



**Stellungnahme des Bundeskartellamtes
zur öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses
des Deutschen Bundestages zur
Rekommunalisierung der Energieversorgung
- BT-Drucksachen 17/3649, 17/3671, 17/3182 -
am 24. Januar 2011**

1. Wettbewerbliche Beurteilung einer Rekommunalisierung im Bereich der Elektrizitätserzeugung

Das Bundeskartellamt beobachtet u.a. im Energiesektor einen Trend zur Rekommunalisierung im Sinne einer zunehmenden (Wieder-)Aufnahme von wirtschaftlichen Versorgungsaktivitäten durch Kommunen bzw. der öffentlichen Hand.

Der Staat hat sich im Vergleich zu Privaten in der Vergangenheit selten als besserer Unternehmer erwiesen, u.a. weil er andere, übergeordnete Zielsetzungen verfolgt, andere Handlungsmöglichkeiten hat und auch anderen Schranken unterliegt als das freie Unternehmertum. Aus ordnungspolitischer Sicht bedarf die wirtschaftliche Betätigung des Staates einer besonderen Rechtfertigung.

Es kommt daher bei der wettbewerblichen Beurteilung einer Rekommunalisierung der Energieversorgung auf die in den jeweils betroffenen Märkten zu erwartenden Auswirkungen auf die wettbewerbliche Entwicklung bzw. die Marktstruktur an. Bei Maßnahmen, die darauf zielen, die energiewirtschaftlichen Tätigkeiten von Kommunen zu fördern, bleibt daher unbedingt darauf zu achten, ob sie geeignet sind, den Wettbewerb zu fördern bzw. Marktstrukturen zu verbessern.

Entsprechende Entwicklungsperspektiven bestehen aus Sicht des Bundeskartellamtes insbesondere bei der Elektrizitätserzeugung. Kommunale Erzeugungsunternehmen können auf diesem Feld eine wichtige Rolle als (potentielle) Wettbewerber der großen Elektrizitätserzeuger (insbes. RWE, E.ON, EnBW, Vattenfall) einnehmen. Dies gilt speziell für grundlastrelevante Kraftwerksprojekte von Kommunen bzw. kommunalen Stadtwerken, die mit Grundlastwerken der großen Elektrizitätserzeuger konkurrieren können. Denn der Zubau solcher Erzeugungskapazitäten ist geeignet, die dominante Stellung der großen Erzeugungsunternehmen aufzuweichen und auf diese Weise die Marktstruktur zu verbessern und den Wettbewerb zu beleben. Vor diesem Hintergrund erscheint es ordnungspolitisch vertretbar, insbesondere Schranken des Gemeindewirtschaftsrechts für die Elektrizitätserzeugungswirtschaftliche Betätigung der Kommunen

sektorspezifisch zu öffnen, um entsprechende überörtliche Tätigkeiten leichter zu ermöglichen.

Ein weiterer Aspekt, der zur Verbesserung der Marktstruktur in der Elektrizitätserzeugung u.a. auf der kommunalen Ebene ansetzt, betrifft den Bau und den Betrieb kommunaler Kraftwerke zur Elektrizitätserzeugung bzw. die Beschaffung der dazu erforderlichen Lieferungen und Leistungen. Grundsätzlich wird das Beschaffungsverhalten der Erzeuger in öffentlicher Hand (Stadtwerke, EnBW, Vattenfall) durch das Vergaberecht entsprechend reguliert, um eine diskriminierungsfreie und wettbewerblich strukturierte und damit wirtschaftliche Beschaffung zu gewährleisten. Die Regulierung des Beschaffungsverhaltens durch das förmliche Vergaberecht bei Projekten im Erzeugungsbereich erscheint allerdings nicht mehr geboten, sofern das Beschaffungsverhalten von Kommunen und staatlich beeinflussten Erzeugungsunternehmen insbesondere hinreichendem Wettbewerbsdruck von Seiten der zwei großen Elektrizitätserzeuger RWE und E.ON ausgesetzt ist. Diese unterfallen nicht dem förmlichen Vergaberecht und sind in der Lage, ihre Beschaffung flexibler zu gestalten, was ihnen beim Wettbewerb um Angebote der Lieferanten von Kraftwerkstechnik Vorteile verschaffen kann. Das Bundeskartellamt hält es daher für erwägenswert, bei der Beschaffung von Lieferungen und Leistungen, die insbesondere zur Errichtung bzw. zum Betrieb von Stromerzeugungsanlagen dienen, ein Level Playing Field für alle Stromerzeuger zu schaffen. Die Möglichkeit hierzu bietet die Freistellung öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 bis 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom Vergaberecht bei Beschaffungsmaßnahmen im Bereich der Stromerzeugung. Die Grundlage hierfür bietet § 3 der Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung. Stadtwerke müssen beim Einkauf von Kraftwerkstechnik in der Lage sein, auf Augenhöhe mit den großen Erzeugern RWE und E.ON zu agieren. Stadtwerke wären somit in der Lage, beim Bau von Kraftwerken mit ihren Beschaffungsverfahren speziell in zeitlicher und kostenmäßiger Hinsicht unmittelbar marktkonform zu agieren und den Ausbau ihrer Kraftwerkstechnik bzw. Kraft-

