



Bundeskartellamt



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

# **Der Staat als Unternehmer**

**- (Re-)Kommunalisierung im  
wettbewerbsrechtlichen Kontext -**

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

2. Oktober 2014

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

## Inhaltsverzeichnis

<b>Thesen .....</b>	<b>4</b>
<b>I. Einleitung .....</b>	<b>6</b>
<b>II. Ökonomischer und rechtlicher Hintergrund .....</b>	<b>7</b>
1. Wirtschaftliche Betätigung des Staates und marktwirtschaftliche Ordnung.....	7
2. Rechtliche Spielräume und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung des Staates .....	9
a) Europarechtlicher Rahmen .....	9
b) Staatliche Wirtschaftstätigkeit und Grundgesetz .....	10
c) Rechtlicher Rahmen kommunaler Wirtschaftstätigkeit.....	10
d) Rolle des Kartellrechts .....	12
<b>III. Rückzug des Staates aus der Wirtschaft im Zuge von Liberalisierung und Privatisierung .....</b>	<b>14</b>
1. Hintergründe und Entwicklungen .....	14
2. Praxisbeispiele.....	15
a) Liberalisierung auf staatlichen Monopolmärkten.....	15
b) Privatisierung der Verpackungsentsorgung.....	16
<b>IV. (Re-)Kommunalisierung und Wettbewerb.....</b>	<b>17</b>
1. Aktuelle Entwicklung .....	17
2. Beweggründe der Kommunen .....	18
3. Auswirkungen auf den Wettbewerb .....	20
a) Märkte ohne funktionierenden Wettbewerb .....	20
b) Wettbewerbsmärkte.....	21
4. Diskriminierungsgefahren .....	22
a) Strom- und Gaskonzessionen.....	23
b) Entsorgungswirtschaft .....	24
5. Gefahr von Ausbeutungsmisbrauch auf Monopolmärkten.....	25

## Thesen

- In den vergangenen 30 Jahren hat sich der Staat aus vielen Wirtschaftsbereichen zurückgezogen. Hintergründe waren die Überzeugung, durch Privatisierungen Marktkräfte freizusetzen und das Ziel, die Märkte in Europa zu liberalisieren. Insbesondere auf kommunaler Ebene lässt sich in den letzten Jahren ein gegenläufiger Trend beobachten. Das wirtschaftliche Engagement der Kommunen steigt wieder deutlich.
- Zurückzuführen ist dies einerseits auf ein gewachsenes Bürgerbegehren, dass Bereiche der Daseinsvorsorge in öffentlicher Hand betrieben werden sollten, weil sie dort demokratischer Kontrolle unterliegen.
- Kommunen bauen andererseits in den Bereichen der Energie- und Wasserversorgung sowie der Entsorgung ihre Wirtschaftstätigkeiten aus, weil sich dort derzeit in der Regel Gewinne erzielen lassen und so ein Beitrag zur kommunalen Haushaltskonsolidierung geleistet werden kann. Gleichzeitig sollen verschiedene Interessen der kommunalen Gemeinschaft in den Bereichen Versorgung, Umweltschutz und Arbeitsplatzsicherung durch eigenes unternehmerisches Handeln gefördert werden.
- Mit einer unternehmerischen Tätigkeit übernimmt der Staat immer auch wirtschaftliche Risiken, die sich aus der dynamischen Entwicklung der Märkte und des Wettbewerbs ergeben. In jüngster Zeit haben sich solche Risiken in der Form finanzieller Probleme bei einigen Stadtwerken realisiert.
- Weitergehende politische Ziele (zum Beispiel Umweltschutz, Durchsetzung sozialer Standards) werden mit einem unternehmerischen Engagement des Staates oftmals nur sehr mittelbar oder gar nicht gefördert. Beispielsweise sind Strom- und Gasnetze im Hinblick auf Zugang und Entgelte vollständig reguliert. Mit ihrer Übernahme kann kaum Einfluss auf den Umbau der Stromerzeugungslandschaft hin zu erneuerbaren Energien ausgeübt werden. Politische Ziele lassen sich vielfach (direkter) über die regulative Ausgestaltung der Rahmenbedingungen und die Überwachung ihrer Einhaltung erreichen.
- Aus der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates können sich Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten Privater ergeben. Ein Grund ist, dass kommunale Unternehmen weniger stark als private Unternehmen dem Druck der Kapitalmärkte ausgesetzt sind. Infolgedessen können effizientere und innovativere Wettbewerber aus dem Markt ausscheiden.
- Staatliche Wirtschaftstätigkeit kann für die Bürger/Verbraucher mit unmittelbaren Kosten verbunden sein. Im Vergleich zu Privaten unterliegen öffentliche Unternehmen oftmals geringeren Anreizen für effizientes Wirtschaften und beziehen bisweilen haushaltspolitische Erwägungen in ihre Entscheidungen ein. Gerade auf Monopolmärkten (zum Beispiel Wasser, Fernwärme) kann dies zu überhöhten Endkundenpreisen führen. Bei Quersubventionierungen defizitärer durch rentable kommunale Aufgabenfelder tra-

gen die konkret betroffenen Bürger Kosten für Aufgaben, die sie nicht in Anspruch nehmen und werden überproportional belastet.

- Aus der Doppelrolle des Staates als Marktteilnehmer und Hoheitsträger ergibt sich ein erhöhtes Diskriminierungspotential gegenüber privaten Wettbewerbern. Zahlreiche kartellrechtliche Verfahren belegen, dass Kommunen bei der Ausschreibung von Strom- und Gaskonzessionen Anreize haben, ihre eigenen Stadtwerke gegenüber deren privaten Wettbewerbern zu bevorzugen.
- Aus den genannten Gründen ist es von entscheidender Bedeutung, dass die unternehmerische Tätigkeit des Staates, soweit möglich, im Wettbewerb erbracht wird und einer stringenten Wettbewerbsaufsicht durch die Kartellämter unterliegt.
- Für die wirtschaftliche Betätigung öffentlicher Unternehmen sollten dieselben wettbewerbsrechtlichen Regeln gelten wie für die Privatwirtschaft. Das Kartellrecht kann, soweit es um das Marktverhalten und die Veränderung von Marktstrukturen durch Zusammenschlüsse geht, für ein wettbewerbles „level-playing-field“ sorgen. Die 8. GWB-Novelle mit der Herausnahme öffentlich-rechtlicher Gebühren aus der Missbrauchskontrolle war insoweit ein Schritt in die falsche Richtung.
- Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes, die darauf abzielen, dass bei der Konzessionsvergabe neben den Zielen des EnWG auch kommunale Interessen maßgeblich berücksichtigt werden dürfen oder die Inhouse-Vergabe von Energiekonzessionen von der Ausschreibungspflicht freigestellt wird, sind aus wettbewerbsökonomischer Sicht kritisch zu beurteilen. Der Wettbewerb um die Wegennutzungsrechte würde dadurch erheblich geschwächt oder sogar verhindert.
- Die wirtschaftliche Betätigung des Staates sollte dort, wo auch private Unternehmen Leistungen erbringen können, stetig hinterfragt werden. In den Entscheidungsprozessen über die wirtschaftliche Betätigung des Staates sollte der Gedanke der Subsidiarität stärker Berücksichtigung finden. Wenn die öffentliche Hand wirtschaftlich tätig wird, sollte sie ihre Beweggründe und die mit der wirtschaftlichen Betätigung verbundenen Vor- und Nachteile vor den Entscheidungen transparent und damit abwägbar machen.

## I. Einleitung

Die Teilnahme des Staates am Wirtschaftsleben hat eine lange Geschichte. Königliche Porzellanmanufakturen, kriegswichtige Rüstungsunternehmen, Staatsbanken, öffentlich-rechtlicher Rundfunk, Wohnungsbaugesellschaften, volkseigene Betriebe in der sozialistischen Planwirtschaft. Mit dem Wechsel politischer Leitbilder hat sich auch die Rolle des Staates im Wirtschaftsgefüge immer wieder gewandelt.

Wo stehen wir heute? Auf der einen Seite ist das europäische Wirtschaftsgeschehen der vergangenen 30 Jahre geprägt von einem Rückzug des Staates aus der Wirtschaft. Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung sind hier die Schlagwörter. Dies betrifft gerade auch Dienstleistungen in den Bereichen der Daseinsvorsorge, die lange Zeit zu den klassischen Betätigungsfeldern des Staates zählten.

Dennoch ist auch heute die Liste der Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen in öffentlicher Hand noch lang. Unter den 2000 weltweit größten Unternehmen gehört rund jedes zehnte dem Staat.<sup>1</sup> In Deutschland hält allein der Bund an mehr als 80 Unternehmen unmittelbare Beteiligungen, darunter Flughäfen, Forschungszentren und Musikfestspiele.<sup>2</sup> Hinzu kommen zahlreiche Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen der Länder und Kommunen, deren Angebotsspektrum von Krankenhäusern über den öffentlichen Nahverkehr bis hin zu Bierbrauereien reicht.

Und es gibt auch gegenläufige Tendenzen zum Privatisierungstrend. Gerade in den letzten Jahren hat das staatliche Engagement in der Wirtschaft wieder zugenommen. Dies zeigt sich vor allem in einer zunehmenden (Re-)Kommunalisierung. Viele Gemeinden setzen stärker auf eigene Wirtschaftstätigkeit. Und auch im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 wurde der Staat wieder mehr in die Unternehmerrolle gedrängt.

