung des Anstalts-Vorstands 14

(2) Personell-demokratische Legitimation des Aufsichtsrats der BWB 15

(3) Vermittlung personell-demokratischer Legitimation an den Anstalts-Vorstand durch das Beanstandungsrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden gemäß § 12 BerlBG 18

(4) Sachlich-inhaltliche Legitimation des Anstalts-Handelns 20

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung - auch auszugsweise - ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

(5) Zwischenergebnis 21
b) Demokratische Legitimation des Handelns der Holding.....22
(1) Vermittlung demokratischer Legitimation durch den Weisungsausschuss des Aufsichtsrats der Holding.....22
(a) Mangelnde Steuerungsmöglichkeit des Weisungsausschusses? 23
(b) Verstoß gegen die Autonomie des Aufsichtsrats der Holding? 24
(2) Zwischenergebnis 25
(3) Die Einführung personenidentischer Vorstände bei BWB und Holding 25
(4) Sachlich-inhaltliche Legitimation des Handelns der Holding.....29
(5) Zwischenergebnis 30
4. Überlegungen für den Fall eines Legitimationsdefizits der Anstalt bzw. Holding 30
5. Zusammenfassung der Ergebnisse zu I. 35
II. Vereinbarkeit der Teilprivatisierungsverträge mit der Budgethoheit des Abgeordnetenhauses.....36

A. Auftrag

Der Sonderausschuss „Wasserverträge“ hat den Präsidenten des Abgeordnetenhauses gebeten, den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst (WPD) mit der Erstellung eines Gutachtens zur Einhaltung des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips und des Grundsatzes der Budgethoheit des Parlaments im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe zu beauftragen.

Wörtlich lautet der vom Sonderausschuss „Wasserverträge“ beschlossene Gutachtenauftrag[1] wie folgt:

> „Das Abgeordnetenhaus wird gebeten, ein Rechtsgutachten des WPD zu den Fragen einzuholen, ob mit dem System des Konsortialvertrages und seiner sonstigen Abreden und Vereinbarungen im Rahmen der zur Teilprivatisierung erlassenen landesgesetzlichen Regelungen gegen das Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG und des Art. 3 Abs. 1 VvB verstoßen wurde und ob die seit 1999 hierzu abgeschlossenen Verträge sowie ihre Änderungen mit dem Grundsatz der Budgethoheit des Parlaments vereinbar sind.“

Die danach vorzunehmende Prüfung berücksichtigt hinsichtlich der Einhaltung des Demokratieprinzips die vom Sonderausschuss „Wasserverträge“ in der 3. Sitzung vom 2. März 2012 durch die Vertrauensperson der Bürgerinitiative „Berliner Wassertisch“, Herrn Rainer Heinrich, aufgeworfenen Fragestellungen[2] sowie deren Erörterung in der 4. Sitzung des Sonderausschusses „Wasserverträge“ vom 16. März 2012[3].

---

1 Vgl. Beschlussprotokoll SondAWv 17/4 vom 16. März 2012, S. 2.

2 Vgl. dazu Wortprotokoll SondAWv 17/3 vom 2. März 2012, S. 1-21; vgl. dazu auch *Heinrich*: Die Verletzung des Demokratiegebots bei der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, in: Schriftenreihe zur Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe, hrsg. vom Berliner Wassertisch, Heft 1, Berlin, März 2012.

3 Vgl. dazu Wortprotokoll SondAWv 17/4 vom 16. März 2012, S. 1-28.

B. Stellungnahme

I. Vereinbarkeit der Teilprivatisierungsverträge mit dem Demokratieprinzip

1. Grundstruktur der Teilprivatisierung

Die Berliner Wasserbetriebe (BWB) wurden 1993 zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben der Wasserversorgung Berlins sowie der Ableitung und Reinigung des anfallenden Abwassers als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet.[4]

Am 7. Juli 1998 beschloss der Berliner Senat die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe. Die BWB sollten in einen privatrechtlichen Konzern mit einer Aktiengesellschaft als Konzernspitze eingebunden werden.[5]

Das Privatisierungsvorhaben orientierte sich an der Konzernierung der Landesbank Berlin (LBB), bei der in den Jahren 1992/93 ebenfalls eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts – die LBB – einer privatrechtlich organisierten Holding – der Bankgesellschaft Berlin – unterstellt wurde.[6]

a) Gesetzliche Grundlagen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

Die Umsetzung des Holding-Modells erforderte die Änderung bzw. Schaffung von Vorschriften des Landesrechts, wobei das „Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner

---

4 Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 4, § 2 Abs. 6 des Berliner Betriebegesetzes vom 9. Juli 1993 (GVBl. S. 319).

5 Abghs-Drs 13/3367, S. 4 ff. (Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des Berliner Betriebegesetzes, zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und zur Änderung des Berliner Wassergesetzes).

6 Vgl. dazu ausführlich Abghs-Drs 15/4900, S. 55 ff. (77 ff.) – Bericht des 1. Untersuchungsausschusses des Abgeordnetenhauses von Berlin – 15. Wahlperiode – zur Aufklärung der Vorgänge bei der Bankgesellschaft AG, der Landesbank Berlin und des Umgangs mit Parteispenden. Die Konzernierung der Berliner Landesbank erfolgte ihrerseits nach dem Modell der Deutschen Siedlungs- und Landesrentenbank (DSL-Bank-Modell), vgl. dazu *Schuster*, in: Festschrift für Bezzenberger, S. 757; *Bezzenberger/Schuster*, ZGR (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht) 1996, S. 481 ff.; *Lange*, Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts (Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 1100), 2008, S. 145 ff.

Wasserbetriebe“ (Teilprivatisierungsgesetz – TPrG) [7] im Zentrum stand. § 1 TPrG, der inzwischen nahezu wortgleich in § 2 des derzeit geltenden Berliner Betriebe-Gesetzes[8] übernommen wurde, ermächtigt die BWB „juristischen Personen des privaten oder öffentlichen Rechts Beteiligungen als (typische oder atypische) stille Gesellschafter ein(zu)räumen“ (§ 1 Abs. 1 TPrG).

Nach § 1 Abs. 2 TPrG (= § 2 Abs. 2 BerlBG) sind die BWB berechtigt, „Unternehmensverträge im Sinne des Aktiengesetzes oder vergleichbare Verträge abzuschließen. Die Leitung der BWB darf im Rahmen eines solchen Vertrages einer juristischen Person des privaten Rechts nur unterstellt werden, wenn das Land Berlin mehrheitlich an dieser beteiligt ist und der Einfluss des Landes Berlin bei der Erteilung von Weisungen gegenüber den BWB gewährleistet ist. Weisungen, die gegenüber den BWB unter Beachtung dieser Voraussetzungen ergehen, dürfen den öffentlichen Aufgaben der BWB sowie der Anstaltsträgerschaft, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung des Landes Berlin nicht zuwiderlaufen; sie haben Vorrang vor entgegenstehenden Beschlüssen des Aufsichtsrats der BWB.“[9]

Für die Umsetzung dieser Vorschrift gründeten die Beteiligten – das Land Berlin sowie die privaten Investoren (der Energiekonzern RWE, der französische Medienkonzern Vivendi und der Versicherungskonzern Allianz[10]) – eine Holding in der Form einer Aktiengesellschaft (BWB Holding Aktiengesellschaft, Berlin, heute: Berlinwasser Holding AG, im Folgenden: Holding), deren Anteile zu 50,1% vom Land Berlin und zu 49,9% von einer – von den privaten Investoren eigens zu diesem Zweck gegründeten –

---

7 Artikel II des Gesetzes zur Änderung des Berliner Betriebegesetzes, zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und zur Änderung des Berliner Wassergesetzes vom 17. Mai 1999 (GVBl. S. 183).

8 Berliner Betriebe-Gesetz (BerlBG) vom 14. Juli 2006 (GVBl. S. 827), zuletzt geändert durch Art. II des Gesetzes vom 19. April 2011 (GVBl. S. 174).

9 Die Vorschrift entspricht den Regelungen des Landesbankgesetzes zur Einbeziehung der Landesbank Berlin in die Berliner Bankgesellschaft, vgl. § 6 Abs. 3, 4 des Gesetzes über die Landesbank Berlin – Girozentrale – i.d.F. vom 3. Dezember 1993 (GVBl. S. 626), aufgehoben mit Wirkung vom 1. Januar 2006 durch § 15 Abs. 2 des Gesetzes vom 28. Juni 2005 (GVBl. S. 346); vgl. dazu auch Abghs-Drs 15/4900 (Fn. 6), S. 77 f.

10 Die Allianz, die mit zehn Prozent an dem Konsortium beteiligt war, verkaufte ihre Anteile nach zwei Jahren an die beiden anderen Konsortialpartner, vgl. *Hüesker*, Kommunale Daseinsvorsorge in der Wasserwirtschaft – Auswirkungen der Privatisierung am Beispiel der Wasserbetriebe Berlins, 2011, S. 128 Fn. 414.

weiteren AG, der BWB Beteiligungs Aktiengesellschaft (im Folgenden: BB-AG)[11], gehalten werden.

Derzeit halten – über die BB-AG – der internationale Wasserversorger Veolia Wasser und der deutsche Energiekonzern RWE jeweils 24,95 Prozent der Anteile an der Holding und damit insgesamt 49,9 Prozent.

Am 17. Juli 2012 beschloss der Berliner Senat, die Anteile des Energiekonzerns RWE in Höhe von 24,95 Prozent durch das Land Berlin zurückzukaufen. Der Kaufvertrag wurde am 18. Juli 2012 unterzeichnet. Das Geschäft soll auf den 1. Januar 2012 zurückwirken.[12] Der Rückkauf bewirkt eine deutliche Verschiebung der Machtverhältnisse im Konzern der Berlinwasser Gruppe zu Gunsten des Landes Berlin. Ob und inwieweit dies auch in den Unternehmensverträgen und weiteren untergesetzlichen Regelungen (Geschäftsordnungen, Satzungen) Berücksichtigung findet, ist hier nicht bekannt. Dieses Gutachten geht daher von den bis zu dem Rückkauf geltenden Unternehmensverträgen und sonstigen Regelungen aus.

b) Vertragliche Grundlagen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

Zur Ausführung des Teilprivatisierungsgesetzes wurden mehrere Unternehmensverträge abgeschlossen, die zusammen mit den zwischenzeitlich vorgenommenen sechs Änderungsvereinbarungen sämtlich veröffentlicht wurden.[13] Die wesentlichen Inhalte werden hier – soweit für den Gutachtenauftrag erheblich – wie folgt zusammengefasst:

---

[11] Der ursprüngliche Name BWB Beteiligungs Aktiengesellschaft (BB-AG) wurde inzwischen in RWE/Veolia Berlinwasser Beteiligungs AG geändert, vgl. *Passadakis*, Die Berliner Wasserbetriebe, Berlin und Brüssel 10/2006, S. 9 Fn. 5.

[12] Vgl. welt-online vom 19. Juli 2012, abrufbar unter http://www.welt.de/108325896. Vgl. zu dem Rückkauf auch Der Tagesspiegel vom 20. Juli 2012, S. 8.