werksparks voranzubringen und so einen Beitrag zur Entwicklung der Marktstruktur leisten.

2. Wettbewerbliche Aspekte einer Rekommunalisierung im Bereich der Verteilernetze durch Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG

Der durch § 46 EnWG intendierte Wettbewerb um das Netz durch Konzessionsvergabe wertet das Bundeskartellamt im Grundsatz positiv. Gleichwohl ist der Wettbewerb bei der Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen von innen heraus begrenzt, da die entscheidenden Wettbewerbsparameter durch die Netzregulierung und Konzessionsabgabenverordnung (KAV) festgelegt sind. Mit Einführung und Effektivierung von Netzregulierung und Entflechtung hat der Wettbewerb um Netze allerdings einen wesentlichen Teil seiner ordnungspolitischen Bedeutung eingebüßt.

Die Ausschreibung und Kontrahierung von Konzessionen erfolgt zyklisch, je Konzessionsgebiet spätestens alle 20 Jahre. Da nicht alle Konzessionen zur gleichen Zeit vergeben werden, stellt sich die Frage der Neuvergabe von Konzessionen regelmäßig, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß. Aktuell und in den kommenden Jahren gibt es eine Häufung von auslaufenden Konzessionsverträgen. Gegenwärtig kommt es bei den Konzessionsvergaben verstärkt zu Abschlüssen mit anderen Bewerbern als dem bisherigen Konzessionär; dabei handelt es sich meist um Unternehmen mit kommunaler Beteiligung, zumeist der vergebenden Kommune.

Die Gemeinde beherrscht den Markt für die Vergabe von örtlichen Wegerechten. Sie darf diese marktbeherrschende Stellung nicht entgegen den Verboten der §§ 19, 20 GWB missbräuchlich ausnutzen. Sie muss vielmehr ein Level Playing Field herstellen, d.h. sie muss die Vergabekriterien im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben festlegen und diese bei ihrer Vergabeentscheidung beachten; keinesfalls darf sie Bewerber um die Konzession bei der Vergabe ohne sachlichen Grund diskriminieren. Beim Abschluss von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG ist die Gemeinde bei der Wahl der Verga-

bekriterien den Zielsetzungen des § 1 EnWG unterworfen. Im Einklang mit dem Entflechtungsgedanken sind daher mögliche Wirkungen der Netzinhaberschaft auf Erzeugung und Vertrieb keine geeigneten Kriterien zur Konzessionsvergabe. Auch trifft § 1 EnWG keine Aussage darüber, welche Rechtsform – d.h. privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich – die künftigen Betreiber der jeweiligen Netze aufweisen sollen. Auch ist in § 1 EnWG weder die Einnahmeerzielung der die Wegerechte vergebenden Gemeinde, noch eine „Systementscheidung“ zu Gunsten eines kommunalen Netzbetreibers als Ziel des EnWG vorgesehen.

Inwiefern eine kommunale Inhaberschaft des Netzes eine rasche Implementierung von Smart Grids im Vergleich zu z.B. privaten Netzinhaberschaften begünstigt (vgl. BT-Drs. 17/3649), erscheint fraglich. Darüber, dass Gemeinden im Vergleich zu privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen über eine vergleichsweise höhere Sachkompetenz zur Einführung intelligenter Netze verfügen sollen, liegen keine Erkenntnisse vor. Demgegenüber stellt sich vielmehr die Frage, ob eine zu starke Fragmentierung des Netzbetriebs realisierbare Effizienzen unberücksichtigt lässt, die sich möglicherweise durch größere Netzverbände ergeben könnten.

