

Der wettbewerbliche Binnenmarkt für Strom und Gas

Zur Rolle von Art.90 Abs.2 EGV

A. Einführung und Zusammenhang

Im Energieversorgungssektor ist aufgrund seiner grundlegenden strategischen Bedeutung für alle Beteiligten der ordnungspolitische Charakter der Wettbewerbspolitik und der Anwendung des Wettbewerbsrechts evident. In diesem Zusammenhang dient die unmittelbar anwendbare Ausnahmegvorschrift des Art.90 Abs.2 dazu, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen zur Wahrnehmung besonderer Aufgaben - insbesondere im Lichte traditioneller Konzepte der “Daseinsvorsorge” oder des “service public” - in Einklang zu bringen mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Binnenmarktes¹. Die Vorschrift ist das Ergebnis eines politischen Kompromisses der ursprünglichen Mitgliedstaaten bei der Abfassung des EWG-Vertrags im Jahre 1957. Sie läßt deswegen in ihrem Wortlaut entsprechend weite Interpretationsspielräume². Gleichzeitig ist klar, daß wir hier über einen zentralen Schauplatz der künftigen Auseinandersetzungen um die konkrete Ausgestaltung eines wettbewerblichen europäischen Energiebinnenmarktes sprechen.

* Generaldirektor der Generaldirektion IV (Wettbewerb) der Europäischen Kommission.

** Verwaltungsrat in der Generaldirektion IV (Wettbewerb) der Europäischen Kommission.

¹ Der Vertrag von Amsterdam, der noch nicht in Kraft getreten ist, wird an dieser Funktion des Art.90 Abs.2 nichts verändern. Der neu in den EG-Vertrag einzufügende Art.7d entspricht weitgehend den Vorstellungen der Kommission, indem er den Wortlaut des Art.90 und das Gleichgewicht des EG-Vertrags in bezug auf seine Anwendung unberührt läßt. Dem aus Art.7d herauszulesenden Gebot, daß Liberalisierungsaktionen vereinbar sein müssen mit der Aufrechterhaltung gemeinwirtschaftlicher Dienste hoher Qualität, folgten Kommission und Gerichtshof auch schon bisher.

² Langen-Jungbluth, KartR, 8.Auflage 1998, Art.90 EGV, Rn 3.

Deswegen ist es unvermeidbar, die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art.90 Abs.2 detailliert aufzuschlüsseln:

B. Die Auslegung und Anwendung des Art.90 Abs.2 EGV, insbesondere im Energiesektor

I. Die Funktionsweise des Art.90 Abs.2

Im Zusammenhang mit Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols³ haben, lockert Art.90 Abs.2 die Anwendung der Regeln des EG-Vertrags, wenn und soweit dies notwendig ist, um zu vermeiden, daß die Erfüllung der diesen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe verhindert wird⁴. Hierbei betrifft Art.90 Abs.2 nicht nur die Verantwortlichkeit der Unternehmen nach den EG-Wettbewerbsregeln. Seit den Urteilen des EuGH vom 23.Oktober 1997 zu den staatlich errichteten Import- und Exportmonopolen im Strom- und Gassektor⁵ steht nun endgültig fest, daß Art.90 Abs.2 ein umfassender Rechtfertigungstatbestand ist, der auch von den Mitgliedstaaten zwecks Einschränkung aller ihrer Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag geltend gemacht werden kann.

³ Auf diese bisher kaum praktisch gewordene Tatbestandsvariante soll hier nicht näher eingegangen werden. Den "Charakter" eines Finanzmonopols haben nur solche Unternehmen, denen durch Gewährung eines ausschließlichen Rechts iSv Art.90 Abs.1 eine Monopolstellung eingeräumt wurde und deren besondere übertragene Aufgabe darin besteht, dem Staatshaushalt durch die Ausübung des Monopols in einer der Steuererhebung ähnlichen Weise besondere Einnahmen zu verschaffen. Siehe GTE-Hochbaum, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Auflage 1991, Art.90, Rn 50; Grabitz/Hilf-Pernice, Kommentar zur Europäischen Union, Art.90 EGV, Rn 39; Langen-Jungbluth, KartR, 8.Auflage 1998, Art.90 EGV, Rn 41.

⁴ Die von Abs.2 erfaßten Unternehmen müssen nicht zugleich auch öffentliche oder mit ausschließlichen bzw. besonderen Rechten ausgestattete Unternehmen iSv. Abs.1 sein. In der Praxis und gerade auch im Energieversorgungssektor treffen diese Eigenschaften allerdings häufig zusammen.

⁵ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* ("Importmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5699; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* ("Import- und Exportmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5789; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94,

Art.90 Abs.2 ermöglicht somit im Einzelfall, die Effektivität der Kernvorschriften der wirtschaftlichen Integration, insbesondere der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln einzuschränken. Aus dieser weitreichenden Bedeutung der Vorschrift ergeben sich zwei Maximen bei ihrer Auslegung und Anwendung:

Zum einen ist Art.90 Abs.2 als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen. Der Gerichtshof bestätigt dieses Prinzip in seiner ständigen Rechtsprechung einschließlich der soeben erwähnten Urteile vom 23.Oktober 1997⁶. Auf dieser Grundlage untersteht die Anwendung dieser Vorschrift dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Zum anderen ist die Funktionsweise des Art.90 Abs.2 klarzustellen. Hierzu ist das Zusammenspiel der vier Tatbestandsmerkmale zu analysieren: Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Betrauung, Verhinderung der besonderen Aufgabe, Wahrung des Gemeinschaftsinteresses. Alle vier Merkmale sind gemeinschaftsrechtliche Begriffe, deren Qualifikationskriterien im Sinne der notwendigen Gleichheit von Geltung, Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts für alle Mitgliedstaaten einheitlich sein müssen⁷. Allerdings setzt das Gemeinschaftsrecht hinsichtlich dessen, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anerkannt werden kann, nur die äußeren Grenzen, innerhalb derer die Mitgliedstaaten Gestaltungsfreiheit genießen. Es bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, ob und inwieweit sie diesen Rahmen ausfüllen und damit die Ausnahmefunktion des Art.90 Abs.2 für bestimmte Wirtschaftstätigkeiten - bei Erfüllung der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen - eröffnen wollen⁸. Ihr Gestaltungsinstrument hierzu ist der Akt der Betrauung, in dem sie den Inhalt der Dienstleistung definieren und die mit ihrer Erbringung beauftragten Unternehmen

Kommission / Frankreich ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität"), Slg.1997, I-5815.

⁶ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande ("Importmonopol Elektrizität")*, Slg.1997, I-5699, Rn 37; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität")*, Slg.1997, I-5815, Rn 53.

⁷ Siehe auch: EuGH U. v. 20.3.1985, Rs 41/83, *Italien / Kommission ("British Telecom")*, Slg.1985, 873, Rn 30.

⁸ Siehe z.B. EuGH U. v. 30.4.1974, Rs 155/73, *Sacchi*, Slg.1974, 409, Rn 15.

bestimmen. Das Gemeinschaftsrecht entscheidet dann, ob ein wirksamer Betrauungsakt vorliegt, welche Dienstleistungspflichten er dem Unternehmen überträgt und ob und inwieweit diese im Rahmen dessen bleiben, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse iSv. Art.90 Abs.2 anerkannt werden kann. Aus der wirksamen Betrauung eines Unternehmens mit Dienstleistungspflichten, die in diesem Rahmen bleiben, ergibt sich seine besondere Aufgabe iSv. Art.90 Abs.2.

Unter dem Begriff der Aufgabenverhinderung ist dann zu prüfen, ob und inwieweit Einschränkungen bei der Anwendung der EG-Vertragsregeln erforderlich sind, um dem betrauten Unternehmen die Erfüllung seiner besonderen Aufgabe zu ermöglichen. Schließlich sind im letzten Schritt erforderlich erscheinende Einschränkungen abzuwägen mit dem Gemeinschaftsinteresse.

