

Konferenz Kommunales Infrastrukturmanagement

Berlin, 1. Juni 2012

**Die Teilprivatisierung der
Berliner Wasserbetriebe BWB:
Erfolgsmodell oder Abwicklungsfall?**

**RA Dr. Klaus Lederer, MdA
Lehrbeauftragter HTW/HWR Berlin**

Gliederung

- Ausgangslage
- Teilprivatisierung BWB AöR 1999
- Diskussionsstand 2012
- Fazit

1995 – 1999 Berlin im Haushaltsnotstand

- Berliner „Filzkultur“
- Postfordismus, Stadtvereinigung, Abbau der Berlinförderung
- Metropolen- und Wachstumswahn
- klaffende Deckungslücke
- Strategie: „Vermögensaktivierung“ statt Haushaltskonsolidierung

Die Entscheidung

Privatrecht oder öffentlich-rechtliches Gewand?

BWB sollte Anstalt öffentlichen Rechts bleiben:

- Durchsetzbarkeit bei Beschäftigten
- Steuervorteil Abwasser
- Erfahrung DSL-Bank-/BGB-Modell 1994
- rechtliche Insolvenzunfähigkeit
- Abkoppelung von LHO-Regelungen

Die Entscheidung

„Holdingmodell“:

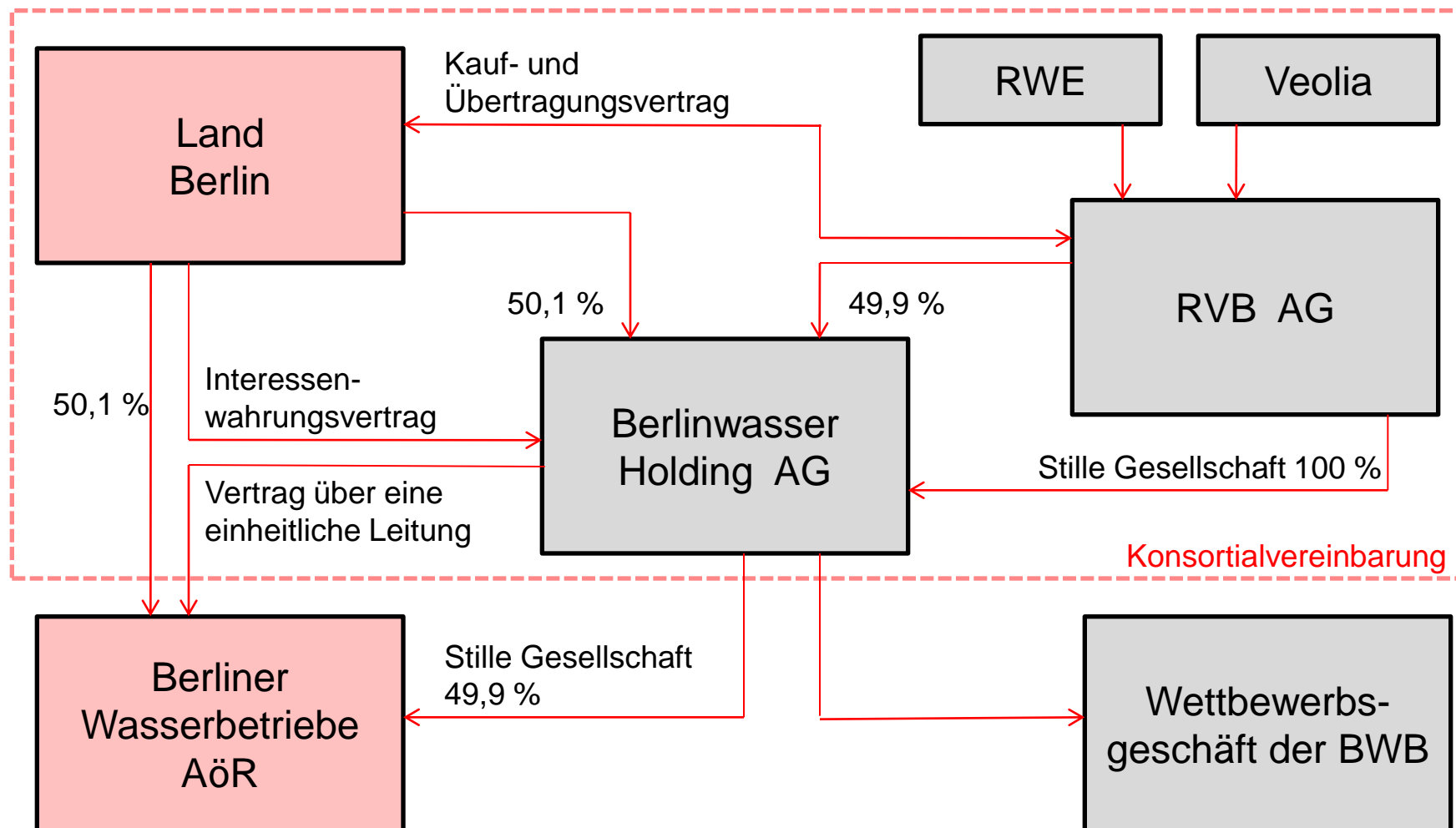
- 24. 6. 97 Senatsbeschluss zur Privatisierung
- 7. 7. 98 Senatsbeschluss Holdingmodell
- 29. 4. 99 Parlamentsbeschluss BWB-TPrivG
- 18. 6. 99 Zuschlag für RWE und Veolia,
vereinbarte Vertragslaufzeit bis 2029

