

Staatliche Unternehmen und Privatwirtschaft im Wettbewerb

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

Bonn

2. Oktober 2014

I. Einleitung

Gliederung:

I. Ausgangspunkte des Unionsrechts für das Verhältnis Staat- Wirtschaft

II. Der Unternehmensbegriff in Anwendung auf öffentliche Tätigkeit

III. Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV: Grundsatz der Chancengleichheit für öffentliche und private Unternehmen im Wettbewerb

IV. Wettbewerbsrechtliche Vorgaben für die Auswahl des mit einem Ausschließlichkeitsrecht auszustattenden Unternehmens im Unionsrecht und im dt. Recht

[V. Bindung öff. Unternehmen ans Wettbewerbsrecht, § 130 GWB]

[VI. Art. 106 Abs. 2 AEUV]

VII. Thesen

I. Ausgangspunkte im Unionsrecht

- Art. 345 AEUV: Grundsatz der Neutralität der Unionsverträge gegenüber den Eigentumsordnungen der MS.
 - D.h.: Kein Subsidiaritätsprinzip

- Aber: Art. 345 AEUV entzieht die mitgliedstaatliche Eigentumszuordnung nicht den Grundprinzipien des AEUV. Grundfreiheiten / Wettbewerbsregeln bleiben anwendbar.
 - D.h.: Entscheidung über Einsatz öff. Unternehmen liegt bei MS;
 - Aber staatliche Maßnahmen sind ggfs. am Maßstab der Grundfreiheiten zu prüfen;
 - Und öff. Unternehmen unterliegen Wettbewerbsregeln.
 - Folge: Öff. Unternehmen, die der Kontrolle durch den Wettbewerb unterliegen, taugen nur noch eingeschränkt als Instrumente zur Durchsetzung staatlicher Politikziele!

- Ausgangspunkt in AEUV/GWB: Funktionaler Unternehmensbegriff
 - ⇒ Anwendung der Wettbewerbsregeln wird von einer polit. Frage zur Rechtsfrage nach Maßgabe obj. Kriterien
 - Unerheblich: Ob Tätigkeit tatsächlich im Wettbewerb erbracht wird. Maßgeblich: Hypothetischer Wettbewerbstest

 - Schwierigkeiten in der Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs in D:
 - Weit verbreitete Ansicht (z.B. Di Fabio) : Öff. Aufgaben/Daseinsvorsorge = wesensgemäß staatliche (d.h. keine wi.) Aufgaben, insbes. wenn Staat keinen Wettbewerb eröffnet und Beziehungen zu Nutzern öff.-rechtl. ausgestaltet sind.
 - Rspr.: Wasserversorgung ist keine wi. Tätigkeit, wenn sie in öff.-rechtl. Rechtsform erbracht wird (OLG Frankfurt, 20.9.2011 – *Rekommunalisierung*); jedenfalls nicht bei Anschluss-/Benutzungszwang (weil dann kein potenzieller Wettbewerb) (OLG Düsseldorf, 8.12.2010 – *Wasserversorger*).
 - ⇒ Grundfrage auch in BGH 18.10.2011, KVR 9/11 – *Niederbarimer Wasserverband* offengelassen
-
- Unionsrecht aber (und wg. übereinstimmenden Unternehmensbegriffs auch GWB):
 - Hoheitlich/nicht-wirtschaftlich sind nur Aufgaben, die wesensgemäß mit der Ausübung von Hoheitsrechten verbunden sind. Öff.-rechtl. Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses/Anschluss-/Benutzungszwang unerheblich (EuG 16.7.2014, Rs. T-309/12 – Zweckverband Tierkörperbeseitigung). Wettbewerbsrecht hat marktöffnende Funktion / setzt Entscheidung zugunsten der Marktöffnung nicht voraus (s. Art. 106 Abs. 1 AEUV).

III. Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV: Grundsatz der Chancengleichheit für öffentliche und private Unternehmen im Wettbewerb

- Folge der Qualifikation als Unternehmen: GWB auf Verhalten der Unternehmen anwendbar (s.u.)

- Sofern zwischenstaatl. Handel berührt: auch AEUV anwendbar – und Bindung der MS an WettbewerbsR:
 - Art. 106 Abs. 1 AEUV: Mitgliedstaaten dürfen in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem Unionsrecht, insbes. den Wettbewerbsregeln, widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.
 - ✓ Beihilferecht gilt auch im Verhältnis zu öff. Unternehmen (z.B.: Gewährträgerhaftung für öff. Unternehmen = Beihilfe; u.U. auch Zahlungen im Querverbund)
 - ✓ Allg. Grundansatz: Level playing field für öff. + private Unternehmen. Verbot staatlicher Maßnahmen, die die Chancengleichheit beeinträchtigen.