Das Bild des Staates als Unternehmer ist im Fluss. Die Frage, wann der Staat als Marktakteur agieren sollte und wann nicht, wird derzeit wieder viel diskutiert. Dies gibt Anlass, sich näher mit den unternehmerischen Aktivitäten der öffentlichen Hand zu beschäftigen und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Rolle des Kartellrechts zu beleuchten.

<sup>1</sup> Kowalski u.a., State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications, OECD Trade Policy Papers, No. 147, OECD Publishing 2013.

<sup>2</sup> Stand 31. Dezember 2012, zusammengefasst sind Unternehmen mit Geschäftstätigkeit und Genossenschaften. Bundesministerium der Finanzen, Beteiligungsbericht des Bundes 2013, 2014, abrufbar unter [www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de).

## II. Ökonomischer und rechtlicher Hintergrund

Mit seinem wirtschaftlichen Engagement verfolgt der Staat eine Vielzahl ganz unterschiedlicher politischer Ziele. Soziale, strukturelle, ökologische, bildungspolitische oder finanzielle Aspekte stehen dabei im Fokus. Auch in der Bevölkerung besteht immer wieder der Wunsch nach einer wirtschaftlichen Betätigung des Staates. Dies zeigen zum Beispiel die zahlreichen Bürgerinitiativen, die sich für eine (Re-)Kommunalisierung der Energienetze einsetzen.

Bei der Diskussion um die wirtschaftliche Betätigung des Staates geht es demnach zunächst einmal um die Verfolgung demokratisch legitimierter Ziele. Im Rahmen politischer Entscheidungen ist allerdings eine Gesamtabwägung aller relevanten Faktoren unerlässlich. Eingriffe in das Wirtschaftsleben, wie sie durch eine staatliche Wirtschaftstätigkeit erfolgen, sind auch ökonomisch, insbesondere auch wettbewerbspolitisch, zu bewerten. Die rechtlichen Rahmenbedingungen wiederum geben die Spielräume und Grenzen vor, innerhalb derer eine politische Entscheidung möglich ist.

### 1. Wirtschaftliche Betätigung des Staates und marktwirtschaftliche Ordnung

Marktwirtschaft basiert auf den Prinzipien von Privateigentum und Wettbewerb. Sie sind der Garant für eine effiziente Verwendung von Ressourcen und der Motor für Innovation und dynamische Entwicklung. Kommt der Staat als Marktakteur ins Spiel, kann dies zu einer Verzerrung des Wettbewerbs und damit zu suboptimalen Marktergebnissen führen.<sup>3</sup> Demgegenüber kann aber über eine politische Rechtfertigung hinaus die wirtschaftliche Betätigung des Staates gerade auch ökonomisch gerechtfertigt sein.

Aus ordnungspolitischer Perspektive hat der Staat die Aufgabe, Wettbewerbsregeln festzulegen und sicherzustellen, dass diese von den Marktteilnehmern eingehalten werden. In der ökonomischen Wissenschaft ist weitgehend unumstritten, dass staatliche Markteingriffe einer besonderen Rechtfertigung bedürfen. Auch die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand stellt einen solchen rechtfertigungsbedürftigen Markteingriff dar.<sup>4</sup>

Grundsätzlich können Eingriffe des Staates in den Markt dann begründet sein, wenn Marktversagen vorliegt, wenn also Märkte in ihrer Funktionsweise beeinträchtigt sind. So kommt es etwa bei (unregulierten) natürlichen Monopolen regelmäßig zu einer Verknappung des Angebots und überhöhten Preisen. Ein staatlicher Markteingriff, zum Beispiel in Form einer Regulierung, kann dann das Marktergebnis verbessern. Auch öffentliche Güter

<sup>3</sup> S. unter Abschnitt IV. 3..

<sup>4</sup> S. z.B. Eickhof, Öffentliche Unternehmen aus volkswirtschaftlicher Perspektive, in: Edeling u.a. (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen. Entstaatlichung und Privatisierung?, 2001, S. 67 ff.; Vaubel, Privatisierung als wettbewerbspolitische Aufgabe, Ordo – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 1991, S. 253 ff.

sind ursächlich für Marktversagen. Derartige Güter zeichnen sich dadurch aus, dass sie von vielen Verbrauchern gleichzeitig genutzt werden können und kein Verbraucher von ihrem Konsum ausgeschlossen werden kann. Beispiele sind die Straßenbeleuchtung oder der Hochwasserschutz. Da niemand bereit wäre, für derartige Güter zu zahlen, werden sie regelmäßig nicht über den Markt angeboten. Ein Eingriff des Staates kann hier bewirken, dass öffentliche Güter dennoch zur Verfügung gestellt werden.

Der Staat sollte der ökonomischen Theorie zufolge jedoch nur dann in das Wirtschaftsgeschehen eingreifen, wenn damit tatsächlich Wohlfahrtssteigerungen oder im besten Fall ein Wohlfahrtsoptimum erreicht werden können. Denn nicht immer führt ein Markteingriff durch den Staat auch zu einer Verbesserung des Marktergebnisses. Mitunter fehlen Entscheidungsträgern staatlicher Stellen relevante Informationen, beispielsweise über Konsumentenpräferenzen, um ein Marktergebnis zu verbessern.<sup>5</sup> Verschiedene Studien zeigen, dass sie in einigen Fällen auch nicht nur im Interesse des Gemeinwohls handeln, sondern auch in ihrem eigenen oder im Interesse einzelner Gruppen.<sup>6</sup>

Kann ein staatlicher Markteingriff das Marktergebnis verbessern, stellt sich im nächsten Schritt die Frage nach einem geeigneten Instrument. Je nach Art des Marktversagens stehen in der Regel verschiedene Eingriffsmöglichkeiten zur Auswahl. So kann der Staat Verbote erteilen, Subventionen ausschütten oder Standards festlegen. In einigen Fällen, etwa bei natürlichen Monopolen, hat er insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass Güter in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen. Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass der Staat selbst wirtschaftlich tätig werden muss. Ebenso gut kann er derartige Aufgaben der Leistungserbringung ausschreiben, öffentlich-private Partnerschaften eingehen, Konzessionen an private Anbieter vergeben oder durch Regulierung privater Unternehmen gewährleisten, dass das Gut in einem effizienten Umfang, zu angemessenen Preisen oder in gewünschter Qualität angeboten wird.

Die Frage, ob das Gut von einem staatlichen oder privaten Anbieter bereitgestellt werden soll, lässt sich kaum pauschal beantworten und ist im Einzelfall zu prüfen. So sind bei Vorliegen natürlicher Monopole Umstände denkbar, unter denen die Bewirtschaftung des Monopols durch ein öffentliches Unternehmen zu besseren Ergebnissen führen kann als durch einen Privaten.<sup>7</sup> In anderen Fällen dürfte hingegen die private Erbringung von Leistungen einem Angebot durch den Staat vorzuziehen sein.<sup>8</sup> Denn während öffentliche Unter-

<sup>5</sup> Fritsch u.a., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Aufl., 2007, S. 83 f.

<sup>6</sup> Zur Theorie und Empirie der Neuen Politischen Ökonomie s. z.B. Mueller, Public Choice III, 2003, S. 472 ff.

<sup>7</sup> S. z.B. Mühlkamp, Öffentliche Unternehmen aus der Sicht der Neuen Institutionenökonomik, Zeitschrift für öffentliche und gemeinschaftliche Unternehmen 2006, S. 390 ff.

<sup>8</sup> Fritsch u.a., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Aufl., 2007, S. 117 f.



nehmen mit der Steuerkraft der Bürger im Rücken allenfalls ein geringes Insolvenzrisiko tragen, können bei privaten Unternehmen Fehlentscheidungen im Extremfall zur Insolvenz führen. Daraus resultieren für private Unternehmen höhere Anreize, effizient zu wirtschaften, ihre Produktivität zu steigern oder Innovationen zu entwickeln.<sup>9</sup>

Zusammenfassend sollte der Staat der ökonomischen Theorie zufolge nur subsidiär unternehmerisch tätig werden: Erst wenn ein Gut nicht ausreichend vom Markt bereitgestellt wird, ein Markteingriff tatsächlich zur Verbesserung des Marktergebnisses führt und ein staatliches Angebot anderen Alternativen, etwa der Regulierung privatwirtschaftlicher Tätigkeit, überlegen ist, sollte der Staat selbst als Anbieter am Markt auftreten.

## **2. Rechtliche Spielräume und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung des Staates**

Die große Bandbreite öffentlicher Unternehmen in Deutschland belegt, dass der deutsche Staat in deutlich höherem Umfang unternehmerisch tätig ist, als es nach ökonomischer Theorie naheliegend wäre. Ein Blick auf unsere Rechtsordnung zeigt, dass die Arbeitsteilung zwischen Staat und Privatwirtschaft nicht so eindeutig normiert ist, wie es die ökonomische Theorie vorgibt.

