

Gemeinsame Stellungnahme zum XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission 2010/2011 „Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen“ vom 6. Juli 2012

14. September 2012

I. Zusammenfassung der Positionen

Der Deutsche Städtetag (DST), der Deutsche Städte- und Gemeindebund (DStGB) und der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) danken dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie für die Möglichkeit, zu den im XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission (BT-Drs. 17/10365 vom 20.07.2012) vorgebrachten Positionen Stellung zu beziehen. Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen positionieren sich zu den Äußerungen der Monopolkommission wie folgt:

1. Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen lehnen eine Anwendung des Kartellrechts auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge ab und unterstützen die Forderung des Bundesrates nach einer entsprechenden gesetzlichen Klarstellung im GWB.

2. Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen lehnen die Forderung nach einer sektorspezifischen Regulierung der Wasserversorgung ab. Ungeachtet der hohen Verbraucherezufriedenheit würde eine Regulierung sowohl in die etablierten und funktionierenden Strukturen der Trinkwasserversorgung als auch in die demokratisch legitimierten Institutionen als Vertreter der Verbraucher vor Ort eingreifen. Eine Regulierung ist zudem neben den funktionierenden Regimen der Entgeltkontrolle für Preise und Gebühren nicht erforderlich und kann das vielfältige Zielspektrum der Trinkwasserversorgung, das neben Wirtschaftlichkeit vor allem den Anforderungen an hohe Qualitätsstandards, Nachhaltigkeit und Versorgungssicherheit gerecht werden muss, nicht ausreichend berücksichtigen. Darüber hinaus muss weiterhin kritisch hinterfragt werden, inwieweit eine Regulierung im Lichte der zu erwartenden Transaktionskosten und des davon beeinflussten Kosten-Nutzen-Verhältnisses sinnvoll erscheint.

3. Die Positionierung der Bundesregierung, die der Forderung der Monopolkommission nach einer sektorspezifischen Regulierung der Wasserversorgung bereits in ihrer Stellungnahme zum XVIII. Hauptgutachten eine klare Absage erteilte, hat aus Sicht von DST, DStGB und VKU aufgrund der unveränderten Sachlage damit auch weiterhin Bestand.

4. Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen teilen die Einschätzung der Monopolkommission, dass Benchmarking ein geeignetes Instrument zur Initiierung von Leistungsverbesserungen in der Wasserwirtschaft darstellt. Ergebnisse zeigen, dass Benchmarking durch die Aktivitäten der Branche eine stetige Weiterentwicklung erfährt und den Unternehmen dadurch regelmäßig die Identifikation von Verbesserungspotential und die Realisierung der dafür erforderlichen Maßnahmen gelingt.

5. Mit Blick auf die erreichten Erfolge von Benchmarking weisen DST, DStGB und VKU die Aussage der Monopolkommission zurück, die Mehrzahl der Wasserversorger stünden dem Instrument kritisch gegenüber. Vielmehr zeigt sich die Branche in der Praxis deutlich aktiver, als dies von der Monopolkommission wahrgenommen wird. Freiwilliges Benchmarking fördert die Weiterentwicklung und Verbesserung des Einzelnen und der gesamten Branche innerhalb eines geschützten und einer Diskussion dienenden Raumes. Die Forderung nach einer Teilnahmeverpflichtung ist daher als wenig zielführend einzuschätzen.

6. Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen begrüßen die sich mit der Einschätzung der Monopolkommission weitgehend deckende Klarstellung durch den BGH, dass zur Feststellung eines potentiellen Preismissbrauchs von Wasserversorgungsunternehmen verschiedene Prüfmethode durch die Kartellbehörden Anwendung finden können. Entscheidend für die Verwendung eines Prüfkonzepes ist eine sachgerechte Ausgestaltung durch die Kartellbehörden, wobei die Besonderheiten der Wasserversorgung und die Gegebenheiten des betrachteten Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Für mehr Transparenz und Nachvollziehbarkeit des kartellbehördlichen Vorgehens bedarf es zudem einer Offenlegung der Kriterien und Maßstäbe, die innerhalb der verwendeten Prüfkonzepes zugrunde gelegt werden.

7. Mit Blick auf die Aktivitäten der Markttransparenzstelle teilen die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen die Ansicht der Monopolkommission, dass die Zielsetzung eine effektive und effiziente Zusammenarbeit auf nationaler und internationaler Ebene sein soll, um den Aufwand für Unternehmen so gering wie möglich zu halten. Anforderungen an die Datenmeldungen sollten dabei grundsätzlich nicht über die REMIT hinausgehen.

8. Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen unterstützen den Vorschlag, die Tätigkeit der Markttransparenzstelle nach drei Jahren einer Evaluation zu unterziehen und nur im Falle einer positiven Evaluierung zu verlängern. Abgelehnt wird in diesem Zusammenhang allerdings, dass die von der Markttransparenzstelle erhobenen Daten der Monopolkommission ohne berechtigten Grund zur Verfügung gestellt werden.

9. Die im Gutachten zur Sonderauswertung Energie vorgebrachten Aussagen zur Höhe der von kommunalen Energieversorgungsunternehmen im Rahmen von Grundversorgungsverträgen erzielten Margen halten DST, DStGB und VKU für wenig aussagekräftig und damit weder für zielführend noch der Realität entsprechend. Die im Rahmen der Untersuchungen vorgenommene Marktabgrenzung, nämlich die Grundversorgungsverträge separat zu betrachten, entspricht nicht den heutigen wettbewerblichen Gegebenheiten und sollte überdacht werden.

10. Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen teilen die Auffassung der Monopolkommission, dass eine Weitergeltung des § 29 GWB den Wettbewerb auf den Energiemärkten eher behindert als fördert. Im Rahmen der GWB-Novelle sollte deswegen

auf eine Verlängerung der Anwendung des § 29 GWB verzichtet werden. DST, DStGB und VKU sehen ebenso wie die Monopolkommission keine Veranlassung, den Anwendungsbereich des § 29 GWB durch Einbeziehung von Trinkwasser und Fernwärme zu erweitern. Wie für den Bereich der Trinkwasserversorgung ist allerdings auch für Fernwärme die von der Monopolkommission erwogene Regulierungslösung abzulehnen.

11. Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen begrüßen die kritische Analyse der Monopolkommission zu den Heizstromverfahren des Bundeskartellamtes und sehen sie als notwendigen Anstoß für das Bundeskartellamt, die bisherige Praxis zu überdenken.

12. Die kritische Betrachtung der Monopolkommission mit Blick auf die Praxis des Bundeskartellamtes, Erheblichkeitszuschläge in Preismissbrauchsverfahren abhängig von der Intensität des Restwettbewerbs zu berechnen, ist zu begrüßen. Aus Sicht von DST, DStGB und VKU muss in Preismissbrauchsverfahren daran festgehalten werden, dass nur erhebliche Preisüberhöhungen einen Missbrauchsvorwurf begründen.

