

# **Tatsachen und Meinungen: Transparenz durch Offenlegung von Geheimverträgen im politisch-juristischen Diskurs**

## **Eine Zusammenfassung der Diskussion über das Volksbegehren des Berliner Wassertisches mit Berliner Abgeordneten**

Am 9. Dezember diskutierten auf Einladung des **Abgeordneten Raed Saleh (SPD)** die Initiatoren des Volksbegehrens **„Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“** mit Berliner Abgeordneten sowie dem Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Dr. Dix und dem Wirtschaftsjuristen Prof. Keßler von der Verbraucherzentrale Berlin im Abgeordnetenhaus über die Frage, wie sich die Fraktionen bis Ende Februar zu dem Volksbegehren verhalten werden. Hier stießen Tatsachen und Behauptungen aufeinander.

Das Volksbegehren des Berliner Wassertisches zur Offenlegung von Verträgen im Bereich der Berliner Wasserwirtschaft berührt vor allem die **Frage, unter welchen Voraussetzungen sich privatrechtlich organisierte Unternehmen, die sich im Rahmen einer so genannten Öffentlich-Rechtlichen Partnerschaft (Public-Private-Partnership – PPP) an einem natürlichen Monopol der öffentlichen Daseinsvorsorge beteiligen, noch auf ihren Grundrechtsschutz wie die Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen können, oder ob sie nicht viel mehr wie staatliche Unternehmen der Grundrechtsbindung unterliegen und folglich alle Verträge offen gelegt werden müssen.** Obwohl Prof. Keßler, ausgewiesener Wirtschafts- und EU-Jurist darauf verwies, dass diese Frage „in einigen Punkten noch der Klärung harret, obwohl das Bundesverfassungsgericht erst jüngst in einem Beschluss klar gestellt hat, dass jedenfalls ein Unternehmen, auf das die öffentliche Hand nach wie vor ... beherrschenden Einfluss ausübt, **dass diesem Unternehmen kein Grundrechtsschutz zuteil wird**“<sup>1</sup>, handelte es sich für die beiden anderen Juristen des Podiums, nämlich Dr. Lederer (Die Linke Berlin) und Volker Ratzmann (Bündnis 90/Die Grünen) hier nicht um eine offene Frage, die der verbindlichen abschließenden Klärung durch das Bundesverfassungsgericht zugeführt werden sollte. Für Dr. Lederer stand fest: „Der Staat an sich ist nicht grundrechtsfähig, eine Anstalt des öffentlichen Rechts an sich ist auch nicht grundrechtsfähig, aber wer grundrechtsfähig ist, und das ist das Problem, sind private Anteilseigner und im Zweifelsfall auch private Anteilseigner, denen über unternehmensrechtliche Verträge mit dem Land Berlin ein Einfluss auf eine Anstalt des öffentlichen Rechts eingeräumt wird.“ Auch befürchtet Dr. Lederer ein „böses Erwachen“, wenn aus einer gesetzlichen Verpflichtung zur Offenlegung „möglicherweise Konsequenzen..., unter Umständen uns sogar **Schadensersatzpflichten**“ entstehen<sup>2</sup>. Und auch Volker Ratzmann vertrat die

---

<sup>1</sup> Diesen relevanten Sachverhalt betonte Prof. Keßler mehrmals, wovon sich seine juristischen Kollegen am Tisch unbeeindruckt zeigten. Auch die Juristin des Wassertischs Sabine Finkentheiß äußerte sich verwundert über die eindimensionale Sicht einer noch offenen juristischen Frage.

<sup>2</sup> Das **Argument einer Gefahr möglicher Schadensersatzansprüche** wurde vom Landesvorsitzenden der Berliner Linken, Dr. Klaus Lederer, sehr stark betont. Die Vehemenz, mit der dieses Bild beschworen wurde, drängt die Vermutung auf, dass hier ein **Drohgebilde kommunikationspsychologisch inszeniert wird, um politische wie juristische Gestaltungsoptionen zu tabuisieren bzw. das Denken der Abgeordneten „auf Linie“ zu bringen.** „Private müssen öffentliche Bindungen nicht einhalten... Die Grundrechte hat der Staat zu beachten, bestimmte Rechtssicherheitsprinzipien hat der Staat zu beachten. Und wir haben *in einem Monopol erst einmal keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in den Berliner Wasserbetrieben.* Aber wir haben dort zwei multinationale Konzerne, zumindest einer, die auf anderen Märkten unterwegs sind... Und zumindest da muss man aufpassen, weil wenn die anfangen, Geschäftseinbußen in anderen Ländern oder was auch immer gegen uns in Stellung zu bringen, da sei an der Stelle irgendwie, also, ich möchte nicht, dass das auch wieder die Berlinerinnen und Berliner über einen Verlust vor dem Landgericht... Wir werden vom Landgericht auf Schadensersatz verklagt.“