### **a) Europarechtlicher Rahmen**

Das Gemeinschaftsrecht steht der wirtschaftlichen Betätigung der Mitgliedstaaten nicht entgegen. Allerdings wäre das Unionsziel eines integrierten Binnenmarktes mit unverfälschtem Wettbewerb nicht erreichbar, wenn die Mitgliedstaaten öffentlichen Unternehmen besondere Vorrechte einräumen könnten. Daher versucht das Gemeinschaftsrecht durch verschiedene Regelungen sicherzustellen, dass öffentliche Unternehmen in derselben Weise der Kontrolle durch Märkte unterworfen sind wie private Unternehmen.<sup>10</sup>

Art. 106 Abs. 1 AEUV untersagt den Mitgliedstaaten, in Bezug auf öffentliche Unternehmen Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die dem Vertrag und insbesondere den Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff. AEUV widersprechen. So soll gewährleistet werden, dass das Wettbewerbsprinzip nicht dadurch ausgehebelt wird, dass öffentliche Unternehmen unabhängig von den Gesetzen des Marktes agieren. Allerdings sieht Art. 106 Abs. 2 AEUV eine Ausnahme für Unternehmen vor, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, wenn sie sonst die ihnen übertragenen besonderen Aufgaben

<sup>9</sup> Prosi, Staatliche Monopole oder Wettbewerb privater Unternehmen – eine ökonomische Betrachtung, WuW 1996, S. 973 ff.; Haucap, Daseinsvorsorge zwischen Beihilfenkontrolle und globalem Wettbewerb, Wirtschaftsdienst 2007, S. 712 ff.

<sup>10</sup> Schweitzer, Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt – Rechtfertigen mitgliedstaatliche Regulierungsinteressen die Beschneidung des Geltungsbereichs von Gemeinschaftsnormen?, in: Behrens u.a. (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht nach der Reform, 2006, S. 81, 83.

nicht erfüllen können. Hinter dieser Ausnahme vom Wettbewerbsprinzip steht der Gedanke, dass der Staat eine besondere Verantwortung für Güter und Dienstleistungen hat, die Grundbedürfnisse menschlicher Existenz erfüllen und die für alle erreichbar und zu angemessenen Preisen erbracht werden müssen.<sup>11</sup>

Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten auch in Hinblick auf öffentliche Unternehmen an das europäische Beihilferecht gebunden (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Zugleich gilt für öffentliche Unternehmen das europäische Kartellrecht<sup>12</sup> sowie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge das auf europäischen Richtlinien beruhende Vergaberecht.

### **b) Staatliche Wirtschaftstätigkeit und Grundgesetz**

Dem Grundgesetz ist keine Entscheidung für eine bestimmte Wirtschaftsverfassung zu entnehmen. Im Rahmen der vor allem durch die Wirtschaftsgrundrechte vorgezeichneten Grenzen ist das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral. Es fehlt eine eindeutige Aussage, inwieweit der Staat unternehmerisch tätig werden darf. Zwar schützen die Wirtschaftsgrundrechte die wirtschaftliche Betätigung privater Unternehmen und den freien Wettbewerb. Nach der Rechtsprechung schützt aber insbesondere die in Art. 12 GG gewährleistete Berufsfreiheit nicht vor Konkurrenz, und zwar auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand. Etwas anderes gilt nur, wenn der Wettbewerb der öffentlichen Hand den privaten Wettbewerb unmöglich macht oder unzumutbar einschränkt.<sup>13</sup> Verfassungsrechtliche Vorgaben spielen damit in der Diskussion um staatliche Wirtschaftstätigkeit eine untergeordnete Rolle.<sup>14</sup>

### **c) Rechtlicher Rahmen kommunaler Wirtschaftstätigkeit**

Eine Ausnahme ist die in Art. 28 Abs. 2 GG postulierte Garantie der kommunalen Selbstverwaltung. Kommunen verweisen häufig darauf, ihre Wirtschaftstätigkeit sei durch die Selbstverwaltungsgarantie gedeckt und Einschränkungen, beispielsweise durch das Kartellrecht, daher nicht angezeigt.

<sup>11</sup> Zur Auslegung des Begriffs der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach dem Vertrag von Lissabon vgl. z.B. Weiss, Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon, EuR Beiheft 2 2011, S. 47 ff.; Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, S. 725 ff.

<sup>12</sup> Hierzu unter Abschnitt II. 2. d).

<sup>13</sup> BVerwG, Beschluss vom 21. März 1995, 1 B 211/94 – Wirtschaftsförderung, NJW 1995, 2938, 2939. Es gibt jedoch auch Gegenstimmen, nach denen die Grundrechte Privater der staatlichen Wirtschaftstätigkeit weitgehendere Grenzen setzen („Grundrechtseingriff durch Konkurrenz“), vgl. z.B. Selmer, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und Unternehmergrundrechte, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, S. 75 ff.; Scharpf, Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zwischen Grundrechtsrelevanz und kommunalem Selbstverwaltungsrecht, GewArch 2005, S. 1, 4 ff.; Storr, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 162 ff.

<sup>14</sup> Für eine stärkere Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Kriterien im Rahmen der Rekommunalisierung: Leisner-Egensperger, Rekommunalisierung und Grundgesetz, NVwZ 2013, S. 1110 ff.

Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gibt den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Durch die Selbstverwaltung lassen sich zum einen die Vorteile einer dezentralen Aufgabenwahrnehmung nutzen, zum anderen kommt es zu einer Verbesserung der Bürgermitwirkung im Sinne einer Demokratie von unten nach oben. Als Instrument der Aufgabenwahrnehmung ist dabei auch die Möglichkeit zur unternehmerischen Betätigung von Art. 28 Abs. 2 GG umfasst.<sup>15</sup> Die Selbstverwaltungsgarantie gewährt den Kommunen allerdings keinen schrankenlosen Freibrief für eine wirtschaftliche Betätigung. Weitgehend Einigkeit besteht, dass sie als innerstaatliche Kompetenzverteilungsregel kein allgemeines Verteilungsprinzip zwischen Staat und Privatwirtschaft enthält.<sup>16</sup> Sie verleiht den Gemeinden keine Eingriffsbefugnisse gegenüber Privatunternehmen.<sup>17</sup> Zudem steht die Selbstverwaltungsgarantie unter Gesetzesvorbehalt.

Die Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen sind in den Gemeindeordnungen der Länder geregelt. Auch wenn die Rechtslage in den Gemeindeordnungen uneinheitlich ist, wird in der Regel auf die sogenannte Schrankentrias abgestellt: Eine wirtschaftliche Betätigung ist danach zulässig, wenn sie 1. durch einen *öffentlichen Zweck* gerechtfertigt ist, sie 2. nach Art und Umfang in einem *angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit* der Gemeinde steht und 3. private Unternehmen nicht „besser“<sup>18</sup> bzw. „ebenso gut“<sup>19</sup> in der Lage sind, die Leistungen zu erbringen (*Subsidiaritätsprinzip*<sup>20</sup>). In der Praxis wird den Kommunen in Hinblick auf diese Kriterien eine weite Einschätzungsprärogative gelassen.<sup>21</sup> Hinzu kommt, dass viele Gemeindeordnungen auch eine überörtliche Wirtschaftstätigkeit vorsehen,<sup>22</sup> obwohl die Selbstverwaltungsfreiheit nach Art. 28 Abs. 2 GG nur für die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ gilt (Örtlichkeitsprinzip). Der politische Handlungsspielraum der Kommunen ist erheblich.

Gerade im Zusammenhang mit kommunaler Wirtschaftstätigkeit wird häufig der Begriff der Daseinsvorsorge als Legitimationsgrundlage herangezogen. Traditionell werden hierunter Bereiche wie zum Beispiel Personennahverkehr, Wasserversorgung, Abfallbeseitigung,

<sup>15</sup> Scharpf, Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zwischen Grundrechtsrelevanz und kommunalem Selbstverwaltungsrecht, GewArch 2005, S. 1, 3; Schulz/Tischer, Die Grenzen kommunalen Wirtschaftens: aktuelle Entwicklungen, alte Fragen, GewArch 2014, S. 1, 3.

<sup>16</sup> Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., 2006, Art. 28 Rn. 149.

<sup>17</sup> Hauser, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen – Beschränkungen durch Verfassung, Gemeindeordnung und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 85.

<sup>18</sup> Z.B. § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH, § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW.

<sup>19</sup> Z.B. § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO BW, § 87 Abs. 1 Nr. 4 GO BY, sog. qualifizierte Subsidiarität.

<sup>20</sup> Beim Subsidiaritätsprinzip gibt es die größten Unterschiede zwischen den Gemeindeordnungen.

<sup>21</sup> In der Regel wird aber davon ausgegangen, dass eine rein erwerbswirtschaftlich orientierte Betätigung nicht ausreicht.

<sup>22</sup> Z.B. § 107 Abs. 3 GO NRW; § 101 Abs. 3 GO SH.

Krankenhäuser und die Energieversorgung eingeordnet. Es gibt jedoch keine allgemeingültige Definition des Begriffs. Die Bandbreite dessen, was als Daseinsvorsorge verstanden wird, ist weit und heterogen. Auch werden Aufgaben, die von staatlicher Seite der Daseinsvorsorge zugeordnet werden, nicht zwangsläufig vom Staat erbracht, sondern auch von privaten Unternehmen übernommen. Die Einordnung einer Leistung als Daseinsvorsorge sagt daher nichts darüber aus, wer die Leistung zu erbringen hat oder wer für ihre Erbringung die Gewährleistungsverantwortung trägt.<sup>23</sup> Als Legitimation für ein staatliches Wirtschaften ist der Begriff daher wenig hilfreich.

#### **d) Rolle des Kartellrechts**

Wird der Staat unternehmerisch tätig, muss er sich grundsätzlich an dieselben Regeln halten wie Privatunternehmen. Auch das Kartellrecht begrenzt daher die wirtschaftliche Betätigung des Staates. Dies betrifft freilich nicht die Frage, ob der Staat überhaupt wirtschaftlich tätig wird. Auch kann das Kartellrecht allgemeine Wettbewerbsvorteile öffentlicher Unternehmen, die beispielsweise auf einer besseren Kreditwürdigkeit beruhen, nicht abstellen. Soweit es jedoch um das Marktverhalten und die Veränderung der Marktstruktur durch Zusammenschlüsse geht, kann das Kartellrecht für eine wettbewerbliche „Waffengleichheit“, für ein „level-playing-field“ sorgen.

