

# **Inhaltskontrolle von Wasser-, Gas- und Elektrizitäts- Konzessionsverträgen**

Dr. Jochen Mohr, Freie Universität Berlin

## **1. Rechtliche Rahmenbedingungen**

Energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge (Strom und Gas) sind in den §§ 46, 48 EnWG normiert. Für qualifizierte Wegenutzungsverträge (Konzessionsverträge) enthält § 46 II 1 EnWG eine Art Legaldefinition: Vereinbarungen zwischen Kommune und Konzessionär über die Nutzung von öffentlichen Straßen und Wegen zur Verlegung und zum Betrieb von Versorgungsleitungen gegen Entgelt zur Durchführung der allgemeinen Versorgung (mit Strom und Gas).

Konzessionsverträge zur Durchführung der allgemeinen Versorgung mit Wasser werden von § 131 VI GWB i. V. mit § 103 I Nr. 2 GWB 1990 erfasst. Aufgrund der Freistellung vom Kartellverbot des § 1 GWB 1990 wird EVU im Konzessionsvertrag häufig zusätzlich zur Nutzung des öffentlichen Straßenlandes die ausschließliche Versorgung der Letztverbraucher im Gemeindegebiet mit Wasser zugesichert.

## **2. Rechtsnatur von Wegenutzungsverträgen**

- Wegenutzungsverträge (WNV'e) unterfallen nach der gesetzgeberischen Wertung in § 8 X FStrG einheitlich dem Privatrecht: Nach dieser Norm sind Nutzungen, die über den Gemeingebrauch an einer Straße hinausgehen, diesen jedoch nicht dauerhaft beeinträchtigen, als bürgerlich-rechtliche Sondernutzungen einzustufen. Nach BT-Drucks. 13/7274, S. 21 handelt es sich folgerichtig bei den sog. Konzessionsabgaben (KA'en) um privatrechtliche Entgelte für die Wegenutzung.

- Eine Zuordnung von Konzessionsverträgen zum öffentlichen Recht aufgrund landesrechtlicher Sonderregelung (Berlin, Hamburg) scheitert an der Kollisionsregelung der Art. 31, 72 GG (streitig). Der Gesetzgeber hat durch das EnWG die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II 1 GG verfassungskonform ausgestaltet.

## **Sonderproblem „Konzessionsverträge“ mit Eigenbetrieben**

Da Eigenbetriebe keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, sondern wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind, scheitert der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages an dem Erfordernis zweier Rechtssubjekte (vgl. auch § 46 IV EnWG). Auch wenn der Eigenbetrieb zur Zahlung einer KA an die Gemeinde verpflichtet ist, bedeutet dieser Aufwand keine gebührenfähige Kostenposition i. S. der Kommunalabgabengesetze. Maßgeblich sind die Kosten, die der Gemeinde selbst durch den Betrieb der gebührenrechnenden Einrichtung anfallen; sonderrechtsbedingte Verschiebungen, die sich aufgrund der im Einzelfall gewählten Organisation der Einrichtung ergeben, haben auf den Umfang der gebührenfähigen Kosten keinen Einfluss (OVG Schleswig 18. 11. 2001 – 2 K 6/99, juris; Hessischer VGH 6. 7. 2005 – 5 UZ 2618/04).

### **3. Einfache und qualifizierte Wegenutzungsverträge Strom und Gas**

- Im Rahmen des EnWG ist zwischen einfachen und qualifizierten WNV'en zu unterscheiden.

Einfache WNV'e zielen auf individualisierte Nachfragebedürfnisse ab (§ 46 I EnWG). Qualifizierte WNV'e sollen die Verlegung und den Betrieb von Leitungen ermöglichen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung gehören (§ 3 Nr. 17 EnWG).

- Zentrales Element beider Vertragstypen: Rechtsgeschäftliche Einräumung von Leitungsverlegungsrechten durch die Kommune gegen zu verhandelndes Entgelt. Die Vertragsparteien müssen somit sowohl den Inhalt des Rechts, als auch seinen Umfang, als auch den Umfang der Gegenleistung des Konzessionärs aushandeln. Letztere wird für Strom und Gas durch die KAV begrenzt (Höchstpreisrecht).