13. Die Anforderungen an Konzessionsvergabeverfahren sind derzeit nicht hinreichend genau definiert und führen in der kommunalen Praxis zu Verunsicherung bei allen beteiligten Akteuren. Aufgrund der erheblichen Rechtsunsicherheiten sehen DST, DStGB und VKU dringenden Anpassungsbedarf der gesetzlichen Vorschriften des § 46 und § 48 EnWG. Entgegen der von der Monopolkommission geforderten stärkeren vergaberechtlichen Lösung sollte vor allem die Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens auch im Bereich der Energieversorgung durch den Gesetzgeber hervorgehoben und die Voraussetzungen für eine rechtssichere Netzübernahme geschaffen werden.

14. Bedauerlicherweise betrachtet die Monopolkommission die Regelungslandschaft des Raum- und Bauplanungsrechts losgelöst von der Rolle des Planungsrechts als Instrumentarium des Städtebaus zur Bewältigung bodenrechtlicher Spannungen. Nicht gesehen wird auch der Zusammenhang der städtebaulichen Einzelhandelssteuerung als ein Baustein der Stadtentwicklungspolitik. Die Gesamtaufgabe einer nachhaltigen, integrierten Stadtentwicklung wird nur ansatzweise erwähnt, und hätte weiterer Vertiefung bedurft. Der Einzelhandel (und seine Steuerung) kann in diesem System nicht isoliert betrachtet werden; neben seiner Versorgungsfunktion kommt ihm eine wichtige stadtgestalterische und soziale Funktion zu.

II. Ausführliche Bewertung nach Themenfeldern

1. Wasserwirtschaft

1.1 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren

Die Monopolkommission erneuert im XIX. Hauptgutachten ihre Forderung nach einem einheitlichen Kontrollrahmen für Preise und Gebühren in der Trinkwasserversorgung. Vor dem Hintergrund der BGH-Entscheidung im Fall „Zweckverband-Niederbarnim“ (KVR 9/11) begrüßt sie die Klarstellung, dass für die Anwendbarkeit des Kartellrechts allein die funktionale Einordnung der jeweiligen Tätigkeit, nicht jedoch die Organisationsform oder die rechtliche Form der Leistungsbeziehung von Relevanz ist. Aus Gründen der Rechtsklarheit empfiehlt die Monopolkommission in Verbindung mit der Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gesetzlich zu verankern, dass auch der rechtlichen Form nach hoheitliche, materiell aber wirtschaftliche Tätigkeiten unter den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen (Rn. 169, 414).

Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen lehnen eine Anwendung des Kartellrechts auf Gebühren ab und fordern eine entsprechende gesetzliche Klarstellung im GWB. Durch die für die Trinkwasserversorgung gegebene Eigenschaft eines natürlichen Monopols ist eine Kontrolle der Entgelte im Interesse der Verbraucher zwar angemessen, eine solche ist allerdings bereits heute auch über die kommunalpolitische Kontrolle vor Ort hinaus ausreichend gewährleistet. Die beiden durch den Gesetzgeber geschaffenen Entgeltmodelle für kommunale Leistungen der Daseinsvorsorge – nämlich Preise und Gebühren - stehen selbständig nebeneinander. Dies gilt auch für die langfristig bewährten Kontrollregime durch Kommunalaufsicht und Gerichte. Eine Ausdehnung der Kontrollmechanismen aus dem Bereich der Preise, nämlich die kartellrechtlichen Überprüfungen, auf die Gebühren ist daher weder notwendig noch geboten.

Im Ergebnis würde damit eine massive Einschränkung kommunalen Handelns in seinem Kernbereich, dem öffentlich-rechtlichen Tätigwerden, und der Kompetenzen der kommunalen Vertretungskörperschaften sowie der Länder erfolgen. Das in jedem einzelnen Bundesland ausgestaltete und im Interesse der Bürgerinnen und Bürger vor Ort funktionierende System der Kontrolle von Gebühren und Beiträgen würde für nachrangig erklärt und stattdessen der Kontrolle durch zentrale Behörden das Wort geredet. Auch würde sich eine solche Ausdehnung nicht alleine auf Trinkwassergebühren beschränken, weitere Kernbereiche kommunaler Daseinsvorsorge und öffentlicher Leistungserbringung wären unweigerlich mit betroffen.

Eine kartellrechtliche Kontrolle von Gebühren ist nicht zuletzt auch im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG sowie der kommunalen Finanzhoheit fraglich.

Städte, Gemeinden und kommunale Unternehmen halten daher zwar ebenso wie die Monopolkommission eine Klarstellung durch den Gesetzgeber für erforderlich. Jedoch sollte entsprechend der Forderung des Bundesrats (BR-Drs. 176/12 (Beschluss) vom 11.05.2012) und damit entgegen der Auffassung der Monopolkommission ausdrücklich im Gesetz veran-

kert werden, dass „in Bezug auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge [...] eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nicht statt[findet].“¹

1.2 Sektorspezifische Regulierung der Trinkwasserversorgung

Analog zu ihrem XVIII. Hauptgutachten (BT-Drs. 17/2600 vom 22.07.2010) erneuert die Monopolkommission in ihrem aktuellen Gutachten die Forderung nach einer sektorspezifischen Regulierung der Trinkwasserversorgung und begründet dies mit methodischen Problemen bei der effektiven Anwendung allgemeiner Missbrauchsvorschriften (Rn. 169.) und einer auf kartellrechtlicher Grundlage kaum möglichen Überprüfung der Trinkwasserpreise an Effizienzmaßstäben (Rn. 607). Sie verknüpft diese Erkenntnis insbesondere mit dem jüngsten Vorgehen des Bundeskartellamtes, das trotz umfassender Datenerhebung bei 39 Wasserversorgern zu lediglich zwei Verfügungen unterschiedlicher zeitlicher Reichweite geführt hat, ohne dass dabei unmittelbare Preissetzungsmaßstäbe für dritte Unternehmen abzuleiten wären.

Bereits 2010 unterstellte die Monopolkommission eine unzureichende Regulierung der Trinkwasserversorgung in Deutschland, ohne durch empirischen Befund belegen zu können, dass durch das natürliche Monopol der öffentlichen Wasserversorgung dauerhafte Überschüsse ohne entsprechende Preissenkungen realisiert werden, wodurch sich eine erweiterte Notwendigkeit regulatorischer Eingriffe erst begründen ließe.² Dennoch forderte die Monopolkommission den bestehenden Prüfraum durch eine Anreizregulierung zu ergänzen.

Die Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen lehnen die Forderung nach einer sektorspezifischen Regulierung der Wasserversorgung weiterhin ab. Gegen eine Anreizregulierung im Trinkwassersektor sprechen vor allem die nachfolgend aufgeführten Gründe:

- >> Die Trinkwasserversorgung ist in den Augen der Verbraucher durch eine sichere, qualitativ hochwertige Versorgung mit dem wichtigsten Lebensmittel zu einem angemessenen Entgelt charakterisiert. Die neusten Ergebnisse der Zeitreihenstudie zu Qualität und Image von Trinkwasser in Deutschland (TWIS) des Instituts für empirische Sozial- und Kommunikationsforschung (I.E.S.K.) bescheinigen den Wasserversorgern sogar ein wachsendes Vertrauen ihrer Kunden. Eine Anreizregulierung würde in das etablierte und funktionierende Gefüge der Trinkwasserversorgung eingreifen, könnte die vielfältigen und kleinteiligen Strukturen und deren lokale Besonderheiten und Anforderungen kaum ausreichend berücksichtigen und würde zudem den Rahmen kommunaler Handlungsalternativen einschränken. Dies ginge vor allem zu Lasten der politisch und legitimatorisch engen Bindung zwischen Trinkwasserversorgung und zugehöriger Kommune sowie deren demokratisch legitimierten Institutionen als Vertreter der Verbraucher vor Ort.