Das Kartellrecht gilt für öffentliche und private Unternehmen gleichermaßen. § 130 Abs. 1 GWB stellt ausdrücklich klar, dass das GWB auch auf Unternehmen der öffentlichen Hand Anwendung findet. Dies gilt auch im europäischen Recht, obwohl es hier keine explizite Regelung gibt. Wann eine Unternehmenstätigkeit der öffentlichen Hand vorliegt, ist in der Praxis teilweise strittig. Für das europäische Kartellrecht hat der EuGH in der FENIN-Entscheidung klargestellt, dass eine unternehmerische Tätigkeit durch das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt definiert wird. Auf die reine Nachfrage am Markt durch die öffentliche Hand sei das Kartellrecht nicht anwendbar.<sup>24</sup> Ob diese Entscheidung auf das deutsche Kartellrecht zu übertragen ist, wo traditionell der Unternehmensbegriff bei einer Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand als erfüllt angesehen wurde,<sup>25</sup> ist auch nach dem „VBL-Gegenwert“-Urteil des BGH weiterhin offen.<sup>26</sup> Nicht immer einfach ist auch die Abgrenzung von wirtschaftlicher und hoheitlicher Tätig-

<sup>23</sup> Krajewski, Rechtsbegriff Daseinsvorsorge?, VerwArch 2008, S. 174, 195.

<sup>24</sup> EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P – FENIN.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 12. November 2002, KZR 11/01 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 6. November 2013, KZR 58/11 – VBL-Gegenwert. Kritisch zum europäischen Verständnis des Unternehmensbegriffs Bornkamm, Hoheitliches und unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand im Visier des europäischen Kartellrechts, Festschrift Hirsch, 2008, S. 231 ff.

keit.<sup>27</sup> Unerheblich für die Einordnung als unternehmerische Tätigkeit ist dagegen, ob die Organisationsform öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist.

Öffentliche Unternehmen unterfallen damit der Fusionskontrolle. Dies betrifft in der Praxis vor allem Unternehmen wie Sparkassen, Stadtwerke, Krankenhäuser oder Entsorgungsbetriebe. Bei kommunalen Unternehmen stellt sich dabei häufig die Frage, welche wirtschaftlichen Aktivitäten der Kommune als ein Konzernverbund anzusehen sind. Diese Frage wird im Rahmen der Berechnung der Umsatzschwellenwerte relevant. Nach der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB werden kommunale Unternehmen dann als Konzernverbund angesehen, wenn die Kommune jeweils die Möglichkeit zur beherrschenden Einflussnahme hat. Dann werden beispielsweise Umsätze von Sparkassen, Krankenhäusern und Stadtwerken gegenseitig zugerechnet. Im Rahmen der 8. GWB-Novelle gab es Bestrebungen, die europäische Verbundklausel des Art. 5 Abs. 4 FKVO zu übernehmen. Nach der europäischen Praxis findet eine Zurechnung von Umsätzen dann nicht statt, wenn öffentliche Unternehmen eine mit autonomer Entscheidungsbefugnis ausgestattete wirtschaftliche Einheit bilden. Die Möglichkeiten einer Zurechnung wären damit deutlich reduziert worden. Es wären in vielen Fällen wichtige wirtschaftliche Aktivitäten der Kommunen der Fusionskontrolle entzogen worden. Aus diesem Grund und auch wegen der Schwierigkeiten, die bei der praktischen Anwendung der Vorschrift zu erwarten gewesen wären (unter anderem die Notwendigkeit, über die Entscheidungsrechte hinaus auch die tatsächlichen Entscheidungsstrukturen in öffentlichen Unternehmen zu ermitteln), hat sich das Bundeskartellamt seinerzeit dagegen ausgesprochen. Letztlich ist es nicht zu einer Änderung gekommen.

Eine besondere Rolle spielt bei öffentlichen Unternehmen die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht. Denn nicht selten weisen öffentliche Unternehmen eine starke Marktmacht auf. Sei es, dass sie auf Märkten tätig sind, auf denen sie ein natürliches Monopol haben (zum Beispiel Wasserversorgung, Vergabe von Wegenutzungsrechte für Energienetze); sei es, dass sie aus staatlichen Monopolunternehmen hervorgegangen sind und noch heute eine starke Marktstellung innehaben (zum Beispiel Bahn, Post). Hier zeigen sich in der kartellrechtlichen Praxis immer wieder deutliche Missbrauchspotentiale, auf die im Folgenden noch eingegangen wird. Umso bedenklicher erscheinen Entwicklungen, die die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht bei öffentlichen Unternehmen einschränken, wie die im Rahmen der 8. GWB-Novelle eingeführte Herausnahme öffentlich-rechtlicher Gebühren aus der Missbrauchsaufsicht.

<sup>27</sup> Vgl. insoweit für das europäische Recht Kling/Dally, Staatliches Handeln und Kartellrecht, ZWeR 2014, S. 3 ff.

### III. Rückzug des Staates aus der Wirtschaft im Zuge von Liberalisierung und Privatisierung

#### 1. Hintergründe und Entwicklungen

Spätestens seit den 1960er Jahren werden in vielen Industrieländern zunehmend öffentliche Unternehmen privatisiert. Auch in der Bundesrepublik begann man, die nach Kriegsende hohe Zahl an Staatsunternehmen zurückzuführen. Zu einem deutlichen Anstieg der Privatisierungen kam es in den 80er Jahren. Der staatliche Einfluss im Wirtschaftsgeschehen sollte zurückgeführt und Marktkräfte gestärkt werden. Zahlreiche Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen des Bundes sind im Zuge dieser Entwicklung veräußert worden, darunter der Stahlkonzern Salzgitter AG (1989) sowie die Anteile an dem Chemiekonzern Veba AG (1987) und der Volkswagen AG (1988). Nach der Wende wurden auch die ehemaligen Staatsunternehmen der DDR privatisiert.

Im Zuge der von Europa getriebenen Liberalisierung netzbasierter Industrien weitete sich die Privatisierung auch auf die Bereiche aus, die bis dahin der Daseinsvorsorge zugerechnet wurden. Seit Beginn der 1990er Jahre verabschiedete die Europäische Union zum Ziel der Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes zahlreiche Rechtsakte, nach denen die europäischen Staaten Monopole öffentlicher Dienstleistungen schrittweise abbauen und die Märkte öffnen sollten. Seitdem wurden die Telekommunikations- und Energiesektoren, der Schienenverkehr und der Bereich der Postdienstleistungen in den Mitgliedstaaten Schritt für Schritt liberalisiert.

Zwar verbindet die Europäische Kommission mit der Verpflichtung zur Öffnung der Märkte nicht die Forderung, ehemals staatliche Monopole auch zu privatisieren. Durch den mit der Liberalisierung der Märkte verbundenen Wettbewerbsdruck, strenge europäische Beihilferegulungen sowie die gleichzeitige Pflicht der Mitgliedstaaten, den Infrastrukturzugang zu regulieren, entschieden sich zahlreiche europäische Staaten jedoch für eine (Teil-)Privatisierung staatlicher Monopolunternehmen. Auch der Druck auf öffentliche Haushalte, etwa durch die Schuldenkriterien des Stabilitäts- und Wachstumspakts, trug zu den Unternehmensverkäufen bei. Gleichwohl zeigt ein Blick auf die Mitgliedstaaten, dass noch immer ein Teil der in den liberalisierten Bereichen tätigen Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand steht, darunter beispielsweise der französische Stromkonzern *Électricité de France*. Auch das Vorgehen in Deutschland zeichnet kein einheitliches Bild: So hat der Bund die Mehrheit der Anteile an der Telekom AG und der Deutsche Post AG veräußert,<sup>28</sup> ist jedoch nach wie vor alleiniger Aktionär der Deutsche Bahn AG.

<sup>28</sup> Der Bund ist mit rund 32% an der Telekom AG (inkl. Beteiligung der KfW Bankengruppe) und mit 21% über die KfW Bankengruppe an der Deutsche Post AG beteiligt.

## 2. Praxisbeispiele

### a) Liberalisierung auf staatlichen Monopolmärkten

Gerade auf Märkten mit staatlichen Monopolunternehmen kann es beträchtliche Auswirkungen haben, wenn sich der Staat aus seiner Unternehmerrolle zurückzieht und den Markt in den (privaten) Wettbewerb überführt. Als Musterbeispiel erfolgreicher Liberalisierung und Privatisierung gilt der deutsche Telekommunikationssektor. Marktöffnung, Regulierungsmaßnahmen und Teilprivatisierung des ehemaligen staatlichen Monopolunternehmens haben zu einem lebhaften Wettbewerb geführt. Deutliche Preissenkungen, innovativere Produkte, eine beträchtliche Ausweitung des Leistungsangebots und nicht zuletzt eine Verbesserung der Servicekultur werden als Belege hierfür angeführt.