Aus dem Verfahren, mit welchem der Mitgliedstaat die besondere Aufgabe unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts definiert, ergibt sich, daß die Anwendbarkeit des Art.90 Abs.2 auf eine bestimmte Dienstleistung, die ein bestimmtes Unternehmen in einem bestimmten Mitgliedstaat erbringt, nicht zur Folge hat, daß Art.90 Abs.2 automatisch auf dieselbe Art von Dienstleistung in allen anderen Mitgliedstaaten anwendbar ist. Dies verstößt nicht gegen die schon erwähnte Gleichheit der Geltung, Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts in der gesamten Europäischen Union. Denn hier geht es nicht um die vollständige Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen, sondern um die Möglichkeit der Ausnahme von solchen Verpflichtungen, zu deren Inanspruchnahme kein Mitgliedstaat gezwungen werden kann. Die Mitgliedstaaten können somit bei der Sicherstellung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen unterschiedliche Konzepte verfolgen, die die Aufgaben der betrauten Unternehmen in den von Art.90 Abs.2 gesetzten Grenzen verschieden definieren oder ganz ohne eine solche Betrauung auskommen. Auf diese Weise wird die von Art.90 Abs.2 ermöglichte Einschränkung der Anwendung der EG-Vertragsregeln auf dasjenige Maß reduziert, das der jeweilige Mitgliedstaat für notwendig erachtet und das die Grenzen des gemeinschaftsrechtlich Zulässigen nicht überschreitet. Ein solches Verständnis der Funktionsweise des Art.90 Abs.2 gebieten nicht nur das Prinzip der restriktiven Auslegung von Ausnahmenvorschriften, sondern auch der Gesichtspunkt der Subsidiarität.

Zu den Tatbestandsmerkmalen im einzelnen:

II. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Von allgemeinem Interesse ist eine wirtschaftliche Dienstleistung⁹ dann, wenn ihre Erbringung zumindest auch im öffentlichen Interesse liegt. Soweit sich dies nicht allein schon aus der Natur der Dienstleistung ergibt, kann insbesondere die Tatsache ausschlaggebend sein, daß die Dienstleistung nicht nur bei stetigen, soliden Gewinnen, sondern auch bei geringer oder im Einzelfall ganz fehlender Rentabilität erbracht wird¹⁰. Klassisches Beispiel ist ein Universaldienst wie ihn der EuGH z.B. in seinem *Almelo*-Urteil¹¹ für die Stromversorgung beschrieben hat. Hiernach gehört zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse die ununterbrochene Versorgung aller Abnehmer, lokalen Versorgungsunternehmen oder Endverbraucher mit Strom in einem bestimmten Gebiet in den zu jeder Zeit geforderten Mengen zu einheitlichen Tarifen und unter Bedingungen, die nur nach objektiven und für alle Kunden geltenden Kriterien unterschiedlich sein dürfen. In seinen Urteilen vom 23.Oktober 1997 hat der Gerichtshof diese Linie bestätigt. Als gemeinwirtschaftliche Dienstleistungspflicht iSv. Art.90 Abs.2 akzeptierte er die Pflicht zur ununterbrochenen und diskriminierungsfreien Versorgung aller Kunden mit Strom im gesamten Staatsgebiet bzw. mit Gas in den erschlossenen Zonen¹². Das gleiche gilt für

⁹ Zum Ausschluß der nichtwirtschaftlichen und rein hoheitlichen Leistungen aus dem Anwendungsbereich des Art.90 Abs.2 siehe die Bekanntmachung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl.1996 C 281/3, Rn 18.

¹⁰ Im Regelfall muß dies durch staatlichen Betrauungsakt dem betreffenden Unternehmen auferlegt werden.

¹¹ EuGH U. v. 27.4.1994, Rs C-393/92, *Almelo*, Slg.1994, I-1477, Rn 47-50; bestätigt durch: EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* ("Importmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5699, Rn 41; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität"), Slg.1997, I-5815, Rn 57.

¹² EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität"), Slg.1997, I-5815, Rn 61, 89 und 106.

die Verpflichtung zur Lieferung von Strom im gesamten Staatsgebiet zu Kosten und zu Preisen, die eine ausgewogene wirtschaftliche Entwicklung des Landes erlauben^{13 14}.

III. Betrauung eines bestimmten Unternehmens

1. Der Betrauungsakt

Nach der Rechtsprechung des EuGH muß die Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch ein Gesetz oder einen sonstigen Akt der öffentlichen Gewalt¹⁵ erfolgen. Dies kann auch eine öffentlich-rechtliche Konzession sein¹⁶. Der Betrauungsakt muß darüber hinaus einem oder mehreren konkret benannten Unternehmen¹⁷ die Ausübung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zuweisen und damit als besondere Aufgabe übertragen¹⁸. Die hoheitliche Auferlegung von Verhaltenspflichten, die abstrakt-generell für alle Unternehmen in einer bestimmten Lage gelten¹⁹, genügt für sich allein nicht²⁰. Deshalb

¹³ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* ("Import- und Exportmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5789, Rn 46 und 59.

¹⁴ Schon in ihrer Entscheidung Nr 91/50/EWG vom 16.1.1991, *Ijsselcentrale*, AB1.1991 L 28/32, Rn 40, hatte die Kommission anerkannt, daß ein Unternehmen, dessen wichtigste Aufgabe darin besteht, für eine verlässliche und einwandfrei funktionierende, flächendeckende öffentliche Elektrizitätsversorgung zu niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise zu sorgen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt.

¹⁵ EuGH U. v. 27.3.1974, Rs 127/73, *BRT / SABAM* ("BRT II"), Slg.1974, 313, Rn 19-22; EuGH U. v. 14.7.1981, Rs 172/80, *Züchner / Bayerische Vereinsbank*, Slg.1981, 2021, Rn 7; EuGH U. v. 11.4.1989, Rs 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg.1989, 803, Rn 55.

¹⁶ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität"), Slg.1997, I-5815, Rn 66; EuGH U. v. 27.4.1994, Rs C-393/92, *Almelo*, Slg.1994, I-1477, Rn 47.

¹⁷ EuGH U. v. 2.3.1983, Rs 7/82, *GVL*, Slg.1983, 483, 484 Nr.3, 504, Rn 29-33; EuGH U. v. 11.4.1989, Rs 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg.1989, 803, Rn 55.

¹⁸ Hieran fehlt es, wenn Gesetze oder sonstige Hoheitsakte ohne Bezugnahme auf namentlich genannte Unternehmen nur allgemein die Tätigkeit jeglicher Unternehmen regeln, wenn und solange sie sich aus freien Stücken entscheiden, in einem Bereich, in dem gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen erbracht werden, tätig zu werden oder zu bleiben.

¹⁹ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität"), Slg.1997, I-5815, Rn 68-69.

liegt kein Betrauungsakt z.B. in einer generellen gesetzlichen Pflicht für Energieversorgungsunternehmen, 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 nur an die tatsächliche Versorgungstätigkeit anknüpft, d.h. jedes Versorgungsunternehmen gleichermaßen trifft, wenn und solange es in einem bestimmten Gebiet operiert²¹.

Dementsprechend hat die Kommission im Rahmen der Vorabentscheidungsverfahren *Ruhrgas+Thyssengas gegen Bundeskartellamt*²² und *RWE+Stadt Nordhorn gegen Bundeskartellamt*²³ sowie in der Sache *WINGAS gegen Stadt Detmold*²⁴ dahingehend Stellung genommen, daß das Erfordernis einer Genehmigung für die Aufnahme der Energieversorgung nach §5 des bisherigen Energiewirtschaftsgesetzes(EnWG)²⁵ sowie die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht nach § 6 EnWG(alt) keine Betrauungsakte darstellen. Gleiches gilt für die im neuen EnWG²⁶ ebenfalls enthaltenen Genehmigungs²⁷- sowie Anschluß- und Versorgungspflichten²⁸. Die Auffassung der Kommission entspricht der herrschenden Meinung in Deutschland und dürfte nach unserer Einschätzung vom EuGH auf der Grundlage seiner bisherigen Rechtsprechung akzeptiert werden²⁹. Es ist allerdings fraglich, ob der Gerichtshof

²⁰ EuGH U. v. 2.3.1983, Rs 7/82, *GVL*, Slg.1983, 483, 484 Nr.3, 504, Rn 30-32.

²¹ Siehe hierzu *Dohms* in *OÖ Kraftwerke AG* (Hg.), *Aktuelle Probleme der Elektrizitätswirtschaft* 1995, Seiten 35 ff, 50.

²² Rs C-395/96.

²³ Rs C-34/97.

