

Die Koalition gegen Korruption.

Prof. Jürgen Keßler • [REDACTED]
European Commission
DG Competition
rue Joseph II/Jozef II straat 70
1000 Bruxelles/Brussel

BELGIQUE/BELGIË

Verbraucherzentrale Berlin e.V.

Privatanschrift:
Prof. Jürgen Keßler

[REDACTED]
j.kessler@fhtw-berlin.de

www.verbraucherzentrale-berlin.de

Steuernummer 27 / 680 / 57260

Unser Zeichen	Telefon	Fax	Datum
	(030) 787 031 73	(030) 787 031 74	15.06.2011

**Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe;
Beschwerde über rechtswidrige staatliche Beihilfen;
Unionswidrige Beschaffung von Dienstleistungen;**

Sehr geehrte Damen und Herren,

aufgrund eines erfolgreichen Volksentscheids in Berlin am 13. Februar 2011, der die Veröffentlichung der bisher geheim gehaltenen Verträge zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe per Gesetz erzwingt, sind Teile der Verträge bekannt geworden. Dies veranlasst uns in unserer Funktion als Vorsitzende des Vorstands von *Transparency International Deutschland e.V.* sowie als Vorsitzender des Vorstandes der *Verbraucherzentrale Berlin* und Mitglied des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (EWSA), die Europäische Kommission auf einen möglichen Verstoß gegen Art. 107 AEUV (früher: Art. 87 EG) sowie die Bestimmungen des europäischen Vergaberechts im Rahmen der Teilprivatisierung aufmerksam zu machen.

Sachverhalt:

Den Berliner Wasserbetrieben, einer Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) des Landes Berlin, obliegt als Monopolunternehmen die Frischwasserversorgung und Abwasserentsorgung Berlins. Im Jahre 1999 wurden die Berliner Wasserbetriebe AöR zu 49,9 % teilprivatisiert. Zu diesem Zweck gründete das Land Berlin eine Aktiengesellschaft, die Berlinwasser Holding AG, deren Aktienanteile zu 50,1 % durch das Land Berlin und zu 49,9 % durch eine, von den privaten Konzernen RWE und Veolia (ehemals Vivendi) gegründete Beteiligungsgesellschaft gehalten werden. Die Berlinwasser Holding AG wiederum beteiligt sich nach Maßgabe eines zwischen ihr und den Berliner Wasserbetriebe AöR geschlossenen Vertrages über zwei stille Gesellschaften („StG-Vertrag II“) als ein Teilgeschäftsbetrieb mit 49,9 % an den Berliner Wasserbetriebe AöR. Stiller Gesellschafter dieses Teilgeschäftsbetriebs ist zu 100 % die private Beteiligungsgesellschaft (sogenannter „StGV I“). Der vertraglichen Konstruktion zufolge nimmt über diese stillen Gesellschaften die private Beteiligungsgesellschaft wirtschaftlich nur an den Gewinnen der Berliner Wasserbetriebe teil. Die privaten Inverstoren RWE und Veolia erhalten ihre Gewinnausschüttung als Teilgewinnabführung vor Steuern. Zur Veranschaulichung ist eine Konstruktionskizze der Unternehmen diesem Schreiben als Anlage beigefügt.

Die EU-Kommission hatte mit Entscheidung vom 13. September 1999 zwar die „Beteiligung“ des Konsortiums der privaten Konzerne gemäß der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen freigegeben, eine ordnungsgemäße Ausschreibung unter Beachtung der Vorgaben des europäischen Vergaberechts sowie ein beihilferechtliches Notifizierungsverfahren wurden nach unserem Kenntnisstand jedoch nicht durchgeführt, obwohl dies hätte erfolgen müssen.