- >> Die Entgeltkontrolle bei der Trinkwasserversorgung funktioniert sowohl hinsichtlich der Preise als auch der Gebühren. Eine bundesweite Regulierung bringt demgegenüber keine Vorteile und ist schon deshalb nicht notwendig.

¹ BR-Drs. 176/12 (Beschluss) vom 11.05.2012, S. 19.

² Dazu umfassend *Lenk/Rottmann/Hesse/Fälsch*: Replik zur Drucksache 17/2006. Kompetenzzentrum Öffentliche Wirtschaft und Daseinsvorsorge, Universität Leipzig, 2010, S. 1 f.

- >> Eine Anreizregulierung kann das vielfältige Zielspektrum und die besonderen Eigenschaften bei der Bereitstellung des Gutes Trinkwasser kaum ausreichend berücksichtigen. Wirtschaftlichkeit und effiziente Aufgabenerfüllung haben für die Versorgungsunternehmen hohe Priorität. Gleichwohl geht eine singuläre Fokussierung auf Rentabilitätsziele letztlich zu Lasten einer nachhaltigen Aufrechterhaltung der wasserversorgungstechnischen Infrastruktur oder auf Kosten des Ressourcenschutzes. Aus übergeordneter Sicht ergibt sich daraus eine zweifelhafte Weichenstellung, die zum einen im Widerspruch zu den gesetzlichen Vorgaben des Wasserhaushaltsgesetzes steht und zum anderen langfristig nicht im Sinne des Verbrauchers sein kann.
- >> Weiterhin befasst sich die Monopolkommission nicht mit den von einer Regulierungslösung erwarteten Effizienzgewinnen und den damit verbundenen Informations-, Entscheidungs- und Überwachungskosten. Nur ein geringer Anteil der mit der Wasserversorgung verbundenen Kosten ist aufgrund der ausgedehnten Nutzungsdauern von regelmäßig mehr als 50 Jahren kurz- bis mittelfristig zu beeinflussen. Eine potentielle Regulierungsrendite fällt folglich vergleichsweise gering aus oder geht zu Lasten der langfristigen Unternehmensentwicklung, beispielsweise durch die Reduzierung von substanzerhaltenden Investitionen oder Vorsorgeleistungen. Dem gegenüber stehen die mit der Regulierung entstehenden Transaktionskosten bei Behörden und Unternehmen. Bei der Festsetzung von unternehmensindividuellen Preisobergrenzen müssen die Regulierungsbehörden sowohl strategische Erfordernisse als auch strukturelle Rahmenbedingungen der einzelnen Unternehmen berücksichtigen um Fehlanreize zu vermeiden. Der damit verbundene Datenbedarf dürfte mit erheblichen Erfassungskosten bei allen Beteiligten verbunden sein. Unter diesen Umständen ist kritisch zu hinterfragen, inwieweit eine sektorspezifische Regulierung im Lichte des zu erwartenden Kosten-Nutzen-Verhältnisses sinnvoll erscheint.

Erfahrungen aus anderen Ländern zeigen, dass die zentralisierte Erfassung und Optimierung von Betriebsdaten über eine Regulierungsbehörde mit einer Vielzahl komplexer Probleme einhergeht und im Zweifel wenig zielführend ist. So wendet sich die britische Regulierungsbehörde *Ofwat* jüngst von der zentralen Datenerfassung und -überwachung bei den Wasserversorgungsunternehmen ab, da sie mittlerweile davon ausgeht, dass daraus kein gesteigerter Nutzen für den Verbraucher entsteht.³ Vielmehr schätzt sie den Ansatz nunmehr als zu kosten- und ressourcenintensiv, wenig verbraucherorientiert und wenig geeignet zur Initiierung von Leistungsverbesserungen ein. Stattdessen plädiert *Ofwat* für eine stärkere Verlagerung der Verantwortung zu den Unternehmen, die diesbezüglich nun eigene Ansätze und Instrumente entwickeln sollen.

Zusätzlich weisen DST, DStGB und VKU auf die unveränderte Sachlage zur diesbezüglichen Forderung der Monopolkommission im Jahr 2010 hin.⁴ Mit Blick auf den funktionierenden Kontrollrahmen für Trinkwasserpreise erteilte die Bundesregierung (BT-Drs. 17/4305 vom 17.12.2010) der Forderung nach einer sektorspezifischen Regulierung der Trinkwasserversorgung bereits 2010 eine klare Absage. Sie verwies damals darauf, dass vor der Forderung

³ Vgl. *Ofwat: Regulatory compliance – a proportionate and targeted approach. A consultation.* Birmingham 2011.

⁴ Die ablehnende Position zur Forderung der Monopolkommission nach der Einführung einer sektorspezifischen Regulierung wurde bereits durch eine Replik der Universität Leipzig zum achtzehnten Hauptgutachten gestützt, die der Stellungnahme als Anlage beigelegt ist.

nach so weitreichenden Einschnitten in den ordnungspolitischen Rahmen eines Sektors zumindest „eine differenzierte Analyse der bestehenden Regelungen, eine umfassende wissenschaftliche Abschätzungen möglicher Folgen sowie eine sorgfältige Kosten-Nutzenabwägung“⁵ erforderlich sind. Dass dies durch die Monopolkommission mittlerweile erfolgt wäre, können die Verbände nicht erkennen. Weiterhin schienen der Bundesregierung die rein ökonomischen Erwägungen der Monopolkommission bei mangelnder Berücksichtigung von Aspekten des Umwelt- und Gesundheitsschutzes sowie der Versorgungssicherheit für zu kurz gegriffen. Aus Sicht der Städte, Gemeinden und kommunalen Unternehmen hat damit die ursprüngliche Positionierung der Bundesregierung auch weiterhin Bestand.

1.3 Benchmarking in der Wasserwirtschaft – geeignetes Instrument für mehr Effizienz

Die Monopolkommission erkennt an, dass von Benchmarking für die teilnehmenden Unternehmen Anreize zur Leistungsverbesserung ausgehen und das Instrument damit grundsätzlich geeignet erscheint, die Effizienz in der Wasserwirtschaft zu steigern (Rn. 614). Allerdings werden Benchmarkingprojekte durch die Monopolkommission oftmals lediglich zur Demonstration einer fehlenden Notwendigkeit zur Veränderung des Status-Quo wahrgenommen und so in ihrer eigentlichen Zielrichtung ins Gegenteil verkehrt. Zudem behauptet Sie, dass bisher nur einige Unternehmen Fortschritte durch die Teilnahme am Benchmarking erzielen konnten, während die Mehrzahl der Betriebe dem Instrument eher kritisch gegenüberstehe (Rn. 613). Um die Wirksamkeit von Benchmarking zu verbessern, regt die Monopolkommission eine verpflichtende Teilnahme, zumindest für einen Großteil der Wasserversorger, an. Sie kritisiert zudem die Vergleichbarkeit der in den verschiedenen Benchmarkingprojekten zugrunde gelegten Kennziffern (Rn. 615).

