

Verfassungsrechtliche und ordnungspolitische Rahmenbedingungen der Rekommunalisierung

Prof. Dr. Jürgen Kühling

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht,
Universität Regensburg

Mitglied der Monopolkommission

Konferenz „Kommunales Infrastruktur-Management“

22. September 2017, Berlin

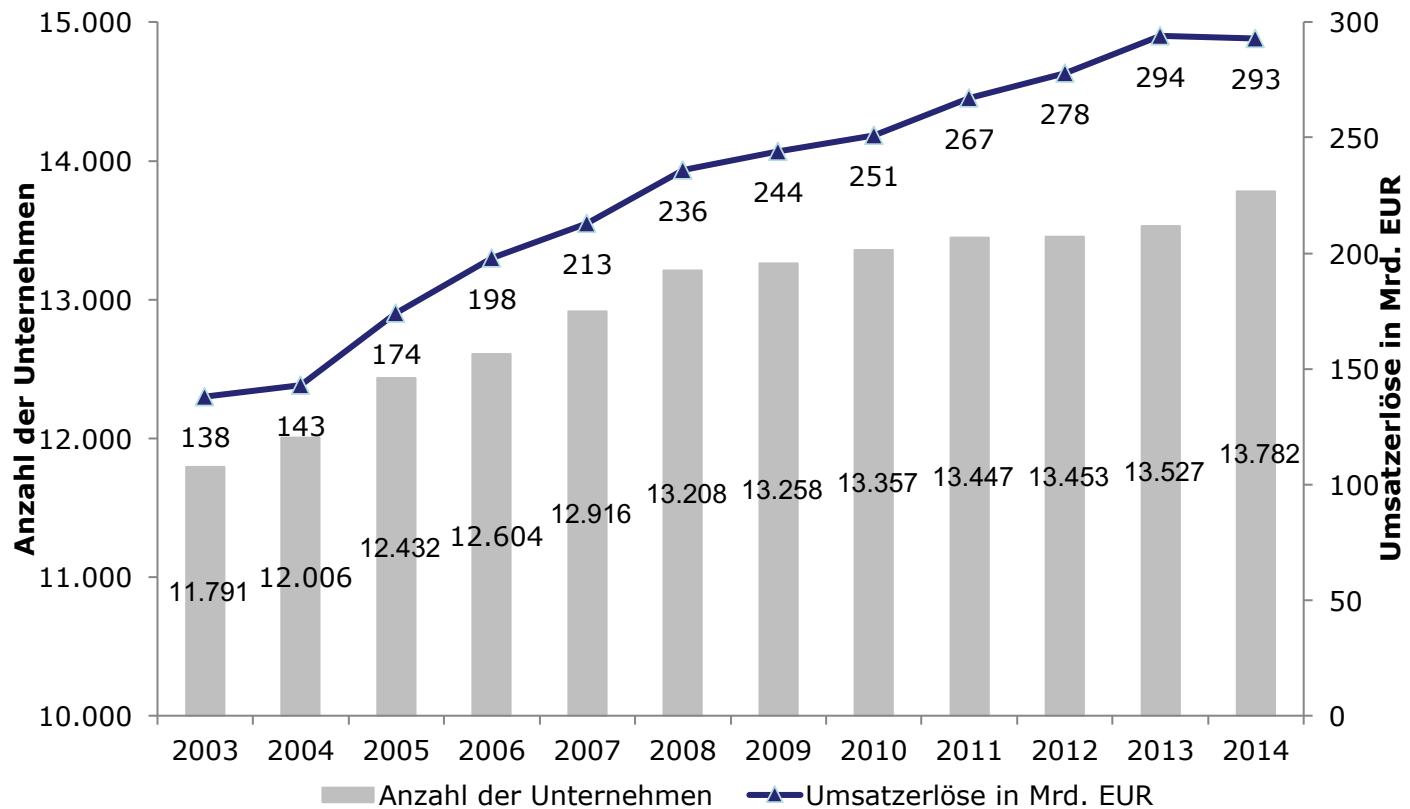
Monopolkommission

- Rekommunalisierung zuletzt Thema
- ... im vorletzten Hauptgutachten 2014
- ... in Sondergutachten, z.B. aktuell
 - Energie (6.10.2017): Konzessionsvergabe
 - Telekommunikation (November 2017): Konzessionsmodelle beim Breitbandausbau

Trend zur Rekommunalisierung

- Rückerwerb zuvor privatisierter Unternehmen
- Rückübernahme von Leistungserstellungen
- Neue Tätigkeiten (etwa im Bereich der Telekommunikation)
- Aktuelle Diskussion – siehe zuletzt „Bündnis fairer Wettbewerb“
- Anzahl und Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen steigen

Anzahl und Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen steigen



- 1. Verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenbedingungen**
- 2. Ökonomische Theorie und Empirie: Wann ist eine kommunale Betätigung wohlfahrtssteigernd?**
- 3. Fazit: ordnungspolitische Konsequenzen**

1. Verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenbedingungen

- Grundgesetz / vorrangiges Unionsrecht
- Horizontal / sektoral
- Schützend / einschränkend

Tenor: geringe Steuerungsvorgaben

1.1. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

1.1.1 Kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG

- „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“
- Besser: Art. 83 Abs. 1 Bayerische Verfassung?
 - „die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft“
 - Aber auch: „Einrichtungen zur Sicherung der Ernährung“
- Tendenz: Entörtlichung der Probleme der Energieversorgung
- Entsprechende Interpretation der Verfassung

