Auszug aus Hauptgutachten XX (2012/2013)

# Kapitel V

## Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung

1. Aktuelle Entwicklungen: Rekommunalisierung und unternehmerische Tätigkeit der kommunalen Hand
2. Rahmenbedingungen der kommunalen Tätigkeit
3. Allgemeiner Handlungsbedarf: Verbessern von Transparenz und Gebührenaufsicht
4. Analyse spezifischer Probleme in ausgewählten Wirtschaftsbereichen
5. Aktuelle Probleme in der Entsorgungswirtschaft
6. Fazit mit Handlungsempfehlungen

# Inhaltsverzeichnis

**Kapitel V**

**Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung.....439**

1 Aktuelle Entwicklungen: Rekommunalisierung und unternehmerische Tätigkeit der kommunalen Hand.....439

1.1 Entwicklung kommunalen Unternehmertums.....439

1.2 Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit.....447

2 Rahmenbedingungen der kommunalen Tätigkeit .....449

2.1 Rechtliche Grundlagen der wirtschaftlichen Tätigkeit von Kommunen.....449

2.1.1 Grundlegende Beschränkungen des kommunalen Tätigkeitsfeldes.....449

2.1.2 Erfordernis eines öffentlichen Zwecks und länderspezifische Regelungen der Kommunalverfassung.....450

2.1.3 Wettbewerbsrechtliche Schranken kommunaler unternehmerischer Tätigkeit.....453

2.1.3.1 Anwendung des Kartellrechtes und die Frage der Preishöhenkontrolle.....453

2.1.3.2 Grenzen aus der Anwendung des Beihilfe- und Vergaberechtes.....454

2.2 Ökonomische Theorie und Empirie kommunaler Unternehmen.....456

2.2.1 Effizienz kommunaler Betreiber natürlicher Monopole.....457

2.2.2 Probleme der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele und fiskalischer Interessen.....460

2.2.3 Fazit: Wenige Argumente können im Einzelfall für kommunale Wirtschaftstätigkeit sprechen.....462

2.3 Umsetzungsmöglichkeiten öffentlicher Aufgaben.....462

2.3.1 Organisationsformen kommunaler Unternehmen.....462

2.3.2 Public-Private-Partnerships.....464

3 Allgemeiner Handlungsbedarf: Verbessern von Transparenz und Gebührenaufsicht.....465

3.1 Transparenz über kommunale Wirtschaftstätigkeit.....465

3.1.1 Zunehmende Transparenz und Vergleichbarkeit durch neue Rechnungslegung.....466

3.1.2 Unterschiede in den Beteiligungsberichtspflichten der Bundesländer.....467

3.1.3 Verbesserung der Transparenz über kommunale Wirtschaftstätigkeit notwendig.....468

3.2 Gebührenaufsicht und Gebührentransparenz.....470

3.2.1 Warum Entgelte kommunaler Unternehmen kontrollieren?.....470

3.2.2 Konzepte zur Aufsicht über Entgelte kommunaler Unternehmen.....472

3.2.3 Praktische Wirksamkeit von Entgeltregulierung und kartellrechtlicher Preisaufsicht.....474

3.2.4 Eingeschränkte Wirksamkeit der Gebührenaufsicht.....475

3.2.4.1 Entgeltmaßstab im Gebührenrecht.....475

3.2.4.2 Praktische Probleme der Gebührenaufsicht.....476

3.2.5 Gebührenaufsicht durch Erlöstransparenz kommunaler Leistungen stärken.....478

4 Analyse spezifischer Probleme in ausgewählten Wirtschaftsbereichen....479
4.1 Wassersektor....479
4.1.1 Forderungen der Monopolkommission im XVIII. Hauptgutachten....480
4.1.2 Preismissbrauchsverfahren....481
4.1.3 Weitere Initiativen....483
4.1.4 Handlungsbedarf....484
4.2 Telekommunikation....484
4.2.1 Art und Umfang kommunaler Tätigkeit....484
4.2.2 Motivation für kommunales Engagement auf Telekommunikationsmärkten....487
4.2.3 Wettbewerbsverzerrungen durch kommunales Engagement....487
4.2.4 Folgerungen....488
4.3 Energiesektor....489
4.3.1 Keine überzeugenden Gründe für die (Re-)Kommunalisierung im Energiesektor....489
4.3.2 Wettbewerblichere Gestaltung der Konzessionsvergabe notwendig....492
5 Aktuelle Probleme in der Entsorgungswirtschaft....494
5.1 Der gegenwärtige Ordnungsrahmen in Deutschland....494
5.1.1 Entsorgung des Hausmülls....495
5.1.2 Duales System....497
5.1.3 Gewerbliche Sammlungen....499
5.2 Probleme und Empfehlungen im Bereich Hausmüll....500
5.2.1 Die Doppelfunktion der Kommunen....500
5.2.2 Empfehlung: Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Entsorgern von Hausmüll schaffen....501
5.3 Probleme und Empfehlungen im Bereich des dualen Systems....503
5.3.1 Instabilitäten des dualen Systems....503
5.3.2 Empfehlung: keine Kommunalisierung des dualen Systems....505
5.4 Probleme und Empfehlungen im Bereich der gewerblichen Sammlungen....506
5.4.1 Gesetzesnovelle erschwert Wettbewerb privater gewerblicher Sammler....506
5.4.2 Empfehlung: keine Priorisierung kommunaler Sammlungen....508
6 Fazit mit Handlungsempfehlungen....510

# Kapitel V

# Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung

## 1 Aktuelle Entwicklungen: Rekommunalisierung und unternehmerische Tätigkeit der kommunalen Hand

**1117.** Kommunen betätigen sich nicht nur in der Verwaltung des Gemeinwesens, sondern produzieren auch verschiedene eigene Leistungen durch kommunale Unternehmen. Die Diskussion um die unternehmerischen Tätigkeiten der Kommunen ist dabei zentral von der Frage geprägt, ob ein von den Entscheidungsträgern gewünschtes Leistungsangebot in Eigenerstellung erbracht oder bei privaten Unternehmen beauftragt werden sollte. Nachdem sich in den 1990er Jahren in Deutschland und anderen europäischen Ländern ein Trend zur zunehmenden Einbindung privater Unternehmen in die kommunale Aufgabenerbringung entwickelt hat, wird seit einigen Jahren unter dem Schlagwort der „Rekommunalisierung" eine umgekehrte Entwicklung beschrieben. In einer beträchtlichen Anzahl von Kommunen zeigen sich seit einigen Jahren Bestrebungen, die eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erweitern (vgl. Abschnitt 1.1).

Unter Rekommunalisierung wird meist nicht allein der Rückerwerb zuvor privatisierter Betriebe durch die Kommune verstanden, sondern – in etwas weiterer Auslegung – auch die Rückübernahme von Leistungserstellungen, die zuvor bei privaten Unternehmen in Auftrag gegeben waren. Die Ausdehnung der kommunalen Wirtschaftstätigkeiten der letzten Jahre beschränkt sich jedoch nicht darauf, dass Kommunen ihre zuvor privatisierten Aktivitäten „rekommunalisieren". Daneben werden Kommunen durch Expansion ihrer Aktivitäten auch in bisher (rein) privatwirtschaftlich organisierte Bereiche, durch Neugründungen von Stadtwerken und Übernahme von Konzessionen stärker wirtschaftlich tätig. Der Trend zur räumlichen und sachlichen Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit geht daher über die eigentliche Rekommunalisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten hinaus.

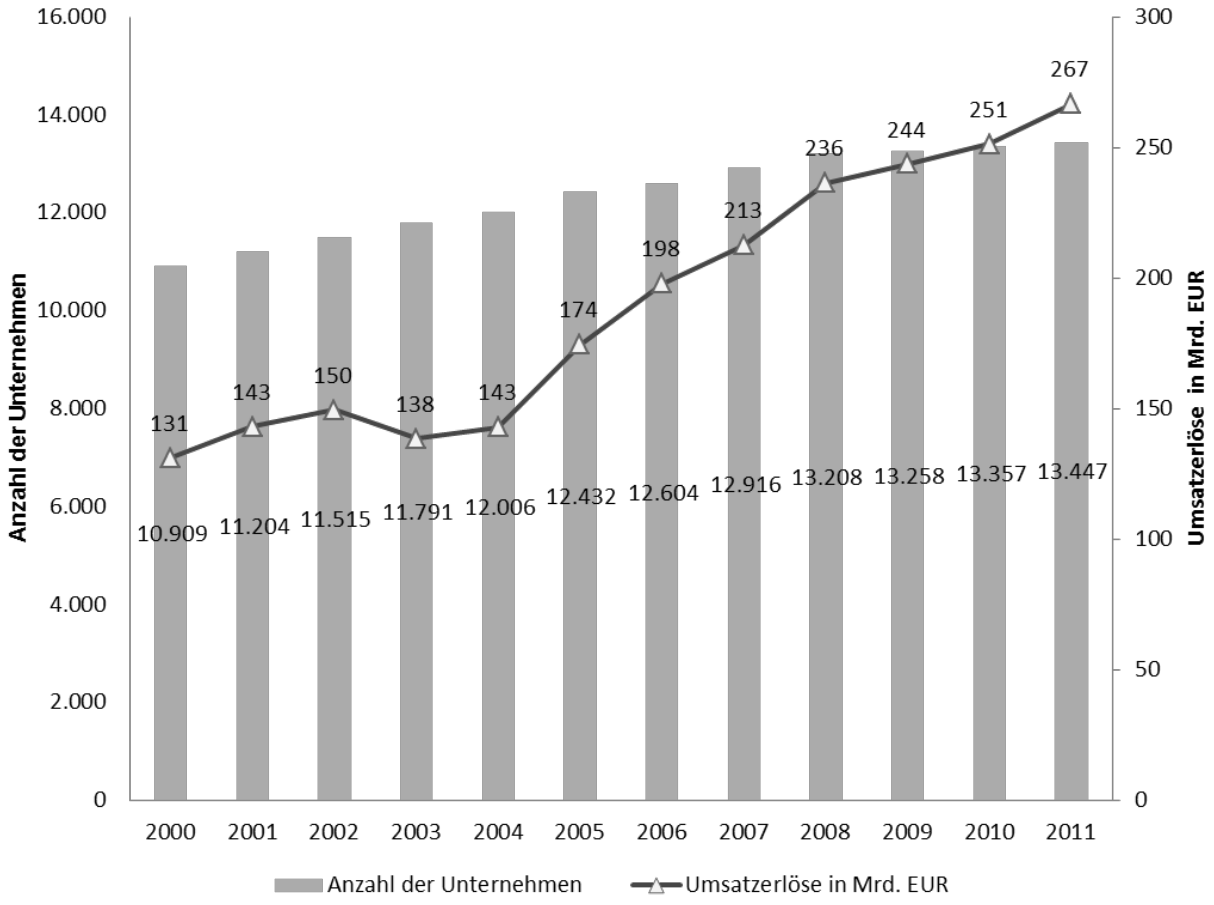
**1118.** Obwohl sich die dargestellten Entwicklungen auch empirisch nachzeichnen lassen, sollte einer Verallgemeinerung mit Vorsicht begegnet werden. So war die Privatisierung kommunaler Tätigkeiten auch vor 20 Jahren von erheblichen Widerständen begleitet, weshalb Versuche zur Privatisierung vielerorts nicht zu Ende geführt worden sind. Außerdem gab es parallel zur Privatisierung auch Kommunen, die ihre Tätigkeiten auszuweiten suchten. Daher sind die nun zu beobachtenden Tendenzen der Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit nicht zwingend als grundlegende Trendwende zu sehen.

**1119.** Die Monopolkommission geht vor diesem Hintergrund der Frage nach, welche ökonomischen Auswirkungen sich durch die kommunale Wirtschaftstätigkeit ergeben und inwiefern ordnungspolitischer Handlungsbedarf besteht.

### 1.1 Entwicklung kommunalen Unternehmertums

**1120.** Um sich der Frage zu nähern, inwiefern eine Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit auch empirisch zu beobachten ist, sollen zunächst einige Kenngrößen betrachtet werden. Dabei lässt sich ein deutlicher Anstieg der Anzahl der kommunalen Unternehmen erkennen: Während im Jahre 2000 noch 10.909 Unternehmen in kommunaler Hand waren, standen im Jahre 2011 bereits 13.447 Unternehmen unter kommunaler Kontrolle (vgl. Abbildung V.1). Dies entspricht einem Anstieg um 23,3 Prozent. Noch deutlicher ist die Entwicklung der Umsatzerlöse, die im Jahre 2011 bei etwa EUR 267 Mrd. lagen und damit mehr als doppelt so hoch waren wie noch im Jahre 2000 mit etwa EUR 131 Mrd. Inflationsbereinigt liegt diese Steigerung bei über 70 Prozent. Die Entwicklung dieser beiden Kennzahlen gibt bereits einen deutlichen Hinweis darauf, dass die wirtschaftlichen Aktivitäten der Kommunen in den letzten zehn bis fünfzehn Jahren forciert wurden.

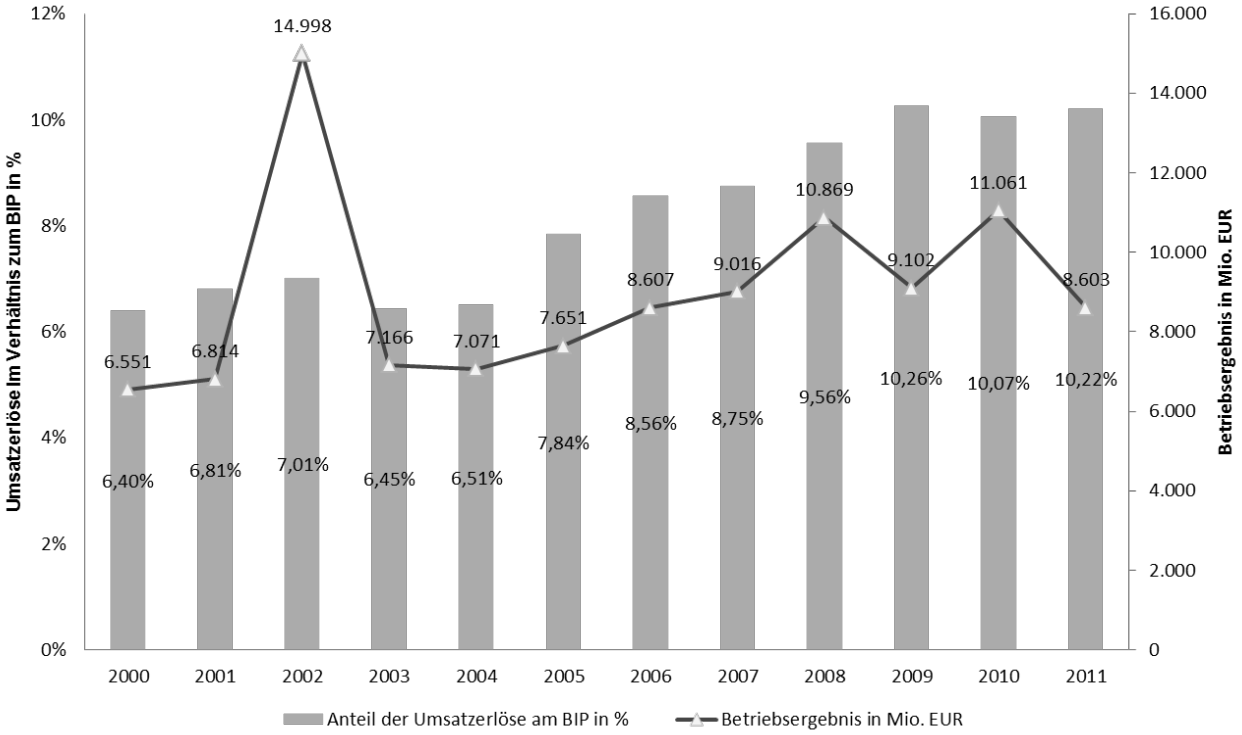
**Abbildung V.1: Entwicklung der Anzahl und Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen**




Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

**1121.** Da die Aussagekraft absoluter Zahlen begrenzt ist, sind diese Zahlen in Relation zur gesamten volkswirtschaftlichen Wertschöpfung zu betrachten. Dabei ergibt sich ein vergleichbares Bild: Im Zeitraum 2000 bis 2011 stieg der Anteil der Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen am nominalen Bruttoinlandsprodukt (BIP) von 6,4 Prozent auf 10,2 Prozent (vgl. Abbildung V.2). Dies entspricht einem Zuwachs um annähernd 60 Prozent. Diese Entwicklung verdeutlicht den stark wachsenden Umfang kommunaler Wirtschaftsaktivitäten. Beim wirtschaftlichen Erfolg der kommunalen Unternehmen scheint der positive Trend weniger stark ausgeprägt. So zeigt sich bei den aggregierten Betriebsergebnissen ein etwas volatilerer Verlauf. Gleichwohl liegt auch hier das Ergebnis aus dem Jahre 2011 um 31,3 Prozent über dem aus dem Jahre 2000. Von einer Verdoppelung, wie sie bei den Umsatzerlösen zu beobachten ist, ist diese Entwicklung jedoch weit entfernt.

**Abbildung V.2: Betriebsergebnisse und Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen im Verhältnis zum BIP**




Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes[1]

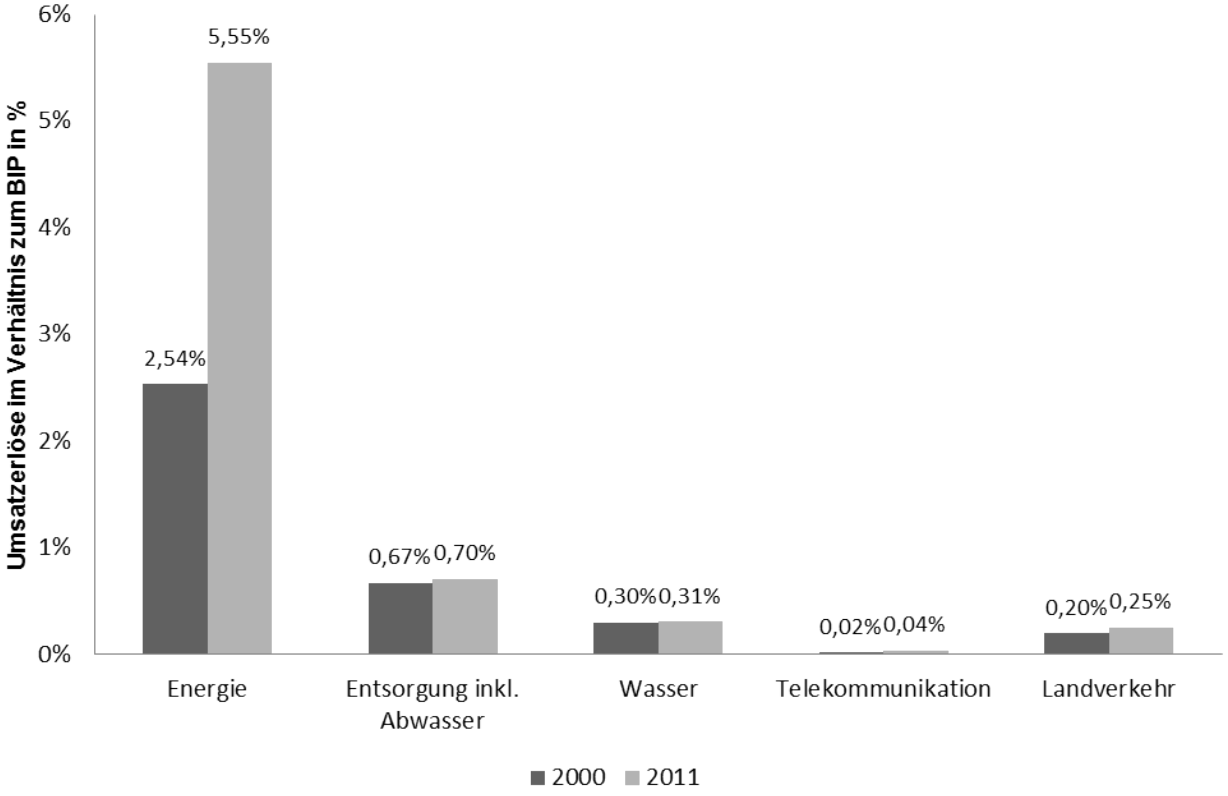
**1122.** Eine Betrachtung der konkreten kommunalen Wirtschaftstätigkeiten zeigt, dass Kommunen in nahezu allen Wirtschaftsbereichen aktiv sind. Neben den verbreiteten Wirtschaftsaktivitäten im Energiesektor, im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV), in der Entsorgung, der Wasserversorgung oder im Telekommunikationssektor betätigen sich Kommunen in der Gastronomie, der Unterhaltung, der Wellness-Branche, der Schifffahrt, als Finanzdienstleister, Reiseveranstalter oder als Marktforscher.[2] Beispielsweise betreibt die Stadt Völklingen eine Zuchtanlage für Meeresfische, Essen einen Cateringservice, die Stadt Laufen (Salzach) einen städtischen Schlachthof, Duisburg ein kommunales Kino, die Stadt Bielefeld unterhält den deutschlandweit einzigen Tierpark, der 24 Stunden am Tag geöffnet hat, und die Stadt Dillingen/Saar bietet eine kommunale Schülerhilfe an. Und auch in solchen Wirtschaftsbereichen gibt es Beispiele für Rekommunalisierung. So haben die Stadtbetriebe der Stadt Siegburg zum Januar 2013 ein zuvor über eine Öffentlich-Private Partnerschaft betriebenes Freizeitbad vollständig zurück übernommen.

**1123.** Die Monopolkommission legt den Fokus der vorliegenden Untersuchung der Ausweitung kommunaler Wirtschaftstätigkeit auf die besonders wichtigen Bereiche kommunaler Wirtschaftstätigkeit. Dies sind die genannten Sektoren der Energie-, der Wasserversorgung, der Telekommunikation, des ÖPNV (als Teil des Landverkehrs) sowie der Entsorgung. Diesbezüglich zeigt sich, dass die kommunale Wirtschaftstätigkeit nicht über alle Bereiche hinweg in gleichem Maße wächst. Vielmehr ist der allgemeine Anstieg vor allem durch die erhöhte Betätigung in einigen wenigen Bereichen zu erklären (vgl. Abbildung V.3).

1 Das sehr hohe aggregierte Betriebsergebnis in 2002 ergibt sich aus besonders hohen Zuweisungen und Zuschüssen der öffentlichen Hand sowie sonstigen betrieblichen Erträgen für den Wirtschaftszweig „Erbringung wirtschaftlicher Dienstleistungen“.

2 Vgl. Deutsches Steuerzahlerinstitut des Bundes der Steuerzahler e.V.: DSi Sonderinformation "Staat vor Privat? - Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit“, April 2014.

**Abbildung V.3: Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen ausgewählter Branchen im Verhältnis zum BIP**




Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

**1124.** Besonders der Energiesektor zeichnet sich durch einen massiven Zuwachs kommunaler Tätigkeiten aus. Hier sind die Umsatzerlöse im betrachteten Zeitraum von 2000 bis 2011 von EUR 51,9 Mrd. auf EUR 144,9 Mrd. und damit um 179 Prozent gestiegen. Auch der Anteil der Umsatzerlöse am nominalen BIP hat sich mehr als verdoppelt. Dieses eindrucksvolle Umsatzwachstum lässt sich auf verschiedene Entwicklungen zurückführen: Hohe Energiepreissteigerungen bei relativ stabilem Verbrauch haben für die Unternehmen zu höheren Umsätzen geführt. Dies verstärkte den Anreiz der Kommunen, ihre Aktivitäten im Energiesektor auszudehnen, was wiederum Umsatzsteigerungen verursachte.[3]

Außerdem ist die besondere Ausgangslage im Energiebereich zu beachten: Nach einer Welle von Privatisierungen in den 1990er Jahren laufen derzeit viele Verträge bzw. Konzessionen aus, sodass sich für Kommunen besonders viele Gelegenheiten ergeben, ehemals privatisierte Bereiche wieder in eigene Verantwortung zu überführen. Forciert werden diese Bestrebungen häufig durch Bürgerinitiativen, die sich für eine Dezentralisierung und Verstaatlichung der Energieversorgung einsetzen.

Ein bekanntes Beispiel hierfür ist die Hamburger Initiative „Unser Hamburg, unser Netz“. Die von den Initiatoren angestoßene Diskussion führte im Jahre 2012 zu einer 25,1-Prozent-Beteiligung der Stadt an den Netzgesellschaften für Strom, Gas und Fernwärme, die vorher zu 100 Prozent unter der Führung von Vattenfall bzw. E.ON Hanse standen. Da die Ziele der Bewegung damit jedoch nicht erreicht waren, fand im Herbst 2013 ein Volksentscheid statt, bei dem sich die Einwohner Hamburgs schließlich für die vollständige Rekommunalisierung der Netze entschieden. Infolgedessen einigte sich die Stadt im Januar 2014 mit Vattenfall über den Kauf der verbleibenden 74,9 Prozent Anteile an der Stromnetzgesellschaft sowie über

3 Vgl. Bardt, H./Fuest, W./Lichtblau, K., Kommunale Unternehmen auf Expansionskurs, IW-Trends 37(3), 2010, S. 8.

eine Rückkaufoption für die Fernwärmenetze im Jahr 2018.[4] Die nun in kommunaler Hand befindliche „Stromnetz Hamburg GmbH“ hat sich um die aktuell neu zu vergebende Konzession für den Netzbetrieb beworben, eine Entscheidung wird jedoch nicht vor Ende 2014 erwartet. Eine Einigung mit E.ON Hanse über die Gasnetze steht noch aus. Der Konzessionsvertrag über das Gasnetz wird jedoch erst 2016 auslaufen.

Ähnliche Entwicklungen waren in Stuttgart zu beobachten. Auch hier formierte sich eine Bürgerinitiative, die eine Rekommunalisierung der im Jahre 2003 an EnBW – ein zum Teil in kommunaler Hand befindliches Unternehmen – übertragenen Energieversorgung forderte. Das geplante Bürgerbegehren wurde zwar für rechtlich unzulässig erklärt, dennoch unterstützte der Stadtrat die grundsätzliche Forderung nach einer Ausdehnung der kommunalen Aufgabenübernahme.[5] So wurde 2012 ein Stadtwerk gegründet, das sich im März 2014 mit seiner Bewerbung um die Konzession für die Stromnetze durchsetzte, wenn auch nur in Kooperation mit der EnBW-Tochter Netze BW. Die Kooperationsvereinbarung sieht vor, dass sowohl eine gemeinsame Netzeigentümergesellschaft als auch eine Netzbetreibergesellschaft gegründet werden. Während die Stadtwerke bei der Netzeigentümergesellschaft mit 74,9 Prozent von Anfang an über eine Mehrheitsbeteiligung verfügen, ist bei der Netzbetreibergesellschaft zunächst Netze BW der Halter der Mehrheit. Erst nach fünf Jahren sollen die Stadtwerke auch hier 74,9 Prozent der Anteile besitzen.[6] Diese Regelung ist auf Kritik durch die Initiatoren der Bürgerbewegung gestoßen, die eine sofortige und vollständige Übernahme des Netzbetriebes durch die Kommune gefordert hatten.

**1125.** Neben den geschilderten Entwicklungen in der Energiebranche ist ein verstärktes wirtschaftliches Engagement der Kommunen vor allem durch eine vermehrte kommunale Aufgabenübernahme im Entsorgungsbereich zu beobachten. Auch wenn der Anteil der Umsätze dieser Tätigkeiten am BIP im vorliegenden Zeitraum nur um 4,9 Prozent gestiegen ist, verzeichnen die absoluten Umsatzzahlen dennoch einen Anstieg um EUR 4,6 Mrd. oder 33,7 Prozent. Dem liegt ein leichter Trend zum „Insourcing“ vormals ausgelagerter Aufgaben zugrunde, wobei diese Entwicklung vornehmlich den Bereich „Sammeln und Transport“ von Abfällen und weniger die Verwertung betrifft.[7] Zudem gab es in jüngster Vergangenheit im Bereich gewerblicher Sammlungen gerichtliche und gesetzliche Hürden für private Unternehmen (vgl. Abschnitt 5).

Eine Rückübertragung der Abfallerfassung führte im Jahre 2006 die Stadt Bergkamen in Nordrhein-Westfalen durch. Nachdem Müllsammlung und -transport in Bergkamen in der Vergangenheit stets von privaten Unternehmen übernommen worden waren, entschied sich die Gemeinde aufgrund vermuteter Kosteneinsparungspotenziale gegen eine Vertragsverlängerung mit der Firma Remondis und für eine Überführung dieser erbrachten Dienste in die Verantwortung des neu gegründeten kommunalen „EBB – EntsorgungsBetriebBergkamen“. Tatsächlich konnten Kosteneinsparungen von 30 Prozent realisiert werden, die zumindest teilweise den Bürgern zugutekamen: Die Müllgebühren wurden um 12 Prozent gesenkt.[8]

4 Vgl. Stadt Hamburg, http://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/4251684/2014-01-16-rueckkauf-netze.html, Abruf am 17. Juni 2014. Der genaue Kaufpreis wird von unabhängigen Gutachtern festgelegt, die gemeinsam von der Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement (HGV) und Vattenfall beauftragt werden. HGV und Vattenfall haben sich auf einen vorläufigen Kaufpreis von EUR 550 Mio. für die Stromnetz Hamburg GmbH (bezogen auf 100 Prozent) verständigt, mindestens jedoch EUR 495 Mio. Für die Servicegesellschaften des Stromnetzgeschäfts wird nach gleichem Verfahren eine unabhängige Bewertung zur Kaufpreisbestimmung erfolgen. Für das Fernwärmegeschäft wurden abhängig vom Bau einer GuD-Anlage zwei alternative Mindestpreise (ebenfalls bezogen auf 100 Prozent) in Höhe von EUR 1.150 Mio. und EUR 950 Mio. vereinbart. Die endgültige Bestimmung des Kaufpreises erfolgt analog zum Verfahren für das Stromnetz durch einen unabhängigen Gutachter.

5 Vgl. Stuttgarter Zeitung, http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.stadtwerke-votum-zum-buergerbegehren-page1.83a44f87-bd44-4cd4-ab50-19006a84fff7.html, Abruf am 17. Juni 2014.

6 Vgl. Stadtwerke Stuttgart, https://stadtwerke-stuttgart.de/aktuelles/news/2014/mar/21/stadtwerke-und-netze-bw-wollen-energiewende-stuttg/, Abruf am 16. Juni 2014.

7 Vgl. VKS/Heinrich-Böll-Stiftung, In- und Outsourcing in der kommunalen Abfallwirtschaft, VKS-Information 75, 2010, S. 52 f.

8 Vgl. Schäfer, R., http://www.roland-schaefer.de/muellabfuhr-stug-05-07.pdf, Abruf am 17. Juni 2014.

**1126.** Die Umsätze kommunaler Unternehmen in den Bereichen der Wasserversorgung, Telekommunikation und Landverkehr bewegen sich sowohl im Verhältnis zum Gesamtumsatz aller kommunalen Unternehmen als auch im Verhältnis zum BIP auf einem niedrigen Niveau. Ihr Einfluss auf das Gesamtbild der kommunalen Wirtschaftstätigkeit ist deshalb begrenzt. Dennoch sind gerade in den Bereichen Telekommunikation und Verkehr beachtenswerte Zuwächse kommunaler Aktivitäten zu verzeichnen.

**1127.** Die Umsätze kommunaler Telekommunikationsbetriebe stiegen nicht inflationsbereinigt von EUR 328 Mio. im Jahr 2000 auf EUR 968 Mio. im Jahr 2011 und haben sich somit fast verdreifacht. Ihr Anteil am BIP stieg zeitgleich um rund 132 Prozent. Die Besonderheit der Telekommunikationsbranche besteht darin, dass hier kaum Rekommunalisierungen im Sinne der Rückübernahme zuvor privatisierter Leistungserbringung zu beobachten sind. Vielmehr findet eine regionale Ausdehnung der bisherigen Unternehmenstätigkeiten statt, insbesondere im Bereich des Ausbaus von Breitbandanschlüssen. So treibt die vom städtischen Energieversorger, Verkehrsbetrieb und Stadtsparkasse gegründete Gesellschaft NetCologne seit 1994 erfolgreich die Ausweitung des Glasfasernetzes in der Region Köln, Bonn und Aachen voran und ist mittlerweile Marktführer im Bereich der DSL-Internetanschlüsse in Köln.[9] Die Telekommunikationssparte des kommunalen Konzerns EWE AG (Energieversorgung Weser Ems) begann im Jahre 1996 mit dem Ausbau des Glasfaserkabelnetzes im Bereich Oldenburg. Nach sukzessiver Expansion ist das Unternehmen heute auch in Niedersachsen, Bremen und Teilen Brandenburgs und Nordrhein-Westfalens aktiv.[10]

**1128.** Im Verkehrssektor konnten kommunale Betriebe eine Umsatzsteigerung von EUR 4,1 Mrd. im Jahr 2000 auf EUR 6,6 Mrd. in 2011 und somit nicht inflationsbereinigt um 63,6 Prozent erzielen. Der Anteil am BIP erhöhte sich dabei um 28 Prozent. Der ÖPNV ist seit jeher durch eine kommunale Eigentümerstruktur geprägt. Einzelne vollständig privatisierte Verkehrsunternehmen finden sich meist im ländlichen Raum oder in Kleinstädten. Es ist daher wenig überraschend, dass es in dieser Branche kaum bedeutende, überregional beachtete Rekommunalisierungsprojekte gab. Jedoch zeigt sich am Beispiel der Stadt Kiel, dass Rekommunalisierung auch im ÖPNV eine Rolle spielt. So ist die Kieler Verkehrsgesellschaft 2010 wieder vollständig in kommunales Eigentum übergegangen.[11]

**1129.** Im Bereich der Wasserversorgung ist auf Basis der Umsatzentwicklung bis 2011 kein eindeutiger Trend zur Rekommunalisierung erkennbar.[12] Es kam zwar im Zeitraum 2000 bis 2011 zu einer Erhöhung der Umsätze von EUR 6,2 Mrd. auf EUR 8 Mrd., also einer Steigerung um 29 Prozent, der Anteil der Umsätze am BIP blieb jedoch relativ konstant bei 0,3 Prozent. Dieses Ergebnis mag überraschen, gab es doch in den letzten Jahren in mehreren Großstädten überregional beachtete Rekommunalisierungsbestrebungen im Bereich der Wasserversorgung, die den Eindruck vermitteln könnten, Rekommunalisierung sei in diesem Sektor ein weitverbreitetes Phänomen. Zu den prominentesten Beispielen gehört hier sicherlich der in den Jahren 2012 und 2013 erfolgte Rückkauf der ehemals privatisierten Anteile an den Berliner Wasserbetrieben, dem ein öffentlichkeitswirksames Volksbegehren voranging, das die Offenlegung der Teilprivatisierungsverträge zum Ziel hatte.[13] In Stuttgart ist die bisher von EnBW betriebene Wasserversorgung im Jahr 2014 in den Aufgabenbereich der „Kommunalen Wasserwerke Stuttgart“ übergegangen. Auch diesem Beschluss ging ein entsprechendes Bürgerbegehren voraus.[14] Schließlich plant auch die Stadt Rostock, die seit nunmehr 20 Jahren laufende öffentlich-private Partnerschaft mit der Remondis-Tochter Eurawasser Nord GmbH zu beenden und die Wasserversorgung spätestens 2018 wieder in Eigenregie zu betreiben.[15] Da diese Entwicklungen sehr aktuell sind oder sich sogar noch in der Planungsphase befinden, können sie sich natur-

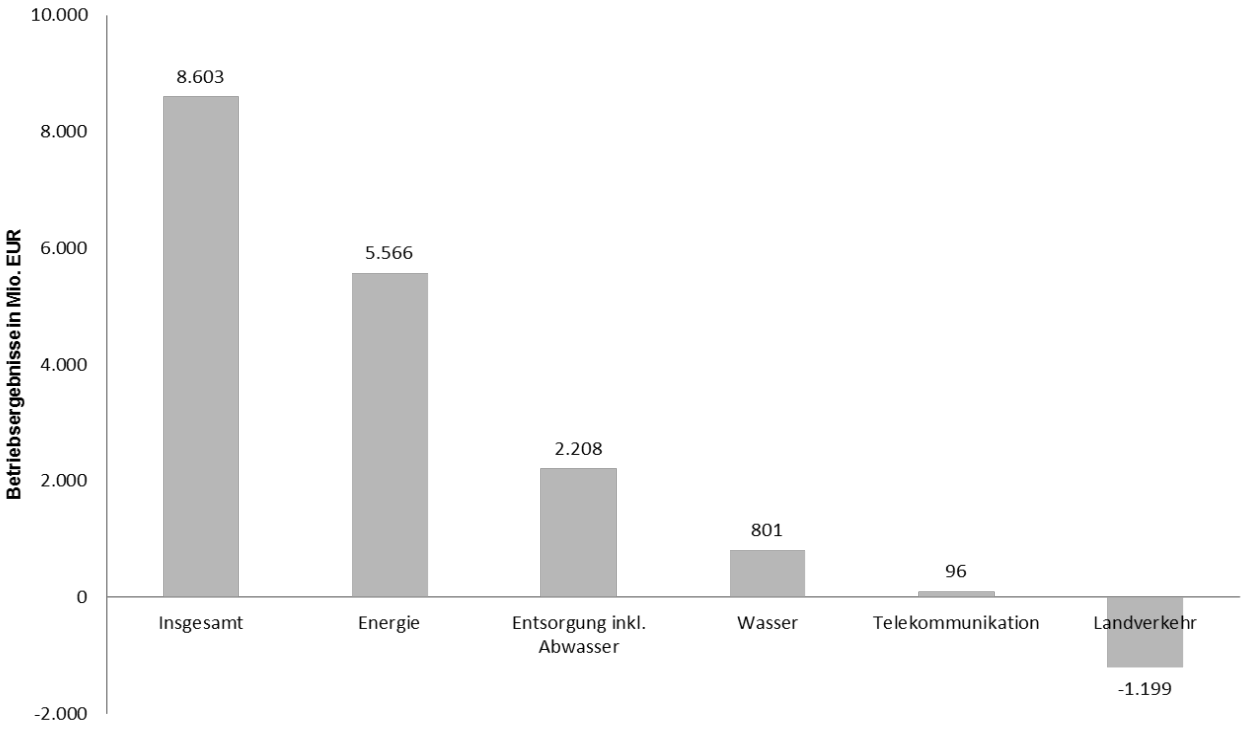
9 Vgl. NetCologne, http://www.netcologne.de/unternehmen/geschichte/, Abruf am 16. Juni 2014.
10 Vgl. EWE, http://www.ewe.com/de/konzern/unternehmen/geschichte.php, Abruf am 17. Juni 2014.
11 Libbe, J./Hanke, S./Verbücheln, M., Rekommunalisierung: eine Bestandsaufnahme, Difu-Paper, Berlin 2011, S. 11.
12 Libbe, J./Hanke, S./Verbücheln, M., 2010, Rekommunalisierung: eine Bestandsaufnahme, a. a. O., S. 8.
13 Libbe, J./Hanke, S./Verbücheln, M., 2010, Rekommunalisierung: eine Bestandsaufnahme, a. a. O., S. 9.
14 Vgl. Stadt Stuttgart, https://www.stuttgart.de/stadtwerke, Abruf am 13. Juni 2014.
15 Vgl. Hansestadt Rostock, http://rathaus.rostock.de/sixcms/detail.php?id=41675&_sid1=rostock_01.c.261.de&_sid2=&_sid3=&_sid4=&_sid5=, Abruf am 13. Juni 2014.

gemäß in den vorliegenden Daten noch nicht widerspiegeln. Ob aktuellere Daten eine andere Schlussfolgerung bezüglich der Rekommunalisierungstendenzen zulassen werden, bleibt somit abzuwarten. Insgesamt ist jedoch festzuhalten, dass eine massive Rekommunalisierungswelle im Bereich der Wasserversorgung im Gegensatz zur Energiebranche schon deshalb nicht zu erwarten ist, da der Betrieb der Wasserversorgung seit jeher überwiegend in kommunaler Hand ist und keine nennenswerten flächenübergreifenden Privatisierungen stattgefunden haben.

**1130.** Größere Unterschiede zwischen den einzelnen Branchen finden sich auch beim wirtschaftlichen Erfolg. In den Bereichen Energie, Entsorgung und Wasserversorgung erzielten kommunale Unternehmen positive aggregierte Betriebsergebnisse, die zudem einem leichten Aufwärtstrend unterlagen (vgl. Abbildung V.4). Die durchschnittlichen Eigenkapitalrenditen verharrten in diesen drei Branchen weitgehend konstant auf einem positiven Niveau (vgl. Abbildung V.5). Während dagegen im Bereich Landverkehr nach wie vor hohe Verluste verbucht werden, weist die Telekommunikationsbranche eine beachtliche Entwicklung hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit auf. Bis zum Jahre 2002 waren die Betriebsergebnisse stets negativ. Nach einer bemerkenswerten Trendwende halten sich die Ergebnisse seit 2005 auf einem hohen positiven Niveau. Diese Entwicklung bestätigt sich durch die durchschnittlichen Eigenkapitalrenditen. Die Eigenkapitalrendite der Verkehrsbranche bleibt über den gesamten Zeitraum unverändert negativ. Bei der Telekommunikationsbranche hingegen zeigt sich die positive Entwicklung. Waren die durchschnittlichen Renditen bis zum Jahre 2002 noch deutlich negativ, erwirtschaften die Unternehmen dieser Branche seit 2004 durchschnittlich höhere Eigenkapitalrenditen als die aller anderen betrachteten Branchen. Aufgrund der aggregierten Betrachtung der Erfolgskennzahlen ohne Informationen zur Streuung ist hier allerdings die Aussagekraft zur Profitabilität im Einzelfall sehr begrenzt.

