

Die Entwicklung eines wettbewerblichen europäischen  
Elektrizitätsbinnenmarktes, erschienen in OÖ Kraftwerke AG (Hg.)  
Aktuelle Rechtprobleme der Elektrizitätswirtschaft 1995

Rüdiger Dohms<sup>\*</sup>

Universitätsverlag - Linz 1995

A. Einleitung

Seit Inkrafttreten des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) am 1.1.1958 besteht eines der Hauptziele der Europäischen Integration in der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes auf der Grundlage eines Regelwerkes, das vier Grundfreiheiten (freier Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital), ein System zur Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen sowie die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften umfaßt. Dieses Konzept wurde durch die am 1.7.1987 in Kraft getretene Einheitliche Europäische Akte dahingehend aufgewertet, daß die Verwirklichung des freien Verkehrs im Rahmen der vier Grundfreiheiten zu forcieren und deshalb bis zum 31.12.1992 ein Binnenmarkt durch die Abschaffung aller Binnengrenzen für diesen Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu errichten sei. An diesen, für die Errichtung eines Europäischen Energiebinnenmarktes relevanten Rechtsinstrumenten hat der Maastrichter Vertrag zur Gründung der Europäischen Union (EUV), der am 1.11.1993 in Kraft trat und durch seinen Art.G die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) in

---

<sup>\*</sup> Der Autor ist Beamter der Generaldirektion IV (Wettbewerb) der EU-Kommission. Er gibt seine persönliche Meinung wider.

Europäische Gemeinschaft (EG) umbenannte<sup>1</sup>, keine wesentlichen Veränderungen vorgenommen<sup>2</sup>. Insbesondere gab es zu keinem Zeitpunkt eine den Energiesektor von der Anwendung dieser Regeln freistellende Bereichsausnahme. Hieran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, daß der EGV, der seit der Maastrichter Reform Gemeinschaftsmaßnahmen in Bereich der Energie in Art.3 lit.t allgemein erwähnt, bisher noch keine ausformulierten Grundlagen für eine gemeinschaftliche Energiepolitik bietet. Trotzdem ist die Europäische Gemeinschaft von einem wettbewerblichen Energiebinnenmarkt weit entfernt. Durch staatliche Maßnahmen oder private Vereinbarungen und Verhaltensweisen geschaffene Monopole und Oligopole unterbinden oder behindern auf den Ebenen von Produktion, Import/Export, Transport und Distribution weiterhin in wettbewerbswidriger Weise den freien grenzüberschreitenden Austausch von Elektrizität (und Erdgas) zwischen den EG-Mitgliedstaaten. Die hierdurch bewirkte Abschottung nationaler und regionaler Märkte verhindert weitgehend den Wettbewerb um einzelne Abnehmer oder Abnehmergruppen, die im Rahmen geschlossener Versorgungsgebiete in der Regel weder zwischen mehreren, in diesem Gebiet tätigen Versorgern wählen noch Energie aus außerhalb gelegenen Quellen beziehen können. Damit unterbleiben der gemeinschaftsweite Ausgleich von Angebot und Nachfrage und die hiermit verbundene Angleichung von Preisen und sonstigen Konditionen. Die hieraus resultierenden Versorgungslösungen sind volkswirtschaftlich und meist auch für den einzelnen Abnehmer suboptimal. Insbesondere die zwischen den Mitgliedstaaten aufrechterhaltenen Elektrizitätspreisunterschiede von bis zu 40 % führen nicht nur zu unfairer Diskriminierung zwischen den Kleinabnehmern in der EG, sondern bewirken auch schwere Wettbewerbsverzerrungen in der elektrizitätsverbrauchenden Industrie, die dem in den Art.2 und 3 EGV zum Ausdruck kommenden Binnenmarktziel einer harmonischen wirtschaftlichen Entwicklung auf der Basis gemeinschaftsweiter Chancengleichheit (sogenanntes "level playing field") widersprechen.

---

<sup>1</sup> Der Gründungsvertrag heißt daher seitdem EGV statt EWGV.

<sup>2</sup> Nachfolgend wird daher auch für die Zeit vor dem 1.11.1993 vom EGV statt EWGV gesprochen, soweit sich der Inhalt der betreffenden Vertragsvorschrift nicht durch die Maastrichter Reform wesentlich geändert hat.

## B. Die drei Schienen zum Europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt

Bei den Rechtsinstrumenten zur Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarktes ist zunächst zwischen der Anwendung des primären Gemeinschaftsrechts, d.h. bestehender EGV-Regeln, und dem Erlass und der Anwendung sekundären Gemeinschaftsrechts, d.h. aus dem EGV abgeleiteten Rechts, zu unterscheiden. Eine Änderung oder Erweiterung des Regelwerks des EGV könnte gemäß Art.N Abs.1 EUV nur von den Mitgliedstaaten als Herren der Verträge, auf denen die Europäische Union beruht, beschlossen werden. Der Erlass sekundären Gemeinschaftsrechts erfolgt durch Organe der EG (Kommission, Rat, Parlament<sup>3</sup>), die hierfür nach dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung<sup>4</sup> einer materiellen Rechtsgrundlage im EGV bedürfen und darüberhinaus die vom EGV für den jeweiligen Einzelfall aufgestellten Vorgaben hinsichtlich der Art des Rechtsaktes sowie hinsichtlich des Rechtsetzungsverfahrens zu beachten haben. Die wichtigsten Arten von sekundären Gemeinschaftsrechtsakten sind in Art.189 Abs.2-5 EGV definiert; die wichtigsten Erlassverfahren sind in Art.189a bis Art.189c EGV kodifiziert. Der exekutive Vollzug des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts obliegt nicht nur der EG-Kommission, sondern auch den Behörden der Mitgliedstaaten, die das Gemeinschaftsrecht, soweit es unmittelbar anwendbar<sup>5</sup> ist, direkt vollziehen und es ansonsten auf der Grundlage nationaler Durchführungsvorschriften anwenden<sup>6</sup>.

I. Als erste Schiene zur Errichtung des Elektrizitätsbinnenmarktes sollen im Folgenden die bereits verwirklichten und die noch geplanten bzw. noch möglichen Handlungen der Gemeinschaft auf der Ebene des sekundären Gemeinschaftsrechts untersucht werden. Als

---

<sup>3</sup> Die Hauptorgane sind in Art.4 EGV aufgeführt. Zur Erläuterung siehe Art.137-144 EGV (Parlament), Art.145-154 EGV (Rat), Art.155-163 EGV (Kommission), Art.164-188 EGV (Gerichtshof), Art.188a-188c EGV (Rechnungshof).

<sup>4</sup> Hierzu: *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 4.Auflage, Neuwied 1993, pp. 75 ff.

<sup>5</sup> Hierzu: *Schweitzer/Hummer*, aaO, pp.212 f und unten Punkte B. I., II, III. 3.

<sup>6</sup> Hierzu: *Schweitzer/Hummer*, aaO, pp.96 f.

Rechtshandlungsformen in Betracht kommen hierfür insbesondere das Instrument der Verordnung, die nach Art.189 Abs.2 EGV in allen ihren Teilen verbindlich ist und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt<sup>7</sup>, und das Instrument der Richtlinie, die nach Art.189 Abs.3 EGV für die Mitgliedstaaten, an die sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel überläßt. Eine Richtlinie ist daher innerhalb der in ihr angegebenen Frist durch die betreffenden Mitgliedstaaten in verbindliche innerstaatliche Vorschriften umzusetzen. Geschieht dies nicht, so werden die den einzelnen begünstigenden Regelungen der Richtlinie gegenüber dem Staat dann unmittelbar wirksam, wenn diese Vorschriften unbedingt, hinreichend genau und deshalb auch ohne nationalen Umsetzungsakt unmittelbar anwendbar sind<sup>8</sup>.

Die EG-Kommission hat sich bei ihren bisherigen und ihren geplanten Maßnahmen stets für das flexible Liberalisierungs- und Harmonisierungsinstrument der Richtlinie entschieden.

II. Die zweite Schiene bilden Regeln des EGV, die an die Mitgliedstaaten gerichtet sind und sie verpflichten, den freien Warenverkehr (hier insbesondere die Art.30-37), die Niederlassungsfreiheit (Art.52-58) und die Dienstleistungsfreiheit (Art.59-66) zu gewährleisten und in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem EGV widersprechenden Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten (Art.90 Abs.1). Gemäß Art.155 sorgt die Kommission für die Anwendung des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts. Sie tut dies insbesondere durch Vertragsverletzungsverfahren nach Art.169 EGV<sup>9</sup>. Die Effektivität der genannten EGV-Normen wird dadurch erhöht, daß sie unbedingt und rechtlich vollkommen, d.h. ohne jede weitere Konkretisierung anwendbar sind, den Mitgliedstaaten Handlungs- oder Unterlassungspflichten auferlegen, die keine weiteren Vollzugsmaßnahmen

---

<sup>7</sup> Hierzu: *Schweitzer/Hummer*, aaO., pp.79 f.

<sup>8</sup> Hierzu: *Schweitzer/Hummer*, aaO., pp.80-83.

<sup>9</sup> Siehe hierzu z.B. das Vorgehen der Kommission gegen Import- und Exportmonopole für Elektrizität und Gas, unten Punkt C. III. 1.

erfordern und den Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum lassen. Sie sind deshalb unmittelbar anwendbar<sup>10</sup>, was bedeutet, daß sich einzelne vor den Behörden und Gerichten der Mitgliedstaaten unmittelbar auf diese Normen berufen können. Die einheitliche Auslegung und Anwendung des gemeinschaftlichen Regelwerkes wird dadurch sichergestellt, daß ein nationales Gericht, das in einem Verfahren Zweifel hinsichtlich der Auslegung einer nach seiner Auffassung entscheidungserheblichen EG-Vertragsnorm hat, die Auslegungsfrage dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) nach Art.177 Abs.1 lit.a EGV zur Vorabentscheidung<sup>11</sup> vorlegen kann (Art.177 Abs.2) bzw. - wenn es im konkreten Verfahren die letzte Instanz ist - vorlegen muß (Art.177 Abs.3).

III. Die dritte Schiene bilden die Wettbewerbsregeln des EGV im engeren Sinn (Art.85, 86), die Verhaltensverbote an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen richten.

1. Art.85 Abs.1 EGV verbietet Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen geeignet sind und eine spürbare<sup>12</sup> Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Jedoch können die Bestimmungen des Art.85 Abs.1 nach Art.85 Abs.3 EGV für einzelne Vereinbarungen, Beschlüsse, abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von ihnen für nicht anwendbar erklärt werden (sogenannte Freistellung), wenn vier materielle Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, nämlich erstens die genannten Verhaltensweisen zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung beitragen, zweitens die Verbraucher an dem hieraus entstehenden Gewinn angemessen

---

<sup>10</sup> Hierzu: *Schweitzer/Hummer*, aaO, pp. 212 f.

<sup>11</sup> Hierzu: *Schweitzer/Hummer*, aaO, pp. 121 ff.

<sup>12</sup> Zum doppelten *de minimis*-Kriterium der Spürbarkeit siehe Groeben/Thiesing/Ehlermann [GTE]-*Schröter*, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.85 Rn 152-156 und die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art.85 Abs.1 EWGV fallen (86/C 231/02), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (ABl.EG) 1986 C 231/2.

beteiligt werden, drittens den beteiligten Unternehmen nur Beschränkungen auferlegt werden, die zur Erreichung dieser Ziele unerlässlich sind und viertens auf dem relevanten Markt ein wesentlicher Restwettbewerb erhalten bleibt.

Gemäß Art.85 Abs.2 EGV sind die "nach diesem Artikel", d.h. Art.85 Abs.1 inklusive Abs.3, verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse zivilrechtlich nichtig. Den auf nur faktischen Bindungen beruhenden und damit gerichtlich nicht erzwingbaren abgestimmten Verhaltensweisen begegnet der EGV allein mit dem in Art.85 Abs.1 festgelegten Verbot und der Ausnahmemöglichkeit nach Art.85 Abs.3.

2. Nach Art.86 EGV ist es einem einzelnen Unternehmen oder einer Unternehmensgruppe zwar nicht verboten, eine individuell bzw. kollektiv marktbeherrschende Stellung innezuhaben, wohl aber, diese zu mißbrauchen.

3. Art.85 und 86 sind sehr effektive Vorschriften. Die EG-Kommission wendet sie im Verfahren nach der VO Nr.17 des Rates vom 6.2.1962<sup>13</sup> an. Nach dem Prinzip der Dezentralität<sup>14</sup> können Art.85 Abs.1 (nicht aber Abs.3<sup>15</sup>) und Art.86 auch von Stellen der Mitgliedstaaten in Verbindung mit dem innerstaatlichen Verfahrensrecht angewandt werden. Hierzu gehören zum einen die nationalen Wettbewerbsbehörden, die auf eigene Initiative oder auf Beschwerden hin durch Untersagungsverfahren tätig werden, und die sie kontrollierenden nationalen Wettbewerbsgerichte. Zum anderen sind es die nationalen Zivilgerichte, die die Rechte, welche sich aus der unmittelbaren Wirkung der Art.85 Abs.1 und 86 zwischen einzelnen ergeben, zu wahren haben. Daher können Individuen in Zivilrechtsstreitigkeiten vor nationalen Gerichten auf der Grundlage dieser Vorschriften die Nichtigkeit einer Vereinbarung oder eines Beschlusses nach Art.85 Abs.2 EGV oder die Unterlassung des

---

<sup>13</sup> ABl.EG 1962 Nr.13 p.204/62. Änderungen und Ergänzungen in: ABl.EG 1962 Nr.58 p.1655/62, ABl.EG 1963 Nr.162 p.2696/63, ABl.EG 1971 L 285/49.

<sup>14</sup> Hierzu: GTE-Schröter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Auflage 1991, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn 141-146; GTE-Schröter/Jakob-Siebert, Art.87 Zweiter Teil, Rn 2-3.

<sup>15</sup> Hierzu sogleich Punkt B. III. 3.1.

Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und die Verpflichtung zum Schadenersatz geltend machen.

Allerdings verlieren die nationalen Wettbewerbsbehörden und Wettbewerbsgerichte - nicht aber die nationalen Zivilgerichte - nach Art.9 Abs.3 VO Nr.17 ihre konkurrierende Zuständigkeit, sobald die Kommission in derselben Sache ein eigenes Verfahren im Hinblick auf eine Untersagung (Art.3 VO Nr.17), ein sogenanntes Negativattest (Art.2 VO Nr.17) oder eine Freistellung (Art.6 VO Nr.17) förmlich eingeleitet hat. Gegen förmliche Entscheidungen der Kommission haben die unmittelbar und individuell Betroffenen nach Art.173 Abs.4 EGV die Möglichkeit zur Klage vor dem Gericht erster Instanz (EuG), das dem EuGH beigeordnet ist<sup>16</sup>. Der Entscheidung des EuG kann die Revision durch den EuGH in zweiter Instanz folgen. Der Rat und die Mitgliedstaaten können als objektiv Klagebefugte nach Art.173 Abs.2 EGV ohne weitere Voraussetzungen gegen die Entscheidung der Kommission direkt Klage zum EuGH erheben.

Gegen Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden bestehen Beschwerdemöglichkeiten zu nationalen Wettbewerbsgerichten; in Zivilrechtsverfahren vor den nationalen Gerichten gilt der nach innerstaatlichem Verfahrensrecht vorgesehene Instanzenzug. Bei Zweifeln hinsichtlich der Auslegung der Art.85 Abs.1 und 86, kann bzw. muß<sup>17</sup> das nationale Gericht den EuGH nach Art.177 EGV um Vorabentscheidung ersuchen.

3.1. Art.9 Abs.1 VO Nr.17 gibt der Kommission die ausschließliche Zuständigkeit, Art.85 Abs.1 nach Art.85 Abs.3 EGV für nicht anwendbar zu erklären (sogenanntes Freistellungsmonopol). Formelle Voraussetzung der Freistellung ist die vorherige Anmeldung der Vereinbarung, des Beschlusses oder der abgestimmten Verhaltensweise bei der Kommission (Art.4, 5 VO Nr.17). Das Freistellungsmonopol der Kommission mag der Einheitlichkeit der europäischen Wettbewerbspolitik dienen, schafft aber im System der dezentralen Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln zahlreiche praktische Probleme. Deren Kern besteht darin, daß Art.85 Abs.1 und Abs.3 hinsichtlich der definitiven Ableitung von

---

<sup>16</sup> Siehe Art.168a EGV und Beschluß des Rates vom 24.10.1988 (Nr.88/591/EGKS, EWG, Euratom), ABl.EG 1989 C 215/1 sowie Beschluß des Rates vom 8.6.1993 (Nr.93/350/Euratom, EGKS, EWG), ABl.EG 1993 L 144/21.

<sup>17</sup> Es gilt das oben unter Punkt B. II. zu Art.177 EGV Gesagte.

Rechtsfolgen als tatbestandliche Einheit zu behandeln sind<sup>18</sup>, nationale Behörden und Gerichte den Art.85 Abs.3 aber nicht anwenden können. Sie geraten damit in die Gefahr, daß ihre Entscheidungen mit einer späteren Freistellungsentscheidung der Kommission in Widerspruch stehen und abgesehen von Haftungsfragen auch ihr Arbeitsaufwand entwertet wird. Im Hinblick auf die nationalen Zivilgerichte hat die Kommission in einer Bekanntmachung<sup>19</sup> die Problematik auf der Grundlage des geltenden Regelwerkes und der einschlägigen Rechtsprechung analysiert und konkrete Verfahren für die Zusammenarbeit zwischen ihr und den nationalen Zivilgerichten bei der Anwendung der Art.85 und 86 EGV angeboten. Hinsichtlich der Anwendung der Art.85 und 86 durch die nationalen Wettbewerbsbehörden und -gerichte wird die Kommission im Laufe des Jahres 1995 im Amtsblatt der EG eine Bekanntmachung veröffentlichen. Zwischenzeitlich hat bereits eine aus Vertretern der nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission zusammengesetzte Arbeitsgruppe Vorschläge dazu ausgearbeitet, wie die Wirksamkeit der EG-Wettbewerbsregeln durch eine effiziente Arbeitsteilung und Zusammenarbeit zwischen den nationalen Stellen und der Kommission auf der Grundlage verbesserter Verfahren erhöht werden kann<sup>20</sup>.

3.2. Da Art.85 Abs.1 und Abs.3 eine Einheit bilden, sind Vereinbarungen und Beschlüsse, die unter das Verbot des Art.85 Abs.1 fallen, erst dann gemäß Art.85 Abs.2 definitiv nichtig und von Art.85 Abs.1 erfaßte abgestimmte Verhaltensweisen erst dann definitiv verboten, wenn feststeht, daß sie nicht nach Abs.3 freigestellt werden können. Dies ist der Fall, wenn von vorneherein eine Freistellung unter keinem Gesichtspunkt in Betracht kommt, ansonsten erst dann, wenn die Kommission über die Freistellung ablehnend entschieden hat.

---

<sup>18</sup> EuGH U. v. 6.4.1962, Rs 13/61, *Bosch*, Slg.1962, 97, 112 f; EuGH U. v. 14.12.1977, Rs 59/77, *de Bloos*, Slg.1977, 2359, 2370, Rn 11-16.

<sup>19</sup> Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags (93/C39/05), ABl. EG 1993 C 39/6 ff.

<sup>20</sup> Siehe XXIV. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik (1994), Tz 40-42.



- a) Aus der unmittelbaren Geltung der Art.85 Abs.1 und Abs.2 im Gegensatz zur fehlenden Direktwirkung des Abs.3 ergibt sich jedoch, daß unter das Verbot des Art.85 Abs.1 fallende Vereinbarungen und Beschlüsse bis zum Zeitpunkt ihrer Freistellung keine rechtliche Wirkung entfalten können, insbesondere ihre Einhaltung nicht rechtlich erzwungen werden kann<sup>21</sup>.
- b) Aus Gründen der Rechtssicherheit und des vertraglichen Vertrauensschutzes macht die Rechtsprechung hiervon einige wenige Ausnahmen durch Zuerkennung vorläufiger Gültigkeit. Davon profitieren u.a. diejenigen Vereinbarungen und Beschlüsse, die am Tage des Inkrafttretens der VO Nr.17 (13.3.1962) schon bestanden (sogenannte Altkartelle) und solche, die im Zeitpunkt des Beitritts eines neuen Mitgliedstaates bestanden und infolge des Beitritts in den Anwendungsbereich des Art.85 gelangten (sogenannte Beitrittskartelle), sofern sie innerhalb von sechs Monaten nach dem Beitritt bei der Kommission zur Freistellung angemeldet wurden<sup>22</sup>.
- c) Im Falle der neuen Mitgliedstaaten Österreich, Finnland und Schweden, die seit dem 1.1.1994 Mitglieder des EWR sind (und auch nach ihrem Beitritt zur Europäischen Union (1.1.1995) geblieben sind), ergibt sich jedoch aus Art.29 der Akte über den Beitritt zur EU<sup>23</sup>, daß das Privileg vorläufiger Gültigkeit nicht für solche dem Art.85 Abs.1 EGV unterfallende Vereinbarungen und Beschlüsse gilt, die zum Zeitpunkt des EU-Beitritts dieser Länder bereits in den Anwendungsbereich des Art.53 Abs.1 des EWR-Abkommens fielen. Letztere Bestimmung ist mit Art.85 Abs.1 EGV wortgleich bis auf die Ersetzung der Begriffe 'Gemeinsamer Markt' durch 'EWR-Abkommen' und 'EG-Mitgliedstaaten' durch 'EWR-Vertragsparteien'. Dies führt dazu, daß seit dem 1.1.1995 in Österreich, Finnland und Schweden die oben unter Punkt B. III. 3.2. a) dargestellte Regel gilt.

---

<sup>21</sup> GTE-Schröter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.85 Rn 167-169, 190.

<sup>22</sup> Art.25 Abs.1 und 2 VO Nr.17; GTE-Schröter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.85 Rn 169, 175 ff.

<sup>23</sup> iVm Anhang I Punkt III. B. 1. der Beitrittsakte; ABLEG 1994 C 241/26 und 57.

4. Art.85 und 86, die der Kontrolle des wettbewerblichen Verhaltens von Unternehmen dienen, werden ergänzt durch die Fusionskontrollverordnung<sup>24</sup>, die der Sicherung einer wettbewerblichen Marktstruktur im Falle von Unternehmenszusammenschlüssen dient, und durch die Kontrolle staatlicher Beihilfen für Unternehmen nach Art.92-94 EGV. Auf beide Bereiche kann hier nur kurz eingegangen werden.

Die Fusionsrate im Elektrizitätssektor ist im Vergleich zu anderen Sektoren unterdurchschnittlich. Der Grund hierfür liegt in der Monopolisierung oder Oligopolisierung innerhalb geschlossener Versorgungsgebiete und dem daraus resultierenden Schutz der Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EltVU) vor Wettbewerbern auf nationaler und europäischer Ebene. Die zunehmende Öffnung des Sektors für den landesweiten und europäischen Wettbewerb wird jedoch den Konzentrationsdruck und damit auch die Relevanz der EG-Fusionskontrollregeln erhöhen. Allerdings sind diese Regeln weder prinzipiell fusionsfreundlich noch fusionsfeindlich eingestellt. Sie bevorzugen nicht Unternehmen einer bestimmten Größe, sondern folgen dem Leitbild der Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs.

Für die Anwendung der Beihilferegeln des EGV im Elektrizitätssektor ergeben sich keine grundlegenden Besonderheiten im Vergleich zur Behandlung anderer Wirtschaftszweige<sup>25</sup>.

### C. Die Anwendung der drei Schienen im Elektrizitätssektor

#### I. Schiene 1: Richtlinien zur Errichtung eines Elektrizitätsbinnenmarktes

1. Als Rechtsgrundlage für den Erlass von Richtlinien zur Liberalisierung eines Wirtschaftssektors bietet der EGV insbesondere Art.100a und Art.90(3) an.

---

<sup>24</sup> Verordnung des Rates Nr.4064/89/EWG, ABl.EG 1990 L 257/13.

<sup>25</sup> *Hancher*, EC Electricity Law, London 1992, pp.109-134.

1.1. Art.100a betrifft Richtlinien zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Diese Binnenmarktrichtlinien werden in dem vom Maastrichter Unionsvertrag (EUV) geschaffenen, sogenannten Mitentscheidungsverfahren nach Art.189b EGV erlassen. Hiernach unterbreitet die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Richtlinienvorschlag, über dessen Annahme, Abänderung oder Ablehnung das Parlament und der Rat in mehrfacher Lesung, ggf. unter Einschaltung eines Vermittlungsausschusses, entscheiden. Namensgebendes Kennzeichen dieses Verfahrens ist die Tatsache, daß Parlament und Rat den Rechtsakt nur gemeinsam erlassen können, weil eine ablehnende absolute Mehrheit der Mitglieder des Parlaments bzw. eine ablehnende qualifizierte Mehrheit im Rat durch das jeweils andere Organ nicht überwunden werden kann. Die Rolle der Kommission in diesem Verfahren beschränkt sich auf das Recht, den Vorschlag zu unterbreiten, wozu sie vom Parlament nach Art.138b Abs.2 EGV aufgefordert werden kann, und die Möglichkeit nach Art.189a Abs.2 EGV, ihren Vorschlag zu modifizieren oder ganz zurückzuziehen, bevor der Rat einen Beschluß gefaßt hat<sup>26</sup>.

1.2. Alternativ hierzu kann die Kommission aufgrund von Art.90 Abs.3 EGV selbständig und ohne Beteiligung anderer Gemeinschaftsorgane Richtlinien zur Anwendung des Art.90<sup>27</sup> und damit iVm Art.90 Abs.1 zur Durchsetzung von Liberalisierungsmaßnahmen in den Mitgliedstaaten erlassen. Gemäß dem Anwendungsbereich des Art.90 Abs.1 ist dieses Liberalisierungsinstrument auf öffentliche Unternehmen und mit staatlichen Exklusiv- oder Sonderrechten ausgestattete Unternehmen beschränkt, die allerdings im Energiesektor häufig vorkommen.

2. Im Gegensatz zum Telekommunikationssektor, in dem Art.90 Abs.3 als Liberalisierungsinstrument eine bedeutende Rolle spielt, hat die Kommission im Energiesektor bei ihren bisherigen Vorschlägen stets auf Binnenmarktrichtlinien nach

---

<sup>26</sup> GTE-Harnier, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.149 Rn 50-55.

<sup>27</sup> Näheres zu Art. 90 siehe unten Punkt C. II.

Art.100a EGV gesetzt. Seit Ende der 1980er Jahre verfolgt die EG-Kommission hierbei einen Dreistufenplan.

2.1. Als erster Schritt wurden 1990 gestützt auf Art.100a EGV eine Richtlinie zum Transit von Elektrizität zwischen den Mitgliedstaaten durch Hochspannungsnetze<sup>28</sup> und gestützt auf Art.213 EGV eine Richtlinie zur Transparenz der Elektrizitäts- und Gaspreise<sup>29</sup> erlassen. Beide Richtlinien sind inzwischen zwar von fast allen Mitgliedstaaten in ihr nationales Recht umgesetzt worden, aber ohne größere wettbewerbsfördernde Wirkung geblieben sind. Bei der Transitrichtlinie liegt dies zum einen daran, daß sie Verteilungsnetze insgesamt von ihrem Anwendungsbereich ausschließt. Zum anderen verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedstaaten nur, ein System zu verwirklichen, in dem die im Anhang zur Richtlinie aufgeführten Elektrizitätsgesellschaften bei der Kommission und den zuständigen nationalen Behörden Transitanträge notifizieren, über diese verhandeln und nach zwölf Monaten die Gründe für die Ergebnislosigkeit der Verhandlungen mitteilen müssen. Eine von der Kommission einzusetzende Schlichtungsstelle kann mit den Transitbedingungen befaßt werden, hat aber keine verbindliche Entscheidungsgewalt. Für Beschwerden des Antragstellers, mit denen dieser den Transit erzwingen will, verweist die Richtlinie auf das primäre Gemeinschaftsrecht und entfaltet damit keine eigene Liberalisierungswirkung. Die Preistransparenzrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nur, dafür zu sorgen, daß Strom- und Gasversorgungsunternehmen ihre Preise für industrielle Endabnehmer dem Statistischen Amt der EG regelmäßig mitteilen.