DST, DStGB und VKU teilen die Einschätzung, dass Benchmarking ein geeignetes Instrument zur Initiierung von Leistungsverbesserungen in der Wasserwirtschaft darstellt. Gemeinsam arbeitet die Wasserbranche an einer stetigen Weiterentwicklung des Instrumentes. Wie das Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011 dokumentiert, gelingt es den an Kennzahlenvergleichen und Benchmarkingprojekten „teilnehmenden Unternehmen regelmäßig, Effizienzsteigerungspotentiale zu identifizieren und konkrete Maßnahmen zu deren Realisierung zu entwickeln und umzusetzen.“⁶ Auch die Bundesregierung verweist bereits in Ihrer Stellungnahme zum 18. Hauptgutachten der Monopolkommission (BT-Drs. 17/4305 vom 17.12.2010) auf die durch die Branche ergriffenen Initiativen und Ansätze, die u.a. dem Ziel einer transparenteren Preisgestaltung dienen. Zu diesen und weiteren Zielen arbeitet die Branche im Rahmen der Modernisierungsstrategie aktiv an der stetigen Weiterentwicklung von Benchmarking und Kennzahlenvergleichen. Ersichtlich wird dies auch durch die von der Monopolkommission zutreffend erkannte Bandbreite bestehender Initiativen bis hin zum Prozessbenchmarking.

Wie jüngste Untersuchungen zeigen, lassen sich die Erfolge von Benchmarking klar belegen.⁷ Mit Hilfe von Benchmarking findet auf Ebene der fünf Leistungsmerkmale der Wasserwirtschaft – Wirtschaftlichkeit, Qualität, Versorgungssicherheit, Nachhaltigkeit und Kunden-

⁵ BT-Drs. 17/4305 vom 17.12.2010, Rn. 12.

⁶ ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU: Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011. Wvgw, Bonn 2011.

⁷ Dazu u.a. Möller/Bertzbach/Nothhaft/Waidelich/Schulz: Benchmarking in der Abwasserbeseitigung – eine Bestandsaufnahme. In: KA Wasser, Abwasser 59 (2012), Nr. 8 und 9.

zufriedenheit – ein kontinuierlicher Verbesserungsprozess statt. Über die Sicherung hoher Qualitätsstandards hinaus werden dadurch bestehende Effizienzpotentiale realisiert. Abseits von messbaren Leistungssteigerungen stehen zudem weitere Faktoren wie Netzwerkbildung, strukturierter Erfahrungsaustausch zwischen den Teilnehmern oder die aus den Ergebnissen insgesamt resultierende allgemeine Verbesserung von betrieblichen und technischen Prozessabläufen, die langfristig auch in die branchenweiten Standards Einzug halten.

Mit Blick auf die bisher erzielten Erfolge weisen DST, DStGB und VKU die Aussage der Monopolkommission zurück, die Mehrzahl der Wasserversorger stünden Benchmarking kritisch gegenüber. Die Behauptung geht an der Praxis vorbei. Angesichts der durch das Branchenbild belegten Teilnehmerzahlen einer Vielzahl von Benchmarkingprojekte⁸ zeigt sich die Wasserwirtschaft deutlich aktiver, als dies durch die Monopolkommission wahrgenommen wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es für mittlere und große Versorgungsunternehmen aus Kapazitätsgründen in der Regel einfacher möglich ist, regelmäßig am Benchmarking teilzunehmen. Dies heißt jedoch nicht, dass nicht auch die Vielzahl kleinerer Wasserversorger von den aus den Benchmarkingprojekten generierten Fortschritten und Erkenntnissen, die sich beispielsweise im wasserwirtschaftlichen Regelwerk manifestieren, profitieren. Vor diesem Hintergrund beurteilen die Verbände auch eine, wie von der Monopolkommission geforderte Teilnahmeverpflichtung als wenig zielführend. Der Erfolg von Benchmarking ist unmittelbar mit der Freiwilligkeit der Teilnahme und dem Austausch innerhalb eines geschützten und der Diskussion dienenden Raumes verknüpft. Die Identifikation von Effizienzsteigerungspotential lässt sich durch freiwillige Teilnahme der Unternehmen wesentlich besser erreichen, als durch Verpflichtung. Umgekehrt kann eine Teilnahmeverpflichtung die bestehenden Anreize zu einer diskussionsoffenen Teilnahme untergraben und die bisher erreichten Erfolge gefährden.

Über die sichtbaren Erfolge des Benchmarkings hinaus kann für eine weitere Steigerung von Wirksamkeit und Transparenz in der Wasserwirtschaft mit der Entwicklung von Kernkennzahlen ein einheitlicher Vergleichsrahmen über verschiedene Projekte hinweg sinnvoll sein. Die Branche arbeitet dazu aktiv an der Entwicklung und Erprobung eines solchen Kernkennzahlensets, das projektübergreifend einheitlich zur Erfassung wesentlicher Aspekte aus den fünf Leistungsmerkmalen dienen soll.

1.4 Maßstäbe der Trinkwasser-Preismissbrauchsaufsicht

Mit Blick auf die laufenden Preismissbrauchsverfahren im Bereich der Trinkwasserversorgung vertritt die Monopolkommission im Hauptgutachten die Ansicht, dass es keine prinzipiell vorzugswürdige Prüfmethode zur Feststellung eines Preismissbrauchs geben kann (Rn. 622) und stellt sich damit gegen die Auffassung des OLG Stuttgart, das im Verfahren „Wasserpreise Calw“ (Az. 201 Kart 2/11) die Kostenprüfung gegenüber dem Vergleichsmarktprinzip als nachrangig eingestuft hatte. Diese Ansicht wird nunmehr durch die zwischenzeitliche Aufhebung der Entscheidung des OLG Stuttgart durch den BGH (KVR 51/11 vom 15. Mai 2012) höchstrichterlich bestätigt. So führt der BGH aus, dass auch im Rahmen der Kontrolle von Wasserpreisen die Vergleichsmarkt Betrachtung nicht die einzige Art sei, wie die Kartellbehörde ermitteln kann, ob der hypothetische Wettbewerbspreis überschritten ist. Insbeson-

⁸ Vgl. *ATT/BDEW/DBVW/DVGW/DWA/VKU*: Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011. Wvgw, Bonn 2011, Anhang 2.

dere wenn es – wie im Bereich der Trinkwasserversorgung – keine Märkte mit wirksamem Wettbewerb gebe, könnten auch andere Methoden angezeigt sein.

