

Veröffentlichungen des Instituts
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht
der Freien Universität Berlin

22

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Franz Jürgen Säcker
Jochen Mohr
Maik Wolf

Konzessionsverträge
im System des europäischen
und deutschen
Wettbewerbsrechts

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

A. Problemstellung

Der Transport von Strom, Gas und Wasser ist nur über feste Leitungswege möglich. Zur Verlegung und zum Betrieb der Leitungen zur Versorgung von Letztverbrauchern sind Netzbetreiber bzw. Versorger deshalb auf die Nutzung öffentlicher Verkehrswege angewiesen. Die Kommunen entscheiden durch den Abschluss von Wegenutzungsverträgen – in der Praxis als Konzessionsverträge bezeichnet – mittelbar auch, wer das örtliche Strom- und Gasnetz betreibt. Im Bereich der Versorgung mit Wasser wird dem Inhaber des Wegenutzungsrechts in aller Regel das Recht zur ausschließlichen Versorgung der Verbraucher übertragen, mit der eine vertragliche Versorgungspflicht korrespondiert.¹ Demgegenüber wird der Grundversorger im EnWG nicht mehr über den Konzessionsvertrag bestimmt, sondern durch die Mehrheit der belieferten Haushaltskunden i.S. von § 36 Abs. 2 EnWG. Der Gestaltungsspielraum der Kommunen beim Abschluss von Wegenutzungsverträgen wird aber nicht nur durch das Energiewirtschaftsrecht, sondern auch das Wettbewerbsrecht begrenzt. Prägnante Beispiele sind die Beschlüsse des BKartA vom 3. 6. 2009 (GGEW),² vom 16. 9. 2009 (GAG Ahrensburg)³ und vom 17. 9. 2009 (Stadtwerke Thorgau)⁴ gegen Betreiber von Netzen der allgemeinen Versorgung wegen missbräuchlich überhöhter Konzessionsabgaben für die Durchleitung von Gas. Hiermit zusammen hängt auch die vom BGH in seinem „Wasserpreise Wetzlar“-Beschluss vom 2. 2. 2010 noch offen gelassene Frage, ob die vom Versorgungsunternehmen gezahlten „Konzessionsabgaben“ unbeeinflussbare Kosten i.S. von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 GWB a.F. sind.⁵

Auch im europäischen Recht hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass Verträge der Mitgliedstaaten mit Unternehmen, in denen das Recht zur Ausübung einer bestimmten Dienstleistung eingeräumt wird (Dienstleistungskonzession), ein wirtschaftlich erhebliches Diskriminierungspotential bergen. In seiner neueren Rechtsprechung beschäftigt sich der EuGH daher zur Verwirklichung eines dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichteten Binnenmarktes (Art. 119 Abs. 1 AEUV) mit den für solche Verträge geltenden rechtlichen Grenzen, die sich aus den Grundfreiheiten sowie aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV ergeben.

Das EU-Recht ist nicht an die in einem Mitgliedsstaat historisch gewachsene Rechtsdogmatik gebunden. Traditionsreiche Rechtsgebiete müssen daher aufgrund EU-rechtlicher Vorgaben einer Neubewertung unterzogen werden. Vor

1 Daneben wird das Gebietsmonopol regelmäßig durch ausschließliche Wegerechte gesichert. Im Energiesektor sind durch die Reformen des Jahres 1998 die Ausschließlichkeitsbindungen entfallen; vgl. *Säcker*, ZNER 2004, 98 ff.

2 BKartA, WuW/E DE-V 1729 ff.

3 BKartA, WuW/E DE-V 1803 ff. = ZNER 2009, 429 ff.

4 BKartA, Entsch. v. 17. 9. 2009 – B 10 – 74/08.

5 BGH, WRP 2010, 553 – Wasserpreise Wetzlar. Näher dazu unten H. VI. 3., S. 194 ff.

diesem Hintergrund sind die rechtlichen Anforderungen an die deutsche Konzessionspraxis insbesondere mit Blick auf die Wegenutzungsrechte neu zu hinterfragen. Insbesondere das europäische Wettbewerbsrecht gebietet im Interesse einer kohärenten Systematik des EU-Rechts die Herausarbeitung eines einheitlichen Rechtsrahmens, der die Grenzen für eine wettbewerbskonforme Gestaltung von Konzessionsverträgen markiert.