²⁴ Rs C-187/97.

²⁵ In der Fassung vom 19.12.1977, BGBl. I (1977), Seiten 2750 ff.

²⁶ BGBl. I (1998), Seiten 730-736.

²⁷ § 3 EnWG (neu).

²⁸ § 10 Abs.1 EnWG (neu).

²⁹ In ihrer Entscheidung *Jahrhundertvertrag* (Nr 93/126/EWG vom 22.12.1992, ABl.1993 L 50/14, Rn 28) hat die Kommission nicht entschieden, daß deutsche Energieversorgungsunternehmen iSv. Art.90 Abs.2 betraut sind. Wie der Zusammenhang ergibt, hat die Kommission das formelle Tatbestandsmerkmal der Betrauung nicht spezifisch geprüft, sondern sich vielmehr auf die materiellen Tatbestandsmerkmale des Art.90 Abs.2 konzentriert. Hierzu gab sie zu erkennen, daß die Grundversorgung mit Strom als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden könne, aber nicht ersichtlich sei, daß die Anwendung des Art.85 EGV die Grundsicherung der

nach der Reform des EnWG und dem dadurch bedingten vorzeitigen Ende des Verfahrens *Ruhrgas+Thyssengas* in den verbleibenden Verfahren *RWE+Nordhorn* und *WINGAS/Detmold* noch die Gelegenheit haben wird, über die ihm vorgelegten Fragen zu entscheiden.

Abgesehen von Überraschungsentscheidungen des Gerichtshofs und ganz unabhängig vom Ausgang der Vorabentscheidungsverfahren ist jedoch zu bedenken, daß ein fehlender Betrauungsakt vom Staat jederzeit nachgeholt werden kann, auch wenn dies zur Zeit sehr unwahrscheinlich erscheint³⁰. Darüber hinaus ist zu bedenken, daß deutsche Energieversorgungsunternehmen im Zuge der europäischen Liberalisierung mit Ländern in Berührung kommen, die Betrauungsmodelle verwenden. Auch aus deutscher Sicht gibt es somit Gründe, bei der Analyse des Art.90 Abs.2 im Energiesektor nicht beim Tatbestandsmerkmal der Betrauung stehenzubleiben.

2. Umfang und Inhalt der besonderen Aufgabe

Für die korrekte Anwendung des Art.90 Abs.2 ist es wichtig, den Umfang der besonderen Aufgabe genau zu definieren. Der EuGH läßt sich auch im Zusammenhang mit klassischen service public-Systemen, wie der Energieversorgung in Frankreich, nicht auf unscharf formulierte Inhalte ein. Ist ein Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut, so sind nach der Rechtsprechung

öffentlichen Stromversorgung im konkreten Fall rechtlich oder tatsächlich verhindere.

³⁰

Andererseits ist nicht ganz auszuschließen, daß im Zuge der inzwischen angelaufenen grundlegenden Umgestaltung des deutschen und europäischen Energieversorgungssektors eine Situation entsteht, in der zur Sicherung des Universaldienstes bei der Grundversorgung mit Energie die Einführung eines klaren Betrauungssystems auf die politische Tagesordnung gerät. Ein solches System könnte jedoch kaum die bereits realisierten Marktöffnungen wieder zurückschrauben. Absolute Grenze für solche (wenig realistischen) Rückschritte wären jedenfalls die Mindestanforderungen der Richtlinien über den Elektrizitäts- und den Erdgasbinnenmarkt (siehe hierzu unten Punkt C.I.). In Betracht käme eher ein wettbewerbsfreundliches Betrauungsmodell, in dem nach dem Vorbild des im Telekommunikationssektor Zulässigen (siehe Erwägungsgründe 4 ff und Art.1 Abs.6 der Richtlinie Nr.96/19/EG zur Einfügung des Art.4c in die Richtlinie Nr.90/388/EWG, ABl. 1996 L 74/13.)

nur solche Verpflichtungen Teil seiner besonderen Aufgabe, die mit dem Ziel dieser gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung in Zusammenhang stehen und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitragen sollen. Dies ist z.B. bei Umwelt- und Raumordnungsverpflichtungen von Unternehmen, die mit der Versorgung des Landes mit Strom und Gas betraut sind, nicht der Fall, es sei denn, es handelt sich um Verpflichtungen, die für diese Unternehmen und ihre Tätigkeit spezifisch sind³¹.

IV. Rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der Erfüllung der besonderen übertragenen Aufgabe

Im Zusammenhang mit diesem Tatbestandsmerkmal hat der Gerichtshof mehrfach die Formel verwendet, daß die Anwendung der Regeln des EG-Vertrags mit der Erfüllung der besonderen Aufgabe “nachweislich unvereinbar” sein müsse³²; und noch im Jahr 1997 urteilte das Gericht erster Instanz in der Rechtssache *Air Inter*³³, es genüge für die Anwendbarkeit des Art.90 Abs.2 nicht, daß die Einhaltung der Vertragsvorschriften die Erfüllung dieser Aufgabe lediglich erschwere oder anderweitig behindere.

In Fällen, in denen es um die Sicherstellung eines Universaldienstes durch ein hiermit betrautes Unternehmen geht, tendiert die neuere Rechtsprechung jedoch zu einem Maßstab wirtschaftlicher Zumutbarkeit. Hierbei sind in der Praxis zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

Zum einen geht es um die Frage, inwieweit es dem Staat erlaubt ist, dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen

Ausgleichspflichten für die nicht mit Grundversorgungsaufgaben betrauten Wettbewerber der betrauten Unternehmen geschaffen werden.

³¹ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 60-89.

³² EuGH U. v. 30.4.1974, Rs 155/73, *Sacchi*, Slg.1974, 409, Rn 15; EuGH U. v. 3.10.1985, Rs 311/84, *CBEM / CLT und IPB* (“*Télémarketing*”), Slg.1985, 3261, Rn 17; EuG U. v. 10.7.1991, Rs T-69/89, *RTE / Kommission*, Slg.1991, II-485, Rn 82.

³³ EuG U. v. 19.6.1997, Rs T-260/94, *Air Inter / Kommission*, Slg.1997, II-997, Rn 138.

ausschließliche Rechte zu verleihen, die den Regeln des EG-Vertrags entgegenstehen. Beginnend mit seinem Urteil *Corbeau*(1993)³⁴ betreffend das staatliche Postmonopol in Belgien hat der EuGH hierzu die Formel geprägt, eine solche Monopolisierung sei nach Art.90 Abs.2 gerechtfertigt, soweit Wettbewerbsbeschränkungen oder – ausschüsse erforderlich seien, um dem betrauten Unternehmen zu ermöglichen, seine besondere Aufgabe zu erfüllen, „und zwar unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“³⁵. In seinen Urteilen vom 23.Oktober 1997 zu den gegen Art.37 EGV verstoßenden Import-/Exportmonopolen für Strom und Gas hat der EuGH diese Formel wiederholt³⁶ und hinzugefügt, Art.90 Abs.2 sei nicht erst dann anwendbar, wenn das Überleben des betrauten Unternehmens bedroht sei³⁷.

Zum anderen geht es um die Frage, inwieweit ein gegen Art.85 oder 86 verstoßendes Verhalten des betrauten Unternehmens nach Art.90 Abs.2 gerechtfertigt ist. In seinem Vorabentscheidungsurteil *Almelo*(1994)³⁸ verzichtete der EuGH auf den Begriff der wirtschaftlich tragbaren Bedingungen und erklärte stattdessen, Beschränkungen des Wettbewerbs seien zuzulassen, soweit sie erforderlich sind, um dem betrauten Unternehmen die Erfüllung seiner besonderen Aufgabe zu ermöglichen. Zu berücksichtigen seien hierbei die wirtschaftlichen Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen tätig wird, u.a. die von ihm zu tragenden Kosten, sowie die - insbesondere umweltrechtlichen - Vorschriften, die es zu beachten hat.

Es ist nicht vollständig geklärt, inwieweit sich die in beiden Fallgruppen entwickelten Kriterien überschneiden und ob sie in Zukunft stets kumulativ zu verwenden oder zu trennen sind. Gelegenheit zur Klärung bieten die dem EuGH zur Zeit (noch)

³⁴ EuGH U. v. 19.5.1993, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg.1993, I-2533.