Bisher weniger erfolgreich verlief dagegen die Liberalisierung in den Bereichen Post und Bahn. Hier entwickelt sich der Wettbewerb nach wie vor nur schleppend. Die vormals staatlichen Monopolunternehmen Deutsche Post AG und Deutsche Bahn AG verfügen auch Jahre nach der Marktöffnung noch über starke Marktpositionen. Nach wie vor bestehen deutliche Hindernisse für neue Wettbewerber. So ist beispielsweise nur die Deutsche Post AG für die (freiwillige) Erbringung von Universaldienstleistungen von der Umsatzsteuer befreit, obwohl Wettbewerber ebenfalls zu einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen beitragen.<sup>29</sup> Im Bahnsektor führen unter anderem die noch unzureichende Entflechtung von Infrastruktur- und Transportsparten sowie Defizite bei der Regulierung der Trassenentgelte dazu, dass die Deutsche Bahn AG als integrierter Konzern Wettbewerbsvorteile hat. In beiden Sektoren hat es der Gesetzgeber bisher unterlassen, Wettbewerbsvorteile zugunsten der ehemaligen staatlichen Monopolisten zu beseitigen. Es zeigt sich, dass die Doppelrolle des Staates als Marktteilnehmer und Rahmengestalter zu Problemen führen kann, wenn es darum geht, wirksam Marktzutrittsschranken abzubauen.

Soweit es um wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen von ehemals staatlichen Monopolunternehmen geht, kann auch das Kartellrecht einen Beitrag zur Marktöffnung leisten. 2005 hatte das Bundeskartellamt im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens verfügt, dass die Deutsche Post AG konkurrierenden Postdienstleistern Zugang zu Teilleistungen und Teilleistungsrabatten, auch unterhalb der Gewichtsgrenzen der damals geltenden Exklusivlizenz für Briefe von weniger als 100 Gramm, zu gewähren hat.<sup>30</sup> Damit wurden bedeutende Voraussetzungen für eine Belebung des Wettbewerbs auf dem Briefmarkt geschaffen. Auch gegenwärtig führt das Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Post

<sup>29</sup> Nach § 2 bis § 4 PUDLV muss ein Unternehmen bestimmte Qualitätsmerkmale nachweisen, um eine Befreiung von der Umsatzsteuer zu erlangen. Diese Anforderungen kann bislang nur die Deutsche Post AG vollumfänglich erfüllen.

<sup>30</sup> BKartA, Beschluss vom 11. Februar 2005, B9-55/03 – Deutsche Post AG.

AG. Im Fokus des Verfahrens stehen erneut die Teilleistungsentgelte. Es besteht der Verdacht, dass die Preise, die die Deutsche Post AG von Großkunden für die Versendung von Briefen verlangt, unter den Entgelten liegen, die Wettbewerber der Deutsche Post AG entrichten müssen, wenn sie Teilleistungen der Deutschen Post AG in Anspruch nehmen.<sup>31</sup> Gegen die Deutsche Bahn AG hat das Bundeskartellamt wegen des Verdachts auf Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beim Vertrieb von Fahrkarten für den Schienenpersonenverkehr ebenfalls ein Verfahren eingeleitet. Wettbewerber hatten unter anderem beklagt, dass sie allenfalls einen eingeschränkten Zugang zu den Vertriebskanälen der Deutsche Bahn AG haben.<sup>32</sup>

### **b) Privatisierung der Verpackungsentsorgung**

Die positiven Auswirkungen des Übergangs von staatlicher Aufgabenerledigung zu einem Wettbewerbsmarkt lassen sich auch bei der Entsorgung von Produktverpackungen beobachten. Zwar waren hier weder eine „Liberalisierung“, noch eine „Entstaatlichung“ der Abfallwirtschaft im ordnungspolitischen Sinne ausschlaggebende Motivation für die Neuordnung des Entsorgungssystems. Vielmehr standen umweltpolitische Ziele im Vordergrund, allen voran die Reduzierung von Verpackungsabfall. Die Herauslösung der Verpackungsentsorgung aus dem hoheitlichen Bereich der Kommunen und die spätere Öffnung des Monopols der Duales System Deutschland GmbH zeigen – bei allen systemimmanenten Schwierigkeiten – dennoch eindrucksvoll, wie effizienzsteigernd Wettbewerb wirken kann. Die Kosten der Verpackungsentsorgung haben sich seit 2000 von rund 2 Mrd. Euro auf 1 Mrd. Euro (2011) halbiert. Auch waren deutliche Innovationsschübe bei der Trenntechnik zu beobachten, die Voraussetzung für hochwertiges Recycling sind.<sup>33</sup> Eine ganze Reihe kartellbehördlicher Verfahren, aber auch gesetzgeberische Maßnahmen haben zur Wettbewerbsöffnung beigetragen.<sup>34</sup>

Die private Organisation der Verpackungsentsorgung wird in letzter Zeit vermehrt in Frage gestellt. Hintergrund sind – für den Moment gelöste – Schwierigkeiten bei der Finanzierung des dualen Systems. Über die regelmäßig auf der Basis von Mengenmeldungen vorzunehmende Aktualisierung ihrer jeweiligen Finanzierungsanteile herrscht immer wieder Uneinigkeit unter den Systembetreibern. Nach dem starken Rückgang der gemeldeten Mengen in

<sup>31</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 5. November 2012, „Bundeskartellamt leitet Verfahren gegen die Deutsche Post AG wegen möglicher Behinderung von Briefdienstleistern ein“, abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>32</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 30. Januar 2014, „Verfahren gegen die Deutsche Bahn AG eingeleitet – Verdacht auf Wettbewerbsbehinderung beim Vertrieb von Fahrkarten“, abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>33</sup> BKartA, Sektoruntersuchung Duale Systeme - Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, 2012, abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>34</sup> S. ebenda für einen Überblick über die Verfahren, S. 20 ff.



jüngster Zeit hat der Streit an Schärfe zugenommen. Von einigen Seiten wurde ein „Systemkollaps“ befürchtet. Kommunalpolitiker und -verbände sehen in diesen Schwierigkeiten ein Indiz für das Scheitern der Marktöffnung und fordern, die Entsorgung der Produktverpackungen wieder den Kommunen zu übertragen. Ursächlich für die Probleme dürften allerdings nicht Wettbewerb und Privatisierung, sondern unzureichende gesetzliche Rahmenbedingungen sein. Die Verpackungsverordnung ließ bisher erhebliche Interpretationsspielräume, die Länder üben ihre Kontrollfunktion unterschiedlich intensiv aus. Eine Rekommunalisierung würde die belegbaren Erfolge der Marktöffnung gefährden, denn sie bedeutet letztlich eine Remonopolisierung. Vorzugswürdig ist es daher, die gesetzten Rahmenbedingungen zu verbessern, wie mit der jüngsten Novelle der Verpackungsverordnung geschehen.<sup>35</sup>

#### **IV. (Re-)Kommunalisierung und Wettbewerb**

Während Liberalisierung und Privatisierung in einigen Bereichen zu einem Rückzug des Staates aus der Wirtschaft geführt haben, baut der Staat teilweise seine wirtschaftlichen Aktivitäten wieder aus. Insbesondere die Kommunen setzen verstärkt auf eigenes unternehmerisches Engagement.

##### **1. Aktuelle Entwicklung**

Seit Mitte der 2000er Jahre lässt sich auf kommunaler Ebene ein Trend zur (Re-)Kommunalisierung beobachten. Vormalig privatisierte Unternehmen werden in den Verantwortungsbereich der Kommunen zurückgeführt, neue kommunale Unternehmen werden gegründet. Im Mittelpunkt der (Re-)Kommunalisierung steht vor allem der Energiesektor, der zwei Jahrzehnte zuvor im Zuge der Liberalisierung noch eine Privatisierungswelle erlebte. Zahlreiche auslaufende Konzessionsverträge bieten kommunalen Stadtwerken nun die Gelegenheit, die Wegenutzungsrechte für Strom- und Gasnetze (wieder) selbst zu erwerben. Aber auch in der Energieerzeugung und im Energievertrieb nimmt das Engagement kommunaler Stadtwerke mancherorts (wieder) zu.<sup>36</sup> Der Verband kommunaler Unternehmen e.V. verzeichnet allein für den Zeitraum zwischen 2007 und 2012 über 70 Stadtwerkeneu Gründungen und 170 Konzessionsübernahmen durch kommunale Unternehmen.<sup>37</sup> Auch die Abfallentsorgung nehmen Städte und Gemeinden zunehmend wieder selbst

<sup>35</sup> S. auch BR-Drs. 244/14, Siebte Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung, 2014. Der Bundesrat hat der Verordnung am 11. Juli 2014 zugestimmt.

<sup>36</sup> Prominentestes Beispiel in der Stromerzeugung ist sicherlich die Übernahme des Stromerzeugers Steag durch ein Stadtwerke-Konsortium aus dem Ruhrgebiet.

<sup>37</sup> Verband kommunaler Unternehmen e.V., Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, 2012, abrufbar unter [www.vku.de](http://www.vku.de).

in die Hand. Weitere Beispiele sind die (Re-)Kommunalisierung von Wasserbetrieben sowie der Ausbau der Breitbandversorgung durch kommunale Unternehmen.

Aber auch außerhalb dieser vielfach als Daseinsvorsorge angesehenen Bereiche werden Kommunen wirtschaftlich tätig: einige Kommunen bieten Stadtrundfahrten an, eröffnen Fitnessstudios, Hotel- und Gaststättenbetriebe oder betreiben Gärtnereien und Kinos. Die Bandbreite der kommunalen Betätigungsfelder ist groß.

