2. Berliner Kolloquium

Wettbewerb und Rekommunalisierung

10. Mai 2012

Berlin

Dr. Felix Engelsing

Vorsitzender

8. Beschlussabteilung

Bundeskartellamt

Übersicht

1. Einleitung
2. Stromerzeugung
3. Wasserversorgung
4. Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen
5. Konzessionsabgabe Gas

Einleitung

- Marktteilnahme von privaten und öffentlichen/kommunalen Unternehmen
- Deutsches/Europäisches Wettbewerbsrecht auf öffentliche Unternehmen anwendbar, § 130 GWB
- Chancengleichheit für alle: level-playing-field
- keine Sonderstellung oder Sonderrechte für Kommunen oder kommunaler Unternehmen
- Art. 28 Abs. 2 GG: nur im Rahmen der Gesetze
- Art. 103 AEUV

Stromerzeugung

- Liberalisierung und wettbewerbliche Organisation im Bereich konventionelle Kraftwerke
  - dagegen Planwirtschaft bei EEG, aber dezentrale Struktur
- starke Marktposition der großen vier Erzeuger (RWE, E.ON, Vattenfall, EnBW)
  - Sinkende Marktanteile wegen Abgabe Kapazitäten E.ON und Markterweiterung auf Österreich und Energiewende
- positiv für Wettbewerb und Marktstruktur: Markteintritte neuer Unternehmen, insbes. auch kommunaler Unternehmen (z.B. Trianel)

Wasserversorgung I

Merkmale von Wassermärkten

- Netze: meist kleinteilig, kein bundesweites Netz
- Monopol des jeweiligen Wasserversorgers
- Durchleitung von Wasser nicht/kaum möglich, daher keine Netzregulierung
- Kunde gefangen, keine Wechselmöglichkeiten, daher Preismissbrauchsaufsicht
- staatliche Abgaben
  - Wasserentnahmeentgelte, Konzessionsabgaben

Wasserversorgung II

<u>Erhebung von Preisen oder Gebühren:</u>

- Erhebung hängt von Organisationsform ab
  - Privatrechtliche Versorger müssen Preise erheben
  - Öffentlich-rechtliche Versorger haben Wahlrecht
- 40 größten Wasserversorger in DE erheben Preise
- Wasserpreise: Kartellrechtliche Prüfung
- Wassergebühren: Abgabenrechtliche Prüfung nach KAG
  - Anwendbarkeit Kartellrecht strittig

Wasserversorgung III

Verfahren Bundeskartellamt gegen Berliner Wasserbetriebe

- BWB bestreitet Anwendbarkeit des GWB, da die privatrechtlichen Entgelte von BWB in öffentlich-rechtlichem Genehmigungsverfahren auf Basis eines Gesetzes genehmigt worden seien
- BKartA hält GWB für anwendbar, da privatrechtliche Entgelte und unternehmerische Tätigkeit der BWB
- Auswirkung BGH-Entscheidung vom 18.10.2011- Niederbarnim ./. BKartA

Wasserversorgung IV

BGH vom 18.10.2011 - Niederbarnimer Wasserverband

- Kartellrecht grds. nicht auf öffentlich-rechtlich geregelte Gebühren anwendbar
- im Einzelfall kann dies anders sein, wenn die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehung - wie im Fall der Wasserversorgung - weitgehend austauschbar sind
- Bzgl. § 59 GWB: „Doppelqualifikation“ öffentlich-rechtlichen Handelns als – auch – wettbewerblich und damit GWB (+)
- Damit Auskunftsbeschlüsse nach § 59 GWB (+)

Konzessionsvergabe Strom/Gas I

- mehr als 3000 Konzessionsverträge für Strom- und Gasverteilnetze laufen bis 2013 aus
- Größte auslaufende Konzessionen: Berlin, Hamburg
- Trend zur „(Re)Kommunalisierung“: Kommunen bestrebt, die Netze an kommunale Unternehmen zu vergeben
- Ausbau der Stromverteilernetze wegen Energiewende und Zunahme der EEG-Einspeisung

Konzessionsvergabe Strom/Gas II

- Vergaberecht (-), da kein öffentlicher Auftrag
- EU-primärrechtliche Vergabeprinzipien anwendbar (Bekanntmachung, Gleichbehandlung, Transparenz)
- spezielle Regelung in § 46 EnWG
  - Gemeinden müssen Wege für Verlegung + Betrieb von Energienetzen diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen
  - Gesetzliche Begrenzung auf 20 Jahre
  - bei Auswahl müssen Gemeinde Ziele des § 1 GWB beachten
- §§ 19, 20 GWB anwendbar

Konzessionsvergabe Strom/Gas III

- Anwendbarkeit des GWB, insbes. § 19, 20 GWB (+): Vergabe von Wegerechten durch Gemeinde ist unternehmerische Tätigkeit (BGH *Neue Trift*)
- Marktbeherrschende Stellung der Gemeinde im Hinblick auf die Vergabe örtlicher Wegerechte
- Gemeinsamer Leitfaden von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt vom 15.12.2010
- Verfahren des Bundeskartellamtes, z.T. schon Zusagenentscheidungen nach § 32b GWB

Konzessionsvergabe Strom/Gas IV

Marktmachtmissbrauch der Gemeinde bei Auswahl (§§ 19, 20 GWB): vgl. Rn. 22 Leitfaden

- Diskriminierungsfreie Information und Vergabe
- Benennung und Beachtung der Auswahlkriterien
- Bevorzugung kommunaler Unternehmen unzulässig (BGH: Schilderpräger-Rechtsprechung)
- Nebenleistungsverbot des § 3 KAV
- Erzeugungs- oder Vertriebsleistungen unzulässig
- Beteiligungsmodelle: Marktüblichkeit

Konzessionsabgabe Gas I

- Konzessionsabgaben: Entgelte für Wegenutzung
- KA für Tarifkunden bei Gas um ein Vielfaches höher als die KA für Sondervertragskunden (0,03 ct/kWh)
- Sektorbericht BKartA zu Konzessionsverträgen und -abgaben bei Gas vom 30.04.2012
  - hohe KA wird zu geringerer Wechselquote
  - größere Kundenbindung bei kommunalen Unternehmen
  - Anreiz für kommunale Unternehmen zur Quersubventionierung
  - Intransparenz für Drittlieferanten, welche KA sie zahlen müssen; Marktzutrittsschranke

Konzessionsabgabe Gas II

- Verfügung BKartA GAG Ahrensburg v. 16.09.2009:
  - 2006: GAG übernimmt Gasnetz + Kunden von E.ON Hanse
  - alle Sondervertragskunden werden als Tarifkunden qualifiziert: dadurch KA-Volumen versechsfacht
  - gleichzeitig Marge im Gasvertrieb negativ; Marktabschottung gegenüber Drittlieferanten
- von OLG Düsseldorf am 19.10.2011 bestätigt
  - Behinderungsmissbrauch (+): Drittlieferanten haben generell nur die Sonderkunden-KA von 0,03 ct/kWh zu zahlen
  - Rechtsbeschwerde zum BGH eingelegt

Wettbewerb und Rekommunalisierung

Kartellrechtliche Aufsicht

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Felix Engelsing

8. Beschlussabteilung

Bundeskartellamt

Bundeskartellamt