

Schriften zum Europäischen Recht

Band 28

**Das Europäische
Gemeinschaftsrecht und die
öffentlichen Unternehmen**

**Die Kompetenz der Kommission aus
Art. 90 Abs. 3 EG-Vertrag und ihre Anwendung
auf die Elektrizitätswirtschaft**

Von

Günter Wilms



Duncker & Humblot · Berlin

GÜNTER WILMS

**Das Europäische Gemeinschaftsrecht
und die öffentlichen Unternehmen**

Schriften zum Europäischen Recht

**Herausgegeben von
Siegfried Magiera und Detlef Merten**

Band 28

Das Europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen

**Die Kompetenz der Kommission aus
Art. 90 Abs. 3 EG-Vertrag und ihre Anwendung
auf die Elektrizitätswirtschaft**

**Von
Günter Wilms**



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wilms, Günter:

Das Europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen
Unternehmen : die Kompetenz der Kommission aus Art. 90
Abs. 3 EG-Vertrag und ihre Anwendung auf die
Elektrizitätswirtschaft / von Günter Wilms. – Berlin : Duncker
und Humblot, 1996

(Schriften zum europäischen Recht ; Bd. 28)

Zugl.: Speyer, Hochsch. für Verwaltungswiss., Diss., 1995/96

ISBN 3-428-08787-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0937-6305

ISBN 3-428-08787-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer im Wintersemester 1995/96 als Dissertation angenommen worden. Für die Veröffentlichung wurde sie geringfügig überarbeitet und ergänzt. Die vertretenen Auffassungen spiegeln ausschließlich die Meinung des Autors wider.

Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Forschungsreferent am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer im Rahmen des Forschungsprojektes "Die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrages auf öffentliche Unternehmen". Literatur, Rechtsprechung und Dokumente der Gemeinschaftsinstitutionen wurden bis Dezember 1994 berücksichtigt. Dem Projektleiter und Betreuer meiner Dissertation, Herrn Prof. Dr. *Siegfried Magiera*, gilt mein herzlicher Dank und höchste Anerkennung für die wohlwollende Unterstützung, konstruktive Kritik sowie die stete Gesprächsbereitschaft, mit der er die Arbeit in jeder Phase begleitet hat.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich Herrn Dr. *Matthias Niedobitek* für viele fruchtbare Diskussionen und fachliche Hilfestellungen. Frau *Elisabeth Lerchenmüller*, Sekretärin am Forschungsinstitut, danke ich dafür, daß sie die Arbeit mit viel Geduld in ihre endgültige Form gebracht hat.

Danken möchte ich darüber hinaus den Kolleginnen und Kollegen an der Hochschule und am Forschungsinstitut für die angenehme Zusammenarbeit.

Schließlich gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. *Heinrich Siedentopf* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und den Herren Professoren Dr. *Siegfried Magiera* und Dr. Dr. *Detlef Merten* für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe.

Inhaltsübersicht

Einleitung	27
<i>1. Teil</i>	
Die Praxis von Kommission und Gerichtshof zu Art. 90 Abs. 3 EGV	30
A. Entscheidungen	30
I. Griechische Versicherungen	30
II. Spanische Tarifiermäßigungen im Luft- und Seeverkehr	34
III. Eilkurierdienstleistungen in den Niederlanden	38
IV. Eilkurierdienstleistungen in Spanien	44
V. Zugang zum Hafen von Rødby	48
B. Richtlinien	52
I. Transparenz-Richtlinie	52
II. Endgeräte-Richtlinie	65
III. Dienstleistungs-Richtlinie	81
<i>2. Teil</i>	
Voraussetzungen und Grenzen der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV	91
A. Zweck und Ziel der Aufnahme des Art. 90 in den EGV	91
I. Entstehungsgeschichte des Art. 90 EGV	92
II. Die Grundregel des Art. 90 Abs. 1 EGV	92
III. Die Ausnahmegesetzgebung des Art. 90 Abs. 2 EGV	99
IV. Durchsetzung der Ziele durch die Kompetenzvorschrift des Art. 90 Abs. 3 EGV	101
V. Zusammenfassung	104
B. Materielle Voraussetzungen und Grenzen der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV	105