- § 46 I EnWG verpflichtet die Gemeinde ergänzend zu §§ 19 IV Nr. 4, 20 I GWB, öffentliche Verkehrswege diskriminierungsfrei durch Vertrag zur unmittelbaren Versorgung der Verbraucher im Gemeindegebiet zur Verfügung zu stellen. Kontrahierungszwang begrenzt die faktisch starke Stellung der Gemeinden im Rahmen der leitungsgebundenen Energieversorgung mit Strom und Gas (BGH, NVwZ-RR 2009, 596 – Neue Trift).

Sachlicher Grund für die Verweigerung der Einräumung eines Wegerechts: Straßenkörper kann keine zusätzlichen Leitungen aufnehmen. Keine sachlichen Gründe sind demgegenüber das Gewinninteresse kommunaler Stadtwerke/anderer Versorger oder „einnahmepolitische Erwägungen“.

- In § 46 II und III EnWG sind verfahrensmäßige Sonderregelungen für den Abschluss qualifizierter, gebietsbezogener Wegenutzungsverträge normiert.
- Hauptleistungspflichten: Gemeinde muss öffentliche Verkehrswege überlassen; Konzessionär muss eigenständig das Netz betreiben (d. h. keine Übertragung des Netzes durch Service-Agreement auf Dritte) und ggf. die vereinbarte KA zahlen.
- KA ist bezüglich Strom und Gas aufgrund gesetzlicher Unbundling-Vorgaben lediglich ein privatrechtliches Entgelt für die Benutzung der Straßen und Wege, nicht auch noch zusätzlich – wie zumeist bei der Versorgung mit Wasser – für das Recht zur Versorgung der Letztverbraucher.

Gemäß § 48 I 1 EnWG sind KA'en (privatrechtliche) Entgelte, die ein EVU für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen entrichtet, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie (Strom und Gas) dienen.

- Gemäß § 48 II EnWG ergibt sich die maximal zulässige Höhe der KA bei Strom und Gas aus der KAV (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S.21).

- Nach § 117 EnWG bestimmt sich das Recht der Kommunen, KA'en für die Belieferung von Letztverbrauchern im Rahmen der öffentlichen Wasserversorgung zu fordern, analog § 48 EnWG.

- Die Verweisung des § 117 EnWG auf § 48 EnWG begründet für die Versorgung mit Wasser keine analoge Anwendbarkeit der KAV (Strom und Gas); es gilt vielmehr weiterhin die „Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände“ vom 4. 3. 1941 (KAE) i. V. mit der Ausführungsanordnung vom 27. 2. 1943 (AKAE).

- Gemäß § 1 I AKAE sind Konzessionsabgaben alle Entgelte, die ein Versorgungsunternehmen an eine Gemeinde (...) für die Gestattung der Benutzung der Verkehrsräume zur Verlegung von Versorgungsleitungen oder den Verzicht auf eine anderweitige Regelung der Versorgung im Gebiet der Gemeinde (...) entrichtet, die Empfänger der Abgabe sind.

#### **4. Schranken der Laufzeit von Konzessionsverträgen**

- Einfache Wegenutzungsverträge gemäß § 46 I EnWG, die keine – unzulässige – Ausschließlichkeitsbindung enthalten, sind grds. wettbewerbsrechtlich unbedenklich, da die Kommune auch noch anderen Versorgungsunternehmen die Benutzung der Straßen gestatten kann. Vor diesem Hintergrund greifen die für faktische Ausschließlichkeitsbindungen geltenden zeitlichen Grenzen (dazu sogleich) nicht ein.
- Qualifizierte Wegenutzungsverträge gemäß § 46 II EnWG enthalten aufgrund des natürlichen Netz-Monopols eine wirtschaftliche (faktische) Ausschließlichkeitsvereinbarung für den Zeitraum der Vertragslaufzeit (§ 46 II 1 EnWG, § 103a I GWB 1990). Diese Bindung unterliegt aufgrund der Behinderungswirkung zu Lasten von Drittunternehmen grds. denselben wettbewerbsrechtlichen Schranken wie ausdrücklich vereinbarte Ausschließlichkeitsbindungen.