Die Kalkulation der Tarife für die Wasserversorgung und die Entwässerung regelte das Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 17. Mai 1999. § 3 Abs. 4 dieses Gesetzes sah vor, dass zu den ansatzfähigen Kosten eine angemessene kalkulatorische Verzinsung des „betriebsnotwendigen Kapitals“ zählt, ein Berechnungsmodus, der deutlich von der üblichen Kalkulation entsprechender Tarifmodelle im Bereich der Ver- und Entsorgung abweicht. Als angemessene kalkulatorische Verzinsung galt nach dem Vertrag die durchschnittliche Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren **zusätzlich** 2 Prozentpunkten sowie eine darüber hinausgehende Verzinsung, die auf Maßnahmen beruht, die zu einer dauerhaften Steigerung der betriebswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Wasserbetriebe führen (sogenannte Effizienzsteigerungsklausel).

Infolge eines Normenkontrollantrags erklärte der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin sowohl den Zuschlag von 2 Prozentpunkten als auch die Effizienzsteigerungsklausel durch Urteil vom 21. Oktober 1999 – 42/99 für nichtig.

Ungeachtet dessen hatte der Senat von Berlin in dem bereits am 18.06.1999 geschlossenen, geheimgehaltenen und erst jetzt veröffentlichten Konsortialvertrag den privaten Investoren zugesichert, dass die aus einer teilweisen Nichtigklärung von Vertragsbestimmungen resultierenden geringeren Gewinne oder höheren Verluste der Beteiligungsgesellschaft entweder durch **vollständige oder teilweise Abtretung der Gewinnansprüche des Landes Berlin** oder notfalls sogar **aus Mittel des öffentlichen Haushalt** ausgeglichen werden (§ 23.7 des Vertrages).

Das Land Berlin bestätigte weiterhin in der Anlage 15b des Vollzugsprotokolls vom 29. Oktober 1999 gegenüber den privaten Konzernen, dass die Ausgleichspflicht auch jede zukünftige Nichtigklärung einer geänderten Fassung des Teilprivatisierungsgesetzes oder eines Nachfolgegesetzes umfasse.

§ 3 Abs. 5 Teilprivatisierungsgesetz schloss eine Tarifierhöhung für den Verbraucher bis zum 31. Dezember 2003 aus. Daher wurde erst ab dem Jahr 2004 eine gesetzliche Regelung angestrebt, die im Ergebnis wirtschaftlich der ursprünglich vorgesehenen und für nichtig erklärten Tarifikalkulation gleichkommt. Dieses Ziel konnte im Jahre 2003 durch das Teilprivatisierungsgesetzänderungsgesetz vor allem dadurch umgesetzt werden, dass die Berechnung der Abschreibungen nicht mehr auf Basis von **Anschaffungs- oder Herstellungswerten**, sondern auf Basis von **Wiederbeschaffungszeitwerten** erfolgt. Dadurch erhöhten sich die Trinkwasserpreise seit 1999 von 1,76 € auf 2,17 € pro cbm und der Schmutzwassertarif von 1,97 Euro auf 2,46 € und liegen damit im Bundesvergleich deutlich über dem Durchschnitt.

Ungeachtet der damit erreichten Gewinnmaximierung sicherte das Land Berlin den privaten Investoren in der 5. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag vom 24.10.2003 weiterhin umfassende Ausgleichleistungen zu, mit dem Ergebnis, dass die Holding AG und die Beteiligungsgesellschaft nach Steuern mindestens (!) immer so gestellt werden, wie sie stünden,

„wenn die BWB ihr betriebsnotwendiges Kapital seit dem 1. Januar 2004 jährlich in Höhe der durchschnittlichen Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren, die der jeweiligen Kalkulationsperiode vorausgehen, zuzüglich 2 Prozentpunkte verzinst hätte“ (Präambel unter 4.).

Entsprechend diesen Regelungen sind den Investoren trotz ihrer Minderheitsbeteiligung seit 1999 weit über 1 Milliarde Euro Gewinn zugeflossen, wohingegen das Land Berlin trotz seiner Mehrheitsbeteiligung nur mit ca. 780 Millionen Euro abgefunden wurde (sogenannte disproportionale Gewinnverteilung).