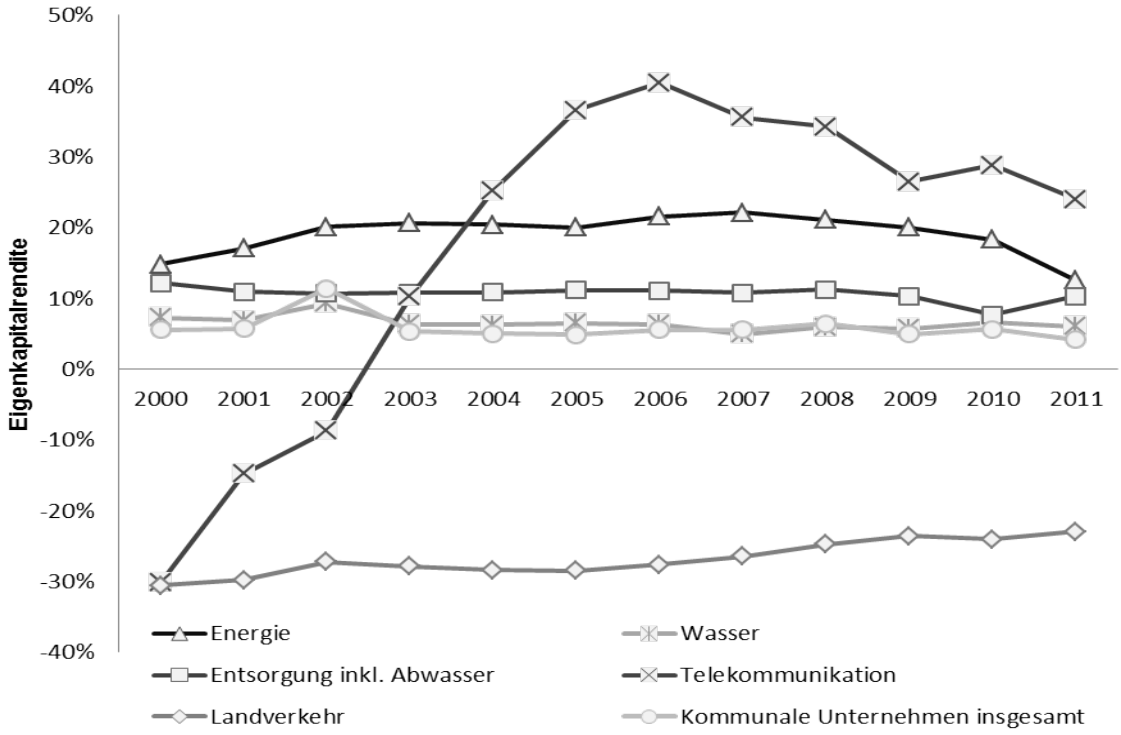
**1131.** Die massiven Branchenunterschiede hinsichtlich der Profitabilität begünstigen die Bestrebungen vieler Kommunen, durch eine gewinnbringende Betätigung insbesondere in den Bereichen Energie oder Entsorgung eine Quersubventionierung anderer verlustreicher Sektoren wie dem ÖPNV zu ermöglichen (vgl. Tz. 1134.).

**Abbildung V.4: Betriebsergebnisse aller kommunalen Unternehmen im Jahr 2011**




Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

**Abbildung V.5: Entwicklung der durchschnittlichen Eigenkapitalrendite kommunaler Unternehmen**




Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

## 1.2 Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit

**1132.** Die Entwicklung kommunaler Wirtschaftstätigkeiten in den vergangenen zehn Jahren zeigt deutlich, dass die von den Entscheidungsträgern gewünschten Leistungsangebote zunehmend von Kommunen in Eigenerstellung erbracht werden. Im entsprechenden kommunalen Entscheidungsprozess bezüglich der Frage, wer eine bestimmte Leistung erbringen soll, spielt eine Vielzahl von Parametern eine Rolle. Neben den Rahmenbedingungen der Leistung wie Qualität und Preis sind meist eine Reihe von damit einhergehenden Effekten relevant. Dazu zählen vor allem Vorteile der Kommune für die Haushalts-, Finanz-, Industrie-, Sozial-, und Umweltpolitik.

**1133.** Da viele kommunale Wirtschaftsunternehmen in den letzten Jahren stark professionalisiert wurden und deutliche Effizienzsteigerungen aufweisen, ist das Vertrauen vieler Kommunen in ihre wirtschaftliche Kompetenz groß. Gleichzeitig hat sich nicht zuletzt aufgrund der Finanz- und Wirtschaftskrise ein Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Märkte verbreitet. Ein wichtiges Ziel der Ausweitung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit ist daher oft der Wunsch nach einer verbesserten Leistungserbringung. Diesem Ziel wird dadurch Nachdruck verliehen, dass kommunale Entscheidungsträger sich in einer Gewährleistungsverantwortung sehen und ihre Tätigkeit oft bereits hieraus allein begründen. Mit einer kommunalen Leistung wird daher oftmals der Gedanke verbunden, die Leistung den Bürgern zu einer höheren Qualität und/oder einem geringeren Preis bereitstellen zu können. Dies soll nach Auffassung der kommunalen Entscheidungsträger gewährleistet werden, indem die Effizienz verbessert und ein „bürgernäheres“ Angebot geschaffen wird. Dazu soll auch eine höhere Transparenz für die Bürger hergestellt werden. Zudem soll dadurch, dass die Gewinnerzielungsabsicht für kommunale verglichen mit privaten Unternehmen in den Hintergrund tritt, die Senkung der Gewinnmargen und damit der Preise erreicht werden.

Zusätzlich werden als Vorteile eines kommunalen gegenüber einem privaten Unternehmen auch rechtliche und insbesondere vergabe- und beihilferechtliche Rahmenbedingungen vorgebracht. So sei das für einen Ausschreibungswettbewerb notwendige effiziente Ausschreibungsmanagement gerade für kleine Kommunen eine große Herausforderung. Die Effizienz der privaten Leistungsbereitstellung könne daher nicht oder nur unter hohem Aufwand durch geeignete Ausschreibungen und Kontrollen sichergestellt werden. Zudem spielt bei der Frage nach der kommunalen Leistungsbereitstellung eine Rolle, dass davon ausgegangen wird, dass für Unternehmen in kommunaler Hand in rechtlicher Hinsicht größere Spielräume bestünden. So erfolgt bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen, die für ihre Leistungen Benutzungsgebühren verlangen, eine andere Form der Entgeltaufsicht, sodass sich hier Spielräume zu Quersubventionierung öffnen.[16]

**1134.** Fürsprecher der Rekommunalisierung führen neben dem Ziel der Verbesserung der Leistung bei sinkenden Preisen – und in gewissem Widerspruch dazu – als wichtiges Ziel meist an, aus den kommunalen Betrieben auf Dauer einen Betrag zum Kommunalhaushalt leisten zu können.[17] Dieses Ziel ist in den letzten Jahren auch aufgrund der problematischen Kommunalfinanzen in den Vordergrund gerückt. Die Bereiche, in denen kommunale Wirtschaftstätigkeiten ausgedehnt werden, zeichnen sich größtenteils dadurch aus, dass

16 Vgl. Abschnitt 3.2 in diesem Kapitel.

17 Vgl. VKU, Kommunalwirtschaft auf den Punkt gebracht, Grundsatzpapier, 2012, S. 10: „Kommunale Unternehmen sichern zugleich gesellschaftspolitische Handlungsspielräume der Städte und Gemeinden. Die in den wettbewerblich organisierten Bereichen wie der Energieversorgung erwirtschafteten Gewinne fließen zurück an die Kommune und entlasten damit die Städte und Gemeinden, die auch andere wichtige Infrastrukturen und Leistungen attraktiv und preiswürdig anbieten wollen, bspw. den flächendeckenden Betrieb von öffentlichem Personennahverkehr oder öffentliche Bäder. In der Entsorgungswirtschaft werden Überschüsse zudem zur Stabilisierung der Gebühren eingesetzt – das kommt den Bürgern direkt zugute. Überdies engagieren sich kommunale Unternehmen für die Bürgergesellschaft, indem sie vielfältige Projekte in Sport, Kultur, Bildung, im sozialen Bereich und Umweltschutz unterstützen.“

Gewinne erzielt werden können. Mit der Rekommunalisierung sollen für die Kommunen höhere Einnahmen als im Fall der privaten Leistungsbereitstellung generiert werden. Die Gewinne der kommunalen Unternehmen werden teilweise an den allgemeinen Haushalt abgeführt, oft dagegen unmittelbar zur Quersubventionierung anderer – defizitärer – Bereiche eingesetzt, bspw. zur Finanzierung des ÖPNV, städtischer Grünanlagen oder öffentlicher Bäder.

Neben den Möglichkeiten für kommunale Unternehmen, durch Einnahmeerhöhungen, Effizienzsteigerungen oder geringerem Gewinneinbehalt gegenüber privaten Unternehmen kommunale Erträge zu steigern, ergeben sich für kommunale Wirtschaftsunternehmen auch erhebliche steuerliche Vorteile. Zum einen können kommunale Unternehmen, wenn sie überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen, als Hoheitsbetriebe von der Körperschafts- und Umsatzsteuer befreit werden. Anstalten des öffentlichen Rechts wird zudem eine Befreiung von der Grunderwerbssteuer gewährt. Zum anderen haben Stadtwerke begrenzt die Möglichkeit, durch einen Querverbund beständige Verluste defizitärer Bereiche mit Gewinnen profitabler Bereiche zu verrechnen und so einen steuerwirksamen Ausgleich von Gewinnen und Verlusten zu realisieren.[18] Die aufgrund dieser Steuervorteile möglichen Verbesserungen der Nachsteuerergebnisse für kommunale gegenüber privaten Unternehmen sind somit nicht das Ergebnis von gesamtwirtschaftlichen Effizienzsteigerungen und gehen nicht mit Wohlfahrtssteigerungen einher. Zudem wird der Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Wirtschaftsunternehmen durch das Steuerrecht verzerrt.

Zusätzlich zur Gewinnabführung wird auch das Ziel der Steigerung kommunaler Erträge aus der Gewerbe- und Einkommensteuer vorgebracht. Dies kann durch die Kommune dann erreicht werden, wenn die Wertschöpfung in der Region gesteigert wird, Unternehmen also einen möglichst großen Teil der für die Erbringung der entsprechenden Leistung notwendigen Tätigkeiten in der Region durchführen. Dieses Ziel wird in jüngster Zeit zunehmend im Bereich der Energieerzeugung formuliert. Hier wird davon ausgegangen, dass mithilfe kommunaler Unternehmen eine dezentrale Energieerzeugung besser zu erreichen ist. Einsparungen für den Kommunalhaushalt können sich gegebenenfalls auch durch den Wegfall eines mit der Beauftragung von privaten Unternehmen notwendigen Ausschreibungsmanagements ergeben.

Zusammenfassend ist fiskalisches Interesse ein zentrales Motiv für die unternehmerischen Tätigkeiten von Kommunen.

**1135.** Für die wirtschaftliche Tätigkeit von Kommunen wird als weiteres und meist in den Vordergrund gestelltes Argument der gewünschte politische Einfluss auf die Geschäftspolitik der Stadtwerke im Sinne der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele genannt.[19] Die Durchsetzung kommunaler Interessen durch entsprechende Wirtschaftstätigkeit bedeutet dabei, dass neben der Qualität der Erbringung der eigentlichen Leistung weitere Zusatznutzen durch diese Tätigkeit eine Rolle spielen. Insofern werden insbesondere Einflussmöglichkeiten in der Lohn- und Beschäftigungspolitik herausgestellt. So wird vorgebracht, dass kommunale Unternehmen zur Schaffung sicherer Arbeitsplätze und zusätzlicher Ausbildungsplätze beitragen könnten. Mit der zusätzlichen Zielsetzung der Steigerung der lokalen Wertschöpfung würden auch Arbeits-

18 § 4 Abs. 4 und § 8 Abs. 9 KStG.

19 Vgl. VKU, Kommunalwirtschaft auf den Punkt gebracht, a. a. O., S. 8: „Die kommunalen Unternehmen tragen zugleich in vielerlei Form zur regionalen Wertschöpfung bei: Sie gehören zu den wichtigsten Arbeitgebern und Ausbildern in der Region. Sie führen Konzessionsabgaben, Steuern und Gewinnanteile an die Kommune ab. Sie investieren vor Ort, beziehen Leistungen von anderen ortsansässigen Unternehmen und vergeben zu einem großen Teil die Aufträge an die heimische Wirtschaft.“ und weiter (S. 10) „Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen ist besonders bürgernah und dabei eng mit der jeweiligen Region verbunden.“ Zum Zweck der Verfolgung dieser Ziele wird zudem oft von einer besseren Steuerungsfähigkeit kommunaler Unternehmen gesprochen und dem Wunsch, Gestaltungsmacht zurückzugewinnen. Teilweise wird die Stärkung der strategischen Position der Kommune als eigenständiges Motiv formuliert.

plätze in die Region verlegt. Zudem könnten diese Beschäftigungsverhältnisse relativ gut entlohnt werden, sodass einem möglichen Lohndumping entgegengewirkt werden könne. Oft sollen so durch beschäftigungspolitische Maßnahmen auf kommunaler Ebene sozialpolitische Ziele verfolgt werden.

Vor allem im Energiesektor wird die zunehmende unternehmerische Tätigkeit von Kommunen häufig mit der Verfolgung von kommunalpolitischen Zielen begründet. Ein großer Teil der Bevölkerung befürwortet die stärkere Nutzung erneuerbarer Energiequellen und die Steigerung der Energieeffizienz im Rahmen der Energiewende. Kommunen vertreten die Auffassung, dass diese Zielsetzung durch kommunale Stadtwerke als Energieerzeuger und Verteilnetzbetreiber besser verfolgt werden könne, als wenn private Unternehmen in diesen Bereichen tätig sind. Auch wird die dezentrale Energieerzeugung in diesem Zusammenhang teilweise als eigenständiges Ziel formuliert.

**1136.** Im Ergebnis lassen sich drei zentrale Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit beobachten:

- Verbesserung der Leistungserstellung,
- fiskalische Interessen,
- Verfolgung kommunalpolitischer Ziele.

Die Monopolkommission nimmt im Abschnitt 2.2 eine ökonomische Bewertung dieser Zielsetzung als Begründung für die Ausweitung der Wirtschaftsaktivitäten der Kommunen vor.

## 2 Rahmenbedingungen der kommunalen Tätigkeit

### 2.1 Rechtliche Grundlagen der wirtschaftlichen Tätigkeit von Kommunen

**1137.** Die Tätigkeit von Kommunen bei der Gründung, Führung und Rekommunalisierung wirtschaftlich tätiger Unternehmen unterliegt verschiedenen Gesetzen, die Grenzen für das kommunale Handeln normieren. Mit der Schaffung dieser rechtlichen Schranken soll insbesondere ordnungs- und wettbewerbspolitischen Motiven Rechnung getragen werden. Nachfolgend soll ein kurzer Überblick über die wichtigsten Regelungen zur kommunalen Tätigkeit gegeben werden. Dazu werden zunächst Regelungen angesprochen, die den Tätigkeitsbereich der Kommune grundsätzlich begrenzen. In einem zweiten Abschnitt werden die Rechtsbereiche angesprochen, die regeln, wie das Handeln der Kommunen mit wettbewerblichen Grundsätzen vereinbar ist.

#### 2.1.1 Grundlegende Beschränkungen des kommunalen Tätigkeitsfeldes

**1138.** Für eine unternehmerische Betätigung von Kommunen ergeben sich Grenzen aus der Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts. Grundlage der Selbstverwaltung kommunaler Gebietskörperschaften ist Artikel 28 Absatz 2 des Grundgesetzes. Dort wird das Recht der Gemeinden gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Wie umfassend die sich daraus ergebende Selbstverwaltungsgarantie für Gemeinden ist, ist Gegenstand einer umfangreichen rechtswissenschaftlichen Diskussion. Zwar kann das Selbstverwaltungsrecht nach dem Wortlaut der Verfassung durch Gesetze eingeschränkt werden. Auf der anderen Seite lässt sich je nach Rechtsauffassung ein mehr oder weniger flexibler, unantastbarer Kernbereich an Aufgaben ableiten, der nicht weiter eingeschränkt werden darf.[20]

20 Vgl. etwa Mehde in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 67. Lfg, München 2012, Art. 28 Abs. 2 Rn. 38 ff.

**1139.** Die Diskussion um einen besonders geschützten Kernaufgabenbereich steht zudem in enger Verbindung zum Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge, der neben der rechtlichen vor allem die politische Diskussion bis heute sehr stark prägt. Tatsächlich ist die Verwendung des Begriffs der Daseinsvorsorge keineswegs einheitlich. Zwar werden der Daseinsvorsorge gemeinhin verschiedene kommunale Tätigkeiten wie z. B. der öffentliche Verkehr, Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung, Müllabfuhr, Abwasserbeseitigung und Krankenhäuser zugerechnet, die typischerweise durch die öffentliche Hand erbracht wurden. Allerdings verbirgt sich hinter der Daseinsvorsorge kein operationalisierbares Merkmal, das eine abstrakte Abgrenzung kommunaler Aufgaben ermöglichen würde.

**1140.** Der Begriff lässt sich vor allem aus seiner Entstehungsgeschichte einordnen. Er basiert auf einer Idee von Ernst Forsthoff aus dem Jahre 1938, wonach veränderte Umweltbedingungen und Industrialisierung zu einer Wegnahme des öffentlichen Lebensraumes führen, sodass der Mensch nicht mehr selbst – durch Bewirtschaftung dieses Raumes – für eine Absicherung seines Daseins sorgen könne.[21] Demzufolge müsse der Staat als Leistungsträger diese Lebensgüter bereitstellen. Eine objektive Herleitung von bestimmten Lebensgütern, für die heute der Staat vorsorgen sollte, ist nach diesem Ansatz jedoch kaum möglich. Ein Kernaufgabenbereich des heutigen Gemeinwesens ist auf seiner Basis daher nicht konsistent herzuleiten. Vielfach wird der Begriff daher auch so verstanden, dass es lediglich um Güter geht, deren Bereitstellung gerade politisch erwünscht ist.[22] Diese unscharfe Definition erschwert jedoch eine konsistente Verwendung des Begriffs der Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff.

### 2.1.2 Erfordernis eines öffentlichen Zwecks und länderspezifische Regelungen der Kommunalverfassung

**1141.** Obwohl der Begriff der Daseinsvorsorge im Verwaltungsrecht immer noch vielfach Verwendung findet, wird er heute oftmals durch die Anknüpfung der kommunalen Aufgaben an einen „öffentlichen Zweck“ ersetzt. Eine Abgrenzung zwischen öffentlichem Zweck und Daseinsvorsorge ist aufgrund der unscharfen Konzeption beider Begriffe nicht möglich, die teils synonym, teils komplementär verwendet werden.[23]

Die Voraussetzung der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks geht mit einer Prüfung der Erforderlichkeit der Zweckverfolgung einher. Die Erforderlichkeit der wirtschaftlichen Betätigung auf Grundlage eines öffentlichen Zwecks ist nach Auffassung der Monopolkommission das zentrale rechtliche Abgrenzungskriterium für die unternehmerische Aktivität der Kommunen. Dies schlägt sich auch in den existierenden Kommunalverfassungen (bzw. Gemeindeordnungen) nieder, in denen stets eine Bindung der kommunalen Tätigkeit an einen öffentlichen Zweck (zum Teil zusätzlich unter Erwähnung der Daseinsvorsorge) vorgesehen ist.

**1142.** Neben dem öffentlichen Zweck enthalten die Gemeindeordnungen bundeslandspezifisch sehr unterschiedliche Regelungen, welche die unternehmerische Tätigkeit der Kommunen beschränken können. Einen Überblick über die wesentlichen Unterschiede gibt Tabelle V.1. Einige Gemeindeordnungen sehen Gebietsbegrenzungen der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen auf das Gemeindegebiet vor. Des Weiteren wird mitunter der Schutz der örtlich ansässigen Unternehmen (vor allem Mittelstand und Handwerk) betont und

21 Vgl. Forsthoff, E., Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938.

22 So erfasst die Daseinsvorsorge nach tradierter Definition „[a]lles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen", Forsthoff, E., Lehrbuch des Verwaltungrechts, Bd. 1, 10. Aufl., München 1973, S. 373. Enger demgegenüber die Definition des Bundesverfassungsgerichts, vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 20. März 1984, 1 BvL 28/82 – Enteignung für Hochspannungsleitung, BVerfGE 66, 248, 258: „eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“. Vgl. insgesamt etwa den Überblick bei Pielow, J., Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Tübingen 2001, S. 392 ff.

23 Die teilweise enorm unscharfe Auslegung der Begriffe kann zu enormen Spannweiten führen. Beispielsweise wird in Burgi, M., Kommunalrecht, 4. Aufl., München 2012, S. 261 dem „Verkauf von Backwaren“, als Form der Versorgung der Bevölkerung, ein klarer öffentlicher Zweck zugestanden.

deren Einbeziehung bei der Entscheidung gefordert, ob eine Aufgabe von der Kommune selbst übernommen werden sollte oder nicht. Eine ganz zentrale Differenzierung in diesem Zusammenhang ergibt sich zudem aus der genauen Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips, durch das die Nach- bzw. Gleichrangigkeit der Aufgabenerbringung durch die Gemeinde geregelt wird. Es kann hier zwischen dem weiten und dem engen Subsidiaritätsprinzip unterschieden werden. Danach ist ein Tätigwerden kommunaler Unternehmen ausgeschlossen, wenn andere (private) Unternehmen die relevanten Leistungen ebenso wirtschaftlich (enges, strenges, striktes oder echtes Subsidiaritätsprinzip) oder wirtschaftlicher (weites, einfaches oder unechtes Subsidiaritätsprinzip) erbringen können. In einigen Gemeindeordnungen werden Tätigkeiten der Daseinsvorsorge vom Subsidiaritätsprinzip ausgenommen und zum Teil auch sachlich konkretisiert. Unklar bleibt indes häufig, ob das jeweilige Gesetz den Schutz von Dritten (private Unternehmen) zum Ziel hat bzw. ob diese daraus subjektive Abwehrrechte ableiten können. Einige wenige Gemeindeordnungen weisen direkt auf den Schutz Dritter durch das Gesetz hin, in Brandenburg wird dieser wiederum ausgeschlossen.

**1143.** Viele der Detailregelungen, die die Gemeindeordnungen für die Tätigkeit kommunaler Unternehmen vorsehen, sind zudem nur schwer zu interpretieren und können nur bedingt Hilfestellungen dafür geben, inwieweit die unternehmerische Tätigkeit der Kommunen tatsächlich beschränkt wird. Ein Vorrang von Daseinsvorsorgeleistungen zum Subsidiaritätsprinzip ist z. B. schwierig zu interpretieren, wenn – wie zuvor erläutert – bereits eine Differenzierung zwischen Daseinsvorsorge und öffentlichem Zweck nicht konzeptionell hergeleitet werden kann und das Erfordernis eines öffentlichen Zwecks eine Grundvoraussetzung der kommunalen Tätigkeit in allen Gemeindeordnungen darstellt. Die Schwierigkeit einer Interpretation der Regelungen der Gemeindeordnung hat sich auch in einer diffusen und uneinheitlichen Rechtsprechung niedergeschlagen. Bezeichnend ist hier eine Entscheidung des OVG NRW aus dem Jahre 2003, in der das Gericht Zweifel ausdrückte, ob eine Leistung, die besser oder wirtschaftlicher durch andere Unternehmen erfüllt werden kann, überhaupt einen öffentlichen Zweck erfüllen kann. Insofern stehe infrage, ob die Subsidiaritätsklausel überhaupt eine substanzielle weitere Beschränkung neben dem öffentlichen Zweck darstelle.[24] Ähnliche Interpretationsschwierigkeiten bestehen auch für weitere Regelungen des Kommunalverfassungsrechts. Im Gegensatz zur tatsächlichen Wirkung der einzelnen Regelungen erscheint durch die jeweils gewählte Formulierung vor allem ein ideologischer Zusammenhang zu den Mehrheiten der die jeweilige Gemeindeordnung verantwortenden Länderparlamente deutlich, die möglicherweise deren politische Grundhaltung zu einer staatlichen Tätigkeit auf Märkten zum Ausdruck bringt.

24 Oberverwaltungsgericht NRW, Beschluss vom 13. August 2003, 15 B 1137/03, NVwZ 2003, 1520, Rn. 23.

**Tabelle V.1: Regelungen der Gemeindeordnungen zu kommunalen unternehmerischen Tätigkeiten**

| Bundesland | Verortung des Gesetzes | Regierung | Subsidiaritätsprinzip | Erwähnung der Daseinsvorsorge | Möglichkeit, sich außerhalb des Gemeindegebiets zu betätigen | Schutz/Miteinbeziehung ansässiger Privatunternehmen | Expliziter Schutz von Dritten / Klagerecht für Privatunternehmen | Besonderheiten |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Baden-Württemberg | §§ 102-108 GemO | Grüne/SPD | eng | x | x | x | - | - |
| Bayern | Art. 86-99 GO | CSU | eng | x | x | x | - | - |
| Berlin | § 65 LHO | SPD/CDU | weit | - | - | - | - | Stadtstaat |
| Brandenburg | §§ 91-100 BbgKVerf | SPD/Linke | weit | - | nur im Energiebereich | - | ausgeschlossen | Umgehung der Subsidiaritätsklausel bei "öffentlichem Interesse" |
| Bremen | § 65 LHO | SPD/Grüne | weit | - | - | - | - | Stadtstaat |
| Hamburg | § 65 LHO | SPD | weit | - | - | - | - | Stadtstaat |
| Hessen | §§ 121-127 HGO | CDU/Grüne | eng | - | nicht im Energiebereich | x | x | Regelmäßige Prüfung einer möglichen Privatisierung; besondere Voraussetzungen für kommunale Tätigkeit im Energiesektor |
| Mecklenburg-Vorpommern | §§ 68-77 KV M-V | SPD/CDU | weit | - | x | x | - | - |
| Niedersachsen | §§ 136-152 NKomVG | SPD/Grüne | eng | explizit Energie, Wasser, ÖPNV, Telekommunikation | - | - | x | - |
| Nordrhein-Westfalen | §§ 107-118 GC NRW | SPD/Grüne | weit | explizit Wasser, ÖPNV, Telekommunikation | x | x | - | - |
| Rheinland-Pfalz | §§ 85-92 GemO | SPD/Grüne | eng | explizit Energie, Wasser, Breitbandtelekommunikation, ÖPNV | x | - | - | Energie immer als öffentlicher Zweck definiert, aber keine Beteiligung an der Nutzung fossiler Brennstoffe möglich |
| Saarland | §§ 108-118 KSVG | CDU/SPD | eng | - | x | x | - | Regelmäßige Prüfung einer möglichen Privatisierung |
| Sachsen | §§ 94a-102 SächsGemO | CDU/FDP | weit | - | - | x | - | - |
| Sachsen-Anhalt | §§ 116-124 GO LSA | CDU/SPD | weit | - | x | - | - | Energie, Wasser, Entsorgung und ÖPNV explizit als öffentlicher Zweck definiert |
| Schleswig-Holstein | §§ 101-109 GO | SPD/Grüne/SSW | weit | - | x | - | - | Gemeinde kann sich generell Dritter zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedienen |
| Thüringen | §§ 71-77 ThürKO | CDU/SPD | eng | x | x | x | - | - |

x im Gesetzestext geregelt - keine Erwähnung im Gesetzestext

Quelle: Eigene Darstellung

**1144.** Ohne eine weitere Interpretation der Detailregelungen aus den Kommunalverfassungen vornehmen zu wollen, liegt nach Auffassung der Monopolkommission die zentrale Bedeutung für die Begrenzung kommunaler Tätigkeit in der Erforderlichkeit dieser Betätigung auf Grundlage eines öffentlichen Zwecks. Die Bestimmung und Subsumtion des öffentlichen Zwecks und die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines daraus abgeleiteten Tätigwerdens der Kommune bieten jedoch einen breiten Beurteilungsspielraum. Eine konsistente Auslegung bedarf hierbei einer konzeptionellen Unterfütterung des Rechtsbegriffs. Hierzu bieten sich vor allem ökonomische Ansätze zur Erklärung eines wohlfahrtssteigernden Verhaltens der Kommune an. Danach bestimmt den öffentlichen Zweck, dass die unternehmerische Tätigkeit der Kommune aufgrund von Marktversagen erforderlich ist. Praktische ökonomische Abwägungsmerkmale für das kommunale Handeln sind dazu in Abschnitt 2.2 dargelegt. Ein solches wohlfahrtsökonomisches Verständnis des Erfordernisses eines öffentlichen Zwecks erscheint der Monopolkommission zudem mit den Zielen der Sozialen Marktwirtschaft und damit der verfassungsmäßigen Wirtschaftsordnung vereinbar. Es ist vor allem auf europäischer Ebene bereits anerkannt und wird von der Monopolkommission auch bei der Prüfung einzelner Märkte und Sektoren vertreten.[25]

### 2.1.3 Wettbewerbsrechtliche Schranken kommunaler unternehmerischer Tätigkeit

**1145.** Für die Gründung kommunaler Unternehmen und auch deren Spezialfall der Rekommunalisierung von Aufgaben besteht eine Reihe typischer Situationen, in denen wettbewerbsrechtliche Grenzen des kommunalen Handelns zu prüfen sind. Während für die Anwendbarkeit der allgemeinen Wettbewerbsnormen nur wenige Unterschiede zwischen der öffentlichen oder privaten unternehmerischen Tätigkeit bestehen, sind vor allem das deutsche bzw. europäische Vergaberecht und das europäische Beihilferecht zwei Rechtsgebiete, welche speziell die öffentliche Hand betreffen.

#### 2.1.3.1 Anwendung des Kartellrechtes und die Frage der Preishöhenkontrolle

**1146.** Zunächst ist festzustellen, dass die Regelungen des deutschen Kartellrechts zu wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Missbrauch von Marktmacht und Fusionskontrolle gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 GWB in gleicher Form für öffentliche wie für private Unternehmen gelten. Eine wichtige Ausnahme stellt lediglich die mit der 8. GWB Novelle 2013 eingeführte Neuregelung des § 130 Abs. 1 S. 2 GWB dar, nach der eine Missbrauchsaufsicht für öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge ausgeschlossen ist. Das Unionskartellrecht gilt ebenso für alle wirtschaftlich tätigen Unternehmen, unabhängig von deren Rechtsform und Eigentümerstruktur,[26] setzt jedoch für seine Anwendbarkeit eine (potenzielle) Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs voraus.[27] Soweit dieses Kriterium etwa angesichts bedeutender Versorgungsgebiete, grenzüberschreitenden Ausschreibungswettbewerbs oder grenzüberschreitender Dienstleistungen bzw. Lieferungen im betroffenen Bereich erfüllt ist, unterliegt gemeindliches Handeln den Art. 101 ff. AEUV.

**1147.** Die Neuregelung des § 130 Abs. 1 S. 2 GWB ist eine Folge der Diskussion um die Voraussetzungen der Unternehmenseigenschaft einer kommunalen Tätigkeit. Diese Frage entzündete sich in der Vergangenheit vor allem im Falle der Kontrolle von Entgelten. Grundsätzlich können kommunale Unternehmen ihre Entgelte nur bedingt frei wählen. Gerade dann, wenn die Kommune Entgelte in einem Bereich erhebt, in dem sie nicht oder kaum in Konkurrenz zu anderen Anbietern steht – wenn also eine marktmächtige oder marktbeherrschende Stellung der kommunalen Tätigkeit vorliegt, besteht die Gefahr, dass der Bürger mit über-

25 Vgl. z. B. zum öffentlichen Auftrag staatlicher Banken, Kapitel VI, Abschnitt 4.2, Tz. 1786. ff.

26 Vgl. etwa EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsdienstleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU 2012 C 8, S. 4 vom 11. Januar 2012, Tz. 8 ff. mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

27 Vgl. etwa EU-Kommission, Mitteilung über die Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. EG 2004 C 101, S. 81 vom 27. April 2004, Tz. 81-96.

höhten Entgelten belastet wird. Daher unterliegen kommunale Unternehmen einer Aufsicht über ihre Entgelte. Die Art der Aufsicht ist jedoch davon abhängig, ob es sich um eine unternehmerische oder hoheitliche Tätigkeit der Kommunen handelt. Im Falle einer hoheitlichen Tätigkeit ist allein die zuständige Kommunalaufsicht für die Kontrolle der Entgelthöhe verantwortlich. Bei einer unternehmerischen Tätigkeit im Sinne des GWB kann jedoch die Missbrauchsaufsicht gemäß § 19 GWB bzw. im Energiesektor die spezielle Missbrauchsaufsicht gemäß § 29 GWB einsetzen. Während die Abgrenzung zwischen unternehmerischer und hoheitlicher Tätigkeit lange strittig war, wird unter diesen beiden Möglichkeiten die wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht jedenfalls faktisch als erheblich wirksamer eingeschätzt, insbesondere weil mit ihr eine Effizienzkontrolle erfolgt.

**1148.** Zuletzt hatte dabei insbesondere der Fall der Berliner Wasserbetriebe für Aufmerksamkeit gesorgt. Das Bundeskartellamt hatte die Höhe der Wassergebühren der Gesellschaft mit denen anderer Großstädte verglichen und eine Preissenkungsverfügung erlassen.[28] Bei diesem und weiteren Fällen wurde im Rahmen der Abgrenzung der Unternehmenseigenschaft insbesondere die Form der verlangten Entgelte problematisiert. Entgelte kommunaler Unternehmen können grundsätzlich als Preise oder Gebühren ausgestaltet sein. Während privatrechtlich organisierte Unternehmen stets Preise nehmen und damit grundsätzlich immer der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterworfen sind, ist dies vor allem bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen umstritten, die nach Wahl Preise oder Gebühren nehmen können. Verbreitet war die Meinung, dass bei der Prüfung von Entgelten, die hoheitlich determiniert werden, allein das Gebührenrecht anwendbar sei und damit die Anwendung des Kartellrechts verdrängen könne. Hoheitlich determinierte Entgelte stellen insbesondere Gebühren dar, zum Teil können unter Umständen aber auch Preise betroffen sein, wenn diese (mindestens teilweise) durch Hoheitsakte festgelegt wurden.

**1149.** Die im Rahmen der 8. GWB-Novelle vor allem auf Druck einiger Bundesländer erfolgte Neuregelung des § 130 Abs. 1 S. 2 GWB versucht hier bei öffentlich-rechtlichen Gebühren und Beiträgen Klarheit zu schaffen, verhindert damit aber de facto eine Anwendung des deutschen Kartellrechts. Damit wird der Handlungsspielraum der Kommunen zwar vergrößert, der Schutz der Bürger vor überhöhten Entgelten für Leistungen öffentlicher Unternehmen wurde jedoch faktisch reduziert. Die Neuregelung ist daher von der Monopolkommission in der Vergangenheit mehrmals kritisch gewürdigt worden.

### 2.1.3.2 Grenzen aus der Anwendung des Beihilfe- und Vergaberechtes

**1150.** Bei der Bereitstellung von Leistungen durch Kommunen ergibt sich typischerweise eine Reihe von Berührungspunkten mit privatrechtlichen Unternehmen. Im einfachsten Fall wird dies ersichtlich, wenn z. B. der Einkauf von Vorleistungen wie beim Materialeinkauf betrachtet wird. Durch die speziell zur Regelung solcher Sachverhalte geschaffenen Rechtsgebiete des deutschen und europäischen Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB sowie verschiedene europäische Richtlinien[29]) und des europäischen Beihilferechts (Art. 107 ff. AEUV) soll eine auf dem Effizienzgedanken basierte Steuerung und Kontrolle des Handelns öffentlicher Stellen erfolgen.

**1151.** Das Vergaberecht dient dazu, eine sachwidrige Bevorzugung bestimmter Auftragnehmer bei Verträgen und insbesondere Beschaffungsvorgängen auszuschließen. Dazu sind bei der Vergabe von Dienstleistungsverträgen die Vorgaben des deutschen und europäischen Vergaberechts zu beachten. Demgegenüber werden

28 Vgl. BKartA, Beschluss vom 4. Juni 2012, B8-40/10.

29 Das deutsche Vergaberecht basiert bisher noch auf den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Im Frühjahr 2014 ist indes das neue Richtlinienpaket zum Vergaberecht in Kraft getreten, das im Wesentlichen bis 18. April 2016 umzusetzen ist. Das Richtlinienpaket besteht aus a) der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (wie Fn. 357 in Kapitel I dieses Gutachtens), welche die bisherige Vergabekoordinierungsrichtlinie (wie Fn. 358 in Kapitel I dieses Gutachtens) ersetzt, b) die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (wie Fn. 359 in Kapitel I dieses Gutachtens), welche die Richtlinie 2004/17/EG82 ersetzt sowie c) der neuen Konzessions-Richtlinie (wie Fn. 361 in Kapitel I dieses Gutachtens).

durch das Beihilferecht Begünstigungen bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige aus staatlichen Mitteln erfasst und unter bestimmten Umständen ausgeschlossen, um eine Verzerrung des Wettbewerbs zu verhindern. Die Beihilfeprüfung erfolgt durch die Europäische Kommission, wobei eine Reihe von Freistellungsverordnungen besteht. Daneben besteht auch die Möglichkeit, beihilferechtliche Vorgaben privatinitiativ im Rahmen einer Konkurrentenklage durchzusetzen.[30]

**1152.** Von beiden Rechtsgebieten gehen erhebliche praktische und sich teils überschneidende Wirkungen auch auf das unternehmerische Handeln von Kommunen aus. So ist die Vereinbarkeit mit dem Vergabe- und Beihilferecht vor allem dann zu prüfen, wenn ein (kommunales) Unternehmen Aufträge oder Dienstleistungskonzessionen von der Kommune erhält. Dabei sind die sich aus den genannten Normen ergebenden Wirkungen außerordentlich komplex und zum Teil branchenspezifisch verschieden. Grundsätzlich muss daher eine Prüfung des Einzelfalls erfolgen.

**1153.** Im Vergaberecht besteht jedoch eine ganz wesentliche Ausnahme für die Vergabe öffentlicher (und damit auch kommunaler) Leistungen an Unternehmen des gleichen öffentlichen Auftraggebers: Solche „Inhouse-Vergaben“ sind grundsätzlich von der Ausschreibungspflicht des Vergaberechtes befreit.[31] Diese generelle Ausnahme ist jedoch für eine Vielzahl möglicher Situationen nicht einschlägig, sodass bei der unternehmerischen Betätigung von Kommunen und speziell bei Rekommunalisierungssachverhalten das Vergaberecht dennoch relativ oft betroffen ist. Durch die Modernisierung des europäischen Vergaberechts (2014, umzusetzen bis 18. April 2016) ist im Wesentlichen eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in diesem Zusammenhang erfolgt. Nachfolgend dargestellte Beispiele basieren allerdings zum Teil auf der früheren Rechtslage:

- Eine Inhouse-Vergabe einer Kommune an ein kommunales Unternehmen ist nur dann ausschreibungsfrei möglich, wenn das auftragnehmende Unternehmen durch die Kommune wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird. Besteht hingegen eine Beteiligung eines Privaten, sind die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe i. d. R. nicht erfüllt.

- Die auftragsübernehmende Gesellschaft muss zudem ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftragnehmer erbringen, damit die Inhouse-Vergabe ausschreibungsfrei erfolgen kann. Dies ist z. B. bei der Beauftragung eines kommunalen Stadtwerks mit der Energieversorgung bereits fraglich. So hatte z. B. das OLG Hamburg entschieden, dass eine kommunale Stadtwerke-Gesellschaft keine Inhouse-Aufträge erhalten kann, wenn ihre Umsätze zu mehr als 10 Prozent aus Lieferungen an Private stammen. In diesem Fall sei das Wesentlichkeitskriterium nicht mehr erfüllt.[32] Das neue europäische Vergaberecht lässt indes einen Drittumsatz von weniger als 20 Prozent zu (Art. 13 Abs. 4 lit. a RL 2014/23/EU, Art. 12 Abs. 1 lit. b RL 2014/24/EU, Art. 28 Nr. 1 lit. b RL 2014/25/EU).

- Das Vergaberecht ist zudem grundsätzlich auch auf Leistungen anwendbar, die eine Kommune bei einem anderen öffentlichen Auftraggeber – z. B. einer Nachbarkommune – einkauft.[33]

- Im Falle der interkommunalen Zusammenarbeit und der Verlagerung einer kommunalen Aufgabe z. B. auf einen Zweckverband hat der EuGH verschiedene Kriterien aufgestellt, um die Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe von Leistungen an die Verbundeinheit einzugrenzen.[34] So muss es sich ins-

30 Vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2010, 3 C 44. 09, BVerwGE 138, 322; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011, I ZR 136/09 - Flughafen Frankfurt-Hahn, WM 2011, 999.

31 Vgl. EuGH, Urteil vom 19. April 2007, C 295/05 - Asemfo, Slg. 2007, I-2999; EuGH, Urteil vom 19. Mai 2005, C - 340/04 - Carbotermo, Slg. 2006, I-4137; EuGH, Urteil vom 29. November 2012, Verb. Rs. C-182/11 und C-183/11 - Econord, Slg. 2012, I-0000.

32 OLG Hamburg, Beschluss vom 14. Dezember 2010, I Verg 5/10, NZBau 2011, 185.

33 EuGH, Urteil vom 13. Januar 2005, C-84/03 - Spanien/Kommission, Slg. 2005, I-139.

34 EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009, C-480/06 - Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747; EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, 159/11 - Lecce, EuZW 2013, 189.

besondere um eine „echte Zusammenarbeit“ mit gegenseitigen Beistandspflichten zur Erfüllung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe handeln. Ein Privater darf nicht beteiligt sein. Auch wenn diese Regeln Klarheit in die Diskussion um die Übertragung von Aufgaben an Zweckverbände und andere Kooperationen bringen, bleibt eine genaue vergaberechtliche Prüfung in diesen Fällen erforderlich.

- Die gerade bei Rekommunalisierungssachverhalten wichtige Ausschreibung von Konzessionsverträgen für die Nutzung öffentlicher Verkehrswege stellt gemäß § 46 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2, 3 EnWG eine Ausnahme von der Zulässigkeit von Inhouse-Vergaben dar.[35]

**1154.** Auch das europäische Beihilferecht besitzt eine Vielzahl von Berührungspunkten mit der Tätigkeit kommunaler Unternehmen. Ein typischer Anwendungsbereich, der in den vergangenen Jahren Auslöser grundsätzlicher Veränderungen der kommunalen Tätigkeit war, sind die Konzessionen an Unternehmen der öffentlichen Hand im ÖPNV. Da die Leistungen vieler kommunaler Verkehrsbetriebe nicht kostendeckend erbracht werden, erfolgte in der Vergangenheit typischerweise ein pauschaler Ausgleich der jährlichen Verluste durch die Kommune. Vor dem Hintergrund beihilferechtlicher Regelungen geriet dieser Verlustausgleich bereits 2003 mit der Grundsatzentscheidung des EuGH im Fall Altmark-Trans ins Wanken, in der das Gericht Kriterien für die Zulässigkeit staatlicher Hilfen aufstellte.[36] Gerade bei Konzessionsvergaben besitzt das Beihilferecht bis heute erhebliche Wirkung für die Kontrolle möglicher Begünstigungen kommunaler Unternehmen.

**1155.** Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff, ist nach Art. 106 Abs. 2 AEUV nur soweit eingeschränkt, wie die Anwendung dieser Vorschriften die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse den damit betrauten Unternehmen rechtlich oder tatsächlich unmöglich macht. Die Auslegung dieses Schutzbereichs wird durch verschiedene Rechtsakte der Europäischen Kommission konkretisiert (Monti-Kroes-Paket, Almunia-Paket, Dienstleistungsrichtlinie), deren Regelungen häufig überarbeitet werden. Tatsächlich bleibt die Anwendung der einzelnen Vorgaben des Beihilfe- und Vergaberechtes ein Instrumentarium mit erheblichen Wirkungen für Unternehmen der öffentlichen Hand; dennoch sind im Einzelfall bzw. für bestimmte Branchen Ausnahmen möglich, sodass Einzelfallprüfungen erforderlich sind.

