

Wettbewerbsrechtliche Konsequenzen der Rekommunalisierung der Energieversorgung

Workshop zum Energierecht 5. Oktober 2009

Institut für Energie- und Regulierungsrecht
Berlin e.V.

Langjährige Praxis der Zulassung von Minderheitsbeteiligungen

„Die deutschen und europäischen Kartellbehörden haben in der Entscheidungspraxis der letzten Jahre die Bildung eines asymmetrischen Oligopols mit zwei führenden Anbietern (RWE AG und E.ON AG), die nahezu 75 % der Stromerzeugung auf dem deutschen Markt kontrollieren, zugelassen in der Erwartung,

dass es neben dem Zusammenschluss EnBW/EdF auch zur Bildung einer neuen nordostdeutschen Kraft auf dem deutschen Strommarkt kommen werde. Die Bildung einer solchen dritten und vierten Kraft fördere den Wettbewerb und kompensiere die nachteiligen Wirkungen der beiden Megafusionen VEBA/VIAG und RWE/VEW. (...)

Zwei „Elefantenhochzeiten“

So muteten die Kartellbehörden der aufkeimenden Pflanze Wettbewerb zwei Elefantenhochzeiten der vier größten deutschen Verbundunternehmen zu und **genehmigten gesellschaftsrechtliche Beteiligungen der beiden führenden Oligopolunternehmen an Stadtwerken im ganzen Land.**

**Inzwischen sind mit Billigung des
BKartA an 240 (das entspricht 40
%) der kommunalen Eigen-
gesellschaften Großunternehmen
aus den vorgelagerten
Wirtschaftsstufen beteiligt.“**

(ersten Sätze aus dem Aufsatz *Säcker/Boesche*, Die Beurteilung vertikaler Fusionen im Energiesektor, BB 2001, S. 2329)

„Allein die Thüga AG, eine 60%ige Tochtergesellschaft des E.ON-Konzerns, hat an 120 (Stand 2001) Stadtwerken Minderheitsbeteiligungen erworben.“

(*Säcker/Boesche*, BB 2001, S. 2329 f.)

„Thüga“

Nicht jeder kennt die Thüga, obgleich einer der größten Energieversorger. Name steht längst nicht auf allen Rechnungen der Haushaltskunden, hinter denen die Thüga steckt. In der Thüga ist E.ON über Minderheitsbeteiligungen **an 110 (Stand 2009) Stadtwerken beteiligt** (Mehrheit an Stadtwerken halten jeweiligen Städte/Gemeinden), = 3,5 Mio. Strom- und 2,9 Mio. Gaskunden = 20 % des Erdgas- und 6 % des Strommarkts.

Selbstbefreiung der an den Thüga-Töchtern beteiligten Kommunen

Diese Zahlen helfen die Dimension des Erwerbs des größten Stadtwerke-Netztes Deutschlands durch ein Konsortium kommunaler Unternehmen, darunter die Mainova AG, einzuschätzen.

Weitere aktuelle Beispiele

Mainhardt Wüstenrot, Regionalwerk Bodensee, Stadtwerke Mühlheim-Staufen, Stadtwerke Uetersen, Schmalkalden und Springe, Hochsauerland Energie GmbH, Hamburg Energie (Vertrieb „grünen“ Stroms“), in Leipzig Privatisierung des Stadtwerks durch Bürger verhindert. Schon 2003 Stadtwerke Dortmund und Bochum rekommunalisiert.

„Wird die Entscheidungspraxis des BKartA fortgesetzt und Beteiligungen in Form von vertikalen Vorwärtsintegrationen weiterhin schrankenlos zugelassen, ist das Binnenmarktziel der Verwirklichung wirksamen Wettbewerbs auf dem Energiemarkt gefährdet.“

(Säcker/Boesche, BB 2001, S. 2329 ff.)

Es sei daher notwendig, dass die Zulassung von Minderheitsbeteiligungen **sorgfältiger als im letzten Jahr (2000!) daraufhin überprüft werden**, ob sie nicht als Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne der Rechtsprechung des BGH gewertet und infolge dieser Wertung untersagt werden müssen.