DST, DStGB und VKU begrüßen die Klarstellung durch den BGH, dass zur Feststellung eines potentiellen Preismissbrauchs verschiedene Prüfmethode durch die Kartellbehörden Anwendung finden können. Sowohl die Anwendung des Vergleichsmarktprinzips als auch die Kostenprüfung sind – wie die Monopolkommission (Rn. 622, 623) zutreffend feststellt – in der Praxis mit verschiedenen Erfassungs- und Bewertungsproblemen verbunden. Eine per se vorzugswürdige Methode existiert daher in Bezug auf die Wasserversorgung schon durch die bei beiden Ansätzen bestehenden sachlichen Schwächen, die je nach Anwendungsfall mehr oder weniger zum Tragen kommen können, nicht. Insofern ist der Forderung der Monopolkommission (Rn. 625), die Wahl des Prüfkonzepes im Ermessen der Kartellbehörden zu belassen, grundsätzlich zuzustimmen. Entsprechendes wird durch den Beschluss des BGH eröffnet.

Entscheidend für die Anwendung beider Prüfkonzepes ist eine sachgerechte Ausgestaltung durch die Kartellbehörden, wobei die Besonderheiten der Wasserversorgung und die Gegebenheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Im Verfahren bestehenden Unsicherheiten, so stellt auch der BGH fest, ist durch entsprechend bemessene Sicherheitszuschläge Rechnung zu tragen. Zur Steigerung von Transparenz und Nachvollziehbarkeit der kartellbehördlichen Vorgehensweise bei der Überprüfung von Wasserpreisen ist zudem eine Offenlegung der innerhalb der Prüfkonzepes zugrunde gelegten Kriterien und Maßstäbe erforderlich. Dies dient nicht nur der Ableitung der von der Monopolkommission vermissten Preissetzungsmaßstäbe für andere Verfahren und Unternehmen, sondern gleichermaßen einer breiteren Überprüfbarkeit der Plausibilität von kartellbehördlichen Untersuchungen.

DST, DStGB und VKU teilen die Auffassung der Monopolkommission, dass sich die Maßstäbe der Kostenkalkulation in regulierten Bereichen, beispielsweise der Strom- und Gasnetzentgeltverordnung, nicht auf die Wasserwirtschaft übertragen lassen, da dies zu einer impliziten Einschränkung der betriebswirtschaftlichen Kalkulationsfreiheit eines Wasserversorgungsunternehmens führt. Vielmehr sollen im Rahmen der Kostenkontrolle laut BGH-Entscheidung die preisbildenden Faktoren daraufhin überprüft werden, ob und inwieweit sie darauf schließen lassen, dass ein Unternehmen, das wirksamen Wettbewerb unterliegt, zur bestmöglichen Ausnutzung seines Preissetzungsspielraums abweichend kalkulieren würde. Entsprechende Überhöhungen begründen dann allerdings noch keinen Preismissbrauch, sondern stellen lediglich ein Indiz für einen solchen dar.

Die einschlägigen und ggf. weiterzuentwickelnden ökonomischen Theorien und betriebswirtschaftlichen Grundlagen fasst der VKU in seinem gemeinsam mit dem BDEW entwickelten Leitfaden zur Wasserpreiskalkulation zusammen, der das gesamte Spektrum der betriebswirtschaftlich anerkannten Ansätze für die Kalkulation von Wasserpreisen aufzeigt. Die darin aufgeführte und wissenschaftlich untersetzte Bandbreite von Kalkulationsansätzen verdeutlicht die potentielle Vielfältigkeit einer sachgerechten und ökonomisch fundierten Wasserpreiskalkulation, die bei der Durchführung einer Kostenkontrolle auch von den Kartellbehörden zu berücksichtigen ist.

2. Energiewirtschaft

2.1 Markttransparenzstelle (MTS)

Die Anforderungen der MTS an Datenmeldungen dürfen nicht zu mehr bürokratischem Aufwand für Unternehmen führen. Doppeldatenmeldungen sollten auf jeden Fall vermieden werden. Insbesondere Meldepflichten für Erzeugungsanlagen unter 100 MW erscheinen im vorgesehen Umfang weder nachvollziehbar begründet, noch sinnvoll. Anlagen solcher Größenordnung haben keine Marktrelevanz. Es ist davon auszugehen, dass die Erhebung der Daten von einer Vielzahl dieser kleinen Anlagen zu einer unübersichtlichen Datensammlung ohne Zusatznutzen führt. Dies würde vor allem Erneuerbare Energien-Anlagen treffen, die aus Kostengründen nicht in der Lage wären, die zusätzliche Software für eine kontinuierliche Datenmeldung anzuschaffen.

DST, DStGB und VKU teilen die Ansicht der Monopolkommission, dass die Zielsetzung eine effektive und effiziente Zusammenarbeit auf nationaler und internationaler Ebene sein soll, um den Aufwand für Unternehmen so gering wie möglich zu halten. Hier sollte nach Ansicht von DST, DStGB und VKU ebenfalls die Einbindung bestehender Meldeinfrastrukturen, wie z.B. die Transparenzplattform bei der EEX, genutzt werden. Diese Plattform hat im Oktober 2010 die Arbeit aufgenommen und ist unter Federführung der EEX mit den deutschen Verbänden der Energiewirtschaft VKU, BDEW und VIK sowie den Übertragungsnetzbetreibern und einzelnen kommunalen Kraftwerksbetreibern realisiert worden. Die Plattform wird von der EEX betrieben. Durch die Nutzung der Transparenzplattform sehen DST, DStGB und VKU auch die Anregungen der Monopolkommission hinsichtlich der internationalen Ausprägung als erfüllt. Im Rahmen des Berichts der Monopolkommission wird insbesondere die Verbindung zwischen Deutschland und Österreich auf dem Strommarkt angesprochen. Auf der EEX Transparenzplattform werden ca. 99% der Kraftwerksdaten des österreichischen Marktes und knapp 97% des deutschen Marktes bereits heute abgebildet.

Grundsätzlich sollten die Anforderungen an Datenmeldungen nicht über die REMIT hinausgehen. Aufgrund bisheriger Erfahrungen führen weitergehende Anforderungen an Datenmeldungen für die deutschen Energiewirtschaftsunternehmen zu einem Ungleichgewicht gegenüber den in anderen EU-Mitgliedsstaaten durchgeführten Standards, die im Hinblick auf die vom deutschen Gesetzgeber ausgelösten Zusatzkosten für die Unternehmen nicht plausibel vermittelbar wären.

DST, DStGB und VKU unterstützen den Vorschlag, die Tätigkeit der MTS nach drei Jahren einer Evaluation zu unterziehen und nur im Falle einer positiven Evaluierung zu verlängern.

Allerdings lehnen DST, DStGB und VKU ab, dass die Markttransparenzstelle die aktuellen Marktdaten auch der Monopolkommission ohne berechtigten Grund zur Verfügung stellt. Hier sollte kein Automatismus entwickelt werden. Um seinen Aufgaben nachzukommen, nämlich u.a. die Beurteilung der Unternehmenskonzentration, stehen der Monopolkommission zur Beurteilung auch zahlreiche öffentlich zugängliche Quellen (z.B. die EEX Transparenzplattform) zur Verfügung, welche genutzt werden können.