## 2.2 Ökonomische Theorie und Empirie kommunaler Unternehmen

**1156.** Die ökonomische Grundlage zu der Frage, inwieweit die Übernahme (privat)wirtschaftlicher Tätigkeit durch kommunale Unternehmen wohlfahrtssteigernd ist, liefert die wissenschaftliche Diskussion zu öffentlicher und privater wirtschaftlicher Tätigkeit.[37] Wissenschaftliche Studien zeigen sehr deutlich, dass – sofern keine besonderen Bedingungen vorliegen – die Leistung öffentlicher Unternehmen im Allgemeinen geringer ist als die privater Unternehmen.[38] Die Gründe für die geringere Effizienz öffentlicher Unternehmen

35 Daneben ist die jeweilige Kommune zur Vermeidung eines Missbrauchs ihr zukommender Marktmacht nach § 19 GWB auch zur Ausschreibung verpflichtet, vgl. BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12 und 66/12 - Stromnetze Heiligenhafen und Berkenthin, NZBau, 2014, 303.

36 Bei kumulativem Vorliegen der folgenden Kriterien liegt keine Beihilfe vor: Rechtsverbindliche Festlegung der zu erfüllenden Daseinsvorsorge-Aufgabe in einem Betrauungsakt. Verbindliche, vor Ausgleich der Kosten erfolgende objektive Festschreibung der Kostenparameter. Beachtung des Verbots der Überkompensation. Vergabe der Daseinsvorsorge-Leistung im Wege der Ausschreibung oder Begrenzung der Ausgleichssumme auf die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens abzüglich der dabei erzielten Erlöse. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, C-280/00 - Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747.

37 Vgl. Shleifer, A., State versus Private Ownership, Journal of Economic Perspectives 12(4), 1998, S. 133-150.

38 Einen ausführlichen Überblick über relevante Studien liefern Megginson, W.L./Netter, J.M., From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization, Journal of Economic Literature 39(2), 2001, S. 321-389. Die Autoren schließen „Research now supports the proposition, that privately owned firms are more efficient and more profitable than otherwise-comparable state-owned firms“ (S. 380). Eine vergleichbare Metastudie liefern zudem Shirley, M./Walsh, P., Public vs. private ownership: the current state of the debate. World Bank Policy Research Working Paper (2420), 2001. Unter den darin evaluierten 52 Studien kommen lediglich fünf eher ältere Unter-

sind vielfältig.[39] In der Debatte um die öffentliche Wirtschaftstätigkeit ist vor diesem Hintergrund mittlerweile weitgehend unstrittig, dass der Staat nur dann wirtschaftlich tätig werden sollte, wenn ein öffentliches Interesse an der Tätigkeit besteht und gleichzeitig eine öffentliche Institution diese wichtige Aufgabe besser übernehmen kann als eine private.

**1157.** Die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand, die den Steuerzahler mit unternehmerischen Risiken belastet, bedarf demnach einer besonderen Rechtfertigung. Die Befürworter kommunaler unternehmerischer Tätigkeit sehen diese Rechtfertigung i. d. R. darin gegeben, dass durch sie die Durchsetzung wichtiger kommunaler Interessen erleichtert werde. Ökonomisch betrachtet lässt sich indes feststellen, dass als notwendige Bedingung einer effizienten öffentlichen Wirtschaftstätigkeit diese zunächst durch ein bestehendes Effizienzproblem mit einer durch den Markt organisierten Aufgabe begründet werden muss. Besteht ein solches Effizienzproblem, dann wird dies auch als Marktversagen bezeichnet. Marktversagen betrifft im Zusammenhang mit kommunalen Unternehmen insbesondere das Problem natürliche Monopole. In allen anderen Bereichen, in denen funktionsfähiger Wettbewerb möglich ist, begegnet die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen dagegen grundsätzlichen Bedenken. Sofern keine besonderen ökonomischen Gegebenheiten vorliegen, die eine Ausnahme rechtfertigen, sollten kommunale Unternehmen deshalb nicht in Konkurrenz zu privaten Firmen treten.

**1158.** Als Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit werden neben der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele der Wunsch nach einer verbesserten Leistungserstellung und fiskalische Interessen vorgebracht (vgl. Abschnitt 1.2). Inwieweit diese Gründe die Tätigkeiten kommunaler Unternehmen rechtfertigen können, ist systematisch zu prüfen.

### 2.2.1 Effizienz kommunaler Betreiber natürlicher Monopole

**1159.** Liegt ein natürliches Monopol vor, dann kann das Angebot durch ein einzelnes Unternehmen zu erheblich geringeren Kosten als im Wettbewerb mehrerer Unternehmen erbracht werden. Dies ist bspw. sehr deutlich bei den Verteilnetzen für Strom, Gas und Wasser der Fall. Bei Vorliegen natürlicher Monopole kann eine rein durch den Markt organisierte Tätigkeit nicht durch den Wettbewerb kontrolliert werden und das Problem von Marktmacht des Monopolanbieters – und damit verbundener allokativer Ineffizienz – kann eine Intervention des Staates in den Markt rechtfertigen.

Allerdings stellt die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand nicht zwingend die beste Lösung für das bezeichnete Problem natürlicher Monopole da. Gerade bei staatlichen Monopolunternehmen zeigt sich vielmehr gravierend das Problem der produktiven Ineffizienz. Während private Monopole i. d. R. nicht nur gewinnorientiert arbeiten (und daher auch Interesse an einer möglichst effizienten Produktion haben), sondern zudem auch einer Kontrolle und Disziplinierung durch die Finanz- und Kapitalmärkte unterliegen, verfolgen staatliche Monopole oft kein klares Gewinnziel, sondern oft mehrere, möglicherweise konfligierende Ziele. Auch unterliegen sie nicht so sehr dem Druck der Kapitalmärkte. Feindliche Übernahmen sind z. B. bei staatlichen Unternehmen ausgeschlossen, sodass deren Management weniger durch die Kapitalmärkte diszipliniert wird. Vielmehr operieren Staatsunternehmen oftmals mit weichen Budgetrestriktionen („soft budget constraints“), die zu produktiver Ineffizienz „einladen“.[40] Somit ist das Problem

suchungen zu dem Ergebnis, dass staatliche Unternehmen bessere Ergebnisse liefern, jedoch betonen die Autoren, dass keine Studie existiert, die eine größere Effizienz staatlicher Unternehmen in Bereichen finden, in denen Wettbewerb möglich ist („No studies find that public ownership is superior in potentially competitive industries.“, S. 52). Dagegen liefert die ökonomische Theorie Argumente dafür, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch der Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Anbietern sinnvoll sein kann: Fraja, G./Delbono, F., Game theoretic models of mixed oligopoly, Journal of Economic Surveys 4(1), 1990, S. 1-17.

39 Neben den Gründen, die sich bspw. aus der ökonomischen Theorie der Principal-Agent-Problematik ergeben, sind in der Praxis weitere Schwachstellen wie die problematische Besetzung von Positionen bei Leitung und Aufsichtsrat zu beobachten.

40 Vgl. Stiglitz, J. E., Whither Socialism?, Cambridge 1994.

der allokativen Ineffizienz bei staatlichen Monopolen eventuell weniger gravierend als bei privaten Monopolen, das Problem der produktiven Ineffizienz dafür aber umso ausgeprägter.[41]

**1160.** Unabhängig von der konkreten Frage, ob ein Unternehmen der öffentlichen Hand einen natürlichen Monopolmarkt bedienen sollte, stellt eine Regulierung des Marktes eine prinzipiell geeignete Vorgehensweise da, um den Effizienzproblemen zu begegnen. Dazu setzt die Gebietskörperschaft, über die sich die Tätigkeit des Monopolanbieters erstreckt, diesem Regeln, durch die der Anbieter Anreize erhält, seine allokative und/oder produktive Effizienz zu erhöhen. Angelehnt an eine solche Regulierung eines Marktes kann das Monopolproblem durch den Staat zudem auch dadurch angegangen werden, dass die entsprechende Leistung genau definiert und am Markt ausgeschrieben wird („Wettbewerb um den Markt").

**1161.** Mit Blick auf die Praxis kommunaler Wirtschaftstätigkeit in natürlichen Monopolmärkten finden sich vielfältige Tätigkeitsbereiche und Umsetzungsformen. Während die Leistung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb im Allgemeinen schlechter ist als die privater Unternehmen, sind die ökonomischen Erkenntnisse im Hinblick auf die Tätigkeit im Bereich natürlicher Monopole weniger eindeutig. Empirische Untersuchungen zeigen, dass private Unternehmen in diesen Bereichen nicht zwingend effizienter sind. So legt die Metastudie von Shirley/Walsh (2001) dar, dass sich die wenigen Studien, die eine Überlegenheit öffentlicher Unternehmen gegenüber privaten Firmen finden, ausschließlich auf natürliche Monopole beziehen.[42] Auch neuere empirische Untersuchungen unterstützen diese Tendenz.[43] Für die Bewirtschaftung natürlicher Monopole ist damit die Überlegenheit privater Unternehmen gegenüber der öffentlichen Hand nicht so klar wie in einer allgemeinen Betrachtung. Daher ist davon auszugehen, dass private Unternehmen in diesen Bereichen zumindest nicht immer über Effizienzvorteile verfügen.

Dieses Ergebnis lässt sich auf theoretische Überlegungen zur Regulierung unter asymmetrischer Information zurückführen.[44] Wenn die Leistungen der Unternehmen gut vertraglich fixierbar sind und deren Einhaltung überprüfbar ist, hat ein privates Unternehmen Anreize, die Leistung ähnlich effizient zu erbringen, wie es im Wettbewerb der Fall wäre. Sind dagegen vertraglich schwierig regelbare Gegenstände wie die Qualität einer Leistung betroffen, haben private Unternehmen tendenziell Anreize, Spielräume zu ihrem wirtschaftlichen Vorteil auszunutzen und ihre Kosten und damit teilweise auch die Qualität zu reduzieren. Dieser Fehlanreiz

41 Hier treten zudem die bekannten Probleme der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen auf (vgl. Fn. 38 f.).

42 Allerdings finden sich fast ebenso viele Sektoren mit natürlichen Monopolen, in denen Studien eine Überlegenheit der privaten Wirtschaftstätigkeiten finden. Auch die genannte Metastudie von Megginson/Netter (2001) liefert bei der Betrachtung von natürlichen Monopolen uneinheitliche Ergebnisse, vgl. Megginson, W.L./Netter, J.M., From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization, a. a. O.

43 Eine Studie zum Energiesektor liefert Kwoka, Jr, J.E., The Comparative Advantage of Public Ownership: Evidence from U.S. Electric Utilities, Canadian Journal of Economics 38(2), 2005, S. 622-640. Die Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass private Unternehmen im Bereich der Energieerzeugung und Unternehmen der öffentlichen Hand im Bereich der Verteilung effizienter sind. Dagegen findet eine andere Studie keine Überlegenheit öffentlicher Unternehmen bei der Energieverteilung: Fumagalli, E./Garrone, P.,/Grilli, L., Service quality in the electricity industry: The role of privatization and managerial behavior, Energy Policy 35(12), 2007, S. 6212-6224. Auch bei anderen natürlichen Monopolen ist keine klare Tendenz erkennbar. So findet eine Metastudie für die Bereiche der Wasserversorgung und Müllentsorgung keine signifikanten Kosteneinsparungen durch Privatisierung für Wasser, während bei der Müllentsorgung eher Einsparungen zu erwarten sind: Bel, G./Warner, M., Does privatization of solid waste and water services reduce costs? A review of empirical studies, Resources, Conservation and Recycling 52(12), 2008, S. 1337-1348. Die darin unter anderem ausgewertete Studie Bhattacharyya, A./Parker, E./Raffiee, K., An examination of the effect of ownership on the relative efficiency of public and private water utilities, Land Economics, 1994, S. 197-209, findet zwar eine größere mittlere Effizienz öffentlicher Unternehmen, jedoch bei diesen gleichzeitig eine deutlich größere Bandbreite, also auch sehr ineffiziente Unternehmen. Für regulierte natürliche Monopole in der Telekommunikation zeigt eine ältere Studie von Kwoka Jr, J.E., The effects of divestiture, privatization, and competition on productivity in US and UK telecommunications, Review of Industrial Organization 8(1), 1993, S. 49-61, wiederum deutliche Effizienzsteigerungen durch Privatisierung.

44 Vgl. Laffont, J.J., Privatization and incentives. Journal of Law, Economics, and Organization, 7, 1991, S. 84-105, Hart, O./Shleifer, A.,/Vishny, R. W., The proper scope of government: theory and an application to prisons. Quarterly Journal of Economics, 112(4), 1997, S. 1127-1161 und Shapiro, C.,/Willig, R. D., Economic Rationales for the Scope of Privatization, in: Wright, V./Perrotti, L. (Hrsg.), Privatization and public policy, Volume 1, Elgar Reference Collection, International Library of Comparative Public Policy, vol. 13, 2000, S. 185-217.

ist bei öffentlichen Unternehmen gegebenenfalls weniger stark vorhanden. Die Möglichkeiten, Leistungen der Unternehmen in Verträgen festzuschreiben, bilden damit eine wichtige Grundlage zur Beantwortung der Frage, ob die kommunale Wirtschaftstätigkeit sinnvoll sein kann.

**1162.** An dieser Stelle ist auch zu erwähnen, dass es für die Ergebnisse der Organisationsform der Leistungserbringung in der Praxis nicht nur darauf ankommt, wie gut Leistungen in Verträgen zwischen einer Kommune und privatwirtschaftlichen Unternehmen theoretisch spezifiziert werden können, sondern insbesondere auch wie gut solche Verträge tatsächlich gestaltet und durchgesetzt werden. So haben in den vergangenen Jahren einige Kommunen mit der Entscheidung für eine Voll- oder Teilprivatisierung der Leistungserstellung negative Erfahrungen gemacht. Dies spricht jedoch nicht immer dafür, diese grundsätzliche Entscheidung rückgängig zu machen. Vielfach sollten die Erfahrungen genutzt werden, um die Vertragsgestaltung zu verbessern. So können die Kommunen bspw. eine Instanz einrichten, die ihnen das Monitoring der Leistungen der privaten Unternehmen ermöglicht.[45] Dazu müssen die relevanten Informationen an diese Monitoringeinheit weitergeleitet werden.

**1163.** Neben den beschriebenen statischen Effekten ist für die diskutierte Frage auch die wirtschaftliche Entwicklung im Falle von kommunaler im Gegensatz zu privater Wirtschaftstätigkeit relevant. Dies beinhaltet insbesondere die Veränderung der Unternehmenslandschaft. In empirischen Studien zeigt sich, dass in den hier betrachteten Sektoren oft signifikante Größen- und Verbundvorteile existieren.[46] Insofern ist relevant, ob eher eine private oder eine öffentliche Eigentümerschaft geeignet ist, diese Vorteile nutzbar zu machen.

Anbieter können prinzipiell von Größenvorteilen profitieren, wenn sie in mehr als einer Kommune tätig sind. In der Privatwirtschaft sind insoweit insbesondere integrierte Strukturen bzw. Zusammenschlüsse zu beobachten. Kommunenübergreifende Tätigkeiten der öffentlichen Hand werden teilweise in Form von Kooperationen realisiert, die jedoch i. d. R. sachlich und regional begrenzt bleiben. Daher ist die Realisierung von Größenvorteilen mit höherer Wahrscheinlichkeit im Bereich privater als kommunaler Unternehmen bspw. durch Zusammenschlüsse zu erwarten. Durch Vergabe der Bewirtschaftung natürlicher Monopole an privatwirtschaftliche Unternehmen werden daher eher Strukturen entstehen, die Größenvorteile nutzbar machen.

Durch die örtliche Zusammenführung verschiedene Tätigkeitsbereiche besteht die Möglichkeit, dass Verbundvorteile realisiert werden können. Hier ist zu vermuten, dass kommunale Betriebe dies eher tun. Im Gegensatz dazu werden private Unternehmen kaum Verlust bringende Aktivitäten wie den ÖPNV oder öffentliche Bäder übernehmen, auch wenn dadurch gegebenenfalls gewisse Verbundvorteile generiert werden könnten.

**1164.** Für ein effizientes Ergebnis ist zudem die öffentliche und politische Akzeptanz des Regimes von Bedeutung. Fehlende politische Akzeptanz führt zu instabilen Rahmenbedingungen. Dies wiederum wirkt sich insbesondere in Sektoren, die sich durch ein hohes Maß an irreversiblen Investitionen auszeichnen – wie bspw. Netzsektoren – negativ auf Investitionsanreize aus. Insofern sind Verteilungsziele, die für die öffentliche und politische Akzeptanz eine entscheidende Rolle spielen, auch für die Effizienz des Gesamtsystems nach institutionenökonomischem Begriffsverständnis relevant.

**1165.** In der Gesamtschau ergibt sich kein eindeutiges Ergebnis bezüglich der relativen Effizienz öffentlicher und privater Unternehmen im Bereich natürlicher Monopole. In diesen Bereichen sollte der öffentliche Be-

45 Vgl. insoweit auch die Regelungen in Art. 83 ff. der Vergaberichtlinie 2014 (wie Fn. 357 in Kapitel I dieses Gutachtens), Art. 99 ff. der Sektorenrichtlinie 2014 (wie Fn. 359 in Kapitel I dieses Gutachtens) sowie Art. 45 der Konzessionsvergaberichtlinie 2014 (wie Fn. 361 in Kapitel I dieses Gutachtens).

46 Vgl. Growitsch, C./Jamasb, T./Pollitt, M., Quality of service, efficiency and scale in network industries: an analysis of European electricity distribution, Applied Economics 41(20), 2009, S. 2555-2570; Yatchew, A., Scale Economies in Electricity Distribution – A Semiparametric Analysis, Journal of Applied Econometrics 15, 2000, S. 187-210.

trieb daher nicht aus reinen Effizienzgründen strikt abgelehnt werden. Jedoch ist zu betonen, dass Effizienzüberlegungen auch nicht für eine Rekommunalisierung sprechen, insbesondere da sich auch hier Tendenzen in Richtung einer größeren Effizienz privater Unternehmen zeigen. Soweit kein funktionsfähiger Wettbewerb möglich ist, ist eine Betrachtung im Einzelfall nötig. Eine kommunale Wirtschaftstätigkeit kann insbesondere dann begründet werden, wenn die erforderlichen Rahmenbedingungen der Tätigkeit nur schwer vertraglich festzuschreiben und zu überprüfen sind oder deren Kontrolle sehr kostenaufwendig ist. Ist dies nicht der Fall, sollte die öffentliche Hand eher als Gestalter der Rahmenbedingungen des Markts für privatwirtschaftliche Unternehmen agieren. Dies bedeutet auch, dass die Fortentwicklung des wirtschaftlichen Ordnungsrahmens entscheidende Auswirkungen auf die Beantwortung der Frage nach der Ausgestaltung der kommunalen Tätigkeit hat.

### 2.2.2 Probleme der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele und fiskalischer Interessen

**1166.** Für die wirtschaftliche Tätigkeit von Kommunen wird als zentrales Argument der gewünschte politische Einfluss auf die Geschäftspolitik der Stadtwerke im Sinne der Verfolgung kommunalpolitischer Ziele genannt. Dazu gehören insbesondere die Sicherung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen und die Stärkung von Unternehmen vor Ort. Daneben wird meist die allgemeine Generierung von Einnahmen zur Sicherung der politischen Handlungsfähigkeit in anderen Bereichen als Motiv vorgebracht. Die Verfolgung dieser Zielsetzungen durch entsprechende wirtschaftliche Tätigkeit heißt konkret in aller Regel, dass Profite kommunaler Stadtwerke zur Finanzierung kommunalpolitischer Interessen genutzt werden sollen. Neben rechtlichen Problemen entstehen dadurch vor allem Probleme der Effizienz, der Kontrolle und Transparenz.

**1167.** Die Verfolgung politischer Ziele durch kommunale Wirtschaftstätigkeit geht fast zwangsläufig mit Effizienzverlusten einher. Auf die politische Vorgabe, Aufträge bevorzugt an lokale Unternehmen zu vergeben, kommt es nur dann an, wenn deren Angebot gerade nicht das Beste ist. Denn dann werden effizientere Dritte übergangen. Dies gilt ebenso für die Sicherung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen. Denn hier werden Arbeitsplätze erhalten, deren Grenzproduktivität unter den gegebenen Umständen zu gering ist oder es wird sogar für derartige Arbeitsplätze ausgebildet. Auch kann die Sicherung von Arbeitsplätzen oder eine gerechte Entlohnung nicht als Argument für Rekommunalisierung dienen, da die kommunale Wirtschaftstätigkeit nach der zugrunde liegenden Logik entsprechend beliebig ausgedehnt werden könnte und müsste. Wenn dies nicht geschieht, stellt sich bspw. die Frage nach einem gerechten Zugang zu den bewusst besonders attraktiv gestalteten Beschäftigungsverhältnissen bei kommunalen Unternehmen. Die erwünschte Stärkung der Wertschöpfung in der Region ist zudem über private Wirtschaftstätigkeit meist ebenso möglich.

Auch die Verfolgung weiterer politischer Ziele mithilfe kommunaler Unternehmen ist zumeist kritisch zu beurteilen. Beispielsweise sieht die Monopolkommission die Verfolgung umwelt- und energiepolitischer Interessen – wie das Fördern von erneuerbaren Energien – auf kommunaler Ebene ganz überwiegend nicht als zielführend an (vgl. Abschnitt 4.3). Ein Beitrag zum Klimaschutz kann durch kommunale Energiepolitik kaum geleistet werden. Auch das Ziel kommunaler Energieautarkie ist aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll, da damit explizit auf die Realisierung existierender Größen- und Verbundvorteile verzichtet wird.

**1168.** Die Verfolgung kommunalpolitischer Ziele durch die wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen führt im Ergebnis zu einer ineffizienten Nutzung von Ressourcen. Diese könnten an anderer Stelle besser eingesetzt werden. Aufgrund dieser Effizienzverluste ist es prinzipiell günstiger für die regionale Entwicklung, wenn sich die öffentliche Hand auf die Förderung von Unternehmen und nicht zuletzt deren Entstehung im privaten Sektor konzentrieren würde.

**1169.** Trotz dieser ökonomischen Vorbehalte erkennt die Monopolkommission demokratisch legitimierte kommunalpolitische Ziele auf politischer Ebene an, wenn die beschriebenen Ineffizienzen bewusst in Kauf

genommen und transparent gemacht werden.[47] Jedoch ist die Herkunft der ineffizient eingesetzten Ressourcen zu klären. Grundsätzlich dienen bei einer Querfinanzierung innerhalb kommunaler Unternehmen Stadtwerke als Ertragsbringer. Dieses stellt bspw. der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) im Zusammenhang mit den Vorteilen der Rekommunalisierung entsprechend dar (vgl. Fn. 17). So können kommunalpolitische Ziele verfolgt werden – bspw. indem das Stadtwerk zur regionalen Wertschöpfung teurer beschafft als notwendig oder zusätzliche Mitarbeiter einstellt und damit auf Gewinne verzichtet.

**1170.** Eine Quersubventionierung kann teilweise bei Marktversagen in den subventionierten Bereichen ökonomisch sinnvoll sein. Im Personennahverkehr sprechen bspw. externe Effekte durch Umweltverschmutzung, Stau und Lärm dafür, Transport vom motorisierten Individualverkehr auf den ÖPNV zu verlagern. Ökonomisch gesehen entspricht die Quersubventionierung von einem profitablen Bereich einer Verbrauchssteuer. Die Stadtwerke erzielen ihre zur Umverteilung vorgesehenen Gewinne aufgrund von Preisen, die über denen funktionierenden Wettbewerbs liegen. Dieses Vorgehen kann einer Ramsey-Preissetzung für natürliche Monopole entsprechen und somit effizient sein, wenn die Preisbildung an den Preiselastizitäten der Nachfrage ausgerichtet wird. Dazu müssten die Preise für Güter mit einer preisunelastischen Nachfrage wie Wasser oder Energie relativ hoch sein und dadurch Preise für Güter, deren Nachfrage preiselastisch ist, niedrig gehalten werden. Eine Preissetzung nach Ramsey bedeutet also, dass diejenigen, die am schlechtesten ausweichen können, die höchsten Preise zahlen. Somit würden bspw. Güter der Grundversorgung besonders hoch bepreist, was verteilungspolitisch meist gerade nicht erwünscht ist. Zu berücksichtigen sind hier zudem dynamische Effekte. So können sich hohe Preise oder Gebühren für Güter mit sehr preisunelastischer Nachfrage langfristig negativ auf die Ansiedlung von Unternehmen und privaten Haushalten auswirken.

**1171.** Außerdem ergibt sich aus Sicht der Monopolkommission durch die Quersubventionierung innerhalb eines kommunalen Unternehmens das massive Problem der Intransparenz. Im Gegensatz zu Steuern und Abgaben ist die Verschiebung von Gewinnen innerhalb eines kommunalen Unternehmens kaum öffentlich wahrnehmbar. Somit findet eine öffentliche Diskussion dieser Querfinanzierung praktisch nicht statt. Die in aller Regel faktisch nur sehr eingeschränkte Verantwortung dieser Aktivitäten durch ein gewähltes Kommunalparlament sieht die Monopolkommission nicht als ausreichende demokratische Kontrolle an.

**1172.** Wenn die Quersubventionierung trotz der genannten Probleme gewünscht ist, bleibt die nachhaltige Finanzierung problematisch. So ist die Erzielung ausreichend hoher Renditen im Energiebereich langfristig aufgrund des begrüßenswerten zunehmenden Wettbewerbs im Endkundenmarkt und der Regulierung der Netzentgelte kaum möglich (vgl. Abschnitt 4.3.1). Daher muss zur Finanzierung auf Bereiche ausgewichen werden, in denen die faktischen Preissetzungsspielräume aufgrund hoher Marktmacht der Unternehmen größer sind. Dies ist bspw. derzeit bei der Wasserversorgung oder der Entsorgung der Fall. Jedoch schwinden auch dort die Möglichkeiten, hohe Deckungsbeiträge zu erzielen, da die Wettbewerbsaufsicht zunehmend aktiv wird; auch ist hier eine Regulierung in der Diskussion (vgl. Abschnitt 4.1). Wettbewerbspolitische Verbesserungen schränken die Möglichkeiten der Quersubventionierung damit ein.

**1173.** Aus den dargestellten Gründen der Ineffizienz, der fehlenden Transparenz und der mangelnden langfristigen Perspektive zur Quersubventionierung auch im Rahmen der Preissetzung nach Ramsey sieht die Monopolkommission die Rekommunalisierung zur Finanzierung kommunalpolitischer Ziele kritisch. Vorzugswürdig zur Bereitstellung defizitärer Dienste ist die Verwendung oder explizite Erhebung von Steuern und Abgaben. Dadurch wird einerseits eine ausreichende Transparenz über die Umverteilung geschaffen, was mit einer besseren Kontrolle darüber einhergeht, inwiefern die Bevölkerung diese gutheißt. Andererseits wird die Finanzierung der Erbringung der defizitären Leistungen nachhaltig gesichert.

**1174.** Neben der Wahrung des kommunalen Einflusses werden als Gründe für die Rekommunalisierung auch rechtliche und insbesondere vergabe- und beihilferechtliche Aspekte vorgebracht. So sei das für einen Ausschreibungswettbewerb notwendige effiziente Ausschreibungsmanagement gerade für kleine Kommunen

47 Teilweise wird dies als Bestandteil der Sozialen Marktwirtschaft verstanden.

eine große Herausforderung. Der Monopolkommission erscheint es dagegen fraglich, ob es einer Kommune, die sich nicht in der Lage sieht, ein effizientes Ausschreibungsmanagement zu gewährleisten, gleichzeitig möglich ist, die Bewirtschaftung eines natürlichen Monopols so effizient zu gestalten wie privaten Unternehmen, die sich im Wettbewerb um diese Bewirtschaftung bewerben müssen. Zudem wird argumentiert, dass für Unternehmen in kommunaler Hand in rechtlicher Hinsicht größere Spielräume bestünden.[48] Diesbezüglich muss die Umgehung wettbewerbsrechtlicher Vorgaben durch die kommunale Wirtschaftstätigkeit aus volkswirtschaftlicher Perspektive strikt abgelehnt werden. Im Ergebnis mögen rechtliche Argumente im Einzelfall überzeugen. Als generelle Begründung für eine Tätigkeit öffentlicher Unternehmen sieht die Monopolkommission diese sehr kritisch.

### 2.2.3 Fazit: Wenige Argumente können im Einzelfall für kommunale Wirtschaftstätigkeit sprechen

**1175.** Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich öffentliche Wirtschaftstätigkeit der Kommunen auf Bereiche natürlicher Monopole konzentrieren sollte. In diesen Bereichen kann kein funktionsfähiger Wettbewerb entstehen, sodass die ökonomisch einzig sinnvolle Alternative zur kommunalen Tätigkeit die Regulierung eines privatwirtschaftlichen Unternehmens ist. Empirische Studien finden keine eindeutigen Belege für klare Vorzüge des zweiten Modells. Jedoch ist eine Überlegenheit privater Wirtschaftstätigkeit insbesondere dann wahrscheinlich, wenn durch überregionales Handeln Größenvorteile generiert werden können. Wenn vertraglich schwer fixierbare Qualitätskriterien eine Rolle spielen, ist dagegen das gegenteilige Ergebnis zu erwarten.

**1176.** Auf der anderen Seite können die von den Fürsprechern kommunaler Wirtschaftstätigkeiten vorgebrachten Argumente nicht überzeugen. Die Durchsetzung kommunaler Ziele wie die Sicherung von Arbeitsplätzen oder einer lokalen Wertschöpfung bedeutet einen ineffizienten Einsatz von Ressourcen, die an anderer Stelle besser genutzt werden könnten. Zudem ergeben sich erhebliche Transparenz- und damit Kontrolldefizite.

**1177.** Auf dieser Grundlage lässt sich nicht eindeutig beantworten, inwiefern Kommunen wirtschaftlich tätig werden sollten, jedoch sieht die Monopolkommission übermäßige öffentliche Wirtschaftstätigkeiten und Tendenzen zur zunehmenden Rekommunalisierung auf Grundlage der dargelegten Analyse eher skeptisch.[49] Allerdings ist eine pauschale Aussage nicht möglich, sondern vielmehr eine Einzelfallbetrachtung erforderlich. Dementsprechend werden aktuelle Entwicklungen einzelner Sektoren in den folgenden Abschnitten separat betrachtet.

## 2.3 Umsetzungsmöglichkeiten öffentlicher Aufgaben

### 2.3.1 Organisationsformen kommunaler Unternehmen

**1178.** Kommunalen Unternehmen stehen zahlreiche öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Organisationsformen zur Verfügung. Die Wahl der Organisationsform wirkt sich in vielerlei Bereichen auf die effektive und effiziente Erfüllung des Unternehmenszwecks aus; dies gilt z. B. hinsichtlich der steuerlichen Behandlung, der Organisation von Aufsichtsorganen, der Eingriffsmöglichkeiten der Kommune oder der internen Organisationsmöglichkeiten. Auch die Art der Entgelte, die z. B. die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörden eröffnen oder begrenzen (vgl. 2.2.2), wird durch die Wahl der Unternehmensform mitbestimmt. Um einige hervorzuhebende Entscheidungsdeterminanten transparent zu machen, sind die wichtigsten Organisationsformen kommunaler Unternehmen in der Tabelle V.2 dargestellt.

48 Vgl. Abschnitt 4.1 in diesem Kapitel.

49 Dabei spricht sich die Monopolkommission nicht dafür aus, den Kommunen die Entscheidungen langfristig völlig aus der Hand zu nehmen. Es ist durchaus sinnvoll, dass die Rahmenbedingungen so gestaltet sind, dass den Kommunen auch in diesen Bereichen entscheidende Bedeutung zukommt. Es muss kontinuierlich ein Wettbewerb um die besten Lösungen gewährleistet werden.

**1179.** Macht es ein öffentlicher Zweck erforderlich, bestimmte Aufgaben durch ein Unternehmen der öffentlichen Hand zu erbringen, dann bietet die vielfältige Auswahl öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Unternehmensformen Möglichkeiten, die Tätigkeit der Kommune passend zur Aufgabe zu gestalten. Die Monopolkommission begrüßt in diesem Zusammenhang grundsätzlich, dass den Kommunen z. B. durch die Wahl einer privatrechtlichen Gesellschaftsform Möglichkeiten offen stehen, sich effizient zu organisieren. Allerdings lässt eine zunehmend stark an das Privatrecht angelehnte Erfüllung von Aufgaben durch kommunale Unternehmen auch die Frage der Abgrenzung angemessener und zulässiger öffentlicher Wirtschaftstätigkeit noch dringlicher erscheinen. Je eher der Staat vergleichbar handelt, wie es private Unternehmen tun, desto eher erscheint es berechtigt zu prüfen, ob die kommunale Aufgabenerfüllung für die Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks tatsächlich erforderlich ist.

**1180.** Die Absicht der reinen Gewinnerzielung ist zwar als öffentlicher Zweck nicht anerkannt und darf auch nicht das Kerninteresse einer kommunalen Tätigkeit sein. Im Zusammenhang mit einem öffentlichen Zweck ist die Gewinnerzielung allerdings zulässig. Dabei ist durchaus anzunehmen, dass viele Gemeinderäte auch die Gewinnerzielung im Blick haben, wenn sie über Gründung bzw. Organisationsform eines öffentlichen Unternehmens entscheiden. Auch vor diesem Hintergrund firmieren Unternehmen der öffentlichen Hand im Vergleich zur Situation vor 20 Jahren heute deutlich häufiger als privatrechtliche Kapitalgesellschaften.

**Tabelle V.2: Organisationsformen kommunaler Unternehmen**

<table>
<tr><th></th><th>Regiebetrieb</th><th>Eigenbetrieb</th><th>A.ö.R. (Kommunalunternehmen)</th><th>Zweckverband</th><th>GmbH</th><th>AG</th></tr>
<tr><td>eigene Rechtspersönlichkeit</td><td colspan="3">nein</td><td colspan="3">ja</td></tr>
<tr><td>direkte Einwirkung der Trägerkommune</td><td colspan="4">ja</td><td>nach Gesellschaftsvertrag</td><td>insbesondere Konzernierung mit Beherrschungsvertrag</td></tr>
<tr><td>eigenes Rechnungswesen / Haushaltsführung</td><td>nein</td><td colspan="2">ja (Kameralistik/Doppik)</td><td>wie Kommunalunternehmen</td><td>ja, Doppik</td><td>ja, Doppik</td></tr>
<tr><td>Rechnungsprüfung</td><td>Rechnungsprüfungsamt</td><td>Rechnungsprüfungsamt oder Wirtschaftsprüfer</td><td>nach den geltenden handelsrechtlichen Bestimmungen §§ 316 ff. HGB</td><td>wie Kommunalunternehmen</td><td>nach Bestimmungen des HGB, zusätzliche Prüfung gemäß § 44 HGrG bei Beteiligung Bund/Land durch Rechnungshof, ähnliches kann die Gemeindeordnung vorsehen</td><td>nach Bestimmungen des HGB, zusätzliche Prüfung gemäß § 44 HGrG bei Beteiligung Bund/Land durch Rechnungshof, ähnliches kann die Gemeindeordnung vorsehen</td></tr>
<tr><td>Entgelt</td><td colspan="4">Gebühren oder Preise</td><td colspan="2">Preise</td></tr>
<tr><td>Umsatzsteuerpflicht</td><td colspan="4">je nach Art der Tätigkeit, nach neuester Rechtsprechung: bei Wettbewerbsverzerrungen</td><td colspan="2">ja</td></tr>
<tr><td>Körperschaftssteuerpflicht</td><td colspan="4">je nach Art der Tätigkeit, gem. § 4 KStG: bei Betrieben gewerblicher Art</td><td colspan="2">ja, aber zum Teil Vorteil durch Verrechnung mit defizitären Gesellschaften</td></tr>
<tr><td>Personal</td><td colspan="4">öffentliches Dienstrecht für Angestellte, Beamtenrecht für Beamte: Laufbahnsystem, „unflexible Stellenpolitik“, Beamtenprinzip auf Lebenszeit, hoher Kündigungsschutz, im Rahmen von Art. 33 IV GG auch Angestelltenverhältnis mit außertariflicher Bezahlung für Führungskräfte möglich. Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach Bundespersonalvertretungsgesetz (BpersVG) und damit weitgehender als bei privatwirtschaftlichen Betrieben.</td><td colspan="2">Gehälter liegen teilweise unterhalb des öffentlichen Bereichs; Leistungsprinzip (auch in Besoldung und Belohnung); privates Arbeitsrecht: Unternehmen gehören aber meist Arbeitgeberverbänden an, die Dienstrecht für anwendbar erklären, Personalpolitik dennoch flexibler, Personalvertretung nach Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)</td></tr>
<tr><td>Haftung</td><td colspan="4">keine Haftungsbeschränkung (Rechtsstaatsprinzip, Sozialstaatsprinzip); andere Auffassung: Art. 115 GG kann auch als Verpflichtung zur Risikobegrenzung gelesen werden</td><td colspan="2">beschränkt/Freistellung möglich - i.d.R. Beschränkung aufgrund kommunaler Vorgaben sogar erforderlich</td></tr>
</table>

Quelle: Darstellung basierend auf eigenen Recherchen

### 2.3.2 Public-Private-Partnerships

**1181.** Oftmals wird bei öffentlichen Aufgaben nicht mehr trennscharf zwischen staatlichen und privaten Märkten unterschieden, sondern die Erfüllung der Aufgabe wird durch eine Partnerschaft privater Unternehmen und der öffentlichen Hand wahrgenommen. Diese Form der Zusammenarbeit hat in den letzten 10 bis 20 Jahren auch im kommunalen Bereich zugenommen und ist unter dem Begriff Public-Private-Partnership bekannt (PPP, Öffentlich-Private Partnerschaft). Tatsächlich lässt sich der Begriff PPP nicht eindeutig abgrenzen. Typischerweise handelt es sich jedoch um eine erweiterte Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und privaten Investoren bei Infrastrukturprojekten, die sich über den gesamten Lebenszyklus des Projektes erstrecken kann. Markante Beispiele für PPP finden sich insbesondere bei größeren Infrastrukturprojekten wie Tunnel (etwa Eurotunnel), Brücken (etwa Vasco da Gama-Brücke in Portugal), Straßen (etwa Autobahnen in Frankreich) bzw. Mautsystemen (etwa TollCollect); es besteht jedoch auch auf kommunaler Ebene eine große Vielfalt an PPP-Projekten, z. B. beim Bau und Betrieb kommunaler Schulen und Kindertagesstätten, im Wasser/Abwasserbereich bei Anlagen- und Verteilnetzen sowie bei komplexen Entsorgungs- und Recyclinganlagen.

**1182.** Aufgaben der öffentlichen Hand werden entweder durch eine eigene Organisationsform bzw. durch ein kommunales Unternehmen erbracht oder möglichst genau definiert am Markt ausgeschrieben. Die Abgrenzung zwischen einer gewöhnlichen Ausschreibung von Dienstleistungen und einem erweiterten PPP-Modell ist dabei nicht ganz trennscharf. Es kann als ein Kernmerkmal von PPP-Projekten angesehen werden, dass diese die klassische Form der horizontalen und vertikalen Aufgabentrennung überwinden. Im klassischen Ansatz besteht bei Infrastrukturprojekten eine Zweiteilung: Während der Bau oder die Sanierung bzw. die nötige Bauplanung meist als private Aufgaben angesehen wurde, die durch Ausschreibungen vergeben wurden, waren Finanzierung und der Betrieb öffentlicher Infrastrukturen oft Aufgaben, die die öffentliche Hand mittels eigener Organisationsformen durchführte. Dementgegen wird bei PPP-Projekten eine Verzahnung dieser Prozesse angestrebt. Abhängig von der Aufgabenverteilung über die Prozessstufen eines Infrastrukturprojektes unterscheiden die „EU Guidelines for PPP“ verschiedene Grundmodelle von PPP.[50] Eine typische Form von PPP sieht z. B. vor, dass ein privates Unternehmen Finanzierung, Bau und Betrieb übernimmt, während das Eigentum bei der öffentlichen Hand verbleibt, die das Projekt zudem überwacht. Im Rahmen der Finanzierung darf der Private zudem ein Entgelt erheben bzw. wird an dem Entgelt beteiligt oder er erhält eine Finanzierung aus dem öffentlichen Haushalt.

**1183.** PPP-Projekte werden manchmal als eine besonders moderne und effiziente Umsetzung zur Erfüllung kommunaler Aufgaben dargestellt. Dies liegt insbesondere in der veränderten Risikoverteilung, da bei PPP-Projekten private Investoren häufig längerfristig und auch nach einer Bau- oder Sanierungsmaßnahme für ein Projekt verantwortlich sind. Allerdings erfordert die Entscheidung, eine Aufgabe in Form eines PPP-Projektes durchzuführen, eine differenzierte Betrachtung. Aus ökonomischer Sicht liegt der mögliche Vorteil einer Gestaltung öffentlicher Projekte als PPP vor allem in einer potenziellen Reduzierung typischer Informationsprobleme infolge unvollständiger Verträge und deren Auswirkungen auf die Projektkosten. Die in diesem Zusammenhang relevanten volkswirtschaftlichen Kosten entstehen bei Infrastrukturprojekten insbesondere durch die mit dem Projekt zusammenhängenden Risiken. Diese lassen sich vereinfacht unterscheiden in originäre Projektrisiken einerseits[51] und andererseits Risiken aus dem Vertrag mit privaten Unternehmen, die mit bestimmten Aufgaben im Rahmen des Projektes betraut werden. Bei PPP geht es vor allem um die Reduzierung vertraglicher Risiken. Ist ein privater Auftragnehmer nur für einen Teilprozess eines Projektes verantwortlich – z. B. den Bau der Infrastruktur – dann besitzt er nach Vertragsschluss eventuell Anreize, seine Einsätze in das Projekt nur ungenügend zu leisten („Moral Hazard“). Bei PPP-Projekten trägt der private Partner hingegen für mehr bzw. für längerfristige Prozesse des Projektes die Ver-

50 Vgl. EU-Kommission, Guidelines for successful public-private partnerships, März 2003.

51 Z. B. Bau-, Instandhaltungs-, Betriebsrisiko wie Verzögerungen, Materialprobleme, schlechte Arbeitsleistung etc.; umwelttechnische Risiken wie Verzögerung wegen unvorhergesehener Einschränkungen wie geschützte Tierarten etc.; Nachfrage- und Umsatzschwankungen.

antwortung, sodass sich die vertraglichen Risiken dadurch im besten Fall reduzieren. Allerdings kann es durch PPP nicht nur zu einer Senkung, sondern auch zu einer Erhöhung von Risiken kommen, etwa weil aufgrund der umfangreicheren und längerfristigen Aufgaben für die privaten Partner, die Überwachungskosten der öffentlichen Hand steigen oder sich das Risiko einer Nachverhandlung oder Vertragsbeendigung aufseiten der privaten Vertragspartner erhöht.