Zusätzlich wurde in § 16 Abs. 6 Berliner Betriebsgesetzes vom 14. Juli 2006 eine Nachkalkulation eingeführt, die im Ergebnis zugunsten der privaten Investoren zu einem vollständigen Wegfall des unternehmerischen Risikos einer Kostenunterdeckung führt. Zusammen mit der Nachteilsausgleichverpflichtung folgt daraus faktisch eine **Gewinngarantie** für die privaten Investoren.

Wir sind der Auffassung, dass durch die beschriebenen Vereinbarungen und gesetzlichen Regelungen den privaten Investoren eine **unzulässige staatliche Beihilfe** im Sinne von Art. 107 AEUV (früher: Art. 87 EG) gewährt worden ist und nach wie vor gewährt wird (1.). Darüber hinaus wurden weder vor Abschluss der Teilprivatisierungsverträge im Jahre 1999 noch vor Abschluss des fünften Änderungsvertrages im Jahre 2003 die **Regeln des europäischen Vergaberechts** beachtet(2.).

1. Verstoß gegen das EU-Beihilferecht

Die vertragliche Gewinngarantie zugunsten der privaten Investoren RWE und Veolia wurde bisher seitens der Bundesrepublik Deutschland – insbesondere aufgrund der vertraglich ausbedungenen Geheimhaltung der Verträge - gegenüber der Europäischen Kommission nicht als Beihilfe gem. Art. 108 Abs.3 AEUV (früher: Art. 88 Abs.3 EG) notifiziert. Nach dem Volksentscheid sind einige Vertragsbestandteile offengelegt worden. Schon bei Lektüre dieser Bestandteile drängt sich die Vermutung auf, dass es sich hinsichtlich der Art und Weise des Privatisierungsaktes und der damit verbundenen wirtschaftlichen Folgen um eine **unzulässige staatliche Beihilfe** handelt, welche durch die seitens der Vertragsparteien intendierte und im Rahmen der Vertragsdurchführung bewirkte **Begünstigung** der privaten Investoren **den Wettbewerb verfälscht** und hierdurch zugleich **den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt**.

Die in § 23.7 des Konsortialvertrages vertraglich geregelte Nachteilsausgleichverpflichtung des Landes Berlin sichert den privaten Investoren erheblich höhere Gewinnanteile zu, als Ihnen nach dem durch den Verfassungsgerichtshof Berlin korrigierten Teilprivatisierungsgesetz zugestanden hätte. Die grundlegende Änderung der Berechnung der Abschreibungen auf Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten erweitert die Spielräume für Preiserhöhungen erheblich. Durch diese Veränderungen im Berechnungsverfahren lässt sich das betriebsnotwendige Kapital wesentlich höher bewerten als dies dem tatsächlich gezahlten Kaufpreis für die Anteile entspricht. Gleiches gilt für das Eigenkapital der Berliner Wasserbetriebe. Durch die Anknüpfung der Verzinsung an das betriebsnotwendige Kapital wird das ursprüngliche finanzielle Engagement der privaten Konzerne um ein Vielfaches höher verzinst als auf dem Kapitalmarkt und in der Branche üblich.

Es ist davon auszugehen, dass ein privates Unternehmen anstelle des Landes Berlin eine Verpflichtung, die das Betriebs- und Finanzierungsrisiko derart einseitig zu seinen Lasten verteilt, unter keinen Umständen eingegangen wäre.