## 2. Beweggründe der Kommunen

Die Beweggründe der Kommunen für ein verstärktes wirtschaftliches Engagement sind vielfältig.<sup>38</sup> In den Mittelpunkt stellen die Kommunen häufig den Wunsch, in bestimmten Bereichen im Interesse ihrer Bürger auf die Leistungserbringung Einfluss nehmen zu können. Es soll sichergestellt werden, dass die Ver- oder Entsorgung zuverlässig, von hoher Qualität und preisgünstig ist. Aber auch umwelt-, sozial- oder strukturpolitische Überlegungen spielen nicht selten eine Rolle. Beispielsweise verfolgen einige Kommunen den Wunsch, einen Beitrag zur Energiewende oder zur Schaffung von Arbeitsplätzen in der Region zu leisten. Auch finanzpolitische Aspekte können hinter einer wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen stehen. Gerade in den Bereichen der Energie- und Wasserversorgung sowie der Entsorgung, in denen die Kommunen verstärkt ihre Wirtschaftstätigkeiten ausbauen, lassen sich derzeit in der Regel Gewinne erzielen. Das Engagement der Kommunen hat hier daher typischerweise auch einen fiskalischen Hintergrund. Die Gewinne aus den wirtschaftlichen Aktivitäten sollen die angespannten Haushalte entlasten und so zu einer Finanzierung anderer Aufgaben beitragen.<sup>39</sup>

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass sich die von den Kommunen vorgebrachten Ziele nicht so leicht verwirklichen lassen, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Die bei einer statischen Betrachtung nachvollziehbare Erwartung einer Finanzierungsquelle verstellt den Blick für Risiken, die sich aus der dynamischen Entwicklung des Unternehmens, von Märkten oder Wettbewerb ergeben. Die Chancen werden mitunter überzeichnet, Risiken unterbewertet. So können den Kommunen beispielsweise durch notwendige Investitionsmaßnahmen oder steigende Zinsen für Fremdkapital hohe Kosten entstehen. In diesen Fällen werden die öffentlichen Haushalte und letztlich die Steuerzahler unter Umständen

<sup>38</sup> S. z.B. Putz&Partner, Rekommunalisierung der Energienetze – Kurzstudie zur Bewertung der 10 wichtigsten Ziele und deren Erreichbarkeit, 2013; Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie GmbH, Stadtwerke-Neugründungen und Rekommunalisierungen – Energieversorgung in kommunaler Verantwortung, 2013; Lenk u.a., Renaissance der Kommunalwirtschaft – Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen, 2011. Monopolkommission, Hauptgutachten XX: Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, 2014, Rn. 1132 ff.

<sup>39</sup> VKU, Kommunalwirtschaft auf den Punkt gebracht, Grundsatzpapier, 2012, abrufbar unter [www.vku.de](http://www.vku.de).

erheblich belastet. Beispielhaft ist dies derzeit bei Kommunen zu beobachten, die sich in der Stromerzeugung engagiert haben, sei es durch Beteiligungen an großen Stromerzeugern oder durch eigene Kraftwerksprojekte.

Auch widersprechen sich die Ziele, die hinter einer (Re-)Kommunalisierung stehen, teilweise. Oftmals verfolgen Kommunen mit ihrem wirtschaftlichen Engagement gleichzeitig finanz- und verbraucherpolitische Ziele. Die Interessen der einzelnen Bürger und des Kommunalhaushalts sind aber nicht per se deckungsgleich. Hat die Kommune finanzielle Interessen im Blick, ist es keinesfalls zwingend, dass die kommunalen Unternehmen Kostenvorteile vollumfänglich an ihre Kunden weitergeben oder zugunsten der Verbraucher auf Gewinne verzichten. Darüber hinaus kommen zusätzliche Einnahmen unter Umständen nur einem Teil der Bürger zugute. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn ein Stadtwerk Gewinne aus der Energieversorgung zum Ausgleich der defizitären Bäder-Sparte verwendet.<sup>40</sup> Letztlich werden so nur einzelne Verbrauchergruppen für die Finanzierung kommunaler Aufgaben herangezogen, ohne dass wie bei der Erhebung von Steuern auf eine gerechte Lastenverteilung geachtet würde.

Auch wenn es viele sehr effiziente kommunale Unternehmen gibt, haben kommunale Unternehmen grundsätzlich geringere Anreize als private Anbieter, effizient zu wirtschaften.<sup>41</sup> Denn die öffentliche Hand kann Verluste im Notfall in der Regel über Steuereinnahmen oder Gebühren decken, während ihre privaten Konkurrenten teures Kapital einwerben oder im Extremfall sogar aus dem Markt austreten müssten.<sup>42</sup> Auch die Verfolgung besonderer kommunalpolitischer Ziele, wie zum Beispiel der Erhalt von Arbeitsplätzen in der Region, kann zu Effizienzverlusten führen. Wirtschaftet ein kommunales Unternehmen weniger effizient als ein Privater, zahlt der Bürger unter Umständen mehr für die Leistung. In der Energie- und Wasserwirtschaft zeigen zahlreiche Beispiele, dass öffentliche Versorger vielfach nicht die preisgünstigste Leistung anbieten.<sup>43</sup>

Oft werden umweltpolitische Ziele im Zuge von (Re-)Kommunalisierungen genannt. So wollen Kommunen einen Beitrag zu einer nachhaltigen Energieversorgung und zur Organisa-

<sup>40</sup> Zu Effizienz- und Verteilungsgesichtspunkten s. z.B. Haug, Quersubventionierung kommunaler Leistungen in Deutschland: Aktuelle Bedeutung und Beurteilung unter Effizienz- und Verteilungsgesichtspunkten, *Wirtschaft im Wandel* 2003, S. 299 ff.

<sup>41</sup> Auf Monopolmärkten ist die Überlegenheit privater Unternehmen weniger eindeutig. Vor allem das Problem allokativer Ineffizienz dürfte bei staatlichen Monopolunternehmen deutlich geringer ausgeprägt sein. Vgl. hierzu z.B. Mühlenkamp, *Öffentliche Unternehmen aus der Sicht der Neuen Institutionenökonomik*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinschaftliche Unternehmen* 2006, S. 390 ff.

<sup>42</sup> Zwar gibt es in jüngster Zeit zwei Fälle von Stadtwerks-Insolvenzen. Solche Insolvenzen sind jedoch singulär.

<sup>43</sup> BT-Drs 17/7181, Sondergutachten der Monopolkommission gem. § 62 Abs. 1 EnWG, *Energie 2011 – Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten*, 2011, Rn. 695, 709. Demnach liegen kommunale Stromanbieter auf dem Markt für Sondervertragskunden tendenziell nicht unter den günstigsten Anbietern.

tion der Energiewende „vor Ort“ leisten. Diese Ziele mögen sich durchaus mit einer unternehmerischen Tätigkeit im Bereich der Stromerzeugung erreichen lassen. Die Übernahme von Strom- oder Gasnetzen rechtfertigen sie jedoch kaum. Denn der Betrieb eines Stromnetzes vermittelt keinen Einfluss auf die Struktur der Stromerzeugung. Auch die Integration erneuerbarer Energien müssen alle Netzbetreiber in gleicher Weise gewährleisten. Gegebenenfalls können Investitionen in den Aufbau intelligenter Netze einen Beitrag zur Energiewende leisten. Die Möglichkeiten, mit dem Netzbetrieb den Umbau der Stromerzeugungslandschaft zu unterstützen, sind jedoch insgesamt gering.

Schließlich berufen sich die Kommunen häufig darauf, dass es sich bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit um die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge handelt. Wie bereits ausgeführt, lässt sich der Begriff der Daseinsvorsorge angesichts seiner Konturlosigkeit jedoch nicht klar abgrenzen und trifft auch keine Aussage darüber, dass eine Leistung zwingend von der Kommune erbracht werden müsste. Vielfach handelt es sich um Leistungen, die auch private Unternehmen anbieten können. So ist zu beobachten, dass Ver- oder Entsorgungsleistungen, die in einer Gemeinde im Rahmen der Daseinsvorsorge von der öffentlichen Hand übernommen werden, in der Nachbarkommune von Privatunternehmen erbracht werden.

### **3. Auswirkungen auf den Wettbewerb**

Nicht nur auf Monopolmärkten, auch auf Wettbewerbsmärkten treten Kommunen als Anbieter auf. Eine solche kommunale Wirtschaftstätigkeit bleibt jedoch nicht immer ohne Folgen für den Wettbewerb. Es besteht die Gefahr, dass private Anbieter behindert werden und damit der Wettbewerb geschwächt wird. Dies schadet letztlich auch den Verbrauchern.

#### **a) Märkte ohne funktionierenden Wettbewerb**

Auf Märkten, auf denen der Wettbewerb ohnehin nicht funktioniert, insbesondere bei einem natürlichen Monopol, ist die Aufnahme einer unternehmerischen Tätigkeit durch eine Kommune wettbewerbsneutral. Denn wird die Kommune anstatt eines Privaten tätig, wird lediglich ein Monopolist durch einen anderen ausgetauscht. Wettbewerbliche Elemente lassen sich in einigen Konstellationen dennoch einführen. So gibt es beispielsweise die Möglichkeit, Leistungen am Markt auszuschreiben und zumindest einen „Wettbewerb um den Markt“ zu schaffen.