**1184.** Neben einer genauen Kontrolle der Risikoaspekte ist vor allem das Finanzierungsmotiv vieler PPP-Projekte kritisch zu hinterfragen. Da die Finanzierung der Infrastrukturprojekte im Fall von PPP durch Private erfolgt, müssen Kommunen in vielen Fällen keinen Kredit in den Kernhaushalt einstellen. Vor diesem Hintergrund besteht das Problem, dass PPP-Projekte oberflächlich betrachtet eine einfachere Finanzierung eines Projektes ermöglichen. Tatsächlich erfolgt die Finanzierung jedoch aus zukünftigen Haushaltsmitteln bzw. aus einem Verzicht auf die Einnahmen aus dem Projekt. Die Schuld wird somit gestundet. Zudem muss der private Investor für die Übernahme von Projektrisiken voll entschädigt werden. Da die öffentliche Hand typischerweise bessere Kreditkonditionen erhält als Private, kann dies die Projektkosten faktisch erhöhen. In Deutschland wird auf dieses Problem mit dem Modell der „Forfaitierung mit Einredeverzicht“ reagiert, durch das jedoch faktisch viele Risiken auf die öffentliche Hand zurückverlagert werden.[52]

**1185.** PPP-Modelle der Kommunen können in Einzelfällen zu einer ökonomisch effizienten Aufgabenerfüllung beitragen. Allerdings sind auf PPP basierte Infrastrukturprojekte vor dem Hintergrund der dargestellten Probleme genau zu hinterfragen. Verschiedene Beispiele wenig erfolgreicher kommunaler PPP-Projekte machen deutlich, dass die entstehenden Risiken hier häufig unterschätzt werden. Selbst wenn ein bestimmtes Projekt einer Kommune kostengünstig durch ein PPP-Modell realisiert werden kann, ist dies noch keine hinreichende Bedingung für die Effizienz einer Betätigung der Kommune bei dieser Aufgabe. Die Aufgabe sollte daher vor allem vor dem Hintergrund der in Abschnitt 2.1 und 2.2 dargestellten juristischen und ökonomischen Erwägungsgründe geprüft werden.

## 3 Allgemeiner Handlungsbedarf: Verbessern von Transparenz und Gebührenaufsicht.

### 3.1 Transparenz über kommunale Wirtschaftstätigkeit

**1186.** Die Monopolkommission hat die allgemeine Situation und die wettbewerblichen Wechselwirkungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit untersucht. Ein Kernaspekt betrifft dabei die Transparenz des kommunalen Handelns.

**1187.** Für die besondere Wichtigkeit der Transparenz öffentlicher Tätigkeit besteht ein klarer theoretischer Bezugsrahmen.[53] Werden Kommunen unternehmerisch tätig, dann stehen den durch kommunale Unternehmen erzielten Leistungen auch Risiken gegenüber, durch die Auswirkungen auf die kommunalen Haushalte und den Wettbewerb entstehen können. Entscheidungsträgern obliegt es, dieses Verhältnis aus Leistung und Risiko abzuwägen und bei kommunalen Unternehmen auf eine effiziente Betriebsführung zu achten. Pflichtmitglieder einer Kommune sind die gebietsangehörigen Bürger. Gestaltungsaufgaben werden jedoch von Bürgern (als Auftraggeber) durch Wahlen auf Mandatsträger (gewählte Politiker) übertragen, die die verschiedenen Interessen bei den Gestaltungsaufgaben der Selbstverwaltung abbilden sollen. Politiker mit Mandat im Hauptorgan einer Kommune – dem Rat – sind wiederum Auftraggeber der Verwaltung und der öffentlichen Beteiligungen. Die Mittelbarkeit des Verhältnisses zwischen Auftraggeber und Handelnden

52 Bei diesem Modell verkauft die Projektgesellschaft bzw. der private Partner seine Forderungen gegenüber der öffentlichen Hand an den Kreditgeber. Die öffentliche Hand verzichtet zusätzlich auf Einreden, d. h. sie kann Zahlungen bei Schlecht- oder Nichtleistung des Projektpartners nicht zurückhalten. Auch wenn die Wirkung dieser Konstruktion einer Bürgschaft sehr ähnlich ist, handelt es sich juristisch betrachtet nicht um eine solche.

53 Theoretischer Bezugsrahmen für die Analyse solcher Konstellationen sind die „Prinzipal-Agent-Theorie“, aber auch alternative Untersuchungsansätze wie die „Stewardship-Theorie“ und die „Stakeholdertheorie“. Die hier nachfolgend dargelegte konkrete Dringlichkeit von Transparenzvorgaben im kommunalen Bereich ist letztlich mit allen theoretischen Ansätzen kompatibel.

kann jedoch ursächlich dafür sein, dass die Ergebnisse der Wirtschaftstätigkeit nicht zwingend mit dem Bürgerwillen übereinstimmen. Ein Grund dafür liegt häufig in Informationsproblemen, wegen denen die Auftraggeber die ausführenden Organe und Organisationen nicht geeignet steuern können.

**1188.** Damit Informationsprobleme reduziert werden und sowohl Bürger als auch politische Entscheidungsträger die Risiken aus der kommunalen Unternehmertätigkeit entsprechend bewerten können, sollte gerade das kommunale Handeln ausreichend transparent sein und durch einen effizienten Ordnungsrahmen gesteuert werden. Entsprechende Transparenzpflichten der Kommunen sind insbesondere in den jeweiligen Gemeindeordnungen der Bundesländer angelegt. Kommunen sind danach verpflichtet, ihre Finanzen in einem Haushalt zu planen und anschließend darzustellen. Kommunale Haushalte werden entsprechend den Regelungen der Gemeindeordnungen öffentlich bekannt gemacht.[54] Sie werden i. d. R. in der Kommune bereits in der Entwurfsphase ausgelegt. Neben dem Haushalt besteht auch die Pflicht zur Erstellung eines Jahresabschlusses.

**1189.** Grundsätzlich gilt für die öffentliche Haushaltsführung eine Vielzahl von Transparenzvorschriften. Zu den allgemeinen Grundsätzen gehört insbesondere das Prinzip der Klarheit und Wahrheit.[55] Auch vor diesem Hintergrund sollten Finanzbeziehungen und sämtliche Risiken aus Unternehmensbeteiligungen der Kommunen deutlich aus den Haushalten oder angehängten Berichten hervorgehen. Die relativ komplexen Regelungen zur kommunalen Haushaltsführung ermöglichen jedoch insbesondere im Hinblick auf Unternehmensbeteiligungen nicht immer eine ausreichende Transparenz über die von der Kommune eingegangenen Risiken. Dafür bestehen verschiedene Ursachen, auf die nachfolgend näher eingegangen wird.

### 3.1.1 Zunehmende Transparenz und Vergleichbarkeit durch neue Rechnungslegung

**1190.** Die traditionell in Kommunen praktizierte Form der Haushaltsführung ist die Kameralistik. Der Haushalt dient danach der planerischen Erfassung von Einnahmen und Ausgaben in Haushaltsrubriken. Der Kernhaushalt, in dem die laufenden Einnahmen und Ausgaben verbucht werden, wird in Kommunen gewöhnlich als Verwaltungshaushalt bezeichnet, während Vorgänge, die das Vermögen betreffen, gesondert im sogenannten Vermögenshaushalt verbucht werden. Im Unterschied zur kameralen Haushaltsführung wird in Wirtschaftsbetrieben stets die kaufmännische Buchführung angewendet, die auch als doppelte Buchführung oder Doppik bezeichnet wird. Schon seit mehreren Jahrzehnten bestehen im Rahmen der Reform des kommunalen Haushalts- und Rechnungswesens zunehmend erfolgreiche Anstrengungen, die Doppik auch in der kommunalen Haushaltsführung zu verwenden.[56]

Die wesentlichen Unterschiede zwischen Kameralistik und Doppik werden an den Zielen beider Systeme deutlich. Durch die kamerale Buchführung soll vor allem die Ausführung des Haushaltsplanes hinsichtlich der Deckung der Ausgaben nachgewiesen werden. Unabhängig von der Art der Haushaltsführung besteht stets ein Gesamtdeckungsprinzip, wonach (über Verwaltungs- und Vermögenshaushalt hinweg) alle Positionen in Relation zueinander zu einem ausgeglichenen Haushalt führen sollen. Die Doppik zielt demgegenüber darauf, Gewinne und Verluste dadurch sichtbar zu machen, dass einerseits Aufwendungen und Erträge festgehalten werden und andererseits gleichzeitig das Vermögen ermittelt wird.

**1191.** Einnahmen und Ausgaben kommunaler Unternehmen sind – mit Ausnahme von Regiebetrieben – nicht im Kernhaushalt und dessen Jahresabschluss erfasst. Einen Überblick über die kommunalen Be-

54 Z. B. § 7 Abs. 4 Satz 1 GO NRW.

55 Der Haushaltsgrundsatz der Haushaltswahrheit und der Haushaltsklarheit wird unter anderem aus den Bestimmungen der §§ 10 und 11 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) abgeleitet. Öffentliche Haushalte müssen strukturiert aufgebaut sein und dürfen keine Tatsachen verschleiern.

56 Für die kommunale Ebene hat insbesondere die Innenministerkonferenz (IMK) am 21. November 2003 die Zielsetzung der Umstellung auf die doppelte Buchführung für die deutschen Kommunen beschlossen. Vgl. Beschlüsse der 173. Sitzung der ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder am 21. November 2003 in Jena.

teiligungen gibt daher vor allem der sogenannte kommunale Gesamtabschluss. Dabei handelt es sich um einen neueren Ansatz der öffentlichen Haushaltsführung, um die Transparenz über öffentliche Beteiligungen zu verbessern. Der Gesamtabschluss basiert auf dem Gedanken, dass eine Kommune – vergleichbar mit einer Konzernholding – neben der Kernverwaltung auch verschiedene Beteiligungen hält, deren Einzelabschlüsse im Gesamtabschluss der Holding zusammengefasst werden. Ein kommunaler Gesamtabschluss soll daher den Jahresabschluss des Kernhaushaltes und die Einzelabschlüsse überschaubar machen. Hierin werden zudem Einzelabschlüsse der Beteiligungen angelegt. Sehen die Bundesländer für ihre Kommunen die Erstellung eines Gesamtabschlusses vor, dann gelten für diesen i. d. R. dieselben Veröffentlichungspflichten wie im Fall des normalen Haushaltes; dabei ist z. B. eine Online-Veröffentlichung auf der Webseite der Kommune i. d. R. Möglich, aber nicht verpflichtend.

**1192.** Da der Gesamtabschluss jedoch auf dem Gedanken basiert, einen Überblick über das wirtschaftliche Ergebnis (Gewinn/Verlust) einer Kommune mit all ihren Tätigkeitsfeldern zu geben, liegt ihm notwendigerweise auch die kaufmännische Form der Rechnungslegung zugrunde. Vor diesem Hintergrund wird die Einführung der doppelten Buchführung in der Kommunalverwaltung für die Erstellung eines Gesamtabschlusses regelmäßig vorausgesetzt. Obgleich der kommunale Gesamtabschluss die Transparenz über die Beteiligungen der Kommunen tendenziell erheblich verbessert, wird er erst nach und nach von den Bundesländern verpflichtend eingeführt. Während die Erstellung z. B. in Nordrhein-Westfalen seit 2010 obligatorisch ist, haben Kommunen in Baden-Württemberg noch bis 2018 für eine Umstellung Zeit. In Bayern, Thüringen und Schleswig-Holstein ist die doppelte Buchführung lediglich optional, ein kommunaler Gesamtabschluss muss erst in Folge der freiwilligen Umstellung mit zeitlichem Abstand erstellt werden. Berlin ist das einzige Bundesland, in dem derzeit keine Pläne bekannt sind, für den städtischen Haushalt auf doppelte Buchführung und die Erstellung eines Gesamtabschlusses umzustellen.

### 3.1.2 Unterschiede in den Beteiligungsberichtspflichten der Bundesländer

**1193.** Solange noch nicht alle Kommunen einen kommunalen Gesamtabschluss vorlegen müssen, wird eine Transparenz kommunaler Wirtschaftstätigkeit vor allem durch den sogenannten Beteiligungsbericht hergestellt. Dieser von einer Kommune gewöhnlich jährlich anzufertigende Bericht dient primär dazu, einen komprimierten und strukturierten Überblick über die wirtschaftliche Lage all derjenigen Unternehmen zu geben, an denen die berichtende öffentliche Gebietskörperschaft direkt oder indirekt beteiligt ist. Dadurch sollen sich vor allem die Risiken der kommunalen Tätigkeit einschätzen lassen. Darüber hinaus enthalten die Beteiligungsberichte, je nach Bundesland, auch weitere Informationen über kommunale Beteiligungen, z. B. den öffentlichen Zweck, dem eine Beteiligung dient.[57]

**1194.** Die Erstellung und Veröffentlichung eines Beteiligungsberichtes ist grundsätzlich in nahezu allen Gemeindeordnungen der Bundesländer vorgesehen.[58] Teilweise werden Inhalte, die auch im Beteiligungsbericht stehen könnten, in gesonderten Berichten dargelegt; so wird z. B. in Nordrhein-Westfalen der Beteiligungsbericht um einen Lagebericht ergänzt. Inhaltlich unterscheiden sich die tatsächlichen Berichtspflichten zwischen den Bundesländern allerdings erheblich.[59] Unterschiede betreffen insbesondere den Umfang der von der Berichtspflicht umfassten kommunalen Beteiligungen (Berichtskreis) sowie die Vorgaben über die Darstellung von Sachverhalten und Publikationspflichten:

57 Vgl. Abschnitt 2.1 in diesem Kapitel.

58 § 118 Abs. 2-3 GO LSA; § 105 Abs. 2-4 GemO Bad.-Württ.; Art. 94 Abs. 3 BayGO; § 98 Nr. 3 BbgKVerf.; § 73 Abs. 3 KV M-V; § 151 NKkomVG; § 117 GO NW, § 90 Abs. 2 GemO Rheinl.-Pfalz; § 115 Abs. 2 KSVG Saarl.; § 99 SächsGO; § 75a ThürKO; § 123a Abs. 1 HGO. Mecklenburg-Vorpommern sieht als Besonderheit eine Befreiung von der Berichtspflicht vor, wenn die Kommune die doppelte Buchführung anwendet.

59 Einzelne inhaltliche Vorgaben können neben der Gemeindeordnung auch in gesonderten Verordnungen normiert sein.

Berichtskreis:

- Erfasst werden teils nur privatrechtliche (Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Thüringen), teils alle (Sachsen, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein) kommunalen Unternehmen.
- Der kritische Beteiligungsanteil ist unterschiedlich geregelt; einzelne Beteiligungsberichte umfassen alle Beteiligungen, ohne einen kritischen Prozentsatz vorzusehen.
- Teilweise werden nur unmittelbare, teilweise auch mittelbare Beteiligungen, in unterschiedlichen Konstellationen mit der Rechtsform der Beteiligung in die Berichtspflicht eingeschlossen.

Inhalte/Veröffentlichung:

- Pflicht zur Definition des öffentlichen Zwecks einer Beteiligung (Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Thüringen).
- Der Beteiligungsbericht kann durch einen Gesamtabschluss ersetzt werden (Baden-Württemberg, Niedersachsen, Thüringen) oder wird diesem beigefügt (Brandenburg, Nordrhein-Westfalen).
- Die Einsichtnahme in den Beteiligungsbericht ist geregelt (Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen – nicht für Bürger: Rheinland-Pfalz, Thüringen).
- Offenlegung der Finanzbeziehungen der Beteiligungen mit der Gemeinde und Gewährleistungen (Brandenburg, Nordrhein-Westfalen, Sachsen).
- Offenlegung von Kapitalzuführungen und -entnahmen durch die Gemeinde sowie Auswirkungen auf Gemeindehaushalt (Mecklenburg-Vorpommern, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Thüringen).
- Keine Angaben zu Inhalt (Schleswig-Holstein, Brandenburg).

**1195.** Die sehr unterschiedlichen Regelungen haben zur Folge, dass bestimmte wesentliche Informationen über kommunale Beteiligungen und deren Risiken nicht in allen Bundesländern gleichermaßen transparent sind. Die verschiedenen Vorgaben zur Publikation der Beteiligungsberichte erschweren zudem eine Transparenz für die Bürger über die dadurch entstehenden Risiken der eigenen Gebietskörperschaft.

### 3.1.3 Verbesserung der Transparenz über kommunale Wirtschaftstätigkeit notwendig

**1196.** Die Monopolkommission begrüßt, dass die Kommunen durch die zunehmende Veröffentlichung von kommunalen Gesamtabschlüssen und anliegenden Einzelabschlüssen von Unternehmensbeteiligungen die Transparenz über ihre Wirtschaftstätigkeit verbessern. Auch die Veröffentlichung von Beteiligungsberichten begrüßt die Monopolkommission ausdrücklich. Allerdings verpflichten bisher noch nicht alle Bundesländer ihre Kommunen zur Veröffentlichung eines Gesamtabschlusses einschließlich aller Einzelabschlüsse der Beteiligungen. Zudem reduzieren die sehr unterschiedlichen Vorgaben der Länder zu den Inhalten von Beteiligungsberichten oftmals sowohl die Transparenz über kommunale Beteiligungen als auch die Vergleichbarkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit untereinander.

**1197.** Insbesondere solche Angaben über kommunale Beteiligungen, die nicht aus einem eventuell vorgelegten Gesamtabschluss hervorgehen, jedoch für Risiko und Wettbewerbseffekte verantwortlich sein können, sollten nach Auffassung der Monopolkommission durch die Beteiligungsberichte ausgewiesen werden. Auch wenn Kommunen einen Gesamtabschluss vorlegen, dann sollte dieser bestimmte

Informationen enthalten oder durch einen entsprechenden Beteiligungsbericht mit diesen Angaben ergänzt werden. Die Monopolkommission empfiehlt den Bundesländern daher, ihre Gemeindeordnungen auf bestimmte grundlegende Transparenzstandards hin zu überprüfen.

**1198.** Konkret schlägt die Monopolkommission vor, dass Vorgaben zur Erstellung der Beteiligungsberichte die folgenden Angaben enthalten oder diese aus einem eventuellen Gesamtabschluss hervorgehen sollten:

- Erfassung aller kommunalen Beteiligungen, unabhängig von der Rechtsform oder der Höhe der Beteiligung.
- Wichtige Erfolgskennziffern dieser Beteiligungen (Überschuss, Verlust) und Darstellung der Vermögenssituation.
- Offenlegung sämtlicher Finanzbeziehungen kommunaler Unternehmen zur Kommune und zwischen den Beteiligungen untereinander (insbesondere Gewinnabführung, Verlustausgleich).

**1199.** Eine Kommune sollte zudem die durch eine Beteiligung eingegangenen Risiken und mögliche Wettbewerbsprobleme berücksichtigen. Die Gemeindeordnungen sehen bereits heute vor, dass kommunale Wirtschaftstätigkeit einem öffentlichen Zweck dienen und zu dessen Erfüllung erforderlich sein muss.[60] Die Beteiligungsberichte bieten den Kommunen eine geeignete Möglichkeit darzustellen, wie weit diesen gesetzlichen Anforderungen Rechnung getragen wurde. Die Monopolkommission begrüßt daher, dass einzelne Bundesländer die Darstellung des öffentlichen Zwecks der Beteiligungen in den Beteiligungsberichten verpflichtend geregelt haben. Sie schlägt in diesem Zusammenhang allen Bundesländern vor, eine entsprechende Vorgabe in ihre Gemeindeordnungen aufzunehmen. Zudem erachtet die Monopolkommission eine Erweiterung dieser Vorgabe als zielführend. Danach sollten die Kommunen neben der Darlegung des öffentlichen Zwecks einer Beteiligung auch erläutern, wie diesem öffentlichen Zweck im abgelaufenen Berichtsjahr konkret nachgekommen wurde. Dies könnte geschehen, indem die Kommunen die durch die Beteiligungen erbrachte öffentliche Wertschöpfung des kommunalen Unternehmens im laufenden Jahr beschreiben und bewerten.

**1200.** Einen Mangel an Transparenz über die kommunalen Beteiligungen sieht die Monopolkommission zudem in den Publikationspflichten gegeben. Diese erscheinen zu restriktiv, um den Bürger als obersten Auftraggeber der kommunalen Tätigkeit umfassend zu informieren. Vor diesem Hintergrund ist kaum zu rechtfertigen, dass die Vorgaben für privatrechtliche Unternehmen teilweise erheblich strikter sind als für Kommunen. Die Monopolkommission schlägt daher vor, die Pflicht zur Veröffentlichung von Gesamtabschlüssen und Beteiligungsberichten in allen Bundesländern erheblich auszuweiten. Die Veröffentlichung der Berichte sollte stets verpflichtend sein und zudem nach Möglichkeit eine Online-Publikation auf der Webseite der Gebietskörperschaft umfassen.

60 Vgl. Abschnitt 2.1 in diesem Kapitel.

## 3.2 Gebührenaufsicht und Gebührentransparenz

### 3.2.1 Warum Entgelte kommunaler Unternehmen kontrollieren?

**1201.** Die Tätigkeit von kommunalen Kommunen wird meist durch spezielle Entgelte für die erstellten Leistungen finanziert. Der Festlegung dieser Entgelte kommt dabei wohlfahrtsökonomisch eine besondere Bedeutung zu. Die von privaten Unternehmen im Wettbewerb verlangten Entgelte – gewöhnlich als Preise bezeichnet – stellen einen Tauschwert für die erbrachte Leistung dar. Durch den aktiven Wettbewerb zwischen den Unternehmen sind diese gezwungen, ihre eigenen Ressourcen, die zur Erstellung der Leistung erforderlich sind, möglichst effizient einzusetzen. Nur so können sie die Nachfrage mit einem attraktiven Preis bzw. einer – in Relation zu diesem Preis – hohen Qualität ihrer Güter bedienen und somit verhindern, dass Nachfrager zur Konkurrenz abwandern. Preisen kommt daher auf Wettbewerbsmärkten eine wichtige Steuerungs- und Signalfunktion zu.

Ein Problem vieler Leistungen kommunaler Unternehmen ist jedoch darin zu sehen, dass diese oftmals keinem bzw. keinem ausreichend wirksamen Preis- oder Qualitätswettbewerb ausgesetzt sind. Dies hängt damit zusammen, dass Leistungsbereiche, z. B. Versorgung mit Trinkwasser, die Abwasserbeseitigung oder die Verteilnetze für Strom und Gas, natürliche Monopole darstellen und damit stets durch eine wettbewerbsarme Marktstruktur gekennzeichnet sind. Fällt der Wettbewerb jedoch als Kontrollinstrument für die Entgelte kommunaler Unternehmen aus, ist die Frage zu stellen, ob in Bezug auf kommunale Unternehmen andere Schutzinstrumente bestehen, die den Bürger vor überhöhten Entgelten schützen.

**1202.** Häufig stellt sich bei der Diskussion um die Höhe der Entgelte kommunaler Unternehmen die Frage nach der Relevanz einer Entgeltaufsicht. Ein auch gegenüber der Monopolkommission insbesondere von Kommunalverbänden geäußertes Argument gegen die Notwendigkeit einer strengen Aufsicht lautet, dass ein überhöhtes Entgelt für die Inanspruchnahme einer öffentlichen Leistung der Finanzierung von anderen öffentlichen Leistungen und damit wieder dem Bürger zugutekomme. Diese wohlwollende Ansicht gegenüber überhöhten Entgelten für öffentliche Leistungen greift jedoch zu kurz, da die Fragen nach der Wirtschaftlichkeit der Leistungserstellung sowie nach den Verteilungswirkungen dabei konsequent aus der Betrachtung ausgeschlossen werden. Tatsächlich haben überhöhte Preise zum einen Ineffizienzen zur Folge, die sich z. B. in einer unwirtschaftlichen Organisation der Leistungserstellung niederschlagen können. Die Kosten der Leistungserstellung sind dann höher als notwendig und müssen von den Bürgern finanziert werden. Zudem ist es anreiz- und verteilungspolitisch abzulehnen, dass nur der Kreis der Nutzer einer bestimmten öffentlichen Leistung (z. B. Müllabfuhr) durch überhöhte Gebühren die Nutzer einer anderen bestimmten öffentlichen Leistung (z. B. Kindertagesstätten) finanziert.[61]

**1203.** Im Hinblick auf die Festlegung von Entgelten für öffentliche Leistungen ist weiterhin die Bedeutung der besonderen demokratischen Entscheidungsfindung zu klären. Je nachdem, ob eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Unternehmensform für ein kommunales Unternehmen gewählt wurde, nehmen die Kommunen über unterschiedliche Wege auf dessen Entgelte Einfluss. Gebühren, die von kommunalen Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Organisationsform erhoben werden, werden durch das Hauptorgan einer Kommune, die gewählten Mitglieder eines Stadt- oder Gemeinderates, durch eine Satzung festgelegt. Auch auf die Preise privatrechtlicher Unternehmen besteht ein direkter oder indirekter Einfluss durch Stadt- und Gemeinderäte der Kommunen. Kommunen bringen vor, dass durch die Wahl des Gemeinderates ein demokratischer Einfluss der Bürger auf die Entgelte kommunaler Unternehmen ausgeübt werde und auf diese Weise bereits eine hinreichende, demokratisch legitimierte Entgeltaufsicht bestehe.

61 Sofern ein allgemeines Interesse an einer Leistung besteht, das eine gemeinschaftliche Finanzierung rechtfertigt, kann es allerdings ordnungspolitisch geboten sein, im Umfang dieses allgemeinen Interesses die Leistung ganz oder teilweise aus allgemeinen Steuermitteln vorzusehen. Steuern sind jedoch unspezifische Abgaben, weshalb diese Finanzierung abzugrenzen ist von einer solchen durch die Nutzer einer anderen Leistung.

Zur Klärung, ob durch die demokratische Festlegung von Entgelten in deutschen Kommunen eine wirksame Effizienzkontrolle kommunaler Leistungen im Sinne der Bürger ausgeübt wird, ist jedoch eine weitergehende Überlegung anzustellen. Dabei ist die Frage zu stellen, ob sich durch die gegebenen wettbewerblichen Reaktionskanäle in Form von Wahlen des eigenen Wohnortes und der dortigen Volksvertretung („Exit" und „Voice")[62] in jedem Fall ein ausreichender Druck entfaltet, der in der Lage ist, Effizienz und Preise kommunaler Aufgaben vergleichbar wirksam zu kontrollieren, wie dies unter Wettbewerb auf den Produktmärkten der Fall wäre.[63] Es sind jedoch Zweifel angebracht, dass durch die demokratische Legitimation eine ausreichende Kontrolle durch die Bürger erfolgt. Gründe für Kontrollprobleme liegen z. B. in der oftmals unzureichenden Transparenz über Effizienz und Kosten kommunaler Unternehmen, und vor allem darin, dass Wahlentscheidungen von sehr vielen Faktoren abhängen.

**1204.** Den dargestellten Problemen einer alleinigen demokratischen Legitimation von Entgelten für öffentliche Leistungen wird dadurch Rechnung getragen, dass die Preissetzung kommunaler Unternehmen nicht allein der indirekten Entscheidungsfindung durch die Bürger unterliegt, sondern die Rechtsordnung auch in diesem Fall verschiedene Vorgaben macht und zudem Formen der Entgeltaufsicht vorsieht:

- Entgeltregulierung: Im Falle bestimmter natürlicher Monopole werden die Preise von privaten und öffentlichen Unternehmen durch Regulierungsgesetze bestimmt. Die Einhaltung der Vorgaben wird typischerweise durch eine Regulierungsbehörde kontrolliert. Ein Beispiel, durch das z. B. viele kommunale Stadtwerke betroffen sind, ist die Regulierung der Entgelte für Strom- und Gasnetze.

- Kartellrechtliche Entgeltaufsicht: Unternehmen, die auf Märkten tätig sind, auf denen sie eine marktbeherrschende Stellung besitzen, unterliegen den Vorgaben des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Besonders relevant sind Begrenzungen der Entgelte gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB. Von diesen Vorschriften waren Unternehmen der öffentlichen Hand bis vor Kurzem vor allem deshalb häufig betroffen, da sie oftmals auf natürlichen Monopolmärkten tätig sind (z. B. in der Wasserversorgung), auf denen sie entsprechend eine marktbeherrschende Stellung besitzen. Allerdings werden durch die Vorgaben des GWB seit der Novelle des Gesetzes im Jahr 2013 nur noch Preise erfasst, während Gebühren und Beiträge nun gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 GWB explizit ausgenommen werden. In Einzelfällen ist die Anwendbarkeit europäischen Wettbewerbsrechts zu prüfen.[64] Die Prüfung der kartellrechtlichen Vorgaben erfolgt durch die Kartellbehörden oder privatinitiativ.

- Kommunalrechtliche Gebührenaufsicht: Für die Erzielung öffentlich-rechtlicher Einnahmen stellen die Kommunalabgabengesetze der Bundesländer die wichtigste Rechtsgrundlage dar. Sie enthalten verschiedene Regelungen, die sich auf die Zulässigkeit von Entgelten – insbesondere von Gebühren – und auf deren Höhe auswirken. Die Ausübung von Kontrollaufgaben ist im Rahmen der Gebührenaufsicht zweigeteilt: Auf der einen Seite sind in den Gemeindeordnungen länderspezifisch entsprechende Aufgaben der Aufsichtsbehörden vorgesehen, auf der anderen Seite üben auch die Verwaltungsgerichte auf Klagen von Bürgern hin eine Gebührenaufsicht aus.

62 Die Kontrolle der Bürger durch die Stimmabgabe bei Wahlen („Voice") und die weitere Option eines Umzuges in eine andere Kommune („Exit") sind zwei wesentliche Reaktionsmöglichkeiten des demokratischen Systems, die potenziell auch die Höhe kommunaler Entgelte kontrollieren. Hirschman, A.O., Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States, Cambridge 1970.

63 Zur tendenziell geringeren Effizienz kommunaler Unternehmen vgl. Tz. 1156. Ein weiteres Beispiel findet sich auch in den Ergebnissen einer Analyse der Monopolkommission zu den Preisen kommunaler Stadtwerke im Vergleich zu privatwirtschaftlichen Unternehmen, vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Baden-Baden 2011, Tz. 695.

64 Typischerweise scheidet die Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts jedoch bereits aufgrund des regionalen Charakters kommunaler Leistungen und des deshalb häufig nicht vorhandenen zwischenstaatlichen Bezuges aus. Vgl. Schmidt, K./Weck, T., Kartellrechtliche Effizienzkontrolle kommunaler Gebühren nach der 8. GWB-Novelle, NZKart 9/2013, S. 343 ff.

**1205.** Die dargestellten Formen der Entgeltaufsicht dienen dazu, den Bürger vor hohen bzw. ineffizienten Leistungsentgelten zu schützen. Sie greifen vorzugsweise dann ein, wenn Entgelte nicht durch wirksamen Wettbewerb am Markt kontrolliert werden. Nachfolgend sollen Möglichkeiten und Praxis zur Bewertung kommunaler Entgelte durch die Aufsicht diskutiert werden, um festzustellen, ob hier eine Schutzlücke gegeben ist.

### 3.2.2 Konzepte zur Aufsicht über Entgelte kommunaler Unternehmen

**1206.** In Fällen, in denen die Höhe von Entgelten kommunaler Unternehmen nicht durch den Wettbewerb determiniert wird, stellt sich die zentrale Frage, an welchem Maßstab sich eine effiziente Entgelthöhe messen lässt und welche Wirkung eine entsprechende Festlegung dieses Maßstabes entfaltet. Aus ökonomischer Sicht handelt es sich bei einem effizienten Entgelt um eines, das sich hypothetisch bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde. Bei Kenntnis des wettbewerbskonformen Entgeltes und dessen Festlegung für die kommunale Leistung spricht man auch von einem Als-ob-Wettbewerb, der einen Preisdruck auf das kommunale Unternehmen ausübt. Ein kommunales Unternehmen, das gezwungen wäre, seine Entgelte nach diesem Maßstab festzusetzen, wäre gleichfalls gezwungen, effizient mit seinen Ressourcen umzugehen, vergleichbar damit, wie dies auf einem Wettbewerbsmarkt der Fall wäre.[65] Ein Hauptproblem dieses Ansatzes der Entgeltaufsicht ist jedoch die Bestimmung des fiktiven Wettbewerbsentgeltes.

**1207.** In der Praxis werden zur Bestimmung der wettbewerbskonformen Entgelthöhe – dem Entgeltmaßstab – vor allem zwei Methoden angewendet: Zum einen der Vergleich mit dem Preis, der sich auf anderen, i. d. R. vor allem räumlich abweichenden Märkten eingestellt hat (Vergleichsmarktkonzepte), zum anderen eine an bestimmten Kosten der Leistung orientierte Berechnung des wettbewerbskonformen Entgeltes (Kostenkonzepte). Beide Formen der Berechnung des Entgeltmaßstabes weisen praktische Vor- und Nachteile auf und sind für unterschiedliche Anwendungszwecke geeignet.

**1208.** Bei der Anwendung eines Vergleichsmarktkonzeptes liegt ein wichtiger Vorteil darin, dass das zum Vergleich herangezogene Entgelt im besten Fall alle möglichen relevanten Einflüsse wirksamen Wettbewerbs beinhaltet und damit einen realistischen Effizienzmaßstab darstellt. In der Praxis bestehen allerdings auch verschiedene Probleme mit der Anwendung eines Vergleichsmarktkonzeptes, unter denen vor allem die folgenden relevant sind:

- Marktstruktur der Vergleichsmärkte: Eine zentrale Schwierigkeit, die vor allem bei kommunalen Leistungen oft auftritt, besteht darin, einen adäquaten Vergleichsmarkt zu finden, auf dem – anders als im überprüften Markt – Wettbewerb herrscht bzw. die Preise durch Wettbewerb determiniert werden. Denn typischerweise sind Leistungen wie z. B. die Wasserversorgung, die in einer Kommune ein natürliches Monopol darstellen, auch in anderen Kommunen durch eine Monopolstellung der Kommune gekennzeichnet. In diesem Fall würde auch das Vergleichsentgelt nicht durch den Wettbewerb kontrolliert. Hilfsweise lassen sich in diesen Fällen jedoch auch Vergleiche der Monopolentgelte anstellen.

- Singularität der Entgelte: Ein weiteres Problem besteht in der Vergleichbarkeit der Entgelte selbst. Für viele Leistungen besteht kein singuläres transparentes Entgelt, sondern das Entgelt ist durch mehrteilige Tarife, nachträgliche Rabatte oder Nachfragerdifferenzierungen gekennzeichnet, wodurch die Vergleichbarkeit erschwert wird. Eine typische Lösung für dieses Problem stellt die Anwendung eines Erlösvergleiches dar. Danach werden alle Erlöse, die für eine bestimmte Leistung erzielt wurden, für einen Abrechnungszeitraum (i. d. R. ein Jahr) addiert und auf eine Einheit der

65 Allerdings wird durch die Entgeltfestlegung nicht zwingend gleichzeitig auch die Qualität der Leistung optimal festgelegt. Dennoch stellt sich in konkreten Märkten aufgrund paralleler Qualitätsvorgaben oder homogener Gutsanforderungen oftmals ein superiores, aber nicht zwingend wohlfahrtsoptimales Ergebnis ein.

Leistung normiert. Der so errechnete Erlös ermöglicht zwar eine Vergleichbarkeit, kann allerdings nur aus meist nicht-öffentlichen Daten der Unternehmen ermittelt werden.

- Vergleichbarkeit der Märkte: Aus der sachlichen Vergleichbarkeit einer Leistung bzw. eines Produktes ergibt sich nicht automatisch auch eine Vergleichbarkeit des Entgeltes. Vielmehr ergibt sich der wettbewerbsadäquate Preis aus den Opportunitätskosten aller effizient eingesetzten Ressourcen. Insofern können bestimmte Kostenunterschiede auch Unterschiede im Entgeltmaßstab begründen. Ein Beispiel stellen Infrastrukturen dar, die aufgrund unterschiedlicher topologischer Merkmale auch unterschiedliche Kosten verursachen können, ohne dass dies zwingend auf fehlende Effizienz zurückzuführen wäre.

**1209.** Ein Vorzug von Kostenkonzepten ist deren Robustheit gegenüber bestimmten Schwächen des Vergleichsmarktansatzes, z. B. dem Problem sachlich gerechtfertigter Kostenunterschiede zwischen verschiedenen Märkten, die im Vergleichsmarktkonzept nur schwer zu berücksichtigen sind. Konzepte auf Basis einer Prüfung der Kosten basieren auf der Idee, die Kosten eines Wettbewerbsmarktes zu ermitteln und aus ihnen einen wettbewerbsadäquaten Preis zu kalkulieren. Die Kostenkontrolle birgt jedoch auf der anderen Seite ihrerseits verschiedene Schwierigkeiten:

- Effizienzkosten: Ein Grundproblem bei der Kalkulation eines wettbewerbsadäquaten Entgeltes aus den Kosten besteht darin, zwischen Kosten aufgrund von Ineffizienzen und den Kosten, die bei effizienter Betriebsführung anfallen, zu unterscheiden. Letztere Kosten werden in der Regulierungsökonomik auch als Kosten der effizienten Leistungserstellung bezeichnet und fließen in ein wettbewerbskonformes Entgelt mit ein. Zu diesen gehören z. B. auch Kapitalkosten, deren Ermittlung ein gesondertes Problem darstellt.

- Gemeinkosten: In der Realität bieten fast alle Unternehmen mehrere Produkte an. Bei diesen Mehrproduktunternehmen besteht das Problem der Zuordnung von Gemeinkosten. Da es keinen objektiv richtigen Maßstab für die Zuordnung von Gemeinkosten im Rahmen der Kostenträgerrechnung gibt, muss den Unternehmen die richtige Zuordnung der Gemeinkosten vorgegeben werden, um diese überprüfbar zu machen.

- Aufwand: Der Aufwand einer Kostenkontrolle, der Erhebung, Prüfung und Zuordnung von Kosten und der Berücksichtigung von Lösungsansätzen für die zuvor genannten Probleme ist in den meisten Fällen extrem hoch und übersteigt typischerweise den bei einer erfolgreichen Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes notwendigen Aufwand.

**1210.** Neben den genannten Vor- und Nachteilen der unterschiedlichen Kontrollkonzepte hat zudem der Zeitpunkt eine wichtige Auswirkung auf deren Anwendbarkeit. Sollen zulässige Entgelte vorab genehmigt oder durch einen Dritten festgelegt werden (Ex-ante-Aufsicht), so besteht vor allem eine höhere Rechtsicherheit für die betroffenen Unternehmen. Allerdings ist die Ex-ante-Festlegung von Preisen aufwendig und verringert den unternehmerischen Spielraum. Demgegenüber weist eine nachträgliche und i. d. R. stichprobenhafte Aufsicht (Ex-post-Aufsicht) oftmals das Problem auf, dass die betreffenden Unternehmen die zulässigen Entgelte vorab nicht eindeutig antizipieren können. Dies gilt vor allem dann, wenn ihnen das bei einer Überprüfung angewendete Konzept zur Ermittlung des Entgeltmaßstabs bzw. die dafür erforderlichen Daten unbekannt sind.[66]

**1211.** Um die Wirksamkeit der Entgeltaufsicht gegenüber kommunalen Unternehmen zu beurteilen, ist die praktische Anwendung des dargestellten Entgeltmaßstabs von besonderem Interesse. Zur Beantwortung der

66 Aus letzterem Grund steht die Monopolkommission der Anlegung eines besonders strengen Kostenmaßstabs oder der Anwendung wenig transparenter Kalkulationsmethoden der Ex-post-Aufsicht kritisch gegenüber. Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 629 ff.

Frage nach der praktischen Wirksamkeit wird nachfolgend zwischen den unterschiedlichen Typen der Aufsicht differenziert.

### 3.2.3 Praktische Wirksamkeit von Entgeltregulierung und kartellrechtlicher Preisaufsicht

**1212.** Nur wenige kommunale Leistungen unterliegen einer sektorspezifischen Entgeltregulierung, darunter z. B. der Zugang zu Verteilnetzen für Strom und Gas. Hat der Gesetzgeber sich für eine Regulierung der Entgelthöhe entschieden, so wird zur Ermittlung des Entgeltmaßstabes meistens ein Kostenkonzept angewendet. Für eine regulierungsrechtlich an den Kosten orientierte Festlegung der Entgelthöhe oder einer Preisobergrenze spricht, dass geeignete wettbewerbliche Vergleichsmärkte in den regulierten Branchen sehr selten vorliegen und sich durch konkrete Vorgaben zur Entgeltregulierung Probleme ausschließen lassen, die mit den Spezifika des betroffenen Produktes in Verbindung stehen.

**1213.** Im Rahmen einer Entgeltregulierung wird meist eine Ex-ante-Aufsicht praktiziert. Entgelte müssen in diesem Fall vorab durch den Regulierer – die Bundesnetzagentur oder die Landesregulierungsbehörden – genehmigt werden oder werden direkt durch diesen absolut oder in einem gewissen Rahmen vorgegeben. Die Wirksamkeit einer sektorspezifischen Entgeltregulierung ist stark von ihrer Ausgestaltung abhängig. Prinzipiell stellt eine Entgeltregulierung einen erheblichen Eingriff in private Verfügungsrechte dar, der jedoch vor allem im Fall natürlicher Monopole gerechtfertigt sein kann, um überhöhte und ineffiziente Entgelte zu verhindern. Dem Vorteil der hohen Wirksamkeit einer Entgeltregulierung stehen allerdings ein oft erheblicher Regulierungsaufwand und die damit einhergehenden Kosten auf Verwaltungs- und Unternehmensseite gegenüber.

**1214.** Im Zusammenhang mit öffentlichen Unternehmen wurde zuletzt zudem die Ex-post-Kontrolle von Entgelten thematisiert. Welches Entgelt ein kommunales Unternehmen für die eigene Leistung verlangen kann, ist teilweise durch die Wahl der Unternehmensform bestimmt (siehe Abschnitt 2.3.1). Führt eine Kommune ein eigenes Unternehmen in einer privatrechtlichen Unternehmensform – z. B. einer GmbH – dann kann das Unternehmen nur Preise als solche erheben.[67] Kommunale Unternehmen, die die Preise erheben, können der Ex-post-Preismissbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden unterliegen, wenn sie auf ihrem Leistungsmarkt eine beherrschende Stellung einnehmen. Das Missbrauchsverbot gemäß § 19 GWB normiert in Abs. 2 Nr. 2 allgemeine Vorgaben zur zulässigen Entgelthöhe und kennt – im Unterschied zum typischen Regulierungsrecht – keine branchenspezifischen Regelungen.