[13] Amtsblatt für Berlin – Sonderdruck, Senatsverwaltungen für Finanzen und für Wirtschaft, Technologie und Forschung, „Offenlegung des Vertrages und weiterer Dokumente zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe“, Sonderdruck zur Bekanntmachung im Amtsblatt für Berlin Nummer 7 vom 17. Februar 2012 (ABl. S. 226), herausgegeben vom Landesverwaltungsamt Berlin (im Folgenden: Amtsblatt). Die in diesem Gutachten genannten Vorschriften der Privatisierungsverträge beziehen sich auf diese Veröffentlichung.

- *Konsortialvertrag (im Folgenden: KV) zwischen dem Land Berlin und den Privatinvestoren*

Der Konsortialvertrag vom 18. Juni 1999 bildet das Grundgerüst der vertraglichen Seite der Teilprivatisierung. Er regelt u. a. die Ziele und Verpflichtungen der Parteien (§§ 1, 2 KV) und enthält Vereinbarungen zur Besetzung der Organe und Gremien der Holding (u. a. des Weisungsausschusses des Aufsichtsrats) und der BWB (§§ 9, 10 KV[14]). Durch die Fünfte Änderungsvereinbarung vom 24. Oktober 2003[15] wurde u. a. die Besetzung der Vorstände der Holding und der BWB neu geregelt (Änderung der §§ 9.5 Satz 1 und 10.6 Satz 1 KV). Insgesamt ergänzt und konkretisiert der Konsortialvertrag die Vereinbarungen aus den übrigen Privatisierungsverträgen.[16]

Als Anlagen enthält der Konsortialvertrag u. a. die nachfolgend aufgeführten weiteren Verträge:

- *Vertrag über zwei stille Gesellschaften (StGV II) und zur Begründung einer einheitlichen Leitung (im Folgenden: ELV) zwischen der BWB und der Holding (Anlage 6.2 zum KV)*

Der Vertrag zur Begründung einer einheitlichen Leitung (ELV)[17] greift die Vorgaben aus § 1 Abs. 2 TPrG und § 10.4 KV zum Weisungsrecht der Holding auf, indem er u. a. die Modalitäten der Ausübung dieses Rechts regelt (§ 11 Nr. 3 ELV[18])

Die Regelungen zum Weisungsausschuss in den Privatisierungsverträgen und der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Holding wurden durch die erste Änderungsvereinbarung vom 6. Januar 2000[19], die aufgrund des Urteils des Berliner Verfassungsgerichts-

---

[14] Amtsblatt S. 26 - 28.

[15] Amtsblatt S. 291, 301 (302/303).

[16] Vgl. zu den Inhalten des Konsortialvertrages auch *Hüesker*, (Fn. 10), S. 143 ff., *Ochmann*, Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten, 2005, S. 38/39; *Hecker*, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts, Verwaltungsarchiv (Bd. 92) 2001, S. 261 (267).

[17] Vertrag zur Begründung einer einheitlichen Leitung (Teil II des Vertrages über zwei stille Gesellschaften und zur Begründung einer einheitlichen Leitung – StG-Vertrag II), Anlage 6.2 zum Konsortialvertrag, Amtsblatt S. 93 ff. (101).

[18] Amtsblatt S. 101.

[19] Vgl. Amtsblatt S. 198 ff. (202/203).

hofs vom 21. Oktober 1999 erfolgte, hinsichtlich der Anforderungen an die Mehrheitsverhältnisse bei der Beschlussfassung konkretisiert.[20]

- *Interessenwahrungsvertrag (im Folgenden: IWV) zwischen dem Land Berlin und der Holding (Anlage 6.3 zum KV)*

Im Interessenwahrungsvertrag[21] ist u. a. eine Stimmbindung des Landes im Zusammenhang mit den vom Senat vorzuschlagenden und von der Gewährträgersammlung zu bestellenden sieben Aufsichtsratsmitgliedern der BWB[22] vorgesehen.

2. Das Urteil des Berliner Verfassungsgerichtshofs vom 21. Oktober 1999

Der Berliner Verfassungsgerichtshof hat durch Urteil vom 21. Oktober 1999[23] im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle u. a. entschieden, dass das Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe in der sich aus den Urteilsgründen ergebenden Auslegung mit der Verfassung von Berlin – d. h. insbesondere mit dem Demokratieprinzip – vereinbar ist.[24]

Das Gericht hat seiner Entscheidung die von der Rechtsprechung – vornehmlich des Bundesverfassungsgerichts – und der Literatur entwickelte Ausprägung des aus Art. 20 Abs. 2 GG folgenden Demokratieprinzips zugrunde gelegt.

Da diese Grundsätze auch für die Beurteilung der hier in Rede stehenden Unternehmensverträge maßgeblich sind, werden sie im Folgenden mit ihren für den Gutachtenauftrag relevanten Aussagen dargestellt.

---

[20] Vgl. zum Vertrag zur Begründung einer einheitlichen Leitung und zum Weisungsausschuss auch *Hüesker*, (Fn. 10), S. 147, 161, 165 ff. Vgl. auch *Ochmann*, (Fn. 16), S. 43/44; *Hecker*, (Fn. 16), S. 261 (266).

[21] Interessenwahrungsvertrag (IWV) – Anlage 6.3 zum Konsortialvertrag – Amtsblatt, S. 112 ff (113).

[22] Vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 2 des Berliner Betriebegesetzes vom 9. Juli 1993 (GVBl. S. 319). Dieses Gesetz ist inzwischen außer Kraft getreten. Die Regelung befindet sich jetzt in § 10 Abs. 1 Nr. 2 des Berliner Betriebe-Gesetzes vom 14. Juli 2006 (GVBl. S. 827), zuletzt geändert durch Art. II des Gesetzes vom 19. April 2011 (GVBl. S. 174).

[23] BerlVerfGH, Urteil vom 21.10.1999 – VerfGH 42/99 – NVwZ 2000, 794.

[24] BerlVerfGH NVwZ 2000, 794.

a) Das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 1 VvB

Das Demokratieprinzip, das über Artikel 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch für die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern verbindlich ist, geht vom Volk als Träger und Inhaber der Staatsgewalt aus. Daraus folgt, dass die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse einer Legitimation bedürfen, die sich auf den Willen des Volkes zurückführen lässt.[25]

Als Ausübung von Staatsgewalt, die der demokratischen Legitimation bedarf, stellt sich jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter dar. Es kommt nicht darauf an, ob es unmittelbar nach außen wirkt oder nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Aufgaben schafft. Auch solche Entscheidungen bedürfen daher demokratischer Legitimation.[26]

Für die Beurteilung, ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben Rechtsprechung und Literatur[27] unterschiedliche Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und personellen Legitimation entwickelt, die Bedeutung nicht je für sich haben, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau. Dieses kann bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Staatsgewalt im allgemeinen und der vollziehenden Gewalt im besonderen unterschiedlich ausgestaltet sein.[28] Für die Ausübung von Staatsgewalt bei Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages verlangt das Demokratieprinzip jedenfalls, dass die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert ist (Verantwortungsgrenze).[29]

---

[25] Vgl. BVerfGE 93, 37 [66], Beschluss des Zweiten Senats vom 24. Mai 1995 – 2 BvF 1/92 – = NVwZ 1996, 574 zum Entscheidungsrecht der Einigungsstelle nach dem Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; BVerfGE 83, 60 [71 f.] zum Hamburgischen Gesetz zur Einführung des Wahlrechts für Ausländer zu den Bezirksversammlungen; BVerfGE 77, 1 [40] zur Bestellung der Mitglieder eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses; BVerfGE 47, 253 [272] zu Wahlvorschriften der Bezirksverfassungen einiger kreisfreier Städte in Nordrhein-Westfalen; BVerfGE 38, 258 [271] zur Wahl des Bürgermeisters und der Stadträte nach der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein.

[26] Vgl. BVerfGE 93, 37 [68]; 83, 60 [73]; 47, 253 [273]; 26, 186 [196 f.].

[27] *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2004, § 24 Rn. 14 ff.

[28] BVerfGE 93, 37 [66/67]; 83, 60 [72].

[29] BVerfGE 93, 37 [70] zum Entscheidungsrecht der Einigungsstelle nach dem Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein.

Für die hier interessierende Bestellung von Amtsträgern der Verwaltung und ihr Handeln sind insbesondere die personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation von Relevanz. Diese Formen demokratischer Legitimation stellen sich nach Auffassung des BVerfG und der Literatur wie folgt dar:

(1) Personelle Legitimation

Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt ein Amtsträger dann, wenn er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder durch einen seinerseits personell legitimierten Amtsträger oder mit dessen Zustimmung erhalten hat (sog. ununterbrochene Legitimationskette).[30] Sieht das Gesetz ein Gremium als Kreationsorgan eines Amtsträgers vor, das nur teilweise aus personell legitimierten Amtsträgern zusammengesetzt ist, so erhält der zu bestellende Amtsträger volle demokratische Legitimation für sein Amt dadurch, dass die die Entscheidung tragende Mehrheit sich ihrerseits aus einer Mehrheit demokratisch legitimierter und parlamentarisch verantwortlich handelnder Mitglieder des Kreationsorgans ergibt.[31]

Die Zusammensetzung entscheidungsbefugter Kollegialorgane fordert nicht, dass alle an der Entscheidung Beteiligten über individuelle demokratische Legitimation verfügen müssen. Entscheidend ist vielmehr, dass nicht nur die Mehrheit der Mitglieder demokratisch legitimiert ist, sondern überdies die konkrete Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen wird („Prinzip der doppelten Mehrheit").[32]

Die Frage hinreichender personeller Legitimation stellt sich nicht nur bei der Bestellung der Amtswalter; sie erstreckt sich vielmehr auch darauf, in welchem Umfang Kollegialorgane, die sich nur zum Teil aus demokratisch legitimierten Mitgliedern zusammensetzen, an Entscheidungen mitwirken können, die sich als Ausübung staatlicher Gewalt darstellen. Auch insofern muss sichergestellt werden, dass die Entscheidungen jeweils von einer Mehrheit der uneingeschränkt demokratisch legitimierten Mitglieder getragen werden.[33]

---

[30] BVerfGE 93, 37 [67 f.]; 83, 60 [72/73]; 77, 1 [40]; 47, 253 [275].
[31] BVerfGE 93, 37 [67 f.].
[32] BVerfGE 93, 37 [72]; *Böckenförde*, (Fn. 27), § 24 Rn. 19 Fn. 28.
[33] Vgl. BVerfGE 93, 37 [78] zum Entscheidungsrecht der Einigungsstelle nach dem Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein.

(2) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation setzt voraus, dass die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung - ohne Bindung an die Willensentschließung einer außerhalb parlamentarischer Verantwortung stehenden Stelle - handeln können und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.[34] Im Bereich der Exekutive wird die sachlich- inhaltliche Legitimation vorrangig durch Gesetzesbindung sowie durch demokratisch verantwortete Aufsicht über die Einhaltung dieser Bindung vermittelt.[35] Nach Auffassung des Berliner Verfassungsgerichtshofs erfordert die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation, dass die Einhaltung der Unternehmensverträge in vollem Umfang der in § 7 Satz 1 TPrG (= § 21 Abs. 1 BerlBG) vorgesehenen Rechtsaufsicht unterliegt.[36]

b) Die weiteren wesentlichen Urteilsgründe

Über die Anwendung der oben dargestellten Grundsätze auf § 1 Abs. 1 und 2 des Teilprivatisierungsgesetzes hinaus enthält das Urteil des Berliner Verfassungsgerichtshofs Aussagen, die ebenfalls für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Unternehmensverträge von Bedeutung sind. Das gilt insbesondere für die Feststellungen des Gerichts zum Weisungsausschuss nach § 10.4 KV[37] und § 11 Nr. 3 ELV[38].