Auch in anderen Fällen, in denen der Markt nicht funktioniert, gibt es Alternativen zu einer staatlichen Leistungsbereitstellung. So ist beispielsweise der Ausbau von Breitbandanschlüssen in dünn besiedelten Regionen nur wenig rentabel und unterbleibt deshalb oft durch private Anbieter („weiße Flecken“). Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass die Kommunen selbst als Betreiber von Telekommunikationsnetzen tätig werden müssten. So kann

beispielsweise mit einer Subventionierung des Aufbaus von Breitbandnetzen stärker auf Wettbewerb gesetzt werden.<sup>44</sup>

## **b) Wettbewerbsmärkte**

Auf Märkten, auf denen der Wettbewerb weniger stark ausgeprägt ist, kann das wirtschaftliche Engagement von Kommunen zu einer Belebung des Wettbewerbs beitragen. Beispielsweise haben kommunale Energieversorger mit ihren Kraftwerksprojekten vor allem in der Zeit vor der Energiewende, in denen der Stromerzeugungsmarkt stark von den vier großen Stromerzeugern geprägt war, den Wettbewerb belebt. Auch beim Vertrieb von Strom und Gas haben kommunale Stadtwerke, die sich überörtlich betätigen, zu einer Belebung des Wettbewerbs beigetragen, indem sie zusätzliche Versorgungsalternativen für Verbraucher geschaffen haben.

Gleichwohl kann die kommunale Wirtschaftstätigkeit auch zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Wettbewerber führen. Dies birgt die Gefahr, dass der private Wettbewerb zurückgedrängt wird.

Wettbewerbsvorteile kommunaler Unternehmen ergeben sich bereits daraus, dass sie weniger stark als private Unternehmen dem Druck der Kapitalmärkte ausgesetzt sind. So können öffentliche Unternehmen in der Regel günstigeres Fremdkapital beschaffen als private Konkurrenten, da sie kein oder ein geringes Insolvenzrisiko tragen. Aus demselben Grund verlangen Eigenkapitalgeber, die sich an einem kommunalen Unternehmen beteiligen, zumeist geringere Risikoaufschläge auf die Verzinsung ihres eingebrachten Kapitals. Zudem verfolgen kommunale Unternehmen nicht immer ausschließlich finanzielle, sondern auch struktur- oder umweltpolitische Ziele. In solchen Fällen verzichtet eine Kommune unter Umständen ganz oder teilweise auf die Verzinsung ihrer eingesetzten Mittel.<sup>45</sup>

Wettbewerbsverzerrungen können auch dann entstehen, wenn kommunale Mehrspartenunternehmen Kosten von Wettbewerbsbereichen in andere Sparten, insbesondere Monopolbereiche, verlagern. So wäre denkbar, dass ein Stadtwerk, welches Telekommunikationsdienstleistungen anbietet und zugleich Fernwärmeversorger ist, die Tiefbauarbeiten zur Wartung des Fernwärmenetzes nutzt, um zugleich Glasfasernetze zu verlegen. Rechnet das Stadtwerk die Kosten der Tiefbauarbeiten, soweit das EU-Beihilferecht es zulässt, unverhält-

<sup>44</sup> Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten XX: Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, 2014, Rn. 1259.

<sup>45</sup> OECD, Competitive Neutrality – Maintaining a level playing field between public and private business, 2012; OECD, Competitive neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and policy options, OECs Corporate Governance Working Papers 2011, No.1, beide abrufbar unter [www.oecd.org](http://www.oecd.org); Siegmund, Warum Privatisierung?, Eine Dogmenschicht der Privatisierungstheorien, Kiel Working Papers 1997, No. 785.

nismäßig hoch der Fernwärmeversorgung zu, wird der Wettbewerb im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen zulasten privater Konkurrenten beeinträchtigt.

Auch der steuerliche Querverbund kommunaler Unternehmen kann wettbewerbsverzerrend wirken. Er erlaubt es den Kommunen, innerhalb eines Betriebes gewerblicher Art Verluste aus defizitären Sparten mit Gewinnen aus profitablen Sparten zu verrechnen und steuerwirksam auszugleichen. Hierdurch haben kommunale Unternehmen in den profitablen Sparten eine geringere steuerliche Belastung, die ihnen Wettbewerbsvorteile verschaffen kann. Hintergrund ist, dass Gemeinden aus Gründen der Daseinsvorsorge oder strukturpolitischen Erwägungen – anders als private Unternehmen – auch dauerhaft defizitäre Geschäftsfelder bewirtschaften, etwa den Öffentlichen Personennahverkehr. Die in solchen Sparten entstehenden Verluste können mit den Gewinnen aus Sparten verrechnet werden, in denen die kommunalen Unternehmen mit privaten Wettbewerbern konkurrieren. In diesen Fällen unterliegen kommunale Unternehmen in den wettbewerblichen Bereichen einer geringeren Steuerbelastung als ihre privaten Konkurrenten.<sup>46</sup> Sie erlangen so gegenüber der Privatwirtschaft Wettbewerbsvorteile.

#### **4. Diskriminierungsgefahren**

Auch die Doppelrolle vieler Städte und Gemeinden als Marktteilnehmer auf der einen und Hoheitsträger auf der anderen Seite ist aus wettbewerblicher Sicht problematisch. Beispielsweise vergeben Kommunen im Rahmen von Ausschreibungen Strom- und Gaskonzessionen, während gleichzeitig das kommunale Stadtwerk am Auswahlverfahren teilnimmt. Im Öffentlichen Personennahverkehr sind Gemeinden nicht nur Aufgabenträger, sondern häufig ebenso Eigentümer von Verkehrsunternehmen. Diese Doppelfunktion der Kommunen birgt die Gefahr, dass private Unternehmen gegenüber kommunalen Unternehmen diskriminiert werden. So können kommunale Unternehmen in den Genuss wettbewerbsverzerrender Informationsvorsprünge kommen. Beispielsweise kann ein kommunales Telekommunikationsunternehmen, welches Kenntnis über künftige Straßenarbeiten in der Gemeinde hat, Kabel oder Leerrohre kostengünstiger verlegen als seine privaten Wettbewerber. Zudem ergeben sich bei der Erteilung von Genehmigungen oder der Vergabe von Aufträgen für kommunale Entscheidungsträger oftmals Interessenskonflikte, die letztlich zu einer Diskriminierung privater Konkurrenten führen können. Praktische Beispiele dafür finden sich bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und der Genehmigung privater Abfallsammlungen durch Kommunen.

<sup>46</sup> Die Befreiung öffentlicher, im Wettbewerb stehender Unternehmen von der Umsatzsteuer oder Körperschaftsteuer dürfte nach zwei Urteilen des Bundesfinanzhofs 2011 und 2012 weitestgehend abgeschafft worden sein, s. BFH, Urteil vom 10. November 2011, V R 41/10 und Urteil vom 12. Juli 2012, I R 106/10.

### a) Strom- und Gaskonzessionen

In zahlreichen Gemeinden laufen derzeit Konzessionsverträge für den Betrieb von Strom- und Gasnetzen aus. Mit Konzessionsverträgen räumen Kommunen Energienetzbetreibern für eine Dauer von bis zu 20 Jahren das Recht ein, öffentliche Wege für die Verlegung und den Betrieb ihrer Strom- und Gasleitungen zu nutzen. § 46 EnWG verpflichtet die Kommunen, die Konzessionen für den Netzbetrieb auszuschreiben. Da Energienetze die Eigenschaft eines natürlichen Monopols erfüllen und Wettbewerb in diesen Märkten nicht möglich ist, kann ein Ausschreibungsverfahren zumindest einen „Wettbewerb um den Markt“ etablieren. Für die Vergabe der Konzession hat sich die ausschreibende Gemeinde gemäß § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG an den Zielen des § 1 EnWG zu orientieren. Im Vordergrund steht demnach eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Energieversorgung.

Oftmals sind Kommunen nicht nur „Anbieter“ der Wegenutzungsrechte, sondern zugleich auch „Nachfrager“. Vielerorts bewerben sich kommunale Unternehmen um die Konzessionsverträge mit dem Ziel, die Strom- und Gasversorgungsnetze wieder oder auch erstmals in die öffentliche Hand zu überführen. Der Betrieb von Energienetzen verspricht aus heutiger Sicht stetige Einnahmen und kann so zu einer Entlastung des kommunalen Haushaltes beitragen. Vor diesem Hintergrund existieren Anreize, das kommunale Unternehmen bei der Vergabe der örtlichen Wegenutzungsrechte gegenüber dritten Bewerbern zu bevorzugen. Aus kartellrechtlicher Sicht ist ein solches Verhalten jedoch missbräuchlich. Die Konzessionsvergabe stellt nach geltender Rechtsprechung eine unternehmerische Tätigkeit dar.<sup>47</sup> Die Kommune ist als Anbieter der Konzession in ihrem Gemeindegebiet marktbeherrschend.<sup>48</sup> Das Bundeskartellamt hat in den vergangenen Jahren Missbrauchsverfahren gegen Kommunen geführt, die kein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren durchgeführt haben.<sup>49</sup> Dabei vertritt das Bundeskartellamt die Auffassung, dass eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe und die Bevorzugung kommunaler Unternehmen nicht zulässig sind.<sup>50</sup> Diese Rechtsauffassung ist mittlerweile vom Bundesgerichtshof in zwei Kartellzivilverfahren bestätigt worden.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KZR 43/07 – Neue Trift.

<sup>48</sup> BGH, Beschluss vom 6. November 2012, KVR 54/11 – GAG Ahrensburg, sowie BGH, Urteile vom 17. November 2013, KZR 65/12 – Heiligenhafen und KZR 66/12 – Berkenthin. Ebenso für Brandmeldeanlagen, vgl. BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2013, B7 – 30/07-1 – Stadt Düsseldorf/Siemens AG.

