

**Die rechtliche Behandlung von Konzessionsabgaben im
Rahmen der Preismissbrauchskontrolle nach § 131 VI GWB i.
V. mit §§ 103 V und VII, 22 V GWB a. F.**

Dr. Jochen Mohr, Freie Universität Berlin

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

- Missbrauchsaufsicht entweder gemäß § 103 V 1 Nr. 1 i. V. mit V 2 Nr. 2 GWB a. F. (Freistellungsmissbrauch) oder gemäß § 103 VII GWB a. F. i. V. mit § 22 V GWB a. F.

- 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 Konzessionsabgabe (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.

- Im Hinblick auf Drittversorger ist grds. zu fragen, ob sich diese das für die Versorgung notwendige Recht zur Wegebenutzung ebenfalls gegen Vereinbarung einer KA in der in Rede stehenden Höhe beschaffen müssten. Bei kommunalen Versorgern ist die Besonderheit zu beachten, dass die KA betriebswirtschaftlich hier grds. kein Aufwand, sondern steuerfreier Vorabgewinn der Gemeinde ist.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen

- Energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge sind in den §§ 46, 48 EnWG i. V. mit der KAV normiert. Eine Definition qualifizierter Wegenutzungsverträge (Konzessionsverträge) enthält § 46 II 1 EnWG: Vereinbarungen zwischen Kommune und Konzessionär betreffend 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).
- Zulässigkeit von Konzessionsverträgen zur Durchführung der allgemeinen Versorgung mit Wasser ergibt sich aus § 131 IV GWB i. V. mit § 103 I Nr. 2 GWB a. F. Aufgrund der Freistellung vom Kartellverbot des § 1 GWB a. F. wird EVU im Konzessionsvertrag häufig zusätzlich die ausschließliche Versorgung der Letztverbraucher in ihrem Gebiet mit Wasser gestattet.

- Konzessionsverträge unterfallen aufgrund der gesetzgeberischen Wertung in § 8 X FStrG einheitlich dem Privatrecht. Hiernach sind Nutzungen, die zwar über den Gemeingebrauch an einer Straße hinausgehen, diesen jedoch nicht dauerhaft beeinträchtigen, als bürgerlich-rechtliche Sondernutzungen einzustufen.

- Gemäß § 117 EnWG bestimmt sich das Recht der Kommunen, Konzessionsabgaben für die Belieferung von Letztverbrauchern im Rahmen der öffentlichen Wasserversorgung zu fordern, analog § 48 EnWG. Gemäß § 48 I 1 EnWG sind KA´en (privatrechtliche) Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen entrichten, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen.

- Die Verweisung des § 117 EnWG begründet keine analoge Anwendbarkeit der Konzessionsabgabenverordnung Strom und Gas (KAV); 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.

- Die KAE soll verhindern, dass Konzessionsabgaben bestimmte, als angemessen erachtete Grenzen überschreiten (Höchstpreisrecht). Die KAE enthält deshalb u. a. Regelungen über die höhenmäßige Begrenzung der Konzessionsabgaben. Das in § 1 II KAE enthaltene Verbot, bereits vereinbarte Konzessionsabgaben zu erhöhen und neue Konzessionsabgaben einzuführen, wurde vom BVerwG als nicht mehr verfassungsgemäß verworfen (BVerwG 20. 11. 1990, NVwZ 1991, 1192).
- Nach § 2 KAE werden die Konzessionsabgaben als Prozentsatz der Wasserentgelte festgelegt, wobei die Höchstsätze für Tarifabnehmer nach Gemeindegröße gestaffelt sind und für Sonderabnehmer nicht mehr als 1,5 Prozent betragen dürfen. Anders als auf der Grundlage der KAV ist die KA nach der KAE also an die Preisentwicklung gekoppelt und kein verbrauchsabhängiger Bestandteil des Entgelts.

3. Konzessionsabgaben als individuell unbeeinflussbare Kosten?

- 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 GWE 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 a. F.

- Von Drittversorgern zu zahlende KA´en werden privatautonom im Konzessionsvertrag vereinbart. Die Vertragsparteien haben unter Geltung der KAE einen rechtlichen Spielraum, von dem sie in der Praxis Gebrauch machen (siehe für die Versorgung mit Strom OLG Brandenburg, Urteil vom 26. 6. 1997 – 12 U 79/95; für Gas vgl. BKartA Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 116).

Theoretisch sind KA´en bereits aus diesem Grunde individuell vom Versorger beeinflussbar. Nach § 103 V 2 Nr. 2 GWB a. F. kommt es jedoch darauf an, ob dieser die Höhe der KA auch tatsächlich beeinflussen kann.

- KA´en als unbeeinflussbarer Kostenbestandteil, weil die Kommune
Wasserkonzessionen nicht ausschreiben muss?