I. Anwendungsbereich des Art. 90 Abs. 1 EGV	105
II. Die Ausnahmevorschrift des Art. 90 Abs. 2 EGV	129
III. Materielle Voraussetzungen und Grenzen aus Art. 90 Abs. 3 EGV selbst	153
C. Formelle Voraussetzungen und Grenzen der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV	163
I. Grenzen der Zuständigkeit der Kommission	163
II. Anforderungen an das Verfahren zum Erlaß einer Kommissionsmaßnahme nach Art. 90 Abs. 3 EGV	175
D. Verhältnis der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV zu anderen Kompetenzvorschriften des EG-Vertrages	179
I. Verhältnis der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV zu anderen Kompetenzen der Kommission	179
II. Verhältnis der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV zu Kompetenzen des Rates und des Europäischen Parlamentes	193

3. Teil

Die Anwendung der Kompetenz aus Art. 90 Abs. 3 EGV auf die Elektrizitätswirtschaft in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft 203

A. Die Anwendung des Art. 90 Abs. 3 EGV auf die wettbewerbsrechtliche Privilegierung der deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen durch § 103 Abs. 1 GWB	204
I. Die wettbewerbsrechtliche Stellung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland	204
II. Die rechtliche Bewertung der Privilegierung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen an den Maßstäben des Art. 90 Abs. 1 EGV	207
III. Die Anwendung des Art. 90 Abs. 2 EGV auf die wettbewerbsrechtliche Privilegierung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen	216
IV. Materielle Voraussetzungen und Grenzen aus Art. 90 Abs. 3 EGV selbst	219
V. Formelle Voraussetzungen	220

B.	Öffnung der Elektrizitätsmärkte in der Gemeinschaft für den Wettbewerb durch eine Kommissionsmaßnahme nach Art. 90 Abs. 3 EGV	226
	I. Faktischer Hintergrund	227
	II. Materielle Voraussetzungen	228
	III. Formelle Voraussetzungen	232
	IV. Rechtspolitische Fragen	241
C.	Zusammenfassung und Ergebnis	243
	Literaturverzeichnis	244
	Sachwortverzeichnis	270

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
<i>1. Teil</i>	
Die Praxis von Kommission und Gerichtshof zu Art. 90 Abs. 3 EGV	30
A. Entscheidungen	30
I. Griechische Versicherungen	30
1. Gegenstand der Entscheidung	30
2. Hintergrund der Entscheidung	31
3. Rechtliche Bewertung der Kommission	31
a) Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	31
b) Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen (Art. 90 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 52 ff., 5 Abs. 2, 3 lit. g) EGV)	32
4. Urteil des Gerichtshofs	33
5. Folgen des Urteils	34
II. Spanische Tarifiermäßigungen im Luft- und Seeverkehr	34
1. Gegenstand der Entscheidung	34
2. Hintergrund der Entscheidung	35
3. Rechtliche Bewertung der Kommission	35
a) Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	35
b) Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen (Art. 90 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 6 EGV)	36
4. Kritik an der Entscheidung	36
5. Folgen der Entscheidung	37
III. Eilkurierdienstleistungen in den Niederlanden	38
1. Gegenstand der Entscheidung	38
2. Hintergrund der Entscheidung	38
3. Rechtliche Bewertung der Kommission	39
a) Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV)	39

b) Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen (Art. 90 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 86 EGV)	39
c) Befreiung nach Art. 90 Abs. 2 EGV	42
4. Urteil des Gerichtshofs	42
a) Materielle Voraussetzungen für eine Entscheidung nach Art. 90 Abs. 3 EGV	43
b) Formelle Voraussetzungen für eine Entscheidung nach Art. 90 Abs. 3 EGV	44
IV. Eilkurierdienstleistungen in Spanien	44
1. Gegenstand der Entscheidung	44
2. Hintergrund der Entscheidung	45
3. Rechtliche Bewertung der Kommission	45
a) Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	46
b) Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen (Art. 90 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 86 EGV)	46
c) Befreiung nach Art. 90 Abs. 2 EGV	47
V. Zugang zum Hafen von Rødby	48
1. Gegenstand der Entscheidung	48
2. Hintergrund der Entscheidung	48
3. Rechtliche Bewertung der Kommission	49
a) Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	49
b) Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen (Art. 90 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 86 EGV)	49
c) Befreiung nach Art. 90 Abs. 2 EGV	50
4. Kritik an der Entscheidung	51
B. Richtlinien	52
I. Transparenz-Richtlinie	52
1. Hintergrund der Richtlinie	52
a) Die faktische Situation	52
b) Ziel der Richtlinie	53
2. Rechtliche Bewertung der Kommission	55
a) Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	55
b) Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen (Art. 90 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 92, 93 EGV)	56
3. Überblick über den Inhalt der Richtlinie	57
4. Urteil des Gerichtshofs	58
a) Definition der öffentlichen Unternehmen	58
b) Kompetenz der Kommission	59

c) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	60
d) Einhaltung des Diskriminierungsverbotes	61
5. Bewertung der Transparenz-Richtlinie und des Urteils Gerichtshofs	62
a) Definition der öffentlichen Unternehmen	62
b) Natur und Grenzen der Kompetenz der Kommission aus Art. 90 Abs. 3 EGV	62
c) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	63
d) Einhaltung des Diskriminierungsverbotes	64
II. Endgeräte-Richtlinie	65
1. Hintergrund der Richtlinie	65
a) Die faktische Situation	65
b) Ziel der Richtlinie	66
2. Rechtliche Bewertung der Kommission	67
a) Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	67
b) Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen (Art. 90 in Verbindung mit Art. 30, 37, 86 Abs. 2 EGV)	68
c) Befreiung nach Art. 90 Abs. 2 EGV	69
d) Kompetenz zum Erlaß der Richtlinie	69
3. Überblick über den Inhalt der Richtlinie	69
4. Urteil des Gerichtshofs	72
a) Kompetenz der Kommission	72
aa) Allgemeine Einwendungen	72
bb) Verhältnis von Art. 90 Abs. 3 EGV zu Art. 87 und Art. 100 a EGV	72
b) Einzelne Regelungen der Richtlinie	73
aa) Aufhebung der ausschließlichen Rechte gemäß Art. 2 der <i>Endgeräte-Richtlinie</i>	73
bb) Aufhebung der besonderen Rechte gemäß Art. 2 der <i>Endgeräte-Richtlinie</i>	74
cc) Schaffung einer unabhängigen Zulassungsstelle gemäß Art. 6 der <i>Endgeräte-Richtlinie</i>	74
dd) Kündigung der Miet- und Wartungsverträge ge- mäß Art. 7 der <i>Endgeräte-Richtlinie</i>	75
5. Bewertung der Endgeräte-Richtlinie und des Urteils des Gerichtshofs	76
a) Auslegung der Kompetenz der Kommission aus Art. 90 Abs. 3 EGV	76
b) Aufhebung des Art. 7 der <i>Endgeräte-Richtlinie</i>	79
c) Schlußfolgerungen	80
III. Dienstleistungs-Richtlinie	81

1. Hintergrund der Richtlinie	81
a) Die faktische Situation	81
b) Ziel der Richtlinie	82
2. Rechtliche Bewertung der Kommission	82
a) Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	82
b) Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen (Art. 90 EGV in Verbindung mit Art. 59, 86 EGV)	83
c) Befreiung nach Art. 90 Abs. 2 EGV	84
3. Überblick über den Inhalt der Richtlinie	84
4. Urteil des Gerichtshofs	86
a) Kompetenz der Kommission	86
aa) Allgemeine Einwendungen	86
bb) Verhältnis des Art. 90 Abs. 3 EGV zu Art. 87 und 100 a EGV	86
b) Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 59 EGV	87
c) Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 90 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 86 EGV	87
d) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	88
e) Einhaltung des Begründungserfordernisses	88
f) Prüfung des Art. 8 der <i>Dienstleistungs-Richtlinie</i>	89
5. Bewertung der Dienstleistungs-Richtlinie und des Urteils des Gerichtshofs	89

2. Teil

Voraussetzungen und Grenzen der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV 91

A. Zweck und Ziel der Aufnahme des Art. 90 in den EGV	91
I. Entstehungsgeschichte des Art. 90 EGV	92
II. Die Grundregel des Art. 90 Abs. 1 EGV	93
1. Verhinderung der Umgehung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln durch Art. 90 Abs. 1 EGV	94
a) Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln	94
b) Besondere Gefahren für den freien Wettbewerb bei privilegierten Unternehmen	96
c) Gleichbehandlung privilegierter und nichtprivilegierter Unternehmen	97
2. Verhinderung der Umgehung staatsgerichteter Vertragsvorschriften durch die Mitgliedstaaten	97