³⁵ EuGH U. v. 19.5.1993, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg.1993, I-2533, Rn 16.

³⁶ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 53-64; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 36-60; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 53-59, 96-107.

³⁷ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 53-59.

³⁸ EuGH U. v. 27.4.1994, Rs C-393/92, *Almelo*, Slg.1994, I-1477, 1521, Rn 49.

vorliegenden Auslegungsfragen, die wettbewerbswidriges Handeln (angeblich) betrauter Unternehmen betreffen³⁹.

In jedem Fall werden alle genannten Kriterien auch in Zukunft streitig sein und verlangen daher eine entsprechend sorgfältige Auslegung:

So darf die Bezugnahme auf den regulatorischen Rahmen, in dem das betraute Unternehmen operiert, nicht zur Rechtfertigung übermäßiger Wettbewerbsbeschränkungen mit vermeintlichen Sachzwängen eines nationalen Ordnungsrahmens führen, der gerade auf nichtwettbewerbliche Strukturen zugeschnitten war. Wichtige Zielsetzungen, die ein nationaler Ordnungsrahmen verfolgen könnte, sind bereits im Gemeinschaftsrecht anerkannt. Im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist die Gewährleistung der grundlegenden Sicherheit und Universalität dieser Leistung ein vom EG-Vertrag anerkanntes ordnungspolitisches Ziel⁴⁰.

Auch die Bezugnahme auf wirtschaftlich tragbare Bedingungen des betrauten Unternehmens bietet zahlreiche Anlässe zu Mißverständnissen.

Zunächst ist festzuhalten, daß dieses Kriterium spezifisch an das Bedürfnis nach Gewinn- und Verlustausgleich im Universaldienst geknüpft ist und deshalb nur in diesem Rahmen seine Berechtigung hat. Allerdings ist richtig, daß der staatliche Akt der Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oft

³⁹ Nach dem vorzeitigen Ende des Verfahrens *Ruhrgas+Thyssengas gegen Bundeskartellamt* (C-395/96) bietet sich diese Gelegenheit nur noch in dem Verfahren *RWE+Stadt Nordhorn gegen Bundeskartellamt* (C-34/97) sowie in der zivilrechtlichen Streitigkeit in der Sache *WINGAS gegen Stadt Detmold* (C-187/97).

⁴⁰ Dies ergibt sich aus Art.90 Abs.2 selbst. Die Einhaltung hoher umweltschutzrechtlicher Standards verlangt der 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. Entscheidend jedoch ist, daß diese Ziele regelmäßig ohne Einschränkung des Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt erreicht werden können und deshalb solche Einschränkungen nicht rechtfertigen.

auch die Verpflichtung beinhaltet, diese Dienstleistung als Universaldienst zu erbringen. Dies gilt insbesondere im Energiesektor auf der letzten Versorgungsstufe.

Außerdem ist zu beachten, daß nach Auffassung des EuGH der Art.90 Abs.2 einen Ausschluß des Wettbewerbs dort nicht rechtfertigen kann, wo es um spezifische Dienstleistungen geht, die von den gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen trennbar sind und den besonderen Bedürfnissen bestimmter Wirtschaftsteilnehmer entsprechen. Solche Mehrwertdienste sind im Gegensatz zum Basisversorgungsdienst weder im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse noch werden sie als Universaldienst erbracht. In monopolisierten Energieversorgungssektoren wurde diese Frage bisher nicht akut. Im Zuge der Mindestmarktöffnung, die die Binnenmarktrichtlinien Strom und Erdgas verlangen⁴¹, wird nun jedoch insbesondere für die Bedürfnisse industrieller Großverbraucher eine Unterscheidung in Basisversorgungsdienste und Mehrwertdienste⁴² denkbar.⁴³

⁴¹ Siehe hierzu unten Punkt C.I.

⁴² Zum Beispiel könnten Back-up Lieferungen für industrielle Eigenerzeuger sowie bestimmte, auf individuelle Bedürfnisse zugeschnittene Dienste von Strom- und Gashandelsunternehmen in die Kategorie der Mehrwertdienste fallen.

⁴³ In seinem *Corbeau*-Urteil hat der EuGH die Nichtanwendbarkeit des Art.90 Abs.2 im Bereich der Mehrwertdienste unter den Vorbehalt gestellt, daß der Wettbewerb in diesem Bereich das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen gemeinwirtschaftlichen Basisdienstleistung nicht in Frage stelle. Dies ist rechtssystematisch schon deswegen bedenklich, weil hier aufgrund von Art.90 Abs.2 Wettbewerbsbeschränkungen in Bereichen gerechtfertigt werden, in denen weder Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbracht werden noch ein Unternehmen mit diesen Dienstleistungen betraut ist, und in denen das mit dem Basisversorgungsdienst betraute Unternehmen idR gar nicht tätig ist. Da Basisdienste und Mehrwertdienste als getrennte Märkte zu verstehen sind, gerät dieser Teil des *Corbeau*-Urteils darüber hinaus in einen Wertungswiderspruch zu vorherigen Urteilen betreffend die Erstreckung eines Monopols aus einem ersten Markt für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen auf einen zweiten, meist benachbarten Markt, in dem keine solchen Dienstleistungen erbracht werden. In Urteilen wie vom 20.3.1985, Rs 41/83, *Italien / Kommission* ("British Telecom"), Slg.1985, 873, Rn 33 oder vom 13.12.1991, Rs C-18/88, *RTT / GB-Inno-BM*, Slg.1991, I-5941, Rn 19-22 oder vom 17.11.1992, Verb Rs C-271/90, C-281/90 und C-289/90, *Spanien u.a. / Kommission* ("Telekommunikationsdienste"), Slg.1992, I-5833, Rn 36-37 hatte der EuGH wiederholt entschieden, daß eine solche Monopolerstreckung nicht von Art.90 Abs.2 gerechtfertigt sei und somit diese Vorschrift der

Bei der Liberalisierung der Energielieferungsmärkte geht es jedoch auch um die Einführung von Wettbewerb im Grundversorgungsdienst einschließlich der Belieferung von Endverbrauchern. Soweit in diesem Bereich die Erhaltung staatlich errichteter Monopole der mit der Grundversorgung betrauten Unternehmen streitig wird, ist eine Auseinandersetzung mit dem Konzept der wirtschaftlich tragbaren Bedingungen unvermeidbar. Darüber hinaus bleibt abzuwarten, inwieweit dieses Konzept vom Gerichtshof in Zukunft auch zur Prüfung der Rechtfertigung von Verstößen betrauter Unternehmen gegen Art.85 oder 86 herangezogen werden wird. Ausgangspunkt für eine sinnvolle Anwendung des Konzepts ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der bereits im Wortlaut des Satz 1 des Art.90 Abs.1 zum Ausdruck kommt und seine Fortsetzung in der von Satz 2 festgelegten Schranke des Gemeinschaftsinteresses findet. Außerdem ist zu beachten, daß zahlreiche Wirtschaftstätigkeiten, wie auch der sich öffnende Energiesektor, tiefgreifenden und schnellen Wandlungen unterliegen, die notwendigerweise Einfluß auf die Beurteilung von Zumutbarkeit, Erforderlichkeit und Gemeinschaftsinteresse haben.

Schließlich ist festzuhalten, daß die Ausnahme des Art.90 Abs.2 nicht in erster Linie unternehmensbezogen, sondern vielmehr markt- und interessebezogen ist. Auch nach der Formel von den wirtschaftlich tragbaren Bedingungen geht es nicht in erster Linie darum, das betraute Unternehmen vor wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu schützen. Außerdem ist es in keiner Weise die Aufgabe des Art.90 Abs.2, das betraute Unternehmen vor der Notwendigkeit von Effizienzsteigerungen zu bewahren.. Oberstes Ziel ist es vielmehr, die Erbringung einer im öffentlichen Interesse liegenden wirtschaftlichen Dienstleistung auf einem bestimmten Markt sicherzustellen. Soweit ein Mitgliedstaat hierzu aus den verschiedenen Möglichkeiten das Modell der Betrauung eines Unternehmens auswählt und ihm die Erfüllung der Dienstleistung als besondere Aufgabe zuweist, kann es aufgrund des öffentlichen Interesses an der Dienstleistung erforderlich sein, die Anwendung der EG-Vertragsregeln insoweit

einzuschränken als ansonsten wirtschaftliche Bedingungen entstünden, unter denen das betraute Unternehmen seine besondere Aufgabe nicht mehr erfüllen könnte⁴⁴.