Zudem stellt die Gewinngarantie die privaten Investoren **im Ergebnis von jeglichem unternehmerischen Risiko und damit weitgehend von einem wettbewerbskonformen Verhalten frei**. Zusätzlich wird den beteiligten Unternehmen ermöglicht, leichter und günstiger an Fremdmittel zu gelangen, sodass allein bereits dieser Umstand zu einer **selektiven Begünstigung** und in der Folge **erheblichen Wettbewerbsverzerrungen** zu Lasten anderer Marktteilnehmern führt. Dies gilt umso mehr umso mehr, als die privaten Investoren im gesamten europäischen Markt tätig sind und durch die seitens des Landes Berlin gewährleistete „Gewinngarantie“ in die Lage versetzt werden, **im Rahmen der „Quersubvention“ ihre Marktstellung gegenüber dem wettbewerblichen Umfeld erheblich zu festigen und zu stärken**. Dass die Vertragsgestaltung nach übereinstimmender Auffassung aller Parteien auch **die Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auf ausländische Märkte – innerhalb und außerhalb der Union** - und damit die **Stärkung der grenzüberschreitenden Wettbewerbsfähigkeit** der Berliner Wasserbetriebe zu Ziel hat, ergibt sich insofern eindeutig aus § 2 Ua. 2.3 des Konsortialvertrags (siehe unten 2.) Darüber hinaus liegt es nicht fern, im Lichte der Vertragsgestaltung zu vermuten, dass das Geschäftsmodell der Berliner Wasserbetriebe – mit den bisher geheim gehaltenen Vertragsbestandteilen – als juristisch fragwürdiges Referenzmodell auch für weitere Privatisierungsvorhaben in der Wasserbranche national und international herangezogen werden soll. All dies spricht dafür, dass der Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs.1 AEUV (früher: Art. 88 Abs.1 EG) erfüllt ist und die Bundesrepublik Deutschland ihre Notifizierungspflicht gem. Art. 108 Abs.3 AEUV (früher: Art. 88 Abs.3 EG) verletzt hat.

2. Verstoß gegen das EU-Vergaberecht

Nach den Grundsätzen der EU-Kommission aus dem Grünbuch zu PPP vom 30. April 2004, Kapitel 3.2, Abschnitt 68 gilt:

„Wenn die Maßnahme, durch die die staatlichen Stellen einem Wirtschaftsteilnehmer einen gewissen Einfluss auf ein Unternehmen gewähren, die Form einer Kapitalübertragung hat und wenn diese Übertragung zur Folge hat, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer mit in das materielle Recht über öffentliche Aufträge fallenden Aufgaben betraut wird, die zuvor direkt oder indirekt von den staatlichen Stellen ausgeführt wurden, dann verlangen die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit, dass die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung gewahrt werden, damit sichergestellt ist, dass jeder potenzielle Akteur gleichen Zugang zu der bis dahin öffentlichen Stellen vorbehaltenen Erbringung dieser Leistungen hat.“

Bei der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe wurden Gesellschaftsanteile an die privaten Investoren verkauft, was bei wirtschaftlicher Betrachtung dem Einkauf einer Leistung gleichkommt, denn tatsächlich ist mit der Beteiligung eine „Beschaffung“ von Dienstleistungen auf dem Markt der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung verbunden. So regelt § 2 des Konsortialvertrages von 1999:

2.1 „Die Muttergesellschaften und die Investoren sichern zu, daß ihre Beteiligung an der Teilprivatisierung der BWB-Gruppe eine langfristige strategische Investition und nicht lediglich ein finanzielles Engagement darstellt.“

2.2. „Die Muttergesellschaften und die Investoren sichern zu, daß sie die Entwicklung der BWB-Gruppe zu einer leistungs- und wettbewerbsfähigen Unternehmensgruppe nach besten Kräften

unterstützen und insbesondere durch die Bereitstellung von Kapital sowie administrativen und technologischem Know-How nachhaltig fördern werden.“

2.3. „Die Muttergesellschaften und die Investoren sichern zu, daß sie die Entwicklung der BWB-Gruppe zu einem national und international tätigen leistungs- und wettbewerbsfähigen Unternehmen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung unterstützen und fördern und die insoweit erforderlichen und zweckmäßigen Initiativen ergreifen werden.“

Der Konsortialvertrag unterscheidet zudem zwischen dem (anfänglich noch beteiligten) reinen Finanzinvestor Allianz Capital Partners GmbH und den unternehmerischen (Direkt-) Investoren RWE und Veolia.