(Säcker/Boesche, BB 2001, S. 2329 ff.)

Konzentrationsgrad durch Minderheitsbeteiligungen

- Im Jahr 2000 betrug Zahl der Strom-EVU mit Minderheitsbeteiligungen von RWE und E.ON: 125
- Mittlerweile auf mehr als 200 angewachsen
(vgl. BKartA, EnBW/EWE Beschl. 6. 7.2009, B8-96/08, Tz.65, 67)
(zum Vergleich EnBW im Jahr 2000: unter 20, im Jahr 2008: unter 40 = < 1/5 der Minderheitsbeteiligungen von RWE/E.ON
(BKartA EnBW/EWE Tz. 66 f., RWE/SaarFerngas, S. 41)
= nach späten heutigen (!) Ansicht des BKartA
wesentliches Merkmal für fehlenden Wettbewerb
und tatsächliches Parallelverhalten (Tz. 66)

Monopolkommission

Sondergutachten Strom und Gas 2009

- Auch die Monopolkommission hat in der Vergangenheit Kritik an der Praxis des BKartA geäußert, Minderheitserwerbe von marktbeherrschenden Vorlieferanten an Weiterverteilerkunden freizugeben.
- Vielzahl von Zusammenschlüssen unter Spürbarkeitsgrenze könnten denselben Effekt haben wie Fusionen über der Grenze.

(Sondergutachten Tz. 467; Hauptgutachten 2004/05 Tz. 527)

Monopolkommission: Gesamt- statt Mengenbetrachtung

- Monopolkommission wies bereits in ihrem 1. Hauptgutachten „Mehr Wettbewerb ist möglich (1973-1975)“ darauf hin, dass der Aufkauf kleiner und mittlerer Unternehmen der nachgelagerten Marktstufe in seiner Bedeutung nicht isoliert erfasst werden dürfe.
- Im Sondergutachten 2009 hält sie daran fest: es bedürfe einer wirtschaftlichen Gesamt- statt Mengenbetrachtung in Einzelfällen.

Verflechtungen 2001: E.ON

„E.ON beherrscht über ihre Töchter nahezu die gesamte Regionalversorgung von vier Bundesländern: **Bayern** (EVO), Niedersachsen (Avacon, in die die HASTRA mit einer PreussenElektra Beteiligung von über 57 % eingegangen ist; EMR, an der E.ON mit 25 % beteiligt ist), **Schleswig-Holstein** (Schleswag) und **Thüringen** (TEAG) sowie **Teile Brandenburgs** (z. B. e.dis, EVP).

Verflechtungen 2001: RWE

RWE/VEW hat sein Einflussgebiet von **Nordrhein-Westfalen** aus durch Beteiligungen an den lokalen Stromversorgungsunternehmen auf die Bundesländer **Hessen, Sachsen** (Energieversorgung Halle, Envia) und **Teile Bayerns** (Lech Elektrizitätswerke) ausgedehnt.“

(Säcker/Boesche, Die Beurteilung vertikaler Fusionen im Energiesektor BB 2001, S. 2329 ff.)

Rekommunalisierungsprozesse, die die Konzentrationswirkung hemmen

- I. Seit 2007 (sechs Jahre nach dem Aufsatz)
Abkehr von der vorherigen
Entscheidungspraxis des BKartA,
Minderheitsserwerbe freizugeben. Dies kann
eine sog. Rekommunalisierung zur Folge
haben.
- II. Sog. Rekommunalisierung im engeren Sinne
der Energieversorgung.