- Praktisch bedeutsam v.a.: wenn öff. Unternehmen Vorteile (z.B. Ausschließlichkeitsrechte) eingeräumt werden => Nur dort, wo öff. Unternehmen nicht der vollen Kontrolle durch Wettbewerb ausgesetzt sind, sind sie geeignete Instrumente mitgliedstaatlicher Politik:
 - Kontrolle von rechtlichen/faktischen Privilegien am Maßstab der Grundfreiheiten: Sonder-/Ausschließlichkeitsrechte beschränken Dienstleistungs-/Niederlassungs-/Kapitalverkehrsfreiheit; Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses (Verhältnismäßigkeitsprinzips)

III. Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV: Grundsatz der Chancengleichheit für öffentliche und private Unternehmen im Wettbewerb

- Kontrolle von Ausschließlichkeitsrechten und anderen Privilegien am Maßstab der Wettbewerbsvorschriften: St. Rspr.
 - Beherrschende Stellung (auch durch ausschließliche oder bes. Rechte), ist für sich genommen nicht mit Art. 102 AEUV unvereinbar. Aber: MS dürfen keine Maßnahmen treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit von Art. 102 AEUV ausschalten können (zuletzt EuGH, Urteil v. 17.7.2014, Rs. C-553/12 P Rn. 45 – DEI m.w.N.).
 - Neuere Rspr. (EuGH, DEI, Rn. 42-46): Staatl. Maßnahmen verstoßen – unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen eines Missbrauchs – gg Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV, wenn sie die Struktur des Marktes dadurch beeinträchtigen, dass sie ungleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen Unternehmen und dadurch die Gefahr eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung schaffen.
- ⇒ Verbot der Schaffung missbrauchsgeneigter Marktstrukturen! Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV als strukturbezogener GefährdungstB.
- ⇒ (P): Welche Gefährdungen werden erfasst?
 - ✓ Verbindung wirtschaftlicher Tätigkeit mit Regulierungsbefugnissen über Wettbewerber
 - ✓ Schaffung/Beibehaltung beherrschender Stellung, wenn sie mit Fähigkeit und Anreiz zur Ausdehnung auf angrenzende Märkte / überschießender Marktabschottungsgefahr verbunden ist.
 - ✓ Preishöhenmissbrauch: Abstrakte Gefahr reicht nicht. Konkrete Preispolitik des Unternehmens in der Vergangenheit / Anreizstruktur zu prüfen.
- ⇒ i.E. strenge Kontrolle des Verhaltens der MS! MS dürfen öff. Unternehmen keine Vorteile im Wettbewerb verschaffen.

IV. Wettbewerbsrechtliche Vorgaben für die Auswahl des mit einem Ausschließlichkeitsrecht auszustattenden Unternehmens?

I. Unionsrecht

- Vergaberecht: Vergabewettbewerb für öff. Aufträge + Konzessionen (künftig grds. auch: Dienstleistungskonzessionen).
 - Aber: Inhouse-Ausnahme.
 - ⇒ D.h.: Eigenerbringung zulässig / Anerkennung der Verwaltungsautonomie der nationalen, regionalen und lokalen Gebietskörperschaften (Art. 2 Abs. 1 KonzessionsRL; s. auch EuGH 8.5.2014, Rs. C-15/3 – HIS).
 - Wettbewerbsrecht: Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV erlaubt grds. Eigenerbringung
 - Gegenläufige Ansatzpunkte:
 - EuGH – *Essent*: Wenn ein Privatisierungsverbot für Netze wg. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigungsbedürftig ist, muss u.U. Entsprechendes gelten, wenn Netze (verbunden mit entsprechenden Ausschließlichkeitsrechten) de facto bei der öff. Hand verbleiben?
 - EuGH – *DEI*: Vorbehalt der durch ein (gerechtfertigtes) Ausschließlichkeitsrecht geschützten Tätigkeiten für öff. Einrichtung schafft ebenfalls ungleiche Wettbewerbsbedingungen (um den Markt)
- ⇒ Fortentwicklung der Rspr. i.S. einer Rechtfertigungsbedürftigkeit einer nicht-wettbewerblichen Vergabe von Ausschließlichkeitsrechten an kommunale Unternehmen nicht ausgeschlossen.

V. Wettbewerbsrechtliche Vorgaben für die Auswahl des mit einem Ausschließlichkeitsrecht auszustattenden Unternehmens?

II. Deutsches Recht

- Vergaberecht: s.o. (mit inhouse-Ausnahme)

- Wettbewerbsrechtl. Verpflichtung zur Vergabe von Konzessionen im Wettbewerb?
 - BGH 17.2.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*; und KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*:
 - ✓ Gemeinden handeln, wenn sie Konzessionsverträge abschließen, als Unternehmen
 - ✓ Marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung / Betrieb von Leitungen
 - ✓ Pflicht der Gemeinden aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (Verbot unbilliger Behinderung), Konzessionäre für den Betrieb von Energieversorgungsnetzen in diskriminierungsfreiem Wettbewerb auszuwählen.