Dass den privaten Investoren durch die Kapitalübertragung ein **entscheidender unternehmerischer Einfluss** auf die Berliner Wasserbetriebe AöR gewährt wurde und sie mit bis dahin allein durch die öffentliche Hand besorgten öffentlichen Aufträgen betraut wurden, wird insbesondere durch die personelle Verflechtung zwischen den Berliner Wasserbetrieben, der Berlinwasser Holding AG und den privaten Investoren deutlich:

Entsprechend der §§ 9.5 und 10.6 des Konsortialvertrags besteht der Vorstand aus jeweils vier Mitgliedern, die in beiden Unternehmen personenidentisch sind. Die privaten Investoren haben für jeweils zwei Vorstandsmitglieder das Vorschlagsrecht, und zwar gerade für diejenigen, die für die kaufmännischen Bereiche (Finanzen und Betrieb bzw. Finanzen und nationale Beteiligungen) zuständig sind. Den privaten Investoren obliegt sogar das **Vorschlagsrecht für den Vorstandsvorsitzenden der Holding AG**. Damit wird die Geschäftsführung entscheidend durch die privaten Konzerne bestimmt.

Schließlich wurde die Einbindung von privaten Investoren mit dem Einbringen von Effizienzsteigerungsmaßnahmen verbunden, entsprechend der oben bereits beschriebenen und von Verfassungen wegen verworfenen Effizienzsteigerungsklausel.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Gewinngarantie und die Nachkalkulation das Unternehmensrisiko der privaten Konzerne faktisch auf Null setzt und die Umstellung der Berechnung der Abschreibungen auf Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten die Gewinne der Konzerne erheblich erhöht. Diese **wesentliche** Änderung widerspricht der Annahme, es handele sich nur um eine „normale“, wettbewerbskonforme Beteiligung, denn normalerweise hätten alle Beteiligten unternehmerische Risiken mitzutragen. Vielmehr handelte es sich doch spätestens bei den wesentlichen Gesetzes- und Vertragsänderungen 2003 um die Beschaffung einer Dienstleistung, die hätte ausgeschrieben werden müssen.

Nach alledem ist davon auszugehen, dass statt eines Anteilskaufs tatsächlich die „Beschaffung“ einer Dienstleistungstätigkeit gewollt war.

Bei der Beschaffung wurde nach unserem Kenntnisstand weder das Verfahren für eine Auftragsvergabe noch das einer Dienstleistungskonzession durchgeführt. Aufgrund der Gewinngarantie und des fehlenden Unternehmensrisikos ist nach unserer Auffassung von einem **Dienstleistungsauftrag**, der den Vorgaben des europäischen Vergaberecht unterliegt, auszugehen und nicht von einer Dienstleistungskonzession, weshalb

Seite 6 von 6 Seiten des Schreibens vom 27.06.11

der Verstoß noch schwerwiegender zu bewerten ist, da die Voraussetzungen hierfür den Beteiligten bereits bei Vertragsabschluss bekannt waren.

Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie die im Rahmen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe geschlossenen Verträge und durchgeführten Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilfeverbot des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und dem europäischen Vergaberecht prüfen und dafür Sorge tragen würden, dass die Bundesrepublik Deutschland und das Land Berlin alsbald einen unionsrechtskonformen Zustand herstellen. Die Unionsrechtswidrigkeit wiegt unseres Erachtens so schwer, dass die Privatisierungsverträge aufzuheben und die gewährten Vorteile zurückzugewähren sind. Wir bitten zudem höflichst um eine Eingangsbestätigung.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Prof. Dr. Edda Müller
(Vorsitzende des Vorstands
von Transparency International
Deutschland e.V.)

Prof. Dr. Jürgen Keßler
(Vorstandsvorsitzender der
Verbraucherzentrale Berlin e.V.
Mitglied des EWSA)