### **Marktbeherrschende Stellung der Kommune:**

- Aus Nachfragersicht ist zwischen den sachlichen Märkten für einfache und qualifizierte Wegenutzungsrechte zu trennen.
- Räumlicher Markt bei einfachen Wegenutzungsrechten sind die öffentlichen Wege im Gemeindegebiet (BGH NVwZ-RR 2009, 596 – Neue Trift). Der räumliche Markt bei qualifizierten Wegenutzungsrechten ist trotz § 46 II, III EnWG auf das Gebiet der Gemeinde beschränkt, da derzeit noch kein tatsächlicher Wettbewerb zwischen den Gemeinden besteht (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1178, 1180 Strom und Telefon I; streitig).
- Sofern sich Gemeinden bei der Vergabe von Wegerechten unternehmerisch betätigen und insoweit auf dem Markt für die entgeltliche Vergabe von Wegerechten über ein Monopol verfügen, unterliegt ihr Verhalten der Kontrolle durch die Kartellbehörden (BGH 11. 11. 2008, NVwZ-RR 2009, 596 – Neue Trift; BKartA 3. 6. 2009 – B 10 – 71/08, Rn. 16).

Durch einen langfristigen Austauschvertrag entäußern sich die Vertragsparteien ihrer wirtschaftlich-unternehmerischen Möglichkeit, mit Dritten zu kontrahieren, zu einem Zeitpunkt, in dem sie die künftigen Wettbewerbsverhältnisse noch nicht beurteilen können. Kartellrechtlich problematisch sind insoweit vor allem langfristige ausschließliche Vertragsbindungen, da sie im Geschäftsverkehr regelmäßig eine Beschränkung des Nachfrage- und des Anbieterwettbewerbs bewirken.

Die wettbewerbliche Beurteilung richtet sich sowohl nach Länge als auch nach dem Umfang der Verpflichtung. Eine überlange Laufzeit kann eigenständig (d. h. unabhängig von dem Verfahren des Zustandekommens des Vertrages) gegen die §§ 19, 20 I GWB und gegen Art. 102 AEUV verstoßen.

Die Gemeinde als marktbeherrschender Anbieter des konzessionierten Rechts darf den Marktzutritt für aktuelle und potentielle Wettbewerber des Konzessionsnehmers nicht übermäßig blockieren. Hierzu bedarf es einer regelmäßigen Neuausschreibung, so dass unbefristete Verträge unzulässig sind. Darüber hinaus unterliegen die Verträge weiteren zeitlichen Schranken.

Zur Bestimmung der zeitlichen Grenze kann grds. auf die Rechtslage bezüglich Ausschließlichkeitsbindungen in Vertikalverträgen abgestellt werden (vgl. Art. 3, 5 EU-VO 330/2010: maximal 5 Jahre bei einem Marktanteil von unter 30 %). Bei marktbeherrschenden Unternehmen findet eine strenge einzelfallbezogene Prüfung statt (Art. 101 III AEUV, § 2 GWB). Die entsprechenden Maßstäbe können auf das Missbrauchsverbot i. S. eines absoluten Maximums übertragen werden.

Für energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge normiert § 46 II 1 EnWG eine Sonderregelung. Hiernach ist – unter dem Aspekt einer Ermöglichung des Wettbewerbs um den konzessionierten Markt – eine maximale Vertragslaufzeit von 20 Jahren zulässig. Diese dient der Amortisation von Investitionen des Konzessionärs, weshalb es mit dem BGH grds. zulässig ist, Endschaftsklauseln auf den Ertragswert des Netzes zu begrenzen (BGH, NJW 2000, 577 – Endschaftsbestimmung).

Für Wasser-Konzessionsverträge enthält das Gesetz keine ausdrückliche Laufzeitbegrenzung. § 131 VI GWB verweist zwar auf § 103a GWB 1990. Hiernach war jedoch nur die Laufzeit von Verträgen über die Versorgung mit Strom und Gas auf 20 Jahre beschränkt. Allerdings ist grds. die Wertung des § 46 II 1 EnWG auf die Laufzeit von Wasser-Konzessionsverträgen zu übertragen, da diese grds. dieselben ökonomischen Rahmenbedingungen aufweisen wie die Märkte Strom und Gas (streitig).