I. Entwicklung: Seit 2007 Abkehr von der behördlichen Entscheidungspraxis, Minderheitserwerbe freizugeben

- Seit 2007 betreibt BKartA eine strikte Untersagungspolitik bei Beteiligungen marktbeherrschender Vorlieferanten an Weiterverteilern.
- Untersagungen, Aufgabe des Vorhabens nach Äußerung behördlicher Bedenken oder Freigabe mittels Zusagenentscheidung (EnBW/EWE Beschl. 6. 7.2009, B8-96/08, HarzEnergie/Stadtwerke Seesen, B8-124/06, RWE/Saar Ferngas B8-62-06, RWE/Krefeld B8-93-07, E.ON Avacon/Salzgitter B8-123/07; Untersagung BGH E.ON/Stadtwerke Eschwege, Nov. 08)

Folgen

- Zahl vertikaler Fusionen seitdem rückläufig
- **Rekommunalisierungstendenzen**, d.h. zunehmend Kooperationen und Zusammenschlüsse von Stadtwerken ohne Beteiligung großer Verbundunternehmen
- Durch Einkaufskooperationen → Einkaufskonditionen, die ansonsten nur große Verbundunternehmen gewährt bekommen → Wettbewerb auf nachgelagerten Stufe (Endkunden): Aufbau eines gewissen Wettbewerbsdrucks

Freigaben mittels Zugabenentscheidung

BKartA verlangt deutliche
Überkompensation der
Verslechterungswirkung des
Zusammenschlusses

(zuletzt EnBW/EWE Beschl. 6. 7.2009, B8-96/08; zuvor
RWE/Stadtwerke Krefeld-Neuss B8-93/07, E.ON
Avacon/Salzgitter B8-123/07, nicht freigegeben
RWE/Saar Ferngas B8-6/06; dazu Monopolkommission
Hauptgutachten 2006/07 Tz. 600 ff.)

II. Entwicklung: sog. Rekommunalisierung der Energieversorgung im engeren Sinne

Rekommunalisierung Begriffsklärungsversuch:

Die Übernahme der Anteile an EVN von Verbundunternehmen oder größeren marktbeherrschenden Regionalversorgern durch Kommunen (z.B. Eigenbetriebe, GmbH etc.)

Rekommunalisierung i. e. S.:

Gemeint ist die Übernahme von EVN durch Kommunen und Stadtwerke bei Auslaufen und Neuausschreibung von Konzessionsverträgen.

Abgrenzung: Das Halten der Mehrheit genügt nicht, da dies auch ohne Rekommunalisierung möglich ist.

Vorteile

- Einfluss auf energiepolitische Entwicklung vor Ort, z.B. Einbindung von dezentralen klimafreundlichen Erzeugungsanlagen.
Voraussetzung: Kommune übernimmt auch die Energieversorgung, da Anteil des EE-Stroms beim Kunden Sache der Stromlieferung (Vertrieb, nicht des Betriebs ist)
- Einnahmen: Reingewinn, KA, Verwaltungskostenbeitrag, Gewerbesteuer (sonst nur KA und Gewerbesteuer)
- Ggf. Einsparpotential durch steuerlichen Querverbund, alle Versorgungsleistungen in einer Hand

Weitere Vorteile

- „Herr im eigenen Haus“, „kurzen Draht“ beim Tagesgeschäft z.B. bei Maßnahmen im Zshg. mit Leitungsumlegungen
- Volle oder verminderte KA wird durch Stadtwerke selbst entschieden
- Emotionale Verbundenheit der Bürger und Kunden
- Schaffung von Arbeitsplätzen

Vorteile bei Kooperationsvereinbarungen mehrerer kommunaler EVU

- Bündelung des Einkaufs, günstigere Konditionen → stärkere Nachfragemacht als einzelnes Stadtwerk
- Know-how Bündelung
- Gemeinsame Plattform für Strom-/ Gaseinkauf, Strombezug aus erneuerbaren Anlagen, Etablierung von Smart Metering-Systemen

Bsp. Thüga (110 kommunale EVU), Trianel (70 kommunale EVU)

Risiken

- Bekanntmachungspflichten: keine Vertragsverlängerung ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung, § 46 Abs. 3 EnWG (2 Jahre im Voraus, bei vorzeitigen Vertragsverlängerung: Neuabschlussverbot von 3 Monaten nach Bekanntmachung)
- Bei Verstoß: Gefahr der Bewertung als Missbrauch mb. Stellung §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, u. U. § 20 GWB, Untersagung nach § 32 GWB bzw. Belegung mit Geldbußen, § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB oder Nichtigkeit der Konzessionsverträge bei Auslegung als Verbotsgesetz (unwirksame Verlängerungswelle zwischen 2002-2004?)