III. Die Ausnahmevorschrift des Art. 90 Abs. 2 EGV	99
IV. Durchsetzung der Ziele durch die Kompetenzvorschrift des Art. 90 Abs. 3 EGV	101
1. Art. 90 Abs. 3 EGV als "funktionelles <i>unbundling</i> "	102
2. Gleichbehandlung von Mitgliedstaaten und Unternehmen ..	104
V. Zusammenfassung	104
B. Materielle Voraussetzungen und Grenzen der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV	105
I. Anwendungsbereich des Art. 90 Abs. 1 EGV	105
1. Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	105
a) Begriff des Unternehmens	105
b) Abgrenzung zu nichtwirtschaftlichen Aktivitäten	107
c) Rechtssubjektivität	109
d) Abgrenzung zu hoheitlichem Handeln	109
e) Zusammenfassung	112
2. Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	113
3. Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	114
4. Entbehrlichkeit einer Abgrenzung zwischen öffentlichen und privilegierten Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	119
5. Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	121
a) Urheber der Maßnahmen	121
b) Adressat der Maßnahmen	121
c) Rechtsnatur der Maßnahmen	122
d) Arten von Maßnahmen	125
aa) Unmittelbare Verletzungen	125
bb) Mittelbare Verletzungen	126
e) Akzessorietät der staatlichen Maßnahme	127
II. Die Ausnahmevorschrift des Art. 90 Abs. 2 EGV	129
1. Unternehmen im Sinne des Art 90 Abs. 2 Satz 1 EGV	130
2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art 90 Abs. 2 EGV	131
a) Begriffsbestimmung <i>ratione materiae</i>	131
b) Begriffsbestimmung <i>ratione personae</i>	134
3. Betrauung im Sinne des Art 90 Abs. 2 EGV	135
a) Formelle Anforderungen an die Betrauung	135
b) Materielle Anforderungen an die Betrauung	137

4.	Verhinderung der Aufgabenerfüllung	138
a)	Tatsächliche oder rechtliche Verhinderung	138
b)	Verhältnismäßigkeitsprüfung	139
5.	Beweislast	141
6.	Art. 90 Abs. 2 Satz 2 EGV als absolute Schranke für eine Befreiung nach Art. 90 Abs. 2 EGV	141
7.	Zuständigkeit für die Anwendung des Art. 90 Abs. 2 EGV	145
a)	Bei Erlaß einer Kommissionsmaßnahme nach Art. 90 Abs. 3 EGV	145
b)	Unabhängig vom Erlaß einer Kommissionsmaßnahme nach Art. 90 Abs. 3 EGV	145
aa)	Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 90 Abs. 2 EGV in Verbindung mit unmittelbar anwendbaren Normen des Gemeinschaftsrechts	145
bb)	Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 90 Abs. 2 EGV in Verbindung mit nicht unmittelbar anwendbaren Normen des Gemeinschaftsrechts	148
8.	Verfahren einer Befreiung nach Art. 90 Abs. 2 S. 1 EGV ..	149
9.	Wirkung einer Befreiung nach Art. 90 Abs. 2 S. 1 EGV ...	150
a)	Persönliche Reichweite	150
b)	Sachliche Reichweite	151
aa)	Freistellbare Sachbereiche	151
bb)	Umfang einer Befreiung	152
III.	Materielle Voraussetzungen und Grenzen aus Art. 90 Abs. 3 EGV selbst	153
1.	Adressaten einer Maßnahme nach Art. 90 Abs. 3 EGV	153
2.	Verhältnismäßigkeit der Kommissionsmaßnahme	154
a)	Geeignetheit	155
aa)	Abgrenzung nach der Regelungsdichte: Rahmen- oder Vollregelung	155
bb)	Formelle Geeignetheit: Abgrenzung nach dem Adressatenkreis	155
cc)	Materielle Geeignetheit	157
b)	Erforderlichkeit	158
aa)	Verhältnis zu unverbindlichen Maßnahmen der Kommission	158
bb)	Präventiver Erlaß von Richtlinien der Entscheidungen	161
c)	Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)	162

C. Formelle Voraussetzungen und Grenzen der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV	163
I. Grenzen der Zuständigkeit der Kommission	163
1. System der horizontalen Kompetenzverteilung im Gemeinschaftsrecht	163
a) Grundsätze der organisatorischen und funktionalen "Gewaltenteilung"	163
b) Verteilung der Kompetenzen zwischen Rat und Kommission im Rechtsetzungsverfahren	165
c) Begründung der besonderen Rolle der Kommission im Rechtsetzungsverfahren	167
d) Schlußfolgerungen für die Rechtsetzungskompetenz der Kommission nach Art. 90 Abs. 3 EGV	168
e) Ergebnis	168
2. System der vertikalen Kompetenzverteilung im Gemeinschaftsrecht	169
a) Grundsatz der Einzelermächtigung	169
b) Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne	169
aa) Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsschranke	169
bb) Ausschließliche Zuständigkeiten der Gemeinschaft als Grenze der Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips im engeren Sinne	170
cc) Die Überwachungs- und Konkretisierungsaufgabe der Kommission nach Art. 90 Abs. 3 EGV als ausschließliche Gemeinschaftskompetenz	171
dd) <i>Acquis communautaire</i> und Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne	171
c) Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Eigentumsordnung nach Art. 222 EGV	172
d) Sonstige Grenzen aus dem System der vertikalen Zuständigkeitsverteilung	173
e) Ergebnis	174
II. Anforderungen an das Verfahren zum Erlaß einer Kommissionsmaßnahme nach Art. 90 Abs. 3 EGV	175
1. Anwendbarkeit der allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze des Verwaltungsrechts	175
2. Verfahrensrechtliche Anforderungen aus dem Transparenz- und Demokratiegebot	176
a) Das Transparenz- und Demokratiegebot im Gemeinschaftsrecht	176