**1215.** Da die Kartellbehörden mit den komplexen Problemen von Kostenkalkulationen typischerweise geringere Erfahrung besitzen als spezialisierte Regulierer, wenden sie i. d. R. das vertrautere Vergleichsmarktkonzept zur Ermittlung des Entgeltmaßstabs an. Dieses ist auch in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB als Kontrollkonzept herausgehoben (obwohl prinzipiell auch ein kostenbasierter Kontrollansatz verfolgt werden kann).[68] Verfolgen die Kartellbehörden mögliche Preishöhenmissbräuche im Energiesektor, dann sieht der spezielle § 29 GWB in Satz 1 Nr. 1 und 2 sowohl ein Vergleichsmarkt- als auch ein Kostenkonzept explizit vor. In der Praxis wurde potenzieller Preishöhenmissbrauch von den Kartellbehörden in vielen Fällen durch Erlösvergleiche geprüft.[69] Die kartellrechtliche Entgeltaufsicht ist – sofern sie korrekt angewendet wird – aus Sicht der Monopolkommission wirksam. Durch die zunehmende Anwendung ist es vor allem im Trinkwassersektor erfolgreich gelungen, ein höheres Effizienzbewusstsein für die Gebührenkalkulation herzustellen.[70] Allerdings kann auch die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht bei resistenten natürlichen Monopolen eine allgemeine Entgeltregulierung nur bedingt ersetzen; hinderlich sind vor allem die sehr

67 Der Sonderfall der „Beleihung“ bleibt hier außer Betracht.
68 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 616 ff.
69 Gerade die Landeskartellbehörden haben bei der Prüfung von Ausbeutungsmissbrauch im Wassersektor auch den einfacher durchzuführenden, aber methodisch unterlegenen Tarifvergleich vorgenommen. Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Kapitel 4, Abschnitt 3.2, insbes. Tz. 620.
70 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Kapitel 4, Abschnitt 3.2.

unterschiedliche Anwendung auf lokale Monopole durch die Kartellbehörden der Bundesländer sowie das Problem der schwierigen Antizipierbarkeit der zulässigen Preishöhe.[71]

### 3.2.4 Eingeschränkte Wirksamkeit der Gebührenaufsicht

**1216.** Oftmals werden kommunale Aufgaben durch öffentlich-rechtliche Unternehmen erbracht, die keiner sektorspezifischen Regulierung unterliegen. In diesem Fall steht es den kommunalen Unternehmen frei, als Entgelt für eine Leistung einen Preis oder eine Gebühr zu erheben. Zwar ist mit dem gewählten Begriff für das Entgelt nicht zwingend ein materieller Unterschied bei Kalkulation und Festlegung verbunden; nachdem jedoch der Gesetzgeber im Rahmen der 8. GWB Novelle „Gebühren" von einer kartellrechtlichen Kontrolle explizit ausgenommen hat, wählen kommunale Unternehmen mit der Bezeichnung Preis oder Gebühr faktisch auch die Form der Entgeltaufsicht. Gebühren stellen dabei die klassische Form der Entgelte dar und werden seit 2013 allein durch die Gebührenaufsicht überprüft. Die Wirksamkeit der Gebührenaufsicht wird vor allem im Vergleich zu einer Entgeltregulierung und der kartellrechtlichen Aufsicht jedoch kritisch diskutiert.

**1217.** Bei Gebühren handelt es sich neben Steuern und Beiträgen um eine typische Einnahmequelle der öffentlichen Hand. Gebühren stellen zudem eine Finanzierungsform kommunaler Aufgaben dar, die von der Kommune direkt kontrolliert wird.[72] Sie werden auf kommunaler Ebene durch Beschluss des Kommunalparlamentes (Gemeinde- oder Stadtrat) im Rahmen einer Gebührensatzung festgelegt. Ein Kernmerkmal von Gebühren ist, dass der Bürger für diese eine Gegenleistung erhält, die er auch in Anspruch nimmt. Das Verwaltungsrecht unterscheidet ferner Benutzungsgebühren (Gebühren für die Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung) und Verwaltungsgebühren (Gebühren für die Amtshandlung einer Behörde). Zwar ist diese Einteilung nicht trennscharf, da mit der Benutzung einer öffentlichen Einrichtung gewöhnlich auch Verwaltungshandlungen verbunden sind. Allerdings lässt sich feststellen, dass je eher eine Benutzungsgebühr anzunehmen ist, desto eher handelt es sich um eine von vorwiegend administrativen Aufgaben abzugrenzende Leistung. Typische Beispiele für Benutzungsgebühren sind Frischwassergebühren, Abwassergebühren, Müllgebühren, Eintritte in kommunale Schwimmbäder, Straßenreinigungsgebühren, Leihgebühren der Stadtbücherei oder Friedhofsgebühren. Damit stellen vor allem viele Benutzungsgebühren Gegenleistungen für einen Service kommunaler Unternehmen dar und sind aufgrund faktischer Parallelen mit einer privaten unternehmerischen Preissetzung vergleichbar.

#### 3.2.4.1 Entgeltmaßstab im Gebührenrecht

**1218.** Verschiedene Bundes- und Landesgesetze normieren die wichtigsten Rechtsgrundlagen für die Erzielung öffentlich-rechtlicher Einnahmen einer Kommune. Konkrete Vorgaben zur Höhe von Benutzungsgebühren ergeben sich darunter aus den Kommunalabgabengesetzen der Bundesländer. Aus diesen Vorgaben lässt sich auch der Entgeltmaßstab für die Zulässigkeit einer Gebühr bestimmen. Dabei ist der Wortlaut der verschiedenen Kommunalabgabengesetze in den Ländern unterschiedlich. Typischerweise sind bei der Bemessung der Gebührenhöhe jedoch folgende Vorgaben relevant:

- Kommunalabgabengesetze sehen regelmäßig ein Kostendeckungsgebot und Kostenüberschreitungsverbot vor.[73] Das Kostenüberschreitungsverbot erlaubt dabei die Erzielung eines ökonomisch angemessenen Gewinns als adäquate Verzinsung des von der Kommune eingesetzten Kapitals (Kapitalkosten).[74]

71 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 634ff., insbesondere Tz. 638.

72 Kommunen finanzieren sich zudem aus Mitteln, die ihnen aus anderen Haushalten (Landeshaushalt, Bundeshaushalt) übertragen werden. Auf bestimmte Einkünfte, z. B. Gemeinschaftssteuern, haben Kommunen zudem nur einen mittelbaren oder keinen Einfluss.

73 Z. B. § 6 Abs. 1 Satz 3 KAG NRW.

74 Teilweise wird die Zulässigkeit der Erwirtschaftung von Kapitalkosten in den landesspezifischen Kommunal-

- Ansatzfähige Kosten sind üblicherweise sachlich der Einrichtung bzw. Anlage zurechenbare Kosten. Daraus ergibt sich die Voraussetzung der Betriebsbedingtheit der Kosten. Nicht sachgerechte oder überflüssige Kosten, z. B. durch die Überdimensionierung von Einrichtungen entstehende Kosten des Leerstandes, sogenannte Leerkosten, bleiben daher außer Betracht.

- Üblicherweise sehen die Kommunalabgabengesetze vor, dass betriebswirtschaftliche Grundsätze bei der Gebührenkalkulation einzuhalten sind bzw. Kosten nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähig sein müssen.[75]

- Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Rechtsstaatsprinzip lässt sich zudem ableiten, dass das Äquivalenzprinzip, d. h. die Verhältnismäßigkeit von Leistung und Gegenleistung einer Gebühr, gewahrt bleiben muss.[76]

- Aus der Verpflichtung zu einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung[77] der Gemeinden ergibt sich weiterhin, dass die zur Kalkulation einer Gebühr herangezogenen Kosten dem Grundsatz der Erforderlichkeit unterliegen.[78]

**1219.** Die Vorgaben normieren im Wesentlichen verschiedene Standards zur Kalkulation der Gebühren aus den Kosten. Somit folgt auch die Gebührenaufsicht in der Praxis einem Kostenkonzept zur Ermittlung des Entgeltmaßstabs. Im Unterschied zu den etablierten Kostenkonzepten, die z. B. bei der Entgeltregulierung regulierter Industrien zum Einsatz kommen, ist der Kostenbegriff in den Kommunalabgabengesetzen jedoch nicht konkreter bestimmt. Zwar ergibt sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen wie die Anknüpfung der Kosten an „betriebswirtschaftliche Grundsätze“ sowie dem Grundsatz der „Erforderlichkeit“, dass eine Verbindung der Kosten zu Kriterien ökonomischer Effizienz gezogen werden kann und sollte. Allerdings stehen einer einheitlichen und konsequenten Anwendung ökonomischer Konzepte zur Ermittlung des effizienten Entgeltmaßstabs vor allem praktische Probleme der Gebührenaufsicht im Weg.

### 3.2.4.2 Praktische Probleme der Gebührenaufsicht

**1220.** Die Aufsicht über die Gebührenhöhe wird einerseits von der Kommunalaufsicht, andererseits von den Verwaltungsgerichten wahrgenommen. Im Falle der Kommunalaufsicht regeln die Gemeindeordnungen der Bundesländer, welche Aufgaben dieser zufallen und welche Behörde die Aufgaben wahrnimmt.

**1221.** Im Hinblick auf die Überprüfung von Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen – und hierzu zählt die Festlegung von Benutzungsgebühren für kommunale Leistungen – handelt es sich bei der Kommunalaufsicht um eine reine Rechtsaufsicht. Die Kommunalaufsicht hat deshalb die Vereinbarkeit der Gebührenfestlegung mit den anwendbaren Vorschriften zu prüfen, nicht aber die Zweckmäßigkeit. Die potenzielle Wirksamkeit der Kommunalaufsicht ist somit zunächst durch den Detaillierungsgrad der gesetzlichen Vorgaben beschränkt. Nur insoweit konkrete Wirtschaftlichkeitsvorgaben normiert sind, besteht z. B. ein rechtlicher Auftrag, die zur Gebührenfestlegung verwendeten Kosten im Hinblick auf Effizienzgesichtspunkte zu überprüfen. Nachteilig sind in diesem Zusammenhang auch die in den Gemeindeordnungen der Länder sehr uneinheitlichen Regelungen zu der Frage, ob Gebührensatzungen der Kommunalaufsicht zur Genehmigung vorgelegt oder dieser zumindest angezeigt werden müssen. Nur einzelne Bundesländer haben solche Vorgaben erlassen; oftmals besteht zudem eine Beschränkung auf solche Gebührensatzungen, die von einer Mustersatzung abweichen.[79]

---

abgabengesetzen auch ausdrücklich geregelt; siehe z. B. § 6 Abs. 2 Satz 4 KAG NRW.

75 Z. B. § 6 Abs. 2 Satz 1 KAG NRW.

76 Vgl. Lichtenfeld, U. in: Driehaus, H.-J. (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Herne 2012, § 4 Rn. 6.

77 Die Grundprinzipien einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung leiten sich aus Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, § 6 HGrG und § 7 BHO her.

78 Z. B. VGH BW, Urteil vom 31. Mai 2010, 2 S 2423/08, VBlBW 1989, 462, Rn. 28.

79 Für einen Überblick vgl. Holtbrügge, H.-J. in: Driehaus, H.-J. (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Herne 2012, § 2

**1222.** Einer wirksamen Prüfung der Gebührenhöhe durch die Kommunalaufsichtsbehörden stehen aber vor allem praktische Erwägungen entgegen. Gerade zur Kalkulation eines an den Kosten orientierten, objektiven Entgeltmaßstabs, wie ihn die Abgabenordnungen vorsehen, ist ökonomisch spezialisiert ausgebildetes Personal erforderlich, um z. B. eine Effizienzprüfung von Kostenansätzen durchzuführen oder adäquate Kapitalkosten zu kalkulieren. Auch vor diesem Hintergrund betrachtet die Kommunalaufsicht ihren Auftrag zur Rechtsaufsicht meist anders als eine auf ökonomische Fragen spezialisierte Kartell- oder Regulierungsbehörde. Eine Kernaufgabe der Kommunalaufsicht liegt darin, auf eine insgesamt auskömmliche Haushaltsführung der Kommunen zu achten. Daher liegen vor allem Kostendeckung und korrekte Rechnungsführung im Betrachtungsfokus der Kommunalaufsicht. Eingehende Prüfungen kommen nur selten vor; dies zeigt sich z. B. daran, dass es auch in den Bundesländern, in denen in der Vergangenheit Kartellbehörden gegen überhöhte Wasserentgelte vorgegangen sind – nach der kartellrechtlichen Prüfung also eine Gebührenüberhöhung vorlag –, bisher nie zu einer wirksamen Beanstandung von Gebühren durch die Kommunalaufsicht kam.[80]

**1223.** Der andere Zweig der Gebührenaufsicht besteht in der Kontrolle der Gebühren durch die Verwaltungsgerichte. Verwaltungsgerichtsprozesse zu Gebührenkontrolle sind oftmals sehr aufwendig; zur Klärung der Streitfrage schaltet das Gericht zudem externe Prüfer ein. Obwohl die Prüfung durch die Verwaltungsgerichte tendenziell eine stärkere Durchschlagskraft entfalten kann als eine solche durch die Kommunalaufsicht, ist die Wirksamkeit verwaltungsgerichtlicher Verfahren als Korrektiv für eine ineffiziente Gebührenhöhe ebenfalls fraglich. Zum einen sind die Hürden einer entsprechenden Klage von Bürgern aufgrund der Langwierigkeit von Prozessen und der im Vergleich zum Streitwert oft erheblichen Kosten hoch. Zum anderen – und hier sieht die Monopolkommission das wichtigste Problem – gestaltet sich eine Prüfung anhand des bestehenden Entgeltmaßstabes als besonders schwierig, da keine einheitlich operationalisierbaren Standards vorliegen, anhand derer etwa die Effizienz von Kostenpositionen bewertet werden könnte. Die Vielfalt der mit einer Klage beschäftigten lokalen Verwaltungsgerichte erschwert den Aufbau von entsprechender ökonomischer Expertise und stellt damit auch insofern ein zentrales Problem für die Wirksamkeit der Kostenprüfung dar. Ein Beispiel für dieses Problem ist die Berechnung zulässiger Kapitalkosten, die bei einer wirksamen Kostenprüfung erfolgen sollte. Diese gestaltet sich selbst für eine spezialisierte Regulierungsbehörde wie die Bundesnetzagentur relativ aufwendig und erfordert weitreichende ökonomische Expertise. Da es sich bei den Schwierigkeiten der Kostenprüfung um einzelfallspezifische Probleme handelt, lassen sich diese auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung nur bedingt lösen. Vielmehr ist die Tendenz einer im Zweifel weichen Auslegung der Standards zu beobachten, die die Wirksamkeit der Prüfung substanziell verringert.[81]

**1224.** Vor diesem Hintergrund betont die Monopolkommission, dass die Leistungserbringung in vielen Fällen marktnah und in aller Regel ohne genuin hoheitliche Komponente erfolgt. Durch die Erhebung ungerechtfertigt hoher Gebühren, deren Kalkulation ineffizient hohe Kosten zugrunde liegen, wird also eine im Kern wirtschaftliche Machtstellung missbraucht. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Kontrolle der Gebührenhöhe trägt diesen Besonderheiten der Daseinsvorsorge bislang nicht ausreichend Rechnung.

**1225.** Insgesamt bewertet die Monopolkommission die Gebührenaufsicht – vor allem im Vergleich zu dem Instrument der sektorspezifischen Entgeltregulierung und gegenüber der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht – als allenfalls bedingt wirksam. Eine besonders gravierende Hürde sieht die Monopol-

Rn. 19ff.

80 Vgl. Daiber, H., Engagierte Bürger gegen überhöhte Wasserentgelte, gwf - Wasser|Abwasser 154(09), 2013, S. 979.

81 Z. B. sollen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes nur „schlechthin sachlich unvertretbar[e]“ Aufwendungen nicht bei der Gebührenkalkulation ansatzfähig sein, BVerwG, Beschluss vom 27. Mai 2003, 9 BN 3.03, NVwZ-RR 2003, 774. Das Bundesverfassungsgericht sieht bislang eine Gebührenbemessung verfassungsrechtlich nur dann als nicht sachlich gerechtfertigt an, „wenn sie in einem groben Missverhältnis […] zu den verfolgten legitimen Gebührenzwecken steht“, BVerfG, Urteil vom 19. März 2003, 2 BvL 9/98, BVerfGE 108, 1.

kommission in der dezentralen Prüfung durch Aufsichtsbehörden und Gerichte. Diesen Einrichtungen obliegt die Prüfung der Gebührenhöhe auf Basis eines unbestimmten und schwierig operationalisierbaren Kostenmaßstabs, etwa der Kommunalabgabengesetze. Die wirksame Anwendung eines Kostenmaßstabs bedarf jedoch besonderer ökonomischer Expertise und spezialisierter personeller Ressourcen, die von einer Vielzahl einzelner, dezentraler Einrichtungen oftmals nicht adäquat aufgebaut und unterhalten werden können. Die Gebührenaufsicht ist daher nach Auffassung der Monopolkommission deutlich weniger effektiv als die kartell- oder regulierungsrechtliche Aufsicht über Preise.

### 3.2.5 Gebührenaufsicht durch Erlöstransparenz kommunaler Leistungen stärken

**1226.** Wie zuvor dargelegt, sieht die Monopolkommission in der Aufsicht über die Gebührenhöhe eine Schutzlücke, die sich durch den Ausschluss einer kartellrechtlichen Überprüfbarkeit von Benutzungsgebühren im Rahmen der 8. GWB Novelle noch weiter verschärft hat.

**1227.** Um die Schutzlücke zu schließen, sind prinzipiell verschiedene Möglichkeiten denkbar. In der Vergangenheit hat die Monopolkommission insbesondere in der parallelen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über die Gebührenhöhe ein potenziell wirksames Instrument gesehen, um ein zunehmendes Effizienzbewusstsein im Hinblick auf die Betriebsführung und die Gebührenkalkulation von kommunalen Unternehmen mit einer marktmächtigen Stellung zu erreichen. Aus verschiedenen Gründen haben mehrere Bundesländer jedoch darauf gedrängt, die Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht bei Gebührentatbeständen im Rahmen der 8. GWB-Novelle auszuschließen.[82] Trotz des erheblichen Widerstandes gegen eine kartellrechtliche Überprüfbarkeit von Benutzungsgebühren hält die Monopolkommission eine erneute GWB-Novellierung und die Wiedereinführung einer kartellrechtlichen Gebührenaufsicht für wünschenswert.

**1228.** Aus Sicht der Monopolkommission bieten sich bis zu einer solchen Reform andere effektive Möglichkeiten an, um die Aufsicht über Benutzungsgebühren kommunaler Unternehmen zu verbessern. Die Monopolkommission vertraut dazu auf den Einfluss durch die Bürger und die Gebührenaufsicht, der dringend weiter gestärkt werden sollte. Notwendig erscheint weiterhin, dass die Prüfungsmaßstäbe, die die Verwaltungsgerichte an Benutzungsgebühren anlegen, den Besonderheiten öffentlicher Aufgaben, insbesondere möglichen Effizienzpotenzialen, verstärkt Rechnung tragen. Dabei kommt es nicht zuletzt auf die (tatsächliche) Prüfungstiefe der Behörden und Gerichte an.[83]

**1229.** Um die Wirksamkeit dieser bestehenden Steuerungsmechanismen zu verbessern, sollten die Länder zusätzliche Transparenzvorgaben zur Gebührenhöhe in ihre Kommunalabgabengesetze aufnehmen. Diese Transparenzvorgaben sollten einerseits nur geringfügigen Aufwand bei den betroffenen kommunalen Unternehmen verursachen, andererseits aber z. B. Kommunalpolitikern, sachkundigen Bürgern, der Kommunalaufsicht und den Verwaltungsgerichten Möglichkeiten geben, die Höhe der Gebühren geeignet zu überprüfen.

**1230.** Zur Verwirklichung einer besseren Gebührenaufsicht sieht die Monopolkommission ein praktisches Leitmotiv zusätzlicher Transparenzvorgaben darin, das Vergleichsmarktkonzept für die Überprüfung von Benutzungsgebühren allgemein anwendbar zu machen. Die Vorgehensweise eines Vergleichs der auf eine Einheit normierten Erlöse entspricht dabei der Methodik, die sich bereits im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht etabliert hat. Allerdings können z. B. Kommunalaufsicht und Verwaltungsgerichte ein solches Vergleichsmarktkonzept im Moment meist deshalb nicht anwenden, weil ihnen zur Prüfung der Gebührenhöhe keine geeigneten Vergleichswerte für die Stückerlöse aus anderen Kommunen vorliegen. Deshalb erfolgt die Überprüfung der Gebührenhöhe derzeit in erster Linie durch eine Überprüfung der Kosten. Die in Abschnitt 3.2.2 und 3.2.4 dargelegten Schwierigkeiten der Kontrolle eines Entgeltmaßstabes

82 Vgl. Monopolkommission, Pressemitteilung zur 8. GWB-Novelle, 18. Juni 2013.

83 Vgl. anschaulich etwa OVG Lüneburg, Urteil vom 17. Juli 2012, 9 LB 187/09 gegenüber BayVGH, Urteil vom 30. März 2011, 4 B 10.2800.

nach einem Kostenkonzept haben zur Folge, dass sich dieser Ansatz als alleiniger Prüfmaßstab jedoch weniger gut für eine dezentrale sowie nicht-spezialisierte Aufsicht über die Gebührenhöhe eignet, wie sie z. B. im Falle der Gebührenaufsicht vorliegt. Daher ließe sich die Effektivität der Aufsicht durch eine parallele Ermöglichung der Anwendung des Vergleichsmarktansatzes erheblich verbessern.

**1231.** Zur Umsetzung dieses Vorschlags empfiehlt die Monopolkommission den Landesregierungen und den Landesparlamenten, ihre Kommunalabgabengesetze dadurch zu erweitern, dass sie für Benutzungsgebühren eine Pflicht zur Veröffentlichung des Erlöses pro Mengeneinheit der Leistung vorsehen. Durch eine Veröffentlichungspflicht verbessern sich aus Sicht der Monopolkommission die Bedingungen sowohl für eine demokratische als auch für eine aufsichtsrechtliche Überprüfung von Gebühren erheblich. Die dadurch mögliche Anwendbarkeit eines objektiven Gebührenvergleichs mit Unternehmen in anderen Kommunen des jeweiligen Bundeslandes böte eine transparente erste Vergleichsmöglichkeit. Diese Information lässt sich als Anhaltspunkt für eine potenzielle Gebührenüberhöhung nutzen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch ein im Vergleich höherer Erlös als in anderen Kommunen durch verschiedene Umstände sachlich gerechtfertigt sein kann. Diese könnten im Rahmen einer weitergehenden Kostenprüfung dargelegt und geprüft werden. Allerdings bietet der avisierte Erstvergleich für Politik, Bürger und Aufsichtsbehörden eine Grundinformation, anhand derer eine tiefere Prüfung erst effektiv erfolgen könnte.

**1232.** Eine entsprechende Transparenzvorgabe über die Veröffentlichung des auf eine Leistungseinheit normierten Erlöses ist von den kommunalen Unternehmen zudem ohne größeren Aufwand erfüllbar, da zur Kalkulation lediglich die Gesamterlöse eines Jahres sowie die gesamte Leistungsmenge desselben Zeitraums benötigt werden. Diese sollten den Kommunen ohnehin vorliegen. Durch Division von Gesamterlösen und Leistungsmenge ergibt sich der Stückerlös, der z. B. in Verbindung mit dem nächsten Beteiligungsbericht der Kommunen spätestens ein Jahr nach Ende des entsprechenden Zeitraumes ausgewiesen werden könnte. Um eine Vergleichbarkeit zwischen den Kommunen vor allem bei wichtigen Benutzungsgebühren, wie z. B. bei Frischwasser, zu erreichen, könnte ein Landesministerium einen oder mehrere anzulegende Gebührenmaßstäbe[84] in einer Verordnung normieren (z. B. Erlöse Frischwasser pro Meter Leitungslänge und pro Kubikmeter gelieferten Wassers, Erlöse Schwimmbäder pro Besuchergang, Erlöse Kindertagesstätten pro Kind einer Altersstufe etc.). Eine entsprechende Vorgabe in den Kommunalabgabengesetzen der Länder könnte wie folgt lauten:

*„Die Kommunen sind verpflichtet, den Erlös, der innerhalb eines Jahres auf eine Einheit des relevanten Gebührenmaßstabes einer Benutzungsgebühr entfällt, innerhalb des darauf folgenden Jahres zu veröffentlichen. Näheres zu dem bei der Erlöskalkulation anzulegenden Gebührenmaßstab für bestimmte Leistungen regelt eine Verordnung."*

## 4 Analyse spezifischer Probleme in ausgewählten Wirtschaftsbereichen

### 4.1 Wassersektor

**1233.** In Deutschland ist sowohl die Wasserversorgung als auch die Abwasserentsorgung nach verbreiteter Meinung und vielfach, etwa nach § 50 Abs. 1 Wasserhaushaltsgesetz sowie nach Wassergesetzen und Gemeindeordnungen der Länder, eine Pflichtaufgabe der öffentlichen Hand. Die Verantwortung und Zu-

84 Der Begriff „Gebührenmaßstab" kennzeichnet im Verwaltungsrecht die Mengeneinheit, nach der sich die Gebühr bemisst. Unterschieden wird der zwischen einem vorzugsweise anzuwendenden Wirklichkeitsmaßstab (wenn sich die Menge genau ermitteln lässt, z. B. Wasserzähler) und einem Wahrscheinlichkeitsmaßstab (wenn sich die in Anspruch genommene Leistung nur schwierig messen lässt, z. B. Abwasser). Für die vorgeschlagene Kalkulation der Erlöse kann gegenüber der tatsächlichen Gebührenbemessung ein anderer bzw. ein zusätzlicher Maßstab normiert sein, da dieser in diesem Fall lediglich dazu dient, eine Vergleichbarkeit der Entgelte verschiedener Kommunen herzustellen. Der Begriff „Gebührenmaßstab" ist nicht zu verwechseln mit dem in Abschnitt 3.2.2 dargelegten Begriff des „Entgeltmaßstabes", der die Bemessung der Verhältnisgröße definiert, an der die zulässige Höhe einer Gebühr geprüft werden sollte.

ständigkeit liegt regelmäßig bei den Kommunen, die zur Erfüllung dieser Aufgabe verschiedene Organisations- und Rechtsformen nutzen können. In einigen Fällen haben die Kommunen Wasserver- und Abwasserentsorgung in einem Unternehmen organisiert; häufiger findet sich indes die Aufteilung auf unterschiedliche Unternehmen. Bei den Unternehmen des Wassersektors handelt es sich zudem aufgrund der nicht rentabel duplizierbaren Infrastruktur um natürliche Monopole. Die einzelnen hier tätigen kommunalen Unternehmen sind in aller Regel keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt, wodurch sich auch die Aufgabe der öffentlichen Hand begründet.

**1234.** Vor allem der Trinkwassersektor war in den vergangenen Jahren Gegenstand einer intensiven wettbewerbspolitischen Debatte. Bis heute ist die Trinkwasserversorgung in Deutschland stark fragmentiert. Die jüngere Statistik nennt eine Zahl von 6.065 Wasserversorgungsunternehmen[85]; auf eine Million Einwohner entfallen in Deutschland somit erheblich mehr Wasserversorger, als dies in anderen europäischen Ländern der Fall ist.[86] Allerdings ist die Fragmentierungsstärke der Wasserversorgung zwischen den Bundesländern nicht einheitlich. Insbesondere in Bayern befindet sich mit einer Anzahl von 2.051 etwa ein Drittel der deutschen Versorger.

### 4.1.1 Forderungen der Monopolkommission im XVIII. Hauptgutachten

**1235.** Vor dem Hintergrund der zunehmend wichtigeren Frage der Marktmacht der kommunalen Wasserversorger hatte sich die Monopolkommission bereits in ihrem XVIII. Hauptgutachten mit der Frage der Marktmacht der Wasserversorger beschäftigt. Auf der Basis dieser Analyse hatte die Monopolkommission 2010 folgende Handlungsempfehlungen gegeben:

- Verwirklichung einer einheitlichen und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierten sektorspezifischen (Anreiz-)Regulierung der deutschen Trinkwasserversorger (Tz. 20 ff.).
- Bessere Ausschöpfung von Größenvorteilen durch Zusammenlegung von Wasserversorgungsbetrieben; allerdings nicht zwingend durch eine physische Zusammenlegung der Netze (Tz. 24).
- Vermehrte Ausschreibungswettbewerbe für die Wasserversorgung durch Kommunen und Landschaftsverbände (Tz. 25).

**1236.** Für eine ausführliche Darlegung der Vorschläge sei auf die Darstellung im XVIII. Hauptgutachten verwiesen. Die nachfolgenden Ausführungen aktualisieren die Analyse und die Handlungsempfehlungen vor dem Hintergrund der Entwicklung in den vergangenen vier Jahren.

**1237.** Festzustellen ist zunächst, dass im Hinblick auf die Kernforderungen der Monopolkommission seither keinerlei substanzielle Fortschritte gemacht wurden. In ihrer Stellungnahme zum Hauptgutachten hatte die Bundesregierung ihre Auffassung dargestellt, sie lehne die Änderung der ordnungspolitischen und -rechtlichen Rahmenbedingungen für die Trinkwasserbranche zum damaligen Zeitpunkt ab.[87] Die Bundesregierung hatte diese Haltung insbesondere mit ihrem Vertrauen in die bestehende Preismissbrauchsaufsicht, die weitere Modernisierung der Wasserwirtschaft sowie mit den einer Regulierung notwendigerweise vorausgehenden umfangreichen wasserrechtlichen Prüfungen und Kosten/Nutzen-Abwägungen begründet. Derweil hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten eine Regulierung der Wasserbranche ebenfalls abgelehnt und dabei Zweifel geäußert „ob angesichts der erheblichen Unterschiede zwischen den

85 Vgl. Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V., Die öffentliche Wasserversorgung in Deutschland, 27. Oktober 2013.

86 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 1.

87 Bundesregierung, Stellungnahme zum XVIII. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 17/4305, 2010, Tz. 10 ff.; Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 17/10365, 2012, Tz. 10.

Gemeinden, insbesondere in infrastruktureller, topographischer und geologischer Hinsicht, aussagekräftige Vergleichswerte aufgestellt werden könnten".[88]

**1238.** Festzustellen ist weiterhin, dass seitens der Bundes- bzw. Landesregierungen bisher keine erkennbaren Anstrengungen unternommen wurden, die angesprochenen Empfehlungen umzusetzen. Hinsichtlich der Aussagen von Bundesregierung und Bundesrat ist zudem darauf hinzuweisen, dass gerade die Preismissbrauchsaufsicht, in welche die damalige Bundesregierung besonderes Vertrauen hatte, den vom Bundesrat im Bezug auf eine Regulierung angesprochenen Problemen der Vergleichbarkeit der Versorger ausgesetzt ist.[89] Nachfolgend geht die Monopolkommission auf die jüngeren Entwicklungen in der Preismissbrauchsaufsicht und weitere Initiativen im Wassersektor ein.

### 4.1.2 Preismissbrauchsverfahren

**1239.** Ein wesentlicher Ansatzpunkt, dem Machtproblem im Wassersektor zu begegnen, waren in den letzten Jahren kartellrechtliche Preismissbrauchsverfahren. Diese sind maßgeblich durch die Entscheidung des BGH im Fall Wasserpreise Wetzlar ausgelöst worden.[90] Besondere Aufmerksamkeit erhielt darunter das Verfahren des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe. In diesem Verfahren hatte die Behörde die Erlöse verschiedener Wasserversorger verglichen und erhebliche Erlösüberhöhungen bei den Berliner Wasserbetrieben festgestellt. Das Bundeskartellamt hat daraufhin eine Preissenkungsverfügung erlassen, die im Februar 2014 durch das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt wurde.[91] Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen des Bundeskartellamtes im Grundsatz und geht davon aus, dass die öffentliche Wirkung des Falles mit zu einem gesteigerten Effizienzbewusstsein in der Wasserwirtschaft beigetragen hat.

**1240.** Allerdings sprechen verschiedene Gründe dafür, dass die Wirkung von Kartellverfahren nicht umfassend und nachhaltig ist. Ein Aspekt betrifft den Zuständigkeitsbereich des Bundeskartellamtes, der grundsätzlich auf solche Wasserversorger begrenzt ist, die in mehreren Bundesländern tätig werden. Dies hat für die weit überwiegende Zahl der Versorger die Zuständigkeit der jeweiligen Landeskartellbehörde zur Folge. Zwischen den Bundesländern ist indes in der Vergangenheit – auch aus Ressourcengründen – eine sehr unterschiedliche Aktivität bei der Kontrolle von Wasserpreisen zu beobachten gewesen, sodass kein gleichermaßen wirksamer Schutz der Bürger vor überhöhten Preisen gegeben ist. Als Beispiel sei hier etwa die Arbeit der hessischen Landeskartellbehörde hervorgehoben, die sich in der Vergangenheit durch ein besonders großes Engagement im Wassersektor hervorgetan hat.[92]

**1241.** Obwohl nicht in allen Bundesländern gleichermaßen effektiv von den Kartellbehörden gegen überhöhte Wasserentgelte vorgegangen wird und die kartellrechtliche Kontrolle zudem eine Reihe von methodischen Problemen mit sich bringt,[93] hat die Monopolkommission darin bisher tendenziell ein erfolgreiches Instrument gesehen; vor allem da keine anderen wirkungsvollen Maßnahmen zum Schutz der Bürger gegen überhöhte Entgelte umgesetzt wurden. Allerdings ist diese positive Entwicklung mittlerweile akut gefährdet, da der Kartellrechtsanwendung im Rahmen der 8. GWB-Novelle nun Schranken gesetzt wurden. Hintergrund ist die Frage des Anwendungsbereichs der kartellrechtlichen Prüfung auf die Entgelte der Wasserversorger. Diese verlangen für die Frischwasserversorgung entweder privatrechtliche Preise oder öffentlich-rechtliche Gebühren. Während der Anwendungsbereich des GWB bei privatrechtlichen Preisen

88 BRat, Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BR-Drs. 234/13, 2013, S. 4 f.
89 Vgl. auch Abschnitt 3.2.2.
90 Vgl. dazu Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 13 ff.
91 Vgl. BKartA, Beschluss vom 4. Juni 2012, B8 – 40/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Februar 2014, VI – 2 Kart. 4/12 (V).
92 Wichtige Fälle im Wassersektor hat die Monopolkommission in ihrem XIX. Hauptgutachten dargestellt und einen Überblick über die Aktivität der Bundesländer gegeben. Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 601 ff.
93 Vgl. allgemein dazu Abschnitte 3.2.2 und 3.2.3 sowie zu konkreten Problemen bei der Kontrolle von Preishöhenmissbräuchen Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 581 ff.

eröffnet war, war dies im Hinblick auf eine kartellrechtliche Aufsicht von Wassergebühren lange Zeit umstritten. Allerdings sprachen nach Auffassung der Monopolkommission wesentliche Argumente für die Anwendbarkeit.[94] Vor dem Hintergrund dieses Problems blieb weiterhin unklar, ob alleine die Deklaration eines Entgelts als Preis oder Gebühr über die weitere rechtliche Behandlung entscheiden sollte oder die vor allem im Fall einer Gebühr bedeutende hoheitliche Form ihrer Festlegung.[95] Im Rahmen der 8. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber in § 130 Abs. 1 S. 2 GWB nun deutlich gemacht, dass Gebühren weitgehend nicht (mehr) der kartellrechtlichen Überprüfung unterliegen.[96] Überwiegend wird daher die Meinung vertreten, dass kaum weitere Anwendungsbereiche zur kartellrechtlichen Kontrolle von Wassergebühren verbleiben.

**1242.** Die klare Abgrenzung des kartellrechtlichen Anwendungsbereichs verleiht einem bereits in der Vergangenheit unter dem Begriff „Flucht ins Gebührenrecht“ diskutierten Problem ein deutlich schwerer wiegendes Gewicht. Mit dem Begriff wird auf die Möglichkeit der Wasserversorger hingewiesen, durch ihre Organisationsform und Wahl und Deklaration ihrer Entgelte als Preise oder Gebühren auf die Form der Entgeltaufsicht Einfluss zu nehmen. Da die bei Gebühren als Korrektiv verbleibende Gebührenaufsicht – wie in Abschnitt 3.2.1 dargelegt – eine weniger strenge Kontrolle verspricht, könnte ein Anreiz bestehen, sich durch eine Umstellung der Entgelte, von Preisen auf Gebühren, der kartellrechtlichen Kontrolle zu entziehen. Wie weitreichende Veränderungen in der Organisation der Wasserversorgung für eine „Umgehung“ der kartellrechtlichen Kontrolle und die wirksame Umstellung auf Gebühren tatsächlich erforderlich sind, war bisher allerdings unklar. Die Umstellung der Entgelte bringt unter Umständen eine Umstrukturierung der Wasserversorgung mit sich, weshalb dieser Vorgang auch als Form der Rekommunalisierung diskutiert wird. Diskutiert wurde vor allem, ob gesellschaftsrechtlich privatisierte kommunale Wasserversorger zur Umstellung auf Gebühren in eine öffentlich-rechtliche Gesellschaft überführt werden müssen.

**1243.** Eine Art Präzedenzfall für die in diesem Zusammenhang entstehenden Versuche einer Flucht ins Gebührenrecht ist der Fall „Wasserpreise Wetzlar“. Nach einem jahrelangen Streit mit der Landeskartellbehörde hatte die Stadt Wetzlar die Wasserversorgung umstrukturiert. Seit dem Jahr 2011 ist nun ein städtischer Eigenbetrieb mit der Wasserversorgung beauftragt, während das Entgelt durch eine Gebührensatzung bestimmt wird. Die vorher zuständige privatrechtliche Energie- und Wasserbetriebe mbH hat die Versorgungsanlagen dazu an die Stadt Wetzlar verpachtet und ist von dieser allein mit der Betriebsführung beauftragt, während die Abrechnung durch die Stadt erfolgt. In dieser Konstruktion sah die Landeskartellbehörde eine unzulässige Umgehung, scheiterte mit dieser Auffassung jedoch vor dem OLG Frankfurt am Main.[97] Zu einer höchstrichterlichen Klärung kam es nicht.

**1244.** Infolge der oben genannten Neuregelungen der 8. GWB-Novelle erscheint nun eine gewisse Rechtssicherheit dafür vorzuliegen, dass durch eine entsprechende (Schein-)Rekommunalisierung, wie sie am Beispiel Wetzlar erfolgte, eine „Umgehung“ der kartellrechtlichen Entgeltaufsicht möglich ist. Entsprechend ist bereits der „Androhung“ der Kartellbehörden, eine Untersuchung der Entgelte eines Wasserversorgers vornehmen zu wollen, die Wirksamkeit weitgehend entzogen, da die Kommune stets mit einer entsprechenden Umstrukturierung ins Gebührenrecht flüchten könnte.

94 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 12.

95 Im Missbrauchsverfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe hatte sich das Unternehmen z. B. darauf berufen, dass es zwar Preise verlange, diese jedoch den Charakter von Gebühren hätten und die kartellrechtliche Überprüfung von daher nicht zulässig sei. Dieser Auffassung sind jedoch weder das Bundeskartellamt noch das OLG Düsseldorf gefolgt.

96 Vgl. auch Abschnitte 2.1.3 und 2.2.3 in diesem Kapitel.

97 In seinem Beschluss stellte das Gericht seine Ansicht in diesem Punkt wie folgt dar: „Auch wenn die Absicht einer Umgehung der kartellrechtlichen Kontrolle nicht ganz von der Hand zu weisen sein mag, sind die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen keineswegs eindeutig.“, vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 3. März 2011, 11 W 2/11 (Kart), S. 6.

### 4.1.3 Weitere Initiativen

**1245.** Den mit der Monopolstruktur der Wasserversorgung verbundenen Problemen möglicher Ineffizienzen und überhöhter Preise wurde in den vergangenen Jahren auch von anderer Seite begegnet. Eine auf Bundesebene wenig wahrgenommene Entwicklung ist die Gründung zahlreicher regionaler Bürgerinitiativen und kommunaler Wassertische. Diese Initiativen dienen engagierten Bürgern oftmals dazu, sich für gerechte Wasserpreise einzusetzen.[98] Vielfach wird gegen Gebührensatzungen vor den Verwaltungsgerichten geklagt. Demgegenüber zeigt die von Gewerkschaftsseite unterstützte europäische Bürgerinitiative „Right2Water" eine unkritische Haltung gegenüber der kommunalen Monopolstellung der Wasserversorger und fordert eine staatliche Aufgabenerfüllung ein.

**1246.** Grundsätzlich begrüßt die Monopolkommission, dass sachkundige Bürger Widerstand gegen überhöhte Entgelte in der Wasserversorgung organisieren; sie weist aber gleichzeitig auf die Gefahr hin, dass solche Initiativen von wirtschaftlichen Interessen instrumentalisiert werden können. Auch ist festzustellen, dass gerade die Forderung vieler Bürgerinitiativen nach gerechten Wasserpreisen weder auf Landes- noch auf Bundesebene ausreichend Gehör gefunden hat, um auch die durch die Rechtsordnung vorgegebenen Möglichkeiten zur Kontrolle von Wasserentgelten zu erweitern. Stattdessen wurden die Kontrollmöglichkeiten der Kartellbehörden in diesem Bereich substanziell beschnitten.

**1247.** Auch aus der Wasserbranche selbst – bzw. durch ihre Verbände – sind einige Initiativen unternommen worden, um im Zuge einer „Modernisierung" den Wassersektor effizienter zu organisieren. Ein grundsätzlich lobenswerter Prozess ist der mit Unterstützung vieler Landesregierungen angestrengte Versuch eines Benchmarking, durch das ein quantitativer sowie qualitativer Vergleich der Wasserversorger ermöglicht werden soll.[99] Dazu werden in verschiedenen Bereichen Kennzahlen erhoben und ein Vergleich, aber auch ein Austausch über Arbeitsabläufe und Unternehmensprozesse eröffnet. Typischerweise kann die Tiefe eines solchen Benchmarking der Wasserwirtschaft sehr unterschiedlich sein; so wird einerseits ein sogenanntes Unternehmensbenchmarking und andererseits ein Prozessbenchmarking angewendet. Von beiden Verfahren ist das Prozessbenchmarking erheblich weiterreichend, da es – bei geeigneter Umsetzung – aufzeigen kann, in welchen konkreten Bereichen ein Versorger sich verbessern kann. Die Monopolkommission bewertet ein Benchmarking als einen Ansatz eines auf Vergleichen basierenden Wettbewerbs (Yardstick-Wettbewerb) zwar positiv. Allerdings ist für die Bewertung der Wirkung des Benchmarking auf die Branche insgesamt letztlich auch entscheidend, mit welcher Zielsetzung und unter welchen Regeln ein Benchmarking-Verfahren umgesetzt wird.

**1248.** Das in der Wasserwirtschaft angewendete Benchmarking setzt dabei vollständig auf die Motivation der teilnehmenden Versorger, aus eigener Initiative das Benchmarking zur Verbesserung ihrer Prozesse zu nutzen. Dieses machen vor allem die beiden vom Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) als „Erfolgsvoraussetzungen" gekennzeichneten Merkmale des Benchmarking der Wasserwirtschaft deutlich: „Freiwilligkeit" und „Vertraulichkeit". Dabei bedeutet Freiwilligkeit, dass der Verband eine freiwillige Teilnahme der Verpflichtung vorzieht. Vertraulichkeit bedeutet, dass die Ergebnisse des Benchmarking nicht öffentlich gemacht werden und auch den Unternehmen nur ihr relatives Abschneiden in den Vergleichen mitgeteilt wird.