2.2. Als zweiten Schritt schlug die Kommission im Februar 1992 eine auf die Art.100a, 57 Abs.2 und 66 EGV zu stützende Richtlinie zum Erlaß gemeinsamer Regeln für einen Elektrizitätsbinnenmarkt<sup>30</sup> vor. Die drei Hauptachsen dieses Vorschlags waren, erstens, die Beseitigung ausschließlicher Rechte für den Bau von Elektrizitätsproduktions- und -leitungsanlagen, zweitens in vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen die Entflechtung

---

<sup>28</sup> ABl.EG 1990 L 313/30.

<sup>29</sup> ABl.EG 1990 L 185/16.

<sup>30</sup> ABl.EG 1992 C 65/4.

("unbundling") von Management und Rechnungswesen in den Bereichen Produktion, Transport und Verteilung und drittens der obligatorische Zugang von Verteilungsunternehmen und industriellen Großabnehmern zur Elektrizitätsdurchleitung durch fremde Netze ("third party access" = "TPA"), soweit Übertragungskapazitäten frei und die hierfür angebotenen Entgelte angemessen sind. Allerdings erlaubte es schon dieser ursprüngliche Richtlinienvorschlag (in seinem Art.7 Abs.2) den Mitgliedstaaten, den TPA-Anspruch auf Großabnehmer mit einem jährlichen Gesamtverbrauch von mehr als 100 GWh und auf Verteilergesellschaften, deren einzelne oder gemeinsame Verkäufe mindestens 3% des Gesamtverbrauchs in dem jeweiligen Mitgliedstaat ausmachen, zu beschränken. Der Drittzugang zu bestehenden Netzen ist im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung das Schlüsselinstrument für Marktliberalisierung und die Einführung von Wettbewerb. Denn der Bau flächendeckender Parallelnetze ist unwirtschaftlich und darüberhinaus umweltrechtlich problematisch.

Wenn TPA eine wettbewerbsfördernde Wirkung haben soll, muß er, soweit Durchleitungskapazitäten frei sind und ein angemessenes Entgelt angeboten wird, rechtlich erzwingbar sein und zwar auch dann, wenn es zwischen dem Netzeigentümer und dem Durchleitungsbegehrenden zur Eröffnung von Wettbewerb um die Belieferung von Abnehmern kommt. Unter den genannten einschränkenden Voraussetzungen stellt der obligatorische TPA keine Verletzung der von der Rechtsprechung des EuGH als Teil des Gemeinschaftsrechts anerkannten Grundrechte<sup>31</sup> auf Eigentum<sup>32</sup> und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit<sup>33</sup>, dar. Es werden vielmehr lediglich die immanenten Schranken dieser Grundrechte, im Falle des Eigentums insbesondere seine Sozialbindung, konkretisiert.

a) Nachdem die erste Anhörung des Europäischen Parlaments die Chancenlosigkeit der ursprünglich geplanten, insgesamt relativ weitgehenden Liberalisierung offenbart hatte,

---

<sup>31</sup> Hierzu: *Schweitzer/Hummer*, aaO, pp. 197 ff.

<sup>32</sup> EuGH U. v. 13.12. 1979, Rs 44/79, *Hauer*, Slg.1979, 3727, 3745-3749, Rn 17-30.

<sup>33</sup> EuGH U. v. 17.12.1970, Rs 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg.1970, 1125, 1135 ff.

modifizierte die Kommission ihren Richtlinienvorschlag im Dezember 1993<sup>34</sup> dahingehend, daß die Entflechtung auf den Bereich des Rechnungswesens beschränkt, der TPA von einem obligatorischen Zugangsrecht in ein Recht auf bona-fide-Verhandlungen um diesen Zugang ("negotiated TPA" = "NTPA") reduziert und die regulatorischen Elemente, insbesondere unter verstärkter Bezugnahme auf öffentliche Dienstleistungspflichten, ausgebaut wurden. Im neuen Konzept des verhandelten Netzzugangs unterliegt selbst das Recht auf bona-fide-Verhandlungen mehrfachen Beschränkungen. Es ist im wesentlichen begrenzt auf Stromproduzenten und die im Hochspannungsverbundnetz tätigen Elektrizitätsübertrager und gilt nur für deren Projekte zur Belieferung von endverbrauchenden industriellen Großabnehmern (deren jährlicher Gesamtverbrauch 100 GWh überschreitet) und Verteilern. Daneben haben die Stromproduzenten ein Verhandlungsrecht nur noch zur Belieferung eigener Betriebsteile und zur Erfüllung von Lieferverträgen, die nach einer Ausschreibung für neue Produktionskapazitäten entstanden sind und Abnehmer außerhalb des Durchleitungsnetzes betreffen und damit nur selten Endversorgungswettbewerb zwischen Durchleitendem und Leitungseigentümer begründen werden. Endabnehmer und Verteiler haben kein eigenes Verhandlungsrecht und können daher nicht aktiv den Zugang zu neuen Versorgungsquellen im Wege der Durchleitung suchen. Eine von den Parteien unabhängige Schlichtungsstelle ist für die Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit Durchleitungsverträgen und -verhandlungen zuständig. Es ist nicht klar, aufgrund welcher Regeln und mit welcher Bindungswirkung die Schiedsstelle entscheidet. Die in Art.21 Abs.4 des modifizierten Richtlinienvorschlags enthaltene Feststellung, daß die Inanspruchnahme dieser Stelle unbeschadet der Rechtsmittel des Gemeinschaftsrechts erfolgt, ist ein deutlicher Hinweis darauf, daß die Regeln außerhalb des Gemeinschaftsrechts zu suchen sind und die Schlichtungssprüche unverbindlich sind. Damit ist vorhersehbar, daß NTPA bei Interessenkonflikten zwischen Netzeigentümer und Durchleitungsbeantragendem in der Praxis kaum funktionieren und insbesondere Durchleitungen, die Wettbewerb zwischen diesen beiden Parteien um die Versorgung von Abnehmern begründen sollen, nicht fördern wird. Insgesamt ist in der Aufgabe des obligatorischen TPA zugunsten eines verhandelten TPA ein entscheidender Liberalisierungsrückschlag zu sehen.

---

<sup>34</sup> KOM(93) 643 endg. -COD 384 vom 7.12.1993, auch veröffentlicht in ABLEG 1994 C 123/1.

b) Die Arbeitsgruppe beim Rat der Energieminister, die seit Anfang 1994 eine vom Rat zu beschließende gemeinsame Position zu dem Richtlinienvorschlag ausarbeitet, hat zwar die meisten Probleme inzwischen lösen, sich aber noch nicht über das TPA-Modell verständigen können. Frankreich versucht seit Oktober 1994, das Modell eines Alleinkäufers ("acheteur unique") als Alternative neben das Modell des verhandelten Netzzugangs zu stellen und damit den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie ein Wahlrecht zwischen diesen beiden Modellen zu verschaffen. Die französischen Vorstellungen gehen davon aus, daß der Netzeigentümer am besten geeignet ist, öffentliche Dienstleistungspflichten und Ziele der Energiepolitik zu erfüllen. Für den in demselben Mitgliedstaat produzierten und verbrauchten Strom bleibt daher der Netzeigentümer alleiniger An- und Verkäufer mit Ausnahme der Elektrizität, die ein Erzeuger zwischen seinen Betriebsstätten zu transportieren wünscht. Ein Erzeuger kann erst dann exportieren, wenn er den "nationalen Bedarf vorrangig befriedigt" hat. Für den Export soll er ein Recht zur Durchleitung gegen eine mit dem Netzeigentümer auszuhandelnde Vergütung haben. Ein Großverbraucher, der einen Stromlieferungsvertrag mit einem Erzeuger in einem anderen Mitgliedstaat geschlossen hat, kann den Strom nicht selbst via Durchleitung importieren, sondern muß sich an den Netzeigentümer wenden, der den Strom aus dem Netz des Produktionsmitgliedstaates ankauft und an den Großverbraucher weiterverkauft.

Nach Auffassung der Kommission verstößt das Alleinkäufermodell gegen mehrere Bestimmungen des EG-Vertrags, insbesondere die Art.30, 34, 37 und führt in der Koexistenz mit dem Modell des verhandelten Netzzugangs zu ungerechtfertigten Diskriminierungen. Um die Verhandlungen in der Arbeitsgruppe des Rates in Gang zu halten, hat die Kommission im März 1995 ein Arbeitspapier<sup>35</sup> mit Vorschlägen verabschiedet, die das Alleinkäufermodell EG-vertragsgerecht und wettbewerbsfördernd umgestalten und mit dem NTPA-Modell diskriminierungsfrei koexistenzfähig machen sollen.

c) Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann nicht vorausgesagt werden, welches Profil die Binnenmarktrichtlinie Elektrizität im einzelnen letztlich haben wird. Auch kann nicht

---

<sup>35</sup> SEC(95)464 endg. vom 22.3.1995.

ausgeschlossen werden, daß ihre Verabschiedung insgesamt scheitert, weil die Entscheidungsträger Parlament und Rat sich im Mitentscheidungsverfahren nicht einigen können oder weil die Kommission ihren Vorschlag als Antwort auf die Aushöhlung ihrer Liberalisierungsbemühungen noch vor einer Beschlußfassung im Rat zurückzieht. Die Kommission könnte dann mit auf Art.90 Abs.3 EGV gestützten Richtlinien, für deren Erlaß sie weder der Zustimmung des Parlaments noch des Rates bedarf, weitreichende Veränderungen des Energiesektors bewirken. Trotzdem bleibt die Kommission weiterhin am Erlaß einer auf Art.100a EGV gestützten, von Parlament und Rat zu beschließenden Binnenmarktrichtlinie interessiert, weil diese im Vergleich zur Anwendung des Art.90 Abs.3 jegliche Art von Unternehmen erfassen und außerdem auf einem breiteren politischen Konsens beruhen würde und im Vergleich zu der auf Einzelfälle bezogenen Anwendung der EG-Vertragsregeln schneller kohärente, koordinierte und auf das Zusammenwachsen ausgerichtete Liberalisierungsfortschritte in den Elektrizitätsmärkten aller Mitgliedstaaten bewirken könnte.

2.3. Im Lichte des Erfolgs dieser zweiten Stufe wären dann die verbleibenden Anforderungen an Richtlinien einer dritten Stufe zu definieren.

## II. Einschub: Artikel 90 Abs.1 und 90 Abs.2 EGV

Vor Beschreibung der zweiten und dritten Schiene zum Elektrizitätsbinnenmarkt sind Funktion und Tragweite der im Elektrizitätssektor sehr wichtigen Art.90 Abs.1 und 90 Abs.2 EGV zu klären, da diese Vorschriften Brücken zu den Vorschriften bilden, auf denen die zweite und dritte Schiene beruhen und teilweise deren Anwendung beeinflussen. Hierzu ist insbesondere die jüngere Rechtsprechung des EuGH und des EuG zu analysieren.

1. Art.90 Abs.1 bezieht sich auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten ausschließliche oder besondere Rechte gewähren.



1.1. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens ist im EGV nicht definiert. Art.2 Abs.1 der sogenannten Transparenzrichtlinie der Kommission<sup>36</sup> gibt als Definition: "jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstigen Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann", und definiert die öffentliche Hand als den "Staat sowie andere Gebietskörperschaften". Nach Art.2 Abs.2 der Transparenzrichtlinie wird ein beherrschender Einfluß vermutet, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Kapitalmehrheit an dem Unternehmen besitzt, über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann. Somit unterscheiden sich die öffentlichen Unternehmen von den privaten dadurch, daß die öffentliche Hand auf ihre Geschäftsführung einwirken kann, ohne auf hoheitliche Maßnahmen angewiesen zu sein. Hierbei genügt die bloße Möglichkeit zur Einwirkung; auch der ausdrückliche Verzicht der öffentlichen Hand auf jeglichen Eingriff in die Geschäftsführung des Unternehmens nimmt diesem nicht die Eigenschaft des öffentlichen Unternehmens<sup>37</sup>. Der EuGH hat in seinem Urteil zur Transparenzrichtlinie<sup>38</sup> die in ihr enthaltenen Definitionen nicht beanstandet aber auch hervorgehoben, daß ihr Art.2 nicht bezwecke, den in Art.90 EGV enthaltenen Begriff des öffentlichen Unternehmens zu definieren, sondern nur den Zwecken der Richtlinie diene. Da diese Richtlinie aber auf Art.90 Abs.3 EGV gestützt ist und den Anwendungsbereich des Art.90 weder erweitern konnte noch wollte, kann auf der Grundlage des EuGH-Urteils festgestellt werden, daß zumindestens die von Art.2 der Transparenzrichtlinie erfaßten

---

<sup>36</sup> Richtlinie Nr.80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABLEG 1980 L 195/35.

<sup>37</sup> Siehe 9. Erwägungsgrund der Transparenzrichtlinie; GTE-Hochbaum, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.90 Rn 9.

<sup>38</sup> EuGH U. v. 6.7.1982, Verb Rs 188 bis 190/80, *Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich / Kommission ("Transparenzrichtlinie")*, Slg.1982, 2545, 2578 f, Rn 24-26.

Unternehmen unter den Begriff des öffentlichen Unternehmens iSv. Art.90 Abs.1 EGV fallen<sup>39</sup>.

1.2. Auch die Begriffe "ausschließliche Rechte" und "besondere Rechte" werden im EGV nicht definiert und sind gleichfalls von der Rechtsprechung des EuGH sowie in der juristischen Diskussion bisher nicht vollständig geklärt worden. Klar ist, daß sie nicht synonym verwandt werden können, auch wenn ihre genaue Abgrenzung noch nicht festliegt. Auf der Grundlage von Hinweisen aus der bisherigen Rechtsprechung und Literatur erscheinen folgende Definitionen sinnvoll.

a) Ausschließliches Recht iSv. Art.90 Abs.1 EGV ist ein Recht, das die öffentliche Hand durch Hoheitsakt<sup>40</sup> im Gesetzes- oder Verwaltungswege jeweils einem öffentlichen oder privaten Unternehmen gewährt und das diesem die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung oder die Ausübung einer sonstigen Tätigkeit in einem bestimmten räumlichen und/oder zeitlichen Rahmen vorbehält. Hierzu zählt nicht nur die Monopolisierung eines gesamten Wirtschaftszweigs<sup>41</sup> landesweit<sup>42</sup> zugunsten eines einzigen Unternehmens, sondern auch eine solche Monopolisierung in einer Vielzahl geographischer<sup>43</sup> oder zeitlicher Parzellen jeweils zugunsten eines Unternehmens. Gleichmaßen entsteht eine Vielzahl von ausschließlichen Rechten, wenn ein Wirtschaftsvorgang in seine Elemente zerlegt und jeweils hieran einem einzigen Unternehmen das alleinige Tätigkeitsrecht gewährt wird.

b) Demgegenüber sind besondere Rechte solche, die die öffentliche Hand durch Hoheitsakt im Gesetzes- oder Verwaltungswege jeweils mehreren, zahlenmäßig

---

<sup>39</sup> Grabitz/Hilf-Pernice, Kommentar zur Europäischen Union, Art.90 EGV, Rn 17; GTE-Hochbaum, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.90 Rn 14 Fn 49.

<sup>40</sup> Grabitz/Hilf-Pernice, Kommentar zur Europäischen Union, Art.90 EGV, Rn 29.

<sup>41</sup> So in den Fällen EuGH U. v. 30.4.1975, Rs 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, 409, 430 f, Rn 14 und EuGH U. v. 9.6.1977, Rs 90/76, *van Ameyde*, Slg.1977, 1091, 1125-1127, Rn 16-25.

<sup>42</sup> So im Fall EuGH U. v. 19.5.1993, Rs C-320/91, *Corbeau*, EuZW 1993, 422 ff.

<sup>43</sup> So im Fall EuGH U. v. 10.12.1991, Rs C-179/90, *Porto di Genova*, Slg.1991, I-5889, 5927 Rn 9.

abgegrenzten<sup>44</sup> öffentlichen und/oder privaten Unternehmen gewährt und die diesen die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung oder die Ausübung einer sonstigen Tätigkeit in einem bestimmten räumlichen und/oder zeitlichen Rahmen vorbehalten. Es handelt sich somit um eine Oligopolisierung, die sich wie das ausschließliche Recht auf einen gesamten Wirtschaftszweig, einen Wirtschaftsvorgang oder seine Elemente und auf räumliche und zeitliche Parzellen verschiedenster Größe beziehen kann.

c) Ausschließliche und besondere Rechte sind somit dadurch gekennzeichnet, daß sie individuell bestimmte private oder öffentliche Unternehmen gegenüber anderen durch Ausschluß oder Beschränkung des Wettbewerbs für eine bestimmte Tätigkeit in eine privilegierte Sonderstellung versetzen, sie aber gleichzeitig auch in eine Abhängigkeit zur öffentlichen Hand bringen. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH betrifft Art.90 nur Unternehmen, für deren Verhalten die Mitgliedstaaten aufgrund des Einflusses, den sie auf dieses Verhalten ausüben können, besondere Verantwortung tragen<sup>45</sup>. Diese muß sich in der Möglichkeit der öffentlichen Hand zur Einflußnahme auf die Geschäftspolitik der begünstigten Unternehmen widerspiegeln, die im Verhältnis zu den übrigen (nichtöffentlichen)<sup>46</sup> Unternehmen nicht besteht. Instrumente dieser Einflußnahme können schon die Modalitäten der ausschließlichen und besonderen Rechte sein, Auflagen bei der Gewährung dieser Rechte oder auch ihre jederzeitige Widerrufsmöglichkeit<sup>47</sup>.

1.3. Art.90 Abs.1 hat eine Doppelfunktion. Er ist einerseits reine Verweisungsvorschrift, insoweit die Mitgliedstaaten daran erinnert werden, die an sie gerichteten EG-Vertragsregeln bei Maßnahmen in bezug auf die genannten Unternehmen zu beachten.

---

<sup>44</sup> Grabitz/Hilf-Pernice, Kommentar zur Europäischen Union, Art.90 EGV, Rn 25.

<sup>45</sup> EuGH U. v. 6.7.1982, Verb Rs 188 bis 190/80, *Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich / Kommission ("Transparenzrichtlinie")*, Slg.1982, 2545, 2575, Rn 12.

<sup>46</sup> Für die öffentlichen Unternehmen ist diese Einflußmöglichkeit schon *per definitionem* (siehe oben Punkt C. II. 1.1.) gegeben. Unternehmen, die öffentlich und Träger ausschließlicher oder besonderer Rechte sind, fallen somit aus zwei Gründen unter Art.90 Abs.1.

<sup>47</sup> Grabitz/Hilf-Pernice, Kommentar zur Europäischen Union, Art.90 EGV, Rn 26-27.

Andererseits kann Art.90 Abs.1 iVm den allein an Unternehmen gerichteten Artikeln 85 oder 86 EGV originär eine Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten begründen. Allerdings sind die Voraussetzungen dieser Verantwortlichkeit noch nicht vollständig geklärt. Insbesondere die Anforderungen an die haftungsbegründende Kausalität zwischen den in Art.90 Abs.1 angesprochenen mitgliedstaatlichen Maßnahmen und dem von Art.85 und/oder 86 erfaßten Verhalten von Unternehmen sind noch zu präzisieren. Gleichfalls ungeklärt ist auch die damit verbundene Frage, ob die Staatsverantwortlichkeit erst einsetzt, wenn die genannten Unternehmen gegen die Art.85 und/oder 86 tatsächlich verstoßen oder schon dadurch, daß der Mitgliedstaat ihnen die Möglichkeit zu einem solchen Verstoß gegeben hat<sup>48</sup>.

2. Art.90 Abs.2 fungiert als Filter, der die Anwendung des EG-Vertrags auf Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, insoweit beschränkt als hierdurch die Erfüllung der diesen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe weder rechtlich noch tatsächlich verhindert werden darf. Als Ausnahmenvorschrift ist Art.90 Abs.2 eng auszulegen<sup>49</sup>. Außerdem ist das in Satz 2 dieser Vorschrift enthaltene Korrektiv zu beachten, wonach die Anwendung der Ausnahme den Handelsverkehr nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen darf, der dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

2.1. Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hat die Kommission in ihrer Ijsselcentrale-Entscheidung (1991)<sup>50</sup> dahingehend Stellung bezogen, daß der landesweite Betrieb des Hochspannungsstromverbundnetzes in den Niederlanden mit dem Ziel, eine verlässliche und einwandfrei funktionierende flächendeckende öffentliche Elektrizitätsversorgung zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise zu gewährleisten, als eine solche Dienstleistung zu qualifizieren sei.

---

<sup>48</sup> Näheres hierzu unten unter Punkt C. II. 3.

<sup>49</sup> EuGH U. v. 27.3.1974, Rs 127/73, *BRT / SABAM*, Slg.1974, 313, 318, Rn 19-22; Grabitz/Hilf-Pernice, Kommentar zur Europäischen Union, Art.90 EGV, Rn 51.

<sup>50</sup> KOM E. v. 16.1.1991, *Ijsselcentrale*, ABLEG 1991 L 28/32, Rn 40.

In seinem Almelo-Urteil (1994)<sup>51</sup> erkannte der EuGH an, daß ein Unternehmen, welchem durch eine nichtausschließliche öffentlich-rechtliche Konzession die Aufgabe übertragen worden ist, die Stromversorgung in einem Teil des Staatsgebietes sicherzustellen und das hierzu im gesamten Konzessionsgebiet alle Abnehmer, lokale Versorgungsunternehmen oder Endverbraucher, in den zu jeder Zeit geforderten Mengen zu einheitlichen Tarifen und Bedingungen, die nur nach objektiven Kriterien differenziert werden dürfen, versorgen muß, eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringt.

2.2. Das Tatbestandsmerkmal der Betrauung verlangt nach der Rechtsprechung des EuGH, daß ein Gesetz oder sonstiger Akt der öffentlichen Gewalt<sup>52</sup> einem konkret benannten<sup>53</sup> Unternehmen die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zuweist. Nicht hierunter fallen Gesetze oder sonstige Hoheitsakte, die ohne Bezugnahme auf namentlich genannte Unternehmen nur allgemein die Tätigkeit jeglicher Unternehmen regeln, die sich entscheiden sollten, eine bestimmte Tätigkeit aufzunehmen oder fortzuführen. Daher liegt z.B. kein Betrauungsakt in einer generellen gesetzlichen Pflicht, allgemeine Versorgungsbedingungen und -tarife für bestimmte Gebiete zu veröffentlichen und jeden in diesem Gebiet belegenen Interessenten zu diesen Bedingungen und Tarifen anzuschließen und zu versorgen, wenn diese Pflicht, wie im Falle des § 6 Abs.1 des deutschen Energiewirtschaftsgesetzes<sup>54</sup>, nur abstrakt jedes in diesem Gebiet tätige Versorgungsunternehmen betrifft, ohne daß der Staat gleichzeitig durch Hoheitsakt die

---

<sup>51</sup> EuGH U. v. 27.4.1994, Rs C-393/92, *Gemeinde Almelo / Energiebedrijf Ijsselmij NV*, Slg. 1994, I-1477, 1520 f, Rn 47-48.

<sup>52</sup> EuGH U. v. 27.3.1974, Rs 127/73, *BRT / SABAM*, Slg.1974, 313, 318, Rn 19-22; EuGH U. v. 14.7.1981, Rs 172/80, *Züchner / Bayerische Vereinsbank*, Slg. 1981, 2021, 2030, Rn 7.

<sup>53</sup> EuGH U. v. 2.3.1983, Rs 7/82, *GVL / Kommission*, Slg.1983, 483, 484 Nr.3, 504, Rn 29-33.

<sup>54</sup> In der Fassung vom 19.12.1977, Bundesgesetzblatt I (1977), Seite 2750.

Anschluß- und Versorgungsaufgabe in diesem Gebiet einem oder mehreren namentlich bezeichneten Unternehmen überträgt<sup>55</sup>.

2.3. Schließlich greift Art.90 Abs.2 nur, wenn und soweit die Anwendung der Vorschriften des EGV, insbesondere der Wettbewerbsregeln, die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

a) Der Wortlaut des Art.90 Abs.2 suggeriert, das es nur um die Modifizierung der Anwendung von EG-Vertragsregeln auf Unternehmen geht. Diese Sichtweise wurde zunächst durch das Campus Oil-Urteil (1984)<sup>56</sup> bestätigt, in welchem der EuGH feststellte, daß Art.90 Abs.2 den Mitgliedstaat, der ein Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut hat, nicht von dem Verbot befreie, zugunsten dieses Unternehmens und zum Schutze seiner Tätigkeit Maßnahmen zu ergreifen, die entgegen Art.30 EGV die Einfuhren aus den übrigen Mitgliedstaaten behindern. Im Anschluß an dieses Urteil wurde es herrschende Meinung, daß sich die Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung der Abweichung von den sie verpflichtenden Binnenmarktregeln u.a. der Warenverkehrsfreiheit (Art.12 ff, 30 ff EGV), Niederlassungsfreiheit (Art.52 ff EGV) und Dienstleistungsfreiheit (Art.59 ff EGV) nicht auf Art.90 Abs.2, sondern ausschließlich auf die in den Binnenmarktregeln vorgesehenen Ausnahmevorschriften (wie z.B. Art. 36, 55, 56, 66 EGV) berufen könnten. Von dieser Linie wich der EuGH in seinem Porto di Genova-Urteil (1991)<sup>57</sup> ab, in dem er die EG-Vertragsregeln über die Freizügigkeit, die u.a. die Warenverkehrsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit umfassen, in die Gruppe derjenigen Vertragsvorschriften mit einbezog, deren Anwendung, sofern sie sich auf die Erfüllung der dem betrauten Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe

---

<sup>55</sup> Vgl. EuGH U. v. 2.3.1983, Rs 7/82, *GVL / Kommission*, Slg.1983, 483, 484 Nr.3, 504, Rn 31.

<sup>56</sup> EuGH U. v. 10.7.1984, Rs 72/83, *Campus Oil Ltd.*, Slg.1984, 2727, 2747, Rn 19.

<sup>57</sup> EuGH U. v. 10.12.1991, Rs C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg.1991, I-5889, 5931, Rn 27.

auswirkt, von Art.90 Abs.2 modifiziert werden könne. Auch im nachfolgenden Corbeau-Urteil (1993)<sup>58</sup> wandte der EuGH Art.90 Abs.2 auf staatliche Maßnahmen an.

b) Aus dem Tatbestandsmerkmal des "Verhinderns" ergibt sich, daß die EG-Vertragsregeln uneingeschränkt anwendbar bleiben, wenn sie dem direkt oder indirekt betroffenen Unternehmen die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe lediglich erschweren, aber nicht verunmöglichen. Im übrigen schränkt Art.90 Abs. 2 die Anwendung dieser Regeln allein im absolut notwendigen Maße ein, d.h. nur "soweit" es zu einer Verhinderung der Aufgabenerfüllung kommt.