b) Öffentlichkeitsbeteiligung durch Grünbücher als Mittel zur Verwirklichung des Transparenzgebotes	177
aa) Wesen von Grünbüchern	177
bb) Zweck von Grünbüchern	177
cc) Bisherige Praxis im Bereich von Kommissionsmaßnahmen nach Art. 90 Abs. 3 EGV	178
D. Verhältnis der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV zu anderen Kompetenzvorschriften des EG-Vertrages	179
I. Verhältnis der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV zu anderen Kompetenzen der Kommission	179
1. Art. 90 Abs. 3 EGV und die Wettbewerbsvorschriften nach Art. 85, 86 EGV und der Verordnung Nr. 17/62	179
a) Abgrenzung der Anwendungsbereiche nach dem Adressatenkreis	179
b) Abgrenzung der Anwendungsbereiche nach dem möglichen Regelungsinhalt	181
c) Das Verhältnis der Vorschriften zueinander in Konkurrenzfällen	181
2. Art. 90 Abs. 3 EGV und das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 169 EGV	182
a) Abgrenzung der Anwendungsbereiche nach dem Adressatenkreis	182
b) Abgrenzung der Anwendungsbereiche nach sachlichen Kriterien	183
c) Abgrenzung der Anwendungsbereiche nach zeitlichen Kriterien	184
d) Abgrenzung nach dem möglichen Regelungsinhalt	184
e) Abgrenzung nach dem Beurteilungsspielraum der Kommission hinsichtlich des "Ob" eines Einschreitens	186
f) Das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander in Konkurrenzfällen	187
aa) Materielle Kriterien für die Auswahl	187
bb) Formelle Kriterien für die Auswahl	191
II. Verhältnis der Kommissionskompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV zu Kompetenzen des Rates und des Europäischen Parlamentes	193
1. Das Verhältnis von Art. 90 Abs. 3 EGV zu Art. 87 EGV ..	193
a) Abgrenzung der Anwendungsbereiche	193

b) Das Verhältnis der Kompetenzen zueinander in Konkurrenzfällen	193
2. Das Verhältnis von Art. 90 Abs. 3 EGV zu Art. 94 EGV ..	194
a) Abgrenzung der Anwendungsbereiche	194
b) Das Verhältnis der Kompetenzen zueinander in Konkurrenzfällen	195
3. Das Verhältnis von Art. 90 Abs. 3 EGV zu Art. 100 a EGV	195
a) Abgrenzung der Anwendungsbereiche nach dem Adressatenkreis	195
b) Abgrenzung der Anwendungsbereiche nach dem Regelungsinhalt	195
c) Abgrenzung nach der Regelungsform	196
d) Das Verhältnis der Vorschriften zueinander in Konkurrenzfällen	197
aa) Die Bedeutung der Subsidiaritätsklausel in Art. 100 a EGV	197
bb) Art. 90 Abs. 3 EGV als <i>lex specialis</i> für öffentliche und privilegierte Unternehmen	198
cc) Rechtspolitische Probleme	199
dd) Lösungsvorschlag	200
e) Ergebnis	202

3. Teil

**Die Anwendung der Kompetenz aus Art. 90
Abs. 3 EGV auf die Elektrizitätswirtschaft in den
Mitgliedstaaten der Gemeinschaft**

203

A. Die Anwendung des Art. 90 Abs. 3 EGV auf die wettbewerbsrechtliche Privilegierung der deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen durch § 103 Abs. 1 GWB	204
I. Die wettbewerbsrechtliche Stellung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland	204
1. Struktur der Elektrizitätsversorgung in der Bundesrepublik Deutschland	204
2. Regelungsgegenstand und -zweck von Demarkations- und Konzessionsverträgen	205
3. Die Privilegierung der Elektrizitätswirtschaft durch § 103 Abs. 1 GWB	206
II. Die rechtliche Bewertung der Privilegierung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen an den Maßstäben des Art. 90 Abs. 1 EGV	207

1. Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland als Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	207
2. Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	208
a) § 103 Abs. 1 GWB als Maßnahme im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	208
b) Der Abschluß eines Konzessionsvertrages als Maßnahme im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	210
3. Demarkations- und Konzessionsverträge als Verstoß gegen Art. 85 EGV	210
a) Demarkationsverträge und Art. 85 EGV	210
b) Konzessionsverträge und Art. 85 EGV	212
4. Demarkations- und Konzessionsverträge als Verstoß gegen Art. 86 EGV	214
5. Ergebnis	216
III. Die Anwendung des Art. 90 Abs. 2 EGV auf die wettbewerbsrechtliche Privilegierung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen	216
IV. Materielle Voraussetzungen und Grenzen aus Art. 90 Abs. 3 EGV selbst	219
1. Adressat einer Entscheidung	219
2. Verhältnismäßigkeit einer Entscheidung	219
a) Geeignetheit	219
b) Erforderlichkeit	219
V. Formelle Voraussetzungen	220
1. Verbandskompetenz zur Regelung von Energiefragen	220
a) Fehlen eines eigenständigen Energiekapitels im EGV ...	221
b) Energierelevante Vorschriften im EG-Vertrag	222
c) Die Kompetenz der Kommission nach Art. 90 Abs. 3 EGV als Querschnittsaufgabe	222
d) Keine Bereichsausnahme für die Energieversorgung	223
e) Kein Ausschluß durch Art. 130 s Abs. 2 EGV	224
f) Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips	225
2. Organkompetenz der Kommission	226
B. Öffnung der Elektrizitätsmärkte in der Gemeinschaft für den Wettbewerb durch eine Kommissionsmaßnahme nach Art. 90 Abs. 3 EGV	226
I. Faktischer Hintergrund	227
II. Materielle Voraussetzungen	228
1. Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Unternehmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	228

2. Dem Vertrag widersprechende Maßnahmen im Sinne des Art. 90 Abs. 1 EGV	229
3. Die Anwendung des Art. 90 Abs. 2 EGV	230
4. Verhältnismäßigkeit einer Kommissionsmaßnahme nach Art. 90 Abs. 3 EGV	230
a) Erforderlichkeit	230
aa) Erforderlichkeit einer Richtlinie	231
bb) Erforderlichkeit einer Entscheidung	231
b) Geeignetheit einer Kommissionsmaßnahme nach Art. 90 Abs. 3 EGV	231
III. Formelle Voraussetzungen	232
1. Verbandskompetenz und Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips	232
2. Organkompetenz der Kommission	233
a) Öffnung der Elektrizitätsmärkte für den Wettbewerb als Wahrnehmung der Konkretisierungsaufgabe nach Art. 90 Abs. 3 EGV	234
aa) Aufhebung der ausschließlichen und besonderen Rechte	235
bb) Einführung eines Netzzuganges Dritter	235
cc) Entbündelung hinsichtlich der Einführung eines unabhängigen Netzbetreibers	238
dd) Entbündelung hinsichtlich der verschiedenen Unternehmensbereiche	239
ee) Ergebnis	240
b) Verhältnis des Art. 90 Abs. 3 EGV zu Art. 100 a EGV	240
IV. Rechtspolitische Fragen	241
C. Zusammenfassung und Ergebnis	243
Literaturverzeichnis	244
Sachwortverzeichnis	270

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	anderer Ansicht
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AfP	Archiv für Pressewesen
Archiv PT	Archiv für Post und Telekommunikation
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
BBPS	Beutler / Bieber / Pipkorn / Streil (vgl. Literaturverzeichnis)
Beil.	Beilage
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Bull. EG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaft, herausgegeben von der Kommission der Europäischen Gemeinschaft
Bull. EU	Bulletin der Europäischen Union, herausgegeben von der Europäischen Kommission
Bull. WSA	Bulletin des Wirtschafts- und Sozialausschusses
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
CDE	Cahiers de Droit Européen
CJKS/ <i>Bearbeiter</i>	Constantinesco / Jacqué / Kovar / Simon, <i>Traité instituant la CEE</i> (vgl. Literaturverzeichnis)

CMLR	Common Market Law Review
CuR	Computer und Recht
Dauses/ <i>Bearbeiter</i>	Dauses, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts (vgl. Literaturverzeichnis)
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Dir. com. scambi int.	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EBLR	European Business Law Review
ECLR	European Competition Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der EG
ELR	European Law Review
EnWiG	Energiewirtschaftsgesetz
EP	Europäisches Parlament
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der EWG
F.I.D.E.	Fédération Internationale de Droit Européen
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln
Fn.	Fußnote
Fordham Corp. Law Inst.	Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute
Fs	Festschrift
GA	Generalanwalt

