

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

Gliederung

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur.....	13
A. Problemstellung.....	19
B. Rechtsnatur von Konzessionsverträgen.....	21
I. Privatrechtlicher Austauschvertrag.....	21
II. Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge als öffentlich-rechtliche Verträge kraft landesrechtlicher Sonderregelung?.....	24
III. Die Bedeutung der Rechtsnatur von Konzessionsverträgen im Wettbewerbsrecht.....	26
1. Anwendbarkeit des materiellen Wettbewerbsrechts.....	26
2. Zulässiger Rechtsweg.....	28
C. Konzessionsverträge im System des Wettbewerbsrechts.....	31
I. Konzessionsverträge zwischen materieller und funktionaler Privatisierung.....	31
II. Strukturgleichheit von Wegenutzungsverträgen und Dienstleistungskonzessionen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht.....	33
1. Wegenutzungsverträge.....	33
2. Dienstleistungskonzessionen.....	34
3. Funktionale Gemeinsamkeiten.....	36
4. „Konzessionsverträge“ mit Eigenbetrieben der Stadt als Sonderproblem.....	39
III. § 46 EnWG als Sonderregelung für Wegenutzungsverträge zur Versorgung der Verbraucher mit Strom und Gas	40
1. Einfache Wegenutzungsverträge.....	40
a) Diskriminierungsverbot.....	40
b) Verpflichtung des Konzessionärs zum Betrieb des Netzes.....	41
2. Qualifizierte Wegenutzungsverträge (Konzessionsverträge).....	42
a) Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien.....	42
b) Laufzeitbegrenzung.....	45
3. Zum Verhältnis von § 46 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG.....	45
IV. Die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf den Abschluss von Konzessionsverträgen.....	47
1. Die vertragliche Erteilung von Konzessionen als unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand.....	47
a) Unternehmensbegriff im deutschen Wettbewerbsrecht.....	47
aa) Wegenutzungskonzessionen.....	47
bb) Dienstleistungskonzessionsmodelle.....	48

b) Der Unternehmensbegriff im EU-Wettbewerbsrecht.....	51
2. Die Marktbeherrschende Stellung der Kommunen beim Abschluss von Konzessionsverträgen.....	52
a) Marktabgrenzung.....	52
aa) Sachliche Abgrenzung der relevanten Märkte für Wegenutzungsverträge.....	53
bb) Geographische Abgrenzung der relevanten Märkte für Wegenutzungsverträge.....	54
cc) Einräumung sonstiger Rechte.....	58
b) Marktbeherrschung.....	59
V. Verhältnis der wettbewerbsrechtlichen Aufsicht zur energiewirtschaftsrechtlichen Aufsicht.....	61
VI. Wettbewerbliche Wirkungen von Konzessionsverträgen.....	64
1. Begrenzt verfügbare Konzessionsrechte.....	64
2. Einfache Wegenutzungsrechte i.S. des § 46 Abs. 1 EnWG.....	65
3. Qualifizierte Wegenutzungsrechte i.S. des § 46 Abs. 2 EnWG.....	65

D. Wettbewerbsrechtliche Anforderungen an das Verfahren zur Auswahl des Vertragspartners.....67

I. An die Mitgliedstaaten gerichtete EU-rechtliche Vorgaben.....	68
1. Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionsverträgen aus Art. 18 AEUV und den Grundfreiheiten.....	68
2. Ausschreibungspflicht bei wesentlichen Vertragsänderungen.....	71
3. Keine Rechtfertigung gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV.....	73
4. Inhaltliche Übereinstimmung des primärrechtlichen Vergabe- rechts mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts.....	74
II. Wettbewerbsrechtliche Vorgaben.....	75
1. Diskriminierungsfreiheit gemäß § 20 Abs. 1 GWB.....	75
a) Der Markt für Konzessionserteilungen als üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr.....	75
b) Konzessionierung eines Unternehmens als Behinderung und Diskriminierung Dritter.....	76
c) Rechtfertigung durch ein wettbewerbliches Vergabeverfahren.....	77
d) Ergebnis.....	81
2. Verstoß gegen Art. 102 AEUV und § 19 GWB durch den Transfer von Marktmacht.....	81
3. Verstoß gegen § 46 EnWG.....	83
III. Anforderungen an die Ausgestaltung eines transparenten, diskriminierungsfreien Wettbewerbsverfahrens.....	85
1. Inhaltliche Anforderungen an die Bekanntmachungspflichten.....	87
2. Formale Anforderungen an die Bekanntmachungspflichten.....	88