Wasserkonzessionsvertrag kann nach konkreter Ausgestaltung sog.
Dienstleistungskonzession sein (EuGH 10. 9. 2009 – C-206/08, EuZW
2009, 810 – Eurawasser): Netzbetreiber erbringt Dienste wie
Instandhaltung der vorhandenen und der Errichtung neuer Leitungsnetze
sowie deren Betrieb auch im Interesse der Gemeinde. Diese zahlt jedoch
kein Entgelt; der Versorger erhält vielmehr das Recht, Entgelte von Dritten
zu erheben, mit denen er unmittelbar in privatrechtliche Rechtsbeziehungen
tritt. Versorger übernimmt das vom öffentlichen Auftraggeber
eingegangene – aufgrund des regelmäßig angeordneten Anschluss- und
Benutzungszwangs eingeschränkte – Betriebsrisiko in vollem Umfang.

Sofern Konzessionsverträge über die Versorgung von Letztverbrauchern mit Wasser als Dienstleistungskonzessionen einzustufen sind, müssen die Kommunen die Grundregeln des AEUV und das Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachten.

Alle Bieter müssen hiernach unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit die gleichen Chancen haben. Zugunsten potenzieller Bieter ist ein „angemessener Grad von Öffentlichkeit“ sicherzustellen. Das vollständige Unterbleiben einer Ausschreibung bedeutet einen eindeutigen Verstoß gegen das Transparenzgebot (EuGH 6. 4. 2006, NVwZ 2006, 555 - ANAV). Problem: Ausschreibungspflicht bei Übertragung der Versorgung auf Eigenbetrieb – Voraussetzungen eines In-House-Geschäfts (Ausnahme: § 46 IV EnWG).

- Individuell beeinflussbar i. S. von § 103 V 2 Nr. 2 GWB a. F. sind KA´er von Drittversorgern, wenn und soweit sie auf einem nach §§ 19 I, IV Nr. 2 20 I GWB unzulässigen Marktmachtmissbrauch der Gemeinde beruhen. 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 wettbewerbsrechtlichen Kontrolle durch die Kartellbehörden (BGH 11. 11. 2008, NVwZ-RR 2009, 596, Rn. 17 – Neue Trift; BKartA 3. 6. 2009 – B 10 – 71/08, Rn. 16).

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 a. F. 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.“

- 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) .

Problem: aufgrund der Höchstpreisgrenzen der KAE ist die Gemeinde in ihrer Preiskalkulation nicht frei, so dass nicht automatisch davon ausgegangen werden kann, dass die Gemeinde einen Monopolpreis verlangt.

- Ein Monopolpreisvergleich ist grds. 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.

- Kann sich der Vergleich auf den Preis beschränken oder muss er die sonstigen Geschäftsbedingungen (Folgekosten, Endschaftsregelung etc.) mit einschließen?

- Ein anderes Ergebnis folgt nicht aus § 21a IV EnWG. Die Vorschrift stellt KA´en angesichts der Prüfungskompetenz der Kartellbehörden gemäß § 46 V EnWG nicht kontrollfrei. Zwar sind die von den Netzbetreibern zu zahlenden KA´en Bestandteil der Erlösobergrenze und damit de facto in den Netzentgelten der Netzbetreiber enthalten. Sie stellen jedoch keinen Bestandteil der Genehmigung im rechtlichen Sinne dar, sondern werden von der Regulierungsbehörde nach §§ 21a IV 2 EnWG, 11 II Nr. 2 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteil behandelt. Ob sie von den Gemeinden in zulässiger Höhe gefordert werden, obliegt nach dem in § 46 V EnWG zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers den Kartellbehörden. Das EnWG will nicht einzelne Bestandteile des Netzentgelts aus der Missbrauchskontrolle ausnehmen, sondern eine verstärkte ex-ante-Kontrolle bewirken.

- Ist die KA wegen ihrer Umsatzabhängigkeit gemäß § 2 KAE beeinflussbar?

Ist KA wegen § 5 KAE beeinflussbar? Nach § 5 I KAE dürfen KA'en nur dann an die Gemeinde abgeführt werden dürfen, wenn durch die Abführung eine ordnungsgemäße Weiterführung des Versorgungsunternehmens nicht gefährdet ist. Dies ist nach § 5 II KAE u. a. der Fall, wenn einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft keine Beträge verbleiben, die eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals sicherstellen und eine Bildung ausreichender Rücklagen gestatten, bzw. wenn ein sonstiges Unternehmen für das Stamm- oder Gesellschaftskapital keinen angemessenen Gewinn erwirtschaften und ausschütten kann.

- Sonderproblem „Konzessionsverträge“ mit Eigenbetrieben: Da diese keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, sondern wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind, scheitert der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages an dem Erfordernis zweier Rechtssubjekte. Auch wenn der Eigenbetrieb zur Zahlung einer KA an die Gemeinde verpflichtet ist, bedeutet dieser Aufwand keine gebührenfähige Kostenposition i. S. der Kommunalabgabengesetze. Maßgeblich ist, was der Gemeinde selbst durch den Betrieb der gebührenrechnenden Einrichtung als Kosten anfällt; 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).

- Aus Art. 28 II GG folgt 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.“

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!