Für Irritationen hat das Corbeau-Urteil (1993)<sup>59</sup> gesorgt, in welchem der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die Frage zu beantworten hatte, ob Art.90 EGV dahingehend auszulegen sei, daß er es nicht zulasse, daß eine Regelung eines Mitgliedstaates, die einer Organisation wie der belgischen Régie des Postes landesweit das ausschließliche Recht überträgt, Postsendungen zu sammeln, zu befördern und zu verteilen, es einem in diesem Staat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer unter Androhung strafrechtlicher Sanktionen untersagt, bestimmte Dienstleistungen auf diesem Markt anzubieten.

aa) In seiner Antwort stellte der EuGH fest, daß die Régie des Postes, die eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, als ein Unternehmen anzusehen sei, dem vom betreffenden Mitgliedstaat ausschließliche Rechte iSv. Art.90 Abs.1 gewährt wurden (Rn.8). Außerdem urteilte der EuGH, daß die Régie des Postes unbestreitbar iSv. Art.90 Abs.2 EGV mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sei, die in der Verpflichtung bestehe, die Sammlung, die Beförderung und die Verteilung von Postsendungen zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates, zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs sicherzustellen (Rn.15). Der EuGH beschrieb damit die wesentlichen Elemente eines klassischen Universaldienstes ("universal service"). Art.90 Abs.2 erlaube es einem

---

<sup>58</sup> EuGH U. v. 19.5.1993, Rs C-320/91, *Paul Corbeau*, EuZW 1993, 422, 423, Rn 13 ff.

<sup>59</sup> EuGH U. v. 19.5.1993, Rs C-320/91, *Paul Corbeau*, EuZW 1993, 422.

Mitgliedstaat, einem Unternehmen, das er mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraue, ausschließliche Rechte zu verleihen, die der Anwendung der Wettbewerbsregeln entgegenstehen können, soweit Wettbewerbsbeschränkungen oder sogar der Ausschluß jeglichen Wettbewerbs von seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer erforderlich seien, um die Erfüllung der diesem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen (Rn.14). Damit blieb der EuGH bis zu diesem Punkt dem Wortlaut des Art.90 Abs.2 verhaftet ("soweit", "sicherstellen" heißt: "nicht verhindern"). Dann jedoch führte der EuGH scheinbar neue Kriterien ein, indem er feststellte, es gehe bei der Prüfung der hierfür erforderlichen Wettbewerbseinschränkung darum, "dem Inhaber des ausschließlichen Rechts zu ermöglichen, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen, und zwar unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen" (Rn.16, Hervorhebung nur hier). Bei dieser Prüfung sei "davon auszugehen, das die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt" (Rn.17, Hervorhebung nur hier). "Wenn es einzelnen Unternehmen gestattet wäre, mit dem Inhaber ausschließlicher Rechte in Bereichen ihrer Wahl in Wettbewerb zu treten, in denen diese Rechte bestehen, würden sie nämlich in die Lage versetzt, sich auf die wirtschaftlich rentablen Tätigkeiten zu konzentrieren und dort günstigere als die von den Inhabern der ausschließlichen Rechte angewandten Tarife anzubieten, da sie im Gegensatz zu diesen nicht wirtschaftlich gezwungen sind, einen Ausgleich zwischen den in den unrentablen Bereichen entstandenen Verlusten und den in den rentableren Bereichen erzielten Gewinnen vorzunehmen" (Rn.18). "Der Ausschluß des Wettbewerbs ist jedoch dann nicht gerechtfertigt, wenn es sich um spezifische, von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handelt, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet ... sofern diese Dienstleistungen aufgrund ihrer Art und der Umstände, unter denen sie angeboten werden - wie etwa des Gebiets, in dem sie erbracht werden - das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts



übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht in Frage stellen" (Rn.19).

bb) In Sektoren, in denen - wie z.B. häufig auch im Energiesektor - eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als Universaldienst erbracht wird, besteht in interessierten Kreisen die Tendenz, das Corbeau-Urteil zugunsten von bestehenden Monopolen gegen die Einführung von Wettbewerb zu instrumentalisieren. Im Kern läuft die Argumentation darauf hinaus, daß das wirtschaftliche Gleichgewicht des mit dieser Dienstleistung betrauten Monopolisten nicht durch die Zulassung von Wettbewerbern gestört werden dürfe. Wäre dies die aus dem Corbeau-Urteil abzuleitende neue Interpretation des Tatbestandsmerkmals "verhindern" in Art.90 Abs.2, so fungierte diese Vorschrift künftig im Rahmen der von ihr erfaßten Sektoren als Entmonopolisierungssperre. Denn die Einführung von Wettbewerb stört naturgemäß das gewohnte wirtschaftliche Gleichgewicht des bisherigen Monopolbetriebs und zwingt ihn zu zahlreichen Anpassungen seiner Größe, Struktur und Effizienz.

cc) Dieser einseitig wettbewerbsfeindlich motivierten Instrumentalisierung des Corbeau-Urteils ist seine genaue Analyse und sinnvolle Auslegung entgegenzuhalten, zu deren Beginn noch einmal die in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsrechtsordnung anerkannte Grundregel in Erinnerung zu rufen ist, daß Ausnahmenvorschriften, wie z.B. Art.90 Abs.2, eng auszulegen sind. Des weiteren ist die Übertragbarkeit der vom EuGH anhand des Postdienstes entwickelten Kriterien auf den Sektor der leitungsgebundenen Energie zu hinterfragen.

(1) Gerade die Leitungsgebundenheit trägt maßgeblich dazu bei, daß im Energiesektor wohl kaum und wenn dann nur in sehr begrenztem Umfang im Sinne der Rn.18 des Corbeau-Urteils Mehrwertdienste ("value-added services") vom Grundversorgungsdienst ("core business") abgespalten und damit relativ problemlos dem Wettbewerb zugeführt werden können. Damit kann dieser Weg bestenfalls zu marginalen Veränderungen im Energiesektor führen. Der eigentliche Streit um die Marktöffnung bezieht sich auf den Grundversorgungsdienst für Tarifabnehmer und Sonderabnehmer.

(2) Bei genauer Analyse des Corbeau-Urteils wird deutlich, daß es dem EuGH im Interesse der Verbraucher allein darum geht, die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sicherzustellen (Rn.14). Wettbewerbsbeschränkungen durch staatliche Maßnahmen, wie die Gewährung ausschließlicher (oder besonderer) Rechte sind daher nur insoweit zulässig, als sie zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sind (Rn.14 und 16). Vor diesem Hintergrund führt die Bezugnahme des EuGH (in Rn.16) auf die 'wirtschaftliche Tragbarkeit' der Bedingungen, unter denen ein mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrautes Unternehmen seine besondere Aufgabe erfüllen können soll, kein neues Kriterium ein. Denn 'wirtschaftlich untragbar' werden die Bedingungen für das betraute Unternehmen nicht schon dadurch, daß sie sich aufgrund der Einführung von Wettbewerb verschlechtern und ihm damit die Erfüllung seiner besonderen Aufgabe lediglich erschweren, sondern erst dann, wenn die Verschlechterung so weit geht, daß ihm die Aufgabenerfüllung wirtschaftlich unmöglich wird. Der EuGH bleibt damit der engen Interpretation des Tatbestandsmerkmals "verhindern" in Art.90 Abs.2, iSv 'verunmöglichen' statt bloß 'erschweren', verhaftet. Der Begriff "wirtschaftlich tragbare Bedingungen" meint nicht die durch Wettbewerbsfreiheit privilegierten, gewohnten Bedingungen des bisherigen, mit der besonderen Aufgabe betrauten Monopolbetriebs, sondern kennzeichnet die Grenze, bis zu der sich diese Bedingungen für den ehemaligen Monopolbetrieb durch die Zulassung von Wettbewerbern verschlechtern dürfen. Erst bei Erreichen dieser Grenze erlaubt es Art.90 Abs.2, eine weitere Verschlechterung dieser Bedingungen durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen aufzuhalten, ohne die Art dieser Maßnahmen vorzuschreiben. "Erforderlich" zur Sicherung wirtschaftlich tragbarer Bedingungen für das betraute Unternehmen ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur das am wenigsten wettbewerbsbeschränkende Mittel, das noch geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen und damit die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu gewährleisten.

(3) Allerdings stellt der EuGH zur Beurteilung dieser Fragen in den oben zitierten Rn.17 und 18 auf Prämissen und Konzepte ab, die teilweise widersprüchlich sind, die Problematik verengen und deshalb in der Zusammenschau der verschiedenen Teile des Urteils teleologisch

interpretiert werden sollten. Diese Unebenheiten des Urteils sind wahrscheinlich darauf zurückzuführen, daß in Entscheidungen des EuGH, wie auch des EuG, zu publizierende Minderheitsvoten von Richtern nicht möglich sind, so daß Meinungsunterschiede, die im Richerkollegium bestehen, nur an verschiedenen Stellen des Urteilstextes zum Ausdruck gebracht werden können. Ausgangspunkt des EuGH in Rn.17 ist "die Verpflichtung" des betrauten Unternehmens, "seine Dienstleistung unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen", worunter eine Bezugnahme auf die in Rn.15 beschriebene, von der Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs abgekoppelte Universaldienstleistungspflicht (einheitliche Gebühren, gleichmäßige Qualität) zu verstehen ist. Nach Vorstellung des EuGH (Rn.17) bedarf das betraute Unternehmen hierzu einer Ausgleichsmöglichkeit, die "zwischen den rentablen und weniger rentablen Tätigkeitsbereichen" erfolgt "und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs seitens einzelner Unternehmen in den rentablen Bereichen rechtfertigt." Richtig ist sicherlich, daß sich im Rahmen des Universaldienstes das Problem des Ausgleichs zwischen rentablen und unrentablen Tätigkeitsbereichen stellt. Allerdings hat die Argumentation des EuGH zwei Schwächen.

(3a) Ihr fehlt erstens die notwendige terminologische Schärfe. Nur ein wirtschaftlich zwingendes Bedürfnis nach Ausgleich (d.h. Quersubvention) kann Wettbewerbsbeschränkungen nach Art.90 Abs.2 unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit rechtfertigen. Ein wirtschaftlich zwingendes Ausgleichsbedürfnis kann es aber nur zwischen rentablen und unrentablen Bereichen, d.h. zwischen Gewinnen und Verlusten geben, so wie dies das Corbeau-Urteil in Rn.18 dann auch - allerdings terminologisch wiederum nicht ganz konsequent (Verluste in unrentablen, Gewinne in "rentableren" [statt: rentablen] Bereichen) anerkennt. Ist ein Bereich lediglich weniger rentabel, so bleibt die Aufgabenerfüllung in ihm für das beauftragte Unternehmen wirtschaftlich tragbar und möglich, da nur geringere Gewinne bzw. Kostendeckung nicht aber Verluste erzielt werden. Ein Ausgleich mit den rentableren Bereichen ist daher wirtschaftlich nicht nötig und deswegen eine Wettbewerbsbeschränkung in diesen Bereichen unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit nicht zu rechtfertigen.

Deswegen sind Wettbewerbsbeschränkungen zur Erhaltung des Universaldienstes nur insoweit gerechtfertigt, als es tatsächlich um den Ausgleich von Gewinnen aus rentablen Bereichen und Verlusten aus unrentablen Bereichen geht.

(3b) Zweitens verengt der EuGH das Problem der Tragung der Lasten des Universaldienstes auf die eine (traditionelle) Variante in der diese Lasten nur einem einzigen Unternehmen (dem bisherigen Monopolisten) auferlegt bleiben, während die sonstigen Wettbewerber diese Lasten in keiner Weise mittragen. In diesem Rahmen stellt sich tatsächlich das in Rn.18 beschriebene Problem, daß es den Wettbewerbern des mit dem Universaldienst betrauten Unternehmens möglich wäre, sich im Wege des "Rosinenpickens" allein auf die rentablen Bereiche zu konzentrieren und dort - von der Pflicht zur Bedienung unrentabler Bereiche unbelastet - das mit dieser Pflicht belastete betraute Unternehmen durch Tarifierunterbietung zu verdrängen und damit schließlich auch die Finanzierung der unrentablen Tätigkeitsbereiche zu gefährden. Zur Lösung dieses Problems scheint der EuGH in Rn.18 nur ein einziges Modell, nämlich das des Ausschlusses von Wettbewerbern in den rentablen Bereichen mittels der Vergabe ausschließlicher Rechte an das betraute Unternehmen anzuerkennen. Dies würde zur Zementierung antiwettbewerblicher Strukturen führen. Demgegenüber sollte alleiniger Ausgangspunkt die Sicherstellung des Universaldienstes sein. Hierfür sind verschiedene Organisationsmodelle denkbar. Art.90 Abs.2 gebietet nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit, das am wenigsten wettbewerbsbeschränkende zu wählen. Dies führt zum Modell eines nur im notwendigen Mindestmaß regulierten Wettbewerbs, der auf der Basis des grundsätzlich freien Marktzugangs aller Wirtschaftsteilnehmer stattfindet. Ein völliger Wettbewerbsausschluß, wie in Rn.18 des Corbeau-Urteils vorgeschlagen, geht insbesondere angesichts der modernen Möglichkeiten technischer und wirtschaftlicher Organisation, praktisch immer weit über das hinaus, was zur Zielerreichung erforderlich ist. Deswegen genügt die in Rn.17 angesprochene bloße Einschränkung des Wettbewerbs in den rentablen Bereichen. Aber auch in diesem Rahmen dürfte z.B. die Oligopolisierung des Marktes mittels der Vergabe besonderer Rechte an einige wenige Unternehmen in aller Regel eine über das erforderliche Maß hinausgehende Wettbewerbsbeschränkung sein. Ausreichen wird vielmehr ein System, das bis an die Grenze des technisch und umweltrechtlich Möglichen jedem interessierten Unternehmen den Zugang

zu einem Dienstleistungssektor von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unter der wettbewerbsbeschränkenden Bedingung erlaubt, daß es einen Teil der Lasten, die sich aus der Gewährleistung des Universaldienstes ergeben, direkt oder indirekt mitträgt. Zur Verwirklichung dieses Grundgedankens stehen den Mitgliedstaaten oder der EG, die über Art.100a EGV oder Art.90 Abs.3 EGV regelnd eingreifen könnte, zahlreiche Modelle zur Wahl. Sie sind alle solange gleichberechtigt, wie sich nicht im Einzelfall ein unterschiedlicher Grad an Wettbewerbsbeschränkung, der zur Auswahl des am wenigsten beschränkenden Modells zwänge, nachweisen läßt. Gemeinsames Kennzeichen dieser Modelle ist, daß jedes in einem Dienstleistungssektor von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse operierende Unternehmen, z.B. als Bedingung einer Lizenzvergabe, dazu verpflichtet wird, die Lasten der Universaldienstleistungspflicht entweder durch aktive Beteiligung hieran oder finanziellen Beitrag hierzu mitzutragen. Die Modelle können daher reichen von der gleichmäßigen Aufteilung der Universaldienstleistungspflicht durch obligatorische Betrauung aller Operateure, über die Betrauung nur einzelner Operateure bis zur Betrauung nur eines einzigen Unternehmens, z.B. des ehemaligen Monopolisten. Nicht betraute Operateure, die ihre Tätigkeitsbereiche frei wählen können, haben den betrauten Unternehmen, z.B. durch Einzahlung in einen Pool, einen finanziellen Betrag zur Deckung der in unrentablen Bereichen entstehenden Verluste zu leisten, damit ihnen die Erbringung des Universaldienstes möglich bleibt.

dd) In dieser Auslegung ist das Corbeau-Urteil mit den Tatbestandsmerkmalen und der Funktion des Art.90 Abs.2 vereinbar und wirkt weder als Entmonopolisierungssperre noch als Hindernis für weitgehenden Wettbewerb im Energiesektor. Indirekt wird diese Auslegung im übrigen auch durch das den Elektrizitätssektor direkt betreffende Almelo-Urteil (1994)<sup>60</sup> bestätigt, in welchem der EuGH auf die schlagwortartige Verwendung der Begriffe "wirtschaftlich tragbare Bedingungen" und "wirtschaftliches Gleichgewicht" verzichtete und stattdessen den dahinterstehenden Gedanken, daß dem betrauten Unternehmen die Verwirklichung seiner besonderen Aufgabe nicht verunmöglicht werden dürfe, eng dem Kriterium der Erforderlichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen verband. Der EuGH stellte

---

<sup>60</sup> EuGH U. v. 27.4.1994, Rs C-393/92, *Gemeinde Almelo / Energiebedrijf Ijsselmij NV*, Slg.1994, I-1477, 1520 f, Rn 46-50.

fest (Rn.49) : "Beschränkungen des Wettbewerbs von Seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer sind zuzulassen, soweit sie erforderlich sind, um dem mit einer solchen Aufgabe von allgemeinem Interesse betrauten Unternehmen die Erfüllung dieser Aufgabe zu ermöglichen. Dabei sind die wirtschaftlichen Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen tätig wird, u.a. die Kosten, die es zu tragen hat, und die - insbesondere umweltrechtlichen - Vorschriften zu berücksichtigen, die es zu beachten hat." Neu und in seinen Auswirkungen noch sehr schwer einzuschätzen ist die Bezugnahme auf den regulatorischen - insbesondere umweltrechtlichen - Rahmen, in dem das betraute Unternehmen operiert. Sie birgt die Gefahr der Rechtfertigung übermäßiger Wettbewerbsbeschränkungen mit vermeintlichen Sachzwängen eines Ordnungsrahmens, der gerade auf nichtwettbewerbliche Strukturen zugeschnitten war. Die Gewährleistung der grundlegenden Sicherheit und Universalität der Energieversorgung und die Einhaltung hoher umweltschutzrechtlicher Standards gehören zweifellos zu den vom EGV anerkannten ordnungspolitischen Zielen. Dies ergibt sich aus Art.90 Abs.2 selbst und für den Umweltschutz aus Art.130r EGV, dessen Absatz 2 Satz 3 die Gemeinschaft sogar verpflichtet, die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung anderer Gemeinschaftspolitiken (d.h. auch der Wettbewerbspolitik ) einzubeziehen. Jedoch ist es möglich, diese Ziele gleichermaßen in einem wettbewerblichen Energieversorgungssystem zu erreichen.

3. Im Hinblick auf Art.90 Abs.1 iVm 86 EGV ist schließlich das Problem zu erörtern, inwieweit es den Mitgliedstaaten erlaubt ist, ein ausschließliches Recht an ein einzelnes Unternehmen oder besondere Rechte an eine Gruppe von Unternehmen zu verleihen, d.h. Monopole oder Oligopole durch staatliche Maßnahmen zu schaffen und/oder aufrechtzuerhalten. Denn die Verleihung eines ausschließlichen Rechts bewirkt nicht erst bei Abdeckung eines gesamten Mitgliedstaates oder eines größeren Teils von ihm, sondern auch schon ab einem gewissen geographischen Einzugsbereich einer Dienstleistungsanlage (z.B. eines Seehafens<sup>61</sup>), daß das begünstigte Unternehmen auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes in eine individuelle marktbeherrschende Stellung versetzt wird.

---

<sup>61</sup> EuGH U. v. 10.12.1991, Rs C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg.1991, I-5889, 5928, Rn 15.

Gleichermaßen kann die Verleihung eines besonderen Rechts die Gruppe der begünstigten Unternehmen bei Fehlen substantiellen Binnenwettbewerbs zwischen den Gruppenmitgliedern in eine kollektiv marktbeherrschende Stellung versetzen. Der EuGH hat hierzu seit 1991 in einer Serie von Urteilen Stellung genommen, ohne das Problem bisher eindeutig und abschließend zu lösen.

3.1. In seinem Höfner-Urteil (1991)<sup>62</sup> stellte der EuGH fest, daß ein Mitgliedstaat, der an ein Unternehmen das ausschließliche Recht zur Tätigkeit der Arbeitsvermittlung in diesem Staat vergibt, gegen Art.90 Abs.1 verstößt, wenn er eine Lage schafft, in der das Unternehmen zwangsläufig gegen Art.86 verstoßen muß. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn sich das Monopol auch auf einen (Teil)markt erstrecke, der Angehörige oder das Gebiet anderer Mitgliedstaaten berühren könne und in dem das Unternehmen offenkundig nicht in der Lage sei, die Nachfrage zu befriedigen. Hierzu wurde das Schlagwort des versagenden Monopols geprägt. Außerdem stellte der EuGH (in Rn.25) fest, daß die Anwendung des Art.86 EGV auf ein mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse iSv. Art.90 Abs.2 betrautes Unternehmen die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe insoweit nicht verhindern könne, als das Unternehmen offenkundig nicht in der Lage sei, die Nachfrage auf dem für es reservierten (Teil)markt zu befriedigen.

3.2. In den nachfolgenden Urteilen ERT (1991)<sup>63</sup> und Porto di Genova (1991)<sup>64</sup> senkte der EuGH die Schwelle für die mitgliedstaatliche Verantwortung nach Art.90 Abs.1 iVm. 86 dahingehend ab, daß hierfür nun schon genügte, daß die Vergabe des ausschließlichen Rechts eine Lage schaffen könnte, in der das Unternehmen gegen Art.86 verstößt oder hierzu geneigt ist. In beiden Fällen hatte der EuGH eine Anhäufung ausschließlicher Rechte zu beurteilen. Im ERT-Fall ging es darum, daß einem Unternehmen, das bereits das ausschließliche Recht

---

<sup>62</sup> EuGH U. v. 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser / Macrotron*, Slg.1991, I-1979, 2019, Rn 34.

<sup>63</sup> EuGH U. v. 18.6.1991, Rs C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT)*, Slg.1991, I-2925, 2962, Rn 37.

<sup>64</sup> EuGH U. v. 10.12.1991, Rs C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg.1991, I-5889, 5929, Rn 19.

zur Ausstrahlung von Fernsehsendungen besaß, nun zusätzlich ein ausschließliches Recht zur Übertragung von Fernsehsendungen einzuräumen. Im Porto di Genova-Fall genoß das Hafenunternehmen eine Vielzahl ausschließlicher Rechte für verschiedene Hafenarbeiten. Außerdem gab es in beiden Fällen konkrete Hinweise darauf, daß die Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung tatsächlich mißbrauchten. Insgesamt ließ sich aus beiden Urteilen daher ableiten, daß ein Mitgliedstaat nur dann nach Art.90 Abs.1 iVm 86 verantwortlich sein sollte, wenn die Vergabe des ausschließlichen Rechts eine hinreichende Wahrscheinlichkeit schuf, daß das begünstigte Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung mißbrauchte.

3.3. In seinem RTT-Urteil (1991)<sup>65</sup> stellte der EuGH erstmals die Verantwortlichkeit eines Mitgliedstaates nach Art.90 Abs.1 iVm. 86 fest, ohne daß es einen Hinweis auf einen tatsächlichen Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung gab. Der EuGH urteilte (Rn.25-28), daß Art.3 lit.g<sup>66</sup>, 86 und 90 EGV es einem Mitgliedstaat untersagen, der Gesellschaft, die das öffentliche Fernmeldenetz betreibt, die Befugnis zu übertragen, Normen für Fernsprengeräte zu erlassen und deren Einhaltung zu überwachen, wenn diese Gesellschaft gleichzeitig auf dem Markt für diese Geräte im Wettbewerb mit den Wirtschaftsteilnehmern steht. Der Grundgedanke war, daß die Rolle als Wettbewerber und Richter im Zulassungsverfahren dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer einen wettbewerbsverfälschenden Vorteil verschaffe. Demgegenüber erkannte der EuGH an (Rn.16), daß beim "gegenwärtigen Stand der Entwicklung der Gemeinschaft ... ein Monopol, durch das den Benutzern ein öffentliches Telefonnetz zur Verfügung gestellt werden soll, ein Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag" darstellt, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist. In direkter Beantwortung des vorgetragenen Arguments, daß der Mitgliedstaat nach Art.90 Abs.1 nur verantwortlich sein könne, wenn er einen von dem Unternehmen tatsächlich begangenen Mißbrauch gefördert habe, stellte der EuGH fest (Rn.24), daß die Ausdehnung des Monopols von einem Markt (Einrichtung und Betrieb des Fernsprechnetzes) auf einen benachbarten,

---

<sup>65</sup> EuGH U. v. 13.12.1991, Rs C-18/88, *Régie des télégraphes et des téléphones (RTT) / GB-Inno-BM*, Slg.1991, I-5941.

<sup>66</sup> Im Zeitpunkt des Urteils: Art.3 lit.f EWGV.



aber getrennten Markt (Fernsprengeräte) ohne objektive Rechtfertigung als solche durch Art.90 Abs.1 iVm. 86 verboten sei. Diese Beurteilung bekräftigte der EuGH in seinem Urteil Telekommunikationsdienste (1992)<sup>67</sup> für die Ausdehnung des Monopols an Einrichtung und Betrieb des Fernsprechnetzes auf den Markt für Telekommunikationsdienste.

Da die staatlich vorgenommene Ausdehnung eines Monopols auf einen getrennten Markt der Neuschaffung eines Monopols durch Vergabe eines ausschließlichen Rechts gleichsteht, lassen sich die Urteile RTT und Telekommunikationsdienste dahingehend interpretieren, daß ein Mitgliedstaat die Schaffung eines Monopols (oder Oligopols) stets gemeinschaftsrechtlich rechtfertigen muß. Dies müßte dann - schon aus Gleichbehandlungsgründen - auch für die Beibehaltung bereits bestehender Monopole gelten. Zwar ist zu berücksichtigen, daß Art.90 Abs.1 EGV nach seinem Wortlaut voraussetzt, daß nicht alle Monopole und Oligopole per se gemeinschaftsrechtlich verboten sind, sondern es für die Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtskonforme Wege geben muß, Monopole und Oligopole zu schaffen und beizubehalten. Allerdings hat der EuGH klargestellt, daß auch wenn dieser Artikel von der Existenz von Unternehmen ausgehe, die bestimmte ausschließliche und besondere Rechte innehaben, dies nicht bedeute, daß alle ausschließlichen und besonderen Rechte notwendigerweise mit dem EGV vereinbar seien. Dies hänge vielmehr von den einzelnen Vorschriften ab, auf die Art.90 Abs.1 verweise<sup>68</sup>. Außerdem hat der EuGH festgestellt, daß Art.90 Abs.1 die Voraussetzungen betreffe, die die Mitgliedstaaten beachten müssen, wenn sie ausschließliche oder besondere Rechte gewähren<sup>69</sup>. Vor diesem Hintergrund ist die Anwendung einer allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigungspflicht möglich, die zum Verbot der Schaffung oder Beibehaltung hiernach nicht rechtfertigungsfähiger Monopole und Oligopole führt. Dem steht auch nicht entgegen, daß der EuGH stets betont, daß die Tatsache, daß ein Mitgliedstaat durch die Gewährung ausschließlicher Rechte eine marktbeherrschende Stellung geschaffen

---

<sup>67</sup> EuGH U. v. 17.11.1992, Verb Rs C-271/90, C-281/90, C-289/90, *Spanien, Belgien, Italien / Kommission ("Telekommunikationsdienste")*, Slg.1992, I-5833, 5868, Rn 36.

<sup>68</sup> EuGH U. v. 19.3.1991, Rs C-202/88, *Frankreich / Kommission ("Telekommunikationsendgeräte-RL")*, Slg.1991, I-1223, 1265, Rn 22.

<sup>69</sup> EuGH U. v. 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser / Macrotron*, Slg.1991, I-1979, 2014, Rn 16.

habe, 'für sich genommen nicht mit Art.86 EGV unvereinbar' sei<sup>70</sup>. Der EuGH betont im übrigen auch, daß der EG-Vertrag die Mitgliedstaaten verpflichte, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirkung des Art.86 EGV ausschalten könnten<sup>71</sup>.