2.2 Sonderauswertung Energie

Im Rahmen des Berichts stellte die Monopolkommission fest, dass die Hälfte aller Haushalte noch einen Grundversorgungsvertrag hat und bislang nicht von den Wechselmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat. Dies liegt jedoch nicht am fehlenden Wettbewerb und an fehlenden Angeboten. Im Jahr 2011 stellte die Monopolkommission in ihrem Bericht fest, dass die Dominanz der großen Energieversorger rückläufig sei. Auch wurde festgestellt, dass die Wettbewerbsentwicklung auf dem Endkundenmarkt durchaus positiv ist. Das spreche auch für Stadtwerke, die sich seit der Liberalisierung mit attraktiven Produkten und Tarifen am Markt behaupten. Durch die Umsetzung der letzten EnWG-Novelle liegen dem Kunden im Rahmen der Rechnung nun auch jegliche Informationen in einer übersichtlichen Art und Weise vor, welche für den Wechsel relevant sind. Dass dieser, aus Sicht der Monopolkommission, trotzdem noch schleppend von statten geht, liegt hier nicht beim Energieversorger.

Die von der Monopolkommission vorgenommene Darstellung zur Margenhöhe im Rahmen von Grundversorgungsverträgen halten DST, DStGB und VKU für wenig aussagekräftig. Der gewählte Ansatz beinhaltet zu viele vage Annahmen. Insbesondere die Annahme zum Beschaffungspreis ist zu allgemein. Unternehmen beschaffen ihre Mengen im Rahmen von Portfolien, welche die gesamte Absatzmenge berücksichtigt und optimiert. Eine einzelne Kundengruppe hier herauszunehmen ist nicht zielführend. Abgesehen davon erfolgt die Eindeckung der Mengen für Haushaltskunden bereits einige Jahre (z.B. 3 Jahre) vor dem Erfüllungsjahr am Terminmarkt in Tranchen und nicht zum Zeitpunkt der physischen Lieferung (dann werden nur noch geringe Mengen optimiert), so wie bei der Berechnung der Monopolkommission angenommen.

Aus diesen Gründen halten DST, DStGB und VKU die im Rahmen des Berichtes gemachten Aussagen zur Höhe der Marge, welche durch kommunale Energieversorgungsunternehmen bei Grundversorgungsverträgen erzielt werden, für nicht aussagekräftig und nicht der Realität entsprechend.

Soweit die Monopolkommission auf der Grundlage ihrer empirischen Auswertung der Einflussfaktoren auf die Vertriebsmarge von Grundversorgern auf dem Stromendkundenmarkt darlegt, dass der starke Wettbewerb im Bereich der Sonderverträge auch einen empirisch nachweisbaren Effekt auf die Preissetzungsspielräume des Grundversorgers hat, ist diesen Beobachtungen zuzustimmen. Die vom Bundeskartellamt derzeit vorgenommene Marktabgrenzung auf dem Endkundenmarkt, bei der die Grundversorgung als eigener sachlicher Markt anzusehen ist, entspricht nicht den wettbewerblichen Gegebenheiten und negiert den Wettbewerbsdruck, der auch im Bereich der Grundversorgung besteht. Die Untersuchungen der Monopolkommission sollten Anlass für das Bundeskartellamt sein, die überkommene Marktabgrenzung zu überdenken.

2.3 Weitergeltung des § 29 GWB

Die Monopolkommission spricht sich gegen eine Weitergeltung der besonderen Missbrauchsaufsicht über die Energiemärkte aus, da sie die Entwicklung echten und wirksamen Wettbewerbs behindert. Sie führt dazu aus: „Nach den bisherigen Erfahrungen richtet sich die Fallpraxis insbesondere auf das einfachere zu kontrollierende Verhalten auf der letzten Stufe der Lieferkette im Strom- bzw. Gassektor. Bei dieser Stufe handelt es sich jedoch häu-

fig um die Märkte des Energiesektors, auf denen sich der Wettbewerb am besten entwickelt. Durch die Vorschrift des § 29 GWB wird auf diesen Märkten die Chance auf Markteintritte reduziert und das Wechselverhalten der Kunden von etablierten Versorgern zu neuen Anbietern gebremst. Potenzielle wettbewerbliche Probleme auf vorgelagerten Ebenen lassen sich durch die Kontrolle der Endkundenmärkte für Strom und Gas ebenfalls nicht lösen. Schließlich macht die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes auch methodische Probleme bei der effizienten Kontrolle dieser Märkte deutlich.“ Die Monopolkommission spricht sich auch gegen eine Erstreckung des § 29 GWB auf Fernwärme und Trinkwasser aus, schlägt hier aber eine sektorspezifische Regulierung vor.

DST, DStGB und VKU unterstützen die Aussage der Monopolkommission, dass eine Weitergeltung des § 29 GWB den Wettbewerb auf den Energiemärkten eher behindert als fördert. Im Rahmen der GWB-Novelle sollte deswegen auf eine Verlängerung der Anwendung des § 29 GWB verzichtet werden. DST, DStGB und VKU sehen ebenso wie die Monopolkommission keine Veranlassung, den Anwendungsbereich des § 29 GWB durch Einbeziehung von Trinkwasser und Fernwärme zu erweitern. Allerdings ist für diese Bereiche auch die von der Monopolkommission erwogene Regulierungslösung abzulehnen (vgl. zu Trinkwasser Abschnitt 1.2).

2.4 Heizstromverfahren

Die Monopolkommission unterzieht die Heizstromverfahren des Bundeskartellamtes einer kritischen Analyse. Hier sieht die Kommission aufgrund der vom Bundeskartellamt gewählten Methodik die Gefahr, dass die Anbieter im Rahmen der Verfahren kartellrechtlich dazu gezwungen werden, Preise zu verlangen, die auch effizienten Unternehmen keine Deckung der Kapitalkosten erlauben. Die kartellrechtliche Durchsetzung eines solchen Preisniveaus stelle ein Hindernis für weiteren Wettbewerb dar. Die Monopolkommission moniert zudem, dass es für die Unternehmen aufgrund der mangelnden Transparenz der Methodik kaum möglich ist, sich so zu verhalten, dass sie den kartellrechtlichen Anforderungen nachkommen. Sie mahnt an, dass der angelegte Erlösmaßstab sowohl erreichbar als auch antizipierbar sein muss.

DST, DStGB und VKU begrüßen die Anmerkungen der Monopolkommission und sehen sie als notwendigen Anstoß für das Bundeskartellamt die bisherige Praxis zu überdenken.

2.5 Erheblichkeitszuschlag in Preismissbrauchsfällen

Die Monopolkommission betrachtet die Praxis des Bundeskartellamtes, den Erheblichkeitszuschlag in Preismissbrauchsverfahren abhängig von der Intensität des Restwettbewerbs zu berechnen, so dass z.B. in den Heizstromverfahren lediglich ein Wert von 2 % angesetzt wurde, kritisch. Diese Kritik ist inzwischen durch die BGH-Entscheidung Wasserpreise Calw auch in der Rechtsprechung aufgegriffen worden.