Auffassung: **„Natürlich sind die Unternehmen grundrechtsfähig, die haben eigene Interessen und die werden klagen bis zum Get No“**. In diesem Zusammenhang verwies Prof. Keßler auf das Urteil des Berliner Verfassungsgerichtshofs vom 6. Oktober 2009, in welchem zur „spannenden Frage, ob der Staat in Form des öffentlichen Rechts eingreifen darf in privatrechtlich basierte Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten“... der Verfassungsgerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen hat, „dass das öffentliche Recht und die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers, also des Abgeordnetenhauses von Berlin, hier in der Tat ein gewisses Maß an Vorrang genießt.“ Prof. Keßler sah **„keinen Grund, jetzt hinter das Verfassungsgericht zurückzugehen“** und betonte nochmals: **„Es ist bisher völlig unklar, ob sich die privaten Investoren überhaupt auf Grundrechtspositionen berufen können**. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist in diesem Punkt offen und die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom Juli diesen Jahres (2009) deutet eher in eine andere Richtung. Insofern bewegen wir uns nicht auf ganz unsicherem Terrain.“ Und zu dem **beschworenen Bild möglicher Schadensersatzansprüche** (s. Fußnote 1) stellte Prof. Keßler klar: „Die Gefahr, möglicherweise mit Schadensersatzansprüchen überzogen zu werden - das ist ja das, was immer als Folie an die Wand projiziert wird - scheint mir, bei Lichte betrachtet, relativ gering. Ich frage mich gerade, worin ein Schaden bestehen sollte, denn der wäre ja erst - und da liegt die Beweislast beim Kläger - darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen... Es ist jedenfalls im Moment kein hinreichender Grund erkennbar, insofern Angst vor der eigenen Courage zu haben.“

Auch der Abgeordnete Stefan Zackenfels (SPD) bezog sich auf das Urteil und zitierte: **„Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt den Kernbereich der Berliner Wasserwirtschaft zum Gegenstand hat, ist unter dem Aspekt der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungskompetenz NICHT dem Sachbereich des bürgerlichen Rechts zuzurechnen.“** Des Weiteren erwähnte Herr Zackenfels eine Veranstaltung der SPD-Fraktion mit dem parteilosen **Finanzsenator Dr. Nußbaum**, auf der dieser bekundete, dass auch er der vorbehaltlosen Offenlegung „viel abgewinnen könne“. Auch der CDU-Abgeordnete Heiko Melzer bekannte sich zur **Notwendigkeit von Transparenz**, die die CDU auch „im Sinne des Verfassungsgerichtshofurteils ... herstellen, damit für eine Offenlegung, für eine breite Information auch innerhalb der Bevölkerung sorgen“ wolle. Allerdings stellte Herr Melzer auch unmissverständlich heraus: Die **„Frage der Transparenz in den Verträgen hat für uns keinen Automatismus zur Folge, auf Schlussfolgerungen, was Kommunalisierung des Unternehmens anbetrifft...** Einen Automatismus abzuleiten von der Transparenz der Verträge hin zu einer Kommunalisierung halten wir allerdings nach wie vor für nicht redlich...“ Der Abgeordnete Henner Schmidt von der FDP-Fraktion betonte: **„man soll sich nicht hinter der Juristerei verstecken, was man politisch will, da findet man dann doch einen Weg letztendlich...** Die FDP-Fraktion hat nichts dagegen, dass Dinge privat betrieben werden, aber es ist wichtig, dass der Primat der Politik erhalten bleibt... Und zumindest für die Zukunft ist es klar aus unserer Sicht, dass dann auch Verträge offen gelegt werden müssen. Die Frage zu dem konkreten Vertrag hier: **Wir werden vor allem mit den Juristen prüfen, was sich machen lässt**. Ich gehe davon aus, dass es möglich ist, einen Gesetzentwurf zu machen, der vielleicht anders aussieht, weil es darum geht, einen zu finden, der einen juristisch gangbaren Weg findet. Aber grundsätzlich sind wir dafür, dass die Verträge offen gelegt werden, nicht nur bei den Wasserbetrieben...“