3.4. Im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse iSv. Art.90 Abs.2 ist der EuGH den Weg der allgemeinen Rechtfertigungspflicht für Monopole in den Urteilen RTT<sup>72</sup>, Telekommunikationsdienste<sup>73</sup> und Corbeau<sup>74</sup> bereits gegangen, mit Auswirkungen auch auf die außerhalb dieses Bereichs angesiedelten Dienstleistungsmonopole. Im RTT-Urteil (Rn.16-28) prüfte und verneinte er anhand des Art.90 Abs.2 die Rechtfertigungsfähigkeit des Monopols im Markt für Fernsprengeräte und im Telekommunikationsdienste-Urteil (Rn.36) verneinte er die Rechtfertigungsfähigkeit eines Monopols für Telekommunikationsdienste. Im Corbeau-Urteil (Rn.13-14) stellte der EuGH die allgemeine Formel auf, Art.90 Abs.2, der in Verbindung mit Art.90 Abs.1 zu lesen sei, erlaube es den Mitgliedstaaten, Unternehmen, die sie mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauen, ausschließliche Rechte zu verleihen, soweit Wettbewerbsbeschränkungen oder sogar der Ausschluß jeglichen Wettbewerbs erforderlich seien, um die Erfüllung der den Unternehmen, die über die ausschließlichen Rechte verfügen, übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen. Der "Ausschluß des Wettbewerbs" sei

---

<sup>70</sup> EuGH U. v. 3.10.1985, Rs 311/84, *Télémarketing (CBEM)*, Slg.1985, 3261, 3275, Rn 17; EuGH U. v. 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser / Macrotron*, Slg.1991, I-1979, 2018, Rn 29; EuGH U. v. 10.12.1991, Rs C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg.1991, I-5889, 5928, Rn 16.

<sup>71</sup> EuGH U. v. 16.11.1977, Rs 13/77, *INNO / ATAB*, Slg.1977, 2115, 2145 f, Rn 31-35; EuGH U. v. 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser / Macrotron*, Slg.1991, I-1979, 2017, Rn 26; EuGH U. v. 18.6.1991, Rs C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT)*, Slg.1991, I-2925, 2962, Rn 35;

<sup>72</sup> EuGH U. v. 13.12.1991, Rs C-18/88, *Régie des télégraphes et des téléphones (RTT) / GB-Inno-BM*, Slg.1991, I-5941.

<sup>73</sup> EuGH U. v. 17.11.1992, Verb Rs C-271/90, C-281/90, C-289/90, *Spanien, Belgien, Italien / Kommission ("Telekommunikationsdienste")*, Slg.1992, I-5833.

<sup>74</sup> EuGH U. v. 19.5.1993, Rs C-320/91, *Paul Corbeau*, EuZW 1993, 422.

"jedoch dann nicht gerechtfertigt", wenn es sich um spezifische, von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handle und sofern diese Dienstleistungen das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht in Frage stellen (Rn.19).

Die genaue Analyse der Terminologie des EuGH deutet darauf hin, daß erstens zumindestens ein völliger Ausschluß des Wettbewerbs im Sektor einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach den Umständen des Einzelfalles allein mit Art.90 Abs.2 und der Sicherung der übertragenen besonderen Aufgabe, nicht aber mit anderen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts gerechtfertigt werden könnte. Zweitens scheint nach der Rechtsprechung des EuGH außerhalb des Sektors der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zumindestens der völlige Ausschluß des Wettbewerbs unter keinem Gesichtspunkt und nach keiner Vorschrift des Gemeinschaftsrechts zu rechtfertigen zu sein, es sei denn der Wettbewerb im Bereich der trennbaren Dienstleistung würde die Erfüllung der Dienstleistung in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gefährden. Dies wird bei der großen Mehrheit der Dienstleistungen nicht der Fall sein. Dann aber wäre die Schaffung und Beibehaltung eines Monopols in diesem Bereich gemeinschaftrechtswidrig. Für diese Auslegung spricht auch Rn.21 des Corbeau-Urteils, in dem der EuGH Art.90 insgesamt, d.h. einschließlich seines Absatzes 1 als Rechtsgrundlage dafür zitiert, daß die Übertragung eines ausschließlichen Rechts im Bereich der Dienstleistungen, die von der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse trennbar sind und deren wirtschaftliches Gleichgewicht nicht in Frage stellen, verboten sei.

Eine Befestigung dieser Rechtsprechung in Folgeurteilen bleibt abzuwarten. Außerdem ist die Rechtslage für bloße Wettbewerbsbeschränkungen und die Vergabe nur besonderer Rechte, die den Wettbewerb nicht völlig ausschließen, zu klären.

3.5. Das Urteil Crespelle (1994)<sup>75</sup> führt die Entwicklung der Urteile ERT<sup>76</sup>, Porto di Genova<sup>77</sup> und RTT<sup>78</sup> aus 1991 nicht fort, sondern kehrt zu der Logik des Höfner-Urteils

---

<sup>75</sup> EuGH U. v. 5.10.1994, Rs C-323/93, *Centre d'insemination de la Crespelle*, Slg.1994, I-5077.

(1991)<sup>79</sup> zurück, wonach ein Mitgliedstaat die Verbote des Art.90 Abs.1 iVm. 86 nur dann verletzt, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts seine marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt (Rn.18). Hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates sei daher zu prüfen, ob die angeblich mißbräuchliche Praxis des Unternehmens eine unmittelbare Folge des staatlichen, das ausschließliche Recht verleihenden Aktes sei (Rn.20). Zur Unterstützung seiner Position zitiert das Crespelle-Urteil in seiner Rn.18 auch die Rn.17 des Porto di Genova-Urteils. Dies ist insofern irreführend, als dort sowohl auf das Höfner-Urteil als auch auf das ERT-Urteil Bezug genommen und ein Alternativverhältnis durch die Feststellung aufgebaut wird, daß ein Mitgliedstaat gegen Art.90 Abs.1 iVm. 86 eben nicht nur dann verstößt, wenn das Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt (Höfner-Urteil, Rn.29), sondern auch schon dann, wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Mißbrauch begeht (ERT-Urteil, Rn.37).

Im Zusammenspiel der beiden Elemente der Monopolproblematik, d.h. der Staatsverantwortlichkeit nach Art.90 Abs.1 iVm. 86 und der Unternehmensverantwortlichkeit nach Art.86, verschiebt das Urteil Crespelle die Schwerpunkte im Vergleich zu den Urteilen ERT, Porto di Genova und RTT in zweifacher Weise, ohne sich mit diesen Urteilen auseinanderzusetzen. In ihnen wurde die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle hinsichtlich der Staatsverantwortlichkeit für die Existenz des Monopols ausgedehnt, während die Unternehmensverantwortlichkeit für einen tatsächlich begangenen Mißbrauch im Hintergrund stand (ERT, Porto di Genova) oder gar keine Rolle spielte (RTT). Hingegen kam es dem EuGH im Urteil Crespelle darauf an, daß ein Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung tatsächlich stattfand und das Unternehmen hierfür nach Art.86 verantwortlich zu machen war,

---

<sup>76</sup> EuGH U. v. 18.6.1991, Rs C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT)*, Slg.1991, I-2925.

<sup>77</sup> EuGH U. v. 10.12.1991, Rs C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg.1991, I-5889.

<sup>78</sup> EuGH U. v. 13.12.1991, Rs C-18/88, *Régie des télégraphes et des téléphones (RTT) / GB-Inno-BM*, Slg.1991, I-5941.

<sup>79</sup> EuGH U. v. 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser / Macrotron*, Slg.1991, I-1979.

während eine Verantwortung des Mitgliedstaates nach Art.90 Abs.1 iVm. 86 nur für den Fall anerkannt wurde, daß der tatsächlich eingetretene Mißbrauch eine unmittelbare und zwangsläufige Folge der bloßen Ausübung des ausschließlichen Rechts war.

3.6. Vor diesem Hintergrund ist es nicht möglich, die definitive Haltung des Gerichtshofes zur Monopolfrage und insbesondere zur Staatsverantwortlichkeit nach Art. 90 Abs.1 iVm. 86 festzustellen. In diesem Zusammenhang bleiben auch zahlreiche Fragen nach der Auslegung und Rolle des Art.90 Abs.2 zu klären. Der EuGH war hierzu in dem dem Crespelle-Urteil zugrundeliegenden Vorabentscheidungsverfahren nach Art.177 EGV nicht befragt und hat deswegen offengelassen, ob in diesem Fall eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorlag. Nicht völlig geklärt ist damit weiterhin, ob Monopole zur Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die in den Urteilen Höfner<sup>80</sup>, ERT<sup>81</sup> und Corbeau<sup>82</sup> in Rede standen, anderes zu behandeln sind als sonstige Monopole, die in Urteilen Télémarketing<sup>83</sup> und Porto di Genova<sup>84</sup> untersucht wurden.

### III. Schiene 2: EG-Vertragsregeln, die sich an die Mitgliedstaaten richten

#### 1. Import- und Exportmonopole

---

<sup>80</sup> EuGH U. v. 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser / Macrotron*, Slg.1991, I-1979.

<sup>81</sup> EuGH U. v. 18.6.1991, Rs C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT)*, Slg.1991, I-2925.

<sup>82</sup> EuGH U. v. 19.5.1993, Rs C-320/91, *Paul Corbeau*, EuZW 1993, 422.

<sup>83</sup> EuGH U. v. 3.10.1985, Rs 311/84, *Télémarketing (CBEM)*, Slg.1985, 3261.

<sup>84</sup> EuGH U. v. 10.12.1991, Rs C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg.1991, I-5889.

1.1. Durch staatliche Maßnahmen zugunsten einzelner Unternehmen errichtete Monopole für Import und/oder Export von Elektrizität (wie auch Gas) verstoßen nach zutreffender Auffassung der Kommission gegen Art.37, 30 und 34 EGV und sind daher zu beseitigen. Nach umfangreichen Voruntersuchungen in allen 12 damaligen Mitgliedstaaten leitete die Kommission im August 1991 gegen alle diejenigen Staaten, in denen nach ihrer Überzeugung solche Monopole zu diesem Zeitpunkt bestanden, Vertragsverletzungsverfahren nach Art.169 EGV ein. Im Rahmen der nichtstreitigen Phase des Verfahrens nach Art.169 Abs.1 gelang es der Kommission, einige Mitgliedstaaten zur Beseitigung ihrer Monopole zu bewegen. Gegen die 5 im Elektrizitäts- und Gassektor verbleibenden Mitgliedstaaten erhob die Kommission schließlich im Juni 1994 nach Art.169 Abs.2 EGV Klage auf Feststellung der genannten Vertragsverstöße<sup>85</sup>. Mit den Urteilen des EuGH ist nicht vor Frühjahr 1996 zu rechnen.

1.2. Da die Art.37, 30 und 34 EGV zu den Regeln des freien Warenverkehrs gehören, setzt ihre Anwendbarkeit voraus, daß Elektrizität als Ware und nicht z.B. als Dienstleistung zu qualifizieren ist. Letzte Zweifel sind mit dem Urteil *Almelo* (1994)<sup>86</sup> endgültig beseitigt worden, in welchem der EuGH Elektrizität mit der Begründung als Ware einstufte, daß erstens das gemeinschaftsrechtliche Zolltarifschema (KN-Code 27.16) Elektrizität als Ware ansehe und zweitens der EuGH schon in seinem Urteil *Costa/ENEL* (1964)<sup>87</sup> entschieden habe, daß Elektrizität in den Anwendungsbereich des auf Warenhandel bezogenen Art.37 EGV fallen könne.

1.3 Im einzelnen ist die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit von Import- und Exportmonopolen für Elektrizität folgendermaßen zu begründen :

---

<sup>85</sup> Siehe ABl.EG 1994 C 202/9-12; Elektrizität: Rs C-156/94 *Kommission / Irland*, Rs C-157/94 *Kommission / Niederlande*, Rs C-158/94 *Kommission / Italien*, Rs C-160/94 *Kommission / Spanien*; Elektrizität und Gas: Rs C-159/94 *Kommission / Frankreich*.

<sup>86</sup> EuGH U. v. 27.4.1994, Rs C-393/92, *Gemeinde Almelo / Energiebedrijf Ijsselmij NV*, Slg.1994, I-1477, 1516, Rn 28.

<sup>87</sup> EuGH U. v. 15.7.1964, Rs 6/64, *Costa / E.N.E.L.*, Slg.1964, 1251, 1274 ff.

a) Art.37 Abs.1 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten, ihre staatlichen Handelsmonopole einschließlich der auf andere Rechtsträger übertragenen Monopole schrittweise derart umzuformen, daß am Ende der Übergangszeit (31.12.1969) jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Satz 2 stellt klar, daß Art.37 für alle Einrichtungen gilt, durch die ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder die Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten rechtlich oder tatsächlich kontrolliert, lenkt oder merklich beeinflußt. Ergänzend verbietet Art.37 Abs.2 den Mitgliedstaaten jede neue Maßnahme, die den in Art.37 Abs.1 genannten Grundsätzen widerspricht oder die Tragweite der Artikel über die Abschaffung der Zölle (Art.12-17 EGV) und mengenmäßigen Beschränkungen (Art.30-36 EGV) zwischen den Mitgliedstaaten einengt.

Der EuGH hat festgestellt, daß Handelsmonopole, die ausschließliche Rechte zur Einfuhr von Waren enthalten, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Exporteure diskriminieren und daß diese Diskriminierung in Erfüllung des Art.37 nur durch die vollständige Beseitigung dieser Monopole aufgehoben werden kann<sup>88</sup>. Außerdem ist eine Diskriminierung der in dem betreffenden Mitgliedstaat ansässigen Verbraucher festzustellen, da der Inhaber des ausschließlichen Einfuhrrechts die Preise und sonstigen Absatzbedingungen für die betreffende Ware unbeeinflußt von konkurrierenden Importeuren bestimmen kann. Schließlich werden in dem betreffenden Mitgliedstaat ansässige Wirtschaftsteilnehmer diskriminiert, da sie nicht als konkurrierende Importeure auftreten können<sup>89</sup>. All dies gilt auch dann, wenn das Einfuhrmonopol nicht absolut ist, z.B. weil die betreffende Ware zum Eigenverbrauch frei importiert werden kann, solange die Einfuhrbeeinträchtigung spürbar ist. Schon in seinem Urteil *Costa/E.N.E.L.* (1964)<sup>90</sup> stellte der EuGH fest, daß staatliche Monopole und Einrichtungen bereits dann unter das Verbot des Art.37 fallen, wenn sie einerseits Umsätze in Handelswaren zum Gegenstand haben, hinsichtlich deren ein Wettbewerb und ein zwischenstaatlicher Warenaustausch möglich ist, und wenn sie andererseits "für diesen Warenaustausch tatsächlich von Bedeutung sind." In seinem Urteil

---

<sup>88</sup> EuGH U. v. 3.2.1976, Rs 59/75, *Manghera*, Slg.1976, 91, 100 f, Rn 9-12.

<sup>89</sup> Grabitz/Hilf-Matthies, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 37 EGV, Rn 18.

<sup>90</sup> EuGH U. v. 15.7.1964, Rs 6/64, *Costa / E.N.E.L.*, Slg.1964, 1251, 1276.

Kommission / Griechenland (1990)<sup>91</sup> ließ es der EuGH genügen, daß das mit dem Handelsmonopol verbundene ausschließliche Einfuhrrecht in der Lage war, die Einfuhren des betreffenden Produkts aus anderen Mitgliedstaaten "spürbar zu beeinflussen." Zur Funktion des Art.37 führte der EuGH aus (Rn.42), aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung dieser Vorschrift ergebe sich ihre Aufgabe, die Einhaltung der Grundregel des freien Warenverkehrs innerhalb des gesamten Gemeinsamen Marktes insbesondere durch die Abschaffung mengenmäßiger Beschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung im Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu gewährleisten und auf diese Weise normale Bedingungen für den Wettbewerb zwischen den Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten für den Fall aufrechtzuerhalten, daß ein bestimmtes Erzeugnis in einem oder mehreren Staaten einem staatlichen Handelsmonopol unterliegt.

Insbesondere aus dem zuletzt Gesagten ergibt sich, daß die dargestellte Logik *mutatis mutandis* auch für staatlich errichtete Exportmonopole gilt.

b) Im Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten verbietet Art.30 EGV hinsichtlich Importen und Art.34 EGV hinsichtlich Exporten mengenmäßige Beschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Gemäß der im Urteil *Dassonville* (1974)<sup>92</sup> vom EuGH aufgestellten Formel verbieten die genannten Vorschriften "jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern". An einer derartigen Eignung fehlt es jedoch nach dem *Keck*-Urteil (1993)<sup>93</sup> des EuGH solchen staatlichen "Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, ... sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit in Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren".

---

<sup>91</sup> EuGH U.v. 13.12.1990, Rs C-347/88, *Kommission / Griechenland*, Slg.1990, I-4747, 4789, Rn 41.

<sup>92</sup> EuGH U. v. 11.7.1974, Rs 8/74, *Dassonville*, Slg.1974, 837, 852, Rn 5.

<sup>93</sup> EuGH U. v. 24.11.1993, Verb Rs C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, EuZW 1993, 770, 771, Rn 16.



Import- und Exportmonopole sind offensichtlich keine auf den nationalen Markt eines Mitgliedstaates begrenzte, diskriminierungsfreie Verkaufsmodalitäten. Sie verändern vielmehr aktuell und potentiell die Struktur des innergemeinschaftlichen Handels, diskriminieren Abnehmer und Endverbraucher, die sich grenzüberschreitend versorgen wollen, sowie Wirtschaftsteilnehmer, die sich als Exporteure oder Importeure betätigen wollen, und sind deshalb vom Verbot der Art.30 und 34 erfaßt.

c) Import- und Exportmonopole können weder nach der Rechtsprechung zu den "zwingenden Erfordernissen", noch nach Art.36 oder 90 Abs.2 EGV gerechtfertigt werden.

aa) Nach der vom EuGH im Urteil Cassis de Dijon (1979)<sup>94</sup> aufgestellten Formel müssen Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung der Produktion und Vermarktung einer bestimmten Ware aus der fortbestehenden Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Regeln hierüber ergeben "hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere ...". Zwar gibt es bisher noch keine gemeinschaftrechtliche Regelung der Produktion und Vermarktung von Elektrizität, doch scheitert der Versuch, Import- und Exportmonopole auf der Grundlage der Cassis-Formel zu rechtfertigen aus mehreren Gründen.

Erstens bezieht sich die Formel allein auf diejenigen mitgliedstaatlichen Regelungen, die unterschiedslos auf heimische und importierte Produkte anwendbar sind und daher nicht formell, d.h. anhand der Herkunft diskriminieren, sondern nur aus materiellen Gründen zu Diskriminierungen zwischen diesen Produkten führen können. Staatlich errichtete Import- und Exportmonopole diskriminieren aber - abgesehen von Re-importen und Re-exporten - notwendigerweise zwischen heimischer Produktion und Ware aus anderen Mitgliedstaaten formell, d.h. allein aufgrund der Herkunft.

Zweitens ist keiner der bisher vom EuGH auf der Grundlage der offenen Cassis-Formel als zwingendes Erfordernis anerkannten Gesichtspunkte (wirksame steuerliche Kontrolle, Schutz

---

<sup>94</sup> EuGH U. v. 20.2.1979, Rs 120/78, *Rewe-Zentral AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Cassis de Dijon")*, Slg.1979, 649, 662, Rn 8.

der öffentlichen Gesundheit, Lauterkeit des Handelsverkehrs, Verbraucherschutz<sup>95</sup>, Umweltschutz<sup>96</sup>, Kulturschutz<sup>97</sup>) inhaltlich geeignet, Import- und Exportmonopole für Elektrizität zu rechtfertigen. Drittens scheitert der Versuch, ein neues zwingendes Erfordernis beispielsweise der Versorgungssicherheit zu etablieren am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>98</sup>, der auch im Rahmen der Cassis-Formel auf der Grundlage des Merkmals "zwingend" stets strikt zu beachten ist<sup>99</sup>.

bb) Art.36 EGV kann bereits nach seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung nicht zur Rechtfertigung einer Einschränkung des Art.37 dienen und wird im übrigen vom EuGH als Ausnahmenvorschrift sehr restriktiv ausgelegt. Aus der darin enthaltenen, abschließenden Liste der Rechtfertigungsgründe kommt nur die öffentliche Sicherheit in Betracht. Zwar enthält Art.36 nur Tatbestände nichtwirtschaftlicher Art, d.h. ein Mitgliedstaat kann sich den Wirkungen der im EGV vorgesehenen Maßnahmen nicht unter Berufung auf Schwierigkeiten entziehen, die durch die Beseitigung innergemeinschaftlicher Handelsbarrieren entstehen<sup>100</sup>. Jedoch hat der EuGH in seinem *Campus Oil*-Urteil (1984)<sup>101</sup> in den Begriff der öffentlichen Sicherheit die Sicherheit der Versorgung mit Erdölzeugnissen eingeschlossen, weil diese wegen ihrer außerordentlichen Bedeutung als Energiequelle in der modernen Wirtschaft wesentlich für die Existenz eines Staates seien, da nicht nur das Funktionieren seiner Wirtschaft, sondern vor allem auch das seiner

---

<sup>95</sup> Diese vier Gründe in EuGH U. v. 20.2.1979, Rs 120/78, *Rewe-Zentral AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Cassis de Dijon")*, Slg.1979, 649, 662, Rn 8.

<sup>96</sup> EuGH U. v. 20.9.1988, Rs 302/86, *Kommission / Dänemark*, Slg.1988, 4607, 4630, Rn 8-9.

<sup>97</sup> EuGH U. v. 11.7.1985, Verb Rs 60 und 61/84, *Cinéthèque*, Slg.1985, 2605, 2626, Rn 22-23.

<sup>98</sup> Näheres im nachfolgenden Punkt C. III. 1.3. c) bb).

<sup>99</sup> EuGH U. v. 20.9.1988, Rs 302/86, *Kommission / Dänemark*, Slg.1988, 4607, 4629, Rn 6.

<sup>100</sup> EuGH U. v. 10.7.1984, Rs 72/83, *Campus Oil Ltd.*, Slg.1984, 2727, 2752, Rn 35.

<sup>101</sup> EuGH U. v. 10.7.1984, Rs 72/83, *Campus Oil Ltd.*, Slg.1984, 2727, 2751 f, Rn 34-35.

Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und selbst das Überleben seiner Bevölkerung von ihnen abhängen, so daß eine Unterbrechung dieser Versorgung die öffentliche Sicherheit schwer beeinträchtigen könne. Will man diese Rechtsprechung auf den Elektrizitätssektor übertragen, so ist zunächst der Begriff der Versorgungssicherheit zu definieren. Hierzu wird die Sicherheit der Primärenergieversorgung zur Stromerzeugung, die Verfügbarkeit ausreichender Stromproduktionskapazitäten zur jederzeitigen Deckung des Bedarfs, die Sicherheit des Übertragungssystems und auf diesen Grundlagen die Möglichkeit zur Erbringung eines Universaldienstes gehören. Bei der nachfolgenden Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ("keine verschleierte Handelsbeschränkung") und des Diskriminierungsverbots nach Art.36 Satz 2 wird deutlich, daß Import- und Exportmonopole nicht zu rechtfertigen sind. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, daß das Mittel erstens zur Zielerreichung überhaupt geeignet ist und zweitens hierzu erforderlich ist, d.h. den innergemeinschaftlichen Handel nicht mehr als unbedingt notwendig beeinträchtigt<sup>102</sup>. Das Beispiel anderer Mitgliedstaaten, die keine Import- oder Exportmonopole haben, aber die oben genannten Ziele verwirklichen, stellt bereits die Eignung von Import- und Exportmonopolen in Frage, auch nur einen nennenswerten Beitrag zur Versorgungssicherheit zu leisten. Jedenfalls sind solche Monopole nicht erforderlich.

cc) Schließlich können Import- und Exportmonopole für Strom auch nicht nach Art.90 Abs.2 gerechtfertigt werden, denn ihre Beseitigung verhindert nicht, daß die mit der allgemeinen Stromversorgung betrauten Unternehmen ihre besondere Aufgabe weiterhin erfüllen können. Dies gilt sowohl für den Inhaber der abgeschafften Import- und Exportrechte, soweit er ein mit der Versorgungsaufgabe betrautes Unternehmen ist, als auch für andere betraute, aber nicht mit exklusiven Import- oder Exportrechten ausgestattete Unternehmen, soweit sich diese Exklusivrechte mittelbar auf sie auswirkten. Gegenteiliges wäre von dem betroffenen Mitgliedstaat darzulegen und zu beweisen. Hierzu wäre aufzuzeigen, daß es den Exporteuren und Importeuren bzw. den von ihnen belieferten dritten Versorgungsunternehmen, die nach der Beseitigung der Exklusivrechte in den Markt eindringen könnten, möglich wäre, durch Konzentration auf die rentablen Bereiche die mit

---

<sup>102</sup> EuGH U. v. 10.7.1984, Rs 72/83, *Campus Oil Ltd.*, Slg.1984, 2727, 2752 ff, 37, 44.

dem Universaldienst betrauten Unternehmen wirtschaftlich derartig zu schwächen, daß diese ihre besondere Aufgabe nicht nur unter erschwerten Bedingungen, sondern gar nicht mehr erfüllen können. Dies ist allein schon deswegen unwahrscheinlich, weil das bisher mit exklusiven Import- und Exportrechten ausgestattete Unternehmen sowie die sonstigen betrauten Unternehmen in aller Regel auch von fortbestehenden Übertragungs- und Distributionsmonopolen direkt oder indirekt begünstigt werden. Unabhängig hiervon wird sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Erforderlichkeit von Import- und Exportmonopolen angesichts der Möglichkeit, die neuen Exporteure, Importeure und von ihnen belieferten Drittunternehmen durch Mitbetrauung direkt oder durch Mitfinanzierungspflicht indirekt an den Lasten des Universaldienstes zu beteiligen, nicht nachweisen lassen.

1.4. Art.90 Abs.1, der iVm. Art.86 EGV eine eigenständige Rolle als Entmonopolisierungsinstrument spielen könnte<sup>103</sup>, wurde in den laufenden Vertragsverletzungsverfahren von der Kommission nicht angewandt. Es bleibt abzuwarten, wie die Kommission in dieser Hinsicht in zukünftigen Vertragsverletzungsverfahren vorgehen wird<sup>104</sup>.

1.5. Hinsichtlich der drei neuen Mitgliedstaaten Österreich, Finnland und Schweden hat die Kommission bisher noch keine offizielle Position bezogen. Im Falle Österreichs ist jedoch weitgehend unstreitig, daß ein staatlich errichtetes Stromimport- und -exportmonopol besteht, indem das Zweite Verstaatlichungsgesetz (Art.I § 5 Abs.6 lit.g idF BGBl Nr.971/1993) bestimmt, daß Stromlieferungsverträge mit dem Ausland der Zustimmung der Verbundgesellschaft (Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG) bedürfen. Die relevante staatliche Maßnahme ist bereits in Art.I § 5 Abs.6 lit.g 2.VerstG selbst zu sehen, da diese Bestimmung die Entscheidung über das Ob des Stromimports und -exports bei der Verbundgesellschaft monopolisiert und ihr außerdem die Möglichkeit gibt, durch Zustimmungsverweigerung sich selbst die gesamte Stromimport- und -exporttätigkeit zu

---

<sup>103</sup> Siehe oben Punkt C. II. 3.