Weitere Risiken

- U. U. lange Verfahrensdauer, bis zu 4 Jahren, Streit vor allem über Höhe des „Sachzeitwerts“* (= Preis, den das Netz kosten würde, wenn es heute errichtet würde. Seit 2005 nur für Netz, keine Kundenübertragung), Folge: „Vorbehaltskäufe“ - nicht Übertragung unter VB, nur Höhe des Kaufpreises, z.B. Stadtwerke Wolfshagen, keine Verlängerung des KV mit E.ON, Streit von 2002-2006
(* EuGH Kaufering-Urt. 16.11.1999: Ertragswert = äußerster Betrag, der aus Sicht eines Käufers unter Berücksichtigung der sonstigen Kosten der Stromversorgung und zu erwartender Erlöse aus dem Stromverkauf für den Erwerb des Netzes kaufmännisch oder betriebswirtschaftlich vertretbar erscheint. Welchen Preis würde wirtschaftlich vernünftiger VNB zahlen)
- Integration der Kunden- und Netzdaten kann aufgrund verschiedener Systeme schwierig sein

Weitere Risiken

- Unzureichende Investition, vernachlässigte Netzqualität
- Aufwendige Entflechtung der Netze
(z.B. Dauer 1 Jahr bei Gasnetzübernahme durch die Stadtwerke Überlingen von dem Gas- und E-Werk Singen = Thüga-Tochter)
- Kosten der Netzübernahme müssen mit künftigen Netzentgelterlösen erwirtschaftet werden, diese unterliegen der Regulierung (Festlegung von Erlösobergrenzen)
- Wert der KA sinkt durch zunehmende Umdefinition von Tarif- in Sondervertragskunden
- Einschränkung bzgl. wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen und begrenzte Zuteilung finanzieller Mittel → geringe Spielräume bzgl. Verwaltungshaushalts

Aktuell:
BGH-Urteil v. 29. September 2009
AZ.: EnZR 14/08 und 15/08

Weitergehende Ansprüche aus einer Endschaftsklausel auf Eigentumsübertragung an den Verteilungsanlagen in älteren Konzessionsverträgen bleiben von der neueren gesetzlichen Regelung in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG unberührt. Die Gemeinden können diesen Anspruch auf Eigentumsüberlassung aus Endschaftsklauseln an den neuen Konzessionsträger abtreten.

Pressedarstellung z. T. unzutreffend

„Zahlreiche Kommunen können demnächst die Strom- und Gasversorgung wieder in die eigene Hand nehmen. Das ist die Konsequenz aus einem Urteil des BGH...“

(Allgemeiner Tenor in der Presse, u. a. FAZ
30.9.2009)

= unzutreffende Wiedergabe der BGH-Entscheidung

1. Dies folgt nicht aus dem Urteil, sondern nur Fortgeltung einer „alten“ vertraglichen Pflicht.
2. Kommunen konnten dies seit jeher! Die Vergabe der Konzessionen an private Unternehmen erfolgte ohne rechtlichen Zwang aus zweierlei Gründen: nach der Devise „Privat besser als Staat“ und weil Verbund- und Regional-EVU nicht selten „Bonbon“ für Neuabschlüsse/Verlängerung der Konzessionsverträge mit 20 jähr. Laufzeit KA-Erhöhung, Modernisierung der Straßenbeleuchtung, „stadiwirtschaftliche Aktivitäten“ („normales Behübschungsprogramm“) boten.

„Alte“ Bsp. für Rekommunalisierung aus den 90er Jahren des 20. Jhdts.