 - ⇒ Auslegung des § 19 GWB geht über Unionsrecht hinaus
 - ⇒ Grundlage: Im EnWG (§ 46) niedergelegte Grundentscheidung des Gesetzgebers für eine wettbewerbliche Vergabe von Konzessionen, die eine Privilegierung des Eigenbetriebs ausschließt.
 - ⇒ Erzwingung der Marktöffnung *allein* aufgrund § 19 GWB (unabhängig von gesetzgeberischer Entscheidung im EnWG) wäre auf dieser Grundlage nicht möglich.
 - ⇒ (P): Verstößt die Position der Gemeinden als Bieter und gleichzeitig Entscheider im Bieterverfahren gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV?

V. Bindung öff. Unternehmen ans Wettbewerbsrecht, § 130 GWB

- Grds. umfassende Bindung öff. Unternehmen ans GWB (§ 130 Abs. 1 GWB); inkl. Verbot des Ausbeutungsmisbrauchs, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB
- Neue Ausnahme nach § 130 S. 2 GWB: „Die §§ 19, 20 und 31b Abs. 5 finden keine Anwendung auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge“ => Entscheidung der Kommune über öff.-rechtl./privatrechtl. Ausgestaltung der Gegenleistung entscheidet über Anwendung der kartellrechtl. Kontrolle.
 - ⇒ „Flucht ins Gebührenrecht“; zu Recht kritisiert
 - ⇒ Siehe späterer Vortrag
 - ⇒ § 130 Abs. 1 S. 2 GWB kann Wirkung nur dort entfalten, wo Art. 102 AEUV nicht anwendbar ist!

VI. Art. 106 Abs. 2 AEUV

- Allgemein anerkannt: Möglichkeit des Staates, bes. Aufgaben der Daseinsvorsorge zu definieren / Erfüllung zu gewährleisten. Im Unionsrecht: Art. 106 Abs. 2 AEUV – weites Ermessen der MS bei Bestimmung der Dienste der Daseinsvorsorge/ öff. Aufgabe; Verhältnismäßigkeitsprüfung, wenn Erfüllung mithilfe von Ausnahmen von Grundfreiheiten/Wettbewerbsregeln sichergestellt werden soll.
 - ⇒ Öffnung der wirtschaftlichen Sphäre für polit. Entscheidungen; aber mit Verpflichtung zur Transparenz in der Formulierung der öff. Aufgabe und zur Wahl des wettbewerbskonformsten Mittels.
- (P): GWB kennt kein Pendant zu Art. 106 Abs. 2 AEUV. Entsprechende Wertungen fließen in die Auslegung des Missbrauchsbegriffs ein.
 - ⇒ U.U. sinnvoll: Einführung einer Norm entsprechend Art. 106 Abs. 2 AEUV ins GWB?

VII. Thesen

- Subsidiaritätsprinzip zu Lasten öff. Unternehmen u.U. wünschenswert, aber praktische Wirksamkeit unsicher.
 - ⇒ Die unionsrechtliche Garantie der Neutralität ggü. Eigentumsverhältnissen, verbunden mit strenger Kontrolle von Marktzutrittschindernissen und dem Verbot aller staatlichen Maßnahmen, die die Chancengleichheit im Wettbewerb beeinträchtigen, ist eine gute Alternative.
- Grds. identischer Unternehmensbegriff in GWB/AEUV. Aber Unternehmensbegriff wird in D immer noch staatsfreundlich ausgelegt. Nur wesensgemäß mit Hoheitsbefugnissen verbundene Tätigkeiten sind nicht-wirtschaftlich! Öffentlich-rechtl. Nutzungsverhältnis reicht nicht aus!
- Neuere Rspr. zu Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV begrüßenswert: Garantie der Chancengleichheit im Wettbewerb; schon Gefährdungen der Chancengleichheit sind vom Verbot erfasst; Überprüfung staatl. Maßnahme auf negative Strukturwirkungen im Wettbewerb. Relativiert Instrumentalfunktion von öff. Unternehmen im Wettbewerb.
- Allerdings existiert gegenwärtig keine unionsrechtliche Pflicht zur Ausschreibung von grds. gerechtfertigten Ausschließlichkeitsrechten. Den MS verbleibt die Möglichkeiten zur Eigenerbringung durch die öff. Hand. Aber: Ansatzpunkte für eine Weiterentwicklung der Rspr. existieren.
 - BGH geht auf der Grundlage von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. § 46 EnWG in Rspr. zur Vergabe von Wegekonzessionen für Energienetze wg. klarer Entscheidung des Gesetzgebers für Ausschreibungswettbewerb bereits über Unionsrecht hinaus.
- Der neue § 130 Abs. 1 S. 2 GWB hat keine nachvollziehbare Grundlage und bleibt bei paralleler Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV ohne Wirkung. Im Übrigen: Ziel der Angleichung der öff.-rechtl. Kontrollmaßstäbe an kartellrechtl. Kontrolle
- Dt. Gesetzgeber sollte erwägen, eine Parallelvorschrift zu Art. 106 Abs. 2 AEUV ins GWB einzuführen.