So stellt das Gericht fest, dass die Verwaltungstätigkeit der öffentlich-rechtlichen Anstalt BWB als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung – unabhängig davon, ob sie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgeübt wird – dem Demokratieprinzip unterworfen ist.[39]

Die Anforderungen an das Legitimationsniveau könnten zwar je nach Erscheinungsform der Staatsgewalt unterschiedlich ausgestaltet sein; soweit es – wie hier bei der Einräumung von Entscheidungsbefugnissen – um die Erfüllung des Amtsauftrages gehe,

---

34 BVerfGE 93, 37 [67]; 9, 268 [281 f.]; vgl. auch *Böckenförde*, (Fn. 27), § 24 Rn. 21 f.
35 Vgl. BVerwGE 106, 64 [81] = NVwZ 2000, 433 L.
36 BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 (795).
37 Amtsblatt S. 27.
38 Amtsblatt S. 101.
39 BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 (795).

müsse die Ausübung staatlicher Herrschaft gegenüber den Bürgern jedoch stets der Letztentscheidung der demokratisch legitimierten Amtsträger vorbehalten sein.[40]

Im Weiteren stellt das Gericht fest, dass die uneingeschränkte Einräumung von Leitungsmacht an eine juristische Person des privaten Rechts, die dem Gebot demokratischer Legitimation widerspräche, bereits nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen ist. § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 TPrG enthalte vielmehr ausdrücklich Bedingungen, unter denen der Abschluss eines Unternehmensvertrages zulässig sei. Die Einhaltung dieser Bedingungen müsse im Vertrag selbst sichergestellt sein.[41]

Den Begriff „Einfluss" in § 1 Abs. 2 Satz 2 TPrG legt das Gericht unter Heranziehung der Gesetzesbegründung in Abghs-Drs. 13/3367 aus und kommt zu dem Ergebnis, dass der Einfluss des Landes Berlin bei der Erteilung von Weisungen nur dann gewährleistet ist, „wenn die Entscheidung über die Erteilung von Weisungen an die Anstalt letztlich in der Hand des Gewährträgers (Land Berlin) verbleibt; die demokratisch legitimierten Vertreter des Landes Berlin müssen die letztentscheidende Einflussmöglichkeit behalten." [42]

Dabei ist der Gesetzgeber nach Auffassung des Gerichts offensichtlich davon ausgegangen, „dass eine Weisungsbefugnis unternehmensvertraglich nur dann eingeräumt werden darf, wenn sichergestellt ist, dass die mehrheitlich vom Land Berlin entsandten Vertreter der Entscheidung über die Erteilung von Weisungen die verfassungsrechtlich notwendige personelle Legitimation vermitteln. Dies – so das Gericht – sei sowohl bei einer einvernehmlich herbeizuführenden Zustimmung des nach der Begründung zum Teilprivatisierungsgesetz vorgesehenen Weisungsausschusses[43] möglich, als auch bei einer Entscheidung mit Stimmenmehrheit, soweit verfahrensrechtlich sichergestellt sei, dass die Entscheidung nach dem Prinzip der doppelten Mehrheit auf einer Mehrheit der Stimmen der Vertreter des Landes Berlin beruht.[44]

---

40 BerlVerfGH a.a.O. unter Hinw. auf BVerfGE 93, 37 [70] = NVwZ 1996, 574.
41 BerlVerfGH a.a.O.
42 BerlVerfGH a.a.O.
43 Vgl. Abghs-Drs 13/3367, (Fn. 5), S. 5, 6 u. 7.
44 BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 (795/796).

Da sich § 1 Abs. 2 TPrG nur an die BWB als Anstalt öffentlichen Rechts richte, könne Grundlage entsprechender Bindungen der Holding nur der Unternehmensvertrag selbst sein, nicht aber die gesetzliche Regelung.[45]

3. Demokratische Legitimation der Organe und des Handelns der Anstalt und der Holding

Fraglich ist, ob die Unternehmensverträge (und sonstigen untergesetzlichen Regelungen) zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe den oben dargestellten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin entsprechen.

Dabei ist zunächst das Handeln der Anstalt und somit dessen Vorstand in den Blick zu nehmen. Denn die Anstalt handelt durch ihren Vorstand; er führt die Geschäfte der Anstalt (§ 3 Abs. 1 Satzung BWB[46], §§ 8, 9 BerlBG) und übt als deren Vertreter (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 1 BerlBG) in Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der Wasserver- und -entsorgung (§ 37a Abs. 1 Satz 2, § 29e Abs. 1 Satz 2 BWG) Staatsgewalt aus. Damit ist er dem Demokratieprinzip unterworfen.[47]

In einem zweiten Schritt ist das Handeln der Holding auf seine demokratische Legitimation zu untersuchen. Dieses Erfordernis ergibt sich daraus, dass die Holding – also ihr Vorstand – befugt ist, der Anstalt Weisungen zu erteilen. Dieses Weisungsrecht folgt nicht allein aus dem Aktienrecht (vgl. § 308 AktG[48]), sondern ist ausdrücklich in § 11 ELV[49] geregelt. Da die Holding mithin unmittelbar Einfluss auf die Anstalt ausüben kann, muss insoweit auch ihr Handeln demokratisch legitimiert sein.

a) Demokratische Legitimation des Anstalts-Handelns

Die demokratische Legitimation des Anstalts-Handelns erfordert zunächst, dass der Vorstand seinerseits personell-demokratisch legitimiert ist.

---

45 BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 (796).

46 Neufassung der Satzung der Berliner Wasserbetriebe – Anstalt des öffentlichen Rechts – (Satzung BWB), Anlage 6.4a zum Konsortialvertrag, Amtsblatt S. 119 ff.

47 BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 (795) und oben S. 11; vgl. dazu auch *Ochmann*, (Fn. 16), S. 99 f., 113.

48 Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 49 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044).

49 Amtsblatt S. 101.

(1) Zusammensetzung und Bestellung des Anstalts-Vorstands

In § 9.5 Satz 1 KV[50] ist vorgesehen, dass der Vorstand der BWB aus vier Mitgliedern bestehen soll, von denen zwei auf Vorschlag des Landes Berlin und im Einvernehmen mit der BB-AG, welches nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf, und zwei auf Vorschlag der BB-AG im Einvernehmen mit dem Land Berlin, welches ebenfalls nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf, durch den Aufsichtsrat der BWB bestellt werden sollen. Mindestens zwei Vorstandsmitglieder sollen gleichzeitig Mitglieder des Vorstands der Holding sein.[51]

Die vom Land Berlin vorgeschlagenen Vorstandsmitglieder sind bereits dadurch personell-demokratisch legitimiert, dass die Vorschläge durch ein legitimiertes Gremium (Senat) bzw. eine legitimierte Person (zust. Senatsmitglied) erfolgt.

Hinsichtlich der von den privaten Investoren vorzuschlagenden – und insofern grundsätzlich nicht legitimierten – beiden Vorstandsmitglieder kommt hinzu, dass das Land und die privaten Investoren einen Ausschuss bilden, der die Aufgabe übernimmt, ein nach § 9.5 KV bestelltes Vorstandsmitglied dem Aufsichtsrat der BWB als Vorstandsvorsitzenden vorzuschlagen (sog. "Vorstandsausschuss", § 9.6 KV[52]).

Der Vorstandsausschuss besteht aus drei Mitgliedern, von denen eines vom Land Berlin und zwei von den privaten Anteilseignern entsendet werden. Die Mitglieder des Vorstandsausschusses schlagen dem Aufsichtsrat der BWB im gegenseitigen Einvernehmen ein Vorstandsmitglied als Vorsitzenden vor. Können die Mitglieder des Vorstandsausschusses ein Einvernehmen nicht erzielen, so entscheidet der Vorstandsausschuss über den vorzuschlagenden Vorsitzenden des Vorstandes mit der einfachen Mehrheit seiner Mitglieder. Folglich ist sichergestellt, dass der Vorschlag für den Vorstandsvorsitzenden immer von den – nicht legitimierten – privaten Investoren kommt, sofern diese sich einig sind und mit dem vom Land Berlin entsandten Ausschussmitglied kein diesbezügliches Einvernehmen hergestellt werden kann.

---

50 Amtsblatt S. 26.

51 Durch die Fünfte Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag vom 24. Oktober 2003 zu § 10.6 Satz 1 KV wurden geregelt, dass sämtliche Mitglieder des Vorstandes der BWB auch Mitglieder des Vorstandes der Holding sein sollen (Amtsblatt S. 291 ff. [303]), vgl. dazu unten S. 25 ff.

52 Amtsblatt S. 26 f.

Dies ist deshalb von Bedeutung, weil der Vorstandsvorsitzende nach § 5 Abs. 2 Satz 4 GO Vorstand BWB[53] bei Stimmengleichheit im Vorstand ein Doppelstimmrecht hat. Mithin haben die – demokratisch nicht legitimierten – privaten Anteilseigner im Vorstandsausschuss stets die Möglichkeit, das Letztentscheidungsrecht zu ihren Gunsten im Vorstand der BWB dadurch herzustellen, indem sie dem Aufsichtsrat ein auf Vorschlag der BB-AG bestelltes Vorstandsmitglied als Vorstandsvorsitzenden vorschlagen. Das „Prinzip der doppelten Mehrheit" ist demnach im Vorstand der BWB – bei isolierter Betrachtung – nicht gewahrt.

Sämtliche Vorstandsmitglieder und auch der Vorstandsvorsitzende werden jedoch durch den Aufsichtsrat der BWB bestellt (§ 9.5 Satz 1, § 9.6 Satz 1 KV[54]; § 11 Abs. 3 Nr. 1 BerlBG). Mithin ist zu prüfen, ob durch den Bestellungsakt eine „ununterbrochene Legitimationskette"[55] zwischen den Vorstandsmitgliedern und personell legitimierten Amtsträgern hergestellt wird.

Dies setzt voraus, dass der Aufsichtsrat seinerseits personell-demokratisch legitimiert ist.

(2) Personell-demokratische Legitimation des Aufsichtsrats der BWB

Nach § 9.1 Satz 1 KV[56] werden die Mitglieder des Aufsichtsrates der BWB „aufgrund der Vorschriften des Berliner Betriebegesetzes in Verbindung mit den Vereinbarungen des Interessenwahrungsvertrages[57] bestellt und abberufen."

Nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 3 BerlBG besteht der Aufsichtsrat der Anstalt aus 16 Mitgliedern. Diese sind ein vom Senat zu bestimmendes Mitglied des Senats als vorsitzendes Mitglied (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 BerlBG), sieben von der Gewährträgerversammlung auf Vorschlag des Senats zu bestellende Mitglieder (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 BerlBG) und acht vom Gesamtpersonalrat bzw. Personalrat zu bestellende Mitglieder (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 BerlBG).