Ein positives Zeichen ist darin zu sehen, daß der EuGH anlässlich seiner Urteile zu den staatlich errichteten Import-/Exportmonopolen für Strom und Gas⁴⁵ seine grundsätzliche Bereitschaft erkennen ließ, wettbewerbsfreundliche Alternativmodelle zu akzeptieren, die zur Sicherung des Universaldienstes ohne die Gewährung und Aufrechterhaltung ausschließlicher Rechte auskommen und stattdessen auf Ausgleichszahlungen zwischen Wettbewerbern, Subventionen benachteiligter Verbraucher und nationalen Hilfsfonds basieren. Der EuGH übte keine Kritik an der Suche nach solchen Alternativmodellen, gab aber auch zu verstehen, daß sie von der klagenden Kommission hinreichend konkret darzulegen seien und ihr Funktionieren hinreichend wahrscheinlich sein müsse.

V. Das Gemeinschaftsinteresse iSv. Art.90 Abs.2 Satz 2

Gemäß Satz 2 des Art.90 Abs.2 darf durch die Anwendung der Ausnahme nach Satz 1 die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Nach den Interpretationsregeln für Grundnormen und für Ausnahmenvorschriften ist diese Beschränkung der Ausnahme weit auszulegen. Satz 2 vervollständigt im übrigen die schon in Satz 1 angelegte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Entwicklung des Handelsverkehrs ist anhand des im Einzelfall relevanten Marktes zu beurteilen.

Das Gemeinschaftsinteresse ist insbesondere aus den Zielvorgaben des EG-Vertrags und den Grundfreiheiten abzuleiten. Von herausgehobener Bedeutung sind nach der

⁴⁴ Hieraus und aus dem Gebot der engen Auslegung sowie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergibt sich auch, daß die Ausnahme des Art.90 Abs.2 nur für die Tätigkeiten des Unternehmens auf dem Markt gelten kann, auf dem es seine besondere Aufgabe erfüllt.

⁴⁵ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* ("Importmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5699, Rn 51-64; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* ("Import- und Exportmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5789, Rn 53-60; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität"), Slg.1997, I-5815, Rn 94-107.

Rechtsprechung die Schaffung und Wahrung eines einheitlichen Binnenmarktes, die Einhaltung der Wettbewerbsregeln sowie das Diskriminierungsverbot. Im Rahmen des Musterverfahrens *Ruhrgas+Thyssengas*⁴⁶ hat die Generaldirektion IV (Wettbewerb) in einem an das Bundeskartellamt gerichteten Unterstützungsschreiben schon im Dezember 1994 verdeutlicht, daß sich das Interesse der Gemeinschaft auf die Schaffung eines Energiebinnenmarktes richtet, in dem die Waren Gas (und Elektrizität) im Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten ebenso frei verteilt werden können wie andere Güter. Dies ergibt sich schon daraus, daß der EG-Vertrag, auch in seiner Auslegung durch den EuGH, keine Bereichsausnahme für den Energiesektor kennt.

VI. Die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des Art.90 Abs.2

Da es sich bei Art.90 Abs.2 um eine Ausnahme von den Grundvorschriften des EG-Vertrags handelt, obliegt es demjenigen, der sich auf diese Bestimmung beruft, den Nachweis zu führen, daß ihr Tatbestand erfüllt ist⁴⁷. Dies hat der Gerichtshof auch in seinen Urteilen vom 23.Oktober 1997⁴⁸ noch einmal deutlich gesagt. Dieselben Urteile haben jedoch der Beweislast der Mitgliedstaaten, die sich mittels Art.90 Abs.2 gegen die Abschaffung ihrer Import-/Exportmonopole verteidigten, Grenzen gesetzt⁴⁹.

1. Die Urteile vom 23.Oktober 1997

Die Kommission verfolgte mit ihren Vertragsverletzungsverfahren nach Art.169 EGV die vollständige Aufhebung der genannten Monopole mit der Begründung, daß diese gegen Art.37, 30, 34 verstießen und weder nach Art.36 noch nach Art. 90 Abs.2 zu rechtfertigen seien. Der Gerichtshof erkannte eine Verletzung der Spezialvorschrift

⁴⁶ Siehe hierzu auch oben Punkt B.III.1.

⁴⁷ Siehe z.B. EuG U. v. 19.6.1997, Rs T-260/94, *Air Inter / Kommission*, Slg.1997, II-997, Rn 138-141.

⁴⁸ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* ("Importmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5699, Rn 51; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität"), Slg.1997, I-5815, Rn 94.

⁴⁹ Hierzu ausführlich: *Dohms/Levasseur*, Competition Policy Newsletter, 1998 Number 1 February, pp. 18-25.

des Art.37, ließ die generelleren Normen der Art.30, 34 einschließlich des Art.36 beiseite⁵⁰ und konzentrierte sich in der Rechtfertigungsfrage allein auf Art.90 Abs.2.

Der EuGH stellte hierbei zunächst fest, daß die angestrebte Aufhebung der Ausschließlichkeitsrechte offenkundig wesentliche Änderungen in der Verwaltung der nationalen Elektrizitäts- und Gasversorgungssysteme und der Bedingungen bewirken werde, unter denen die jeweils betrauten Unternehmen die ihnen übertragenen besonderen Aufgaben erfüllten⁵¹. Die angegriffenen Mitgliedstaaten hatten in jeder Phase des Verfahrens⁵² konkrete wirtschaftliche Gründe dafür dargelegt, warum in ihren Augen die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen bei Abschaffung der Monopole ihre besondere Aufgabe nicht mehr unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen erfüllen könnten. Die Kommission hingegen war auf diese Argumente kaum eingegangen und hatte sich über weite Strecken auf rein rechtliche Argumente zurückgezogen, insbesondere darauf, daß Art.90 Abs.2 auf staatliche Maßnahmen, die gegen die Binnenmarktregeln des EG-Vertrags verstoßen, überhaupt nicht anwendbar sei. Erst im Stadium der Gegenerwiderung zur Erwiderung der Mitgliedstaaten auf die Klageschrift hatte die Kommission in allgemeiner Form die bereits oben erwähnten weniger

⁵⁰ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 13-25; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 10-34; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 27-42.

⁵¹ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 54-55; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 51; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 97-98.

⁵² Aufforderungsschreiben der Kommission, Antwort der Mitgliedstaaten hierauf, begründete Stellungnahme der Kommission, Antwort der Mitgliedstaaten hierauf, Klageschrift der Kommission, Erwiderung der Mitgliedstaaten, Gegenerwiderung der Kommission. EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 44-50; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 45-52; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 90-93.

wettbewerbsbeschränkenden Alternativen zu den streitigen Monopolrechten aufgezählt, jedoch ohne die Besonderheiten des jeweiligen nationalen Energieversorgungssystems zu berücksichtigen und ohne konkret geprüft zu haben, ob diese Alternativen dem betrauten Unternehmen die Erfüllung seiner im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben erlaubten⁵³.

Vor diesem Hintergrund ließ der Gerichtshof den Vortrag der Mitgliedstaaten genügen und urteilte, die Beweislast eines Mitgliedstaates gehe nicht so weit, positiv belegen zu müssen, daß keine andere vorstellbare, der Natur der Sache nach hypothetische Maßnahme es erlaube, die Erfüllung der besonderen Aufgaben des betrauten Unternehmens unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen sicherzustellen⁵⁴. Aufgrund ihrer Pflicht zum Nachweis der Vertragsverletzung müsse vielmehr die Kommission dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefern, anhand derer er das Vorliegen einer Vertragsverletzung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, finanzieller und sozialer Gesichtspunkte beurteilen könne⁵⁵. Dies habe die Kommission versäumt.

Aus allen diesen Gründen weigerte sich der Gerichtshof, zu beurteilen, ob die betroffenen Mitgliedstaaten mit der Gewährung und Beibehaltung der ausschließlichen Rechte die Grenzen dessen überschritten hatten, was erforderlich ist, um den betrauten

⁵³ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 56-57; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 52-53; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 99-100.

⁵⁴ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 58; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 54; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 101.

⁵⁵ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 59-63; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 55-59; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 102-106.