1.1. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

1.1.1 Kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG

- Schutzwirkung überschaubar bei „Wegzoning“
- Beispiel: keine Inhouse-Vergabe nach § 46 EnWG
- D.h. keine Make-Entscheidung der Kommunen (Ausschreibungspflicht!)
- Gewährleistungsverantwortung/Steuerung im Rahmen der Vergabe
- Beteiligung als Bieter

Zwischenfazit: geringe Eingriffswirkung – Rechtfertigung möglich („im Rahmen der Gesetze“)

1.1. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

1.1.2 Telekommunikation, Art. 87f GG

- Abs. 2 S. 1: „privatwirtschaftliche Tätigkeiten“
- keine verwaltungsmäßige Erbringung
- Tätigkeit von Zweckverbänden oder Kommunen nur als unternehmerisches Handeln
- Konflikt mit kommunalwirtschaftlichen Vorgaben

Zwischenfazit: schmaler Grat für Kommunen

1.2. Unionsrechtliche Rahmenbedingungen

1.2.1 Eigentumsrechtliches Neutralitätsgebot, Art. 345 AEUV

- „Ob“ kommunaler Wirtschaftsbetätigung mitgliedstaatliche Entscheidung

1.2.2 Mittelbare Schranken des „Wie“ aus...

- ...Beihilfenrecht
- ...Wettbewerbsrecht
- ...Grundfreiheiten

2.1. Ökonomische Theorie und Empirie

Wann ist eine kommunale Betätigung wohlfahrtssteigernd?

- Wohlfahrtsökonomisches Referenzmodell:
Wettbewerbsmarkt mit privaten Unternehmen
- Metastudien: private Unternehmen effizienter als öffentliche
Shleifer, 1998; Megginson & Netter, 2001; Shirley & Walsh, 2001; Cavaliere & Scabrosetti, 2008; Shapiro & Globerman, 2012 etc.
- Anders ggfls: Marktversagen, insbes. natürliches
Monopol/Infrastrukturen

2.1. Ökonomische Theorie und Empirie

- Drei grundlegende Regime bei natürlichen Monopolen/Infrastrukturen
 - (1) Ausschreibung -> Wettbewerb um Monopolmarkt
 - (2) Hoheitliches Angebot -> z.B. durch Kommunalunternehmen

und/oder
 - (3) Regulierung/Effizienzanreize -> Regeln zwingen Monopolanbieter zu Effizienz

2.1. Ökonomische Theorie und Empirie

- Studienlage: wann (2) effizienter, unklar
Lafont & Tirole, 1991; Shapiro & Willig, 2000; Kwoka, 1993 & 2005; Fumagalli, Garrone & Grilli, 2007; Bel & Warner, 2008 & 2010
- Pro (2)
 - Ansprüche schwer vertraglich zu steuern, daher (1/3) schwierig
 - Innovationen eher unerheblich
 - Keine signifikanten Größen- und Verbundvorteile

3. **Fazit: Ordnungspolitische Konsequenzen (1) – horizontal**

- Aber in jedem Fall: Kontrolle kommunaler Wirtschaftsbetätigung
 - Mehr Transparenz
 - Offenlegung sämtlicher Finanzbeziehungen
 - Veröffentlichung wichtiger Erfolgskennziffern
 - Darlegung des öff. Zwecks + öff. Wertschöpfung einer Beteiligung
 - Stärkung der Gebühren/Entgeltaufsicht
 - Verpflichtung zur Veröffentlichung standardisierter Erlöse
 - Eröffnung der Anwendung des Kartellrechts

3. Fazit: Ordnungspolitische Konsequenzen (2) – sektoral (1)

- Wassersektor
 - Keine „Flucht ins Gebührenrecht“
 - Mindestens: Erlös-Benchmarking/Transparenz
 - Ferner: Kartellrecht
 - Besser: Anreizregulierung

3. Fazit: Ordnungspolitische Konsequenzen (3) – sektoral (2)

- Konzessionen im Stromsektor = Regime (3) + (1)
 - Keine Inhouse-Vergabe
 - Netzmärkte: kaum Gestaltungsspielräume
 - Aber: Ausschreibung hohe Transaktionskosten
 - Sinnvolles Zuschlagskriterium
 - Abschlag vom Netznutzungsentgelt

3. Fazit: Ordnungspolitische Konsequenzen (4) – sektoral (3)

- Konzessionen im Telekommunikationssektor? Nein!
 - Behindert Infrastrukturwettbewerb
 - Hoher bürokratischer Aufwand
- Keine verwaltungsmäßige Leistungserstellung
- Öffentliche TK-Unternehmen i.O.
- Fördermittel im Wettbewerb vergeben

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht,
Infrastrukturrecht und Informationsrecht

Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Regensburg

Mitglied der Monopolkommission

E-Mail: Juergen.Kuehling@jura.uni-regensburg.de

Homepage: www.lehrstuhl-kuehling.de

Nachweise

- Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2014), Kapitel V – Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung
- Der Ausschluss der Inhouse-Vergabe von Energiekonzessionen nach der Novellierung von § 46 EnWG im Mehrebenensystem, EnWZ 2017, S. 99 – 106 (gemeinsam mit Martin Seiler)