## **5. Kontrolle der Höhe von Konzessionsabgaben**

Die Höhe der KA ist nicht nur am Wettbewerbsrecht, sondern auch an den besonderen Vorgaben für Konzessionsverträge zu messen.

§ 46 I 1 EnWG enthält keine Ermächtigungsgrundlage zum Fordern der nach der KAV höchstzulässigen KA, da sich an die Weigerung des Interessenten, die von der Kommune geforderten Entgelte zu zahlen, Verhandlungen anschließen müssen.

Die KAV schreibt die Erhebung der (höchstzulässigen) KA'en ebenfalls nicht zwingend vor, sondern statuiert nur eine Höchstpreisgrenze, die durch das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV abgesichert wird. Allein dass sich die KA im Einzelfall im Rahmen der KAV bewegt, begründet noch nicht ihre (wettbewerbs-) rechtliche Zulässigkeit.

- Aus Art. 28 II GG folgt ebenfalls kein Recht der Gemeinden, die höchst zulässige KA zu fordern.

Vgl. BVerfG 7. 1. 1999, 520, zur unentgeltlichen Wegenutzung für Telekommunikationslinien: Art. 28 II GG gewährleistet „als Garantie der Einrichtung kommunaler Selbstverwaltung, die Eigenverantwortlichkeit des gemeindlichen Wirtschaftens und nicht einzelne Vermögenspositionen. In diesem Sinn hat das BVerfG entschieden, die Finanzhoheit sei nicht betroffen, wenn (...) den Gemeinden einzelne Einnahmen entzogen oder verwehrt werden. (...) § 50 I 1 TKG [1996 = § 68 I 1 TKG] hindert die Gemeinden nur daran, durch eine bestimmte Nutzung aus einzelnen Vermögensgegenständen Einnahmen zu erzielen. Denn er untersagt nur, für die Durchleitung von Telekommunikationsleitungen Wegeentgelte zu erheben. Die grundsätzliche wirtschaftliche Nutzbarkeit des Gemeindevermögens im übrigen bleibt davon unberührt.“

- Ein marktmachtinduziertes Fordern der nach der KAV höchstzulässigen KA durch die Gemeinde bedeutet einen unzulässigen Ausbeutungsmisbrauch gemäß §§ 102 AEUV, 19 IV Nr. 2 GWB.

Aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung dürfen Gemeinden nur solche Vertragsbedingungen fordern, die sich auch bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden. Die Kontrolle der Entgelte marktbeherrschender Unternehmen orientiert sich am wettbewerbsanalogen Preis. Dessen Höhe ergibt sich aus dem Marktverhalten eines effizient operierenden, strukturell vergleichbaren Unternehmens. Die Kommunen dürfen hiernach als Gegenleistung nur einen „Als-ob-Wettbewerbspreis“ fordern.

- Ein monopolistischer Markt liefert keinen unverfälschten Wettbewerbspreis. Im Sinne einer Second-Best-Lösung kann nach der Rechtsprechung des BGH jedoch grds. auch ein Monopolpreisvergleich durchgeführt werden. Abzustellen ist hiernach auf die von anderen Gemeinden verlangten KA'en (BGH 21. 2. 1995, NJW 1995, 1894 – Weiterverteiler). Dabei kann ein Vergleich grds. mit nur einem einzigen Monopolunternehmen erfolgen (BGH 21. 10. 1986, WuW/E 2309, 2311 – Glockenheide; BGH 28. 6. 2005, NVwZ 2006, 853 – Stadtwerke Mainz).

Ein Monopolpreisvergleich ist nicht nötig, wenn man zur Bestimmung des wettbewerbsanalogen Preises auf das Entgelt abstellt, das einem Privaten für das Recht zur Benutzung seines Grund und Bodens zur Verlegung und zum Betrieb von Versorgungsleitungen gezahlt werden müsste.

## **6. Konzessionsabgaben im Bereich der Versorgung mit Wasser als „unbeeinflussbare Kosten“?**

BGH Beschluss vom 2. 2. 2010 – KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“:

- Missbrauchsaufsicht entweder über § 103 V 1 Nr. 1 i. V. mit V 2 Nr. 2 GWB 1990 (Freistellungsmisbrauch) oder gemäß § 103 VII GWB 1990 i. V. mit § 22 V GWB 1990.
- Missbrauchsaufsicht gilt lediglich für privatrechtlich ausgestaltete Versorgungsverhältnisse; eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle öffentlicher Gebühren findet nach h. A. nicht statt (Stichwort: Rekommunalisierung!).