Unternehmen die Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen⁵⁶. Die Urteile zeigen aber, daß dieser Mangel überwunden werden kann, wenn die nachfolgende Prüfung von Satz 2 des Art.90 Abs.2 ergibt, daß einer Ausnahme von den Vertragsregeln ein überwiegendes Gemeinschaftsinteresse entgegensteht⁵⁷.

Hinsichtlich der Entwicklung des Handelsverkehrs iSv. Satz 2 hatten die betroffenen Mitgliedstaaten darauf hingewiesen, daß es trotz der Import-/Exportmonopole einen umfangreichen Austausch an Strom und Gas mit anderen Mitgliedstaaten gebe⁵⁸. Hierzu urteilte der Gerichtshof, daß es angesichts dieser Hinweise der Kommission oblag, im Rahmen des Nachweises der Vertragsverletzung unter der Kontrolle des Gerichtshofes das Interesse der Gemeinschaft zu definieren, an dem die Entwicklung des Handels zu messen ist⁵⁹. Der Gerichtshof verdeutlichte somit auch an dieser Stelle, daß es jedenfalls im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nicht seine Aufgabe sei, im konkreten Einzelfall eine Definition des Gemeinschaftsinteresses zu entwickeln,

⁵⁶ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 64; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 60; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 107.

⁵⁷ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 65; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 61; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, 5847, Rn 108.

⁵⁸ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 66; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 62; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 109-110.

⁵⁹ EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* (“*Importmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5699, Rn 69; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* (“*Import- und Exportmonopol Elektrizität*”), Slg.1997, I-5789, Rn 65; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* (“*Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*”), Slg.1997, I-5815, Rn 113.

sondern er nur die nachträgliche Kontrolle über die von anderer Seite ausgearbeiteten Umschreibungen des Gemeinschaftsinteresses ausüben wolle⁶⁰.

2. Die Konsequenzen aus den Urteilen vom 23.10.1997

Bei der Analyse der Konsequenzen der Urteile vom 23.10.1997 ist nach den verschiedenen Verfahrensarten und Verfahrensbeteiligten zu unterscheiden⁶¹.

a) Vertragsverletzungsverfahren der Kommission

Wirtschaftliche Argumente, die die Mitgliedstaaten im Rahmen des Art 90 Abs.2 zu ihrer Verteidigung vorbringen, wird die Kommission mit wirtschaftlichen Gegenargumenten zu entkräften haben, wenn sie das Risiko einer Klageabweisung vermeiden will. Hierbei ist jedoch nicht anzunehmen, daß der Gerichtshof von der Kommission verlangt, prophylaktisch wirtschaftliche Argumentationen bereits vorzubringen, wenn und soweit der Mitgliedstaat dies seinerseits noch gar nicht getan hat. Insofern bleibt es bei der zuvor dargestellten Grundregel über die Berufung auf Art.90 Abs.2 und die Darlegungslast. Die Kommission hat somit nur eine Pflicht zur Reaktion und zum angemessenen Eingehen auf vorgebrachte Argumente.

⁶⁰ Allerdings nahm sich der Gerichtshof die Freiheit, der Kommission auf den konkreten Einzelfall bezogene Anforderungen zu stellen, die eine akzeptable Definition des Gemeinschaftsinteresses erfüllen müsse: Angesichts der ausdrücklichen Beschränkung der Vertragsverletzungsverfahren auf Import- und Exportmonopole und der Aussparung anderer Rechte namentlich in bezug auf Fortleitung und Abgabe, hätte die Kommission aufzeigen müssen, wie in Ermangelung einer einschlägigen Gemeinschaftspolitik eine Entwicklung des unmittelbaren Austausches zwischen Erzeugern und Verbrauchern neben dem Austausch zwischen den großen Netzen namentlich angesichts der derzeitigen Fortleitungs- und Abgabekapazitäten und -modalitäten und ohne ein Zugangsrecht der Erzeuger und Verbraucher zu den Fortleitungs- und Abgabernetzen möglich wäre. Siehe hierzu EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* ("Importmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5699, Rn 71; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-158/94, *Kommission / Italien* ("Import- und Exportmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5789, Rn 67; EuGH U. v. 23.10.1997, Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität"), Slg.1997, I-5815, Rn 115.

⁶¹ Hierzu: *Dohms/Levasseur*, Competition Policy Newsletter, 1998 Number 1 February, pp. 23-25.

Soweit es auf die Schranke des Gemeinschaftsinteresses nach Art.90 Abs.2 Satz 2 ankommt, haben die Urteile vom 23.10.1997 es den Mitgliedstaaten relativ einfach gemacht, ihre Darlegungs- und Beweislast zu erfüllen. Dies mag daran liegen, daß die Tatbestandsmerkmale des Satzes 2 externe und abstrakte Kriterien enthalten, denen die Mitgliedstaaten und die betrauten Unternehmen naturgemäß weniger nahe stehen, als denen des Satzes 1, der sich direkt auf die gemeinwirtschaftliche Tätigkeit bezieht. Da der Gerichtshof sich weigert, im konkreten Einzelfall selbst eine Definition des Gemeinschaftsinteresses zu entwickeln, wird diese Aufgabe in Zukunft in bestimmtem Ausmaß der Kommission in ihrer Antwort auf das Vorbringen der Mitgliedstaaten zukommen.

Fraglich ist jedoch, inwieweit der EuGH mit seinen Urteilen vom 23.10.1997 einen generellen Unwillen ausdrücken wollte, in Ermangelung gesetzlicher Regelungen zur Liberalisierung eines Wirtschaftssektors über dessen Öffnung für den Wettbewerb anhand von Einzelfallentscheidungen zu Art.90 Abs.2 zu befinden⁶². Der Hinweis des EuGH, daß die Kommission in Ausübung ihrer Befugnis nach Art.90 Abs.3 auch das Gemeinschaftsinteresse definieren könne, könnte in diesem Sinne verstanden werden. Andererseits kann selbst der Gerichtshof der Kommission nicht vorschreiben, mit welchen Instrumenten sie die Liberalisierung eines Wirtschaftssektors anpackt. Der Weg über die Einzelfallbehandlung per Vertragsverletzungsverfahren bleibt somit offen, wenn die Kommission in Zukunft angemessen darauf reagiert, daß Darlegungs- und Beweislastanforderungen nach Art.90 Abs.2 von der Seite der Mitgliedstaaten auf die Seite der Kommission „hinüberpendeln“ können. Die Haltung des EuGH in seinen Urteilen vom 23.10.1997 dürfte damit zu erklären sein, daß es in dem Zeitpunkt, der für die zu beurteilende Sach- und Rechtslage entscheidend war (Anfang 1994)⁶³, keine den Strom- und Gassektor betreffenden Legislativakte oder Einzelentscheidungen der

⁶² Hierzu ausführlich: *Lecheler/Gundel*, RdE Nr.3/1998, S. 92, 94 ff.

⁶³ Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Ablauf der Frist, den die Kommission in ihrer begründeten Stellungnahme dem Mitgliedstaat gesetzt hat.

Gemeinschaftsorgane gab, aus denen der Gerichtshof das Gemeinschaftsinteresse für die zu entscheidenden Fälle mit hinreichender Sicherheit hätte ableiten können⁶⁴.

b) Andere Verfahren

Wie sich die neue, anhand von Vertragsverletzungsverfahren entwickelte Rechtsprechung auf die Darlegungs- und Beweislast bei der Anwendung des Art.90 Abs.2 in anderen Verfahren auswirkt, wird erst die zukünftige Rechtsprechung zeigen. An dieser Stelle sind deshalb nur einige kurze Überlegungen angezeigt.