Aus Sicht von DST, DStGB und VKU muss in Preismissbrauchsverfahren daran festgehalten werden, dass nur eine erhebliche Preisüberhöhung einen Missbrauchsvorwurf begründen kann.

2.6 Konzessionsvergabe

Die Monopolkommission begrüßt die Ergebnisse der kartellrechtlichen Verfahren zur Konzessionsvergabe im Bereich Strom und Gas, da dadurch die Kommunen angehalten würden, wettbewerbliche Grundsätze zu berücksichtigen. Aus Sicht der Monopolkommission werden hier aber zentrale Aufgaben des Vergaberechts in diesen Fällen hilfsweise durch die Anwendung des Kartellrechts durchgesetzt.

Der Monopolkommission ist zuzustimmen, dass hier vom Bundeskartellamt das Kartellrecht als Vehikel genommen wird, um ordnungspolitische Vorstellungen zu verwirklichen. Die derzeitige Praxis führt aber wegen einer verengten Fokussierung auf die Kommunen zur Hinderung des Wettbewerbs um Konzessionen. Die Anforderungen an das Konzessionsvergabeverfahren sind derzeit nicht hinreichend genau definiert und führen in der kommunalen Praxis zu großen Verunsicherungen aller Akteure. Die Monopolkommission nimmt im Rahmen ihrer Ausführungen Bezug auf den Leitfaden der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamt aus dem Jahr 2010. Dieser stellt jedoch aufgrund der im August 2011 erfolgten Änderung des für die Konzessionsvergabe einschlägigen § 46 EnWG keine angemessene Hilfestellung für das Konzessionsvergabeverfahren von Städten und Gemeinden mehr dar. Aufgrund der erheblichen Rechtsunsicherheiten in der kommunalen Praxis sehen DST, DStGB und VKU dringenden Anpassungsbedarf der gesetzlichen Vorschriften des § 46 und § 48 EnWG. Entgegen der von der Monopolkommission geforderten stärkeren vergaberechtlichen Lösung sollte vor allem die Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens auch im Bereich der Energieversorgung durch den Gesetzgeber hervorgehoben und die Voraussetzungen für eine rechtssichere Netzübernahme geschaffen werden.

3. Einfluss des Planungsrechts auf den Wettbewerb im (Lebensmittel-) Einzelhandel

3.1 Einzelhandel als Bestandteil gesamtstädtischer Entwicklung

Schwerpunkt der Analyse der Monopolkommission ist das Planungsrecht im engeren Sinne, insbesondere die raum- und bauplanungsrechtlichen Regelungen in Bezug auf Einzelhandelsstandorte. Daneben werden auch – unterhalb dieser formellen Vorschriften – Einzelhandels-, Innenstadt-, Zentrenkonzepte oder Masterpläne in die Betrachtung mit einbezogen.

Bedauerlicherweise betrachtet die Monopolkommission die Regelungslandschaft des Raum- und Bauplanungsrechts losgelöst von der Rolle des Planungsrechts als Instrumentarium des Städtebaus zur Bewältigung bodenrechtlicher Spannungen. Nicht gesehen wird auch der Zusammenhang der städtebaulichen Einzelhandelssteuerung als ein Baustein der Stadtentwicklungspolitik. Die Gesamtaufgabe einer nachhaltigen, integrierten Stadtentwicklung wird nur ansatzweise erwähnt, und hätte weiterer Vertiefung bedurft. Der Einzelhandel (und seine Steuerung) kann in diesem System nicht isoliert betrachtet werden; neben seiner Versorgungsfunktion kommt ihm eine wichtige stadtgestalterische und soziale Funktion zu. Dort, wo der Einzelhandel wegbreicht, leidet die Versorgungsfunktion, aber auch die übrigen „Stadtfunktionen“ wie Wohnen, Arbeiten, Kultur- und Freizeitgestaltung können massiv beeinträchtigt werden.

Die Zentren, die sich durch Urbanität, Nutzungsvielfalt und Lebendigkeit auszeichnen, sind in ihrer politischen, räumlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Bedeutung aktuellen Gefährdungen ausgesetzt und stehen vor großen Herausforderungen. Die Vitalisierung bzw. Revitalisierung der Innenstädte, aber auch der Nebenzentren und Ortsteilzentren wird zunehmend zu einem Hauptziel städtischen Handelns. Dazu ist eine stärkere Verbindung städtebaulicher Maßnahmen zur Erhaltung und Schaffung gemischter Strukturen mit arbeitsmarkt-, verkehrs-, wohnungspolitischen und wirtschaftsfördernden sowie steuerlichen Maßnahmen erforderlich.

Neben den durch Bund und Länder zu setzenden Rahmenbedingungen kommt den Städten und Gemeinden in diesem Anpassungsprozess besondere Bedeutung zu. Denn gerade vor dem Hintergrund langfristig abnehmender Bevölkerung, wachsender finanzieller Engpässe und den Anforderungen des Klimaschutzes muss neben der Raumordnungs- und Regionalplanung auch die örtliche Planung mit ihren formellen und informellen Instrumenten für alle Infrastrukturen darauf ausgerichtet werden,

- vorhandene Infrastrukturen besser auszunutzen,
- die Zentren in den Städten aller Größenordnungen zu stärken und miteinander zu vernetzen sowie
- Innenentwicklung zu fördern und eine weitere Zersiedlung zu vermeiden.

Auf kommunaler Ebene ist die örtliche Entwicklung und Steuerung von Einzelhandelsansiedlungen eng damit verbunden, die Stadtteil- und Quartierszentren der Städte und Gemeinden als Orte der Versorgung, Urbanität und Identifikation für die Bewohnerinnen und Bewohner zu erhalten, zu stärken und zu fördern. Die Neuausrichtung der kommunalen Flächenpolitik für Handel und Dienstleistungen – insbesondere in Bezug auf den (großflächigen) Einzelhandel – ist eine der zentralen Aufgaben für die Zukunft nicht nur der Ober- und Mittelzentren, sondern aller Gemeinden einer Region.

Die von den Städten und Gemeinden zugrunde gelegten städtebaulichen Gründe für die planerische Steuerung des Einzelhandels fußen allesamt auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses und zielen auf bodenrechtliche Steuerung. Sie sind nicht diskriminierend sondern wettbewerbsneutral. Sie dienen dem Ziel, insbesondere in den Innenstädten und Ortskernen die Vielfalt des Angebots zu erhalten und zu stärken. Sie dienen weder dazu, Mitbewerber von außen fernzuhalten noch die Interessen bestehender Gewerbebetriebe zu schützen. Insbesondere sind die Steuerungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden in jahrelanger Praxis positiv erprobt. Sie sind verhältnismäßig, notwendig, konkret und rechtssicher anwendbar.