Im Kern geht es hierbei um den wichtigen Aspekt, dass eine solche Fragmentierung bzw. Zersplitterung der Verteilernetzlandschaft einen Anstieg der Netzentgelte und einen höheren Aufwand der Regulierungsverwaltung begünstigen kann. Eine solche Entwicklung kann auch für den Wettbewerb auf den betroffenen Endkundenmärkten nachteilig sein, wenn infolge einer Konzessionsvergabe kleinere Netzbetreiber entstehen, die nicht der rechtlichen und operationellen Entflechtung unterfallen (§ 7 Abs. 2 und § 8 Abs. 6 EnWG).

Zwar ist dieser Aspekt kein spezifisches Risiko einer Rekommunalisierung der Verteilernetze. Vielmehr ist er dem System des § 46 EnWG immanent. Allerdings begünstigt der mitunter auf den Kommunen lastende Erwartungsdruck, die Energieversorgung möglichst umfassend in kommunale Hände zu übernehmen, ein Klima, das die Frage

nach der Effizienz einer Fragmentierung des Verteilernetzmonopols auszublenzen geeignet ist.

Aus Sicht des Bundeskartellamtes bedarf dieser Aspekt einer verstärkten Berücksichtigung bei der Prüfung und Wertung der auf eine Konzessionsausschreibung eingehenden Gebote. Damit wäre sicherzustellen, dass die Konzessionsvergabe den Wettbewerb auf den dem Netz vor- und nachgelagerten wettbewerblich organisierten Erzeugungs- und Handelsmärkten nicht infolge von Ineffizienzen und dadurch bedingten steigenden Kosten bzw. Netzentgelten tangiert.

3. Latentes Missbrauchsrisiko bei Rekommunalisierung der Verteilernetze

Die Rekommunalisierung des Verteilernetzbetriebes eröffnet zudem eine Missbrauchsmöglichkeit bei der Berechnung von Konzessionsabgaben. Das Bundeskartellamt hat hier eine Reihe von Missbrauchsverfahren wegen der missbräuchlichen Erhebung von Konzessionsabgaben durch kommunale Verteilernetzbetreiber geführt. Hervorzuheben ist das mit einer förmlichen Missbrauchsverfügung abgeschlossene Verfahren gegen die GAG Gasversorgung Ahrensburg GmbH¹.

Die Betreiber von Gasverteilernetzen dürfen zwar auch von ihren Wettbewerbern bei der Belieferung von Haushaltsgaskunden die mit der Gemeinde vereinbarten Konzessionsabgabensätze verlangen. Die KAV schreibt jedoch eine Differenzierung zwischen Sondervertragskunden (niedrige Konzessionsabgabe) und Tarifkunden (hohe Konzessionsabgabe) zwingend vor. Deshalb besteht für kommunale Gasversorgungsunternehmen ein ökonomischer Anreiz, möglichst viele Kunden als Tarifkunden einzustufen, da auf diese Weise die Einnahmen des kommunalen Anteilseigners aus Konzessions-

¹ Vgl. Bundeskartellamt, Beschluss vom 16.9.2009, Az. B10-11/09. Das betroffene Unternehmen hat gegen diesen Beschluss Beschwerde zum Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben. Das Beschwerdeverfahren ist noch nicht abgeschlossen.

abgabenzahlungen maximiert werden können. Die Einordnung als Tarifikunde anstatt als Sonderkunde bewirkt für Heizgaskunden eine Vervielfachung der Konzessionsabgabe (in den geführten Verfahren von 0,03 ct/kWh auf bis zu 0,27 ct/kWh).

Gleichzeitig kann ein kommunales Gasversorgungsunternehmen in der skizzierten Konstellation auf eine nennenswerte Vertriebsmarge verzichten, da die Rückflüsse an die Kommune bereits durch die Konzessionsabgabenzahlungen – auch bei stattfindenden Anbieterwechseln der Gaskunden zu Lasten der Grundversorgung – gesichert sind.

Durch überhöhte Konzessionsabgaben wird ein erheblicher Teil der Erträge der im Netzgebiet tätigen Gasversorger abgeschöpft. Dies führt nur scheinbar zu einer gleichmäßigen Steigerung der Kosten der Gaslieferungen des lokalen Gasversorgers und unabhängiger Gasversorger. Ein unabhängiger Gasversorger muss die Konzessionsabgabe aus den Überschüssen bezahlen, was eine Schmälerung der Marge zur Folge hat. Für die Gemeinde als Eigner des lokalen Gasversorgers spielt es dagegen keine Rolle, ob ihr der Gewinn des lokalen Gasversorgers als Konzessionsabgabe oder als Gewinnausschüttung zukommt. Im letzteren Fall hätte sie vielmehr auf den Gewinn noch Gewerbesteuer und ggf. Körperschaftsteuer zu zahlen. Bei näherer Betrachtung werden demnach einseitig die Kosten der unabhängigen Gasversorger gesteigert, welche somit günstigere Konditionen allenfalls zum Teil an die Verbraucher im Netzgebiet weitergeben können bzw. ganz am Marktzutritt gehindert werden.