<sup>104</sup> Siehe auch unten Punkt C. III. 2.3.

reservieren. Daneben läßt sich auch die Zustimmung selbst bzw. deren Verweigerung als Hoheitsakt interpretieren, bei dessen Ausführung die Verbundgesellschaft als beliehenes Unternehmen für den Staat tätig wird<sup>105</sup>. Bei der gemeinschaftsrechtlichen Behandlung dieses Monopols ergeben sich - nach vorläufiger Prüfung - weder für die Anwendbarkeit der Verbotstatbestände der Art. 37, 30, 34 EGV noch für das Nichteingreifen von Rechtfertigungsgründen Besonderheiten im Vergleich zu der oben unter Punkt C. III. 1.3. dargestellten Rechtslage<sup>106</sup>. Insbesondere wird die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Monopols nicht dadurch beseitigt, daß die Verbundgesellschaft Stromlieferungsverträgen mit dem Ausland meistens zustimmt, denn es kommt allein auf das Bestehen des Monopolrechts und die damit verbundene, rechtlich durchsetzbare Möglichkeit an, Stromimporte und -exporte zu kontrollieren und gegebenenfalls zu unterbinden.

Hervorzuheben ist, daß alle genannten Bestimmungen des EGV für Österreich seit seinem Beitritt zur Europäischen Union (1.1.1995) uneingeschränkt gelten. Insbesondere lebt die in Art.37 Abs.1 angesprochene Übergangsfrist, die am 31.12.1969 endgültig abgelaufen war, für danach beitretende Mitgliedstaaten nicht wieder auf, so daß auch die Absätze 3, 4 und 6 des Art.37 auf sie nicht anwendbar sind<sup>107</sup>. Statt dessen kann es in den Beitrittsakten nur "Übergangsmaßnahmen" nach genau bezeichneten Fristen und Bedingungen geben<sup>108</sup>. Für Österreich gibt es hinsichtlich Art.37 eine Übergangsmaßnahme allein für das Tabakhandelsmonopol (Art.71 der Beitrittsakte<sup>109</sup>) und ansonsten im Bereich des freien Warenverkehrs Übergangsmaßnahmen nur bei einigen Umweltschutzvorschriften (Art.69 der Beitrittsakte). Vorbereitet wurde die Anwendung der Art.37 Abs.1, 30 und 34 EGV bereits durch die Teilnahme Österreichs an dem am 1.1.1994 in Kraft getretenen EWR-

---

<sup>105</sup> Wimmer in Oberndorfer (Hg.), Aktuelle Rechtsprobleme der Elektrizitätswirtschaft 1991, Linz 1991, pp.85, 109 f.

<sup>106</sup> Vgl. Hummer/Berhardt in Rill/Griller (Hg.) Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht (1991), pp.389, 429-431, 445-453.

<sup>107</sup> Grabitz/Hilf-Matthies, Kommentar zur Europäischen Union, Art.37 EGV, Rn 27.

<sup>108</sup> EuGH U. v. 29.3.1979, Rs 231/78, *Kommission / Vereinigtes Königreich*, Slg.1979, 1447, 1459, Rn 11.

<sup>109</sup> ABl.EG 1994 C 241/21.

Abkommen<sup>110</sup>, das in seinen Art. 16, 11 und 12 Regelungen enthält, die mit den genannten EGV- Regeln übereinstimmen.

Schon aus Gründen der Gleichbehandlung mit den bisherigen Mitgliedstaaten wird die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich mit dem Ziel der vollständigen Beseitigung des Import-/Exportmonopols für Elektrizität einleiten müssen. Dieser Schritt könnte von Österreich nur durch eine freiwillige Beseitigung des Monopols verhindert werden.

2. Sobald der EuGH über die Import- und Exportmonopole entschieden hat, werden im Lichte seiner Urteile dann in einem weiteren Schritt die in einigen Mitgliedstaaten bestehenden Exklusiv- und Sonderrechte für Übertragung und Verteilung von Elektrizität auf der Grundlage von Art.30, 34, 52, 59 EGV und solche Rechte für Produktion von Elektrizität auf der Grundlage der Art.37 oder 52 EGV und alle diese Rechte auf der Grundlage des Art.90 Abs.1 iVm 86 EGV zu untersuchen und anzugreifen sein. Ohne diesen weitergehenden Schritt bliebe der europäische Binnenmarkt für leitungsgebundene Energie nur theoretisch.

### 2.1. Übertragungs- und Verteilungsmonopole

a) Die Anwendbarkeit des Art.37 auf Übertragungs- und Verteilungsmonopole wird nur von einer Mindermeinung bejaht, von der herrschenden Meinung hingegen abgelehnt. Dieser Streit kann dahingestellt bleiben, da Art.30 und 34 EGV zur Beseitigung dieser Exklusivrechte ausreichen. Diese Vorschriften sind allein schon deshalb verletzt, weil Übertragungs- und Verteilungsmonopole die Struktur der Importe und Exporte der Ware Elektrizität zwischen Mitgliedstaaten verändern. Wirtschaftsteilnehmer, die in der Zukunft das gesicherte Recht haben werden, zwischen den Mitgliedstaaten Elektrizität zu importieren und zu exportieren, werden dies in anderer Weise tun oder ganz hiervon absehen, wenn sie nicht auch das Recht zur Übertragung und/oder Verteilung haben und auch nicht einen hiermit zu beauftragenden Dritten frei wählen können. Die Anwendung der Art.30, 34

---

<sup>110</sup> ABl.EG 1994 L 1/1.

unterliegt im Gegensatz zu Art.85 Abs.1 keinem Spürbarkeitsgebot<sup>111</sup>, so daß auch staatliche Exklusiv- und Sonderrechte, die nur einen kleinen Teil des Staatsgebietes betreffen, für sich allein vom Verbot erfaßt werden.

Staatlich errichtete Übertragungs- und Verteilungsmonopole sind keine diskriminierungsfreien Verkaufsmodalitäten und sie sind auch nicht durch zwingende Erfordernisse iSd. Cassis-Rechtsprechung<sup>112</sup> zu rechtfertigen. Eine Rechtfertigung nach Art.36 EGV unter dem Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit ist im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung ebenfalls nicht möglich. Denn das Beispiel von Staaten, in denen Übertragungs- und Verteilungsmonopole aufgehoben worden sind bzw. zur Zeit schrittweise aufgehoben werden (Vereinigtes Königreich), zeigt, daß Versorgungssicherheit auch ohne diese Exklusivrechte in einem wettbewerblichen System durch ein Mindestmaß an staatlicher Regulation, die für alle Wettbewerber gilt, gewährleistet werden kann. Eine Rechtfertigung der Übertragungs- und Verteilungsmonopole nach Art.90 Abs.2 scheitert jedenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung daran, daß es möglich ist, alle Stromübertrager und -verteiler an den Lasten des Universaldienstes direkt oder indirekt zu beteiligen.

b) Die Tätigkeiten der Übertragung und Verteilung von Elektrizität sind Dienstleistungen, die durch die Dienstleistungsfreiheit nach Art.59 EGV dann geschützt sind, wenn sie von Wirtschaftsteilnehmern (Individuen oder Gesellschaften nach Art.66 iVm. Art.58 EGV) in einem anderen Mitgliedstaat erbracht werden, als demjenigen, in dem sie ansässig sind. Wenn die genannten Tätigkeiten auf der Errichtung und dem dauerhaften Betrieb fester Geschäftseinrichtungen samt Personal beruhen, ist jedoch eher an Art.52 EGV zu denken, der die freie Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates schützt<sup>113</sup>. Nach dieser Vorschrift haben

---

<sup>111</sup> GTE-Müller-Graff, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Aufl.1991, Art.30 Rn 31.

<sup>112</sup> EuGH U. v. 20.2.1979, Rs 120/78, *Rewe-Zentral AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Cassis de Dijon")*, Slg.1979, 649, 662, Rn 8; siehe oben Punkt C. III. 1.3. c) aa).

<sup>113</sup> Zur Abgrenzung von Niederlassung und Dienstleistung: GTE-Troberg, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.52 Rn 3-7.

Angehörige eines Mitgliedstaates und (iVm. Art.58 EGV) Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat haben, das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, um dort unter denselben Bedingungen wie ein Angehöriger oder eine Gesellschaft dieses Mitgliedstaates als Selbständiger zu arbeiten oder ein Unternehmen zu gründen und zu führen. Art.52 wurde deshalb traditionell als Anti-Diskriminierungsvorschrift, d.h. als das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot, mittels Rechtsvorschriften oder durch sonstiges Verwaltungshandeln rechtlich oder faktisch aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren, interpretiert. In der neueren Rechtsprechung des EuGH<sup>114</sup> zeichnet sich die Tendenz ab, den Art.52 - unabhängig vom Vorliegen einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit - als generelles Verbot der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im gesamten Gemeinschaftsgebiet zu verstehen.

Exklusive und besondere Rechte der Übertragung und Verteilung zugunsten inländischer Unternehmen verletzen sowohl die Dienstleistungsfreiheit von Wirtschaftsteilnehmern, die in demselben Mitgliedstaat dieselbe Dienstleistung erbringen wollen, ohne dort ansässig zu sein, als auch die Niederlassungsfreiheit. Die für die Anwendung des Art.52 möglicherweise noch erforderliche Diskriminierung besteht darin, daß im Falle eines ausschließlichen Rechts einem inländischen Operateur und im Falle besonderer Rechte wenigen ausgewählten inländischen Operateuren unter Ausschluß aller Operateure, die aus anderen Mitgliedstaaten kommen, das Recht zu Transport und/oder Verteilung von Elektrizität in einem bestimmten Teil oder gar im gesamten Gebiet eines Mitgliedstaates verliehen wird. Da schon die faktische Diskriminierung genügt, ist Art.52 auch dann verletzt, wenn nach den innerstaatlichen Vorschriften eine Vergabe der ausschließlichen oder besonderen Rechte an Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten möglich gewesen wäre.

Rechtfertigungsmöglichkeiten kommen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit wie auch der Niederlassungsfreiheit aus denselben Gründen nicht in Betracht, wie oben für die Regeln des freien Warenverkehrs vorgebracht. Deswegen kommen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit

---

<sup>114</sup> EuGH U. v. 7.5.1991, Rs C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg.1991, I-2357, 2383, Rn 15; EuGH U. v. 9.2.1994, Rs C-319/92, *Haim*, Slg.1994, I-425, 447 f, Rn 26.



weder die zwingenden Erfordernisse, die der EuGH auch im Rahmen des Art.59 prüft<sup>115</sup>, noch der Art.66 iVm. 56, der dem Art.36 entspricht, zum Zuge. Desgleichen ist im Bereich der Niederlassungsfreiheit der Rechtfertigungsgrund des Art.56 nicht einschlägig. Außerdem kann in beiden Bereichen der Art.90 Abs.2 EGV das Verbot ausschließlicher und besonderer Rechte des Transports und der Verteilung von Elektrizität nicht lockern.

c) In Österreich wird unter den dargestellten rechtlichen Gesichtspunkten insbesondere das auf staatlichen Bestimmungen beruhende Konzessionierungssystem zu untersuchen sein.

(1) Nach Art.I § 3 Abs.1 2.VerstG ist die Allgemeinversorgung mit elektrischer Energie im Bereich der einzelnen Bundesländer (Landesversorgung) Aufgabe der jeweiligen Landesgesellschaft. Hiervon macht Art.I § 6 2.VerstG eine Ausnahme zugunsten der Versorgung bestimmter Stadtgebiete und unmittelbar benachbarter Gemeinden durch städtische Unternehmen. Diese Versorgungsrechte werden in § 17 Abs.2 Elektrizitätswirtschaftsgesetz (ElWG)<sup>116</sup> grundsätzlich anerkannt; der Betrieb eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens (EltVU), das sich nach § 1 Abs.1 ElWG definiert als ein Unternehmen zur Erzeugung<sup>117</sup> oder Verteilung elektrischer Energie zum Zwecke der entgeltlichen Abgabe an andere, bedarf jedoch nach § 2 ElWG einer Konzession. Für deren Erteilung ist die Landesregierung jenes Bundeslandes zuständig, in dem der Konzessionswerber die Stromerzeugung oder -verteilung vornehmen will. Das ElWG aus dem Jahre 1975 ist ein Grundsatzgesetz des Bundes, das die Bundesländer in eigenen Elektrizitätsgesetzen ausgeführt haben. Hierbei haben sie die Voraussetzungen der Konzessionserteilung mangels Gestaltungsspielraums nahezu wörtlich aus dem Grundsatzgesetz des Bundes übernommen, so daß im Folgenden weitgehend auf das ElWG abgestellt werden kann.

---

<sup>115</sup> Siehe die zusammenfassende Übersicht in EuGH U. v. 25.7.1991, Rs C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Slg.1991, I-4007, 4040 f, Rn 12-15.

<sup>116</sup> BGBl Nr.260/1975 idF BGBl Nr.131/1979.

<sup>117</sup> Zum Aspekt der Stromproduktion Näheres nachfolgend unter Punkt C. III. 2.2 c).

Die Konzession ist nach § 3 lit.a ElWG für die unmittelbare Versorgung eines örtlich umschriebenen bestimmten Gebietes (Gebietsversorgungskonzession) oder nach § 3 lit.b ElWG für die Lieferung elektrischer Energie an Elektrizitätsversorgungsunternehmen (Einspeisekonzession) zu erteilen.

Gemäß § 4 lit.a ElWG setzt die Erteilung einer Gebietsversorgungskonzession voraus, daß für das örtlich umschriebene bestimmte Gebiet noch keine Konzession besteht. Solche sogenannten weißen Flecken gibt es in Österreich jedoch praktisch nicht mehr; sie können in sehr beschränktem Ausmaß nur noch dadurch entstehen, daß eine Eigenanlage, die der Selbstversorgung ihres Inhabers dient, aufgegeben wird. Nach § 16 lit.a ElWG haben die Ausführungsgesetze der Bundesländer vorzusehen, daß EltVU, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des jeweiligen Ausführungsgesetzes rechtmäßig betrieben werden, als konzessioniert gelten. Eine zeitliche Begrenzung der Konzessionen wird weder vom ElWG noch von den Ausführungsgesetzen vorgeschrieben. In der Praxis sind die Gebietsversorgungskonzessionen unbefristet und alle konzessionierten Unternehmen sind Gesellschaften des österreichischen Rechts. Der Staat hat somit im Wege ausschließlicher Konzessionen, flächendeckend für ganz Österreich, dauerhafte und absolute Gebietsversorgungsmonopole zugunsten inländischer Unternehmen errichtet und insbesondere die historisch gewachsene bedeutende Stellung der Landesgesellschaften und der städtischen Unternehmen im österreichischen Elektrizitätsversorgungssystem festgeschrieben. Damit wird Wettbewerb um Abnehmer im Elektrizitätsversorgungsbereich praktisch ausgeschlossen<sup>118</sup>. Denn für nichtkonzessionierte Wirtschaftsteilnehmer einschließlich der grenzüberschreitend operierenden Wettbewerber, die Marktzugang suchen, ist die Stromdistribution unmöglich und damit der Stromtransport und eine dem Distributions- oder Transportzwecke dienende Niederlassung in Österreich weitgehend bzw. gänzlich sinnlos. Nach vorläufiger Prüfung ist daher eine Verletzung der Art.30, 34, 52 und 59 EGV festzustellen.

Die Erteilung einer Einspeisekonzession setzt gemäß § 4 lit.b ElWG voraus, daß "eine bestmögliche Verbundwirtschaft gewährleistet ist". Die praktische Handhabung dieses Kriteriums wird ebenfalls einer gemeinschaftsrechtlichen Prüfung zu unterziehen sein.

---

<sup>118</sup> Steffek, Recht der Energiewirtschaft (RdE) Nr.2/1995, pp.64, 72.

Festzuhalten ist, daß die Ausschließlichkeitwirkung der Gebietsversorgungskonzessionen selbst durch eine großzügige Vergabepraxis bei den Einspeisekonzessionen nicht abgemildert würde.

(2) Potential zu Konflikten mit den Binnenmarktregeln des EGV steckt auch in Bestimmungen der Landeselektrizitätsgesetze, die es - wie z.B. § 5 Abs.2 Nr.5 O.ö. Elektrizitätsgesetz - zur Voraussetzung der Konzessionserteilung machen, daß ein gegenwärtiger oder ein abschätzbarer volkswirtschaftlicher Bedarf oder ein sonstiges volkswirtschaftliches Interesse am Betrieb des EltVU gegeben ist. Eine restriktive Handhabung dieses Kriteriums, die neuen Wettbewerbern den Marktzugang verbaute, wäre mit Art.30, 34, 52 und 59 EGV nicht vereinbar, insbesondere auch, weil eine Einschränkung dieser Regeln aus rein wirtschaftlichen Gründen nicht gerechtfertigt ist<sup>119</sup>. Das Problem ist schon jetzt aktuell bei der Vergabe von Einspeisekonzessionen, da sie keinem rechtlichen Ausschließlichkeitserfordernis unterliegen, und wird aktuell bei den Gebietsversorgungskonzessionen, sobald die gesetzlich vorgeschriebene Ausschließlichkeit entfallen ist.

## 2.2. Produktionsmonopole

a) Nach traditioneller Auffassung sind Produktionsmonopole mit dem EGV insgesamt vereinbar, im besonderen auch mit Art.37, da diese Vorschrift nach ihren Wortlaut nur Handelsmonopole betrifft. Unter diesem Blickwinkel hätte der Richtlinienvorschlag der Kommission zum Elektrizitätsbinnenmarkt, der die Abschaffung der Produktionsmonopole vorsieht, eine eigenständige Liberalisierungswirkung.

---

<sup>119</sup> Siehe oben Punkt C. III. 1.3. c) bb) und EuGH U. v. 10.7.1984, Rs 72/83, *Campus Oil Ltd.*, Slg.1984, 2727, 2752, Rn 35; EuGH U. v. 25.7.1991, Rs C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Slg.1991, I-4007, 4040 f, Rn 11.

b) Eine erstarkende Meinung sieht in Produktionsmonopolen einen Verstoß gegen den EGV. Teilweise wird eine weite Auslegung des Art.37 befürwortet<sup>120</sup>. Juristisch tragfähiger erscheint es hingegen, auf die Niederlassungsfreiheit nach Art.52 EGV abzustellen<sup>121</sup>, deren Tragweite oben<sup>122</sup> dargestellt wurde. Ein Produktionsmonopol diskriminiert insofern, als es einem inländischen Operateur unter Ausschluß aller Operateure, die aus anderen Mitgliedstaaten kommen, das ausschließliche Produktionsrecht verleiht.

c) Wie oben<sup>123</sup> bereits angesprochen, bedarf in Österreich die Tätigkeit der Stromerzeugung zum Zwecke der entgeltlichen Abgabe an andere einer Konzession nach § 1 Abs.1 und §§ 2-4 ElWG iVm den Ausführungsgesetzen der Bundesländer. Produzenten, die keine Gebietsversorgungskonzession besitzen, aber trotzdem Strom an andere verkaufen wollen, haben nur die Möglichkeit, um eine Einspeisekonzession iSv. § 3 lit.b ElWG zur Stromlieferung an EltVU nachzusuchen. Produktionsanlagen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des jeweiligen Ausführungsgesetzes bereits rechtmäßig betrieben wurden, gelten wiederum nach § 16 lit.a ElWG als konzessioniert. Diese Vorschrift bekräftigt insbesondere die historisch gewachsene starke Stellung der Sondergesellschaften, die als Träger von Großkraftwerken fungieren (Art.I § 4 2.VerstG). Voraussetzungen der Neuerteilung einer Konzession sind gemäß § 4 lit.b ElWG die Gewährleistung einer "bestmöglichen Verbundwirtschaft" und nach den Ausführungsgesetzen - wie z.B. § 5 Abs.2 Nr.5 O.ö.Elektrizitätsgesetz der volkswirtschaftliche Bedarf oder das volkswirtschaftliche Interesse, mithin Kriterien, deren restriktive Handhabung die auf die Niederlassungsfreiheit nach Art.52 EGV zu stützende Produktionsfreiheit beeinträchtigen könnte. Aber auch die großzügige Handhabung dieser Kriterien änderte nichts an der Tatsache, daß den Produktionsunternehmen die Möglichkeit zur direkten Belieferung von Endverbrauchern, insbesondere industriellen Großabnehmern, verschlossen bleibt. Hierin ist eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu sehen.

---

<sup>120</sup> Grabitz/Hilf-Matthies, Kommentar zur Europäischen Union, Art.37 EGV, Rn 10.

<sup>121</sup> Ehlermann, 2 [1993] ECLR, pp. 61, 67; Hancker/Trepte, 4 [1992] ECLR, pp. 149, 157.

<sup>122</sup> Punkt C. III. 2.1. b).

<sup>123</sup> Punkt C. III. 2.1. c).

Außerdem wird darauf zu achten sein, daß das elektrizitätswirtschaftliche Bewilligungsverfahren zur Errichtung oder Erweiterung von Stromerzeugungsanlagen nach §§ 10-13 ElWG und den Ausführungsgesetzen der Bundesländer ohne Diskriminierung zwischen Unternehmen aus Österreich und solchen aus anderen EU-Mitgliedstaaten angewandt wird.

2.3. Schließlich wird die Kommission zu entscheiden haben, ob sie die Übertragungs-, Verteilungs- und Produktionsmonopole auch nach Art.90 Abs.1 iVm. 86 EGV unter dem Gesichtspunkt des möglichen Mißbrauchs einer staatlich geschaffenen, alleinigen oder gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung angreifen will<sup>124</sup>. Gegenüber den Import- und Exportmonopolen hat die Kommission diesen Aspekt nicht verfolgt, da die Rechtsprechung im Zeitpunkt des Verfahrensbeginns (August 1991) in dieser Beziehung noch kaum entwickelt und ungesichert war. Inzwischen sind neue Unsicherheiten insbesondere durch das Crespelle-Urteil<sup>125</sup> geschaffen worden. Dieser Mangel wird dadurch relativiert, daß die notwendigen Liberalisierungsziele vollständig mit dem oben beschriebenen Instrumentarium der Binnenmarktregeln erreicht werden können.

### 3. Staatliche Preisregelungen

3.1 Nach der langjährigen Rechtsprechung des EuGH<sup>126</sup> sind innerstaatliche Preisregelungssysteme, die unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gelten, nicht schon per se iSv. Art.30 EGV verbotene Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen. Ein Mitgliedstaat verstößt jedoch dann gegen Art.30 EGV, wenn er unterschiedslos für einheimische und eingeführte Erzeugnisse Höchst- oder Festpreise, maximale Handelsspannen oder Preisstopps auf einem derart niedrigen Niveau

---

<sup>124</sup> Siehe oben Punkt C. II. 3.

<sup>125</sup> EuGH U. v. 5.10.1994, Rs C-323/93, *Centre d' insemination de la Crespelle*, Slg.1994, I-5077.

<sup>126</sup> Siehe Gesamtdarstellung bei GTE-Müller-Graff, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.30 Rn 63-66.

festsetzt, daß Importware nicht gewinnbringend<sup>127</sup> bzw. nur mit Verlust<sup>128</sup> abgesetzt werden könnte. Desgleichen verstößt ein Mitgliedstaat gegen Art.30 EGV, wenn er unterschiedslos für den Verkauf einheimischer und eingeführter Erzeugnisse Mindest- oder Festpreise auf einem derartig hohen Niveau festsetzt, daß dadurch der auf einem niedrigeren Beschaffungspreis beruhende Wettbewerbsvorteil beim Weiterverkauf der Importware neutralisiert wird<sup>129</sup>. Der EuGH folgt damit einer konkreten Betrachtungsweise, die sich an der tatsächlich nachgewiesenen bzw. mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels orientiert und somit eine genaue Analyse der Umstände jedes Einzelfalles erfordert. An diesem System hat das Keck-Urteil (1993)<sup>130</sup> nichts geändert. In diesem Urteil qualifizierte der EuGH das staatliche Verbot, Erzeugnisse in unverändertem Zustand zu unter ihrem tatsächlichen Einkaufspreis liegenden Preisen (d.h. zu Verlustpreisen) weiterzuverkaufen als zu den Bestimmungen gehörig, die nur bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten und deshalb nicht von Art.30 EGV erfaßt sind, sofern sie für alle im Inland tätigen Wirtschaftsteilnehmer gelten und den Absatz inländischer und aus anderen Mitgliedstaaten eingeführter Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Das Verbot des Verkaufs zum Verlustpreis ist rechtlich und tatsächlich diskriminierungsfrei. Es wendet einerseits ein objektives Kriterium (Nichtunterschreitung des jeweiligen tatsächlichen Einkaufspreises) auf alle Erzeugnisse ohne Unterscheidung nach deren Herkunft an und berührt damit alle Waren rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise. Andererseits aber anerkennt die Regelung die Unterschiedlichkeit der Einkaufspreise der verschiedenen Waren und vermeidet es, durch Auferlegung eines zahlenmäßig für alle Waren identischen Höchst-, Mindest- oder

---

<sup>127</sup> EuGH U. v. 24.1.1978, Rs 82/77, *van Tiggele*, Slg.1978, 25, 39, Rn 13-15; EuGH U. v. 29.1.1985, Rs 231/83, *Cullet / Leclerc*, Slg.1985, 305, 321 f, Rn 23.

<sup>128</sup> EuGH U. v. 26.2.1976, Rs 65/75, *Tasca*, Slg.1976, 291, 308 f, Rn 26-28; EuGH U. v. 26.2.1976, Verb Rs 88 bis 90/75, *SADAM*, Slg.1976, 323, 340, Rn 33-36; EuGH U. v. 7.6.1983, Rs 78/82, *Kommission / Italien*, Slg.1983, 1955, 1969, Rn 16.

<sup>129</sup> EuGH U. v. 24.1.1978, Rs 82/77, *van Tiggele*, Slg.1978, 25, 39, Rn 13-15; EuGH U. v. 29.1.1985, Rs 231/83, *Cullet / Leclerc*, Slg.1985, 305, 321 f, Rn 23; EuGH U. v. 7.6.1983, Rs 78/82, *Kommission / Italien*, Slg.1983, 1955, 1969, Rn 16.

<sup>130</sup> EuGH U. v. 24.11.1993, Verb Rs C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, EuZW 1993, 770, 771, Rn 16.

Festpreises für den Weiterverkauf in deren Vermarktungschancen, die auf dem jeweiligen Einkaufspreis beruhen, einzugreifen und diese damit tatsächlich in ungleichartiger Weise zu berühren. Deswegen ist im Gegensatz hierzu die unterschiedslose, zahlenmäßig für alle (inländische und eingeführte) Waren identische Festlegung von Höchst-, Mindest- oder Festpreisen keine Beschränkung einer Verkaufsmodalität, sondern auch nach dem Keck-Urteil (Rn.16) iSd. Dassonville-Formel<sup>131</sup> eine von Art.30 verbotene Importbeschränkung, die weder nach der Cassis-Formel<sup>132</sup> noch nach Art.36 EGV zu rechtfertigen ist. Andernfalls wäre es den Mitgliedstaaten möglich, durch Preisregelungen in großem Umfang den freien Warenverkehr zum Schutze der heimischen Industrie vor grenzüberschreitendem Wettbewerb durch Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten zu beschränken und damit zum Schaden der Verbraucher und der Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union gegenüber Drittstaaten der optimalen Allokation wirtschaftlicher Ressourcen in der Union entgegenzuwirken.