Der Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Dr. Alexander Dix plädierte dafür, dass „dem Bürger nicht sozusagen Informationszugangsrecht vorenthalten“ werden darf, „nur weil der Staat sich in einer **Public-Privat-Partnership** mit Unternehmen verständigt... **Transparenz ist überhaupt kein Grundsatz, den man**

**auf den öffentlichen Bereich beschränken darf.** Im Grund muss er letztendlich auf die gesamte Privatwirtschaft ausgedehnt werden. Das gilt natürlich bei der Berücksichtigung gewisser Ausnahmeregelungen: Es müssen sensitive personenbezogene Daten auch dann geschützt bleiben, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse können schützenswert sein... **Aber was ich für unzulässig und inakzeptabel halte, ist, dass sie pauschal der Öffentlichkeit vorenthalten werden.“** Dieser Vorstoß von Dr. Dix nahm Bezug zu einem **Vorhaben von Bündnis 90/Die Grünen**, die die **Frage der Offenlegung von Verträgen auf den gesamten Bereich der Öffentlichen Daseinsvorsorge erweitern** wollen. Inwieweit dieses Vorhaben das Volksgesetz des Berliner Wassertisches konterkariert, bleibt abzuwarten: Fest steht jedoch, dass ein Gesetz, das auf ein natürliches Monopol zugeschnitten ist, bessere - im Sinne von konkreteren - Regelungsmöglichkeiten ermöglicht, als ein Gesetz, welches den Anspruch erhebt, den gesamten Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge regulieren zu wollen.

Thomas Rudek vom Berliner Wassertisch vermittelte die grundsätzliche Gesprächsbereitschaft der Initiatoren und vermittelte den Abgeordneten auch zugleich ein **Kompromissangebot**: So könne man sich gewiss auch vorstellen, dass ein parlamentarisches Gesetz, in dem nicht die Veröffentlichung aller Verträge im Bereich der Berliner Wasserwirtschaft, sondern **lediglich eine vorbehaltlose Offenlegung aller Verträge, die im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung abgeschlossen worden seien und werden**, von den Initiatoren als tragfähige Lösung akzeptiert werde. Die Initiatoren seien sich bewusst, dass das Volksgesetz wichtige offene juristische Fragen wie den Grundrechtsschutz privater Investoren im Bereich eines Monopols berühre. **Umso wichtiger erscheine es, wenn das Parlament nicht davor zurück scheidet, diese Fragen vor der zweiten Stufe des Volksbegehrens einer abschließenden höchstrichterlichen Klärung zuzuführen, denn erst dann stehe fest, was Tatsache und was persönliche Meinung sprich Behauptung sei.**

Die vier Baustellen brachte Stefan Zackenfels von der SPD auf den Punkt:

1. Offenlegung der Geheimverträge, die im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung stehen;
2. die grundsätzliche, abschließende Klärung der Frage des Grundrechtsschutzes privater Anteilseigner im Rahmen von PPP-Projekten durch höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>3</sup>;
3. Rekommunalisierung der teilprivatisierten Berliner Wasserbetriebe – wenn ja, dann wie und wann und unter welchen Bedingungen;
4. Umfang der Offenlegung im gesamten Bereich der Öffentlichen Daseinsvorsorge in Berlin

Mit Spannung wird zu erwarten sein, wie sich die Bauarbeiten der ersten Baustelle bis Ende Februar entwickeln werden. Unabhängig hiervon sollte in die Perspektive auch noch eine fünfte Baustelle einbezogen werden, eine Perspektive, die bisher nicht ins

---

<sup>3</sup> Dem juristischen Klärungsbedarf ist gerade vor dem Hintergrund der **Prognose von Stefan Zackenfels** nichts hinzuzufügen: “Und da müssen wir uns einfach noch einmal unterhalten und Gedanken machen, ob wir und wenn, wie wir die Initiative unterstützen können, vielleicht **eine solche Frage einer höchstrichterlichen Klärung und zwar bundesweit zuzuführen. Denn - und auch das ist bekannt - dass eine Mehrheit von Schwarz-Gelb im Bund mit verschiedenen Formen des Zusammenarbeitens zwischen Privater und Öffentlicher Hand natürlich immer mehr Arten der Instrumente von Zusammenarbeit entwickeln wird** und dass diese Fragestellung, die wir eben hier haben, dürfen wir solche Verträge einsehen oder nicht, dass diese Fragestellung durchaus einer grundsätzlichen Klärung bedürfen könnte.“