Die wichtigsten sonstigen Verfahren, an denen die Kommission als Partei beteiligt ist, entstehen durch Klagen gegen Kommissionsentscheidungen, die Mitgliedstaaten gegen auf Art.90 Abs.3 gestützte Entscheidungen oder Unternehmen gegen auf Art.85 oder 86 gestützte Entscheidungen erheben. Im Rahmen der von Mitgliedstaaten angestregten Verfahren ist es allein schon wegen der Ähnlichkeit mit dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art.169 denkbar, daß der EuGH den Leitlinien seiner Urteile vom 23.10.1997 folgen würde. Aber auch in den von Unternehmen angestregten Verfahren kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Gerichtshof von dem mit einer gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung betrauten Unternehmen lediglich verlangt, substantiiert darzulegen, warum die streitige Wettbewerbsbeschränkung in seinen Augen erforderlich erscheint, um seine besondere Aufgabe erfüllen zu können. Das betraute Unternehmen hätte dann nicht nachzuweisen, daß es keine andere, weniger wettbewerbsbeschränkte Maßnahme gibt, die ihm die Erfüllung dieser besonderen Aufgabe ermöglicht. Gleichmaßen könnte der Gerichtshof begrenzte Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Unternehmens hinsichtlich des Gemeinschaftsinteresses stellen und der Kommission insbesondere die Definition des Gemeinschaftsinteresses im konkreten Fall überlassen. Allerdings hätte die Kommission wegen der grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten und Unternehmen verbleibenden Darlegungs- und Beweislast in allen angesprochenen Verfahren nur die Pflicht zu angemessenen Reaktionen, in dem Zeitpunkt und in dem Ausmaß, in dem die Angegriffenen eine auf Art.90 Abs.2 gestützte Argumentation vorbringen.

⁶⁴ Insbesondere waren die Binnemarktrichtlinien Strom (vom 19.12.1996) und

Verfahren, an denen die Kommission nicht als Partei beteiligt ist, sind insbesondere zivilrechtliche Streitigkeiten über die Anwendung der Art.85 oder 86, wettbewerbsverwaltungsrechtliche Streitigkeiten eines Unternehmens gegen die auf Art.85 Abs.1 oder 86 gestützte Verfügung einer nationalen Kartellbehörde oder verwaltungsrechtliche Streitigkeiten einzelner gegen den Staat wegen Verletzung mitgliedstaatlicher Pflichten z.B. nach den Binnenmarktregeln des EG-Vertrags. Diese Streitigkeiten werden vor den innerstaatlichen Gerichten ausgetragen, die auch zur unmittelbaren Anwendung des Art.90 Abs.2 berufen sind. Stellen sich dem nationalen Gericht zu dieser Vorschrift Auslegungsfragen, deren Lösung entscheidungserheblich ist, so kann es sein Verfahren aussetzen und diese Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung (Art.177 EGV) vorlegen; letztinstanzliche Gerichte müssen grundsätzlich⁶⁵ vorlegen. Der Funktion dieses Verfahrens entsprechend wird der EuGH sich dabei auf die Auslegung der Tatbestandsmerkmale beschränken und deren Verifizierung sowie die Anwendung des Art.90 Abs.2 Satz 1 im konkreten Einzelfall dem vorlegenden Gericht überlassen. Dieses hat beim Erlaß seines Urteils die Auslegungsentscheidung des EuGH zu beachten und kann bei geschickter Fragestellung sehr deutliche Hinweise vom Gerichtshof erhalten. Allerdings hat es der EuGH bisher verstanden, eine Stellungnahme zum Gemeinschaftsinteresse zu vermeiden. Andererseits kann der EuGH dem nationalen Gericht letztlich nicht vorschreiben, welchen Tiefgang es von den Vorträgen der Parteien verlangt, um den Mut zu fassen, im Rahmen des Art.90 Abs.2 insbesondere über die Tatbestandsmerkmale der Verhinderung und des Gemeinschaftsinteresses zu entscheiden. Dies kann im Einzelfall dazu führen, das nationale Gerichte auch dort über die Anwendung dieser Vorschrift entscheiden, wo der EuGH in gleicher Lage selbst nicht entschieden hätte.

C. Künftige Entwicklungen im Energiesektor

⁶⁵ Erdgas (vom 22.6.1998) noch nicht erlassen. Siehe hierzu unten Punkt C.I.
Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Auslegungsfrage durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bereits eindeutig geklärt ist (siehe hierzu EuGH

I. Das Verhältnis des Art.90 Abs.2 zum Sekundärrecht

Die Urteile vom 23.10.1997 haben endgültig geklärt, daß Art.90 Abs.2 als rechtfertigende Ausnahme gegenüber jeglichen Bestimmungen des EG-Vertrags in Anspruch genommen werden kann. Für diese Urteile war die Sach- und Rechtslage des Jahres 1994 entscheidend⁶⁶. Inzwischen ist seit dem 19.2.1997 die Richtlinie über den Strombinnenmarkt⁶⁷ in Kraft, während die Gasbinnenmarktrichtlinie⁶⁸ am 10.08.1998 in Kraft getreten ist. In der künftigen Entwicklung wird es somit auch darum gehen, das Verhältnis des Art.90 Abs.2 zu diesen sekundärrechtlichen Vorschriften zu klären. Hierbei sind zwei Aspekte zu unterscheiden:

1. Die Berufung auf Art.90 Abs.2 gegenüber Sekundärrecht

Zum einen ist es wegen der Normenhierarchie theoretisch denkbar, daß der Anwendung von Sekundärrecht, welches der Liberalisierung dient, durch die Berufung auf Art.90 Abs.2 Schranken gesetzt werden. In bezug auf die Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas darf diese Möglichkeit jedoch als irrelevant eingestuft werden. Dies nicht nur, weil beide Richtlinien die Mitgliedstaaten nur zu einer begrenzten Marktöffnung verpflichten, sondern auch, weil sich die Mitgliedstaaten unter Berufung auf gemeinwirtschaftliche Pflichten, die sie den Energieversorgungsunternehmen auferlegt haben, den Liberalisierungsregelungen der Richtlinien in großem Umfang entziehen können. Die Bedingungen dieser Ausnahmeregelungen sind weitgehend dem Wortlaut des Art.90 Abs.2 nachgebildet⁶⁹.

U. v. 6.10.1982, Rs 283/81, *CILFIT*, Slg.1982, 3415, Rn 14.) Dies wird aber gerade im Bereich des Art.90 Abs.2 noch für längere Zeit selten der Fall sein.

⁶⁶ Siehe oben Fn 63.

⁶⁷ Richtlinie Nr 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, AB1.1997 L 27/20.

⁶⁸ Richtlinie Nr.98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.06.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, AB1.1998 L 204/1.

⁶⁹ Siehe Art.3 Abs.2 und 3 der Strombinnenmarktrichtlinie sowie Art.3 Abs.2 und 3 (und hinsichtlich der Netzzugangsregelung Art.17 Abs.1) der Erdgasbinnenmarktrichtlinie.

2. Der Einfluß des Sekundärrechts auf die Auslegung und Anwendung des Primärrechts

Wichtiger erscheint die umgekehrte Frage, inwieweit die Binnenmarktrichtlinien - und insbesondere ihre Ausnahmeregelungen unter dem Gesichtspunkt gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen - die Auslegung und Anwendung des Primärrechts beeinflussen, wenn dieses zur begleitenden oder weitergehenden Liberalisierung des Energiesektors eingesetzt wird. Diese Frage betrifft die Instrumente der Art.85, 86 und 90 Abs.1 genauso wie die Binnenmarktregeln des EG-Vertrags und den Art.90 Abs.2 selbst. Hierbei sind zwei Seiten zu unterscheiden:

Einerseits ist klarzustellen, daß schon aufgrund der Normenhierarchie die Binnenmarktrichtlinien mit ihrem Konzept der begrenzten und schrittweisen Liberalisierung weitergehende Marktöffnungen, die sich durch die Anwendung des Primärrechts erreichen lassen, nicht blockieren können⁷⁰. Allerdings läßt sich nicht ausschließen, daß die sekundärrechtlichen Regeln auf informelle Weise restriktiven Einfluß auf die Interpretation des Primärrechts durch die Behörden und Gerichte nehmen.