3.2 In Österreich gibt das Preisgesetz von 1992<sup>133</sup> dem Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten oder den von ihm beauftragten Landeshauptmännern gemäß § 3 Abs.2 die Möglichkeit, für die Lieferung von Elektrizität (und Gas und Fernwärme) sowie für die damit zusammenhängenden Nebenleistungen jederzeit, und ohne daß besondere Voraussetzungen erfüllt sein müßten, "volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise" zu bestimmen. Diese Preise können nach § 6 Abs.2 PreisG als Höchst-, Fest- oder Mindestpreise bestimmt werden. Für ein Sachgut oder eine Leistung kann für dieselbe Wirtschaftsstufe sowohl ein Höchstpreis als auch ein Mindestpreis bestimmt werden (Preisband). Für die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung gelten die soeben unter Punkt C. III. 3.1. dargestellten Grundsätze. Im Falle von Höchstpreisen für Strom wird der Verstoß gegen Art.30 EGV nicht durch das Argument beseitigt, daß Strom eine homogene Ware sei und deshalb kein österreichischer Stromverteiler oder -verbraucher daran interessiert sein könne, Strom aus dem Ausland zu Preisen zu kaufen, die über dem staatlich festgesetzten österreichischen Preis liegen. Denn

---

<sup>131</sup> EuGH U. v. 11.7.1974, Rs 8/74, *Dassonville*, Slg.1974, 837, 852, Rn 5.

<sup>132</sup> EuGH U. v. 20.2.1979, Rs 120/78, *Rewe-Zentral AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Cassis de Dijon")*, Slg.1979, 649, 662, Rn 8.

<sup>133</sup> BGBl. Nr.145/1992.

neben dem Preis kann es aus der Sicht des Abnehmers andere Gründe, wie z.B. Besonderheiten der Vertragsgestaltung hinsichtlich Liefermengen und -zeiten, Aspekte der Versorgungssicherheit oder der langfristigen Geschäftsstrategie, geben, die einen Strombezug aus dem Ausland vorzugswürdig erscheinen lassen.

Im Hinblick auf die konkrete Betrachtungsweise des EuGH in Fragen staatlicher Preisregelungen sind Handhabung und Auswirkungen der österreichischen Preisregelung einer ständigen gemeinschaftsrechtlichen Überprüfung nach den oben dargestellten Kriterien zu unterstellen. Dies würde allein schon wegen der Flexibilität und mangelnden Transparenz der Kosten-, Preis- und sonstigen Marktverhältnisse in den anderen Mitgliedstaaten einen hohen Aufwand erfordern. Die Effektivität der gemeinschaftsrechtlichen Überwachung wird daher wesentlich davon abhängen, daß sich benachteiligte Stromanbieter aus anderen Mitgliedstaaten und ihre österreichischen Abnehmer vor den zuständigen nationalen Behörden oder Gerichten oder bei der Kommission über mögliche Verletzungen des Art.30 EGV beschweren.

#### 4. Staatlich festgesetzte Ankaufs- und Verkaufspflichten

4.1. Staatliche Regelungen, die Individuen oder Unternehmen verpflichten, einen Teil ihres Bedarfs im Inland zu kaufen oder mit im Inland produzierter Ware zu decken oder einen Teil ihrer Produktion oder ihres sonstigen Warenangebots an inländische Abnehmer zu verkaufen, sind nach der Dassonville-Formel<sup>134</sup> Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Import- und Exportbeschränkungen und somit von Art.30 und 34 EGV verboten. Denn in dem Ausmaß, wie die staatlich festgesetzte Ankaufspflicht gilt, sind die Individuen oder Unternehmen daran gehindert, sich in einem anderen Mitgliedstaat per Direktimport bzw. im Inland mit aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Waren zu versorgen. In dem Ausmaß wie die staatlich festgesetzte Verkaufspflicht gilt, sind die Anbieter daran gehindert, ihre Ware in einen anderen Mitgliedstaat zu exportieren. Solche

---

<sup>134</sup> EuGH U. v. 11.7.1974, Rs 8/74, *Dassonville*, Slg.1974, 837, 852, Rn 5. Siehe auch oben Punkt C. III. 1.3. b).



Ankaufs- und Verkaufspflichten können schon begrifflich keine iSd. Keck-Urteils<sup>135</sup> diskriminierungsfreien Verkaufsmodalitäten sein.

4.2. In Österreich verpflichtet Art.I § 5 Abs.6 lit.e 2.VerstG alle Sondergesellschaften - mit Ausnahme der Vorarlberger Illwerke AG - ihre gesamte Stromproduktion gegen vollen Kostenersatz in das Netz der Verbundgesellschaft einzuspeisen, d.h. an diese zu verkaufen. Da die direkte und indirekte Beteiligung des österreichischen Staates an der Verbundgesellschaft und den Sondergesellschaften<sup>136</sup> dem Art.I § 5 Abs.6 lit.e 2.VerstG nicht den Charakter einer staatlichen Maßnahme nimmt, ist hierin ein Verstoß gegen Art.30 und 34 EGV zu sehen. Eine Rechtfertigung mit zwingenden Erfordernissen nach der Cassis-Formel<sup>137</sup> kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil keine unterschiedslos auf heimische und importierte Ware anwendbare, sondern eine bewußt nach deren Herkunft diskriminierende Regelung in Rede steht. Auch eine Rechtfertigung nach Art.36 EGV unter der Aspekt der Sicherheit der Stromversorgung, deren Kriterien bereits oben<sup>138</sup> näher beschrieben wurden, kommt nach vorläufiger Prüfung nicht in Betracht.

IV. Schiene 3: EG-Vertragsregeln, die sich an Unternehmen richten, Art. 85, 86 EGV

---

<sup>135</sup> EuGH U. v. 24.11.1993, Verb Rs C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, EuZW 1993, 770, 771, Rn 16. Siehe auch oben Punkt C. III. 1.3. b).

<sup>136</sup> Siehe hierzu unten Punkt C. IV. 4.2. a).

<sup>137</sup> EuGH U. v. 20.2.1979, Rs 120/78, *Rewe-Zentral AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Cassis de Dijon")*, Slg.1979, 649, 662, Rn 8. Siehe auch oben Punkt C. III. 1.3. c) aa).

<sup>138</sup> Punkt C. III. 1.3. c) bb).

1. Der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf den Energiesektor steht keine Bereichsausnahme entgegen. Die Rechtsprechung des EuGH<sup>139</sup> bestätigt das grundlegende Prinzip, daß die generelle Nichtanwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln auf bestimmte Tätigkeiten und Wirtschaftssektoren im EGV ausdrücklich vorgesehen sein muß. Für den Energiesektor sieht der EGV keine Ausnahme vor.

Auch die im US-amerikanischen Anti-trust-Recht entwickelte Rechtsfigur der "rule of reason" hat als solche keinen Platz im EG-Wettbewerbsrecht. Nur einige ihrer Aspekte finden Eingang in die rechtliche Prüfung der Freistellungsmöglichkeit nach Art.85 Abs.3 und des Filters nach Art.90 Abs.2 EGV. Diese Vorschriften bieten genügend Spielraum, den Besonderheiten des Energiesektors Rechnung zu tragen.

Schließlich ist die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auch nicht davon abhängig, daß zuvor die Rahmenbedingungen der Energiewirtschaft in den einzelnen Mitgliedstaaten auf EG-Ebene harmonisiert werden. Vielmehr ist festzustellen, daß der hierzu notwendige Druck auf die zuständigen Entscheidungsträger erst dann entstehen wird, wenn die nachdrückliche Anwendung der Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln des EG-Vertrags in den faktisch und rechtlich unterschiedlich strukturierten Energieversorgungssystemen der Mitgliedstaaten den Harmonisierungsbedarf offenlegt.

Hinsichtlich des Art. 90 Abs.2 ist noch einmal darauf hinzuweisen, daß diese Filtervorschrift erst dann zu prüfen ist, wenn zuvor eine Verletzung des Art.85 oder 86, dh. für Art.85 die Verletzung des Art.85 Abs.1 und die Nichtfreistellbarkeit nach Art.85 Abs.3 oder die Freistellbarkeit nur unter Auflagen oder Bedingungen, festgestellt worden ist.

2. Die oben dargestellte<sup>140</sup> besondere Anwendungseffektivität der Art.85 und 86 erhöht das Interesse der in der Energiewirtschaft tätigen Anbieter und Abnehmer, die Tragweite dieser Regeln zu erfahren. Jedoch ist das auf Art.85 und 86 basierende Fallrecht im Energiesektor noch schwach entwickelt. Trotz verbreiteten Unmuts unter den Energieverbrauchern und insbesondere den industriellen Großabnehmern gibt es wenige förmliche und damit

---

<sup>139</sup> EuGH U. v. 30.4.1986, Verb Rs 209 bis 213/84, *Asjes*, Slg.1986, 1425, 1465 f, Rn 40-41; EuGH U. v. 27.1.1987, Rs 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Slg.1987, 405, 451, Rn 12.

<sup>140</sup> Punkt B. III. 3.

öffentliche Beschwerden bei den nationalen Wettbewerbsbehörden und der EG-Kommission und nur wenige Zivilrechtsverfahren vor den nationalen Gerichten. Hierin spiegeln sich die Sensibilität und strategische Bedeutung der in Rede stehenden Güter und Dienstleistungen und die damit verbundenen wirtschaftlichen Sanktionsgefahren für Beschwerdeführer wider. Die meisten Interessenkonflikte werden deshalb immer noch unter Ausschluß der Öffentlichkeit und ohne direkte Beteiligung der Wettbewerbsbehörden und Gerichte geregelt und können damit nicht zu juristisch verwertbaren Präzedenzfällen führen. Potentielle Beschwerdeführer haben die Möglichkeit zur vertraulichen und informellen Kontaktaufnahme mit der Kommission und ihrer Generaldirektion IV (Wettbewerb) sowie mit den nationalen Wettbewerbsbehörden. Effektive Abhilfe wird in vielen Fällen nur möglich sein, wenn der Kontakt zu einem bestimmten Zeitpunkt zu einer förmlichen Beschwerde weiterentwickelt wird, auf deren Grundlage die Wettbewerbsbehörden ein förmliches Verfahren unter Einbeziehung aller Konfliktparteien durchführen können. Allerdings lassen sich in Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden auf den Ebenen des materiellen Rechts und des Verfahrens Strategien zur Risikobegrenzung für den Beschwerdeführer ausarbeiten.

### 3. Die bisherige und die zukünftige Einzelfallpraxis

3.1. Die wichtigsten Urteile des EuGH und des EuG wurden oben schon dargestellt. In der Praxis der Kommission gab es bisher eine Untersagungsentscheidung im Fall *Ijsselcentrale*<sup>141</sup>, zwei Freistellungsentscheidungen in den Fällen *Scottish Nuclear*<sup>142</sup> und *Jahrhundertvertrag*<sup>143</sup> und eine Reihe von Verfahrensabschlüssen durch gütliche Einigung ("settlement")<sup>144</sup> oder mit

---

<sup>141</sup> KOM E. v. 16.1.1991, *Ijsselcentrale*, ABLEG 1991 L 28/32; bestätigt durch EuG U. v. 18.11.1992, Rs T-16/91, *Rendo NV / Kommission*, Slg.1992, II-2417.

<sup>142</sup> KOM E. v. 30.4.1991, *Scottish Nuclear*, ABLEG 1991 L 178/31.

<sup>143</sup> KOM E. v. 22.12.1992, *Jahrhundertvertrag*, ABLEG 1992 L 50/14.

<sup>144</sup> Fall SHG/EDF und ENEL ("Grangevieille"), dargestellt in: EG-Kommission, XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992, Tz 142-145; Pressemitteilung der

Verwaltungsschreiben ("comfort letter"), in denen die Generaldirektion IV (Wettbewerb) der Kommission den beteiligten Unternehmen auf der Grundlage einer vorläufigen Überprüfung ihre Auffassung mitteilt, daß Art.85 Abs.1 nicht verletzt oder eine Freistellung nach Art.85 Abs.3 möglich sei<sup>145</sup>. Greifbare Einzelfallpraxis zur Anwendung des Art.86 im Energiesektor fehlt bisher.

a) In der Entscheidung *Ijsselcentrale* (1991)<sup>146</sup> untersagte die Kommission die Durchführung einer Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen den vier wichtigsten Stromproduzenten in den Niederlanden und ihrem Gemeinschaftsunternehmen SEP, das sie zum Betrieb des landesweiten Stromverbundnetzes gegründet hatten, insoweit als diese Vereinbarung die Elektrizitätseinfuhr durch private industrielle Verbraucher und die Stromausfuhr außerhalb des Rahmens der öffentlichen Versorgung durch Stromversorgungsunternehmen und private industrielle Verbraucher einschließlich der industriellen Stromeigenerzeuger einschränkte. Die Kommission erkannte an, daß der Betrieb des landesweiten Stromverbundnetzes eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sei, kam aber zu dem Ergebnis, daß die Beseitigung der beschriebenen Wettbewerbsbeschränkungen die Erfüllung dieser besonderen Aufgabe nicht verhindere.

b) In der Entscheidung *Scottish Nuclear* (1991)<sup>147</sup> gewährte die Kommission eine Freistellung für eine Vereinbarung, nach der die beiden vertikal integrierten schottischen Elektrizitätsunternehmen "Scottish Power" und "Scottish Hydro-Electric" im Verhältnis 3:1 die gesamte Stromproduktion zweier Atomkraftwerke der Firma "Scottish Nuclear" auf "take-or-pay" Basis aufzukaufen hatten. Im Gegenzug war es "Scottish Nuclear" nicht erlaubt, ohne Zustimmung von "Scottish Power" und "Scottish Hydro-Electric" Strom an Dritte zu verkaufen. Nachdem die Laufzeit der Vereinbarung auf Drängen der Kommission von 30 auf

---

Kommission IP 92/668; *Ritter*, Recht der Energiewirtschaft (RdE) Nr.2/1995, pp. 50-51.

<sup>145</sup> Siehe Übersicht bei *Ritter*, Recht der Energiewirtschaft (RdE) Nr.2/1995, pp.50-57.

<sup>146</sup> KOM E. v. 16.1.1991, *Ijsselcentrale*, ABLEG 1991 L 28/32.

<sup>147</sup> KOM E. v. 30.4.1991, *Scottish Nuclear*, ABLEG 1991 L 178/31.

15 Jahre reduziert worden war, konnte diese eine Freistellung gewähren. Ausschlaggebende Gesichtspunkte waren für sie, daß die Vereinbarung langfristige Planungen zur Sicherung der Versorgung ermögliche und die verbleibenden Wettbewerbsbeschränkungen unvermeidlicher Bestandteil einer Reorganisation seien, die der Privatisierung des schottischen Elektrizitätssektors, die letztlich zu mehr Wettbewerb führen werde, vorausgingen.

c) In der Entscheidung *Jahrhundertvertrag* (1992)<sup>148</sup> stellte die Kommission langfristige vertragliche Verpflichtungen der deutschen Stromerzeuger zum Bezug von Steinkohle aus dem deutschen Bergbau vom Kartellverbot frei. Als Wettbewerbsbeschränkungen qualifizierte die Kommission erstens, daß die Vereinbarungen die deutschen Stromerzeuger der Möglichkeit beraubten, preiswertere Steinkohle oder andere Primärenergien in anderen Mitgliedstaaten zu kaufen und zweitens, daß Stromimporte aus anderen Mitgliedstaaten in dem Maße verhindert wurden, in dem in Deutschland Strom mit deutscher Steinkohle erzeugt wurde. In diesem sehr politischen Verfahren, das mit der deutschen staatlichen Interventionspolitik zugunsten des siechenden heimischen Steinkohlenbergbaus kollidierte, gewährte die Kommission eine bis zum 31.12.1995 befristete Freistellung. Die Kommission vertrat die Meinung (in Tz.30), daß der Anteil der zur Stromerzeugung verwandten Einsatzenergie, der für heimische Energiequellen reserviert und damit dem Wettbewerb entzogen werden dürfe, auf das zur Sicherung einer Elektrizitätsgrundversorgung notwendige Mindestmaß zu beschränken sei und nach 1995 nicht mehr als 20 % der gesamten, zur Deckung des Bruttostromverbrauchs eingesetzten Energie betragen solle.

d) Die Fallpraxis der Kommission ist noch zu gering entwickelt, um hieraus eindeutige Schlüsse hinsichtlich ihrer Wettbewerbspolitik im Energiesektor abzuleiten. Insbesondere können die Entscheidungen *Scottish Nuclear* und *Jahrhundertvertrag* und einige Verfahrensabschlüsse mit Verwaltungsschreiben ("comfort letter")<sup>149</sup> nicht als Beleg für die These gelten, daß die Kommission langfristige Liefer- und Bezugsverträge in diesem Sektor grundsätzlich akzeptiere. Die Entscheidungen wurden - und werden sicherlich auch in der

---

<sup>148</sup> KOM E. v. 22.12.1992, *Jahrhundertvertrag*, ABl.EG 1992 L 50/14.

<sup>149</sup> Z.B. *Electricidade de Portugal / Pego project*, dargestellt in: EG-Kommission XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Tz.222; ABl.EG 1993 C 265/3.

Zukunft - unter weitgehender Berücksichtigung der spezifischen Umstände des Einzelfalles getroffen.

3.2. Weitere gegenwärtige und zukünftige Themen für Art. 85 sind z.B. geographische Marktaufteilungen, die mehrere Mitgliedstaaten physisch<sup>150</sup> oder in ihren Auswirkungen<sup>151</sup> einbeziehen, Verträge über die ausschließliche Nutzung gemeindlicher Wege, die Versorgungsexklusivität bewirken, Alleinvertriebs- und Alleinbezugsvereinbarungen sowie vertragliche Import- und Exportverbote<sup>152</sup>.

3.3. Gegenwärtige und zukünftige Themen für Art.86 sind mißbräuchlich niedrige oder diskriminierende Ankaufspreise eines Stromverteilers mit marktbeherrschender Ankaufsmacht ebenso wie mißbräuchlich hohe oder diskriminierende Verkaufspreise eines marktbeherrschenden Stromproduzenten oder Stromverteilers. Schon in seinem Porto di Genova-Urteil (1991)<sup>153</sup> qualifizierte der EuGH als Mißbrauch iSv. Art.86 solche Verhaltensweisen, mit denen das marktbeherrschende Unternehmen die Bezahlung nicht verlangter Dienstleistungen fordert, unverhältnismäßige Preise in Rechnung stellt, den Einsatz moderner Technologie ablehnt, was erhöhte Arbeitskosten und längere Ausführungsfristen zur Folge hat, oder bestimmten Benutzern Preisnachlässe gewährt, die gleichzeitig durch eine Erhöhung der anderen Benutzern abverlangten Preise ausgeglichen werden. Als Folge des Höfner-Urteils (1991)<sup>154</sup> gerät ein Unternehmen, daß durch Verleihung

---

<sup>150</sup> Siehe hierzu im Gassektor den Fall *Selfkant*, dargestellt bei *Ehlermann*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 380, 1994, pp.450, 453 f.

<sup>151</sup> Siehe hierzu den vom deutschen Bundeskartellamt betriebenen Fall *Ruhrgas/Thyssengas*, Untersagungsentscheidung vom 18.4.1994, RdE 1994, pp.154 ff.

<sup>152</sup> Als Beispiel für ein vertragliches Importverbot : EuGH U. v. 27.4.1994, Rs C-393/92, *Gemeinde Almelo / Energiebedrijf Ijsselmij NV*, Slg.1994, I-1477.

<sup>153</sup> EuGH U. v. 10.12.1991, Rs C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg.1991, I-5889, 5929, Rn 19.

<sup>154</sup> EuGH U. v. 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser / Macrotron*, Slg.1991, I-1979, 2018 f, Rn 31, 34.

eines ausschließlichen Rechts eine marktbeherrschende Stellung erlangte, dann mit Art.86 in Konflikt, wenn es offensichtlich unfähig ist, seine besondere Aufgabe zu erfüllen.

Zu prüfen sein wird auch, inwieweit Art.86 in vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmen als Entflechtungsinstrument dienen kann<sup>155</sup>.

Ein weiteres Thema ist die Diversifizierung, d.h. das Eindringen von im Energiesektor durch profitable Monopolstellungen geschützten Unternehmen in andere, wettbewerbliche Märkte, wie z.B. die Telekommunikation, mit Hilfe von konzerninternen Quersubventionen<sup>156</sup>.

a) Das für den Sektor der leitungsgebundenen Energie, in dem die Errichtung umfassender Parallelnetze nicht lohnt, zweifellos wichtigste Thema ist die Frage, inwieweit aufgrund des Art.86 eine Durchleitung durch bestehende Netze oder die Mitbenutzung sonstiger Einrichtungen erzwungen werden kann, soweit Transport- bzw. BenutzungsKapazitäten frei sind und das angebotene Entgelt angemessen ist. Auf dem Stromdurchleitungsmarkt hat der Eigentümer eines umfassenden Netzes oder einer wesentlichen Einrichtung, auf deren Benutzung Dritte innerhalb eines größeren Einzugsbereichs für die Durchleitung angewiesen sind, eine marktbeherrschende Stellung, die bei grenzüberschreitender Wirkung der Durchleitung der Mißbrauchskontrolle nach Art.86 EGV unterliegt. Im weiteren Kontext der Geschäftsverweigerung ist anerkannt, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung mißbraucht, wenn es ohne sachliche Rechtfertigung gegen den Wunsch Dritter geschäftliche Beziehungen mit diesen nicht aufnimmt oder abbricht<sup>157</sup>. Dies sollte als juristische Argumentationsgrundlage jedenfalls in den Fällen genügen, in denen die Durchleitung keinen Wettbewerb zwischen dem Netzeigentümer und dem Durchleitenden um die Belieferung Dritter eröffnet. Aufgrund des hohen Grades an vertikaler Unternehmensintegration im Elektrizitätssektor wird es jedoch im Regelfall um Durchleitung gehen, die den Lieferwettbewerb zwischen

---

<sup>155</sup> Hierzu: *Dohms*, Connecticut Journal of International Law, Volume 9, Summer 1994, Number 3, pp. 805, 847.

<sup>156</sup> Hierzu: *Dohms*, Connecticut Journal of International Law, Volume 9, Summer 1994, Number 3, pp. 805, 846-847.

<sup>157</sup> Siehe Darstellung bei GTE-Schröter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.86 Rn 201-211.

Netzeigentümer und Durchleitungsbegeherndem eröffnet. Insbesondere wegen der abwartenden Haltung potentieller Beschwerdeführer hat die Kommission die Durchleitungsproblematik im Energiesektor bisher noch nicht in konkreten Verfahren behandeln können. Hinweise darauf, welche Umstände die Kommission dazu bewegen könnten, eine Durchleitungsverweigerung als Mißbrauch iSv. Art.86 zu untersagen, lassen sich ihrer Entscheidungspraxis zu den wesentlichen Einrichtungen ("essential facilities") im Bereich der Flugreservierungssysteme<sup>158</sup>, des "interlining" zwischen Fluggesellschaften<sup>159</sup> und der Benutzung von Seehäfen<sup>160</sup> entnehmen. Teilweise wurden diese Fälle auch aufgrund von Art.85 entschieden.

Alle diese Fälle betrafen wettbewerbseröffnenden Zugang zu wesentlichen Einrichtungen. Sie haben die Definition der wesentlichen Einrichtungen und die Umstände der Anwendung der damit verbundenen Doktrin noch nicht völlig geklärt. Ausdrücklich erwähnt hat die Kommission den Begriff der wesentlichen Einrichtung erst zu einem sehr späten Zeitpunkt nämlich in der Entscheidung *Sealink ("Holyhead I")*(1992)<sup>161</sup>, in der als Definition "Einrichtung oder Infrastruktur, ohne deren Nutzung ein Wettbewerber seinen Kunden keine Dienste anbieten kann" gegeben wurde. Diese Definition wurde nahezu wortgleich und ohne weitere Ausführungen in nachfolgenden Entscheidungen wiederholt<sup>162</sup>. Zeitlich vorangehende Fälle hatte die Kommission mit gleichartigen Argumentationsführungen, aber ohne ausdrückliche Erwähnung oder Definition des Begriffs der wesentlichen Einrichtung gelöst.

---

<sup>158</sup> KOM E. v. 4.11.1988, *Sabena*, ABl.EG 1988 L 317/47.

<sup>159</sup> KOM E. v. 26.2.1992, *Aer Lingus*, ABl.EG 1992 L96/34.

<sup>160</sup> KOM E. v. 11.6.1992, *Sealink ("Holyhead I")*, [1992] 5 Common Market Law Report (CMLR) 255; KOM E. v. 21.12.1993, *Sealink ("Holyhead II")*, ABl.EG 1994 L 15/8; KOM E. v. 21.12.1993, *Rødby*, ABl.EG 1994 L 55/52.

<sup>161</sup> KOM E. v. 11.6.1992, *Sealink ("Holyhead I")*, [1992] 5 Common Market Law Report (CMLR) 255, 265, Tz 41.

<sup>162</sup> KOM E. v. 21.12.1993, *Sealink ("Holyhead II")*, ABl.EG 1994 L 15/8, 16, Tz 66; KOM E. v. 21.12.1993, *Rødby*, ABl.EG 1994 L 55/52, 55, Tz 12.



aa) Die Analyse der essential facilities-Problematik sollte von folgenden grundlegenden Unterscheidungen ausgehen:

(1) Zu unterscheiden ist erstens danach, ob ohne den Zugang zu der fraglichen Einrichtung oder Infrastruktur eine Marktzutrittsschranke für potentielle Wettbewerber besteht, die objektiv oder nur subjektiv unüberwindlich ist. Objektiv unüberwindlich ist sie dann, wenn ohne den begehrten Zugang nach verständiger Beurteilung für alle potentiellen Wettbewerber ein Auftreten auf dem relevanten Markt absolut unmöglich oder dauerhaft und unvermeidlich unwirtschaftlich ist. Hierfür genügt es, daß keiner der Zugangsbegehrenden die Einrichtung oder Infrastruktur selbst oder zusammen mit anderen unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen duplizieren könnte. Nur subjektiv unüberwindlich ist die Marktzutrittsschranke dann, wenn der Zugangsbegehrende allein aus Gründen seiner individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und/oder seiner Unfähigkeit, Kooperationspartner zu finden, ohne den Zugang nicht tätig werden kann. Die nähere Ausgestaltung dieser Abgrenzungen muß der Einzelfallpraxis überlassen bleiben.

(2) Zweitens ist danach zu unterscheiden, ob in der Einrichtung oder Infrastruktur freie Benutzungskapazitäten vorhanden sind bzw. keine Kapazitätsbegrenzung besteht oder ob es um das Freimachen genutzter Kapazitäten geht.

(3) Unbeschadet der Besonderheiten des Einzelfalles sollte als grobes Orientierungsschema gelten, daß an die Begründung des Zugangsrechts im Falle der nur subjektiven Marktzutrittsschranke sowie beim Freimachen genutzter Kapazitäten höhere Anforderungen zu stellen sind als im Falle der objektiven Marktzutrittsschranke sowie bei nachweislich freien Kapazitäten.

bb) Auf dieser Grundlage ergibt die Analyse der Fallpraxis der Kommission folgendes :

(1) In der Sache Sabena (1988)<sup>163</sup> entschied die Kommission, daß die belgische Fluggesellschaft Sabena ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich der computergestützten

---

<sup>163</sup> KOM E. v. 4.11.1988, *Sabena*, ABLEG 1988 L 317/47.

Flugreservierungssysteme in Belgien dadurch mißbraucht habe, daß sie versuchte, das Befliegen der Strecke Brüssel-Luton durch die Konkurrenzgesellschaft London European zu verhindern und deshalb dieser Gesellschaft die Aufnahme in das Sabena System Saphir mit der Begründung verweigerte, die von der London European praktizierten Flugpreise seien zu niedrig und die London European habe ihre Bodenabfertigungsdienste nicht der Sabena anvertraut.