---

53 Geschäftsordnung des Vorstands der BWB (GO Vorstand BWB) – Anlage 6.4b zum Konsortialvertrag – Amtsblatt S. 123.
54 Amtsblatt S. 26/27.
55 Vgl. oben S. 10.
56 Amtsblatt S. 26.
57 Amtsblatt S. 112 ff.

Ergänzend zu den gesetzlichen Regelungen bestimmt § 9.1 Satz 2 KV, dass die Holding bei den von ihr nach dem Interessenwahrungsvertrag dem Land Berlin vorzuschlagenden Personen für die Bestellung als Mitglieder des Aufsichtsrates der BWB Vorschlagslisten für vier Aufsichtsratsmitglieder im Einvernehmen mit der BB-AG und Vorschlagslisten für die drei verbleibenden Aufsichtsratsmitglieder im Einvernehmen mit dem Land Berlin aufstellt.

Entsprechend dieser Regelung im Konsortialvertrag ist im Interessenwahrungsvertrag vorgesehen, dass die Holding „vor jeder Bestellung der in § 9 Abs. 1 Nr. 2 BerlBG (jetzt: § 10 Abs. 1 Nr. 2 BerlBG) genannten Mitglieder des Aufsichtsrats der BWB (...) dem Land Berlin eine Vorschlagsliste zuleitet, die mindestens drei Vorschläge für jedes dieser Aufsichtsratsmitglieder enthält. Das Land Berlin ist verpflichtet, der Gewährträgerversammlung der BWB die Bestellung nur von solchen Persönlichkeiten zu Mitgliedern des Aufsichtsrates vorzuschlagen, die in der Vorschlagsliste der Holding enthalten sind (§ 1 Nr. 1 Satz 1 und 3 IWV[58]). Das Land Berlin hat das Recht, von der Holding eine vollständige oder teilweise Ergänzung der Vorschlagsliste zu verlangen, wenn es keine der Persönlichkeiten, die in der Vorschlagsliste für eine bestimmte Position im Aufsichtsrat benannt worden sind, bestellen lassen will (§ 1 Nr. 1 Satz 4 IWV).

Fraglich ist, ob das Land Berlin bzw. die (nach § 14 Abs. 1 BerlBG ausschließlich aus Senatsmitgliedern bestehende und damit demokratisch legitimierte) Gewährträgerversammlung den von der öffentlichen Hand zu entsendenden Aufsichtsratsmitgliedern demokratische Legitimation vermitteln kann, wenn das Land bei der Auswahl dieser Mitglieder an Vorschlagslisten der privatrechtlich (Aktiengesellschaft) organisierten Holding gebunden ist.

Aufgrund der Mehrheitsbeteiligung des Landes an der Holding (50,1%)[59] kann davon ausgegangen werden, dass die Hauptversammlung der Holding von den Vertretern des Landes Berlin dominiert wird.

Man könnte daher erwägen, ob aufgrund dieser Dominanz eine personelle Legitimation des von der Hauptversammlung bestellten Aufsichtsrats (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG) und des von ihm bestellten Vorstands (§ 84 AktG) hergestellt wird. Dies hätte zur Folge,

---

[58] Amtsblatt S. 112 ff (113).
[59] Vgl. oben S. 5 f.

Folge, dass dann auch die von der Holding bzw. ihrem Vorstand präsentierten Personalvorschläge in den Vorschlagslisten personell-demokratisch legitimiert wären.

Ein hinreichender Einfluss des Landes auf die von ihm vorzuschlagenden Aufsichtsratsmitglieder im Sinne des Demokratieprinzips ist jedoch auch dann gegeben, wenn man die Personalvorschläge der Holding als nicht legitimiert betrachtet:

Zunächst besteht Einigkeit darüber, dass vollumfänglich bindende Vorschlagslisten nicht-legitimierter Stellen dem zuständigen staatlichen Organ die Entscheidungsgewalt entziehen und daher mit dem Demokratieprinzip unvereinbar sind.[60] Vorschlagsrechte, bei denen – wie hier – der legitimierten Instanz, d. h. dem Senat, eine Auswahl unter mindestens zwei Vorgeschlagenen und ein Zurückweisungs- oder Ergänzungsrecht verbleibt, sind vom BVerfG jedoch grundsätzlich als zulässig angesehen worden.[61]

Da die Vorschlagsliste der Holding mindestens drei Vorschläge für jedes der hier in Rede stehenden Aufsichtsratsmitglieder enthält (§ 1 Nr. 1 Satz 1 IWV[62]), verfügen die von der Gewährträgerversammlung auf Vorschlag des Senats zu bestellenden Aufsichtsratsmitglieder über die erforderliche demokratische Legitimation.

Zu prüfen bleibt, ob auch das Letztentscheidungsrecht der demokratisch legitimierten Aufsichtsratsmitglieder sichergestellt ist. Denn bei der Bestellung des Vorstands der BWB wird der Aufsichtsrat seinerseits als Kreationsorgan tätig. Mithin gilt grundsätzlich das „Prinzip der doppelten Mehrheit“.[63]

---

60 So *Lange*, (Fn. 6), S. 224 m. Hinw. u. a. auf BVerfGE 26, 186 [196 f.]; so im Ergebnis auch *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR (Archiv des öffentlichen Rechts) 116 (1991), S. 329 [361].

61 BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 [796] unter Hinw. auf BVerfGE 26, 186 [196 f.] = NJW 1969, 2192 (zur Ehrengerichtsbarkeit für Rechtsanwälte) und BVerfGE 27, 312 [320 f.] = NJW 1970, 1227 (zur Besetzung von Fachkammern bei den Sozialgerichten mit ehrenamtlichen Richtern); vgl. dazu auch *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 64. Ergänzungslieferung 2012, Art. 20 Rn. 239 und *Hillgruber* (a.a.O.), Art. 92 Rn. 86 (zitiert nach beck-online). So i. E. auch *Lange*, (Fn. 6), S. 225; *Ochmann*, (Fn. 16), S. 115; *Fett*, Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen – Dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des „Berliner Modells“ zur Konzernierung der Landesbank Berlin, 2000, S. 131 m. Hinw. auf *Bezzenberger/Schuster*, (Fn. 6), S. 481 (497 f.).

62 Amtsblatt S. 113.

63 Vgl. BVerfGE 93, 37 [67 f., 72] und oben S. 10.

Eine zahlenmäßige Überlegenheit der – demokratisch legitimierten – vom Land Berlin vorzuschlagenden Aufsichtsratsmitglieder kann nicht festgestellt werden. Denn die Hälfte der insgesamt 16 Mitglieder des Aufsichtsrats wird von der Beschäftigtenvertretung bestimmt (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 BerlBG). Eine Bestellung durch den Personalrat verschafft jedoch keine personelle Legitimation. Dieses Gremium wird zwar von den Beschäftigten gewählt, erhält dadurch aber seinerseits keine demokratische Legitimation, da die Arbeitnehmerschaft kein legitimationsspendendes „Teilvolk" ist.[64] Das von der Rechtsprechung geforderte „Prinzip der doppelten Mehrheit" ist daher bei Beschlüssen des Aufsichtsrates jedenfalls nach seiner zahlenmäßigen Zusammensetzung nicht gewährleistet.

Das BVerfG hat jedoch ausdrücklich festgestellt, dass der Gesetzgeber diesen Mangel demokratischer Legitimation „durch das Letztentscheidungsrecht einer in parlamentarischer Verantwortung stehenden oder dem Weisungsrecht eines parlamentarisch verantwortlichen Amtsträgers unterliegenden Stelle ausgleichen" kann.[65]

Das geforderte Letztentscheidungsrecht demokratisch legitimierter Amtsträger könnte hier mit dem Beanstandungsrecht des vorsitzführenden Aufsichtsratsmitgliedes gemäß § 12 BerlBG verwirklicht sein.

(3) Vermittlung personell-demokratischer Legitimation an den Anstalts-Vorstand durch das Beanstandungsrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden gemäß § 12 BerlBG

Das Recht nach § 12 BerlBG ermöglicht es dem Aufsichtsratsvorsitzenden, der immer auch Mitglied des Senats und insofern demokratisch legitimiert ist (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 BerlBG), Aufsichtsratsbeschlüsse mit aufschiebender Wirkung zu beanstanden, und zwar unabhängig von der Mehrheit, mit der diese Beschlüsse jeweils zustande gekommen sind. Mangels einer inhaltlichen Eingrenzung fallen Beschlüsse jeglicher Art darunter, also auch solche, die die Bestellung und Abberufung des Vorstandsvorsitzenden sowie der sonstigen Mitglieder des Vorstands nach § 11 Abs. 3 Nr. 1 BerlBG zum Gegenstand haben. Beanstandete Beschlüsse hat das vorsitzende Mitglied unverzüglich der Gewährträgerversammlung unter Darlegung der unterschiedlichen Auffassungen vorzulegen (§ 12 Abs. 2 Satz 1 BerlBG). Die Entscheidung der – demokratisch legitimierten – Ge-

---

64 So *Ochmann*, (Fn. 16), S. 115 f. m. Hinw. auf BVerfGE 83, 60 [74 f.].

65 BVerfGE 93, 37 [72] zum Entscheidungsrecht der Einigungsstelle nach dem Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; ähnlich BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 (795) unter Bezugnahme auf BVerfGE 93, 37 [70]; vgl. auch *Ochmann*, (Fn. 16), S. 119 f.

währträgerversammlung ersetzt den beanstandeten Beschluss (§ 12 Abs. 2 Satz 2 u. 3 BerlBG).

Das Beanstandungsrecht nach § 12 BerlBG wird weder durch den Konsortialvertrag, noch durch die Satzung der BWB und auch nicht durch den Interessenwahrungsvertrag ausgeschlossen oder modifiziert. Dass der Aufsichtsratsvorsitzende zugleich Senatsmitglied ist (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 BerlBG) und somit das Beanstandungsrecht einer demokratisch legitimierten Person zusteht, wird durch die Unternehmensverträge ebenfalls nicht geändert.

Die Bestellung der Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat erfolgt daher entweder mit Zustimmung/Billigung des demokratisch legitimierten Aufsichtsratsvorsitzenden oder aber es besteht die Möglichkeit der „Rückverlagerung" auf die – ihrerseits legitimierte – Gewährträgerversammlung, deren Entscheidung dem Vorstand der BWB ebenfalls volle personell-demokratische Legitimation verleiht.

In beiden Fällen liegt die Letztentscheidung nicht nur bei demokratisch legitimierten Personen, sondern – wie vom BVerfG gefordert – auch bei solchen, die als Mitglieder des Senats grundsätzlich parlamentarischer Kontrolle unterliegen. Dass sich die parlamentarische Kontrolle der Senatsmitglieder auch auf ihre Tätigkeit in Organen juristischer Personen des öffentlichen Rechts (und solcher des Privatrechts mit Mehrheitsbeteiligung des Landes) bezieht, ergibt sich ausdrücklich aus Art. 49a Abs. 1 VvB. Danach können das Abgeordnetenhaus und die zuständigen Ausschüsse auch insoweit Auskünfte verlangen und Berichte anfordern.