4. Klarstellungsbedarf beim Rechtsrahmen für Konzessionsvergabe

Zahlreiche Beschwerden beim Bundeskartellamt und bei der Bundesnetzagentur haben Rechtsunsicherheit bei Handhabung des Verfahrens zur Konzessionsvergabe aufgezeigt.

Die bestehenden Unsicherheiten im Kontext von §§ 46 und 48 EnWG sowie der KAV waren daher der Anlass für die Herausgabe eines gemeinsamen Leitfadens durch Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur.²

Das Bundeskartellamt hält daher beim Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe Klarstellungen für wünschenswert:

- Für geboten hält das Bundeskartellamt eine Klärung der Überlassungspflicht im Sinne einer Eigentumsüberlassung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG. Dadurch wird am ehesten gewährleistet, dass während der langjährigen Laufzeit der Konzessionen Wartung und Ausbau des Netzes effizient wahrgenommen werden. Das Bundeskartellamt hat hierauf bereits im Gesetzgebungsverfahren zum EnWG 2005 hingewiesen.³ Dies entspricht auch der im Leitfaden vom 15.12.2010 geäußerten Position des Bundeskartellamts.⁴
- Eine Klarstellung, dass sich die wirtschaftlich angemessene Vergütung nach dem Wert bemisst, den der neue Netzbetreiber gegenüber der Regulierungsbehörde in Ansatz bringen darf, wäre zu begrüßen. Der Leitfaden vom 15.12.2010 geht

² Vgl. Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010, fortan „Leitfaden vom 15.12.2010“, veröffentlicht u.a. auf der Homepage des Bundeskartellamtes unter <http://www.bundeskartellamt.de> .

³ Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschussdrucksache 15/1520 v. 25.11.2004, S. 133.

⁴ Rn. 32 und 33 mit Fn.21 des Leitfadens vom 15.12.2010.

davon aus, dass die Ertragswertmethode für die Vergütungsbestimmung maßgeblich ist.⁵

Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt haben sich in ihrem Leitfaden bisher nicht dazu positioniert, ob auf die ansetzbaren Kosten abzustellen sei. Danach wäre der Kapitalzins implizit dem neuen Netzinhaber zuzuschlagen. Eine entsprechende Änderung wäre aus Sicht des Bundeskartellamts gleichwohl zielführend. Sie hätte zur Folge, dass der Kapitalzins demjenigen zuflösse, der das Kapital einsetzt. Damit wird auch die dauernde Investitionsfähigkeit des Netzes gesichert.

- Ein klare gesetzliche Regelung des Mindestumfangs der jeweils vor Konzessionsvergabe bzw. vor Kaufpreisverhandlungen herauszugebenden Daten und Kodifizierung der entsprechenden Pflichten wäre zu begrüßen. Diese Forderung entspricht der im Leitfaden vom 15.12.2010 zur geltenden Rechtslage geäußerten Auslegung.⁶ Wesentlich ist, dass der Leitfaden zur Konzessionsvergabe nur die Herausgabe aggregierter Daten benennt. Die aggregierten Daten sind zu diesem Zeitpunkt aber ausreichend, eine weitergehende Regelung für diesen Verfahrenszeitpunkt daher nicht erforderlich.

Für die in den zu beratenden Anträgen jeweils mit unterschiedlicher Länge geforderten Verlängerungen der Vorabinformationsfrist durch die Gemeinde kann das Bundeskartellamt keine konkrete Veranlassung erkennen. Gleichwohl kann eine Verlängerung der Vorabinformationsfrist durchaus nützlich sein, um die Wirtschaftlichkeit einer möglichen Netzübernahme sorgfältig prüfen zu können.

Die angeregte obligatorische Anrufung einer Schlichtungsstelle bei zivilrechtlichen Streitigkeiten über den Netzübergang (vgl. BT-Drs. 17/3649) kann geeignet sein, eine Entscheidung zu beschleunigen, dürfte aber auf jeden Fall mit einem zusätzlichen Aufwand

⁵ Vgl. Rn. 42 ff. und 59 des Leitfadens vom 15.12.2010.