Es ist nicht klar, ob die Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung die Frage der objektiven oder nur subjektiven Marktzutrittsschranke umfassend untersuchte. Es genügte ihr, festzustellen (Tz.14), das nachdrückliche Bemühen der London European um Aufnahme in das System Saphir zeige, daß der Zugang zu diesem System für eine Gesellschaft, die mit den bereits auf dem Markt etablierten Unternehmen in Wettbewerb treten wolle, unerlässlich sei. Zu beachten ist, daß der von Sabena begangene Mißbrauch allein schon deshalb offenkundig war, weil das System Saphir keine technischen Kapazitätsgrenzen hatte, London European bereit war, den üblichen Benutzungspreis zu zahlen, und Sabena die Ablehnung mit sachfremden Erwägungen begründete.

(2) In der Kommissionsentscheidung *Aer Lingus* (1992)<sup>164</sup> ging es um den Zugang zum kapazitätsmäßig keinen Grenzen unterliegenden Interlining<sup>165</sup> zwischen Fluggesellschaften. Der Kommission genügte zur Feststellung eines Mißbrauchs, daß die Verweigerung des Interlining kein üblicher Leistungswettbewerb sei und das Argument, daß Interlining Einnahmeverluste zur Folge habe, für sich allein die Verweigerung nicht rechtfertigen könne (Tz.25). Eine Verpflichtung zum Interlining bestehe insbesondere dann, wenn es objektiv wahrscheinlich sei, daß die Verweigerung oder die Rücknahme des Interlining durch die marktbeherrschende Fluggesellschaft aufgrund ihrer Auswirkungen auf die Kosten und die Einnahmen der anderen Fluggesellschaft einen wesentlichen Einfluß auf die Fähigkeit dieser anderen Fluggesellschaft, einen neuen Flugdienst zu beginnen oder einen bestehenden aufrechtzuerhalten, habe, und wenn die marktbeherrschende Fluggesellschaft keinen objektiven wirtschaftlichen Grund für die Verweigerung (wie z.B. Bedenken hinsichtlich der

---

<sup>164</sup> KOM E. v. 26.2.1992, *Aer Lingus*, ABl. EG 1992 L96/34.

<sup>165</sup> Zur Beschreibung dieser Zusammenarbeitsform siehe Tz 3-6 der Entscheidung.

Kreditwürdigkeit) - abgesehen von ihrem Wunsch, diesem bestimmten Konkurrenten nicht zu helfen - anzuführen vermöge (Tz. 26).

Nicht relevant war somit für die Kommission die Frage, ob die Konkurrenzgesellschaften objektiv oder auch nur subjektiv vom Zugang zum Interlining abhängig waren.

(3) Im Elektrizitätssektor geht es im Vergleich zu den Entscheidungen Sabena und Aer Lingus um Zugang zu Einrichtungen, die Kapazitätsgrenzen haben. In den Einzelfällen, in denen ein sachlicher Unterschied nicht besteht, weil Kapazitäten in den betreffenden Stromeinrichtungen nachweislich frei sind und eine angemessenes Benutzungsentgelt angeboten wird, dürfte es jedoch für die Kommission schwierig werden, ein Abweichen von der dargestellten Entscheidungspraxis aus dem Luftfahrtsektor zu begründen. Deren Übertragung auf den Elektrizitätssektor würde somit zu einer sehr weitgehenden Zugangsberechtigung für Wettbewerber führen.

Die Kommissionsentscheidungen Sealink ("Holyhead I")(1992)<sup>166</sup>, Sealink ("Holyhead II")(1993)<sup>167</sup>, Rødby(1993)<sup>168</sup> und Eurotunnel(1994)<sup>169</sup> betrafen den Zugang zu Hafen- und Eisenbahntunneleinrichtungen mit begrenzter Kapazität.

(4) In der Sache Sealink ("Holyhead I")(1992)<sup>170</sup> hatte die Fährgesellschaft Sealink Stena Line Ltd. (SSL), die zwischen Großbritannien und Irland operierte und als direkter und indirekter Aktionär die Betriebsgesellschaft Sealink Harbours Ltd. (SHL) des walisischen Hafens Holyhead kontrollierte, durch Änderung ihrer Hafenbenutzungszeiten in Holyhead dem einzigen dort mit ihr konkurrierenden Fährunternehmen die Be- und Entladung seiner Schiffe erschwert und damit einen Wettbewerbsnachteil zugefügt. Die Kommission

---

<sup>166</sup> KOM E. v. 11.6.1992, *Sealink ("Holyhead I")*, [1992] 5 Common Market Law Report (CMLR) 255.

<sup>167</sup> KOM E. v. 21.12.1993, *Sealink ("Holyhead II")*, ABLEG 1994 L 15/8.

<sup>168</sup> KOM E. v. 21.12.1993, *Rødby*, ABLEG 1994 L 55/52.

<sup>169</sup> KOM E. v. 13.12.1994, *Eurotunnel*, ABLEG 1994 L 354/66.

<sup>170</sup> KOM E. v. 11.6.1992, *Sealink ("Holyhead I")*, [1992] 5 Common Market Law Report (CMLR) 255.

verpflichtete SSL durch einstweilige Anordnung bis zum Ende der sommerlichen Hochsaison zu ihren bisherigen Hafenbenutzungszeiten zurückzukehren. Die Kommission behandelte SSL und die SHL als wirtschaftliche Einheit ("Sealink") und stellte eine marktbeherrschende Stellung der Sealink auf dem Markt der Hafeneinrichtungen für Fährdienste im Zentralkorridor zwischen Großbritannien und Irland fest. Auf dieser Grundlage begründete die Kommission ihre Entscheidung damit (Tz.41, 42), daß ein marktbeherrschendes Unternehmen, das eine wesentliche Einrichtung sowohl kontrolliere als auch selbst benutze, seine Stellung mißbrauche, wenn es einem Wettbewerber den Zugang zu dieser Einrichtung versage oder nur unter ungünstigeren Bedingungen gewähre, als dem eigenen Unternehmen. Zur Unterstützung ihrer Argumentation bezog sich die Kommission auch auf das EuGH-Urteil ERT (1991)<sup>171</sup>, wonach ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht zu eigenen Gunsten in einem verbundenen Markt diskriminieren dürfe.

Aufgrund des hohen Grades an vertikaler Integration im Elektrizitätssektor sind Eigentümer und Benutzer der Einrichtung, insbesondere der Leitungen, meist identisch. Im Regelfall wird es nicht um Erhaltung der Mitbenutzung, sondern um Neuzugang Dritter gehen, der im Sealink ("Holyhead I")-Fall nicht behandelt wurde.

Allerdings läßt sich für den Fall, daß Kapazitäten in der fraglichen Stromeinrichtung frei sind, aus dem Sealink ("Holyhead I")-Fall ableiten, daß der Einrichtungseigentümer nicht, z.B. bei Konditionen und Preisen, zugunsten des eigenen Elektrizitätslieferungsgeschäfts diskriminieren darf. Die effektive Durchsetzung und Überwachung dieser Verpflichtung setzt ein "unbundling" zwischen Transport- und Lieferfunktion voraus.

(5) Die Sache Sealink ("Holyhead II")(1993)<sup>172</sup> betraf wiederum den Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung, die die aus Fährgesellschaft und Hafenbetriebsbehörde zusammengesetzte wirtschaftliche Einheit Sealink auf dem Markt für Fährdienste im Zentralkorridor zwischen Großbritannien und Irland innehatte. Die Gesellschaft Sea Containers Ltd. (SC), die im Zentralkorridor einen Schnellfährdienst aufnehmen wollte, hatte sich bei der Kommission darüber beschwert, daß Sealink ihr für die Benutzung des Hafens

---

<sup>171</sup> EuGH U. v. 18.6.1991, Rs C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT)*, Slg.1991, I-2727, 2962 f, Rn 37-38.

<sup>172</sup> KOM E. v. 21.12.1993, *Sealink ("Holyhead II")*, ABl.EG 1994 L 15/8.

von Holyhead nicht diejenigen Zeitnischen ("slots") angeboten habe, die zur Aufnahme eines kommerziell tragfähigen Fährdienstes wesentlich seien. Durch ihre Hafenbetriebsbehörde hatte Sealink ihrer eigenen Fährgesellschaft eine Genehmigung zur Nutzung des Hafens für einen Schnellfährdienst erteilt, nachdem SC bereits Beschwerde bei der Kommission eingelegt hatte. Offen blieb, ob die von SC gewünschten Zeitnischen in den vorhandenen Hafeneinrichtungen von Anfang an frei waren oder erst unter dem Eindruck des Kommissionsverfahrens freigemacht wurden. Jedenfalls gestand Sealink schließlich alle von SC für die Benutzung der vorhandenen Hafeneinrichtungen gewünschten Zeitnischen zu. Die Kommission mußte deshalb in ihrer Entscheidung SCs Antrag auf Erlaß einstweiliger Maßnahmen wegen mangelnder Wahrscheinlichkeit eines nicht wiedergutzumachenden Schadens zurückweisen. Ohne die Frage des Freimachens von Kapazitäten direkt behandeln zu können, nahm die Kommission die Gelegenheit wahr, in ihrer Entscheidung nicht nur ihre bisherige Entscheidungspraxis zum diskriminierungsfreien Zugang zu kapazitätsmäßig nicht begrenzten wesentlichen Einrichtungen und zum Erhalt der Mitbenutzung kapazitätsmäßig begrenzter wesentlicher Einrichtungen zu bekräftigen (Tz.66). Die Kommission stellte vielmehr darüberhinaus fest, daß diese Grundsätze auch dann gelten, wenn der Wettbewerber, der den Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen begehre, hierdurch in den relevanten Markt neu eintreten wolle (Tz.67).

(6) In ihrer auf Art.90 Abs.3 EGV gestützten Rødby-Entscheidung(1993)<sup>173</sup> verpflichtete die Kommission den Mitgliedstaat Dänemark gemäß Art.90 Abs.1 iVm. 86 EGV, die Vertragsverletzung abzustellen, die darin bestand, daß die dänische Regierung einem Schiffsverkehrsunternehmen sowohl die Mitbenutzung des öffentlichen Hafens Rødby als auch den Bau eines privaten Hafens in unmittelbarer Nähe verweigerte. Die Kommission qualifizierte den Hafen Rødby als essential facility (Tz.12). Sie stellte fest (Tz.13), daß eine Weigerung der Hafenbetriebsgesellschaft DSB, die auf der Seeverbindung Rødby-Puttgarden gemeinsam mit der Deutschen Bundesbahn (DB) eine marktbeherrschende Stellung inne hatte, Wettbewerbern die Benutzung des Hafens Rødby, in dem Kapazitäten frei waren (Tz.14), zu gewähren, für sich allein einen Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung dargestellt hätte. Der in diesem Fall auf dem Verhalten des Mitgliedstaates beruhende

---

<sup>173</sup> KOM E. v. 21.12.1993, *Rødby*, ABLEG 1994 L 55/52.

Mißbrauch sei dadurch, daß die dänische Regierung auch den Bau eines privaten Parallelhafens verhinderte, nur verstärkt worden.

Damit konnte die Kommission aufgrund der besonderen Fallgestaltung nicht zu der Frage Stellung nehmen, ob ein Wettbewerber, der wirtschaftlich in der Lage ist, eine Paralleleinrichtung zu bauen, ein Zugangsrecht zu bestehenden Einrichtungen hat, und welche Rolle die kapazitätsmäßige Auslastung der bestehenden Einrichtung oder Argumente des Umweltschutzes, die gegen den Neubau von Einrichtungen angeführt werden könnten, spielen.

(7) Im Fall Eurotunnel (1994)<sup>174</sup> hatte die Kommission nach Art.85 Absätze 1 und 3 EGV, Art.53 Absätze 1 und 3 EWR-Abkommen und Art.2, 5 VO Nr.1017/68/EWG über die Freistellungsanmeldung einer Betriebsvereinbarung zu entscheiden, die die betreibenden Unternehmen des neuen Eisenbahntunnels zwischen Calais (Frankreich) und Cheriton (Vereinigtes Königreich) mit den Eisenbahngesellschaften British Rail (BR) und SNCF geschlossen hatten. Nach dieser Vereinbarung war die Hälfte der stündlichen Tunnelkapazität dem von den Betreibern selbst angebotenen Shuttle (Pendelverkehr zur Beförderung von Kraftfahrzeugen und Passagieren zwischen den Tunnelenden) vorbehalten, während BR und SNCF der jederzeitige Anspruch auf die andere Hälfte der stündlichen Kapazität eingeräumt wurde, um mit ihren internationalen Reise- und Güterzügen durch den Tunnel fahren zu können. Jedoch konnten BR und SNCF bei Angabe von Gründen auf einen Teil ihrer Ansprüche verzichten. BR und SNCF erklärten im Verfahren der Kommission, daß sie in den ersten 12 Jahren des Tunnelbetriebs im Durchschnitt nur 75 % der für sie reservierten Kapazitätshälfte benötigten (Tz.27).

Die Kommission beurteilte die Betriebsvereinbarung wegen der dadurch bewirkten Aufteilung des Verkehrsmarktes zwischen den Vereinbarungsparteien (Tz.79) und wegen ihrer Abschottungswirkung gegen konkurrierende dritte Eisenbahnunternehmen, die im Bereich des internationalen Reise- und Güterzugverkehrs die Durchfahrt durch den Tunnel benötigten (Tz.83-84), als spürbare Wettbewerbsbeschränkung.

---

<sup>174</sup> KOM E. v. 13.12.1994, *Eurotunnel*, ABl.EG 1994 L 354/66.

Die Besonderheit des Falles lag darin, daß es nicht um die Überwindung einer konkreten Zugangsverweigerung des Einrichtungseigentümers oder -benutzers mittels des Art.86 ging, sondern um das Auflockern einer den Drittzugang versperrenden Benutzungsvereinbarung des Einrichtungsbetreibers und -eigenbenutzers mit nur zwei weiteren Benutzern.

Wettbewerbsbeschränkend wirkte sich damit insbesondere die Möglichkeit der Vereinbarungsparteien aus, selbst nicht genutzte Kapazität zum Schaden potentieller Wettbewerber einzufrieren.

In ihrer Entscheidung (Art.2) nahm die Kommission die Gelegenheit wahr, die Drittzugangsfrage zur Vorbeugung möglicher förmlicher Beschwerden aufzugreifen und versah die von ihr gewährte Freistellung mit der Bedingung, daß das ursprüngliche Anrecht der BR und SNCF auf die vollständige Hälfte der stündlichen Tunnelkapazität auf 75 % reduziert wurde und dritte Eisenbahnunternehmen Zugangsrechte zu den restlichen 25 % zum Zwecke des internationalen Reise- und Güterzugverkehrs haben sollten. Überschreitungen dieser Anteile sollten nur erlaubt sein, soweit die jeweils andere Seite ihren Kapazitätsanteil nicht ausnutzte.

Die Kommission beschränkte sich damit auf die unproblematischen 25 % einer Kapazitätshälfte, die BR und SNCF nach eigener Planung wahrscheinlich nicht selbst benötigten, und sparte die für den Shuttle der Tunnelbetreiber reservierte Kapazitätshälfte, über deren voraussichtliche Ausnutzung keine Angaben vorlagen, ganz aus. Ein weitergehender Eingriff im Sinne eines Freimachens der von BR und SNCF oder den Tunnelbetreibern tatsächlich genutzten Kapazitäten wäre für die Kommission schon deshalb schwierig zu begründen gewesen, weil die zukünftigen Kapazitätsbedürfnisse Dritter und konkrete Zugangsbeschwerden noch nicht bekannt waren. Für die Lehre von den wesentlichen Einrichtungen ("essential facilities doctrine"), die zwar in der Eurotunnel-Entscheidung nicht erwähnt wird, ihr aber zugrundeliegt, ergibt sich daher im Vergleich zu den Entscheidungen Sealink ("Holyhead I", "Holyhead II") und Rødby nicht unbedingt eine Weiterentwicklung.

b) EuGH und EuG haben bisher noch keine Gelegenheit gehabt, über die "essential facility"-Doktrin der Kommission ausdrücklich zu entscheiden. Hinweise auf die mögliche

Haltung dieser Gerichte lassen sich den Urteilen *Commercial Solvents* (1974)<sup>175</sup>, *United Brands* (1978)<sup>176</sup>, *Télémarketing* (1985)<sup>177</sup> und *Magill TV Guide* (1991)<sup>178</sup>(1995)<sup>179</sup> entnehmen. Aufschlüsse könnte auch das EuG-Urteil geben, dessen Erlaß nach Klageerhebung gegen die Eurotunnel-Entscheidung<sup>180</sup> für 1996/97 zu erwarten ist.

aa) In seinem *Commercial Solvents*-Urteil (1974)<sup>181</sup> stellte der EuGH fest, daß ein Unternehmen seine beherrschende Stellung auf dem Markt für Rohstoffe mißbrauche, wenn es sich in der Absicht, sich den Rohstoff für die Herstellung seiner eigenen Derivate vorzubehalten, weigere, einen Kunden, der seinerseits Hersteller dieser Derivate sei, zu beliefern, auch auf die Gefahr hin, jeglichen Wettbewerb durch diesen Kunden auszuschalten.

bb) In seinem *United Brands*-Urteil (1978)<sup>182</sup> verlangte der EuGH zur Feststellung eines Mißbrauchs nicht mehr, daß die Geschäftsverweigerung zum Verschwinden des Wettbewerbers führt, sondern urteilte genereller, daß ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung für den Vertrieb eines Erzeugnisses mißbrauche, wenn es seine Lieferungen an einen langjährigen Kunden, dessen Geschäftsgebahren den

---

<sup>175</sup> EuGH U. v. 22.1.1974, Verb Rs 6 und 7/73, *Commercial Solvents*, Slg.1974, 223.

<sup>176</sup> EuGH U. v. 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg.1978, 207.

<sup>177</sup> EuGH U. v. 3.10.1985, Rs 311/84, *Télémarketing*, Slg.1985, 3261.

<sup>178</sup> EuG U. v. 10.7.1991, Rs T-69/89, *Radio Telefís Éireann (RTE) / Kommission*, Slg.1991, II-485; EuG U. v. 10.7.1991, Rs T-70/89, *British Broadcasting Corporation (BBC) / Kommission*, Slg.1991, II-535; EuG U. v. 10.7.1991, Rs T-76/89, *Independent Television Publications Ltd. / Kommission*, Slg.1991, II-575.

<sup>179</sup> EuGH U. v. 6.4.1995, Verb Rs C-241/91 P und C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

<sup>180</sup> Rs T-79/95.

<sup>181</sup> EuGH U. v. 22.1.1974, Verb Rs 6 und 7/73, *Commercial Solvents*, Slg.1974, 223, 252, Rn 25.

<sup>182</sup> EuGH U. v. 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg.1978, 207, 297, Rn 182-183.



Handelsgebräuchen entspreche, einstelle, obwohl die Bestellungen dieses Kunden nicht anomal seien.

cc) In seinem *Télémarketing*-Urteil (1985)<sup>183</sup> stellte der EuGH fest, ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehatte, verletze Art.86, wenn es sich oder einem zu derselben Gruppe gehörenden Unternehmen ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehalte, die von einem Dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so daß jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden drohe.

dd) Während den Urteilen *Commercial Solvents* (1974) und *United Brands* (1978) jeweils ein Sachverhalt zugrunde lag, in dem das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung in aggressiver Weise dazu einsetzte, einen Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, ging es erst im Urteil *Télémarketing* (1985) um die Versperrung des Zugangs zu einem Markt. Nicht angesprochen war allerdings die Frage der Mitbenutzung bestehender Einrichtungen.

ee) Letztere Frage hatte das EuG im Bereich der Immaterialgüterrechte in den Urteilen *Magill TV Guide* (1991)<sup>184</sup> zu behandeln. Mit diesen Urteilen wurden die Klagen dreier Rundfunkgesellschaften gegen eine Entscheidung der Kommission<sup>185</sup> abgewiesen, mit der die getrennten Weigerungen der Rundfunkgesellschaften, die Veröffentlichung ihrer wöchentlichen Programmlisten an die *Magill TV Guide Ltd.* zu lizenzieren, jeweils als Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert worden waren. Aufgrund dieser Weigerung konnte *Magill TV Guide Ltd.* eine umfassende wöchentliche Fernsehzeitschrift, die alle in der Republik Irland und Nordirland empfangbaren Programme enthielt, nicht

---

<sup>183</sup> EuGH U. v. 3.10.1985, Rs 311/84, *Télémarketing*, Slg.1985, 3261, 3278, Rn 27.

<sup>184</sup> EuG U. v. 10.7.1991, Rs T-69/89, *Radio Telefis Eireann (RTE) / Kommission*, Slg.1991, II-485, 519 f, Rn 70-71; EuG U. v. 10.7.1991, Rs T-70/89, *British Broadcasting Corporation (BBC) / Kommission*, Slg.1991, II-535, 563 f; Rn 57-58; EuG U. v. 10.7.1991, Rs T-76/89, *Independent Television Publications Ltd. (ITP) / Kommission*, Slg.1991, II-575, 601 f, Rn 55-56.

<sup>185</sup> KOM E. v. 21.12.1988, *Magill TV Guide / ITP, BBC, RTE*, ABLEG 1989, L 78/43.

publizieren. Die Kommission hatte in ihrer Entscheidung festgestellt, daß jede der drei Rundfunkgesellschaften im Markt für ihre Programmlisten eine alleinige marktberherrschende Stellung innehatte, die auf einem faktischen und einen rechtlichen Monopol beruhe, weil sich die Rundfunkgesellschaften jeweils auch auf das Urheberrecht beriefen. Der Mißbrauch bestehe insbesondere darin, daß die drei Rundfunkgesellschaften die Markteinführung eines neuen Produktes, nämlich einer umfassenden Fernsehzeitschrift verhinderten, diesen abgeleiteten Markt für sich reservierten und trotz beträchtlicher Nachfrage nicht bedienten. Die Kommission hatte deshalb die drei Rundfunkgesellschaften verpflichtet, sich gegenseitig und dritten Parteien auf Anfrage und auf einer nichtdiskriminierenden Basis ihre jeweiligen vorausschauenden Programmlisten zur Veröffentlichung zur Verfügung zu stellen. Falls dies im Wege von Lizenzen geschehe, müßten die Lizenzgebühren angemessen sein.

Das EuG bestätigte die Kommissionsentscheidung in allen Einzelheiten und stellte in seiner Urteilsbegründung klar, daß auch wenn die Ausübung des ausschließlichen Rechts der Vervielfältigung des urheberrechtlich geschützten Werkes als solches nicht mißbräuchlich sei, dies nicht gelte, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalles ergebe, daß mit den Bedingungen und Modalitäten der Ausübung dieses Rechts in Wirklichkeit ein Ziel verfolgt werde, das in offensichtlichem Widerspruch zu den Zwecken des Art.86 stehe. In einem solchen Fall entspreche die Ausübung des Urheberrechts nicht mehr seiner wesentlichen Funktion, die darin bestehe, den Schutz der Rechte am geistigen Werk und die Vergütung der schöpferischen Tätigkeit unter Beachtung der Zwecke des Art.86 sicherzustellen.

Im Rechtsmittelverfahren, daß auf die Revisionsklagen der RTE und ITP durchgeführt wurde, hielt der EuGH<sup>186</sup> das EuG-Urteil auf Grundlage derselben Argumentation vollständig aufrecht.

ff) In den Magill-Urteilen bestätigten EuG und EuGH erstmals ausdrücklich, daß Art.86 als Instrument dazu dienen kann, Wettbewerbern die Mitbenutzung von Vermögensgegenständen etablierter Konkurrenten zu ermöglichen. Bei Rückschlüssen auf

---

<sup>186</sup> EuGH U. v. 6.4.1995, Verb Rs C-241/91 P und C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

den Energiesektor sind die Unterschiede der Szenarien zu beachten. In den Magill-Fällen ging es um die Zugang zu kapazitätsmäßig nicht begrenzten Vervielfältigungsrechten, die durch das Recht am geistigen Eigentum geschützt waren. Außerdem diente der Zugang hierzu der Schaffung eines neuartigen Produkts, für das es einen beträchtlichen, aber von den Urheberrechtsinhabern bewußt nicht befriedigten Bedarf gab. Bei Energieeinrichtungen geht es um den Zugang zu körperlichen, kapazitätsmäßig begrenzten Gegenständen, die eigentumsrechtlich geschützt sind. Oft geht es nicht darum, einen von den Einrichtungsinhabern bewußt nicht befriedigten Bedarf durch ein neues Produkt oder eine neue Dienstleistung zu befriedigen, sondern darum, in die schon laufende Bedienung des Marktes mit niedrigeren Preisen und günstigeren sonstigen Konditionen einzudringen. Trotzdem können grundlegende Aussagen der Magill-Urteile auf die Problematik des Zugangs zu Energieeinrichtungen übertragen werden.

(1) Zunächst ist festzuhalten, daß das Eigentumsrecht dem Eigentümer der Energieeinrichtung grundsätzlich das ausschließliche Recht zu ihrer Benutzung verleiht, was sich in erster Linie damit begründet, daß er die Herstellungs- bzw. Erwerbskosten und die Betriebskosten direkt oder indirekt trägt. Zu einem Mißbrauch kommt es jedoch dann, wenn mit den Bedingungen und Modalitäten der Ausübung des Eigentumsrechts in Wirklichkeit Ziele verfolgt werden, die in offensichtlichem Widerspruch zu den Zielen des Art.86 stehen. Der Eigentumsschutz im Gemeinschaftsrecht<sup>187</sup>, der auf allgemeinen, in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nachweisbaren Rechtsgrundsätzen beruht<sup>188</sup>, findet seine Grenze in der Vereinbarkeit mit grundlegenden Zielen der Gemeinschaft, zu der u.a. das System zum Schutz gegen Wettbewerbsverfälschungen zählt (Art.3 lit.g EGV), und in der Sozialpflichtigkeit des Eigentums zu der es auch gehört, den Verbrauchern die Vorteile des Wettbewerbs nicht ohne Rechtfertigung vorzuenthalten. Deshalb mißbraucht der Eigentümer einer Energieeinrichtung die marktbeherrschende Stellung, die ihm die wesentliche Bedeutung der Einrichtung verschafft, jedenfalls dann, wenn er Wettbewerbern ohne Rechtfertigung den Zugang zu dieser Einrichtung verweigert, obwohl Kapazitäten

---

<sup>187</sup> EuGH U. v. 13.12. 1979, Rs 44/79, *Hauer*, Slg.1979, 3727, 3745-3749, Rn 17-30.

<sup>188</sup> *Schweitzer/Hummer*, aaO, pp.197 ff.

nachweislich frei sind und ein angemessenes Benutzungsentgelt angeboten wird. Denn in einer solchen Situation besteht kein relevanter Unterschied zur Sachlage in den Magill-Fällen, in denen das Recht am geistigen Eigentum dadurch eingeschränkt wurde, daß Dritten gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts der Zugang zu den kapazitätsmäßig nicht begrenzten Vervielfältigungsrechten und damit zu einem Markt eröffnet wurde, in dem die Urheberrechtsinhaber zwar nicht aktuell präsent waren, in den sie aber jederzeit einsteigen konnten. Ein Mitbenutzungsrecht an Energieeinrichtungen unter den oben genannten Bedingungen ließe den Kernbereich des Eigentumsrechts, d.h. den Gegenstand vorrangig für eigene Zwecke nutzen zu dürfen und bei Mitbenutzung eine Mittragung der Herstellungs- und Betriebskosten der Einrichtung einschließlich einer angemessenen Kapitalverzinsung verlangen zu dürfen, unangetastet. Trotz Erfüllung dieser Bedingungen den Zugang zu der Einrichtung zu verweigern, verfolgte daher allein den Zweck, Wettbewerber zum Schaden für die Verbraucher von einem bestimmten Markt fernzuhalten und wäre damit ein von Art.86 EGV verbotener Mißbrauch.