Die personell-demokratische Legitimation des BWB-Vorstands kann nicht mit dem Argument bestritten werden, dass der Aufsichtsrat – und letztlich auch die Gewährträgerversammlung – bei der Bestellung der Vorstandsmitglieder insoweit keine freie Entscheidung treffen können, als sie an die konsortialvertraglich geregelten Vorschlagsrechte und das daraus folgende Übergewicht zugunsten der privaten Anteilseigner gebunden sind.[66]

Nach der Rechtsprechung des BVerfG steht die Bindung staatlicher Instanzen an Personalvorschläge Nichtlegitimierter dem Demokratieprinzip nicht entgegen, wenn ein

[66] So aber *Lange*, (Fn. 6), S. 229 und dort Fn. 230 – wohl mit Blick auf § 9.5 Satz 2 KV (Amtsblatt S. 26), wonach das Land verpflichtet ist, für eine – paritätische – Besetzung des Vorstands in der in § 9.5 Satz 1 KV beschriebenen Weise Sorge zu tragen.

ausreichender staatlicher Einfluss gewährleistet ist. Das BVerfG sah einen solchen Einfluss bei Verwendung von Vorschlagslisten mit Ergänzungsrecht als ausreichend an.[67] Zwar sind für die Bestellung der von der BB-AG vorzuschlagenden Vorstandsmitglieder – anders als für die von der Holding vorzuschlagenden Aufsichtsratsmitglieder[68] – solche Vorschlagslisten nicht vorgesehen; das nach dem Berliner Betriebe-Gesetz und den Unternehmensverträgen keinerlei Einschränkungen unterworfene Beanstandungsrecht nach § 12 BerlBG hat jedoch – insbesondere bei mehrmaliger Ausübung – dieselbe Wirkung wie eine Auswahl aus Vorschlagslisten.

(4) Sachlich-inhaltliche Legitimation des Anstalts-Handelns

Hinsichtlich der sachlich-inhaltlichen Legitimation des Anstalts-Handelns können hier keine Defizite festgestellt werden, die mit dem Demokratieprinzip unvereinbar wären.

Zwar wird in der Literatur z. T. die Auffassung vertreten, dass infolge der kondominialen Leitungsstruktur der BWB nur noch in einem stark eingeschränkten Sinne von ihrer Eingliederung in die bürokratische Weisungshierarchie des Landes gesprochen werden kann.[69]

Jedoch lassen sich dem Inhalt nach alle Entscheidungen auf den Willen der Errichtungskörperschaft zurückführen. Denn zum einen legen die Gesetze (vgl. Berliner Betriebe-Gesetz, Wasserhaushaltsgesetz und Berliner Wassergesetz) detailliert Aufgaben und Befugnisse des Anstalts-Vorstands fest. Dies gilt insbesondere für die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Wege des Anschluss- und Benutzungszwangs (§ 4 BerlBG). Zum anderen unterliegt der Anstalts-Vorstand der Aufsicht der Errichtungskörperschaft, die zugleich Träger der Anstalt ist. Damit besteht eine sanktionierte Verantwortlichkeit ihr gegenüber.[70]

Den Vorgaben des Berliner Verfassungsgerichtshofs entsprechend ist darüber hinaus auch in den Unternehmensverträgen sichergestellt, dass die Holding die einheitliche Leitung der BWB im Konzern im Einklang mit den Anordnungen der für die BWB zu-

---

67 BVerfGE 26, 186 [196/197]; 27, 312 [320/321].
68 Vgl. oben S. 16 f.
69 So *Hecker*, (Fn. 16), S. 261 (279); ablehnend aber *Lange*, (Fn. 6), S. 228.
70 So *Lange*, (Fn. 6), S. 228.

ständigen Aufsichtsbehörden des Landes Berlin ausüben wird (vgl. § 12 ELV[71], § 2 IWV[72]).

(5) Zwischenergebnis

Dem Vorstand der BWB wird durch den Bestellungsakt des Aufsichtsrats der BWB aufgrund des Beanstandungsrechts des legitimierten Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 12 BerlBG und der damit verbundenen Möglichkeit der Rückverlagerung der Vorstandsbestellung auf die personell-demokratisch legitimierte Gewährträgerversammlung seinerseits personelle demokratische Legitimation im Sinne des Demokratieprinzips verliehen.[73] Folglich ist auch das Anstalts-Handeln personell-demokratisch legitimiert.

Folgte man einer in der Literatur vertretenen und hier ausdrücklich nicht geteilten Gegenmeinung[74] und unterstellte dem Anstalts-Vorstand ein Legitimationsdefizit, so würde sich dies allenfalls auf solche Maßnahmen auswirken, die nicht der Zustimmung des Anstalts-Aufsichtsrats bedürfen.

Denn bei zustimmungspflichtigen Maßnahmen (vgl. § 4 Abs. 2 Satzung BWB[75], § 11 Abs. 6 BerlBG) hat der Aufsichtsratsvorsitzende entweder die Möglichkeit, durch seine Zustimmung die Maßnahme zu legitimieren, oder mit Hilfe des Beanstandungsrechts die Sachentscheidung der unstreitig demokratisch legitimierten Gewährträgerversammlung herbeizuführen.

Hinsichtlich der sachlich-inhaltlichen Legitimation des Anstalts-Handelns können aufgrund der Gesetzesbindung und der auch nach den Unternehmensverträgen gewährleisteten staatlichen Rechtsaufsicht keine Defizite im Hinblick auf das Demokratieprinzip festgestellt werden.

---

[71] Amtsblatt S. 102.
[72] Amtsblatt S. 113.
[73] So auch *Ochmann*, (Fn. 16), S. 119 ff. (120, 153).
[74] *Lange*, (Fn. 6), S. 229 und dort Fn. 230.
[75] Neufassung der Satzung der Berliner Wasserbetriebe – Anstalt des öffentlichen Rechts – (Satzung BWB), Anlage 6.4a zum Konsortialvertrag, Amtsblatt S. 119 f.

b) Demokratische Legitimation des Handelns der Holding

Die Holding muss den Anforderungen des Demokratieprinzips nur insoweit entsprechen, als sie Weisungen an die BWB erteilt. Denn nur insoweit übt sie Einfluss auf die öffentlich-rechtliche Anstalt und somit – mittelbar – selbst öffentliche Gewalt aus.

Nach Auffassung des Gesetzgebers des Teilprivatisierungsgesetzes ist eine dem Demokratieprinzip genügende demokratische Legitimation insoweit nur sichergestellt, wenn ein Weisungsausschuss des Aufsichtsrats der Holding, in dem die vom Land Berlin entsandten Vertreter die Mehrheit haben, allen Weisungen zugestimmt hat. Ein derartiger Zustimmungsbeschluss soll nur ergehen können, wenn die Vertreter des Landes Berlin zustimmen.[76]

Somit kann dahinstehen, ob Vorstand und/oder Aufsichtsrat der Holding ihrerseits demokratisch legitimiert sind.[77] Im Rahmen der hier vorzunehmenden Prüfung kommt es allein darauf an, ob nach den konsortialvertraglichen Vorschriften zum Weisungsausschuss die Einhaltung des Demokratieprinzips gewährleistet ist.

(1) Vermittlung demokratischer Legitimation durch den Weisungsausschuss des Aufsichtsrats der Holding

Der Weisungsausschuss ist geregelt in § 10.4 KV[78], § 11 Nr. 3 ELV[79] sowie in § 5 Abs. 1 GO Aufsichtsrat Holding[80].

§ 10.4 KV sieht vor, dass der zu errichtende Aufsichtsratsausschuss („Weisungsausschuss“) des Aufsichtsrates der Holding aus fünf Mitgliedern bestehen soll. Drei Mitglieder sollen die vom Land Berlin entsandten Aufsichtsratsmitglieder, ein Mitglied soll ein auf Vorschlag der privaten Anteilseigner gewähltes Aufsichtsratsmitglied und ein Mitglied soll ein von den Arbeitnehmern gewähltes Aufsichtsratsmitglied sein. Zunächst

---

76 So die Begründung zum Teilprivatisierungsgesetz in Abghs-Drs 13/3367, (Fn. 5), S. 5 ff. und oben S. 12.
77 Vgl. dazu aber die Überlegung oben S. 16 f.
78 Amtsblatt S. 27.
79 Amtsblatt S. 101.
80 Geschäftsordnung des Aufsichtsrates der BWB Holding Aktiengesellschaft, Berlin (GO Aufsichtsrat Holding), Anlage 7.5a zum Konsortialvertrag, Amtsblatt S. 140 ff. (141).

war vorgesehen, dass die Beschlüsse des Weisungsausschusses „mit der Mehrheit seiner Mitglieder“ gefasst werden sollen.[81]

Auch § 11 Nr. 3 ELV sah zunächst nur vor, dass Weisungen nur erteilt werden dürfen, wenn sie mit Zustimmung eines Aufsichtsratsausschusses der Holding erfolgen, in dem die vom Land Berlin entsandten Aufsichtsratsmitglieder die Mehrheit bilden.

In der ersten Änderungsvereinbarung zwischen dem Land Berlin und den Privatinvestoren vom 6. Januar 2000[82], die aufgrund des Urteils des Berliner Verfassungsgerichtshofs vom 21. Oktober 1999[83] vorgenommen worden ist, wurde das Mehrheitserfordernis dahin konkretisiert, dass den Weisungen zumindest zwei vom Land Berlin entsandte Ausschussmitglieder zustimmen müssen.

Da die Beschlüsse der Aufsichtsratsausschüsse der Holding mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst werden (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GO Aufsichtsrat Holding[84]) und die Beschlussfähigkeit die Anwesenheit von mindestens drei Mitgliedern erfordert (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GO Aufsichtsrat Holding), genügt der Weisungsausschuss in jedem denkbaren Abstimmungsfall dem „Prinzip der doppelten Mehrheit“ und ist somit grundsätzlich geeignet, den Weisungen der Holding – sofern erforderlich – demokratische Legitimation zu vermitteln.

(a) Mangelnde Steuerungsmöglichkeit des Weisungsausschusses?

Von Teilen der Literatur wird die legitimationsstiftende Funktion des Weisungsausschusses mit dem Argument bestritten, der Ausschuss könne selbst keine Weisungen erteilen. Er habe allein die Möglichkeit, ihm unliebsame Weisungen zu verhindern. Damit werde dem Land lediglich eine Blockademöglichkeit eingeräumt.[85]

Diese Auffassung verkennt jedoch, dass es für die Erfüllung des dem Weisungsausschuss zugedachten Zwecks nicht erforderlich ist, positiv gestaltend auf die Geschäftsführung des Holding-Vorstands Einfluss zu nehmen. Dem Demokratieprinzip ist bereits Genüge getan, wenn unliebsame Entscheidungen des Holding-Vorstands in Bezug auf die

---

81 § 10.4 Satz 3 KV, Amtsblatt, S. 27.
82 Vgl. Amtsblatt S. 198 (202 f.).
83 Vgl. dazu unten S. 8 ff. (12).
84 Amtsblatt S. 142.
85 Vgl. *Böckenförde*, (Fn. 27), § 24 Rn. 19; *Hecker*, (Fn. 16), S. 261 (275). Nach *Hecker*, (Fn. 16), kann dieses Defizit aber gerechtfertigt sein (vgl. S. 278 ff.).