- Ca. 80 Übernahmen der Stromnetze durch Kommunen von den Verbund- und Regional-EVU zwischen 1980 und 1995
- 1991: Gemeinde Bordesholm (7.000 Einwohner) erwarb das Stromnetz von der Schleswig
- 1996: Stadtwerke Duisburg, Stadt Detmold, Stadtwerke Troisdorf, Schönau

(*Steckert*, Rekommunalisierung der Energieversorgung? RdE 1996, 94 ff.; *Wolf*, Rekommunalisierung aus der Sicht der energie- und kartellrechtlichen Preisprüfung, RdE 1994, 98 ff.)

Keine grds. Aussage des BGH zum Begriff der „Überlassung“

Dazu, ob die gesetzliche Regelung
durch eine bloße Verpachtung erfüllt
werden kann, sagt der BGH

ausdrücklich nichts!

(Pressemitteilung BGH)

In den Berichten der Presse wird dies ebenfalls
z. T. missverständlich reflektiert.

Man kann das höchstinstanzliche Schweigen bedauern,
ein ausdrückliches „Offenlassen“ lässt sich aber nicht in
eine positive Aussage umdeuten.

Begriffsverständnis „Überlassung“

§ 46 Abs. 2 S. 2 EnWG

„Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte **verpflichtet**, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung **zu überlassen.**“

Eigentumsübertragung oder schuldrechtliche Überlassung auf Zeit?

- BGH Urt. v. 29. 09. 2009: offen gelassen
- OLG Schleswig-Holstein Urt. v. 10.01.2006: Pflicht zur Eigentumsübertragung
- 2 Urteile LG Darmstadt v. 24.04.2007: Keine Pflicht zur Eigentumsübertragung, anderweitige Möglichkeit der Zur-Verfügung-Stellung, z.B. Pacht
- 2 Urteile OLG Frankft./M. v. 29. 01. 2008, Az. 11 U 19/07 (KRT) und 11 U 20/07 (KRT): kein Eigentumsübertragungsanspruch

Wettbewerbswirkung nur bei Übereignung?

- „Keinen Wettbewerb um Netze, wenn sie nur verpachtet werden dürfen.“
(Matthias Albrecht, BBH, FAZ 30. 9. 2009)
- Bedürfte genauerer Untersuchung, grundsätzlich dürften die Auswirkungen auf den Wettbewerb aber die gleichen sein.

Potential: Wettbewerbswirkung der „Rolle rückwärts“?

2009: 58 % der Bürger wollen lieber von
Stadtwerken mit Strom versorgt werden
(Quelle: VKU).

54 % der von dem Marktforschungsinstitut
Trendresearch befragten Kommunen und
Stadtwerke beantworteten die Frage, ob sie die
Rekommunalisierung von
Versorgungsleistungen schon einmal in
Erwägung gezogen haben mit „Ja“

(Quelle: trendresearch, Trendstudie „Rekommunalisierung der
Versorgung?“ 2009, S. 8)

Mehr Wettbewerb durch Befreiung von Minderheitsbeteiligung und Rekommunalisierung?

- Der Prozess der „Befreiung“ von den Minderheitsbeteiligungen der großen Verbundunternehmen hat wettbewerbsbelebende Wirkung: es entstehen neue Energieversorgungsunternehmen.
- Ausmaß: relativ gering, solange einzelne Kommunen selbständig bleiben (hat andere Vorteile), spürbarer bei Zusammenschlüssen / Kooperationen von Kommunen

Da jede wettbewerbsrelevante Beteiligung eines Verbundunternehmens an einem Verteilerunternehmen die bestehenden Marktstrukturen verfestigt, wird das Auflösen dieser Bindung jedenfalls diese Verfestigung nicht weiter fortschreiben. In ihrer Summe vermag sie zur Wettbewerbsbelebung beitragen.

- Eine Unabhängigkeit der weiterverteilenden Nachfrager kann nur erwartet werden, wenn diese gesellschaftsrechtlich nicht mit der Anbieterseite verbunden sind.
- Die Minderheitsbeteiligung bewirkt einen Anpassungsdruck in Richtung auf eine Konformität mit den vom Minderheitsgesellschafter erwarteten Verhaltensweisen. Dieser Effekt wird zumindest teilweise beseitigt.