**1249.** Ein auf dieser Grundlage umgesetztes Benchmarking hat den Vorteil, dass die Bereitschaft der Unternehmen, sich mit dem Instrument auseinanderzusetzen und es konstruktiv zu nutzen, erheblich gesteigert wird. Auch wenn dies anzuerkennen ist, weist die Monopolkommission darauf hin, dass das Benchmarking ohne einen echten „fühlbaren" Wettbewerbsdruck – wie ihn z. B. die öffentliche Kontrolle bei einer Veröffentlichung der Ergebnisse ausüben könnte – nicht als wettbewerbsäquivalenter Garant für die Effizienz

98 Daiber berichtet hier über einzelne Beispiele. Vgl. Daiber, H., Engagierte Bürger gegen überhöhte Wasserentgelte, a. a. O., S. 974-981.

99 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 613 ff.

der gesamten Branche dienen kann. Vielmehr muss befürchtet werden, dass vor allem motivierte und bereits heute gut organisierte Wasserversorger am Prozessbenchmarking mitwirken, während weniger effiziente Versorger von vornherein davon Abstand nehmen oder lediglich am weniger aussagekräftigen Unternehmensbenchmarking teilnehmen. Dieses legen auch die Angaben des BDEW nahe, nach denen 2012 lediglich 59 Prozent der Trinkwasserversorger wiederholt am Unternehmensbenchmarking teilnahmen. Währenddessen wurden zum Teilnehmeranteil am Prozessbenchmarking keine Angaben veröffentlicht. Ein weit überwiegender Anteil der Teilnehmer beider Benchmarkingprojekte (>98 Prozent) berichtete derweil von guten oder zufriedenstellenden Erfahrungen.[100]

### 4.1.4 Handlungsbedarf

**1250.** Die Monopolkommission hält an den Vorschlägen aus dem XVIII. Hauptgutachten zur Einführung einer Anreizregulierung in der Wasserwirtschaft fest. Insbesondere vor dem Hintergrund der nunmehr substanziell geschwächten Preismissbrauchsaufsicht sieht sie nochmals geringere Möglichkeiten gegeben, um die Bürger vor überhöhten Entgelten der Wasserversorger wirksam zu schützen. Daher sollte die Bundesregierung eine weitere Prüfung einer Regulierung der Wasserwirtschaft vornehmen und hierbei auch entsprechende detaillierte Kosten/Nutzen-Erwägungen von einer neutralen Stelle vornehmen lassen.

**1251.** Kurzfristig erscheint es der Monopolkommission allerdings wichtig, die Effizienz der Wasserversorger durch andere Maßnahmen zu verbessern. Hierbei vertraut die Monopolkommission nur bedingt auf die unter dem Schlagwort der „Modernisierung der Wasserwirtschaft“ laufenden Initiativen zum Benchmarking der Versorger. Zwar ist durchaus nachvollziehbar, dass das Benchmarking bei einzelnen Wasserversorgern Effizienzsteigerungen zur Folge hatte. Wie die Monopolkommission jedoch dargelegt hat, ist der praktizierte Ansatz eines „freiwilligen“ und „vertraulichen“ Benchmarking nicht geeignet, den Großteil der Bürger wirksam vor überhöhten Entgelten zu schützen. Ein verpflichtendes Benchmarking hatte der Bundesrat zudem abgelehnt, ohne dafür Gründe zu nennen.[101]

**1252.** Die Monopolkommission hält es derweil auch für effektiver, das Benchmarking in seiner bisherigen Form zu belassen und im Gegenzug durch Transparenzverbesserungen an anderer Stelle eine Effektivierung der Gebührenaufsicht sowie der öffentlichen Kontrolle durch Politik und Bürger zu erreichen. Dazu verweist die Monopolkommission auf ihren Vorschlag, dass die Kommunen im Fall der Gebührenerhebung den Stückerlös verpflichtend ausweisen.[102] Die dadurch erreichbare Transparenz über die Trinkwassergebühren hätte zur Folge, dass der Wettbewerbsdruck in der Branche entsprechend zunähme. Die Monopolkommission sieht in diesem Fall auch eine zunehmende freiwillige Teilnahme am Prozessbenchmarking als wahrscheinlich an.

## 4.2 Telekommunikation

### 4.2.1 Art und Umfang kommunaler Tätigkeit

**1253.** Die Telekommunikationswirtschaft steht in den kommenden Jahren mit dem Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze vor einer großen Infrastrukturherausforderung.[103] Hochleistungsfähige Breitbandnetze gelten als Voraussetzung für Wachstum und Beschäftigung. Sie sind zugleich ein wichtiger Standortfaktor im internationalen Wettbewerb und im Wettbewerb der Regionen um die Ansiedlung von Unternehmen. Charakteristisch für die Entwicklung in Deutschland ist, dass der Netzausbau im Wettbewerb und durch

100 Vgl. Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft, Benchmarking: „Lernen von den Besten“, Leistungsvergleiche in der deutschen Wasserwirtschaft, 2013.

101 Bundesrat, Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BR-Drs. 234/13 vom 22. März 2013, S. 4 f.

102 Vgl. Schlussfolgerungen in Abschnitt 3.2 in diesem Kapitel.

103 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 66, Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten, Baden-Baden 2014, Tz. 152 ff.

konkurrierende Netzbetreiber sowie auf der Grundlage unterschiedlicher Technologien und Ausbaustrategien erfolgt. Als bestmögliche technische Lösung für das Erreichen der Ziele der Breitbandstrategie der Bundesregierung sowie der digitalen Agenda der Europäischen Kommission gilt der Glasfaserausbau bis in die Wohnung (Fibre to the Home, FTTH) oder bis zum Teilnehmeranschluss (Fibre to the Buildung, FTTB).[104]

**1254.** Kommunale Unternehmen spielen seit Beginn der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte eine aktive Rolle als Vorleistungsanbieter, als Netzbetreiber und in den letzten Jahren zunehmend auch als integrierter Anbieter eines breiten Spektrums an Telekommunikationsdiensten. Im Jahr 2013 sind nach Schätzungen aus der Telekommunikationswirtschaft zwischen 160 und mehr als 200 kommunale Unternehmen auf dem Gebiet der Telekommunikation tätig.[105] Dabei handelt es sich zumeist um Stadtwerke, um Ausgliederungen von Stadtwerken oder um eigens gegründete Unternehmen, die in aller Regel regional begrenzt, aber häufig über die Grenzen einer einzelnen Kommune hinaus tätig sind. Beispiel dafür sind die NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH mit Sitz in Köln, einem Tochterunternehmen der GEW Köln AG, welches als vollintegrierter Netzbetreiber und Telekommunikationsdienstanbieter Endkunden im Großraum Köln, Bonn und Aachen versorgt. Ein anderes Beispiel ist die Telekommunikationsgesellschaft Südwestfalen mbh, deren Gesellschafter der Hochsauerlandkreis, der Märkische Kreis sowie die Kreise Olpe, Siegen-Wittgenstein und Soest sind und die in Südwestfalen als Anbieter „passiver Infrastrukturen“ tätig ist.

**1255.** Kommunale Unternehmen sind bei ihrem Engagement in der Telekommunikationswirtschaft auf nahezu sämtlichen Wertschöpfungsstufen tätig, nämlich

- bei der Errichtung der passiven Netzinfrastruktur (Leerrohre und/oder Glasfasernetze) und Weitervermietung an Carrier/TK-Kooperationspartner,
- bei der Errichtung passiver Infrastrukturen, dem Betrieb des Netzes durch Carrier oder Kooperationspartner, der Vermarktung der Dienste (z. B. sogenannte „White label“-Produkte) durch das kommunale Unternehmen,
- als vollintegrierter Anbieter, der den Ausbau und Betrieb der Infrastrukturen vornimmt und Telekommunikationsdienste anbietet. In diesem Fall sind sowohl Modelle zu finden, bei denen das eigene Netz exklusiv genutzt wird als auch sogenannte Open-Access-Modelle.

Am weitesten verbreitet sind die Varianten eins und drei. Die Erfahrungen zeigen allerdings, dass passive Infrastrukturen (Variante 1) insbesondere für kleinere Stadtwerke relativ schwer zu vermarkten sind.

**1256.** Kommunale Unternehmen treiben in Deutschland vor allem den Ausbau der Glasfasernetze bis in die Häuser bzw. bis in die Wohnungen voran (FTTB/FTTH). Ende des Jahres 2012 gab es in Deutschland 275.000 FTTH-Anschlüsse, die überwiegend von den drei großen kommunalen Unternehmen NetCologne (88.000 Anschlüsse), M-Net[106] (90.000 Anschlüsse) sowie Wilhelm.Tel[107] (45.000 Anschlüsse) betrieben werden.[108] Die Deutsche Telekom AG betreibt zum gleichen Zeitpunkt lediglich 18.000 FTTH-Anschlüsse.

104 Die Breitbandstrategie der Bundesregierung sieht für Deutschland eine Versorgung mit Übertragungsraten von mindestens 50 Mbit/s für 75 Prozent der Haushalte bis 2014 und die flächendeckende Vollversorgung bis spätestens 2018 vor. Gemäß der digitalen Agenda der Europäischen Kommission sollen bis 2020 erstens alle Europäer den Zugang zu einem Breitbandanschluss mit mindestens 30 Mbit/s und zweitens 50 Prozent der Haushalte einen Anschluss mit mindestens 100 Mbit/s haben; vgl. EU-Kommission, Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Digitale Agenda für Europa, KOM (2010) 245 endgültig, 26. August 2010, S. 22.

105 Der Bundesverband Glasfaseranschluss e.V., Deutsche Telekom AG und der VKU gehen von unterschiedlichen Zahlen kommunaler Unternehmen zwischen 160 und 200 aus.

106 Gesellschaften der M-Net sind: Stadtwerke München GmbH, Stadtwerke Augsburg Energie GmbH, Allgäuer Überlandwerk GmbH, N-ERGIE AG, infra fürth GmbH und Erlanger Stadtwerke AG.

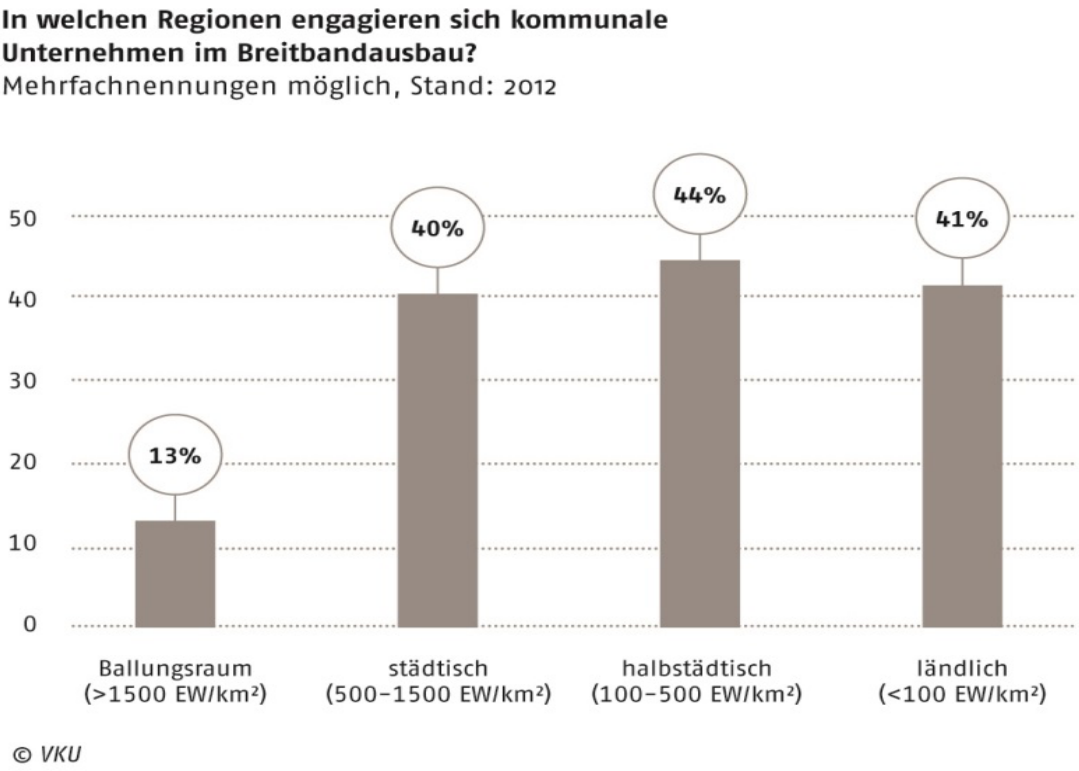
107 Tochterunternehmen der Stadtwerke Norderstedt.

108 Vgl. Schlesiger, C./Berke, J., Telekom kann Milliarden-Investitionen in Glasfaser einsparen, Wirtschaftswoche Online, 15. Februar 2014.

Der wichtigste Grund für diese Zurückhaltung des Incumbent beim Ausbau der FTTH-Infrastrukturen ist, dass die Deutsche Telekom AG bei dem Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze verstärkt auf den VDSL-Ausbau (Glasfaser bis zum Kabelverzweiger, Fibre to the Curb, FTTC) und die Vectoring-Technologie setzt.[109] Von den rund 1,3 Mio. mit FTTH erschlossenen Haushalten (anschließbare Haushalte, die aber keinen FTTH-Anschluss gebucht haben) betreiben die regionalen Anbieter – vor allem die kommunalen Unternehmen – etwa 1 Mio. und die Deutsche Telekom AG etwa 300.000 Anschlüsse.

**1257.** Nach Angaben des VKU liegt das Hauptbetätigungsfeld kommunaler Unternehmen beim Breitbandausbau außerhalb der Ballungsräume (vgl. Abbildung V.6).

**Abbildung V.6: Regionalspezifischer Breitbandausbau kommunaler Unternehmen**




Quelle: VKU, http://www.vku.de/grafiken-statistiken/vku.html, Abruf am 24. Juni 2014.

Hier ist aber zu beachten, dass die großen kommunalen Anbieter wie NetCologne oder M-Net ihren Schwerpunkt durchaus auch in Ballungsräumen haben und in Köln oder München zum Teil über höhere Marktanteile bei den Teilnehmeranschlüssen verfügen als die Deutsche Telekom AG.[110] Wie gut das FTTH-Netz der NetCologne in Köln inzwischen ausgebaut ist, zeigt die viel beachtete Kooperation zwischen der Deutschen Telekom AG und dem Kölner Netzbetreiber, in deren Rahmen die Deutsche Telekom bereits seit Anfang 2012 Leitungen bei NetCologne mietet.[111]

109 Vgl. Deutsche Telekom AG, http://www.telekom.com/medien/produkte-fuer-privatkunden/208148, Abruf am 18. Juni 2014.

110 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 61, Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, Baden-Baden 2012, Tz. 32.

111 Vgl. Bünder, H., Telekom mietet Leitungen von NetCologne, FAZ Online, 15. Januar 2012.

### 4.2.2 Motivation für kommunales Engagement auf Telekommunikationsmärkten

**1258.** Für die kommunalen Aktivitäten im Bereich der Telekommunikation spielen die in Abschnitt 1.2 genannten Zielsetzungen eine Rolle. Insbesondere werden jedoch zwei konkrete Gründe vorgebracht: Erstens betrachten Kommunen den Ausbau leistungsfähiger Breitbandinfrastrukturen als Teil der Daseinsvorsorge, und zweitens gibt es einen wirtschaftlich orientierten Ansatz. Letzterer geht davon aus, dass Stadtwerke, die über Wegerechte, bereits verlegte Energie-, Wärme oder Wasserversorgungsnetze und direkte Endkundenzugänge verfügen, komparative Kostenvorteile bei der Netzverlegung haben, die im Wettbewerb mit privaten Anbietern genutzt werden können, um kommerziell erfolgreiche Angebote machen zu können. Dieses Argument ist nachvollziehbar, da sich das Ausmaß der Kostenvorteile von Versorgungsunternehmen bei der Verlegung von Glasfasernetzen bis in die Haushalte allein schon daran erkennen lässt, dass 70 bis 80 Prozent der Kosten eines Anschlusses Tiefbaukosten sind.[112] Ordnungspolitisch stellt sich in diesen Fällen allerdings die Frage, welche Schwelle der Landesgesetzgeber für ein wirtschaftliches Tätigwerden kommunaler Unternehmen auf grundsätzlich funktionierenden Märkten vorsieht und inwieweit er sie zum Wettbewerb mit materiell privaten Telekommunikationsunternehmen zulassen möchte.[113]

**1259.** Im Rahmen der Daseinsvorsorge geht es den Kommunen um die Bereitstellung einer Infrastruktur, die der Markt nicht oder nicht in der erforderlichen Qualität oder dem erforderlichen Umfang hervorbringt. Typischerweise ist das bei sogenannten „weißen Flecken“ der Fall. Die Versorgung mit Breitbandanschlüssen unterbleibt hier, weil privatwirtschaftliche Angebote nicht zu finanzieren sind. Gegen ein mit Argumenten der Daseinsvorsorge motiviertes kommunales Engagement als Betreiber von Telekommunikationsnetzen und gegebenenfalls Anbieter von Telekommunikationsdiensten spricht allerdings, dass es hier ordnungspolitisch mildere und den Wettbewerb weniger beeinflussende Formen der Zielerreichung gibt. Dazu gehört die Subventionierung des Aufbaus von Breitbandnetzen im Rahmen der von der EU-Kommission genehmigten Breitbandbeihilferegelung für ländliche Regionen.[114] Darüber hinaus gibt es mit dem Mobilfunk der vierten Generation (LTE) eine kostengünstige technologische Alternative zu einer Versorgung ländlicher Räume mit Glasfaseranschlüssen. Bei der Vergabe der Mobilfunkfrequenzen im Bereich 800 MHz aus der sogenannten digitalen Dividende I im Jahr 2010 gab es etwa die Bedingung für die Mobilfunkbetreiber, dass mit dem Netzaufbau in den lukrativen Ballungsräumen erst begonnen werden durfte, wenn die weißen Flecken in ländlichen Räumen in einem vorgegebenen Ausmaß geschlossen sind.[115] Zwar erreichen Mobilfunkanschlüsse auch der vierten Generation nicht die Leistungsfähigkeit von Glasfaseranschlüssen. Gleichwohl erreichen sie inzwischen Übertragungsraten, die deutlich oberhalb dessen liegen, was in Deutschland als Breitbandgrundversorgung angesehen wird.

### 4.2.3 Wettbewerbsverzerrungen durch kommunales Engagement

**1260.** Sind kommunale Unternehmen in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen tätig, etwa in der Energieversorgung, der Wärmeversorgung oder der Wasserversorgung, gibt es die Möglichkeit, Kosten aus Wettbewerbsbereichen, hier der Telekommunikation, in Monopolbereiche, wie die Wasser-, Fernwärme- und Energieversorgung zu verlagern. Da kommunale Unternehmen oftmals Eigentümer der kommunalen Infra-

112 Vgl u.a. Nutzung von Synergieeffekten beim Breitbandausbau, Empfehlungen zum NGA-Ausbau, Runder-Tisch-Breitband Schleswig Holstein, Februar 2012, S. 3.

113 Vgl. Publicus – Der Online-Spiegel für das öffentliche Recht, http://www.publicus-boorberg.de/sixcms/detail.php?template=pub_artikel&id=boorberg01.c.243241.de, Abruf am 17. Juni 2014.

114 Allein das Land Bayern fördert die Breitbandversorgung in ländlichen Räumen mit über 1,5 Mrd. EUR. Ähnliche Beihilfen, wenn auch in einem geringeren finanziellen Rahmen, gibt es in vielen anderen Bundesländern. Auch auf der Bundesebene gibt es Programme wie die Breitbandförderung im ländlichen Raum im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (GAK) und Förderung von Breitbandanschlüssen für Gewerbebetriebe im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRW), Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi), Möglichkeiten der Breitbandförderung – Ein Leitfaden, Berlin, Dezember 2012.

115 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 61, a. a. O., Tz. 118 ff.

strukturen sind, kann z. B. die Durchführung der Tiefbauarbeiten bei Neuverlegung oder bei der Wartung der bestehenden Infrastrukturen gleichzeitig dazu genutzt werden, um Leerrohre und/oder Glasfasernetze mitzuverlegen. Eine wettbewerbsverzerrende und gegebenenfalls unzulässige Quersubventionierung liegt dann vor, wenn die Kosten der Tiefbauarbeiten nicht anteilig oder in einem unzureichenden Ausmaß den Telekommunikationsdiensten zugerechnet werden.

**1261.** Die Frage, wann eine Quersubventionierung vorliegt und ob diese gegebenenfalls gegen geltendes Recht, etwa die Beihilfevorschriften des europäischen Rechts verstößt, ist eine Frage der Einzelfallprüfung.[116] Zu vermeiden sind wettbewerbswidrige Quersubventionierungen innerhalb kommunaler Unternehmen oder kommunaler Konzerne durch eine strikte Anwendung einer getrennten Rechnungs- bzw. Buchführung („separate accounting"). Eine streng nach Unternehmen sowie Geschäftsbereichen getrennte Rechnungsführung ist auch die Voraussetzung für eine beihilferechtliche Prüfung, etwa im Rahmen des Market Economy Investor Principle-(MEIP)Tests.[117] Dieser Test dient der Prüfung der Marktangemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung einer von dem öffentlichen Unternehmen getätigten Transaktion.

**1262.** Weniger relevant ist das Problem der Quersubventionierung, wenn die Mitverlegung von Lehrrohren oder Breitbandkabeln für andere Unternehmen erfolgt. Gemäß § 77 b TKG sind Unternehmen und juristische Personen des öffentlichen Rechts, die über Einrichtungen verfügen, die zum Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation genutzt werden können, verpflichtet, Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf schriftliche Anfrage ein Angebot zur Mitnutzung dieser Einrichtungen gegen ein angemessenes Entgelt zu unterbreiten. Die Bundesnetzagentur hat in der Folge Maßstäbe für die Aufschlüsselung der nicht direkt zurechenbaren (Grabungs-)Kosten entwickelt.[118] Dabei werden drei Mitverlegungsmodelle unterschieden: (i) die Mitverlegung durch Stromnetzbetreiber im Auftrag des TK-Unternehmens, (ii) die Mitverlegung und Vermarktung der Infrastruktur als Nebengeschäft des Stromnetzbetreibers sowie (iii) die Mitverlegung auf Rechnung des Stromnetzbetreibers. Die Mitverlegung als Nebengeschäft ist an bestimmte Bedingungen geknüpft. Nicht gänzlich unproblematisch ist nach Auffassung der Monopolkommission, dass nicht direkt zurechenbare Kosten der Mitverlegung als Nebengeschäft unter bestimmten Voraussetzungen in die Kalkulation der Stromnetzentgelte einfließen, soweit Breitbandkabel als Netzanlagen des (Energie-)Verteilungsbetriebs anzusehen sind.[119] Die Stromendkunden zahlen auf diese Weise einen Aufschlag, der später in Form niedrigerer Entgelte zurückgezahlt wird, wenn der Netzbetreiber das Breitbandkabel vermarktet. Eine Quersubventionierung der TK-Netze der Energieversorgungsunternehmen lässt sich auf diese Weise nicht vollständig vermeiden.[120]

### 4.2.4 Folgerungen

**1263.** Die Monopolkommission hat sich bereits im Jahr 1996, als die Diskussion um die grundlegende Neugestaltung des nationalen Ordnungsrahmens für die Telekommunikation begann, mit der – aus damaliger Sicht möglichen – Rolle der Kommunen bzw. kommunaler Unternehmen in der Telekommunikation befasst.[121] Sie vertrat die Auffassung, dass ein solches Engagement aus ordnungspolitischer Sicht zweifelhaft sei, weil die Privatisierung als Ziel der damaligen Post- und Telekommunikationsreform mit dem Einstieg

116 Koenig, C./Busch, M., Quersubventionierung innerhalb von Konzernen – EU-beihilferechtliche Grenzen, in: Das Gewerbearchiv, 5/2011, S. 181 ff.
117 Vgl. ebenda, S. 184.
118 Vgl. BNetzA, Leitfaden für Unternehmen in eigener Zuständigkeit zur Berücksichtigung der Mitverlegung von Glasfaserkabeln oder Leerrohren für den Telekommunikationsbreitbandbetrieb im Rahmen notwendiger Verlegungen von Stromleitungen, Bonn, 2012.
119 Vgl. ebenda, S. 5.
120 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 61, a. a. O., Tz. 149.
121 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 24, Telekommunikation 1996: Die Telekommunikation im Wettbewerb, Baden-Baden 1996, Tz. 41 ff.

von kommunalen Unternehmen faktisch unterlaufen werde.[122] Aus damaliger Sicht bestand die Gefahr von Interessenkonflikten und daraus resultierender Wettbewerbsverzerrungen, wenn die Kommunen einerseits mit eigenen Unternehmen tätig sind und andererseits über Wegerechte und Planungshoheiten verfügen, die für den Aufbau von TK-Netzen von Bedeutung sind.

**1264.** Aus heutiger Sicht ist festzustellen, dass die kommunalen Unternehmen nicht – wie zunächst befürchtet – für regionale Netzmonopole gesorgt haben, sondern eher für einen Infrastrukturwettbewerb stehen. Mit ihrem Schwerpunkt auf dem Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen sind sie im Hinblick auf das Erreichen der Breitbandziele auf der nationalen und europäischen Ebene ein wichtiger Player. Gleichwohl ist darauf zu achten, dass Wettbewerbsverzerrungen auf den Telekommunikationsmärkten als Folge zunehmenden kommunalen Engagements vermieden werden. Im Sinne der Subsidiarität sollte kommunales Engagement auch im Bereich der Telekommunikation dort seine Grenzen haben, wo diese Leistungen durch private Unternehmen zur Verfügung gestellt werden können.

**1265.** Weitgehend unproblematisch ist es, wenn sich kommunale Unternehmen auf den Bau und den Betrieb passiver Netzinfrastrukturen beschränken. Für den Fall, dass sie als integrierte Netzbetreiber und Dienstean-bieter auftreten, sollten ihre Netze obligatorisch für den entgeltlichen Zugang durch Dritte („open access") geöffnet sein. Nach Ansicht der Monopolkommission ist zudem zwingend erforderlich, dass Versorgungsunternehmen ihre Aktivitäten im Bereich der Telekommunikation in einem separaten Unternehmen oder in einem separaten Geschäftsbereich organisieren. Zu vermeiden sind wettbewerbswidrige Quersubventionierungen innerhalb kommunaler Unternehmen oder kommunaler Konzerne durch eine strikte Anwendung der Separate-Accounting-Regeln.

## 4.3 Energiesektor

**1266.** In der Energiewirtschaft ist seit einigen Jahren ein deutlicher Zuwachs kommunaler Tätigkeiten zu beobachten. Entsprechend hat sich der Anteil der Umsatzerlöse kommunaler Energieunternehmen am Bruttoinlandsprodukt von 2000 bis 2011 mehr als verdoppelt (vgl. Abbildung V.3 sowie Tz. 1124.). Dieser Trend zur (Re-)Kommunalisierung im Energiesektor wird vielfach auch in der Öffentlichkeit thematisiert, da große Rückkäufe wie in Hamburg öffentlich stark wahrgenommen und intensiv diskutiert werden. Die Monopolkommission hat sich mit diesem Thema daher bereits in ihren letzten Energie-Sondergutachten befasst und diesbezügliche Empfehlungen abgegeben,[123] die auf Grundlage der vorliegenden Analyse erneuert werden.

**1267.** Befördert wird der Rekommunalisierungstrend dadurch, dass derzeit – d. h. in den letzten und kommenden Jahren – eine Vielzahl von Konzessionen für den Netzbetrieb ausgelaufen ist bzw. ausläuft und neu vergeben werden muss. Dadurch ergeben sich für Kommunen vielfach Gelegenheiten, ehemals privatisierte Bereiche wieder in die eigene Verantwortung zu überführen. Die Entwicklungen werden häufig durch Initiativen von Bürgern verstärkt, die sich für eine Übernahme der Energieversorgung durch die öffentliche Hand einsetzen.

### 4.3.1 Keine überzeugenden Gründe für die (Re-)Kommunalisierung im Energiesektor

**1268.** Als Motive für das erhöhte Engagement der Kommunen in der Energieversorgung werden neben den in den Abschnitten 1.2 und 2.2 diskutierten Gründen insbesondere energie- und umweltpolitische Erwägungen angeführt. Häufig verfolgen Kommunen explizit das Ziel, mehr Einfluss auf das Energieangebot und die Bereitstellung bestimmter Energiearten zu nehmen.[124] Die Monopolkommission hat bereits früher

122 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 24, a. a. O., Tz. 44.

123 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Baden-Baden 2011, Abschnitt 2.2.; Sondergutachten 65, Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Baden-Baden 2013, Abschnitt 4.4.2.

124 Vgl. Institut für den öffentlichen Sektor e. V., Rekommunalisierung in der Energieversorgung, Public Governance -

analysiert, welche konkreten Handlungsmöglichkeiten sich für die Kommunen in Bezug auf diese Zielsetzungen ergeben.[125] Bezüglich der fiskalischen Interessen stellt besonders die Aussicht auf langfristige, gesicherte Einnahmen, z. B. in Form von Netzentgelten, ein wichtiges Motiv für die Ausweitung kommunaler Tätigkeiten im Energiesektor dar.

**1269.** Kommunale Unternehmen sind in der Energiebranche auf den Wertschöpfungsstufen Endkundenmarkt, Netz- sowie Erzeugerebene tätig. Und auch die derzeit beobachtbare Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit betrifft alle drei Stufen; in einigen Fällen werden lediglich Teile der Wertschöpfungskette, in anderen Fällen die gesamte Wertschöpfungskette von der Energieerzeugung über den Vertrieb und den Netzbetrieb rekommunalisiert. Dabei gründen Kommunen neue Stadtwerke, kaufen Anteile an bestehenden Stadtwerken zurück oder erwerben Konzessionen für den Netzbetrieb (vgl. Tz. 1124.). Konkrete Motive für die Ausweitung der Tätigkeiten und die tatsächlichen Möglichkeiten zur Erreichung der verfolgten Ziele unterscheiden sich dabei je nach Wertschöpfungsstufe. Entsprechend sind diese Motive und die bestehenden Handlungsmöglichkeiten zur Zielverfolgung für jede Stufe separat zu bewerten.

**1270.** Die Endkundenmärkte für Strom und Gas sind nach Ansicht der Monopolkommission vergleichsweise wettbewerblich und dynamisch. Grundsätzlich sieht die Monopolkommission die Betätigung der öffentlichen Hand im Wettbewerb mit privaten Unternehmen sehr kritisch (vgl. Tz. 1156.). Zudem haben die von der Monopolkommission durchgeführten empirischen Untersuchungen gezeigt, dass kommunale Stromanbieter auf dem Markt für Sondervertragskunden tendenziell nicht unter den günstigsten Tarifen zu finden sind.[126] Daher sieht die Monopolkommission keine überzeugenden Gründe für die wirtschaftliche Tätigkeit von Kommunen auf dieser Marktstufe.

**1271.** Zwar liegt im Bereich der Energienetze als natürliche Monopole Marktversagen vor, jedoch wird dieses bereits durch die von der Bundesnetzagentur bzw. den Landesregulierungsbehörden ausgeübte Regulierung adressiert. Für die Regulierung ist die Eigentümerstruktur der Netzbetreiber nicht relevant. Da die Regulierung vergleichsweise effektiv ist und schwer fixierbare Qualitätskriterien keine Rolle spielen, ist in diesem Bereich keine Überlegenheit kommunaler gegenüber privater Tätigkeit, sondern eher das Gegenteil zu erwarten (vgl. Abschnitt 2.2.1).

Auf der Netzebene erhoffen sich Kommunen im Zuge eines (Rück-)Erwerbs ihres Gas- und/oder Stromnetzes sowohl eine Einflussnahme auf die Preisgestaltung als auch die Umsetzung umwelt- und ressourcenpolitischer Ziele.[127] Jedoch unterliegen die Entgelte für den Netzzugang der Regulierung durch die Bundesnetzagentur oder Landesregulierungsbehörden, sodass die Preissetzungsspielräume des Netzbetreibers sehr gering sind. Durch die Begrenzung der zentralen Einnahmequelle eines Netzbetreibers sind die wirtschaftlichen Spielräume des Betriebs von Energieversorgungsnetzen stark eingeschränkt. Da der Kaufpreis eines Energienetzes den sich ergebenden, kaum zu beeinflussenden Einnahmestrom widerspiegelt, können fiskalische Ziele nicht geeignet durch einen Kauf eines solchen Netzes durch eine Kommune realisiert werden. Zudem hat die Monopolkommission in Abschnitt 2.2 ausführlich dargestellt, dass sie fiskalische Ziele als Motivation für Rekommunalisierungsbestrebungen insbesondere aus Gründen der Ineffizienz und der mangelnden Transparenz generell sehr kritisch beurteilt (vgl. Tz. 1173.).

**1272.** Auch lassen sich mit dem Rückkauf von Energienetzen keine umwelt- und ressourcenpolitischen Interessen effektiv verfolgen. So sind Möglichkeiten zum Reduzieren von Emissionen – was besonders häufig als Ziel vorgebracht wird – für den Netzbetreiber grundsätzlich bestenfalls sehr gering. Zwar führen niedrigere Übertragungsverluste in den Netzen zu einem sinkenden Bedarf an erzeugter Energie und damit niedrigeren $CO_2$-Emissionen, sodass Netzinvestitionen gewisse Emissionseinsparungen ermöglichen können.

Zeitschrift für öffentliches Management, 2011, S. 8 ff.

125 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O. Tz. 48 ff.

126 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O. Abschnitt 6.4.3.

127 Vgl. etwa Unser Netz Hamburg, http://unser-netz-hamburg.de/10-gute-gruende/, Abruf am 11. Juni 2014.

Jedoch sind diese Potenziale sehr klein. Außerdem unterliegen $CO_2$-Emissionen dem europäischen Emissionshandelssystem, sodass die gesamte Emissionsmenge europaweit festgelegt ist. Wenn die Gesamtmenge der $CO_2$-Zertifikate auch für den Emissionsausstoß verwendet wird, bewirkt eine geringere Stromerzeugung aus Braun- oder Steinkohle de facto keine $CO_2$-Einsparung, da eingesparte $CO_2$-Mengen an anderer Stelle emittiert werden. Deshalb wird die gesamte Emissionsmenge nicht um die tatsächlichen Einsparungen reduziert werden.[128]

Der dargestellte Konflikt zwischen den fixierten Zielen des europäischen Emissionshandels und zusätzlicher lokaler Förderanstrengungen wird bereits seit einiger Zeit diskutiert.[129] Durch die jüngsten Änderungen am EEG und die hier mit einem Ausbaukorridor versehenen jährlichen Mengenzubauziele für Onshore-Windkraft, Photovoltaik und (in etwas abgewandelter Form) für Biomasse zeigt sich ein vergleichbares Problem nun jedoch auch innerhalb Deutschlands.[130] Ein kommunal angeschobener zusätzlicher Ausbau kann bei einer Überschreitung der Ziele zu einer geringeren Förderung führen. Dadurch wird der Ausbau des jeweiligen Energieträgers in ganz Deutschland jedoch wieder gebremst.

**1273.** Zudem können die sehr begrenzten Möglichkeiten zur Emissionsreduzierung und andere vorhandene Spielräume zur Realisierung umwelt- und ressourcenpolitischer Ziele durch die Kommune bspw. auch durch Vorgaben und Förderprogramme für private Betreiber ausgeschöpft werden, ohne dass ein Erwerb des Netzes erforderlich ist. Auch kann der Ausbau von Anlagen zur Erzeugung aus erneuerbaren Energien durch den Netzbetreiber kaum nachhaltig gefördert werden. Der Netzbetreiber hat keinen Einfluss darauf, aus welcher Quelle oder von welchem Anbieter der Strom stammt, der durch sein Netz fließt. Und auch ein privater Netzbetreiber ist gemäß § 5 Abs. 1 EEG verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien unverzüglich vorrangig ans Netz anzuschließen. So kann eine Kommune Strom aus erneuerbaren Energiequellen bei der Einspeisung ins Netz nicht anders behandeln, als dies ein privater Netzbetreiber ohnehin tut.

**1274.** Zur Verfolgung umwelt- und ressourcenpolitischer Ziele sind Kommunen vor dem dargestellten Hintergrund auch auf der Erzeugerstufe aktiv. Dabei wird insbesondere eine Reduktion von $CO_2$-Emissionen angestrebt. Dies soll durch vermehrte Investitionen in Stromerzeugungsanlagen auf Basis erneuerbarer Energien erreicht werden. Allerdings ist der Bau solcher Anlagen aufgrund von Subventionszahlungen und des Einspeisevorrangs des Stroms aus erneuerbaren Energien auch für private Akteure ein interessantes Investitionsfeld, sodass der Markt stetig wächst und sehr dynamisch ist. Kommunen können und müssen hier keine Vorreiterrolle übernehmen. Außerdem werden $CO_2$-Emissionen aufgrund des europäischen Emissionshandelssystems durch einen Ausbau erneuerbarer Energien wie dargestellt nicht nachhaltig reduziert. Klimapolitisch bleibt ein vermehrter Ausbau erneuerbarer Energien insoweit folgenlos.

Teilweise wird als wettbewerbspolitischer Vorteil der Rekommunalisierung in der Energieversorgung deren wettbewerbsbelebende Wirkung auf dem Erzeugermarkt angeführt. So könne die dominante Stellung der großen Energieunternehmen aufgeweicht werden. Allerdings hält es die Monopolkommission für sehr fraglich, dass kommunale Akteure besser als private geeignet sind, durch Kraftwerkszukäufe und den Bau neuer Kraftwerke mittels hoher Investitionen bedeutende Wettbewerbsakzente zu setzen. Zudem wurde in Abschnitt 2.2 deutlich dargelegt, dass sich die öffentliche Hand prinzipiell nicht in Wettbewerb mit privaten Unternehmen begeben sollte.

128 Vgl. Monopolkommission, 54. Sondergutachten, Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Baden-Baden 2009, Tz. 62 ff., 102; 59. Sondergutachten, Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Baden-Baden 2011, Tz. 534 ff., Monopolkommission, 65. Sondergutachten, Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Baden-Baden 2013, Tz. 193 ff.

129 Die Monopolkommission hat in ihrem Energiegutachten auch verschiedene Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt, Vgl. Monopolkommission, 65. Sondergutachten, Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Baden-Baden 2013, Tz. 197.

130 Vgl. zu den jüngsten Anpassungen des EEG: Kapitel 1, Abschnitt 2, Tz. 67. ff.

**1275.** Insgesamt zeigt die Betrachtung der Wertschöpfungsstufen des Energiesektors, auf denen der Trend zur Rekommunalisierung zu beobachten ist, dass hier allenfalls schwache Argumente für kommunale Wirtschaftstätigkeit bestehen. Da Gestaltungsmöglichkeiten für die Kommunen auf den Märkten für leitungsgebundene Energien sehr viel kleiner sind, als oftmals impliziert, lassen sich durch die Rekommunalisierung umweltpolitische Interessen nicht effektiv und effizient verfolgen. Auch kann die öffentliche Hand die Rahmenbedingungen so setzen, dass private Akteure bestimmte Anforderungen z. B. hinsichtlich der Sicherheit, Qualität und Umwelteffekte, erfüllen. Im Ergebnis liegen im Energiebereich keine besonderen Gegebenheiten vor, die eine unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand insbesondere im Wettbewerb zu privaten Unternehmen ökonomisch rechtfertigen könnten (vgl. Abschnitt 2.2). Entsprechend sieht die Monopolkommission keine überzeugenden Gründe für die Ausweitung des energiewirtschaftlichen Engagements der Kommunen.

### 4.3.2 Wettbewerblichere Gestaltung der Konzessionsvergabe notwendig

**1276.** Der zu beobachtende Rekommunalisierungstrend wird derzeit dadurch verstärkt, dass viele Konzessionen für den Netzbetrieb auslaufen und neu vergeben werden müssen. Bei der Vergabe des Netzbetriebs sind zwei Schritte zu unterscheiden. In einem ersten Schritt vergibt die Gemeinde das Wegenutzungsrecht gemäß § 46 EnWG nach dem Auslaufen oder der vorzeitigen Beendigung des alten Konzessionsvertrags neu.[131] Gemeinde und Unternehmen schließen einen Wegenutzungsvertrag, in dem das Wegenutzungsrecht und die Höhe der Konzessionsabgaben als Gegenleistung vereinbart werden. Bei der Auswahl des Unternehmens, das die Konzession erhalten soll, ist die Gemeinde den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Dies bedeutet, dass eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, anzustreben ist. Das Energieversorgungsunternehmen, das den neuen Vertrag über das Wegenutzungsrecht erhält, kann mit dem bisherigen Konzessionsinhaber identisch oder ein anderes Unternehmen sein. Wird das Wegenutzungsrecht an ein neues Unternehmen übertragen, folgt in einem zweiten Schritt die Überlassung der für den Betrieb der Netze und der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen vom Altkonzessionär auf den neuen Wegenutzungsberechtigten (vgl. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG). Hierfür muss der Berechtigte dem Altkonzessionär eine wirtschaftlich angemessene Vergütung zahlen.

**1277.** Konzessionsverträge unterliegen zwar nicht dem GWB-Vergaberecht, da sie keine öffentlichen Aufträge über die Beschaffung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen im Sinne von § 99 GWB zum Gegenstand haben. Allerdings finden die aus dem europäischen Primärrecht resultierenden Vergabeprinzipien Anwendung, die zur Bekanntgabe der anstehenden Vergabe und zur transparenten und nicht diskriminierenden Durchführung verpflichten. Zudem haben die deutschen Kartellbehörden in den letzten Jahren auf anderem Weg als über das GWB-Vergaberecht den kommunalen Auswahlprozess überprüft. Sowohl das Bundeskartellamt als auch einige Landeskartellbehörden haben die Bestimmungen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf die Vergabe von Wegenutzungsrechten durch Kommunen angewendet.[132] Außerdem haben zwei Grundsatzurteile des BGH aus dem Dezember des letzen Jahres klar-

131 Gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Die Laufzeit eines solchen Wegenutzungsvertrags ist gemäß § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG auf 20 Jahre befristet. Die Gemeinden sind nach § 46 Abs. 3 S. 1, 2 EnWG verpflichtet, spätestens zwei Jahre vor Ablauf des alten Konzessionsvertrags das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger, bei einer Kundenzahl von mehr als 100.000 auch im Amtsblatt der Europäischen Union, bekannt zu machen. Im Gegenzug zur Einräumung des Wegenutzungsrechts erhalten die Kommunen entsprechend dem Wegenutzungsvertrag eine Konzessionsabgabe gemäß § 48 EnWG, deren Zulässigkeit und Bemessung von der Konzessionsabgabenverordnung vorgegeben wird.

132 Vgl. BKartA, Beschluss vom 18. Oktober 2011, B10-6/11; Beschluss vom 21. November 2011, B10-17/11; Beschluss vom 21. Juni 2012, B10-16/11.

gestellt, dass Kommunen wettbewerbliche Prinzipien bei der Vergabe zu berücksichtigen haben.[133] Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden demnach gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB a.F.) und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Sie könnten sich in diesem Zusammenhang weder auf ein „Konzernprivileg" noch auf die Grundsätze des im Vergaberecht anerkannten „In-house-Geschäfts" berufen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, welche die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden. Genügt die Konzessionsvergabe diesen Verpflichtungen nicht, liegt nach diesen Urteilen des BGH eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind. Konzessionsverträge, mit deren Abschluss die Gemeinde andere Bewerber unbillig behindert, sind danach gemäß § 134 BGB grundsätzlich nichtig. Die Übertragung des Netzbetriebs auf einen Eigenbetrieb ist somit unwirksam, wenn ein entsprechender Konzessionsvertrag wegen unbilliger Behinderung von Unternehmen, die sich um die Konzession bewerben, nichtig wäre.