<sup>49</sup> BKartA, Beschluss vom 18. November 2011, B10-6/11 – Kreisstadt Dinkelsbühl; Beschluss vom 21. November 2011, B10-17/11 – Stadt Markkleeberg; Beschluss vom 22. Juni 2012 sowie Fallbericht vom 30. Oktober 2012, B10-16/11 – Stadt Pulheim; Beschluss vom 30. November 2012, B8-101/11 – Kreisstadt Mettmann.

<sup>50</sup> BKartA, Beschluss vom 30. November 2012, B8-101/11 – Kreisstadt Mettmann.

<sup>51</sup> BGH, Urteile vom 17. November 2013, KZR 65/12 – Heiligenhafen und KZR 66/12 – Berkenthin.

Mit diesen Entscheidungen wurden die Leitplanken dafür gesetzt, dass bei der Vergabe von Energiekonzessionen ein fairer Wettbewerb zwischen Kommunen und Privaten herrscht. Kritisch sind daher aktuelle Bestrebungen zu bewerten, § 46 EnWG dahingehend zu ändern, dass bei der Konzessionsvergabe neben den Zielen des § 1 EnWG auch kommunale Interessen maßgeblich berücksichtigt werden dürfen oder sogar die Inhouse-Vergabe von Energiekonzessionen ganz von der Ausschreibungspflicht freigestellt wird. Ein „level-playing-field“ von privaten und kommunalen Netzbetreibern bei der Vergabe von Konzessionen würde damit verhindert. Ein fairer Wettbewerb wäre nicht gewährleistet.

## **b) Entsorgungswirtschaft**

Auch in der Entsorgungswirtschaft lässt sich beobachten, dass die Doppelfunktion der Kommunen als Aufsichtsbehörde und Marktteilnehmer Diskriminierungsanreize birgt. Im Juni 2012 trat das Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) in Kraft, welches unter anderem in den §§ 17, 18 KrWG die Voraussetzungen für sogenannte gewerbliche Sammlungen von Abfällen, zum Beispiel Altkleidern oder Schrott, neu regelte. Seitdem dürfen die für den Vollzug des Gesetzes zuständigen Behörden gewerbliche Sammlungen untersagen, wenn überwiegende öffentlich-rechtliche Interessen der Sammlung entgegenstehen (§ 18 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG). Dies ist gemäß § 17 Abs. 3 KrWG der Fall, wenn die Sammlungen die Funktionsfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gefährden. Nach der gesetzlichen Regelung ist dies bereits dann anzunehmen, wenn die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger wesentlich beeinträchtigt oder die Erfüllung ihrer Entsorgungspflichten zu ausgewogenen Bedingungen verhindert werden. Nur wenn gewerbliche Sammler nachweisen können, dass sie wesentlich leistungsfähiger als ein kommunales Erfassungssystem sind, können sie sich noch gegenüber den kommunalen Belangen durchsetzen. Hierdurch sind die privaten Sammler erheblichen Wettbewerbsnachteilen ausgesetzt.

Besonders kritisch in diesem Zusammenhang ist, dass in einigen Bundesländern die unteren Abfallbehörden beauftragt worden sind, den Vollzug des Kreislaufwirtschaftsgesetzes zu überwachen. Diese verfolgen aufgrund der Tätigkeit ihrer Abfallwirtschaftsbetriebe auch eigene wirtschaftliche Ziele. Das führt zu Interessenkonflikten und birgt die Gefahr, dass die zuständigen kommunalen Behörden ihre Untersagungskompetenzen einseitig ausüben. Denn letztlich obliegt es der Kommune, darüber zu entscheiden, welchem Wettbewerb sie den eigenen öffentlichen Entsorger aussetzt.

Aus dem Monitoringbericht 2014 der Bundesregierung zum Kreislaufwirtschaftsgesetz geht hervor, dass vor allem in Bundesländern, in denen die untere Abfallbehörde mit den Anzeigeverfahren betraut ist, in den vergangenen Jahren zahlreiche private Sammlungen untersagt wurden. Auch durch umfangreiche Beibringungspflichten, lange Verfahren,



Befristungen und Auflagen werden Wettbewerber aus dem Markt gedrängt.<sup>52</sup> In vielen Fällen ist es zu gerichtlichen Auseinandersetzungen gekommen, in denen oftmals die Untersagungen der Kommunen aufgehoben wurden. Nur allmählich entsteht durch obergerichtliche Entscheidungen eine gewisse Rechtsklarheit. Unter den bestehenden Regelungen ist die Gefahr einer Behinderung des Wettbewerbs dennoch nicht aus der Welt. Es zeigt sich, dass eine unscharfe Trennung von unternehmerischen und hoheitlichen Aufgaben des Staates hinderlich für einen funktionierenden Wettbewerb ist.

## **5. Gefahr von Ausbeutungsmisbrauch auf Monopolmärkten**

Besonders auf den Monopolmärkten der Wasserwirtschaft und der Fernwärmeversorgung ist der Anteil kommunaler Unternehmen nach wie vor hoch. Vor allem Trinkwasser gilt als lebensnotwendiges und deshalb schutzbedürftiges Gut, dessen Bereitstellung als Bestandteil kommunaler Daseinsvorsorge angesehen wird (§ 50 Abs. 1 WHG). Aufgrund ihrer Leitungsgebundenheit stellen Wasserversorgung und Fernwärmebelieferung (regionale) natürliche Monopole dar. Zusätzlich sind die Fernwärme- und Trinkwassermonopole in einigen Gemeinden rechtlich durch einen Anschluss- und Benutzungszwang abgesichert. Insbesondere im Fernwärmebereich ist der Anschluss- und Benutzungszwang aus wettbewerblicher Sicht nicht unproblematisch, denn die Verbraucher haben dadurch keine Möglichkeit, ihren Heizenergieträger selbst auszuwählen.

Da anders als bei Strom- und Gasnetzen keine Regulierung des natürlichen Monopols erfolgt, kommt der Missbrauchsaufsicht in diesen Bereichen zum Schutz der Verbraucher eine hohe Bedeutung zu. Es besteht die Gefahr, dass die Versorger ihre Monopolstellung ausnutzen und von den Verbrauchern überhöhte Preise verlangen. Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden haben in den vergangenen Jahren erfolgreich mehrere Missbrauchsverfahren geführt. In Berlin hat das Bundeskartellamt eine Wasserpreissenkung um rund 18% verfügt.<sup>53</sup> Die Stadtwerke Mainz haben aufgrund einer Zusagenentscheidung des Bundeskartellamts ihre Wasserpreise um circa 15% herabgesetzt.<sup>54</sup> Insbesondere die Landeskartellbehörden in Hessen und Niedersachsen haben Rückerstattungen beziehungsweise Preissenkungen durchgesetzt. Auch im Fernwärmebereich führt das Bundeskartellamt derzeit Missbrauchsverfahren.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> BT-Drs. 18/800, Bericht über die Auswirkungen der Regelungen zur Anzeigepflicht gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen gemäß den §§ 17 und 18 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (Monitoring-Bericht), 2014.

<sup>53</sup> BKartA, Beschluss vom 4. Juni 2012 sowie Fallbericht vom 25. Juli 2012, B8-40/10 – BWB Berlin.

<sup>54</sup> BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2012, B8-159/11 – Stadtwerke Mainz Netze GmbH.

<sup>55</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 7. März 2013, „Bundeskartellamt prüft überhöhte Fernwärmepreise“, abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

Mit der 8. Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahr 2013 hat der Gesetzgeber öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge von der Missbrauchskontrolle ausgenommen (§ 130 Abs. 1 S. 2 GWB). Damit können nur privatrechtliche Preise, nicht aber öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge Gegenstand eines Missbrauchsverfahrens sein. Zwar unterstehen gebührenerhebende Versorger der Kommunalaufsicht der Bundesländer. Es ist allerdings mehr als zweifelhaft, ob die Kommunalaufsicht eine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht ersetzen kann. Die Kommunalaufsicht verfolgt andere Ziele als die am Verbraucherschutz orientierte kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht. Im Vordergrund stehen dort vor allem Kostendeckung und Versorgungssicherheit. Effizienzprüfungen spielen allenfalls eine sehr untergeordnete Rolle.<sup>56</sup>

Aus ökonomischer Sicht ist nur schwer nachvollziehbar, dass privatrechtliche Preise und öffentlich-rechtliche Gebühren nach unterschiedlichen Maßstäben bewertet werden sollen.<sup>57</sup> Der wirtschaftliche Charakter einer Leistungserbringung hängt nicht davon ab, ob ein Unternehmen privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert ist. Dementsprechend unterliegen auch öffentlich-rechtliche Trinkwassergebühren der Umsatzsteuer. Mit der Herausnahme der Gebühren aus der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht hat der Staat den kommunalen, gebührenerhebenden Monopolunternehmen letztlich einen weiteren Spielraum bei der Gestaltung der Entgelte eingeräumt, als er ihn privaten Anbietern zugesteht. Es ist davon auszugehen, dass dieser zu Lasten der Verbraucher genutzt wird.

<sup>56</sup> Coenen/Haucap, Kommunal- statt Missbrauchsaufsicht, WuW 2014, S. 356 ff.

<sup>57</sup> Kritisch zur Anwendung des Kartellrechts auf öffentlich-rechtliche Gebühren dagegen Brüning, „Flucht in das öffentliche Recht?!“ – Zum kartellrechtlichen Zugriff auf öffentlich-rechtliche Abgaben in der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft, Zeitschrift für Wasserwirtschaft 2012, S. 1 ff.