Es gibt im Bundesgebiet hinreichend Beispiele dafür, dass ohne städtebauliche Steuerung von Einzelhandelsansiedlungen die Betriebe sich auf die rein marktwirtschaftlich optimierten Standorte und damit häufig an nicht-integrierte Standorte verlagern: an die Hauptverkehrsadern (um die Belieferung zu optimieren), fernab der Wohngebiete (um Lärmkonflikte zu vermeiden), an Standorte mit ausreichendem und günstigem Baugrund (zur Herstellung von beliebig vielen Kundenparkplätzen) usw. Die Folge sind mehr motorisierte Kundenverkehre, Ausschluss der nichtmotorisierten Kunden von der Teilhabe am Marktgeschehen und Verödung der Innenstädte und der Versorgungszentren in den integrierten Ortslagen mit erheb-

lichen negativen Auswirkungen auch auf öffentliche und gemeinbedarfliche Versorgungsinfrastrukturen und damit Fehlinvestitionen der Kommunen. Diesen Auswirkungen sollte vor allem auch vor dem Hintergrund des demografischen Wandels und der steigenden Bedeutung der Inklusion schon im Ansatz entgegengewirkt werden. Stellvertretend als ein Beispiel für viele soll hier auf die Zwischenbilanz vom Juni 2012 im Modellvorhaben „Ort schafft Mitte“ der Städtebauförderung in Bayern verwiesen werden (<http://www.innenministerium.bayern.de/bauen/staedtebaufoerderung/aufgaben/17245/>). Diese kann als Beleg angesehen werden, dass fast flächendeckend Fördergelder eingesetzt werden müssen, um entstandenen Funktionsmängeln und -verlusten in gewachsenen Ortslagen wenigstens ansatzweise entgegenzuwirken.

Für alle Förderprogramme der integrierten Stadterneuerung steht stets der Gebietsbezug im Vordergrund. Grundlage aller Förderentscheidungen ist der Interventionsbedarf sowie die Qualität des integrierten Handlungskonzepts, was sich in den einschlägigen Förderrichtlinien des Bundes und der Länder wiederfindet. Diese Kriterien werden bei der Vergabe der ohnehin knappen Mittel strikt angewandt. Die Aussage der Monopolkommission, dass nicht erkennbar sei, dass sich eine integrierte Planungs- und Förderpolitik auf breiter Basis durchgesetzt hätte (Rd.-Nr. 1272) ist daher nicht nachvollziehbar.

3.2 Einzelhandels- und Zentrenkonzepte

Einzelhandels- bzw. Zentrenkonzepte liefern die Beurteilungsgrundlagen für die Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben im gesamtstädtischen und teilräumlichen funktionalen Zusammenhang. Sie sind Teil der integrierten Stadtentwicklungspolitik und werden üblicherweise durch den Gemeinde- bzw. Stadtrat beschlossen bzw. als Abwägungsmaterial für die vorbereitende und verbindliche Bauleitplanung herangezogen. Es werden keine Aussagen bezüglich der bauplanungs- oder bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit eines Einzelhandelsbetriebes getroffen. Diese Prüfung ist in jedem Einzelfall nach den gesetzlichen Gegebenheiten zu vollziehen.

Am Anfang jeder Konzepterstellung steht naturgemäß zunächst eine gutachterliche Bestandsaufnahme der Einzelhandelssituation im Untersuchungsgebiet, jedoch nicht mit dem Ziel, den Bestand „festzuschreiben“ (so aber in Rd.-Nr. 1289 vorl. Satz), sondern Flächenpotentiale und die räumlichen Entwicklungsziele der Gemeinde aufzuzeigen. Diese – nach unserer Wahrnehmung gängige Praxis – erkennt die Monopolkommission nun offenbar auch an (vgl. Rd-Nr. 1254 am Ende).

Widersprochen werden muss aber der Darstellung der Monopolkommission, die Erstellung von Einzelhandels- bzw. Zentrenkonzepten würde in einer "closed-shop-Veranstaltung" nur unter Einbeziehung der bereits am Ort ansässigen Einzelhandelsbetreiber erfolgen (vgl. Rd.-Nr. 1254). Die Erstellung bzw. Fortschreibung derartiger Konzepte vollzieht sich – basierend auf gutachterlich ermittelten Daten beispielsweise zu Kaufkraftbewegungen, Einzelhandelsangebot, Mobilitätsverhalten etc. – in einem offenen Dialog, der, zunehmend internetgestützt, für jedermann zur Beteiligung offensteht. Regelmäßig eng eingebunden sind dabei neben den örtlichen Akteuren insbesondere die großräumiger agierenden Kammern, sodass von daher schon sichergestellt ist, dass bei der Erstellung von Einzelhandels- bzw. Zentrenkonzepten nicht die Partikularinteressen einzelner Betriebe maßgebend sind.

Bauleitplanverfahren zur Entwicklung von Einzelhandelsflächen werden i.d.R. gegenüber Verfahren für andere Planungsgebiete nicht grundsätzlich priorisiert, vielmehr erfolgt im Zusammenhang mit der Überplanung größerer Baugebiete auch eine Prüfung dahingehend, ob ein Angebot von erforderlichen Einzelhandelsflächen zu schaffen ist. Die Funktion des Planungsrechts, wie sie von der Monopolkommission in Rd-Nr. 1266 beschrieben wird, wonach das „Planungsrecht in erster Linie negativ (wirkt), ohne gewünschte Lösungen aktiv zu fördern“, entspricht nicht dem Verständnis der Praxis: Die Charakterisierung des Planungsrechts als „Verhinderungsinstrument“ ist nicht zutreffend - im Gegenteil: Das Planungsrecht wird eingesetzt, um die von „ungeplanten“ Vorhaben ausgehenden bodenrechtlichen Spannungen und planungsrechtlich relevanten Konfliktfelder (z. B. die zahlreichen Facetten möglicher Umweltauswirkungen) in einem transparenten Verfahren – mit Öffentlichkeitsbeteiligung – abzuarbeiten und das Vorhaben damit überhaupt zu ermöglichen.

3.3 Fazit

Die Monopolkommission verkennt die Rolle des Planungsrechts als ausschließlich an städtebaulichen und nicht wettbewerblichen Erfordernissen ausgerichtetem Instrument. Planerische Instrumente sind weder in ihrer rechtlichen Funktion wettbewerbsregelnd noch werden sie mit wettbewerbsbeeinflussender Zielsetzung eingesetzt (so aber Rd-Nr. 1289).

Die Städte werden auch weiterhin ihre Anstrengungen für einen nachhaltigen und sozial gerechten Stadtumbau unter Berücksichtigung der vielfältigen, sich wandelnden Rahmenbedingungen fortsetzen und weiterentwickeln. Die von der Monopolkommission in Rd-Nr. 1290 im Ausblick eingeforderte stärker integrierte und anreizkompatiblere Ausgestaltung der städtebaulichen Instrumente wird schon praktiziert: Integrierte Stadtentwicklung, in der Städtebau, Wohnungs-, Verkehrs-, Umwelt-, Sozial- und Wirtschaftspolitik ineinander greifen und zusammenwirken, ist seit geraumer Zeit ein wesentlicher Bestandteil kommunalen Handelns.