GB	Gesamtbericht über die Tätigkeit der EG/EU
GEI	Gericht erster Instanz
GewArch	Gewerbe Archiv
<i>Grabitz/Bearbeiter</i>	Grabitz, Kommentar zum EWGV (vgl. Literaturverzeichnis)
<i>Grabitz/Hilf/Bearbeiter</i>	Grabitz / Hilf, Kommentar zur Europäischen Union (vgl. Literaturverzeichnis)
Gs	Gedächtnisschrift
<i>GTE/Bearbeiter</i>	Groeben / Thiesing / Ehlermann, Kommentar zum EWGV (vgl. Literaturverzeichnis)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HandkommEUV	Hailbronner / Klein / Magiera / Müller-Graff, Handkommentar zum EUV (vgl. Literaturverzeichnis)
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
idR	in der Regel
iSd.	im Sinne des / der
iSv.	im Sinne von
iVm.	in Verbindung mit
JCMST	Journal of Common Market Studies
JDI	Journal du Droit International
JZ	Juristenzeitung
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Dokumente
<i>Lenz/Bearbeiter</i>	Lenz, Kommentar zum EG-Vertrag (vgl. Literaturverzeichnis)
lit.	Buchstabe
Mitt.	Mitteilung
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

Nw. J. Int. Law Bus.	North-Western Journal of International Law and Business
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
ÖWG	Öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, Organ der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft
QMT	Quaderni / Monaco / Trabucchi (vgl. Literaturverzeichnis)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAE	Revue des affaires européennes
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RdIE/JoEI	Revue d'Intégration Européenne / Journal of European Integration
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFFP	Revue Française de Finances Publiques
RGDIP	Revue Générale du droit international public
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
Riv.dir.eur.	Rivista di diritto europeo
Riv.dir.ind.	Rivista di diritto industriale
Riv.it.dir.pub.com.	Rivista italiana di diritto pubblico comparato
Riv.trim.dir.pub.	Rivista trimestrale di diritto pubblico
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RMC	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
Rs.	Rechtssache(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
Rz.	Randziffer
S.	Satz / Seite

<i>S/H/Bearbeiter</i>	Smit / Herzog Kommentar zum EWGV (vgl. Literaturverzeichnis)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SuS	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
u.a.	und andere
verb.	verbundene (Rs.)
VerwArch	Verwaltungs-Archiv
vgl.	vergleiche
Virg. J. Int. Law	Virginia Journal of International Law
<i>WEGS/Bearbeiter</i>	Wohlfarth / Everling / Glaesner / Sprung (vgl. Literaturverzeichnis)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW-EWGV	Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln (vgl. Literaturverzeichnis)
YEL	Yearbook of European Law
ZERP	Zentrum für Europäische Rechtspolitik
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Einleitung

Das Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Wettbewerbsregeln der Art. 85 ff. EGV¹, gilt für öffentliche und mit Sonderrechten ausgestattete Unternehmen ebenso wie für alle anderen Wirtschaftsteilnehmer². Allerdings treten hinsichtlich dieser Unternehmen die Spannungen zwischen den Interessen der Gemeinschaft und denjenigen der Mitgliedstaaten besonders klar in Erscheinung. Auf der einen Seite steht das Interesse der Gemeinschaft an einer möglichst umfassenden Geltung des Gemeinschaftsrechts, während andererseits die Mitgliedstaaten derartige Unternehmen möglichst weitgehend von dessen Anwendung ausschließen möchten. Den Hintergrund hierfür bildet teilweise, daß die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge sichergestellt werden soll, zum Teil wird jedoch auch versucht, durch die Einschaltung von Unternehmen mit Sonderrechten die Vertragsvorschriften zu umgehen, um eigene wirtschaftspolitische Zwecke zu verfolgen, insbesondere, um eigene Wirtschaftsteilnehmer vor unliebsamer Konkurrenz zu schützen. Die Gefahr einer solchen Umgehung wird dadurch noch verstärkt, daß die Mitgliedstaaten über ihre entscheidende Rolle bei der Gesetzgebung im Rat auch auf EG-Ebene als Marktregulierer wie als Marktteilnehmer auftauchen.