Die Entscheidung

„Holdingmodell“:

- 1. 7. 99 Beschluss im Abgeordnetenhaus über das Vermögensgeschäft
- 13. 9. 99 EU-Fusionskontrollentscheidung
- 21.10. 99 Urteil des Verfassungsgerichtshofs
- 29.10. 99 Vollzug der Teilprivatisierung, 3,1 Mrd. DM brutto an Land Berlin

Die Struktur



Das Teilprivatisierungsgesetz

1. Gesetzliche Ermächtigung für die BWB AöR, ihre Leitung vertraglich einer juristischen Person des Privatrechts zu unterstellen
2. Kalkulation der Entgelte unter Zugrundelegung einer fiktiven Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals
3. „Effizienzsteigerungsklausel“

Das Verfassungsgericht

1. Abhängige Anstaltskonzernierung zulässig:
Legitimationskette und Letztentscheidungsrecht des Gewährträgers ist zu sichern
2. Grundsätze des Gebührenrechts gelten im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts bei der Erhebung privatrechtlicher Entgelte:
Gleichbehandlungsgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip sind zu beachten

VerfGH 42/99 – Urteil vom 21. Oktober 1999

Das Demokratieproblem

- Vertraulichkeit der Verträge, Ausgestaltung
- Weisungsrecht der Holding, Weisungsausschuss, Mehrheit des Landes Berlin auch am Anstaltsvermögen – formal
- Vorschlagsrecht der Holding für BWB-Aufsichtsrat – formal
- Gewährträgerversammlung aus Landesvertretern, aber:
- unternehmerische Führung durch Konsortium

Das Demokratieproblem

- privatrechtliche Vereinbarungen zur Gewinnabführung an die Gesellschafter
- Gewinnbedienung über die Festsetzung der fiktiven Finanzierungskosten des BNK
- privatrechtliche Vereinbarungen zur Erwartung hinsichtlich der Verzinsung des BNK
- „ $r+2\%$ “-Klausel, „Effizienzsteigerungsklausel“
- Ausgleichspflicht des Landes bei landesrechtlichen Veränderungen oder Nichtigerklärung

Das Preisbildungsproblem

- Grundsätze des Gebührenrechts gelten, Rahmen wird aber durch privatrechtliche Vereinbarungen eingeengt
- Beispiel: Nichtigerklärung von „r+2“ und „Effizienzsteigerungsklausel“
- „Nachteilsausgleich“: § 23 Abs. 7 Konsortialvertrag: „disproportionale Gewinnverteilung“