BWB lediglich verhindert werden.[86] Denn in diesem Fall lebt die volle Entscheidungskompetenz des Anstalts-Vorstands wieder auf. Das ergibt sich aus § 11 Nr. 1 Abs. 2 ELV[87], wonach dem Vorstand der BWB weiterhin die Geschäftsführung und Vertretung der BWB obliegt. Er behält seine „volle Entscheidungsbefugnis“, sofern diese nicht durch zulässige Weisungen eingeschränkt ist.

(b) Verstoß gegen die Autonomie des Aufsichtsrats der Holding?

Ein weiteres Problem könnte sich aus der Forderung des Berliner Verfassungsgerichtshofs ergeben, wonach eine dem Demokratieprinzip entsprechende Ausübung des Weisungsrechts unter „Zwischenschaltung“ des Weisungsausschusses in den Unternehmensverträgen selbst sichergestellt sein muss.[88] Die diesbezüglich bestehenden vertraglichen Vereinbarungen (vgl. § 10.4 KV[89], § 11 Nr. 3 EL-Vertrag[90]) könnten mit der gesetzlich geregelten Autonomie des Aufsichtsrats (§ 107 Abs. 3 Satz 1 AktG)[91] in Widerspruch stehen und insofern unwirksam sein.

Nach § 27.2 KV[92] in Verbindung mit der entsprechenden Anlage[93] ist jedoch die Zustimmung des Aufsichtsrates der Holding zum Konsortialvertrag vorgesehen. Aufgaben und Zusammensetzung des Weisungsausschusses sind in § 10.4 KV[94] ausdrücklich geregelt. Sofern die Zustimmung – wovon wohl ausgegangen werden kann – erfolgt ist, hätte der Aufsichtsrat seine Autonomie im Hinblick auf die Bestellung von Ausschüssen (vgl. § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG) selbst wirksam eingeschränkt. Auch ließe sich vertreten, dass der Weisungsausschuss bereits durch die Zustimmung des Aufsichtsrats zum Konsortialvertrag eingesetzt worden ist, ein gesonderter Einsetzungsbeschluss mithin gar nicht erforderlich ist.

---

86 So i. E. auch *Ochmann*, (Fn. 16), S. 126 ff.; in diesem Sinne wohl auch *Fett*, (Fn. 61), S. 99 f.
87 Amtsblatt S. 101.
88 BerlVerfGH NVwZ 2000, 794 (795/796) und oben S. 12 f.
89 Amtsblatt S. 27.
90 Amtsblatt S. 101.
91 Vgl. dazu LAG Berlin, Beschluss vom 27.10.1995 – 6 TaBV 1/95 = AG (Die Aktiengesellschaft) 1996, S. 140 ff. (143) zum Weisungsausschuss des Aufsichtsrats der Bankgesellschaft Berlin; vgl. dazu auch die Besprechung von *Neumann/Rux*, DB (Der Betrieb) 1996, S. 1659 ff. (1662).
92 Amtsblatt S. 37.
93 Anlage 27.2 zum Konsortialvertrag (Gremienzustimmung), Amtsblatt S. 147.
94 Amtsblatt S. 27.

Im Übrigen wird die Auffassung vertreten, dass der Aufsichtsrat unter Umständen – gerichtlich nachprüfbar – zur Einrichtung des Weisungsausschusses verpflichtet sein kann, wenn sich sein Ermessen wegen des Unternehmensinteresses auf diese einzige Entscheidungsalternative reduziert.[95]

Die Einsetzung des Weisungsausschusses könnte hier deshalb die einzig mögliche Entscheidungsalternative sein, weil ein solcher Ausschuss den Weisungen des Holding-Vorstands nach dem Willen des Gesetzgebers[96] demokratische Legitimation vermitteln soll. Die Rechtssicherheit solcher Weisungen liegt auch im Unternehmensinteresse der Holding; ist sie doch zur Erteilung von Weisungen an die BWB – jedenfalls auch – gegründet worden. Daher ist es gut vertretbar, insoweit von einer Ermessensreduzierung auszugehen.

Ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip kann mithin auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Autonomie des Aufsichtsrats der Holding festgestellt werden.

(2) Zwischenergebnis

Der Weisungsausschuss des Aufsichtsrats der Holding war – jedenfalls bis zur Einführung personenidentischer Vorstände im Jahr 2002/2003 – nach den unternehmensvertraglichen und sonstigen untergesetzlichen Regelungen geeignet, den Weisungen der Holding an die BWB entsprechend den Vorgaben des Landesgesetzgebers und des BVerfG personell-demokratische Legitimation zu vermitteln.

(3) Die Einführung personenidentischer Vorstände bei BWB und Holding

Bis zur Fünften Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag vom 24. Oktober 2003[97] war vorgesehen, dass der Vorstand der BWB aus vier Mitgliedern bestehen soll, wobei „mindestens zwei Mitglieder (...) gleichzeitig Mitglieder des Vorstandes der Holding sein sollen.“ (§ 9.5 Satz 1 KV a. F.[98])

---

95 *Fett*, (Fn. 61), S. 134 ff. (154) zum Weisungsausschuss des Aufsichtsrats der Bankgesellschaft Berlin; ablehnend *Ochmann*, (Fn. 16), S. 130.
96 Vgl. Abghs-Drs 13/3367, (Fn. 5), S. 5 ff. und oben S. 12.
97 Amtsblatt S. 291, 301 (302/303).
98 Amtsblatt S. 26.

Dementsprechend war in § 10.6 Satz 1 KV a. F.[99] geregelt, dass der Vorstand der Holding ebenfalls aus vier Mitgliedern bestehen soll „und zwei Mitglieder (...) gleichzeitig Mitglieder des Vorstandes der BWB sein sollen."

Mithin war unternehmensvertraglich lediglich eine Teilidentität der Vorstände von BWB und Holding vorgegeben.

Die legitimationsstiftende Funktion des Weisungsausschusses könnte durch die Fünfte Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag obsolet geworden sein. An die Stelle zweier – jedenfalls teilweise – personenverschiedener Vorstände traten nunmehr Vorstandsdoppelmandate in Bezug auf alle Vorstandsmitglieder. Seitdem sind die Vorstände beider Unternehmen nur mit solchen Personen besetzt, die gleichzeitig beiden Vorständen angehören.

Dies wurde u. a. durch eine Neufassung von § 10.6 Satz 1 KV erreicht, wonach nunmehr – bei unveränderter Mitgliederzahl beider Vorstände – „sämtliche Mitglieder des Vorstandes der BWB auch Mitglieder des Vorstandes der Holding sein sollen." [100]

Der Aufsichtsrat der BWB hat der neuen Leitungsstruktur bereits am 17. Oktober 2002 seine Zustimmung erteilt, der Aufsichtsrat der Holding am 28. Oktober 2002.[101]

In der konzernrechtlichen Literatur werden die verbreiteten – und zulässigen[102] – Vorstandsdoppelmandate als (dauernde) Weisungen im Sinne des § 308 AktG betrachtet, weil in der Entsendung eines Mitglieds des herrschenden Unternehmens in den Vorstand der abhängigen Gesellschaft unbedenklich die generelle Weisung des herrschenden Unternehmens gesehen werden könne, die Weisungen des entsandten Mitglieds zu befolgen.[103]

---

[99] Amtsblatt S. 28.
[100] Amtsblatt S. 303.
[101] Vgl. dazu *Ochmann*, (Fn. 16), S. 146 ff.; *Lange*, (Fn. 6), S. 231 ff.
[102] BGH, Urteil vom 09.03.2009 – II ZR 170/07 = BeckRS 2009, 13401 Rn. 14; *Hüffer*, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 76 Rn. 21 m. w. Nachw.
[103] *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 9. Aufl. 2008, § 23 Rn. 15 und 16 m. w. Nachw.; vgl. auch *Ochmann*, (Fn. 16), S. 148.

Daraus wurde für die Berliner Wasserbetriebe gefolgert, dass der Weisungsausschuss – jedenfalls faktisch – ungenutzt bleibt. Denn es sei nicht zu erwarten, dass der Holding-Vorstand das Mittel der Weisung nutzen müsse, um eine Entscheidung gegenüber dem Anstalts-Vorstand durchzusetzen, mit dem er – vollständig – personenidentisch ist.[104]

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass es sich hier nicht um eine Entsendung von Mitgliedern des herrschenden Unternehmens in den Vorstand der – abhängigen – Anstalt handelt. Die Vorstandsidentität geht vielmehr von der BWB aus. Nicht die Vorstandsmitglieder der Holding sollen jetzt solche der BWB sein,[105] sondern nach dem Wortlaut von § 10.6 Satz 1 KV n. F. ist das Umgekehrte richtig.[106] Denn durch die Fünfte Änderungsvereinbarung entfällt die Formulierung in § 10.6 Satz 1 KV a. F.[107], wonach „zwei Mitglieder des Vorstands der Holding gleichzeitig Mitglieder des Vorstandes der BWB sein sollen." Sie wird ersetzt durch die Formulierung, dass „sämtliche Mitglieder des Vorstands der BWB auch Mitglieder des Vorstands der Holding sein sollen."[108] Damit ist klargestellt, dass es sich nicht (mehr) um eine Entsendung „von oben nach unten" sondern um eine solche „von unten nach oben" handelt. Die Dauerweisung setzt aber gerade eine Entsendung von Vorstandsmitgliedern des herrschenden Unternehmens voraus. Das Argument der Dauerweisung vermag daher bereits aus diesem Grunde nicht zu überzeugen.

Im Übrigen hätte eine solche „Dauerweisung" dann aber – erst recht – nach den bis zur Fünften Änderungsvereinbarung geltenden Regelungen des Konsortialvertrages vorgelegen, wonach zwei Mitglieder des Vorstands der Holding gleichzeitig Mitglieder des Vorstandes der BWB sein sollten. Denn bei dieser Formulierung handelt es sich doch zweifelsfrei um eine – vertraglich geregelte – Entsendung des herrschenden Unternehmens. Die legitimationsstiftende Funktion und Wirkung des Weisungsausschusses wurde in diesem Zusammenhang jedoch – soweit ersichtlich – von niemandem bestritten.

---

[104] *Lange*, (Fn. 6), S. 232; *Ochmann*, (Fn. 16), S. 148. *Abg. Dr. Lederer (LINKE)* benutzt in diesem Zusammenhang die Formulierung, dass sich „der Weisungsausschuss ja zwischen die linke und rechte Gehirnhälfte klemmen" müsste, was bei Vorstandsidentität „einigermaßen unrealistisch" sei (Wortprotokoll SondAWv 17/3 vom 2. März 2012, S. 14).

[105] So aber – insoweit unzutreffend – *Ochmann*, (Fn. 16), S. 147.

[106] Vgl. dazu auch Nr. 5 der Präambel zur Fünften Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag, Amtsblatt S. 301 (302).

[107] Amtsblatt S. 28.

[108] Amtsblatt S. 303.