Art. 90 EGV ist der gemeinschaftsrechtliche Lösungsversuch dieses Interessenkonfliktes, indem er einerseits die Mitgliedstaaten auch in bezug auf öffentliche Unternehmen und solche mit Sonderrechten zur Einhaltung der Vertragsvorschriften verpflichtet, andererseits jedoch auch eine begrenzte Befreiung bei der Erfüllung von Aufgaben im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse vorsieht. Die Problematik der Konfliktlage im Kompetenzbereich wird dadurch entschärft, daß der Kommission die Aufgabe zugewiesen ist, über die Einhal-

¹ Im folgenden wird die Bezeichnung EGV verwendet, selbst wenn die in Bezug genommene Praxis oder wissenschaftliche Äußerung noch auf dem EWGV beruhte; soweit sich durch das Inkrafttreten des Vertrages über die Europäische Union am 1.11.1993 (vgl. Bekanntmachung vom 19.10.1993, BGBl. II 1947) eine inhaltliche Änderung oder eine Renumerierung der Vorschriften ergab, wird gesondert darauf hingewiesen.

² Statt aller GTE-Hochbaum, Art. 90 Rz. 1.

tung dieser Vorschrift zu wachen und in deren Rahmen Richtlinien oder Entscheidungen zu erlassen. Diese Kompetenz wirft eine Reihe schwieriger Fragen des Gemeinschaftsverfassungsrechts auf; denn sie sieht weder eine Beteiligung des Rates als hauptsächliches Rechtsetzungsorgan der Gemeinschaft noch eine solche des Parlamentes als einziges unmittelbar demokratisch legitimes Organ der Europäischen Gemeinschaft vor. Aus (gemeinschafts-) historischer Sicht ist interessant, daß Art. 90 EGV zunächst Mitte und Ende der sechziger Jahre in der wissenschaftlichen Diskussion große Beachtung fand³. Dann geriet diese Vorschrift jedoch gleichsam in Vergessenheit, bis die Kommission im Jahre 1980 zum ersten Mal von ihrer Kompetenz nach Art. 90 Abs. 3 EGV Gebrauch machte⁴ und damit deren "Winterschlaf"⁵ beendete. Seither hat diese Vorschrift Anlaß zu verschiedenen wissenschaftlichen Äußerungen gegeben, wobei die Bewertungen sehr unterschiedlich ausfallen. Sie reichen von der Bezeichnung als "formidable legal mechanism with which the Commission may face Member States with their responsibilities"⁶ oder – in Anspielung auf den langen Nichtgebrauch – "sleeping beauty"⁷ bis zu der wenig schmeichelnden Behauptung, bei der Kompetenz der Kommission handle es sich um ein "Ermächtigungsgesetz" zugunsten der Kommission, das es ihr ermögliche, "wie weiland der Sonnenkönig zu handeln"⁸.

Diese Kompetenz steht im Mittelpunkt der Arbeit, die zunächst die bisherige Praxis der Kommission im Lichte der dazu ergangenen Rechtsprechung behandelt (1. Teil).

Im Anschluß daran folgt eine Darstellung der materiellen und formellen Voraussetzungen für die Anwendung der Richtlinien- und Entscheidungskompetenz der Kommission gemäß Art. 90 Abs. 3 EGV (2. Teil).

Der dritte und letzte Teil schließlich ist der Anwendung der Kompetenzvorschrift des Art. 90 Abs. 3 EGV auf die Elektrizitätswirtschaft in der Gemein-

³ Vgl. bspw. *Huth*, "Die Sonderstellung der öffentlichen Hand in den Europäischen Gemeinschaften"; *Solari*, "L'impresa pubblica nel trattato istitutivo della Comunità Economica Europea"; den Band "L'entreprise publique et la concurrence", Semaine de Bruges 1968.

⁴ *Transparenz-Richtlinie*; hierzu ausführlich unten 1. Teil A. I.

⁵ *Ehricke*, EuZW 1993, 211; so schon *Ferrari-Bravo*, Semaine de Bruges 1968, 432.

⁶ *Sutherland*, 15.

⁷ *Ehricke*, EuZW 1993, 211.

⁸ Eine Äußerung von *Pluge*, RdE 1993, 174, bar jeder europarechtlichen (vgl. die im 1. Teil dargestellte Rechtsprechung zu den Kompetenzen der Kommission nach Art. 90 Abs. 3 EGV) und historischen Kenntnis.

schaft gewidmet, einem Bereich, der wegen des weitgehenden Ausschlusses der Regeln über den Binnenmarkt auf diesem Gebiet und aufgrund der in letzter Zeit verstärkten Aktivität der Gemeinschaft⁹ in die Diskussion gekommen ist.

⁹ Vgl. die abgeänderten Richtlinienvorschläge der Kommission zur Einführung des Gas- und Elektrizitätsbinnenmarktes, ABl. EG 1994 C 123/1, und die Flut der Reaktionen auf den ursprünglichen Vorschlag, ABl. EG 1992 C 65/4.