Das Preisbildungsproblem

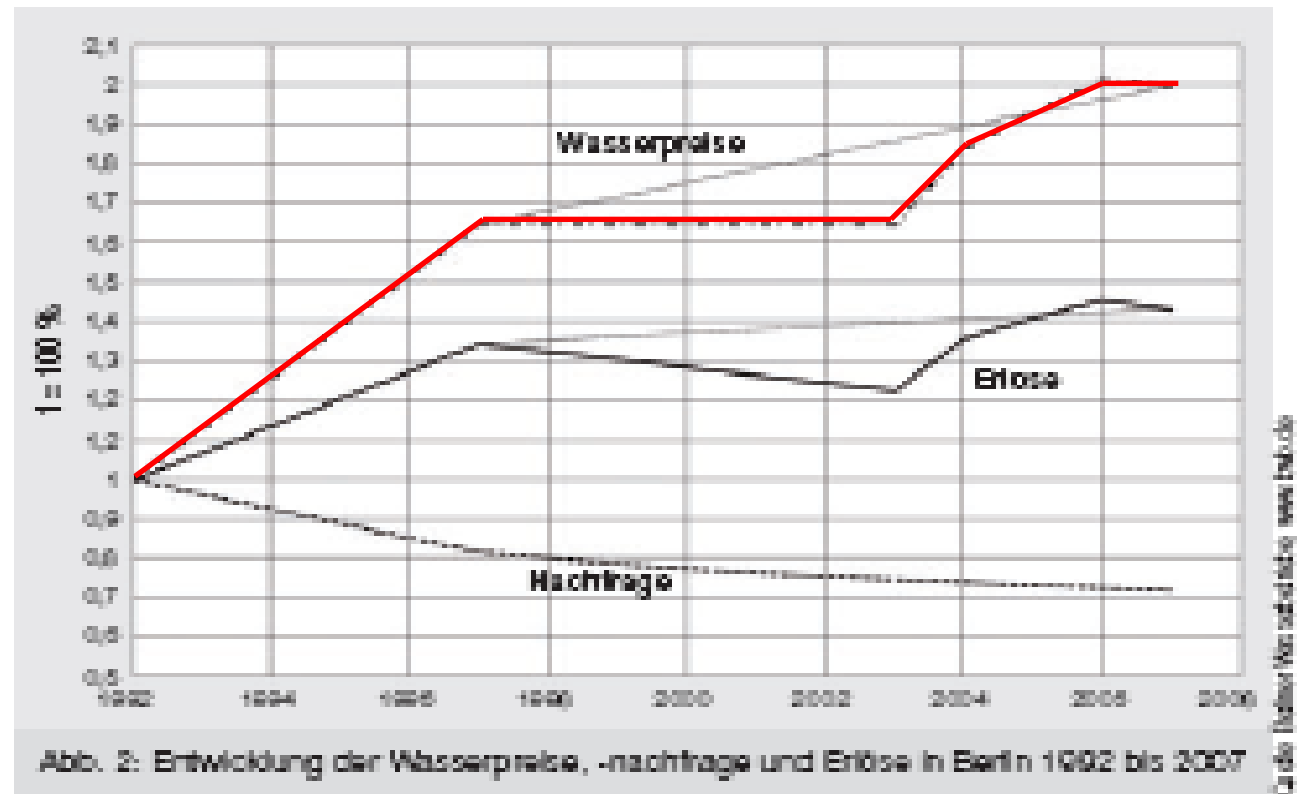
- „künstliche“ Preisstabilisierung bis 2003
- 5. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag 2003 – „Teilnichtigkeitskorrektur“: verfassungskonforme Gewinnabsicherung
- Novelle des BerlBG - Tarifikalkulation nach WTVO und Verordnung über die Verzinsung des BNK, Umstellung der Abschreibung auf Wiederbeschaffungszeitwerte

VerfGH 29/07 und 39/09 – Urteile vom 14. Juli 2010

Das Preisbildungsproblem

- Folge: „ergebnisorientierte“ Angleichung der Entgeltkalkulationsvorschriften an die ursprüngliche Verzinsungserwartung
- planmäßige Anhebung des Tarifs aus Gründen der kalkulatorischen BNK-Verzinsung
- **faktische Bindung bei der Gestaltung der Entgeltkalkulation an Renditeerwartungen**
- **„Raub- und Beutegemeinschaft“**

Die Preisentwicklung



Neue Debatten

- Offenlegung der Verträge
 - IFG-Novelle Juli 2010, Offenlegung der Verträge November 2011
 - Volksentscheid vom 13. Februar 2011
- Rekommunalisierungsdiskurs, seit der „Novellierung“ 2003
 - Koalitionsvereinbarung 2006
 - Volksbegehren „Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“
- Druck, Konflikte, Verhandlungsbereitschaft

Konflikte

- Umgang mit tarifrelevanten Faktoren, die Handlungsspielräume eröffnen:
Sonderposten, Investitionszuschüsse pp.