Näherliegend ist bei vollständiger Identität beider Vorstände die Annahme, dass das Instrument der Weisung in diesem Fall bereits begrifflich ausgeschlossen ist. Dafür spricht, dass eine Weisung – wie bis zur Fünften Änderungsvereinbarung auch möglich – zumindest eine teilweise Personenverschiedenheit zwischen Anweisenden und Anweisungsempfängern voraussetzt. Hinzu kommt, dass nicht nur die Möglichkeit, sondern auch der Bedarf der Holding entfällt, den Vorstand der BWB anzuweisen, wenn er mit ihm gänzlich identisch ist. Die vom Land und den privaten Anteilseignern vereinbarte einheitliche Führung beider Unternehmen lässt sich somit auch als – konkludenten – Verzicht auf das Weisungsrecht der Holding deuten. In der Folge wäre auch die Mitwirkung des Weisungsausschusses entbehrlich.

Für einen solchen Verzicht auf das Weisungsrecht sprechen auch die beiden Pressemitteilungen, die aus Anlass der Vorstands-Zusammenlegung veröffentlicht wurden.

So teilte SenWiArbFrau mit, dass die neue Führungsstruktur den „(...) Grundgedanken einer gemeinsamen und ausgewogenen Führung der Berlinwasser Gruppe wider(spiegelt). Damit ist eine effiziente, ergebnisorientierte und ausgewogene Führung der Unternehmen der Berlinwasser Gruppe durch beide Investoren im engen Zusammenwirken mit dem Land Berlin gewährleistet. Diskussionspunkte können im Interesse aller Anteilseigner zügig gelöst werden. Zudem ist gesichert, dass strategische Entscheidungen innerhalb des Unternehmens auf der dafür zuständigen Ebene fallen.“ [109]

Nach Auffassung der Berlinwasser Holding AG ist die „personenidentische Besetzung der Vorstandsgremien von BWB und Berlinwasser Holding (...) Ausdruck des im Konsortialvertrag niedergelegten Gedankens einer einheitlichen Leitung beider Unternehmen. Sie bietet die Möglichkeit, die operativen und strategischen Ziele von Wasser- und Wettbewerbsgeschäft langfristig noch enger aufeinander abzustimmen, Synergiepotentiale frühzeitig zu erkennen und mittels kürzerer Entscheidungswege zügig zu erschließen.“[110]

Vorstandsidentität der hier vorliegenden Art hätte demnach zur Folge, dass sich alle Maßnahmen der Holding in Bezug auf die BWB zugleich als „originäre“ Maßnahmen des BWB-Vorstands darstellen. Dafür spricht auch, dass der Doppelmandatsträger bei seiner

---

[109] Pressemitteilung SenWiArbFrau vom 24.09.2002, abgedruckt in: *Ochmann*, (Fn. 16), S. 146 f. Fn. 833.

[110] Pressemitteilung Berlinwasser Holding AG vom 28.10.2002, abgedruckt in: *Ochmann*, (Fn. 16), S. 147 Fn. 840.

Tätigkeit in der abhängigen Gesellschaft nicht etwa generell den Interessen des herrschenden Unternehmens den Vorrang vor denen der abhängigen Gesellschaft geben darf (§§ 93, 310 AktG).[111] Der Doppelmandatsträger hat vielmehr bei seinen Entscheidungen stets die Interessen des jeweiligen Pflichtenkreises wahrzunehmen.[112]

Mithin ergeben sich mit Blick auf das Demokratieprinzip keine Abweichungen von der Legitimation des sonstigen Anstalts-Handelns: Da der Anstalts-Vorstand personell-demokratisch legitimiert ist, gilt dies auch für solche von ihm zu treffenden Maßnahmen, die bei Personenverschiedenheit der beiden Vorstände ggf. als Weisung der Holding ergehen würden.

Sofern zu diesen Maßnahmen die Zustimmung des Aufsichtsrats der BWB erforderlich ist (vgl. § 4 Abs. 2 Satzung BWB[113]), würde dies – zusätzliche – Legitimation verschaffen.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass durch die Personenidentität des Vorstands der Holding mit dem legitimierten BWB-Vorstand der Einfluss der Anstalt – und damit des Landes – auf die Holding insgesamt gestärkt wird.

(4) Sachlich-inhaltliche Legitimation des Handelns der Holding

Zur sachlich-inhaltlichen Legitimation des Handelns der Holding, die ebenfalls nur in Bezug auf Weisungen an die BWB gegeben sein muss und vorrangig durch Gesetzesbindung vermittelt wird, ist festzustellen, dass bereits das Teilprivatisierungsgesetz eindeutige Vorgaben an die Holding enthält.

So regelt § 1 Abs. 2 Satz 3 TPrG (= § 2 Abs. 2 Satz 3 BerlBG) ausdrücklich, dass Weisungen gegenüber den Berliner Wasserbetrieben den öffentlichen Aufgaben der Berliner Wasserbetriebe sowie der Anstaltsträgerschaft, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht zuwiderlaufen dürfen.

---

[111] *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 29 (zitiert nach beck-online) m. w. Hinw. u. a. auf BGH, Urteil vom 09.03.2009 – II ZR 170/07 = BeckRS 2009, 13401 Rn. 16.

[112] BGH, Urteil vom 09.03.2009 – II ZR 170/07 = BeckRS 2009, 13401 Rn. 16 m. Hinw. auf BGHZ 36, 296 [306 f.]; BGH NJW 1980, 1629 (1639) – jew. zum Aufsichtsrat.

[113] Neufassung der Satzung der Berliner Wasserbetriebe - Anstalt des öffentlichen Rechts – (Satzung BWB), Anlage 6.4a zum Konsortialvertrag, Amtsblatt S. 119.

Zwar unterliegt die Holding selbst weder der Rechtsaufsicht (vgl. §§ 28 AZG[114], § 21 BerlBG) noch der Fachaufsicht (§ 8 AZG) des Landes Berlin. Es dürfte aber den Vorgaben des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin entsprechen, dass in den Unternehmensverträgen geregelt ist, dass die Holding die einheitliche Leitung der BWB im Konzern im Einklang mit den Anordnungen der für die BWB zuständigen Aufsichtsbehörden des Landes Berlin ausüben wird (§ 12 ELV[115], § 2 IWV[116]).

Durchgreifende Defizite in Bezug auf die sachlich-inhaltliche Legitimation des Handelns der Holding können daher nicht festgestellt werden.

(5) Zwischenergebnis

Mit der konsortialvertraglichen Einführung der vollständigen Identität der Vorstände von Anstalt und Holding durch die Fünfte Änderungsvereinbarung vom 24. Oktober 2003 entfällt das Instrument der Weisung und damit auch die Notwendigkeit des Weisungsausschusses. Weisungen der Holding, die nun begrifflich nicht mehr möglich sind, stellen sich als originäre Maßnahmen des BWB-Vorstands dar. Da der Anstalts-Vorstand personell-demokratisch legitimiert ist, gilt dies auch für alle von ihm getroffenen Maßnahmen und Entscheidungen, die bei Personenverschiedenheit als Weisungen der Holding ergehen würden.

Aufgrund der Bindung der Holding an die Vorgaben des Teilprivatisierungsgesetzes und der insoweit auch nach den Unternehmensverträgen gewahrten staatlichen Rechtsaufsicht über die BWB können keine sachlich-inhaltlichen Legitimationsdefizite in Bezug auf das Handelns der Holding festgestellt werden.

4. Überlegungen für den Fall eines Legitimationsdefizits der Anstalt bzw. Holding

Sofern man mit einer in der Literatur vertretenen – und hier nicht geteilten – Auffassung das Beanstandungsrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden der BWB nach § 12 BerlBG für nicht hinreichend zur Legitimationsvermittlung hält[117] oder die Mitwirkung

---

[114] Gesetz über die Zuständigkeiten in der Allgemeinen Berliner Verwaltung (Allgemeines Zuständigkeitsgesetz - AZG) in der Fassung vom 22. Juli 1996 (GVBl. S. 302, ber. S. 472), zuletzt geändert durch Art. VII des Gesetzes vom 13. Juli 2011 (GVBl. S. 344).
[115] Amtsblatt S. 102.
[116] Amtsblatt S. 113.
[117] So wohl *Lange*, (Fn. 6), S. 229 und dort Fn. 230.

des Weisungsausschusses auch bei völliger Identität der beiden Vorstände für erforderlich erachtet,[118] folgt daraus ein personell-demokratisches Defizit des Handelns der Anstalt bzw. der Holding.

Die nachfolgenden, dieses Gutachten abschließenden Überlegungen sollen zeigen, dass solche Defizite bei Unternehmen mit kondominialen Leitungsstrukturen nicht per se mit dem Demokratieprinzip unvereinbar sind. Es bedarf vielmehr einer gesonderten Prüfung, ob das damit einhergehende – abgesenkte – Legitimationsniveau sachlich gerechtfertigt ist und unter diesem Gesichtspunkt dem Demokratieprinzip genügt.

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang zunächst darauf hingewiesen, dass die Modelle der personellen demokratischen sowie der sachlich-inhaltlichen Legitimation nicht in einem normativen Sinne verbindlich sind, sondern ein „Idealmaß" beschreiben.[119] Dem ist zustimmen, weil bereits nach der „reinen Lehre" zum Demokratieprinzip[120] das erforderliche Legitimationsniveau bei den verschiedenen Erscheinungsformen insbesondere der vollziehenden Gewalt unterschiedlich ausgestaltet sein kann.[121] Mithin verbleibt ein Regelungsspielraum für eine einzelfallbezogene Verarbeitung der jeweiligen Sachgegebenheiten.

Diesem Ansatz folgend werden für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Lockerung der Legitimationsanforderungen an die Verträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe folgende Überlegungen angeführt:[122]

- In ihren Betätigungsfeldern der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung erbringen die BWB wirtschaftliche Leistungen, die regelmäßig nicht durch hoheitliche Eingriffe gekennzeichnet sind. Damit kann eine Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus besser begründet werden als in hoheitlich geprägten Betätigungsfeldern. Dort, wo die BWB im Verhältnis zum Bürger ausnahmsweise im Über-/Unterordnungsverhältnis, also mit stärkerer hoheitlicher Prägung auftritt (Anschluss- und Benutzungszwang, Festsetzung von Tarifen und Anschlussentgelten), existieren dichtere gesetzliche Vorgaben, die über behörd-

[118] So wohl *Ochmann*, (Fn. 16), S. 148 ff (150) und *Lange*, (Fn. 6), S. 231 ff. (233).
[119] *Hecker*, (Fn. 16), S. 261 (279).
[120] Vgl. oben S. 9 ff.
[121] BVerfGE 93, 37 [67]; 83, 60 [72] und oben S. 9.
[122] Vgl. dazu *Hecker*, (Fn. 16), S. 261 (280).

liche Aufsichtsbefugnisse durchsetzbar sind.[123] Das Legitimationsniveau der teilprivatisierten Anstalt ist mithin je nach Anforderung unterschiedlich ausgestaltet. Durch diese flexible Gestaltung der sachlich-inhaltlichen Legitimationsanforderungen könnten vorhandene personell-demokratische Defizite kompensiert oder jedenfalls abgeschwächt werden.