(2) Die weitaus problematischere Frage, ob und wenn ja in welchem Maße und unter welchen Bedingungen ein Einrichtungseigentümer von ihm selbst genutzte Kapazitäten für Wettbewerber freimachen muß, haben EuG und EuGH bisher noch nicht erörtern können.

#### 4. Die Anwendung der Art.85 und 86 EGV im österreichischen Elektrizitätssektor :

Die nachfolgende Untersuchung basiert auf vorläufigen Informationen. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und will einer endgültigen Bewertung nicht vorgreifen.

4.1. In Koordinierungsverträgen mit den Landesgesellschaften hat sich die Verbundgesellschaft verpflichtet, Elektrizität - mit Ausnahme bestimmter Großabnehmer (einige Industriekunden und die ÖBB) - in einem Bundesland ausschließlich an die jeweilige Landesgesellschaft zu liefern. Im Jahre 1994 waren dies 88 % der gesamten inländischen Stromabgabe der Verbundgesellschaft<sup>189</sup>. Im Gegenzug verpflichten sich die

---

<sup>189</sup> Quelle: Verbundgesellschaft, Geschäftsbericht 1994, p.20.

Landesgesellschaften, einen prozentual festgelegten Teil ihrer jährlichen Elektrizitätsaufbringung von der Verbundgesellschaft zu beziehen. In der Praxis sind dies idR. ca. 35% der Aufbringung der jeweiligen Landesgesellschaft, nur in zwei Fällen weitaus mehr. Die übliche Dauer eines Koordinierungsvertrags beträgt 10-15 Jahre mit automatischer Verlängerung um 3-5 Jahre, soweit nicht rechtzeitig (ca. 2-3 Jahre vor Vertragsablauf) von einer Partei gekündigt wird. Ihren restlichen Bedarf decken die Landesgesellschaften in hohem Maße durch Eigenerzeugung, meist auf der Grundlage von Anteilen an der Kapazität von durch die Sondergesellschaften betriebenen Großkraftwerken, die sie sich durch Beteiligung an den Baukosten dieser Werke gesichert haben. Ein kleinerer Teil wird durch Verträge mit dem Ausland gedeckt, die oft auf Tauschbasis funktionieren und die in jedem Fall der Zustimmung der Verbundgesellschaft bedürfen (Art.I § 5 Abs.6 lit.g 2.VerstG). Einige neue Koordinierungsverträge enthalten eine Klausel, wonach eine Landesgesellschaft, wenn sie ihren Strombezug von Dritten über das von der Verbundgesellschaft bezogene Maß hinaus erhöhen will, Lieferangebote Dritter nur annehmen kann, wenn die Verbundgesellschaft eine Lieferung zu den von dem Drittunternehmen angebotenen Konditionen zuvor abgelehnt hat (Eintrittsrecht der Verbundgesellschaft, sogenannte "Englische Klausel"<sup>190</sup>).

a) Von den genau zu untersuchenden Umständen des jeweiligen Einzelfalles (Vertragsdauer, erfaßtes Volumen im Vergleich zum Gesamtstromabsatz- bzw -stromankaufsvolumen der Beteiligten, Bedeutung und Verfügbarkeit alternativer Absatz- und Bezugsquellen, Ausgestaltung der Englischen Klausel) wird es abhängen, ob Art.85 Abs.1 eingreift und ob ggf. eine Freistellungsmöglichkeit nach Art.85 Abs.3 besteht. Ansatzpunkt der Prüfung wird der Gedanke sein, daß langfristige Absatzbindungen erheblichen Ausmaßes gegenüber inländischen Abnehmern, bzw. langfristige Bezugsverpflichtungen erheblichen Ausmaßes gegenüber einem inländischen Lieferanten die Möglichkeit der Beteiligten, im Inland und Ausland um die Versorgung von Unterverteilern und Endabnehmern zu konkurrieren bzw. unter konkurrierenden Lieferanten im Inland und Ausland auszuwählen,

---

<sup>190</sup> Zur wettbewerbsrechtlichen Problematik siehe *Ritter/Braun/Rawlinson*, EEC Competition Law 1991, pp.316 f.

einschränken<sup>191</sup>. Bei Gleichartigkeit der Koordinierungsverträge könnte die eventuell mangelnde Spürbarkeit der durch einen einzelnen Vertrag bezweckten und/oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung sowie der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten durch ein Abstellen auf die Bündelwirkung dieser Verträge überwunden werden<sup>192</sup>.

b) Im Hinblick auf das Vertragsgefahren und sonstige Geschäftsverhalten der Verbundgesellschaft gegenüber den Landesgesellschaften und auch gegenüber ihren wenigen Sonderabnehmern ist im Zusammenhang mit Art.86 EGV die Tatsache relevant, daß die Verbundgesellschaft im Mittel der letzten zehn Jahre mit 57 % zur Deckung des inländischen Stromverbrauchs beitrug<sup>193</sup>. Der EuH definiert als marktbeherrschende Stellung die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die diese in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten<sup>194</sup>. Hinsichtlich der Marktanteile stellte der EuGH<sup>195</sup> fest, daß auch wenn deren Bedeutung von einem Markt zum anderen unterschiedlich sein könne, man doch zu Recht annehmen könne, daß besonders hohe Anteile - von außergewöhnlichen Umständen abgesehen - ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern. Ein Unternehmen, das während längerer Zeit einen besonders hohen Marktanteil innehatte, befinde sich allein durch den Umfang seiner Produktion und seines Angebots in einer Position der Stärke, die es zu einem nicht zu übergehenden Geschäftspartner mache und

---

<sup>191</sup> Überblick bei *Ritter*, Recht der Energiewirtschaft (RdE) Nr.2/1995, pp. 50-52. .

<sup>192</sup> EuGH U. v. 28.2.1991, Rs C-234/89, *Delimitis / Henninger Bräu AG*, Slg.1991, I-935, 984-987, Rn 14-27; Darstellung bei *GTE-Schröter*, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.85 Rn 152-154.

<sup>193</sup> Quelle: Verband der Elektrizitätswerke Österreichs, Broschüre "Strom in Österreich 1994".

<sup>194</sup> EuGH U. v. 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands / Kommission*, Slg.1978, 207, 286, Rn 63-66; EuGH U. v. 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche / Kommission*, Slg.1979, 461, 520, Rn 38.

<sup>195</sup> EuGH U. v. 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche / Kommission*, Slg.1979, 461, 520, Rn 41.

ihm bereits deswegen, jedenfalls während langer Zeit die für eine beherrschende Stellung kennzeichnende Unabhängigkeit des Verhaltens sichere, während die Inhaber erheblich geringerer Anteile nicht in der Lage seien, kurzfristig die Nachfrage zu befriedigen, die sich vom Marktführer abwenden sollte. Später hat der EuGH<sup>196</sup> dann festgestellt, daß ein Marktanteil von 50 % als besonders hoher Anteil im Sinne dieser Rechtsprechung zu gelten habe.

Allein schon nach dieser prima facie-Regel und im Hinblick auf die lange Dauer ihrer herausragenden Stellung seit ihrer Gründung 1947 hält die Verbundgesellschaft - sollte sie nicht außergewöhnliche Umstände anführen können - eine marktbeherrschende Stellung auf dem österreichischen Stromlieferungsmarkt, der einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes ausmacht. Das Vertragsgebot und sonstige Geschäftsverhalten der Verbundgesellschaft gegenüber den Landesgesellschaften und auch gegenüber ihren Sonderabnehmern untersteht daher der Mißbrauchskontrolle gemäß Art.86 EGV.

4.2. Durch einen Poolvertrag mit der Verbundgesellschaft haben sich alle Sondergesellschaften mit Ausnahme der Vorarlberger Illwerke AG verpflichtet, ihre Stromproduktion zur Gänze in das Netz der Verbundgesellschaft einzuspeisen. Seit der Novelle des 2.VerstG 1987 (BGBl. Nr.321/1987) sind die Sondergesellschaften mit Ausnahme der Vorarlberger Illwerke AG hierzu gegenüber der Verbundgesellschaft gemäß Art.I § 5 Abs.6 lit.e 2.VerstG verpflichtet. In Anmerkung 11 zu dieser Vorschrift wird ausdrücklich festgestellt, daß sie u.a. deswegen aufgenommen wurde, um die Aufrechterhaltung des Poolvertrages, der bis zum 31.12.2004 läuft, abzusichern. Vorbehaltlich der Prüfung möglicher Nebenbestimmungen und der Anwendungspraxis dieser Vorschrift des 2.VerstG, ist davon auszugehen, daß somit durch eine staatliche Maßnahme der Abschluß und die Aufrechterhaltung des Poolvertrages den Beteiligten ohne jede Abweichungsmöglichkeit auferlegt wird und damit ihre freie Willensentscheidung vollständig ausgeschlossen wird. Dann ist Art.85 EGV seit Inkrafttreten des Art.I § 5 Abs.6 lit.e 2.VerstG allein schon deswegen auf den Poolvertrag nicht mehr anwendbar, als es wegen des

---

<sup>196</sup> EuGH U. v. 3.7.1991, Rs C-62/86, *AKZO / Kommission*, Slg.1991, I-3359, 3453, Rn 60.

staatlichen Zwangs begrifflich an einer Vereinbarung, d.h. einer auf der Initiative mindestens eines der beteiligten Unternehmen beruhenden Verhaltensverständigung im Sinne dieser Vorschrift fehlt<sup>197</sup>.

Die folgenden Ausführungen haben deshalb Relevanz nur für den Fall, daß Art.I § 5 Abs.6 lit.e 2.VerstG wegen Verstoßes gegen Art.30 und 34 EGV aufgehoben wird<sup>198</sup> aber der Poolvertrag fortbesteht.

a) Aufgrund der Eigentumsverhältnisse der am Poolvertrag beteiligten Unternehmen stellt sich das Problem der Anwendbarkeit des Art.85 auf Absprachen zwischen Konzerngesellschaften. Gemäß Art.I § 5 Abs.1 2.VerstG muß die Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG (Verbundgesellschaft) zu mindestens 51 % im Eigentum des Bundes stehen und zur Zeit hält die Republik Österreich 51 % der Anteile, während die restlichen 49 % in privaten Händen liegen. Gemäß Art.I § 4 Abs.2 2.VerstG müssen die Anteilsrechte an den in Anlage 1 zu dieser Vorschrift namentlich aufgeführten fünf Sondergesellschaften zu mindestens 51 % und an den in Anlage 2 zu dieser Vorschrift namentlich aufgeführten drei Sondergesellschaften zu mindestens 50 % im Eigentum des Bundes oder der Verbundgesellschaft stehen. In der Praxis hält die Verbundgesellschaft an den Anlage 1-Sondergesellschaften jeweils zwischen 51 % und 100 % und an den Anlage 2-Sondergesellschaften jeweils 50 % der Anteile. Die Verbundgesellschaft und die Sondergesellschaften bilden damit rechtlich selbständige Einheiten, die in einem Konzern als Muttergesellschaft und Tochtergesellschaften verbunden sind. Allein schon aufgrund dieser rechtlichen Selbständigkeit behält jede der Konzerngesellschaften ihre Unternehmenseigenschaft iSd. Art.85, 86 EGV; auf die wirtschaftliche Selbständigkeit kommt es insofern nicht an.

b) Hiervon zu trennen ist jedoch die Frage, ob eine Absprache zwischen Konzerngesellschaften zur Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs iSv. Art.85

---

<sup>197</sup> GTE-Schröter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.85 Rn 47.

<sup>198</sup> Zur Verantwortung des Staates siehe nachfolgend Punkt C. IV. 4.3.



geeignet ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>199</sup> fehlt Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften eine solche Eignung dann, wenn (erstens) beide Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten nicht wirklich autonom bestimmen kann, und wenn außerdem (zweitens) diese Vereinbarungen oder Verhaltensweisen dem Zweck dienen, die interne Aufgabenverteilung zwischen den genannten Unternehmen zu regeln.

aa) Der Grund für die Unanwendbarkeit des Art.85 auf einen solchen Sachverhalt liegt nicht darin, daß zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft kein beschränkbarer Wettbewerb besteht. Obwohl diese Feststellung für sich betrachtet zutreffend ist, genügt sie nicht, um die Geltung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbotes auszuschließen, weil dessen Tatbestand nicht nur durch eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Absprachebeteiligten, sondern auch durch die Beeinträchtigung der Absatz- und Versorgungsmöglichkeiten Dritter, insbesondere durch ausschließliche Liefer- und Bezugsbindungen, erfüllt werden kann. Denn Art.85 gilt grundsätzlich nicht nur für horizontale Absprachen, die den Wettbewerb zwischen Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe beschränken, sondern auch für vertikale Absprachen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Wirtschaftsstufen tätig sind und daher aktuell nicht miteinander in Wettbewerb stehen<sup>200</sup>.

Der Poolvertrag ist eine solche vertikale Absprache, da die auf der einen Seite stehenden Sondergesellschaften aktuell nur auf der Produktionsebene tätig sind und die auf der anderen Seite stehende Verbundgesellschaft aktuell nur auf der Verteilungsebene operiert.

---

<sup>199</sup> EuGH U. v. 31.10.1974, Rs 15/74, *Centrafarm / Sterling Drug*, Slg.1974, 1147, 1168, Rn 41; EuGH U. v. 31.10.1974, Rs 16/74, *Centrafarm / Winthrop*, Slg.1974, 1183, 1198 f, Rn 32; EuGH U. v. 4.5.1988, Rs 30/87, *Bodson / Pompes funèbres*, Slg.1988, 2479, 2513, Rn 19; EuGH U. v. 11.4.1989, Rs 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg.1989, 803, 848, Rn 35.

<sup>200</sup> EuGH U. v. 13.7.1966, Verb Rs 56 und 58/64, *Consten und Grundig / Kommission*, Slg.1966, 321, 387; EuGH U. v. 13.7.1966, Rs 32/65, *Italien / Kommission*, Slg.1966, 457, 485.

bb) Der Grund für die Privilegierung von Absprachen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, die eine wirtschaftliche Einheit iSd EuGH-Rechtsprechung bilden, ist vielmehr darin zu suchen, daß Weisung und Vereinbarung in der Praxis gleichwertige Instrumente zur Regelung des Verhaltens von Konzerngesellschaften darstellen, die Wahl zwischen beiden Mitteln oft von Zufällen abhängt und bei Anwendung des Kartellverbotes auf derartige Vereinbarungen diese voraussichtlich durch Weisungen oder ähnlich wirksame Mittel ersetzt würden. Nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ist zu entscheiden, ob die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten wirklich autonom bestimmen kann. Daran fehlt es nicht nur, wenn ihr tatsächlich Weisungen hinsichtlich ihrer Geschäftspolitik erteilt werden, sondern idR. schon dann, wenn sie bei Nichtbefolgung der Wünsche ihrer Muttergesellschaft mit solchen Weisungen oder gleich wirksamen Maßnahmen rechnen muß<sup>201</sup>. Voraussetzung hierfür ist nicht nur, daß die Muttergesellschaft rechtlich, z.B. aufgrund ihrer Mehrheitsbeteiligung weisungs- oder maßnahmebefugt ist, sondern auch, daß die Ausübung dieses Eingriffsrechts im Streitfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist<sup>202</sup>. Unter beteiligungsrechtlichem Aspekt steht der Verbundgesellschaft zumindestens gegenüber den Sondergesellschaften, in denen sie eine Mehrheitsbeteiligung besitzt, ein solches wirksames Instrument zum Eingriff in deren Geschäftspolitik zur Verfügung. Aber auch schon eine 50 %tige Beteiligung kann hierfür genügen<sup>203</sup>. Der notwendigen weitergehenden Analyse des Verhältnisses der Verbundgesellschaft zu den Sondergesellschaften kann hier nicht vorgegriffen werden.

cc) Allerdings ist in jedem Fall die zweite Voraussetzung zu beachten, die die Rechtsprechung des EuGH für die Unanwendbarkeit des Art.85 auf Absprachen zwischen Konzerngesellschaften aufgestellt hat. Danach bleibt selbst dann, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bilden, Art.85 auf Absprachen zwischen ihnen anwendbar, wenn und soweit sie (auch) anderen Zwecken als der konzerninternen Aufgabenverteilung dienen. Der EuGH hat letzteren Begriff noch nicht weitergehend

---

<sup>201</sup> GTE-Schröter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.85 Rn 90-91.

<sup>202</sup> Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, Art.85 EGV, Rn 44;

<sup>203</sup> Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, Art.85 EGV, Rn 43.

definiert. Sinnvoll und systemgerecht erscheint es, die drittbelastende Wirkung konzerninterner Absprachen zum Kriterium für die Anwendbarkeit des Art.85 zu machen<sup>204</sup>. Vertikale Absprachen fallen dann unter das Verbot des Art.85 Abs.1 EGV, wenn sie bezwecken oder bewirken, die Absatz- und Versorgungsmöglichkeiten dritter Unternehmen sowie die Wahlfreiheit der Verbraucher zu beschränken und wenn sie darüberhinaus geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dies trifft insbesondere auf ausschließliche Liefer- und Bezugsbindungen zu<sup>205</sup>. Der Poolvertrag ist eine solche Absprache, die im vertikalen Verhältnis zwischen den Sondergesellschaften und der Verbundgesellschaft eine ausschließliche Lieferverpflichtung aufstellt, die insbesondere zu Lasten der Versorgungsmöglichkeiten Dritter geht, die Strom direkt von untereinander und mit der Verbundgesellschaft konkurrierenden Sondergesellschaften direkt oder indirekt grenzüberschreitend beziehen möchten. Folgt man dem Kriterium der drittbelastenden Wirkung so ist der Poolvertrag vom Verbot des Art.85 Abs.1 erfaßt. Die Gruppenfreistellungsverordnung Nr.1983/83/EWG zu Alleinvertriebsvereinbarungen ist im Hinblick auf ihren Art.1 schon deshalb nicht anwendbar, weil an dem Poolvertrag mehr als zwei Unternehmen beteiligt sind. Nach Art.85 Abs.2 EGV könnten österreichische Gerichte den Poolvertrag somit als nichtig behandeln, solange er nicht bei der Kommission zur Einzelfreistellung nach Art.85 Abs.3 angemeldet und durch förmliche Entscheidung freigestellt worden ist<sup>206</sup>.

4.3. Im Hinblick auf das noch weiter zu analysierende Zusammenwirken gesetzgeberischer (2.VerstG, ElWG) sowie möglicher anderer Interventionen des österreichischen Staates mit Unternehmensverhalten im Elektrizitätssektor ist ergänzend darauf hinzuweisen, daß es den Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art.5 Abs.2 EGV) verboten ist,

---

<sup>204</sup> GTE-Schröter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.85 Rn 92.

<sup>205</sup> GTE-Schröter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.85 Rn 90, 76.

<sup>206</sup> Zum Sytem der dezentralen Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln und seiner Problematik siehe oben Punkt B.III.3. und die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags (93/C39/05), ABLEG 1993 C 39/6, insbes. Tz 17-32.

Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln (Art.85, 86 EGV) beeinträchtigen könnten. Deswegen wird eine mittelbare Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates nach Art.5 Abs.2 iVm. Art.3 lit.g, 85 oder 86 EGV begründet, wenn durch staatliche Maßnahmen (Gesetze, Verordnungen, Administrativakte, etc.) den Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Absprachen, abgestimmte Verhaltensweisen oder der Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen vorgeschrieben oder erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt werden<sup>207</sup>. Im Rahmen der Variante des staatlichen "Vorschreibens" solchen Unternehmensverhaltens sind noch Fragen der Abgrenzung zur direkten Verantwortung der Mitgliedstaaten für staatliche Vorschriften insbesondere nach Art.30 ff, 52 ff und 59 ff EGV offen. Letztgenannte EGV-Regeln müssen dann zum Zuge kommen, wenn die staatliche Maßnahme den Unternehmen keinerlei Handlungs- und Entscheidungsspielraum mehr beließ. Hingegen beruht die über Art.5 Abs.2 EGV abgeleitete mittelbare Staatsverantwortlichkeit darauf, daß Unternehmen gegen Art.85 oder 86 verstoßen, und setzt damit notwendigerweise voraus, daß diesen Unternehmen ein Rest an Entscheidungs- und Handlungsfreiheit verblieb, ohne den sie zu einer von Art.85 oder 86 tatbestandlich erfaßten und verbotenen Verhaltensweise begrifflich nicht fähig wären.

#### D. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen

Die Errichtung eines Europäischen Elektrizitätsbinnenmarktes ist eine ökonomische Notwendigkeit. Die Verabschiedung sekundären Gemeinschaftsrechts, wie z.B. der von der Kommission vorgeschlagenen Binnenmarktrichtlinie ermöglicht - unbeschadet der Anwendung des EG-Vertragsrechts und dessen Vorgaben folgend - die gleichzeitige und

---

<sup>207</sup> Aus der reichhaltigen Rechtsprechung siehe hierzu exemplarisch für Art.85: EuGH U. v. 21.9.1988, Rs 267/86, *Van Eycke / ASPA*, Slg.1988, 4769, 4791, Rn16; für Art.86: EuGH U. v. 16.11.1977, Rs 13/77, *INNO / ATAB*, Slg.1977, 2115, 2144-2146, Rn 24-38; außerdem Darstellung bei *GTE-Schröter*, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.85 Rn 108-114.

koordinierte Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte aller Mitgliedstaaten. Unabhängig hiervon existieren aber schon jetzt in Form der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags ausreichende Instrumente, mit denen ein wettbewerblicher Elektrizitätsbinnenmarkt hergestellt werden kann. Die praktische Effektivität dieser Bestimmungen hängt nicht nur von den Initiativen der EG-Kommission und der Rechtskontrolle durch den EuGH, sondern auch von den nationalen Behörden und Gerichten ab. Darüberhinaus ist die Bereitschaft der einzelnen, insbesondere der Unternehmen, sich auf diese Bestimmungen vor EG- und nationalen Institutionen zu berufen, von entscheidender Bedeutung. Verwaltungspraxis und Rechtsprechung werden schließlich die genaue Tragweite dieser Bestimmungen klären. Auf diesen Grundlagen sind auch die Elektrizitätssektoren der neuen Mitgliedstaaten Österreich, Finnland und Schweden zu untersuchen und gegebenenfalls an den Standard des Europäischen Gemeinschaftsrechts heranzuführen.

## INHALTSVERZEICHNIS

A.     Einleitung p.1

B.     Die drei Schienen zum Europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt p.3

I.       Die erste Schiene: sekundäres Gemeinschaftsrecht p.4

II.      Die zweite Schiene: an die Mitgliedstaaten gerichtete EGV-Regeln p.5

III.     Die dritte Schiene: an die Unternehmen gerichtete EGV-Regeln p.6

1.       Art.85 EGV p.6

2.       Art.86 EGV p.7

3.       Die dezentrale Anwendung der Art.85 und 86 EGV p.7

4.       Fusionskontrolle und Kontrolle staatlicher Beihilfen p.11

C.     Die Anwendung der drei Schienen im Elektrizitätssektor p.12

I.       Schiene 1: Richtlinien zur Errichtung eines Elektrizitätsbinnenmarktes p.12

1.       Die Rechtsgrundlagen: Art.100a und Art.90 Abs.3 EGV p.12

- 2. Der Dreistufenplan der Kommission beim Richtlinienerlaß p.14
  - 2.1. Transitrichtlinie und Preistransparenzrichtlinie p.14
  - 2.2. Kommissionsvorschlag für Binnenmarktrichtlinie p.15
  - 2.3. Dritte Stufe p.19
  
- II. Einschub: Artikel 90 Abs.1 und 90 Abs.2 EGV p.20
  - 1. Der Anwendungsbereich des Art.90 Abs.1 EGV p.20
    - 1.1. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens p.20
    - 1.2. Die Begriffe der ausschließlichen und besonderen Rechte p.21
    - 1.3. Die Doppelfunktion des Art.90 Abs.1 EGV p.23
  - 2. Der Anwendungsbereich des Art.90 Abs.2 EGV p.24
    - 2.1. Das Tatbestandsmerkmal der Dienstleistung von allg. wirtschaftlichen Interesse p.24
    - 2.2. Das Tatbestandsmerkmal der Betrauung p.25
    - 2.3. Das Tatbestandsmerkmal der Aufgabenverhinderung p.26
  - 3. Die Staatsverantwortlichkeit nach Art.90 Abs.1 iVm. 86 EGV bei der Schaffung und Aufrechterhaltung von Monopolen und Oligopolen p.37

- 3.1. Das Höfner-Urteil des EuGH p.37
- 3.2. Die Urteile ERT und Porto di Genova des EuGH p.38
- 3.3. Das RTT-Urteil des EuGH p.39
- 3.4. Die allgemeine Pflicht zur Rechtfertigung von Monopolen p.41
- 3.5. Das Crespelle-Urteil des EuGH p.43
- 3.6. Offene Fragen p.45
  
- III. Schiene 2: EG-Vertragsregeln, die sich an Mitgliedstaaten richten p.45
  - 1. Import- und Exportmonopole p.45
    - 1.1. Die Vertragsverletzungsverfahren nach Art.169 EGV p.46
    - 1.2. Elektrizität als Ware p.46
    - 1.3. Die Begründung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Import- /Exportmonopole p.47
    - 1.4. Nichtanwendung der Art.90 Abs.1 iVm 86 im laufenden Vertragsverletzungsverf. p.54
    - 1.5. Das Stromimport- und -exportmonopol in Österreich p.54
  - 2. Zukünftig aufzugreifende Exklusiv- und Sonderrechte p.56



- 2.1. Übertragungs- und Verteilungsmonopole p.56
- 2.2. Produktionsmonopole p.62
- 2.3. Art.90 Abs.1 iVm. 86 EGV p.64
- 3. Staatliche Preisregelungen p.65
  - 3.1. Die Rechtsprechung des EuGH p.65
  - 3.2. Das österreichische Preisgesetz von 1992 p.67
- 4. Staatlich festgesetzte Ankaufs- und Verkaufspflichten p.68
  - 4.1. Die Beurteilung nach Art.30 und 34 EGV p.68
  - 4.2. Art.I § 5 Abs.6 lit.e 2.VerstG in Österreich p.69
- IV. Schiene 3: EG-Vertragsregeln, die sich an Unternehmen richten, Art.85, 86 EGV p.70
  - 1. Keine Bereichsausnahme zugunsten des Energiesektors p.70
  - 2. Das Fehlen von Präzedenzfällen im Energiesektor p.71
  - 3. Die bisherige und die zukünftige Einzelfallpraxis p.72
    - 3.1. Die Fallpraxis der Kommission p.72
    - 3.2. Weitere gegenwärtige und zukünftige Themen für Art.85 EGV p.75

- 3.3. Gegenwärtige und zukünftige Themen für Art.86 p.75
- 4. Die Anwendung der Art.85 und 86 EGV im österreichischen Elektrizitätssektor p.93
  - 4.1. Die Koordinierungsverträge der Verbundgesellschaft mit den Landesgesellschaften p.93
  - 4.2. Der Poolvertrag der Sondergesellschaften mit der Verbundgesellschaft p.97
  - 4.3. Die mittelbare Staatsverantwortlichkeit nach Art.5 Abs.2 iVm. Art.3 lit.g, 85/86 EGV p.102
- D. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen p.103