**1278.** Auch wenn nicht zuletzt die Entscheidungen der Gerichte mittlerweile in vielen Hinsichten Richtlinien für das Vorgehen der Gemeinde geben, erscheint die Rechtslage zu Konzessionsverfahren mangels konkreter Regelungen in Vielem weiterhin unklar. Entsprechend ist ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht immer gewährleistet. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn das Wegenutzungsrecht auf einen kommunalen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft übertragen wird (vgl. § 46 Abs. 4 EnWG). Auch um die Konzessionsverfahren rechtssicher zu machen, ist nach Auffassung der Monopolkommission eine verbesserte Ausgestaltung des Auswahlprozesses seitens der Gemeinden vielfach notwendig. Insbesondere ist eine Bevorzugung kommunaler Betriebe zu vermeiden.

**1279.** Die Gewährleistung eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens durch die öffentliche Hand ist grundsätzlich zentrale Aufgabe des Vergaberechts. Die Monopolkommission hat den Gesetzgeber diesbezüglich bereits früher aufgefordert, die Aufnahme von Konzessionen zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen in den Anwendungsbereich des förmlichen Vergabeverfahrens gemäß §§ 97 ff. GWB zu prüfen.[134] Dabei ist entsprechend der Regelung in § 46 Abs. 4 EnWG sicherzustellen, dass das förmliche Vergabeverfahren um Netzkonzessionen auch auf kommunale Eigenbetriebe und Eigengesellschaften anwendbar ist. Mit einer Einbeziehung von Netzkonzessionen in das förmliche Vergaberecht könnte ein Signal gesetzt und die Bedeutung eines wettbewerblichen Verfahrens betont werden. Dies könnte dazu beitragen, das Bewusstsein der Kommunen für die Bedeutung eines diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens zu schärfen.

Unabhängig davon, ob Transparenz und Diskriminierungsfreiheit beim Auswahlverfahren der Kommunen anhand der Vorschriften der Missbrauchskontrolle oder (künftig) mit den Bestimmungen des förmlichen Vergaberechts kontrolliert werden, stellt sich die Frage, welche Auswahlkriterien hierbei maßgebend sein sollen.[135] Der Monopolkommission erscheint es diesbezüglich weiterhin notwendig, möglichst eindeutige, aussagekräftige und transparente Auswahlkriterien aufzustellen. Diese müssen sich einerseits an den Zielen des § 1 EnWG orientieren, andererseits für die Kommunen möglichst einfach zu beachten und für alle Be-

133 BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12 und KZR 65/12 - Stromnetze Heiligenhafen und Berkenthin. Weitere vergaberechtliche Vorgaben folgen aus dem bis April 2016 umzusetzenden Vergabereformpaket; vgl. Sektoren-Richtlinie (wie Fn. 359 in Kapitel I dieses Gutachtens) und die Konzessions-Richtlinie (wie Fn. 361 in Kapitel I dieses Gutachtens).

134 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 29 ff.; XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 649 ff., Sondergutachten 65, a. a. O., Abschnitt 4.4.2.

135 Anhaltspunkte für eine sachgerechte und rechtmäßige Abwägung verschiedener Kriterien im Rahmen eines rechtmäßigen Verfahrens gibt auch der „Gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers" vom 15. Dezember 2010.

teiligten leicht nachvollziehbar sein.[136] Die Monopolkommission erneuert daher ihren Vorschlag, als wesentlichen Wettbewerbsparameter die Höhe des angebotenen Abschlages vom Netznutzungsentgelt bzw. der jährlichen Erlösobergrenze zu berücksichtigen. Eine entsprechende Bestimmung ist in § 46 EnWG aufzunehmen. Hiernach sollte grundsätzlich der Anbieter mit dem höchsten Abschlag den Zuschlag erhalten. Der Abschlag vom Netznutzungsentgelt ist leicht feststellbar, einfach zu vergleichen, gut nachvollziehbar und kann dazu beitragen, den Auswahlprozess und die Auswahlentscheidung erheblich zu vereinfachen. Wenn die Kommune von diesem Prinzip abweichen will, hat sie dies ausdrücklich zu begründen.

## 5 Aktuelle Probleme in der Entsorgungswirtschaft

**1280.** In der Abfallwirtschaft steht die Rollenverteilung der kommunalen und privaten Unternehmen derzeit in verschiedenen Bereichen in der Diskussion. Die Abfallwirtschaft umfasst alle Tätigkeiten und Aufgaben, die mit dem Vermeiden, Verringern, Verwerten und Beseitigen von Abfällen zusammenhängen. Die Abfallentsorgung bildet dabei den zentralen Teil der Abfallwirtschaft.[137] Die primäre Zielsetzung der politischen Rahmenbedingungen ist es, die Möglichkeiten der Vermeidung und Verwertung von Abfällen auszuschöpfen.

### 5.1 Der gegenwärtige Ordnungsrahmen in Deutschland

**1281.** Der Ordnungsrahmen der Entsorgungswirtschaft wird durch das 2012 novellierte Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) normiert.[138] Die explizite Einbettung der Abfallentsorgung in eine nachhaltige Kreislaufwirtschaft wurde mit dem 1996 in Kraft getretenen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) etabliert und befindet sich seitdem in deutlichem und kontinuierlichem Wandel. Nach § 1 des KrWG ist der Zweck des Gesetzes die Förderung der Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen und die Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen.

**1282.** Gewerbliche Erzeuger und Besitzer von Abfällen sind gemäß Verursacherprinzip (§ 7 Abs. 2 KrWG) grundsätzlich selbst für die Entsorgung ihrer Abfälle verantwortlich und können ihren Entsorger frei wählen.[139] Bei Abfällen von Privathaushalten tragen indes zunächst die Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger mit der Begründung der Daseinsvorsorge die Verantwortung für die Entsorgung (§§ 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 KrWG). Hintergrund dieser dualen Systematik für Haus- und Gewerbemüll ist die Annahme, dass privaten Haushalten besondere Sachkenntnisse und technische Vorkehrungen für eine umweltgerechte Entsorgung fehlen. Private Haushalte müssen ihren Hausmüll einschließlich seiner verwertbaren Bestandteile – wie z. B. Altpapier, Alttextilien, Elektronikschrott und Altmetalle – grundsätzlich den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern überlassen. Gemäß dieser Überlassungspflicht gilt ein Anschluss- und Benutzungszwang. Jedoch existieren grundsätzlich Ausnahmen hiervon, bspw. bei Abfallverwertung auf dem eigenen Grundstück durch Eigenkompostierung.

136 Der Aufbau auf Verfahrens- und Dokumentmustern, Best-Practices etc. sowie auf institutionenübergreifenden Erfahrungen und Lerneffekten kann entstehende Transaktionskosten erheblich minimieren. Vgl. hierzu Kapitel I, „Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe“, Abschnitt 3.3.4 sowie bereits Monopolkommission, Sondergutachten 60, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Baden-Baden 2013, Tz. 279 f. sowie Sondergutachten 64, Bahn 2013: Reform zügig umsetzen!, Baden-Baden 2013, Tz. 188 ff.

137 Abfallentsorgung beinhaltet bspw. das Einsammeln und Befördern von Abfällen durch Müllabfuhr, Recyclingverfahren zur Gewinnung von Sekundärrohstoffen, die Verbrennung in Müllverbrennungsanlagen zur Erzeugung von Energie oder die Ablagerung auf Mülldeponien.

138 Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen, Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts, BGBl. 2013 I Nr. 10 S. 212 vom 29. Februar 2012. Der grundlegende Rahmen wurde mit der 2012 vorgenommenen Novelle des vorherigen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG) aus dem Jahr 1994 beibehalten; der bisherige Titel jedoch abgelegt.

139 Eine Ausnahme vom Verursacherprinzip ergibt sich durch den Anschluss- und Benutzungszwang für Sonderabfälle, wo die Nutzung von Anlagen kommunaler Zweckverbände vorgeschrieben werden kann.

**1283.** Die Entsorgung von Abfällen der Privathaushalte sowie hausmüllähnlicher Abfälle als traditionelle Aufgabe der Kommunen ist insbesondere historisch bedingt. Ende des 19. Jahrhunderts wurde eine systematische Entsorgung von Haushaltsabfällen in den Großstädten notwendig. Diese Tätigkeiten waren damals eng an die kommunalen Bereiche der Stadtreinigung, -planung und Abwasserentsorgung angebunden. Für die Entsorgung des Hausmülls sind heute überwiegend die kreisfreien Städte und Landkreise zuständig, die sich in einigen Regionen zu Abfallzweckverbänden zusammengeschlossen haben. Jahrzehntelang erfolgte die Beseitigung der Abfälle vor allem auf kommunalen Deponien. Damit handelte es sich bei der Entsorgung primär um eine Logistikdienstleistung, die teilweise durch private, teilweise durch kommunale Unternehmen erbracht wurde. Schrott wurde dagegen bereits früher fast ausschließlich durch private Betriebe entsorgt. Mit dem Beginn der Mülltrennung insbesondere in den 1970er Jahren und der generellen Wandlung der Abfallwirtschaft durch zunehmende Fokussierung auf die Vermeidung und Verwertung von Abfällen hat sich die Struktur des Sektors grundlegend verändert. Seit 2005 dürfen Hausmülldeponien nur noch vorbehandelte Abfälle aufnehmen, bei denen organische Bestandteile nahezu völlig entfernt sind. Die Entsorgung als reine Transportdienstleistung existiert daher nicht mehr.

**1284.** Mit der 1991 in Kraft getretenen Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen (Verpackungsverordnung – VerpackV)[140] wurde die Wirtschaft verpflichtet, in Umlauf gebrachte Verpackungen nach Gebrauch zurückzunehmen und bei deren Entsorgung mitzuwirken (§6 Abs. 1 VerpackV). Ziel der Übertragung der Entsorgungskosten auf die Hersteller war es, diese Umweltaspekte bereits bei der Produktgestaltung sehr viel stärker zu berücksichtigen.

Mit der Produzentenverantwortung wurde das Verursacherprinzip ausgeweitet bzw. die Ausnahmen hiervon wurden begrenzt. Die alleinige Verantwortung der Kommunen für den privaten Hausmüll wurde in Bezug auf Verpackungsabfälle im Gegenzug eingeschränkt. Somit übernahmen erstmalig private Unternehmen die Produktverantwortung für Teile des Hausmülls. Inzwischen wurde die Produktverantwortung der Hersteller auf Haushaltsgeräte, Elektronik, Kraftfahrzeuge usw. ausgeweitet. Seit der Einführung des Systems wird der überwiegende Anteil der verbrauchten Verkaufsverpackungen im sogenannten Dualen System gesammelt und der Verwertung zugeführt.

**1285.** Ein Teilbereich der Abfallwirtschaft, in welchem traditionell private Entsorger tätig sind, ist die sogenannte gewerbliche Sammlung. Unter einer gewerblichen Sammlung versteht man eine von privaten Entsorgungsträgern durchgeführte Sammlung von Wertstoffen jeglicher Art, die i. d. R. entweder direkt bei den Haushalten oder durch das Aufstellen von Containern stattfindet und deren Zweck nach § 3 Abs. 18 S. 1 KrWG die Einnahmenerzielung ist. Diese Tätigkeiten konzentrieren sich vorwiegend auf gewinnbringende Stoffe wie Altpapier, Elektroschrott oder Altkleider. Die private Sammlung wird von den verschiedensten Akteuren wahrgenommen – die Bandbreite reicht vom überregional tätigen Großbetrieb bis zum „fahrenden Kleinhändler“. Typischerweise tritt der gewerbliche Sammler mit seinem Engagement in Konkurrenz zum örtlich ansässigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bzw. zu dem von diesem beauftragten Dritten. Insbesondere im Bereich der Altpapiersammlung besteht zudem eine Überschneidung mit dem Dualen System.

**1286.** Die Erfassung und Verwertung von Siedlungsmüll, das Duale System und die gewerbliche Sammlung bilden drei Kernbereiche der Entsorgungswirtschaft mit jeweils eigenen wettbewerblichen Rahmenbedingungen und unterschiedlichen Rollen der Kommunen und der Privatwirtschaft.

### 5.1.1 Entsorgung des Hausmülls

**1287.** Grundsätzlich besteht für private Haushalte gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG (bzw. § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG) die Pflicht, ihre Abfälle dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu überlassen. Diese

140 Ursprüngliche Fassung vom 12. Juni 1991, BGBl. 1991 I S. 1234, letzte Neufassung vom 21. August 1998, BGBl. 1998 I, S. 2379.

können die hoheitliche Aufgabe selbst erfüllen oder Unternehmen der Entsorgungswirtschaft als Erfüllungsgehilfen beauftragen. Die Ausschreibungsmodalitäten der Kommunen für die Beauftragung Dritter mit der Entsorgung der Haushaltsabfälle regelt das Vergaberecht (vgl. Abschnitt 2.1.3). Die Ausschreibungspflicht selbst hängt vor allem von der Kontrolle der Gebietskörperschaft über den Beauftragten ab. So sind Eigen- und Regiebetriebe (als nicht selbstständige Rechtssubjekte) Teil der Kommunalverwaltungen. Da der Leistungsaustausch innerhalb einer juristischen Einheit von den vergaberechtlichen Vorschriften nicht erfasst wird („Inhouse-Vergabe"), kann die Kommune in diesem Fall ohne eine vorherige Ausschreibung ihre Eigen- und Regiebetriebe mit der Aufgabenerfüllung, d. h. Sammlung, Transport, Behandlung, Verwertung und Beseitigung, betrauen.[141] Auch die Beauftragung rechtlich selbstständiger Unternehmen kann eine Inhouse-Vergabe sein, wenn zum einen die beauftragende öffentliche Stelle über dieses eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und zum anderen das Unternehmen nur einen geringen Teil seiner Leistungen für Dritte erbringt. Unklar war der Sachverhalt im Falle gemischtwirtschaftlicher Unternehmen. Hier entschied 2005 der EuGH, dass das Vergaberecht unabhängig von der Beteiligungshöhe eines privaten Partners anzuwenden sei.[142] Die bis zum 18. April 2016 vom deutschen Gesetzgeber umzusetzenden Vergaberichtlinien sehen insoweit eine Reihe von Klarstellungen vor.[143]

**1288.** Im Bereich der Entsorgung von Siedlungsabfällen und insbesondere Hausmüll[144] ist seit einigen Jahren ein deutlicher Anstieg der Betätigung kommunaler Unternehmen zu verzeichnen. Während der Umsatzanteil aller kommunalen Entsorger am BIP nur leicht gestiegen ist (vgl. Abbildung V.2), ist die Steigerung deren Anteil bei der kommunalen Restmüllerfassung[145] sehr deutlich. Diesbezüglich ergibt sich seit 2005 ein Anstieg des Anteils kommunaler Unternehmen von 37,4 Prozent auf 45 Prozent (vgl. Abbildung V.7). Kommunale Unternehmen sind dabei auf dicht besiedelte Gebiete konzentriert, während in Flächenkreisen fast ausschließlich private Unternehmen aktiv sind. Nach Angaben des Bundesverbands der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. liegt der Marktanteil der kommunalen Entsorgungsbetriebe in Städten mit mehr als 100.000 Einwohnern bei fast 80 Prozent.[146]

141 Dies gilt unter der Maßgabe, dass die Gesellschaft im Wesentlichen für die Kontrolle ausübende(n) Gebietskörperschaft(en) tätig wird.

142 EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, C-26/03, Rn. 49.

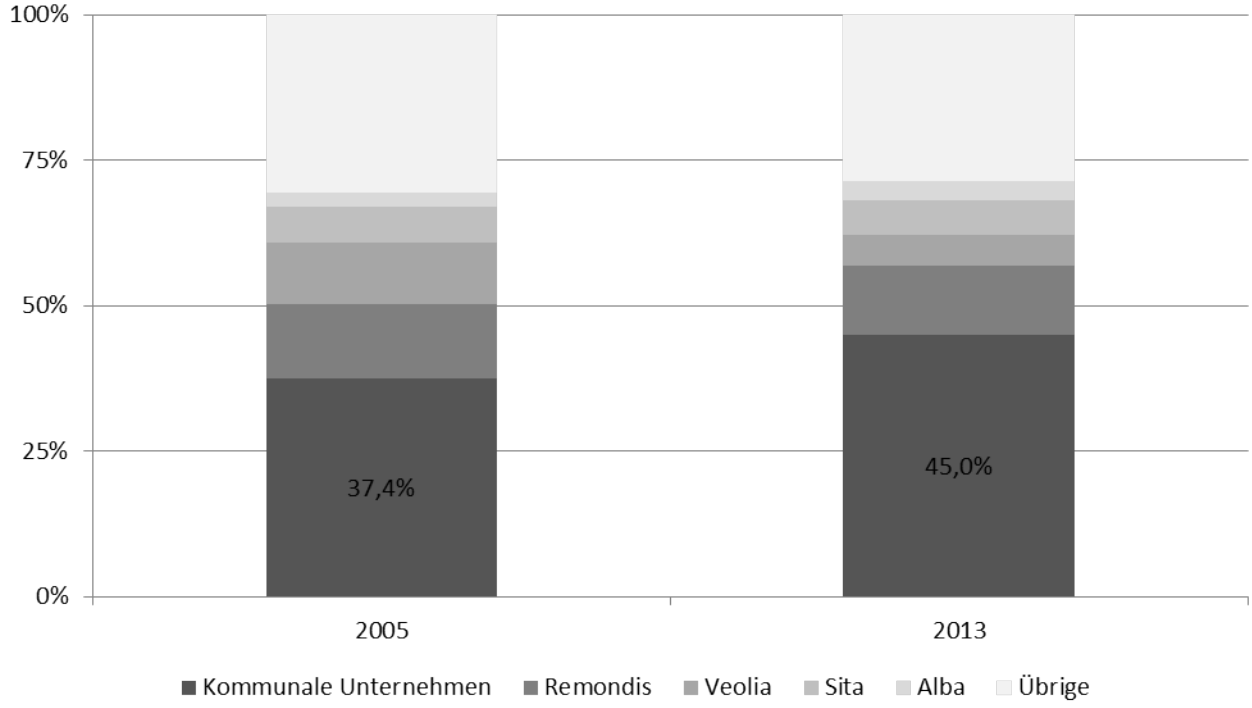
143 Vgl. Abschnitt 2.1.3.2 in diesem Kapitel.

144 Siedlungsabfälle werden typischerweise in Haushaltsabfälle und hausmüllähnliche Gewerbeabfälle sowie sonstige Siedlungsabfälle unterschieden. Zu Haushaltsabfällen gehören wiederum Hausmüll, Bio- und Grünabfälle, Leichtverpackungen, Sperrmüll und restlich gesammelte Fraktionen. Als Leichtverpackung wird diejenige Abfallfraktion bezeichnet, die im Rahmen des Dualen Systems bundesweit getrennt gesammelt wird. Daneben existieren zudem Abfälle aus Produktion und Gewerbe.

145 Als Restmüll werden die Abfälle bezeichnet, die keiner der getrennt zu sammelnden Abfallarten wie Altpapier, Bioabfall, Verpackungen, Gefahrstoffe etc. zugeordnet werden können.

146 Vgl. BDE, Pressemitteilung vom 19. Februar 2013.

**Abbildung V.7: Entwicklung der Anteile kommunaler und privater Unternehmen an der Restmüllerfassung**




Quelle: BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V.

### 5.1.2 Duales System

**1289.** Im Gegensatz zur Hausmüllentsorgung wird das duale System privatwirtschaftlich verantwortet. Die Systembetreiber realisieren jeweils bundesweit zugelassene duale Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV zur Sammlung und anschließenden Verwertung von Verpackungsabfällen.[147] Die Hersteller und Vertreiber, die Verkaufsverpackungen erstmals in den Verkehr bringen – die sogenannten Inverkehrbringer –, müssen sich nach § 6 Abs. 1 VerpackV an einem oder mehreren dualen Systemen beteiligen, soweit sie die Verpackungen nicht selbst zurücknehmen. Dazu beauftragen sie die Systembetreiber über Lizenz- bzw. Beteiligungsverträge gegen ein entsprechendes Entgelt mit der flächendeckenden Rücknahme und Verwertung der Verpackungen. Im Vertrag werden entsprechend die lizenzierten Mengen festgeschrieben. Die größten Kunden der Systembetreiber sind die großen Handelskonzerne.

Bis zum Jahr 2003 war mit dem privatwirtschaftlichen Anbieter Duales System Deutschland GmbH nur ein Systembetreiber tätig, der die Verpackungsentsorgung koordinierte. Ab dem Jahr 2000 wurden die Wett-

147 Üblicherweise wird zwischen einem und dem Dualen System unterschieden. Während das Duale System das Gesamtsystem der haushaltsnahen Verpackungsentsorgung meint, wird mit einem dualen System ein von einem Systembetreiber eingerichtetes Rücknahmesystem bezeichnet.

bewerbsbedingungen durch kartellbehördliche und gesetzgeberische Maßnahmen schrittweise verbessert.[148] So sind mittlerweile insgesamt zehn[149] Anbieter zugelassen.[150]

**1290.** Die Systembetreiber beauftragen für Sammlung, Transport, Sortierung und Verwertung der Verpackungsabfälle jeweils Entsorgungsunternehmen. Da die Sammlung der Verpackungsabfälle durch das Gebot der Flächendeckung einen Engpass darstellt, wird die Sammlung von den Systembetreibern zusammen organisiert.[151] Diese Beauftragung der Entsorgungsunternehmen erfolgt dabei gebietsweise im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung. Hierzu ist Deutschland in Vertragsgebiete aufgeteilt, welche üblicherweise den kommunalen Gebieten entsprechen. Für diese Vertragsgebiete können interessierte Entsorgungsunternehmen jeweils Angebote abgeben. Für jedes Gebiet übernimmt ein Systembetreiber die Ausschreibungsführerschaft. Die Ausschreibungsführerschaften werden unter den dualen Systemen verlost, wobei die Anteile der verlosten Gebiete über die lizenzierten Mengen bestimmt werden. Der Ausschreibungsführer trägt gleichzeitig die Hauptkostenverantwortung und trägt damit mindestens die Hälfte der dort anfallenden Erfassungskosten. Die verbleibenden Kosten werden über Mitbenutzungssysteme vergemeinschaftet.

Das in einer Ausschreibung erfolgreiche Entsorgungsunternehmen schließt mit dem Systembetreiber schließlich einen üblicherweise dreijährigen Vertrag über die Erfassung des Verpackungsabfalls im jeweiligen Gebiet – den sogenannten Erfassungsvertrag. In diesem Vertrag wird ein pauschaler Gebietspreis vereinbart. Die Erfassungssysteme sind in Abstimmung mit dem lokalen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger unterschiedlich gestaltet. Typischerweise werden die Verpackungen nach Abfallarten getrennt gesammelt, Leichtverpackungen und vergleichbare Abfälle in den Privathaushalten in der Gelben Tonne oder dem Gelben Sack, Altpapier über die Altpapiersammlung in einer blauen Tonne, Altglas in öffentlichen Containern und Tonnen. Die im Anschluss an die Erfassung durchgeführten Tätigkeiten der Sortierung und Verwertung werden durch die Systembetreiber individuell vergeben. Die Systembetreiber veräußern die sortierten oder aufbereiteten Verpackungen üblicherweise an Verwerter. Fünf der dualen Systeme sind Teil vertikal integrierter Entsorgungskonzerne. Sie managen einen Teil der Entsorgungsleistungen konzernintern bzw. mit verbundenen Unternehmen.

**1291.** Die Sammlung des Verpackungsabfalls im Rahmen des dualen Systems wird sowohl von privaten als auch von kommunalen Entsorgern durchgeführt. Die anschließende Sortierung erfolgt dagegen privatwirtschaftlich. Die Sortier- und Aufbereitungsanlagen in Deutschland haben mittlerweile einen sehr hohen technischen Automatisierungsgrad erreicht. Eine Sortierung per Hand spielt nur noch eine sehr untergeordnete Rolle. Für ein hochwertiges Recycling zur Aussortierung artengetrennter Kunststoffe ist eine Trenntechnik mit optischer Erkennung erforderlich, welches technisch seit 1999 möglich war, sich jedoch erst langsam durchgesetzt hat. Moderne Sortieranlagen mit hohem Automatisierungsgrad und Kunststoffartentrennung wurden ab 2005 in Betrieb genommen und sind mit Kapazitäten von teilweise über 100.000 Tonnen pro Jahr in der Lage, jeweils etwa fünf Prozent der bundesweiten Sammelmenge an Verpackungen zu sortieren. Andere Anlagen sind damit kaum noch wettbewerbsfähig.

**1292.** Über die Leistungsverträge mit Unternehmen der Kreislaufwirtschaft hinaus beauftragen die Systembetreiber freihändig die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Errichtung, Bereitstellung, Unterhaltung sowie Sauberhaltung von Flächen, auf denen Sammelgroßbehältnisse aufgestellt werden. Dafür

148 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, B4-62/12, Dezember 2012.

149 Durch die Fusion der Vfw GmbH mit der Redual GmbH mit jeweils eigenen dualen Systemen im Jahr 2012 werden die Systeme der Redual GmbH und der Vfw GmbH in der neu entstandenen Reclay Vfw GmbH organisatorisch voneinander getrennt als „Duales System Redual“ und „Duales System Vfw“ fortgeführt.

150 Die Zulassung muss in jedem einzelnen Bundesland bei der zuständigen Behörde erfolgen. Dazu muss ein System flächendeckend eingerichtet sein.

151 Die Rahmenbedingungen dieser Zusammenarbeit werden in vier Verträgen spezifiziert, siehe BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O., Anhang 4.

sowie für Abfallberatung für ihr jeweiliges System erhalten die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger Nebenentgelte gemäß § 6 Abs. 4 S. 8 VerpackV. Die Höhe dieser Entgelte wird zwischen den Systembetreibern und den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern vereinbart. Diese Kosten werden vollständig vergemeinschaftet.

**1293.** Die Anteile der von den Systembetreibern zu zahlenden Entgelte ergeben sich aus den Mengenanteilen der Systeme. Jeder Systembetreiber meldet regelmäßig seine lizenzierten Mengen, woraus von einem unabhängigen Wirtschaftsprüfer die Anteile der dualen Systeme bestimmt werden. Dieser errechnete Anteil entspricht dann dem Anteil der Gebietspreise, die der Systembetreiber zu zahlen hat. Auch ergibt sich aus diesem Anteil die für Sortierung und Verwertung verantwortete Abfallmenge sowie die Kostenumlage für die Nebenentgelte.

**1294.** Die Systembetreiber finanzieren sich über die Beteiligungs- und Markennutzungsentgelte, die auf Basis des Verpackungsmaterials und -gewichtes berechnet werden. Die Systembetreiber sind nach Anhang I Nr. 3 Abs. 3 VerpackV verpflichtet, durch einen Mengenstromnachweis mit Angabe der lizenzierten Mengen gegenüber der zuständigen Landesbehörde die Erfüllung ihrer Pflichten zu dokumentieren. Dazu sind Informationen über die ordnungsgemäße Sammlung, Sortierung und Verwertung der in Deutschland gesammelten und verwerteten Verkaufsverpackungen anzugeben. Dabei sind für die einzelnen Materialien jeweils gesetzliche Verwertungsquoten vorgegeben, die zu erfüllen sind.

### 5.1.3 Gewerbliche Sammlungen

**1295.** Die Rahmenbedingungen der gewerblichen Sammlungen wurden mit der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes grundlegend verändert. Im Falle einer gewerblichen (oder gemeinnützigen) Sammlung kann die Überlassungspflicht der privaten Haushalte nach §17 Abs. 2 Nr. 3 und 4 KrWG (bzw. § 13 Abs. 3 Nr. 2 und 3 KrW-/AbfG) teilweise entfallen. Im Rahmen des bis Mai 2012 gültigen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes genügte hierfür gemäß § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG ein Nachweis des privaten Entsorgers über die ordnungsgemäße und schadlose Verwertung des erfassten Abfalls, sofern der Sammlung kein – nicht näher definiertes – öffentliches Interesse entgegenstand. Mit der Einführung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes wurde dieser Begriff präzisiert. So steht der gewerblichen Sammlung nach §17 Abs. 3 S. 1 KrWG dann ein öffentliches Interesse entgegen, wenn die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers gefährdet ist. Dies ist gemäß § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG insbesondere anzunehmen, wenn bereits eine haushaltsnahe Sammlung durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (bzw. beauftragte Dritte) stattfindet, die Gebührenstabilität gefährdet ist oder eine diskriminierungsfreie und transparente Vergabe im Wettbewerb erheblich erschwert oder unterlaufen wird. Doch auch bei Bestehen eines öffentlichen Interesses kann die gewerbliche Sammlung nach § 17 Abs. 3 S. 4 KrWG unter Umständen noch zulässig sein – nämlich dann, wenn diese Sammlung wesentlich leistungsfähiger ist. Die dabei zugrunde zu legenden Kriterien umfassen gemäß §17 Abs. 3 S. 5 KrWG unter anderem Qualität und Effizienz sowie gemeinwohlorientierte Servicegerechtigkeit.

**1296.** Zusätzlich ging mit der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes eine generelle Anzeigepflicht für gewerbliche Sammlungen einher. Während bis Mai 2012 nach § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG nur ein Nachweis gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger über die ordnungsgemäße und schadlose Verwertung erbracht werden musste, welcher in der Praxis nicht immer eingefordert wurde, sieht § 18 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes mittlerweile eine deutlich umfangreichere Anzeige aller Sammlungen bei der vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger jedenfalls in dieser Sache i. d. R. unabhängigen Abfallbehörde vor. Die Entscheidung, welcher Behörde diese Zuständigkeit zugewiesen wird, obliegt den Ländern. Während sich einige Bundesländer für eine zentrale Ansiedelung bei der oberen Abfallbehörde entschieden haben, sind in Baden-Württemberg, Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-West-

falen und Rheinland-Pfalz die unteren Abfallbehörden für die Bearbeitung der Anzeigen verantwortlich.[152] Eine Anzeige ist gemäß § 18 Abs. 1 KrWG drei Monate vor der geplanten Sammlung einzureichen und muss nach § 18 Abs. 2 KrWG unter anderem Angaben zu Ausmaß und Dauer der Tätigkeit sowie der Verwertung der Abfälle beinhalten. Weiterhin muss dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gemäß § 18 Abs. 4 KrWG mit einer Frist von zwei Monaten die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben werden. Die zuständige Behörde kann die Sammlung nach § 18 Abs. 5 KrWG schließlich untersagen, an Bedingungen oder Auflagen binden sowie zeitlich befristen, wenn nach ihrer Einschätzung die gesetzlichen Voraussetzungen für eine gewerbliche Sammlung nicht gewährleistet sind. Dies gilt jedoch nur bedingt für bereits in der Vergangenheit durchgeführte Sammlungen. Diesen wird nach § 18 Abs. 7 KrWG ein gewisser Vertrauensschutz gewährt, sofern sie bislang die Funktionsfähigkeit insbesondere des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nicht gefährdet haben.

## 5.2 Probleme und Empfehlungen im Bereich Hausmüll

### 5.2.1 Die Doppelfunktion der Kommunen

**1297.** Insbesondere aus der Doppelfunktion der Kommunen als Marktteilnehmer und Abfallbehörde ergeben sich strukturelle Anreizwirkungen, welche sich in verschiedenen Aspekten zeigen. Die nachfolgend dargestellten Problemfelder stehen jedenfalls mit dieser wettbewerbspolitisch ungünstigen Konstellation in engem Zusammenhang.

**1298.** Durch die Produktverantwortung der Hersteller und die zunehmende Fokussierung auf die Verwertung statt Beseitigung kam es in den letzten Jahren zu einem Rückgang des kommunalen Siedlungsabfalls und insbesondere des Hausmülls. Von 1996 bis 2011 verringerte sich der von der öffentlichen Müllabfuhr entsorgte Hausmüll um ca. 30 Prozent.[153] Dadurch sank auch die Auslastung der Müllverbrennungsanlagen, welche größtenteils in kommunaler Hand sind.[154] Viele Studien gehen davon aus, dass sich dieser Trend fortsetzt.[155] Aufgrund der nicht ausgelasteten Verbrennungsanlagen kann und wird Abfall zur Verbrennung nach Deutschland netto importiert. Aufgrund der hohen fixen und nur geringen variablen Kosten des Betriebs einer Müllverbrennungsanlage kann der Wettbewerb unter den Anlagenbetreibern um den Müll dazu führen, dass Müllverbrennung unterhalb der Durchschnittskosten angeboten wird. Dies ist insbesondere dann der Fall und problematisch, wenn durch derart günstige Verbrennungskosten auch recycelbarer Müll verbrannt wird, für den ansonsten die stoffliche Verwertung die beste Option wäre. Auch ist nicht auszuschließen, dass Müllverbrennung aufgrund dieser Entwicklung teilweise zu kartellrechtswidrigen Kampfpreisen angeboten wird.

**1299.** Die Verbrennung von Abfällen, für die eine stoffliche Verwertung ökologisch und ökonomisch ohne Überkapazitäten der Müllverbrennungsanlagen die beste Option wäre, kann auch durch die zum 1. Juni 2012 in Kraft getretene Neufassung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes nicht verhindert werden. Darin wurde für den Umgang mit Abfällen eine Zielhierarchie der Abfallbehandlung in § 6 Abs. 1 KrWG gesetzlich fest-

152 Vgl. Bundesregierung, Bericht über die Auswirkungen der Regelungen zur Anzeigepflicht gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen gemäß §§ 17 und 18 Kreislaufwirtschaftsgesetz (Monitoring-Bericht), BT-Drs. 18/800 vom 13. März 2014, S.14 ff.

153 Vgl. Statistisches Bundesamt, 2011, Umwelt - Zeitreihe zum Abfallaufkommen 1996-2011.

154 Die Datenlage zu tatsächlichen Kapazitäten und Auslastungen von Müllverbrennungsanlagen ist schwierig. Darauf verweist bspw. Richers, U., Abfallverbrennung in Deutschland – Entwicklung und Kapazitäten, KIT Scientific Reports 7560, 2010. Es ist davon auszugehen, dass Verbrennungskapazitäten von mindestens 24 Mio. Tonnen pro Jahr zur Verfügung stehen. Laut Angaben aus der Branche werden davon nur etwa 18 Mio. Tonnen für Müll aus Deutschland benötigt.

155 Vgl. Prognos, Der Abfallmarkt in Deutschland und Perspektiven bis 2020 – Endbericht, 2008; Dehoust, G. u.a., Klimaschutzpotentiale der Abfallwirtschaft – Am Beispiel von Siedlungsabfällen und Altholz, Studie des Öko-Instituts e.V. und IFEU für das UBA, das BMU und den BDE, 2010; Schulze, S./Schlitte, F., Auswirkungen der Abfallgesetzgebung auf das Abfallaufkommen und die Behandlungskapazitäten bis 2020, HWWI Policy Paper 64, 2012

geschrieben: 1. Vermeidung, 2. Vorbereitung zur Wiederverwendung, 3. Recycling, 4. sonstige Verwertung, insbesondere energetische Verwertung und Verfüllung, 5. Beseitigung. Erzeuger oder Besitzer von Abfällen sind verpflichtet, bei der Abfallbehandlung dieser Hierarchie zu folgen. Jedoch werden durch § 8 Abs. 3 KrWG die Prioritäten in der Praxis anders gesetzt, da hiernach die energetische Verwertung (Verbrennung) einer stofflichen Verwertung (Wiederverwendung oder Recycling) gleichrangig ist, wenn der Heizwert des einzelnen Abfalls, ohne Vermischung mit anderen Stoffen, mindestens 11.000 Kilojoule pro Kilogramm beträgt. Da die durchschnittlichen Heizwerte der Müllverbrennungsanlagen in Deutschland bei etwa 10.000 Kilojoule pro Kilogramm liegen und neue Anlagen Werte von 12.000 bis über 14.000 Kilojoule pro Kilogramm erreichen, ist dieser Grenzwert vergleichsweise niedrig angesetzt. Dies führt dazu, dass die Verbrennung einer echten Verwertung tatsächlich meist nicht nachgeordnet ist.

**1300.** Auch ist die wettbewerbliche Situation im Falle der Hausmüll-Entsorgung derzeit insgesamt unbefriedigend. Bereits vor über zehn Jahren hat die Monopolkommission den fehlenden Wettbewerb im Bereich der Haushaltsabfälle bemängelt.[156] Durch die Überlassungspflichten zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, denen wiederum die freihändige Inhouse-Vergabe an den kommunalen Entsorger möglich ist, kann ein umfassender Marktverschluss resultieren. Funktionierender Wettbewerb wird dadurch unmöglich. Bereits in ihrer umfangreichen Expertise zu Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft kam die Monopolkommission 2003 zu dem Schluss, dass die kommunale Daseinsvorsorge keine hinreichende Begründung für dieses System liefert. Dies ergibt sich auch aus den Darlegungen des vorliegenden Abschnitts 2 dieser Untersuchung. Die vielfach bestehende Doppelfunktion von Kommunen als Marktteilnehmer und zuständige Abfallbehörde ist grundsätzlich problematisch. Kommunen haben aufgrund der eigenen Abfallwirtschaftsbetriebe wirtschaftliche Interessen und sind gleichzeitig als untere Abfallbehörden für die Überwachung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes zuständig. Sie haben die Möglichkeit, Anordnungen zu treffen und insbesondere auch die Tätigkeit ihrer Wettbewerber zu untersagen.

### 5.2.2 Empfehlung: Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Entsorgern von Hausmüll schaffen

**1301.** Bezüglich der Entsorgung von Hausmüll verfügen die Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger über faktische Monopolrechte, welche durch die Möglichkeiten der Inhouse-Vergabe an die kommunalen Entsorger übertragen werden kann. Damit besteht eine wettbewerbsferne Grundordnung der Hausmüllentsorgung, welche die Monopolkommission ablehnt. Zwar ist grundsätzlich bedenkenswert, ob die bestehenden Überlassungspflichten nötig sind, um eine wirtschaftlich tragfähige Erfüllung der Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers sicherzustellen; „mehr Wettbewerb“ lässt sich jedoch auch unter den bestehenden Regeln erreichen.

**1302.** Im Rahmen des bestehenden Systems erscheint es der Monopolkommission in jedem Fall zielführend, den Wettbewerb „um den Markt“ zu stärken, indem Kommunen, welche die Entsorgung derzeit noch eigenständig durchführen, den Übergang zu einer Ausschreibung der Hausmüllentsorgung prüfen.

Die seit Langem sehr erfolgreichen Ausschreibungen insbesondere im ländlichen Raum zeigen, dass private Unternehmen die erforderlichen Leistungen mindestens ebenso hochwertig erbringen können wie kommunale Entsorger. Entsprechend ist keine systematisch mangelnde Qualität in Entsorgungsgebieten erkennbar, in denen privatwirtschaftliche Unternehmen beauftragt werden. Wenig überzeugend ist das teils vorgebrachte Argument, dass kommunale Betriebe die lokale Wertschöpfung stärken oder allgemein größere Investitionen tätigen würden. Besondere Anforderungen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger wie ökologische Kriterien, bspw. der Einsatz moderner Hybrid-Fahrzeuge, können ebenso in Ausschreibungen festgeschrieben werden. Eine Ausschreibung böte zudem den Vorteil der besseren Kontrolle ökologischer Standards, da so eine klare Trennung zwischen dem beauftragten Entsorgungsunternehmen und dem Träger

156 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 37, Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, Baden-Baden 2003.

der kommunalen Entsorgungsverantwortung erfolgt. Allgemein sieht die Monopolkommission im Entsorgungsbereich sehr geeignete Rahmenbedingungen, um Qualitätskriterien transparent und überprüfbar vertraglich festzuschreiben. Im Gegenzug lassen sich keine überzeugenden Gründe für die Erforderlichkeit einer Aufgabenwahrnehmung durch kommunale Unternehmen feststellen. Vor diesem Hintergrund ist mit Verweis auf Abschnitt 2.2.1 auch darauf hinzuweisen, dass eine kommunale Eigenerbringung der Hausmüllentsorgung nicht zwingend als Entscheidung der Kommune durch die Selbstverwaltungsgarantie des Artikels 28 Abs. 2 Grundgesetz geschützt ist, wenn die Gemeindeordnungen eine „Erforderlichkeit" kommunaler Aufgabenerfüllung vorsehen.

**1303.** Im Hinblick auf alternative Modelle eines Wettbewerbs konkurrierender Hausmüllentsorgungsunternehmen läge eine prüfenswerte Möglichkeit darin, jeden Haushalt frei wählen zu lassen, ob er an dem grundsätzlich kommunal organisierten Entsorgungssystem teilnimmt oder stattdessen die Abfallentsorgung mithilfe von zugelassenen Entsorgungsanbietern selbst regelt. Die öffentliche Hand würde in diesem System allerdings eine Gewährleistungsverantwortung behalten. Diese könnte bspw. dadurch sichergestellt werden, dass ein vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beauftragtes Unternehmen als „Grundentsorger" die Entsorgung übernimmt, von dem aus die Bürger nach eigener Wahl zu einem anderen Entsorger wechseln können. Eine vergleichbare Systematik kommt bereits im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung durch den Grundversorger zum Tragen. Hierdurch wird Wettbewerb mit einer durch den Staat sichergestellten Grundversorgung verbunden. Bei einer Gestaltung eines Wettbewerbs im statt um den Markt wird der Wettbewerbsdruck verstetigt. Gegen eine solche Ausgestaltung könnten insbesondere vermutete erhebliche Dichtevorteile bei der Müllsammlung sprechen. Allerdings sind Dichtevorteile in Großstädten weniger kritisch, sodass die Vertragsindividualisierung dort möglich erscheint. Auch ist das Risiko ineffizienter Entsorgung dadurch sehr beschränkt, dass Wettbewerber selbst entscheiden können, wo sie in Konkurrenz zum kommunalen „Grundentsorger" treten. Eine Prüfung von Kosten und Nutzen entsprechender Wettbewerbsmodelle unter Berücksichtigung der verschiedenen Probleme sieht die Monopolkommission als lohnenswert an.