Z. B. ändert sich an der Abhängigkeit der Verteilerstufe von dem Erzeugerinteresse durch die Rekommunalisierung grds. nichts. Es sei denn, es wird zunehmend auf die Stromerzeugung aus dezentralen Anlagen gesetzt, dann kann sich auch insofern eine größere Unabhängigkeit und ein stärkerer Wettbewerb einstellen.

Grundsätzliche Überlegung zu 20jährigen Konzessionsverträgen

Der Abschluss von Verträgen mit Laufzeiten von 20 Jahren behindert die zügige Etablierung neuer Marktteilnehmer und erhöht gleichzeitig ihre wettbewerblichen Risiken

(vgl. trendresearch S. 16 Bewertung als Risiko einer Rekommunalisierung)

Hohe KA → geringere Wechselquote → geringer Wettbewerbsdruck (unabhängig von Rekommunalisierung)

Forderung höherer KA auch von neuen Wettbewerbern, die nur Sondervertragskunden haben = missbräuchlich

(BKartA 21.09.2009, B10-11/09)

Tendenzen für eine stärkere Kommunalisierung

- Fortschreiten der Praxis des BKartA
Freigabeentscheidungen unter Auflagen und
Verhinderung weiterer Minderheitsbeteiligungen
- 2009 neu ausgeschriebene
Konzessionsverträge: 700, bislang allerdings nur
ca. ein Dutzend an neue Anbieter (Spiegel-Online v.
11.08.2009: Kommunen erobern Energieversorgung zurück)
- Bis 2016 enden in fast allen Kommunen die
Verträge über die Vergabe von Konzessionen

Wettbewerb um Konzessionen

- Verbundunternehmen (KA 200-300 Mio. € pro Unternehmen),
- Regionalversorger/große Stadtwerke (KA 20-100 Mio. € pro Unternehmen),
- Kleine/mittlere Stadtwerke (KA < 20 Mio. € pro Unternehmen)

→ jeweils 1/3 Anteil am Konzessionsmarkt

(Quelle: trendresearch, Trendstudie „Rekommunalisierung der Versorgung?“ 2009, S. 8)

Wettbewerbsintensität im Bereich der Konzessionen

- 2009: 19% Kommunen, EVU, VNB bewerten Wettbewerbsintensität als sehr hoch, 28 % stufen sie als niedrig bzw. sehr niedrig ein
- 2020: 40 % als sehr hoch, nur noch 8 % stufen sie als niedrig bzw. sehr niedrig ein

(Quelle: trendresearch, Trendstudie „Rekommunalisierung der Versorgung?“ 2009, S. 8)

Entstehen einer fünften, sechsten, usw. Kraft?

- 1361 VKU-Betriebe in Deutschland, Beschäftigte 223.000, **Umsatz 2008: knapp 72 Mrd. € = höher als E.ON-Umsatz (68,5 Mrd. €)**
(Spiegel-Online v. 11.8.2009, Kommunen erobern Energieversorgung zurück)

Bei Zusammenschluss entstünde neue 1. Kraft (= illusionär)

Thüga in jetziger Formation (Umsatz 16,4 Mrd. €) wäre 3. Kraft, wenn bilanzrechtlich wie ein Konzern behandelt würde

- 3. und 4. Kraft unverändert EnBW/EdF und Vattenfall
- Nach Vollzug der Thüga-Transaktion (voraus. Dez. 2009) entsteht eine 5. Kraft
- Mögliche 6. Kraft mit größerem Abstand: Trianel

- Folge der Rekommunalisierung:
Entstehung vieler kleiner neuer
dezentraler Kräfte, nur bei
Zusammenschlüssen größeren Ausmaßes
wird Nähe zu den großen Vier erreicht
werden können mit stärkerer
Nachfragemacht

**Herzlichen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**

Dr. iur. Katharina Vera Boesche

E-Mail: katharina.boesche@fu-berlin.de