- Die Beteiligung Privater an der öffentlichen Aufgabe der Wasserver- und Abwasserentsorgung könnte auch Synergieeffekte, Know-How-Transfer und folglich Effizienzgewinne ermöglichen. Die Teilprivatisierung könnte die Anstalt – auch – in die Lage versetzen, ihre gesetzlichen Aufgaben optimaler zu erfüllen. Dies muss zwangsläufig mit Einfluss der Privaten auf die öffentlich-rechtliche Anstalt verbunden sein. Denn es kann kaum davon ausgegangen werden, dass ein Investor ohne – wie auch immer gearteten – Einfluss zu einem vergleichbaren Engagement bereit wäre. Die Mitspracherechte der Privaten könnten sich mithin als „Kehrseite" der Effizienzgewinne zugunsten des Landes darstellen und unter diesem Gesichtspunkt verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

- Schließlich ist zu bedenken, dass die staatlichen Aufgaben im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung einer weitgehenden materiellen Privatisierung zugänglich sind. Es wäre schwer begründbar, dass das Land diese Aufgaben vollständig an einen Privaten delegieren darf, hingegen an einer gemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung mit einem Privaten aufgrund des Demokratieprinzips gehindert sein soll. Zwar ist unbestreitbar, dass die materielle Privatisierungsfähigkeit einer Aufgabe dann, wenn der Staat sie dennoch selbst wahrnimmt, nicht prinzipiell von der Beachtung des Demokratieprinzips entbindet. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass an Legitimationsdichte und -struktur exakt dieselben Anforderungen zu stellen sind wie im Falle nicht-privatisierungsfähiger Aufgaben.[124]

---

[123] Vgl. dazu die Änderungen des Berliner Wassergesetzes (BWG) in der Fassung vom 17. Juni 2005 (GVBl. S. 357, ber. 2006, S. 248 und 2007, S. 48), zuletzt geändert durch Art. III des Gesetzes vom 20. Mai 2011 (GVBl. S. 209), die im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe durch Art. III des Gesetzes zur Änderung des Berliner Betriebegesetzes, zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und zur Änderung des Berliner Wassergesetzes vom 17. Mai 1999 (GVBl. S. 183) vorgenommen worden sind.

[124] So nahezu wörtlich *Hecker*, (Fn. 16), S. 261 (281).

Die o. a. Überlegungen scheinen durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[125], die bei der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin aus dem Jahr 1999[126] noch nicht vorlag und daher von diesem nicht berücksichtigt werden konnte, in vollem Umfang bestätigt zu sein.

Dort hatte das BVerfG u. a. über die Anforderungen des Demokratieprinzips an Wasserverbände zu entscheiden, die in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Körperschaften (funktionale Selbstverwaltung) Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge (Erhalt und Schutz des Wassers) wahrnehmen und in deren Gremien mehrheitlich demokratisch nicht legitimierte Personen vertreten sind.

Das Gericht weist zunächst darauf hin, dass die – „klassischen" – Grundsätze zur Entfaltung des demokratischen Prinzips, die vom Bundesverwaltungsgericht herangezogen wurden (und die auch der Berliner Verfassungsgerichtshof seinem Urteil vom 21. Oktober 1999 zugrunde gelegt hat[127]), vom BVerfG für die *unmittelbare* (Hervorhebung des Verf.) Staatsverwaltung auf Bundes- und Landesebene sowie die Selbstverwaltung in den Kommunen entwickelt worden sind.[128]

Allein dieser Hinweis legt den Schluss nahe, dass das Gericht die Einhaltung dieser Grundsätze für den Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung jedenfalls nicht für zwingend erforderlich hält.

Diese Überlegung wird im Weiteren durch folgende, wörtliche Feststellung des Gerichts bestätigt:

> *„Außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich nicht beschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung ist das Demokratiegebot offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Ent-*

---

[125] BVerfG, Beschluss vom 05.12.2002 – 2 BvL 5, 6/98 = BVerfGE 107, 59 = BeckRS 2002 30296937 – beck-online. Die Entscheidung erging zu dem (Vorlage-) Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts – Beschluss des 6. Senats vom 17. Dezember 1997 – BVerwG 6 C 2.97 = BVerwGE 106, 64 = BeckRS 1997 30005425 – beck-online.

[126] BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 und oben S. 8 ff.

[127] Vgl. oben S. 8 ff (9 – 11).

[128] BVerfGE 107, 59 [88].

scheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt.“ [129]

Weiter führt das Gericht aus, dass ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen und die Aktivierung verwaltungsexternen Sachverstandes einen sachgerechten Interessenausgleich erleichtern und somit dazu beitragen würde, die Zwecke und Ziele des Gesetzgebers effektiver zu erreichen. Die Verbindung der – eigenverantwortlichen – Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe mit privater Interessenwahrung steigere die Wirksamkeit des parlamentarischen Gesetzes.[130]

Zwar erfolgen diese Feststellungen in Bezug auf die funktionale Selbstverwaltung; bei der Aufgabenwahrnehmung durch öffentlich-rechtliche Körperschaften handelt es sich aber um eine der öffentlich-rechtlichen Anstalt vergleichbare Organisationsform der mittelbaren Staatsverwaltung. Auch scheint die Zulässigkeit der Einbeziehung Betroffener und externen Sachverstands auf einen Rechtfertigungsgrund für die Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus hinzudeuten.

Schließlich verweist auch das BVerfG auf den weiten Gestaltungsspielraum, der dem Gesetzgeber im Hinblick auf das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 2 GG bei der Entscheidung zukommt, in welcher Rechtsform staatliche Aufgaben wahrgenommen werden sollen. Die grundsätzliche Privatisierbarkeit von Aufgaben der Daseinsvorsorge scheint demnach mit einer Lockerung der Legitimationsanforderungen an die Wahrnehmung solcher Aufgaben in öffentlich-rechtlicher Rechtsform zu korrespondieren.

Das BVerfG dazu wörtlich:

„Darüber hinaus ergibt sich aus dem demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG nicht, welche Aufgaben dem Staat als im engeren Sinne staatliche Aufgaben vorzubehalten sind. Insbesondere lässt sich Art. 20 Abs. 2 GG nicht entnehmen, dass Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge oder sonstige Aufgaben allein deshalb zwingend unmittelbar vom Staat zu erledigen wären, weil sie von wesentlicher Bedeutung für das Allgemeinwohl sind. Das gilt auch für die hier in Rede stehenden Aufgaben des Erhalts und Schutzes des Wassers. Dies zeigt schon ein Vergleich mit ähnlich gewichtigen Aufgaben wie der Ab-

[129] BVerfGE 107, 59 [91].
[130] BVerfGE 107, 59 [92].

fallwirtschaft und der Energieversorgung, die in weitem Umfang in privater Rechtsform wahrgenommen werden, ohne dass hiergegen unter dem Gesichtspunkt des Art. 20 Abs. 2 GG verfassungsrechtliche Zweifel angemeldet worden wären“[131]

In dem vom BVerfG zu beurteilenden Fall der funktionalen Selbstverwaltung – die Teil der mittelbaren Staatsverwaltung ist – genügte es dem Demokratieprinzip, dass „die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegt.“[132]

Diese Anforderungen sind nach hier vertretener Auffassung durch das Berliner Betriebe-Gesetz, das Aktiengesetz und insbesondere durch das Gesetz zur Änderung des Berliner Betriebegesetzes, zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe und zur Änderung des Berliner Wassergesetzes und die diese Gesetze ergänzenden Teilprivatisierungsverträge ebenfalls erfüllt.

Da auch die Rechtsaufsicht über die teilprivatisierte Anstalt sowohl gesetzlich als auch vertraglich gewährleistet ist, könnte ein Verstoß der Unternehmensverträge gegen das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG auch dann nicht rechtssicher festgestellt werden, wenn die in Teilen der Literatur unterstellten personell-demokratischen Defizite tatsächlich vorlägen.

5. Zusammenfassung der Ergebnisse zu I.

Das Beanstandungsrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden der BWB nach § 12 BerlBG sichert demokratisch legitimierten und parlamentarisch verantwortlichen Personen einen hinreichenden Einfluss bei der Bestellung des Vorstands der BWB. Dem Vorstand der BWB wird daher durch den Bestellungsakt personelle demokratische Legitimation verliehen. Somit ist auch das Anstalts-Handeln im Sinne des Demokratieprinzips personell-demokratisch legitimiert.

Aufgrund der Gesetzesbindung und der staatlichen Rechtsaufsicht ist das Handeln der Anstalt auch in sachlich-inhaltlicher Hinsicht demokratisch legitimiert.

---

[131] BVerfGE 107, 59 [93/94].
[132] BVerfGE 107, 59 [94].

Die konsortialvertraglichen und sonstigen Regelungen zum Weisungsausschuss des Aufsichtsrats der Holding waren nach der ersten Änderungsvereinbarung vom 6. Januar 2000, in der das „Prinzip der doppelten Mehrheit“ für dieses Gremium festgeschrieben wurde, grundsätzlich geeignet, den Weisungen der Holding an die BWB personell-demokratische Legitimation im Sinne des Demokratieprinzips zu verleihen.

Mit der konsortialvertraglichen Einführung der vollständigen Identität des Vorstands der Holding mit dem der Anstalt durch die Fünfte Änderungsvereinbarung vom 24. Oktober 2003 entfiel das Instrument der Weisung und damit auch die Notwendigkeit des Weisungsausschusses. Weisungen der Holding, die nun begrifflich nicht mehr möglich sind, stellen sich seitdem als originäre Maßnahmen des BWB-Vorstands dar. Da der Anstalts-Vorstand personell-demokratisch legitimiert ist, gilt dies auch für alle von ihm getroffenen Maßnahmen und Entscheidungen, die – bei Personenverschiedenheit der Vorstände – als Weisungen der Holding ergehen würden.

Soweit unter diesen Voraussetzungen ein Handeln der Holding gegenüber den BWB in Betracht kommt, können aufgrund der Bindung der Holding an die Vorgaben des Teilprivatisierungsgesetzes und der insoweit auch nach den Unternehmensverträgen gewahrten staatlichen Rechtsaufsicht über die BWB keine diesbezüglichen sachlich-inhaltlichen Legitimationsdefizite festgestellt werden.

Folgt man einer in der Literatur vertretenen – und hier nicht geteilten – Auffassung, wonach das Handeln der Anstalt und der Holding personell-demokratische Defizite aufweist, so kann mit Blick auf die neuere Rechtsprechung des BVerfG auch für diesen Fall ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes und der Verfassung von Berlin nicht rechtssicher festgestellt werden.

II. Vereinbarkeit der Teilprivatisierungsverträge mit der Budgethoheit des Abgeordnetenhauses

Zu dieser Fragestellung hat der WPD bereits mit Gutachten vom 31. Mai 2012 zum Leitfaden „Nichtigkeit der Berliner Wasserverträge und ihre Geltendmachung“ (insbesondere durch Beantwortung der Fragen 1 bis 3, S. 4 bis 13) Stellung genommen.

Dort wurde u. a. festgestellt, dass die Vereinbarungen in § 23.7 KV zum Ausgleich von Nachteilen bei Nichtigerklärung von § 3 TPrG nicht als Garantie oder sonstige Ge-

währleistung angesehen werden können und somit keine Sicherheitsleistungen gemäß Art. 87 Abs. 1 VvB darstellen. Daher bedarf es für diese Regelungen auch keiner gesetzlichen Grundlage. Folglich ist das Budgetrecht des Parlaments insoweit nicht verletzt.

Zu den weiteren Einzelheiten wird auf dieses Gutachten verwiesen.

(Keßler)