a) Allgemeine Grundsätze.....	88
b) Energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge.....	88
3. Rechtsschutz im Auswahlverfahren.....	91
4. Datenherausgabe im Auswahlverfahren bei energie- wirtschaftlichen Konzessionsverträgen.....	93
a) Pflichten des Alt-Konzessionärs.....	93
b) Pflichten der Gemeinde.....	95
c) Durchsetzung des Auskunftsanspruchs im einstweiligen Verfügungsverfahren.....	97
IV. Rechtsfolgen bei verfahrenswidrigem Vertragsabschluss.....	97
1. Verstoß gegen das allgemeine Wettbewerbsrecht und die Grundfreiheiten.....	97
2. Verstoß von Konzessionsverträgen gegen das Energiewirtschaftsrecht.....	100
E. Die Konzessionierung privatrechtlicher Unternehmen in öffentlicher Hand (Eigengesellschaften).....	103
I. Die Reichweite der In-House-Privilegierung im EU-Recht.....	103
1. In-House-feindliche Gesellschaftsformen.....	104
2. Beteiligung Privater am Kapital der Gesellschaft	108
3. Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber.....	109
II. Ausschreibungspflicht bei Veräußerung von Gesellschaftsanteilen einer konzessionierten Eigengesellschaft	112
1. Generelle Ausschreibungspflicht.....	112
2. Ausschreibungspflicht als Folge einer Gesamtbetrachtung.....	113
III. Konzessionierte Eigengesellschaften und Art. 106 Abs. 1 AEUV.....	114
1. Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 18 AEUV.....	114
2. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV.....	116
IV. Konzessionierung von Eigengesellschaften im allgemeinen Wettbewerbsrecht.....	118
F. Wettbewerbsrechtliche Grenzen der Vertragsgestaltung.....	123
I. Zulässige Maximallaufzeit.....	123
1. Wettbewerbsbeschränkung durch exklusive Dauerschuldverhältnisse.....	123
2. Rechtliche Vorgaben für die Laufzeit von Konzessionsverträgen.....	125
a) Vorgaben des Diskriminierungs- und Missbrauchsverbots für marktbeherrschende Unternehmen.....	126
aa) Generelle Vorgaben.....	126
bb) Besonderheiten bei Konzessionsverträgen.....	129

b) Maßstäbe des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV).....	130
aa) Vereinbarung zwischen Unternehmen.....	131
bb) Wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen.....	131
cc) Wettbewerbsbeschränkung i.S. des § 1 GWB 1999.....	133
dd) Spürbarkeit und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	136
c) Wertungskongruenz von wettbewerbsrechtlichen und staatsgerichteten Freiheitsverbürgungen.....	138
d) Die Sonderregelung des § 46 Abs. 2 EnWG.....	142
II. Laufzeitrelevante Begleitklauseln in Konzessionsverträgen.....	144
1. Endschaftsklauseln.....	144
2. Verpflichtung zur Personalübernahme.....	147
3. Gespaltenes Wegerecht.....	147
4. Verlängerungsklauseln.....	147
5. Eintrittsklauseln.....	148
6. Anschlussverträge.....	148
7. Erneuter Abschluss ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens.....	149
8. Sonstige Klauseln.....	151
III. Wettbewerbsinkonforme Vertragsbedingungen als Ausbeutungsmissbrauch.....	152
IV. Die Kontrolle der Konzessionsabgabe.....	152
1. Rechtliche Grundlagen.....	152
a) Privatrechtliche Entgelte für die Einräumung eines Wegenutzungsrechts.....	152
b) Beschränkung der Vertragsinhaltsfreiheit durch die Konzessionsabgabenverordnung und das (Energie-)Wettbewerbsrecht.....	153
c) Unterscheidung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden.....	157
2. Unzulässiger Ausbeutungsmissbrauch durch die Gemeinden.....	159
3. Mengengrenzvereinbarungen als Behinderungsmissbrauch durch die Netzbetreiber.....	163
a) Schädigung der Struktur des Marktes.....	163
b) Verstoß gegen die KAV.....	164
4. Mengengrenzvereinbarungen als Behinderungsmissbrauch durch Konzessionsvertrag.....	166
5. Konzessionsabgaben als unbeeinflussbare Kosten i.S. der §§ 21a Abs. 4 S. 2 EnWG, 11 Abs. 2 Nr. 2 ARegV.....	167
V. Rechtsfolgen eines Wettbewerbsverstoßes.....	167

G. Die Übertragung von Konzessionsrechten als Zusammenschlusstatbestand.....	173
I. Grundsätze.....	173
1. Übertragung gewerblicher Schutzrechte als Zusammenschlusstatbestand.....	173
2. Die Verkörperung einer Marktposition im Konzessionsrecht.....	176
3. Relevanz zwischengeschalteter staatlicher Maßnahmen.....	177
4. Erstmalige staatliche Verleihung.....	177
5. Schlussfolgerungen.....	178
II. Die pachtweise Überlassung von Netzen als Zusammenschluss.....	178
III. Übertragung von Linien des ÖPNV.....	182
H. Besonderheiten bei Wasserkonzessionsverträgen.....	187
I. Wasserversorgung auf öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Grundlage.....	187
II. Fortbestehen der kartellrechtlichen Freistellung der Wasserversorgung.....	188
III. Festlegung des Grundversorgers im Konzessionsvertrag.....	190
IV. Ausschreibungsverfahren.....	190
V. Konzessionsabgaben.....	191
VI. Preishöhenkontrolle gemäß § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990.....	193
1. Anwendbare Normen.....	193
2. Prüfungsmaßstab.....	194
3. Konzessionsabgaben als unbeeinflussbare Kosten?.....	194
a) Kommunale Versorgungsunternehmen.....	195
b) Drittversorger.....	195
I. Zusammenfassung.....	199
Verzeichnis wichtiger Literatur zum Thema.....	201