⁶ Vgl. Rn. 25, 27 f., Rn. 48f. des Leitfadens vom 15.12.2010.

für die Beteiligten verbunden sein. Eine zusätzliche interessengerechte Beschleunigung könnte durch eine Klarstellung der Verpflichtung zur Überlassung des Netzes in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG erreicht werden, wonach der Altkonzessionär die Übergabe des Netzes mit Ende des alten Konzessionsvertrages jedenfalls dann nicht verweigern darf, wenn ihm der Neukonzessionär eine Zahlung unter Vorbehalt anbietet.



**Stellungnahme des Bundeskartellamtes zur öffentlichen Anhörung des
Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages zur
Rekommunalisierung der Energieversorgung**

- BT-Drucksachen 17/3649, 17/3671, 17/3182 -

am 24. Januar 2011

- Zusammenfassung -

1. Rekommunalisierung und Elektrizitätserzeugung

- Für die wettbewerbliche Beurteilung einer Rekommunalisierung der Energieversorgung kommt es auf die in den jeweils betroffenen Märkten zu erwartenden Auswirkungen auf die wettbewerbliche Entwicklung bzw. die Marktstruktur an.
- Insbesondere der Zubau von kommunalen Elektrizitätserzeugungskapazitäten kann die dominante Stellung der großen Erzeugungsunternehmen aufweichen, die Marktstruktur verbessern und den Wettbewerb beleben.
- Eine Freistellung der Stadtwerke und staatlichen Erzeugungsunternehmen als öffentlicher Auftraggeber vom Vergaberecht schafft ein Level-Playing-Field für Erzeuger beim Einkauf von Kraftwerkstechnik, damit diese auf Augenhöhe mit den großen Erzeugern RWE und E.ON auf den Beschaffungsmärkten konkurrieren und den Ausbau ihrer Kraftwerkstechnik bzw. Kraftwerksparks voranbringen können.

2. Rekommunalisierung und Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG

- Rekommunalisierung darf nicht dazu führen, dass Kommunen ihre marktbeherrschende Stellung bei der Vergabe von Konzessionsverträgen missbräuchlich ausnutzen.
- Eine Gemeinde ist bei den Vergabekriterien nach § 46 EnWG den Zielsetzungen des § 1 EnWG unterworfen. § 1 EnWG sieht aber weder die Einnahmeerzielung der die Wegerechte vergebenden Gemeinde, noch eine „Systementscheidung“ zu Gunsten eines kommunalen Netzbetreibers vor.

- Bei Konzessionsvergaben muss darauf geachtet werden, dass es nicht zu einer verstärkten Fragmentierung bzw. Zersplitterung der Verteilernetzlandschaft kommt und infolge dessen zu einem Anstieg von Kosten und Netzentgelten kommen kann.
- Ein erhöhter Erwartungsdruck auf den Kommunen, die Energieversorgung möglichst umfassend zu übernehmen, begünstigt ein Klima, das die Frage nach der Effizienz einer Fragmentierung des Verteilernetzmonopols auszublenden geeignet ist.

3. Missbrauchsrisiko bei Rekommunalisierung der Verteilernetze

- Rekommunalisierung darf nicht dazu führen, dass Kommunen ihre marktbeherrschende Stellung bei der Erhebung von Konzessionsabgaben missbräuchlich ausnutzen.
- Die Rekommunalisierung des Verteilernetzbetriebes eröffnet Kommunen Missbrauchsmöglichkeiten bei der Berechnung von Konzessionsabgaben. Das Bundeskartellamt hat hier eine Reihe von Missbrauchsverfahren wegen der missbräuchlichen Erhebung von Konzessionsabgaben durch kommunale Verteilernetzbetreiber geführt.

4. Klarstellungsbedarf beim Rechtsrahmen für Konzessionsvergabe

- Das Bundeskartellamt sieht beim Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe Klarstellungsbedarf und hat daher im Dezember 2010 mit der Bundesnetzagentur einen Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen herausgegeben.
- Das Bundeskartellamt sieht u.a. weitergehend Bedarf bei der Klärung der Überlassungspflicht im Sinne einer Eigentumsüberlassung in § 46 Abs. 2 EnWG, der wirtschaftlich angemessenen Vergütung sowie dem Mindestumfang und der Herausgabepflicht der jeweils vor Konzessionsvergabe bzw. vor Kaufpreisverhandlungen herauszugebenden Daten.