Andererseits tragen die Binnenmarktrichtlinien zu einer Strukturierung der Energiemärkte bei, auf deren Basis die Beurteilung der Aufgabenverhinderung oder des Gemeinschaftsinteresses im Sinne von Art.90 Abs.2 den Behörden und Gerichten nun leichter fallen wird. Damit gibt es jetzt weniger Grund, Entscheidungsbefugnisse nicht auszuüben. Außerdem wirkt der hohe Stellenwert, den die Richtlinien der Versorgungssicherheit einräumen, negativen Prognosen entgegen, die voreilig zur Anwendung des Art.90 Abs.2 führen könnten. Allerdings wird in jedem Einzelfall genau zu prüfen sein, in welcher Weise der betreffende Mitgliedstaat die obligatorischen Vorschriften der Richtlinien umgesetzt hat und insbesondere, ob und

⁷⁰ Sowohl die Binnenmarktrichtlinie Strom (Erwägungsgrund 3) als auch die Binnenmarktrichtlinie Erdgas (Erwägungsgrund 6) stellen (deklaratorisch) klar, daß sie die uneingeschränkte Anwendung der Bestimmungen des EG-Vertrags,

inwieweit er die Ausnahmemöglichkeiten unter dem Gesichtspunkt der Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Diensten tatsächlich in Anspruch genommen hat. Auf diese Weise wird in Zukunft im Energiesektor ein begrenztes Wechselspiel zwischen Primärrecht und Sekundärrecht entstehen.

II. Künftige wettbewerbspolitische Problemstellungen in Energiesektor

Zum Abschluß ist noch ein Blick auf die wettbewerbspolitischen Problemstellungen zu werfen, die sich im Strom- und Gassektor in Zukunft stellen werden.

Obwohl die Binnenmarktrichtlinien die Mitgliedstaaten nur zu einer begrenzten und zeitlich abgestuften Marktöffnung verpflichten, haben sie den Anstoß zu einem grundlegenden Klimawechsel gegeben. Alle Anbieter von Strom- und Erdgas bereiten sich nun ernsthaft auf einen umfassenden Wettbewerb in ihren bisher weitgehend monopolisierten Märkten vor, und die Nachfrager stellen entsprechende Forderungen. Hierdurch entstehen spezifische neue Aufgaben für das Wettbewerbsrecht des EG-Vertrags. Zwei Problemkreise sollen hier herausgegriffen werden:

1. Durchleitungsfragen

Aufgrund der Leitungsgebundenheit der Strom- und Gasversorgung und der Unwirtschaftlichkeit des Aufbaus flächendeckender Parallelnetze geht es in erster Linie um den Drittzugang zu den bestehenden Netzen zu angemessenen Bedingungen. Konfliktpotential besteht insbesondere dort, wo dieser Netzzugang den Wettbewerb zwischen Durchleitungsbegehrendem und Durchleitungsgewährendem um Kunden des letzteren eröffnen soll. Die Binnenmarktrichtlinien bieten ein grundlegendes System für den Netzzugang selbst, einschließlich eines Interessenausgleichs im Falle der Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen. Darüber hinaus ist in geeigneten Fällen an die Anwendung des Primärrechts, insbesondere des Art.86, unter

insbesondere der Bestimmungen über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, nicht berühren.

dem Gesichtspunkt des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung („essential facility“⁷¹) zu denken. An dieser Stelle kann Art.90 Abs.2 ins Spiel kommen.

Problematisch ist weiterhin die Frage der angemessenen Höhe von Durchleitungspreisen und des Verfahrens zu ihrer Ermittlung. Auch die Binnenmarktrichtlinien bieten in der gegenwärtigen Anfangsphase, in der noch keine Vergleichsmöglichkeiten bestehen, wenig Anhaltspunkte. Abschreckend hohe oder diskriminierend angewandte Durchleitungspreise und Vereinbarungen hierüber können die Marktöffnungswirkungen der Richtlinien frustrieren. Sie können darüber hinaus zu Verletzungen der Art.86 bzw. 85 führen, wenn Unternehmen selbständig handeln, oder sie können Verletzungen der Binnenmarktregeln des EG-Vertrags und der allgemeinen Loyalitätspflicht nach Art.5 EG-Vertrag darstellen, falls Mitgliedstaaten regulatorisch tätig werden. Soweit die handelnden Unternehmen, Unternehmensverbände oder Mitgliedstaaten die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten, mit denen sie selbst betraut sind oder mit denen sie Unternehmen betraut haben, zur Rechtfertigung ihres Verhaltens vortragen, gelten die bereits dargestellten Prinzipien der Auslegung von Art.90 Abs.2, einschließlich seiner Wechselbeziehung mit den entsprechenden Regelungen in den Binnenmarktrichtlinien. In Deutschland endet dieser Teil der Diskussion aber - wie bereits dargelegt - schon beim fehlenden Merkmal der Betrauung.

2. Langfristige Strom- und Gaslieferungsverträge über große Volumina

Einen zweiten Problemkreis bilden langfristige Strom- und Gaslieferungsverträge über große Volumina. Sie können einerseits den Abnehmern Versorgungssicherheit und den Anbietern Planungssicherheit verschaffen. Andererseits können solche Verträge mit einem oder wenigen Anbietern, insbesondere wenn sie den größten Teil des Bedarfs des Abnehmers abdecken, die Marktöffnungswirkungen der Elektrizitäts- und

⁷¹ Siehe hierzu insbesondere die Entscheidungen der Kommission im Transportsektor: *Sabena*, ABl.1988 L 317/47; *Aer Lingus*, ABl.1992 L 96/34; *Sealink* („*Holyhead I*“), [1992] 5 CMLR 255; *Sealink* („*Holyhead II*“), ABl.1994 L 15/8; Rødby, ABl.1994 L 55/52. Erörterung bei Markert, WuW 7u.8/1995, S. 560-571, sowie bei Dohms in OÖ Kraftwerke AG (Hg.), Aktuelle Probleme der Elektrizitätswirtschaft 1995, S. 35 ff, 82-93.

Gasbinnenmarktrichtlinien weitgehend vereiteln. Der Abnehmer ist dann auf Jahre hinaus praktisch nicht in der Lage, die nach den Richtlinien bestehende Wahlfreiheit hinsichtlich konkurrierender Versorgungsquellen auszuüben, und neuen Energieanbietern ist der Zugang zum Markt weitgehend versperrt. Eine der Aufgaben des nationalen und des EG-Wettbewerbsrechts wird es daher in Zukunft sein, zu verhindern, daß die Liberalisierungswirkungen der Richtlinien auf diese Weise ins Leere laufen.

Bei der wettbewerbsrechtlichen Behandlung dieser Problematik wird es zum einen um eine Grenzziehung gehen: Zu klären ist, an welchem Punkt ein Energielieferungsvertrag als das Ergebnis der Kombination von Laufzeit und Abnahmevermögen von einer unbedenklichen Ausübung der allgemeinen Vertragsfreiheit in eine von Art.85 Abs.1 erfaßte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder einen von Art.86 erfaßten Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung umschlägt.

Außerdem ist zu fragen, inwieweit festgestellte Wettbewerbsbeschränkungen unter den erwähnten Aspekten der Versorgungs- und Planungssicherheit gerechtfertigt werden können. Dieser letzte Gesichtspunkt bietet für Unternehmen, die mit gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen betraut sind, den Ansatzpunkt für eine auf Art.90 Abs.2 gestützte Verteidigung. Für Deutschland ist hier allerdings wiederum auf die fehlende Betrauung hinzuweisen.

D. Schlußbemerkungen und Ausblick

Im Zuge der jetzt angelaufenen Öffnung und Umgestaltung der Energieversorgungsmärkte wird die Zahl der wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten anwachsen und sowohl die Zivilgerichte als auch Wettbewerbsbehörden zunehmend beschäftigen. Damit gewinnt auch die Zusammenarbeit der Kommission mit den Zivilgerichten und nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung der Art.85

und 86 an Bedeutung. Die Kommission hat hierzu zwei Bekanntmachungen⁷² veröffentlicht, die die praktische Wirksamkeit dieser Vorschriften erhöhen sollen und Wege zu einer sinnvollen Arbeitsteilung weisen. Die Musterverfahren des Bundeskartellamts im deutschen Energieversorgungssektor dürfen als gelungenes Beispiel einer solchen Zusammenarbeit gelten.

Des weiteren werden Wettbewerbshüter in den bevorstehenden Streitigkeiten einer klaren ordnungspolitischen Orientierung bedürfen. Die weitgehende Übereinstimmung der Kommission mit dem Bundeskartellamt in Grundsatzfragen ist stets die Basis der erfolgreichen Zusammenarbeit gewesen. Wir haben daher allen Grund, die gemeinsame Linie auch künftig fortzusetzen.

⁷² 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, ABl.1993 C 39/6; Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Artikel 85 oder 86 EG-Vertrag, ABl.1997, C 313/3.