Blickfeld unserer politischen „Bauarbeiter“ und Architekten wie Kämmerer gerückt wurde, - die jedoch dankenswerter Weise durch Prof. Keßler auch Berücksichtigung fand, nämlich die **Dimension des europäischen Beihilferechts**: „Was wir noch gar nicht durchdacht haben, ist, dass das Ganze auch eine europarechtliche Dimension hat. Diese Verträge, die zwischen dem Land Berlin und den Wasserbetrieben in welcher Form auch immer bestehen, sind meiner Ansicht nach relativ hart an einem **Verstoß gegen das europäische Beihilferecht, genauer gesagt, gegen die Vorschrift des Artikels 86 und 87 EWG-Vertrag**. Denn eins hat die europäische Kommission immer gefordert, und ich bin interessiert daran, wenn man der europäischen Kommission einen Hinweis gibt, und das halte ich für sehr nahe liegend, dass das irgendwann geschieht, wie sie darauf reagieren wird, dass nämlich bei einem Leistungsaustausch zwischen der öffentlichen Hand und Privaten die Kautelen dieses Leistungsaustauschs in transparenter Weise nachvollziehbar offen gelegt werden. Und gegen dieses Prinzip ist hier in nahezu essentieller Weise verstoßen worden...“ (O-Ton Prof. Keßler).

Bleiben wir abschließend noch bei der **Metaphorik der Baustelle**, indem wir dieses Bild auf den demokratischen Rechtsstaat übertragen: Auf dieser Baustelle, dessen Fundament die Verfassung sprich die Grundrechte sind, arbeiten viele: Hilfs- und Facharbeiter, Architekten und Ingenieure. Ab und zu kommt auch die Baupolizei und Bauaufsicht vorbei, während der Auftraggeber, „das“ Volk, selten zu sehen ist. Wenn im Nachhinein ein **Fehler im Fundament** erkennbar ist und beispielsweise die **Frage des Grundrechtsschutzes von privaten Anteilseignern bei einem natürlichen Monopol der öffentlichen Daseinsvorsorge in der Konstruktion nicht bedacht worden ist**, dann stellen sich die Fragen, wie und durch wen diese Fehler behoben werden sollen und durch wen die Qualitätsabnahme erfolgen soll? Möglicherweise durch eine „beliehene“ Firma in öffentlich-rechtlicher Partnerschaft, die ihre Leiharbeiter vorbei schickt? Was ist zu tun, wenn die Risse im Fundament erkennbar sind und größer werden? Wegschauen ist gewiss nicht die richtige Handlungsoption! Aber wer weiß: Sollte sich niemand zuständig fühlen, wird der Auftraggeber, das Volk, genötigt sein, die Ärmel hochkrepeln und diesen Fehler eigenständig zu beheben, um einen größeren Schaden vom demokratischen Rechtsstaat abzuwenden! Ende Februar wissen wir mehr!

Thomas Rudek

Berlin, d. 10.01.2010

Sprecher des Volksbegehrens „Schluss mit Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“

**Die Transkription der wichtigsten Passagen kann auf der Website des Berliner Wassertischs [www.berliner-wassertisch.net](http://www.berliner-wassertisch.net) als PDF-Dokument eingesehen und herunter geladen werden. Auch die vollständigen Rebebeiträge können im MP3-Format zum Anhören dort herunter geladen werden.**

1. Prof. Keßler (5:32)
2. Stefan Zackenfels - SPD (3:04)
3. Heiko Melzer - CDU (5:00)
4. Dr. Klaus Lederer – Die Linke (10:47)
5. Dr. Volker Ratzmann – Bündnis 90/Die Grünen (8:05)
6. Prof. Keßler Ergänzung (4:17)
7. Henner Schmidt – FDP (3:16)
8. Thomas Rudek – Wassertisch (1:03)
9. Dr. Alexander Dix – Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit (4:59)
10. Podiumsdiskussion (16:29)
11. Diskussion mit Plenum (67:43)