Preissenkung oder Gewinnmaximierung?

- Schiedsverfahren zur Gewinnverteilung nach der 5. Änderungsvereinbarung zum Konsortialvertrag

Umfang des betriebsnotwendigen Kapitals?

Neue Debatten

- Sonderausschuss „Wasserverträge“ des Abgeordnetenhauses von Berlin
- Verfassungsbeschwerde RWE/Veolia vor dem BVerfG vom 12. März 2012
- Beihilfe-Vorprüfungsverfahren der EU-Kommission aufgrund von Art. 107 f. AEUV (Verbraucherzentrale Berlin, Transparency)
- Verhandlungen zwischen Land Berlin, RWE und Veolia

Neue Debatten

- Preismissbrauchsverfahren des Bundeskartellamts seit März 2010
 - Anwendbarkeit der §§ 103 V S. 2 Nr. 2, 19 I, IV Nr. 2 GWB?
 - „Konzernverbund Land-BWB“?
 - Anwendbarkeit auch auf „Quasi-Gebühren“ bzw. Gebühren nach KAG?

BGH KVR 66/08 vom 6. Februar 2010 „enwag“

BGH KVR 9/11 vom 18. Oktober 2011 „Niederbarnim“

Neue Debatten

- März 2012 2. Abmahnung – Preissenkungsverfügung des BKartA steht bevor:
 - Vergleichsmarktsystem, bereinigte Nettopreise
 - Abgabenlast vergleichbar mit HH, München, Köln
 - operative Kosten liegen im Rahmen

Preistreiber: kalkulatorische Kosten

- Erlösabsenkung ca. 292 Mio. € 2012-2015

Neue Debatten

- Rückkauf der RWE-Anteile unter Beibehaltung des Verzinsungsmodus der Verträge?
- Auswirkungen evtl. Kartellamts- oder EU-Kommissionsverfügung auf § 23 Abs. 7 des Konsortialvertrages?
- 2. Verfassungsklage aus dem Parlament wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip?

Erfolgsmodell oder Abwicklungsfall?

- Ordnungspolitische Konfliktlage im natürlichen Monopol: Verbindung der Nachteile öffentlicher Rechtsform mit den Nachteilen privatrechtlicher Gestaltung
- Strukturelle Dominanz des Renditeinteresses durch die Vertragsgestaltung
- Problem der „unvollkommenen Verträge“ bei jahrzehntelanger Vertragslaufzeit

Erfolgsmodell oder Abwicklungsfall?

- Streitigkeiten und Vertragsanpassung sind auf Schiedsgericht verlagert: kein Letztentscheidungsrecht demokratischer Akteure
- Verzicht des Landes zur Sicherung der Ansprüche der privaten Anteilseigner?
- keine reguläre Ausstiegsoption vor 2028: „irreguläre“ Ausstiegsoption? Kosten?

Quellenauswahl:

Beveridge, Ross: A 'politics of inevitability': the privatization of the Berlin Water Company, the global city discourse and governance in 1990s Berlin, Newcastle University, Faculty of Humanities and Social Sciences, 2010.

Ochmann, Daniela: Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten. Dargestellt am Holdingmodell zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, Baden-Baden, Nomos 2005.

Schmehl, Arndt: Teilprivatisierung der Daseinsvorsorge, Demokratieprinzip und Gewinnerzielungsmaxime – BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794, in: JuS 2001, Heft 3, S. 233 ff.

Wolfers, Benedikt: Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform: Modellfall Berliner Wasserbetriebe, in: NVwZ 2000, 765 ff.

Lederer, Klaus: Wir Berlinerinnen und Berliner kaufen unser Wasser zurück, Diskussionsangebot, 2011.

Lederer, Klaus: Die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe: Erfolgsmodell oder Abwicklungsfall?, in: ZögU (34. Jg.) 4/2011, 444 ff.

Verträge über die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe:

<http://www.berlin.de/sen/finanzen/vermoegen/beteiligungen/berlinwasser.html>

**Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!**