- Versorger muss nachweisen, dass Preisunterschiede auf gegenüber gleichartigen Unternehmen abweichenden Umständen beruhen, die nicht zurechenbar, da individuell nicht beeinflussbar sind.
- Der BGH hat im Beschluss vom 2. 2. 2010 offen gelassen, ob die vom Versorgungsunternehmen an die Stadt entrichtete KA ein individuell nicht beeinflussbarer Kostenfaktor ist, da die Landeskartellbehörde Hessen die unterschiedliche Höhe der KA'en im Rahmen ihres Ermessens durch Zu- und Abschläge berücksichtigt hat.

- Kommunale Versorger können sich unter den Voraussetzungen des § 36 II GWB (§ 23 I 2 GWB 1980) nicht darauf berufen, dass die Kommune die KA faktisch diktiert habe. Die Verbundklausel gilt für den gesamten Anwendungsbereich des GWB: bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sind abhängige und herrschende Unternehmen i. S. des § 17 AktG als einheitliches Unternehmen anzusehen. Im Rahmen des § 19 IV Nr. 3 GWB ist die Preisgestaltung des herrschenden Unternehmens deshalb dem abhängigen Unternehmen zuzurechnen (BGH 23. 6. 2009 – KZR 21/08 – Entega).
- Wenn jedoch die Gemeinde und der von ihr beherrschte Versorger als einheitliches Unternehmen zu behandeln sind, kann Letzterer die Höhe der KA individuell beeinflussen i. S. von § 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990.

- Individuell beeinflussbar i. S. von § 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990 sind KA'en von Drittversorgern, wenn und soweit sie auf einem nach §§ 19 I, IV Nr. 2, 20 I GWB unzulässigen Marktmachtmissbrauch der Gemeinde beruhen.

Unzulässig ist es deshalb, wenn sie ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für die entgeltliche Vergabe von Wegenutzungsrechten dazu benutzen, KA'en in größtmöglicher Höhe zu fordern. Zulässig ist vielmehr nur ein „wettbewerbsanaloger Preis“.

- Die Konzessionsnehmer müssen im Verfahren nach § 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990 nachweisen, dass die Gemeinde ihre Marktmacht nicht missbraucht hat. Die §§ 19, 20 GWB beinhalten gesetzliche Verbote i. S. von § 134 BGB. Konzessionsverträge sind deshalb (teil-) nichtig, soweit sie eine missbräuchlich überhöhte KA enthalten.

Vgl. BGHZ 59, 42, 48 – Stromtarif: Es „kommt es für die Beurteilung, ob die Stromabgabepreise der Betroffenen einen Missbrauch i.S. des § 104 I 1 Nr. 1 GWB [= § 103 V 1 Nr. 1 GWB 1990] darstellen, nicht auf solche Umstände an, die durch die Betriebsstruktur der Betroffenen bedingt sind. Hierzu rechnet der von der Betroffenen an die OBAG zu zahlende Stromabgabepreis. Dieser Preis gehört als Ankaufspreis zu denjenigen Kostenfaktoren, die von der individuellen Leistungsfähigkeit des Betriebes der Betroffenen abhängen.“

BGHZ 59, 42, 48 – Stromtarif:

Selbst wenn dieser Preis hoch wäre - die Betroffene erblickt hierin sogar einen Missbrauch der OBAG ihr gegenüber - würde das die Betroffene nicht zu einer Erhöhung ihrer eigenen Stromabgabepreise berechtigen.“ (...) Sollte „die Preisberechnung der OBAG gegenüber der Betroffenen gesetzlich unvertretbar sein, dann müßte diese gegen die OBAG von den insoweit gegebenen gesetzlichen Möglichkeiten Gebrauch machen, um die Preisberechnung auf das gesetzlich vertretbare Maß zurückzuführen. Die Verbraucher sind jedenfalls nicht genötigt, aus diesem Grunde in ihrem Versorgungsgebiet eine Verteuerung der Strompreise hinzunehmen.“

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!