**1304.** Die gegenwärtig oft durch fehlenden Wettbewerb gekennzeichnete Situation in der Hausmüllentsorgung macht deutlich, dass die Gefahr bestehender Ineffizienzen und daraus resultierender Gebührenüberhöhungen auch in diesem Bereich nicht unterschätzt werden sollte. Vor dem Hintergrund der Monopolstellung einzelner kommunaler Hausmüllentsorger ist auch in diesem Bereich eine bessere Kontrolle kommunaler Gebühren von erheblichem Interesse. Die Monopolkommission verweist an dieser Stelle auf ihren Vorschlag, die Transparenz über die Höhe kommunaler Benutzungsgebühren dadurch zu erhöhen, dass die Kommunen den Stückerlös verpflichtend ausweisen.[157]

**1305.** Aus Sicht der Monopolkommission sprechen auch mit Blick auf weitere Aspekte der Kreislaufwirtschaft des Hausmülls starke Argumente dafür, die kommunale Erbringung der Aufgaben weniger in den Vordergrund zu rücken. Dies betrifft auch ökologische Überlegungen. Kommunale Unternehmen sind heute nur selten in der Lage, zeitgemäße Recycling-Betriebe neu aufzubauen. Für derartige hochtechnische Anlagen bestehen erhebliche Größenvorteile, sodass zum effizienten Betrieb einer solchen Anlage der Müll eines sehr großen Entsorgungsgebiets benötigt wird.[158] Daher besteht bei der von kommunalen Betrieben organisierten Abfallentsorgung die Gefahr, dass eine ökologisch problematische Verbrennung vorgezogen wird und sich auch langfristig die Recycling- und Verwertungsquoten nicht erhöhen.

Hier sieht die Monopolkommission zudem Bedarf für eine Anpassung der gesetzlichen Hierarchie zur Abfallbehandlung. Durch die Vorgabe, dass eine energetische Verwertung ab einem relativ niedrigen Heizwert des einzelnen Abfalls einer Wiederverwendung oder einem Recycling gleichwertig gestellt wird, werden europäische Vorgaben konterkariert und ein nachhaltiges ökologisches Handeln gerade nicht gefördert. So

157 Vgl. Schlussfolgerungen in Abschnitt 3.2 in diesem Kapitel.

158 Teilweise wird sogar davon ausgegangen, dass eine moderne Recycling-Anlage für einen effizienten Betrieb Abfälle von etwa 5 Mio. Einwohnern benötigt.

werden unverhältnismäßige Vorteile für die Entsorgung über Infrastruktureinrichtungen wie Müllverbrennungsanlagen, die sich vorwiegend in kommunaler Hand befinden, gegenüber privat errichteten Sortier- und Verwertungseinrichtungen geschaffen.

## 5.3 Probleme und Empfehlungen im Bereich des dualen Systems

### 5.3.1 Instabilitäten des dualen Systems

**1306.** Die Übertragung der Verantwortung der Verpackungsentsorgung auf die Hersteller und die Öffnung des dualen Systems für den Wettbewerb hat sich prinzipiell als erfolgreich erwiesen. So kam es nach Ansicht der Monopolkommission auch durch die Öffnung des Wettbewerbs und die daraufhin erfolgten Markteintritte der Systembetreiber zu einer Halbierung der Entsorgungskosten im dualen System bei einer gleichzeitigen Steigerung der Qualität der Entsorgung.[159] Die erheblichen Innovationen bei der Sortiertechnik und die Zunahme des hochwertigen Recyclings der vergangenen Jahre sind nicht zuletzt durch den zunehmenden Wettbewerb sowohl der Entsorger als auch der dualen Systeme angereizt worden. So ist mittlerweile die Sortierung und Verwertung von Verpackungen typischerweise kostengünstiger als die kommunal organisierte Hausmüllverbrennung.

**1307.** Dennoch werden bezüglich der Entsorgung im dualen System regelmäßig Beschwerden der Kommunen bezüglich der Qualität vorgebracht. So beklagen kommunale Entsorger seit Jahren, dass die Qualität der Sammelleistung geringer sei, wenn ein privater Wettbewerber statt des kommunalen Entsorgers den Auftrag erhalte. So komme es teilweise zu Vermüllungen durch gelbe Säcke, wenn Verpackungen nicht in Tonnen entsorgt werden. In solchen Fällen ist der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zur Beseitigung des Mülls verpflichtet, wogegen der Entsorger der Verpackungen bspw. nicht kurzfristig verpflichtet werden kann, den Haushalten für Verpackungsabfälle gelbe Tonnen statt Säcke zur Verfügung zu stellen. Dies ist erst mit der nächsten Ausschreibung möglich. Sowohl die privaten Entsorger als auch die Systembetreiber widersprechen der These, dass es Qualitätsunterschiede zwischen kommunalen und privaten Entsorgern im dualen System gebe. Die selten auftretenden Betriebsstörungen seien typischerweise witterungsbedingt. Dies bestätigt auch die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes, in deren Rahmen Befragungen zu Betriebsstörungen durchgeführt wurden. Dabei sind keine stichhaltigen Hinweise auf Qualitätsprobleme gefunden worden. Vielmehr kommt das Amt zu dem Schluss, dass die Wettbewerbsöffnung zu einer Verbesserung der Qualität des dualen Systems geführt habe.[160] Dieses Ergebnis entspricht auch den vorliegenden Erkenntnissen aus allgemeinen Untersuchungen zur Qualität der Leistungserbringung privater und kommunaler Unternehmen (vgl. Abschnitt 2.2).

**1308.** Vor der Wettbewerbsöffnung wurde auch argumentiert, dass Wettbewerb der Systembetreiber aufgrund des steigenden Kostendrucks zu sinkenden Recyclingquoten führen würde. Diese Befürchtungen haben sich nicht eingestellt. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass die in Sortieranlagen aussortierten Fraktionen Weißblech, Aluminium und artengetrennte Kunststoffe einen positiven Marktwert haben, sodass die im Wettbewerb stehenden Unternehmen an einer möglichst hohen Wertstoffausbeute und nicht zwingend an einer niedrigen Recyclingquote interessiert sind. Auch andere eher abstrakt vorgebrachte Argumentationen, warum es bei Fortbestand des Wettbewerbs dualer Systeme zu einem Zusammenbruch des Gesamtsystems kommen könnte, wie bspw. ein ruinöser Wettbewerb bezüglich der Lizenzentgelte oder ein Rosinenpicken, sieht die Monopolkommission als wenig stichhaltig begründet an.

**1309.** Allerdings zeigen sich in jüngster Zeit deutliche Probleme durch Unterlizenzierungen der Inverkehrbringer von Verpackungen. Für Inverkehrbringer bieten Ausnahmeregelungen grundsätzlich Möglichkeiten, nicht am dualen System teilzunehmen. Dies kann durch Eigenrücknahmen und Branchenlösungen geschehen. Von den Möglichkeiten zu Eigenrücknahmen machen insbesondere Supermärkte Ge-

159 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O.
160 Vgl. ebenda, Abschnitt 3.7.2.

brauch. Branchenlösungen existieren bspw. für Krankenhäuser oder Betriebe im Bereich der Fast-food-Systemgastronomie. Diese beiden Ausnahmen nutzen Unternehmen in jüngerer Vergangenheit teilweise dazu, ihre Pflicht zur Beteiligung an einem dualen System zu umgehen und dadurch Kosten zu sparen. In jüngster Vergangenheit hat die Menge der bei den dualen Systemen lizenzierten Verkaufsverpackungen kontinuierlich und immer schneller abgenommen. So sind die im Januar 2014 bekannt gewordenen Mengenmeldungen der dualen Systeme für das erste Quartal 2014 gegenüber dem Vorjahresquartal um ca. 25-30 Prozent gesunken. Währenddessen hat sich der Anteil der Eigenrücknahme im gleichen Zeitraum mehr als verdoppelt. Die derzeitige Entwicklung deutet daraufhin, dass Branchen- und Eigenrücknahmelösungen zum großen Teil nicht gemäß den Vorschriften der Verpackungsverordnung betrieben werden. Das bedeutet, dass der Rückgang der gemeldeten Mengen nicht auf einen tatsächlichen Rückgang der in Umlauf gebrachten Verpackungen zurückzuführen ist, sondern darauf, dass Ausnahmeregelungen genutzt werden, um Verpackungsmengen der Lizenzierungspflicht zu entziehen. Aufgrund von Defiziten in den entsprechenden Regelungen der VerpackV ist die verstärkte missbräuchliche Nutzung dieser Möglichkeiten kaum durch die zuständigen Vollzugsbehörden zu unterbinden. Dies führt zu erheblichen Verzerrungen zwischen den dualen Systemen und kann sogar die Stabilität der flächendeckenden haushaltsnahen Erfassung insgesamt gefährden.

**1310.** Da der errechnete Anteil der Lizenzmengen eines jeden Systembetreibers dem Anteil der Gebietspreise entspricht, den der Systembetreiber zu zahlen hat, sind die einem Systembetreiber entstehenden Kosten der Entsorgung mittelfristig vollständig variabel. Durch die vierteljährliche Neuberechnung der Mengenanteile werden die von den einzelnen Systembetreibern zu tragenden Kosten sehr zeitnah an veränderte Lizenzmengen angepasst. Dagegen hängen die Kosten des Gesamtsystems kurzfristig kaum von diesen Mengen ab, da die Gebietspreise pauschal für drei Jahre festgelegt sind. So können sinkende Mengen erst bei der nächsten Ausschreibung berücksichtigt werden.[161] Wenn die Einnahmenrückgänge durch fallende Lizenzmengen geringer sind als die Ersparnis eines Systembetreibers durch sinkende Mengenanteile, können einseitig auch einzelne Systembetreiber von Unterlizenzierung profitieren. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn das Gesamtsystem aufgrund von Unterlizenzierung bereits höhere Gesamtkosten als Einnahmen aufweist. Langfristig nehmen die Systembetreiber durch eine derartige Spirale den Zusammenbruch des Systems und so die eigene Insolvenz in Kauf.

**1311.** Die Bundesregierung hat auf die Entwicklung der vergangenen Monate bereits reagiert und am 30. April 2014 eine Änderung der Verpackungsverordnung beschlossen.[162] Mit der geplanten Novelle werden die bestehenden Möglichkeiten, Verpackungsmengen der Lizenzierungspflicht zu entziehen, deutlich eingeschränkt. Zum einen soll die Möglichkeit für Inverkehrbringer, die für die Beteiligung an einem dualen System geleisteten Entgelte nach § 6 Abs. 1 S. 5 bis 7 VerpackV zurückzuverlangen, wenn sie Verpackungen zurückgenommen und die Verwertung eigenständig organisiert haben, gestrichen werden. Zum Zweiten sollen die Anforderungen an Branchenlösungen in § 6 Abs. 2 VerpackV erheblich erhöht werden. So sollen im Fall eines eigenen Rücknahmesystems im Vorfeld alle eingebundenen Stellen ihr Mitwirken bestätigen. Außerdem sollen die gelieferten und später zurückgenommenen Verpackungen genau dokumentiert werden müssen.

**1312.** Vielfach wird als Weiterentwicklung der Verpackungssammlung eine Wertstofftonne diskutiert, in welcher nicht nur Verpackungsabfälle, sondern auch andere Wertstoffe, insbesondere stoffgleiche Nichtverpackungen, entsorgt werden können.[163] Diesbezüglich ist die Erstellung eines praktikablen, wettbewerblichen

161 Veränderte Erfassungsmengen wirken sich auch nicht auf die gesamten Nebenentgelte aus, lediglich die Kosten der Sortierung und Verwertung verändern sich.

162 Bundesregierung, Siebte Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung, BT-Drs. 18/1281 vom 30. April 2014. Zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens waren noch die Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats erforderlich. Eine Übersicht über diesen Vorgang ist verfügbar unter http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/597/59706.html, Abruf am 17. Juni 2014.

163 Heute können Kommunen in Abstimmung mit den Systembetreibern bereits eigenständig entscheiden, eine Wert-

Konzepts zur Organisation, Trägerschaft und Finanzierung eine sehr komplexe Aufgabe. Dementsprechend hat das Umweltbundesamt bereits vor einigen Jahren mehrere Studien in Auftrag gegeben. In der Frage, welche Stoffe in einer Wertstofftonne mit erfasst werden sollten, ist mittlerweile eine Beschränkung auf stoffgleiche Nichtverpackungen, d. h. Kunststoffe und Metalle und keine Elektro- und Elektronikgeräte, Batterien, Holz, Gummi oder Textilien weitgehend unstrittig. Damit ist ein Zuwachs von ca. 570.000 Tonnen pro Jahr zu erwarten, was etwa einem Siebtel der erfassten Verpackungs- und Glasmengen entspricht. Weitere Fragen zur Organisation und Finanzierung befinden sich noch in Diskussion.

### 5.3.2 Empfehlung: keine Kommunalisierung des dualen Systems

**1313.** Auch aufgrund der zuletzt auftretenden Probleme im dualen System wird von kommunalen Entsorgern und Teilen der Privatwirtschaft eine Abschaffung des Wettbewerbs gefordert. Während die private Entsorgungswirtschaft teilweise eine Übertragung der Verantwortung auf eine zentrale Stelle und damit eine Art Rückkehr zum System mit nur einem Betreiber wünscht, setzen sich die Kommunen dafür ein, dass sie jeweils selbst die Entsorgung verantworten. Letzterer Vorschlag könne z. B. durch eine Vergabe durch den lokalen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger oder eine vollständige Rekommunalisierung im Rahmen der Wertstofftonne umgesetzt werden. Die Monopolkommission lehnt alle genannten Bestrebungen klar ab, die vor allem eine Beschränkung des Wettbewerbs und eine Verstärkung der jeweiligen Marktposition zur Folge hätten.

**1314.** Nicht zuletzt durch die Öffnung des dualen Systems für den Wettbewerb und die daraufhin erfolgten Markteintritte der Systembetreiber kam es zu einer Halbierung der Entsorgungskosten im dualen System bei gleichzeitiger Steigerung der Qualität. Eine Abkehr von der Öffnung des Systems für den Wettbewerb könnte einen deutlichen Verlust an Innovationen und höhere Entsorgungskosten für die Verbraucher bedeuten. Auch ist ein derzeit zu beobachtendes Trittbrettfahren von Inverkehrbringern kaum auf das Bestehen von Wettbewerb zwischen den Systembetreibern untereinander zurückzuführen.[164] In seiner Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass Unterlizenzierungen bis zum Jahr 2011 nur in sehr geringem Umfang aufgetreten sind, damit also nicht inhärent im derzeitigen System begründet liegen.[165]

**1315.** Noch nachteiliger als die Einrichtung einer zentralen Vergabestelle würde sich nach Ansicht der Monopolkommission eine Vergabe durch den lokalen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger auswirken. Dadurch, dass der Entsorgungsträger die entstehenden Kosten nicht selbst trägt, bestünden erhebliche Risiken und sogar Anreize für eine ineffiziente Leistungserbringung. So bestünde ein deutliches Interesse der Kommune an übertriebenen Anforderungen an die zu erbringende Leistung, da ein besonders hohes Service- bzw. Qualitätsniveau den eigenen Bürgern zugutekäme, die damit einhergehenden Kosten jedoch von der Allgemeinheit zu tragen wären. Diese Anreize zeigten sich beispielhaft bereits in Gebieten mit einer Wertstofftonne unter kommunaler Systemführerschaft.[166] Zudem würde für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ein Interesse bestehen, das kommunale Entsorgungsunternehmen – mit dem Ziel, die lokale Wertschöpfung zu steigern – auch dann zu beauftragen, wenn andere die geforderte Leistung sehr viel effizienter erbringen können.

Die Monopolkommission vertraut insofern darauf, dass die intendierten Änderungen der Verpackungsverordnung zur Restabilisierung des Systems führen werden, und spricht sich aus den genannten Gründen sehr

---

stofftonne einzuführen, sodass laut Angaben aus der Branche derzeit etwa ein Viertel aller Haushalte in Deutschland über eine solche Tonne verfügt.

164 Im Gegenteil sind Systembetreiber teilweise sogar der Auffassung, dass der Wettbewerb zwischen den dualen Systemen die Trittbrettfahrerproblematik verringert. Dies könnte beispielsweise aus dem Kostenerstattungsanspruch des § 6 Abs. 1 S. 4 VerpackV hergeleitet werden; vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O., S. 52.

165 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme – Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O., S. 31 ff. und S. 50 ff.

166 Vgl. ebenda, Abschnitt 5.3.2.

deutlich gegen Bestrebungen aus, den Wettbewerb einzuschränken. Keinesfalls sollte die Vergabe der Entsorgungsleistungen durch die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger durchgeführt werden.

**1316.** Bezüglich der Organisation einer möglichen Wertstofftonne wird auch die Rekommunalisierung der gesamten Wertstoffentsorgung diskutiert und von den kommunalen Unternehmen gefordert. Die Monopolkommission spricht sich dagegen deutlich gegen eine Abkehr vom erfolgreichen privatwirtschaftlich aufgebauten und organisierten dualen System aus. Die Unternehmen der Entsorgungswirtschaft haben mittlerweile erhebliche Kompetenzen und auch Kapazitäten im Bereich der Verwertung aufgebaut, die genutzt werden sollten. Auch sollte die Produzentenverantwortung nicht infrage gestellt werden.

Insofern erscheint eine Übertragung der Organisationsverantwortung für die Erfassung von Verpackungen und stoffgleichen Nichtverpackungen auf die öffentlich-rechtlichen Aufgabenträger ebenso wenig zielführend wie eine grundlegende Neuorientierung des Systems hin zu einer alleinigen organisatorischen Zuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Erfassung, Sortierung und Verwertung und einer zentralen Stelle für die Einziehung der Finanzierungsentgelte. Vielmehr sieht die Monopolkommission die Integration der stoffgleichen Nichtverpackungen durch Ausweitung der Produktverantwortung unter den diskutierten Möglichkeiten als grundsätzlich geeignet an. Ein solches System wird ebenfalls durch das gemeinsame Forschungsprojekt der IGES Institut GmbH, des Fachgebiets Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik der TU Berlin und der Cyclos GmbH empfohlen.[167]

Problematisch ist im Falle einer allgemeinen Regelung die Gestaltung der Vergütung, da der zeitliche Verzug zwischen Kauf und Entsorgung bei Wertstoffen sehr viel größer und variabler ist als bei Verpackungen. Während eine Zahnbürste typischerweise zwar nicht wenige Tage, aber innerhalb weniger Monate nach dem Erwerb entsorgt wird, ist der Zeitverzug für Pfannen oder Kinderspielzeug aus Kunststoff erheblich und schwer zu prognostizieren. Für eine adäquate Bepreisung der Entsorgung sollten die Kosten für die Hersteller also abhängig von der erwarteten Lebensdauer ihrer Produkte sein. Damit wäre ein sehr komplexes Preissystem notwendig. Bedenkenswert wäre hier auch ein Verbleib der Verantwortung für stoffgleiche Nichtverpackungen beim öffentlich-rechtlichen Aufgabenträger, der für die Entsorgung dieser im dualen System eine Gebühr entsprechend den Beteiligungs- und Markennutzungsentgelten entrichtet.

In jedem Fall ist auch vor dem Hintergrund der eher geringen zu erwartenden Mengen an stoffgleichen Nichtverpackungen die Einführung einer Wertstofftonne kein Grund, das etablierte System ohne Not vollständig neu zu gestalten.

## 5.4 Probleme und Empfehlungen im Bereich der gewerblichen Sammlungen

### 5.4.1 Gesetzesnovelle erschwert Wettbewerb privater gewerblicher Sammler

**1317.** Als problematisch beurteilt die Monopolkommission die Auswirkungen des novellierten Kreislaufwirtschaftsgesetzes auf den Wettbewerb bei gewerblichen Sammlungen getrennt gesammelter Abfallwertstoffe aus Privathaushalten. Hier weiten kommunale Entsorger ihre unternehmerischen Tätigkeiten in jüngster Zeit deutlich aus. Dies ist insbesondere auf gerichtliche Entscheidungen und gesetzliche Neuerungen zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgung des Abfalls aus privaten Haushalten zurückzuführen. Insbesondere mit der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes wurden die Tätigkeiten der privaten Sammler erheblich erschwert.[168]

167 Vgl. IGES Institut GmbH/cyclos GmbH/TU Berlin, Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP), Planspiel zur Fortentwicklung der Verpackungsverordnung Teilvorhaben 2: Finanzierungsmodelle der Wertstofftonne, Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes, Texte 10/2011, Februar 2011.

168 Zuvor hatte bereits das Bundesverwaltungsgericht in einer Grundsatzentscheidung am 18. Juni 2009 zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgung des Abfalls aus privaten Haushalten dargelegt, dass private Haushalte ihren Hausmüll einschließlich seiner verwertbaren Bestandteile (insbesondere des Altpapiers) grundsätzlich den öffentlich rechtlichen Entsorgungsträgern zu überlassen haben und nicht befugt sind, mit der Verwertung solcher Bestandteile Dritte zu beauftragen, BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2009, 7 C 16.08.

**1318.** Bereits einige Monate nach Einführung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes hat das damalige Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit mit einer Evaluierung der Entwicklungen begonnen, die durch die Änderung der Regelungen bezüglich gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen zu beobachten waren. Hierfür wurden Befragungen mit verschiedenen betroffenen Parteien durchgeführt und deren Ergebnisse im März 2014 im Rahmen eines Monitoring-Berichts vorgelegt.[169] Dieser macht auf einige Probleme bzw. Fehlentwicklungen aufmerksam, die vor allem mit Aufnahme der neuen Anzeigepraxis zutage getreten sind. Die Monopolkommission begrüßt die zeitnahe und umfangreiche Evaluation der Gesetzesnovelle. Im Rahmen des Berichtes sind einige, auch aus Sicht der Monopolkommission entscheidende Problemfelder detailliert aufgearbeitet worden.

**1319.** Während gewerbliche Sammler vor Inkrafttreten des Kreislaufwirtschaftsgesetzes der Pflicht unterlagen, direkt beim zuständigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger einen Nachweis über die ordnungsgemäße Verwertung der erfassten Abfälle zu erbringen, muss die nunmehr vorgeschriebene Anzeige bei einer vom jeweiligen Land zu bestimmenden Behörde stattfinden. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Bundesregierung sah vor, dass diese Behörde nicht gleichzeitig mit den Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers betraut sein darf. Die Wahrung dieser Neutralität ist jedoch schließlich nicht explizit in § 18 KrWG verankert worden. Vielmehr sollen die Bundesländer nach eigenem Ermessen entscheiden, welche Behörde zuständig sein sollte, dabei jedoch das Neutralitätsgebot stets im Auge behalten. Im Ergebnis hat dies zu einer unterschiedlichen Handhabung in den einzelnen Ländern geführt. Einige haben sich dazu entschieden, mit der oberen Abfallbehörde eine zentrale Stelle mit dieser Aufgabe zu betrauen. In anderen liegt die Verantwortung dezentral (meist auf Kommunalebene) bei den unteren Abfallbehörden, die teilweise auch gleichzeitig als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger fungieren. Obwohl eine personelle bzw. funktionelle Trennung stattfindet, monieren die Vertreter der privaten Entsorger und Kleinsammler die große Nähe und potenzielle Beeinflussung zugunsten der von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern beauftragten Kommunalunternehmen. So sei in Ländern, in denen eine dezentrale Aufgabenwahrnehmung herrscht, auch eine größere Anzahl von Untersagungen zu beobachten als in Ländern, in denen die obere Abfallbehörde die Anzeigen entgegennimmt. Darüber hinaus wird von Fällen berichtet, in denen die von der Behörde eingeforderte Stellungnahme des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bereits die Form einer Untersagungsvorlage hatte, die teilweise auch so übernommen worden sei.

**1320.** Darüber hinaus bemängeln Vertreter der privaten Entsorger und Kleinsammler die Menge an Unterlagen und Bescheinigungen, die der Anzeige beigefügt werden müssen. § 18 Abs. 2 Nr. 1 und 2 KrWG sehen hierbei Angaben zu Größe und Organisation des Unternehmens sowie Art, Ausmaß und Dauer der Sammlung vor. Außerdem sind nach § 18 Abs. 2 Nr. 3 bis 5 Angaben zu Art, Menge und Verbleib der zu verwertenden Abfälle sowie eine Darlegung der Verwertungswege, inklusive einer Darstellung, wie eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung gewährleistet werden soll, erforderlich. Die konkret beizubringenden Unterlagen variieren je nach Behörde, im Allgemeinen beklagen sich jedoch insbesondere die Kleinsammler über unzumutbare Anforderungen. Während Angaben zum Unternehmen und zum Ausmaß der Sammlung hier geringere Probleme bereiten, würden bei der Darlegung der ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung teils nicht erbringbare Belege erwartet. So hätten die Sammler i. d. R. schlicht keine Möglichkeit, vertiefte Kenntnis über den genauen Verwertungsvorgang nach Abgabe des Abfalls beim Verwerter zu erlangen. Zudem forderten einige Behörden eine Offenlegung der Verträge mit den Verwertern, wozu sich die Sammler nicht verpflichtet fühlen.

**1321.** Von ähnlichen Problemen wird bei der Anzeige einer bereits bestehenden Sammlung berichtet, die nach § 18 Abs. 7 KrWG einen gewissen Vertrauensschutz genießt. So werden nach Informationen der Monopolkommission für die Anerkennung des Bestandsschutzes mitunter Mengennachweise über einen Zeitraum von fast 20 Jahren verlangt. Des Weiteren begründen einige Behörden die Ablehnung des Vertrauensschutzes auch mit dem bisherigen Fehlen eines Nachweises über die ordnungsgemäße Verwertung

169 Vgl. Bundesregierung, Bericht über die Auswirkungen der Regelungen zur Anzeigepflicht gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen gemäß §§ 17 und 18 Kreislaufwirtschaftsgesetz (Monitoring-Bericht), a. a. O.

des gesammelten Abfalls, der schon vor Juni 2012 in § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG gefordert war. Aufgrund dieses Versäumnisses hätte die Sammlung in formeller Illegalität stattgefunden und könnte daher nun nicht vom Vertrauensschutz profitieren. Diese Schlussfolgerung wurde jedoch von einer Mehrheit der Gerichte, die sich mit dieser Frage beschäftigt haben, abgelehnt.[170] Der Wortlaut des Gesetzes ziele demnach auf eine tatsächliche Durchführung und nicht deren formelle Legalität ab, d. h. es sei infrage zu stellen, ob ein noch nicht erbrachter Nachweis überhaupt eine Illegalität zur Folge habe. Die Bundesregierung konstatiert im vorliegenden Monitoring-Bericht außerdem, dass eine solche Schlussfolgerung schon wegen der damaligen Vollzugspraxis der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger selbst widersprüchlich sei. So hätten diese den Nachweis über eine schadlose und ordnungsgemäße Verwertung nur selten eingefordert und allgemein die Ansicht vertreten, dass dies auch nur auf Anfrage nötig sei. Dies könne daher nur schwerlich als Begründung für eine Versagung des Bestandsschutzes herhalten. In der Praxis besteht hier dennoch eine erhebliche Unsicherheit zuungunsten der gewerblichen Sammler.

**1322.** Des Weiteren gibt es Unstimmigkeiten bei der Frage, wann der gewerblichen Sammlung ein öffentliches Interesse gemäß § 17 Abs. 3 KrWG entgegensteht. Anfangs legte die Verwaltungspraxis die Vermutung nahe, dass bereits bei grundsätzlicher Erfüllung der Regelbeispiele aus § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 und 2 KrWG eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers und somit auch des öffentlichen Interesses anzunehmen sei. So wurde die Untersagung formelhaft mit dem Bestehen einer haushaltsnahen Sammlung der betroffenen Abfälle durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bzw. mit einer möglichen Gefährdung der Gebührenstabilität begründet, ohne zu präzisieren, warum dies im vorliegenden Einzelfall konkret zu einer Verletzung des öffentlichen Interesses führt. Die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte stellt jedoch klar, dass eine rechtlich relevante wesentliche Beeinträchtigung in jedem Fall eigenständig zu prüfen und zu begründen ist.[171] Die Vertreter der privaten Entsorger und Kleinsammler kritisieren jedoch, dass dies weiterhin nicht flächendeckend umgesetzt würde.

Zudem finde sich in den Anhörungsschreiben neben der Behauptung, dass öffentliches Interesse der Sammlung entgegenstehe, häufig der Hinweis, dass man im Falle der sehr wahrscheinlichen Untersagung mit einer hohen Gebühr zu rechnen habe. Diese könne man aber umgehen, indem man die Anzeige vorzeitig zurückziehte. Dies führt laut den Vertretern dazu, dass gerade kleine Sammler aus Angst vor der finanziellen Belastung abgeschreckt würden.

**1323.** Durch die Neuregelung ging der Umsatz privater gewerblicher Sammler deutlich zurück. Dies betrifft auch die Sammlung von Schrott, welche nach Branchenangaben um etwa 20 Prozent sank. Dieser Rückgang wird in der Zahl der expliziten Untersagungen nicht abgebildet. Vielmehr ziehen viele Sammler aus Kostengründen ihre Anzeigen zurück, nachdem die Abfallbehörde ihre Intention kommuniziert hat, die Sammlung zu untersagen. Im Ergebnis werden die vorrangigen Ziele der veränderten Regelungen zu gewerblichen Sammlungen – laut Gesetzesbegründung die Stärkung des Wettbewerbs sowie eine Verbesserung der Qualität und Quantität des Recyclings – gerade nicht erreicht.

### 5.4.2 Empfehlung: keine Priorisierung kommunaler Sammlungen

**1324.** Durch die gesetzliche Neuregelung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes wurde die privatwirtschaftliche gewerbliche Sammlung in der Praxis erheblich erschwert. Diese Problematik ergibt sich insbesondere durch die umfangreichere Anzeigenpflicht. Zwar begrüßt die Monopolkommission die Intention des Gesetzgebers, diese Anzeige bei einer vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger unabhängigen Behörde anzusiedeln, jedoch ist diese Unabhängigkeit durch die Entscheidung einiger Bundesländer, die Verantwortung dafür den

170 Siehe z. B. OVG NRW, Beschluss vom 19. Juli 2013, 20 B 122/13. Dagegen hatte das VGH München in seinem Beschluss vom 24. Juli 2012, 20 CS 12.841 die Berufung der Behörden auf die (auch für die Gegenwart) fehlenden Nachweise bestätigt; vgl. auch VG Ansbach, Urteil vom 16. Januar 2013, AN 11 K 12.00358 sowie im Überblick VG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2013, 17 L 585/13.

171 Siehe z. B. OVG Hamburg, Beschluss vom 20. März 2013, 5 Bs 208/12; OVG NRW, Urteile vom 15. August 2013, 20 A 2798/11 u. a.; VGH BW, Beschluss vom 9. September 2013, 10 S 1116/13.

unteren Abfallbehörden zu übertragen, nicht ausreichend gewährleistet. Zwar ist auch bei Zuständigkeit der unteren Abfallbehörde, wenn diese gleichzeitig als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger fungiert, eine funktionale Trennung von staatlicher Behörde und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger gewährleistet, jedoch sieht die Monopolkommission die Nähe der beiden Bereiche innerhalb einer Institution kritisch. In diesen Fällen sind Interessenskonflikte auf kommunaler Ebene nicht auszuschließen. Eine Bevorzugung der kommunalen Entsorger ist möglich und stellenweise sogar wahrscheinlich. Dies zeigen auch die von Vertretern der Privatwirtschaft konkret genannten Beispiele.

Gleichzeitig ermöglichen es die gesetzlich präzisierten potenziellen Untersagungsgründe vergleichsweise einfach, die Gefährdung eines öffentlichen Interesses zu sehen. So wird eine gewinnbringende gewerbliche Sammlung, wenn sie durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger organisiert ist, durch Quersubventionierung immer einen positiven Einfluss auf die Abfällgebühren haben können. Dementsprechend wird sich eine gewerbliche Sammlung, die durch ein privates Unternehmen statt durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger durchgeführt wird, negativ auf die Gebührenstabilität auswirken. Die dann ermöglichte Ausnahme für denn Fall, dass der gewerbliche Sammler über eine wesentlich höhere Leistungsfähigkeit verfügt, ist in der Praxis eine kaum zu überwindende Hürde. Diese grundlegende Problematik wird durch die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte, die klarstellt, dass eine rechtlich relevante wesentliche Beeinträchtigung in jedem Fall eigenständig zu prüfen und zu begründen ist, nicht nachhaltig gelöst.

**1325.** Aus diesem Grund ist es aus Sicht der Monopolkommission im bestehenden System essenziell, die Unabhängigkeit der Behörde sicherzustellen, die gewerbliche Sammlungen untersagen kann. Auch der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Bundesregierung sah vor, dass diese Behörde nicht gleichzeitig mit den Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers betraut sein darf. Entsprechend dieser ursprünglichen Fassung ist diese Aufgabe in allen Bundesländern an eine zentrale Stelle zu vergeben. Nur dann können Interessenskonflikte bei der Entscheidung ausgeschlossen werden.

**1326.** Durch die Neuregelung wurde außerdem eine erhebliche Rechtsunsicherheit im System geschaffen. Diese Unsicherheit sollte nach Meinung der Monopolkommission dadurch behoben werden, dass den Behörden ein Leitfaden zur Handhabung der Anzeigen an die Hand gegeben wird. Mit diesem Leitfaden sollten insbesondere die notwendigen Bedingungen für das Bestehen eines öffentlichen Interesses transparenter und deutlicher sein. So können die dargestellten Möglichkeiten zur Quersubventionierung von einer gewerblichen Sammlung in die Hausmüllentsorgung nicht allein als ein der gewerblichen Sammlung entgegenstehendes öffentliches Interesse gelten.

**1327.** Langfristig sollte aus Sicht der Monopolkommission der Ordnungsrahmen der gewerblichen Sammlung grundsätzlich neu gestaltet werden, um fairen und wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen und den Kommunen gleichzeitig die Möglichkeit zur Wahrnehmung ihrer Gewährleistungsverantwortung zu geben. Die Kommunen sollten in einem solchen System nur in klar abzugrenzenden Fällen in Konkurrenz zu gewerblichen Sammlern auftreten, da – wie die praktische Erfahrung mit privaten Sammlern zeigt – die öffentliche Tätigkeit in diesem Bereich nicht generell erforderlich ist.

Zur Verwirklichung eines solchen Konzeptes könnte das bestehende System aus Anzeigepflicht und Möglichkeiten zur Untersagung prinzipiell beibehalten werden. Allerdings sollte die Untersagung einer gewerblichen Sammlung durch die Kommune nur bei grundlegenden Mängeln der Leistung möglich sein. Dazu obläge es der Kommune, eine Marktordnung für die wettbewerbliche Tätigkeit gewerblicher Sammler zu erlassen und etwa die Bedingungen des Wettbewerbs, Qualitätsanforderungen, Durchführungsverpflichtungen und z. B. den Ausschluss bei Schlechtleistung zu regeln. Kommunale Entsorgungsbetriebe sollten die Sammlung zudem nur dann eigenständig übernehmen dürfen, wenn unter den gestellten Anforderungen kein gewerblicher Sammler bereit ist, die Sammlung durchzuführen. In diesem Fall müsste die Kommune jedoch den an die gewerblichen Sammler gestellten Anforderungen (z. B. an die Qualität der

Leistung) auch selbst vollumfänglich nachkommen, um eine prohibitive Anwendung einer solchen Wettbewerbsordnung auszuschließen.

## 6 Fazit mit Handlungsempfehlungen

**1328.** Vielerorts und in zahlreichen Wirtschaftsbereichen zeigen sich seit einigen Jahren Bestrebungen von Kommunen, die eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erweitern. Solche unternehmerischen Tätigkeiten können nach Auffassung der Monopolkommission unter bestimmten Voraussetzungen durchaus angemessen sein. Wie in diesem Gutachten dargelegt wurde, sprechen allerdings sowohl wettbewerbsökonomische als auch wettbewerbsrechtliche Erwägungen dagegen, dass Kommunen ihre Aufgaben durch eine unscharfe Auslegung der Daseinsvorsorge überdehnen. Öffentliche Wirtschaftstätigkeit muss auf Aufgaben beschränkt bleiben, die zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks unbedingt erforderlich sind. Derartige Aufgaben finden sich vor allem in Bereichen natürlicher Monopole (insbesondere Versorgungsnetze), wenn vertraglich schwer fixierbare Qualitätskriterien eine wichtige Rolle spielen und dem Wettbewerbsversagen nicht durch eine Regulierung begegnet wird. Demgegenüber stellt die Verfolgung anderer kommunalpolitischer Ziele in aller Regel keinen öffentlichen Zweck dar, der eine unternehmerische Tätigkeit der Kommunen erfordert. Insgesamt sieht die Monopolkommission eine übermäßige öffentliche Wirtschaftstätigkeit und Tendenzen zur zunehmenden Rekommunalisierung skeptisch. Vor diesem Hintergrund hält die Monopolkommission es vor allem für wichtig, Entscheidungsträger und Aufsichtsinstanzen in die Lage zu versetzen, eine Bewertung im Einzelfall vorzunehmen.

Grundsätzlich sollten zu diesem Zweck Transparenz und Aufsicht über kommunale Wirtschaftstätigkeit verbessert werden, indem

- die Prüfungsmaßstäbe, welche die Verwaltungsgerichte an Benutzungsgebühren anlegen, den Besonderheiten öffentlicher Aufgaben, insbesondere möglichen Effizienzpotenzialen, verstärkt Rechnung tragen,
- die Transparenz über die Gebührenhöhe für Kommunalpolitiker, sachkundige Bürger, die Kommunalaufsicht und die Verwaltungsgerichte verbessert wird. Dazu sollten die Bundesländer einen standardisierten Vergleich der Gebührenhöhe ermöglichen, indem für Benutzungsgebühren eine Pflicht zur Veröffentlichung des Erlöses pro Mengeneinheit der Leistung normiert wird. Eine entsprechende Vorgabe in den Kommunalabgabengesetzen der Länder könnte wie folgt lauten:

*„Die Kommunen sind verpflichtet, den Erlös, der innerhalb eines Jahres auf eine Einheit des relevanten Gebührenmaßstabes einer Benutzungsgebühr entfällt, innerhalb des darauf folgenden Jahres zu veröffentlichen. Näheres zu dem bei der Erlöskalkulation anzulegenden Gebührenmaßstab für bestimmte Leistungen regelt eine Verordnung.“*

Außerdem sollten die Bundesländer in ihrer Gemeindeordnung normieren, dass

- kommunale Gesamtabschlüsse einschließlich aller Einzelabschlüsse erstellt werden bzw. die Beteiligungsberichte der Kommunen Informationen über alle kommunalen Beteiligungen, unabhängig von der Rechtsform oder der Höhe der Beteiligung, erfassen müssen,
- in den Beteiligungsberichten sämtliche Erfolgskennziffern, die Vermögenssituation sowie alle Finanzbeziehungen kommunaler Unternehmen zur Kommune und zwischen den Beteiligungen untereinander offengelegt werden,
- in den Beteiligungsberichten verpflichtend der öffentliche Zweck der Beteiligungen beschrieben und ihre öffentliche Wertschöpfung im laufenden Jahr bewertet werden,
- kommunale Gesamtabschlüsse und Beteiligungsberichte transparent für alle Bürger im Internet veröffentlicht werden.

In einzelnen Branchen empfiehlt die Monopolkommission, Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit kommunaler Tätigkeit entgegenzuwirken, indem

- im Wassersektor durch die Veröffentlichung der Gebühren nach dem oben genannten Erlösstandard eine Effizienzkontrolle durch die Gebührenaufsicht kurzfristig erfolgen kann,
- mittelfristig eine einheitliche und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierten sektorspezifischen (Anreiz-)Regulierung der deutschen Trinkwasserversorger eingeführt wird,
- kommunales Engagement im Telekommunikationssektor dort seine Grenzen hat, wo diese Leistungen durch private Unternehmen zur Verfügung gestellt werden können,
- im Energiesektor die Ausweitung des wirtschaftlichen Engagements der Kommunen aufgegeben wird,
- der Gesetzgeber die Aufnahme von Konzessionen zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen in den Anwendungsbereich des förmlichen Vergabeverfahrens prüft. Als wesentlicher Wettbewerbsparameter sollte die Höhe des angebotenen Abschlages vom Netznutzungsentgelt bzw. der jährlichen Erlösobergrenze fungieren.

In der Entsorgungswirtschaft sollte Wettbewerbshindernissen begegnet werden, indem

- Kommunen, welche die Entsorgung des Hausmülls derzeit noch eigenständig durchführen, den Übergang zu einer Ausschreibung der Entsorgung anstreben,
- durch die Veröffentlichung der Gebühren der Hausmüllentsorgung nach dem oben genannten Erlösstandard eine Effizienzkontrolle durch die Gebührenaufsicht kurzfristig erfolgen kann,
- die Schaffung einer neuen Wettbewerbsordnung mit konkurrierenden Hausmüllentsorgungsunternehmen und einem beauftragten Grundentsorger im Detail geprüft wird,
- die diskutierte Abkehr von der wettbewerblichen Grundordnung des dualen Systems deutlich abgelehnt wird,
- das bestehende duale System auch mit der Einführung einer Wertstofftonne nicht so umgestaltet wird, dass Wettbewerbselemente verloren gehen,
- die Verantwortung für Anzeigen von gewerblichen Sammlungen in jedem Bundesland an eine zentrale unabhängige Stelle vergeben wird,
- der Ordnungsrahmen der gewerblichen Sammlung langfristig so neu gestaltet wird, dass Kommunen in diesem Bereich nur in klar abzugrenzenden Fällen wirtschaftlich tätig werden.

# Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen erscheinen im Nomos-Verlag, Baden-Baden.

## Hauptgutachten

| | | |
|---|---|---|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |
| Hauptgutachten XX: | (2012/2013): | Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte. 2014. |

## Sondergutachten

| | |
|---|---|
| Sondergutachten 1: | Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977. |
| Sondergutachten 2: | Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975. |
| Sondergutachten 3: | Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975. |
| Sondergutachten 4: | Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977. |
| Sondergutachten 5: | Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977. |
| Sondergutachten 6: | Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977. |
| Sondergutachten 7: | Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977. |
| Sondergutachten 8: | Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979. |
| Sondergutachten 9: | Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981. |
| Sondergutachten 10: | Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982. |
| Sondergutachten 11: | Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981. |
| Sondergutachten 12: | Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982. |
| Sondergutachten 13: | Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983. |
| Sondergutachten 14: | Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985. |
| Sondergutachten 15: | Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986. |
| Sondergutachten 16: | Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986. |
| Sondergutachten 17: | Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989. |
| Sondergutachten 18: | Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messer schmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989. |
| Sondergutachten 19: | Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990. |
| Sondergutachten 20: | Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991. |
| Sondergutachten 21: | Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991. |
| Sondergutachten 22: | Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992. |
| Sondergutachten 23: | Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994. |
| Sondergutachten 24: | Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996. |

Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.

Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.

Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.

Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.

Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.

Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.

Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.

Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.

Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002.

Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.

Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.

Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.

Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.

Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.

Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.

Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.

Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.

Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.

Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.

Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.

Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.

Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.

Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.

Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.

Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.

| | |
|---|---|
| Sondergutachten 50: | Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008. |
| Sondergutachten 51: | Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008. |
| Sondergutachten 52: | Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008. |
| Sondergutachten 53: | Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008. |
| Sondergutachten 54: | Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009. |
| Sondergutachten 55: | Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010. |
| Sondergutachten 56: | Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010. |
| Sondergutachten 57: | Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010. |
| Sondergutachten 58: | Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010. |
| Sondergutachten 59: | Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012. |
| Sondergutachten 60: | Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011. |
| Sondergutachten 61: | Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012. |
| Sondergutachten 62: | Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012. |
| Sondergutachten 63: | Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012. |
| Sondergutachten 64: | Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013. |
| Sondergutachten 65: | Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014. |
| Sondergutachten 66: | Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014. |
| Sondergutachten 67: | Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren! 2014. |