

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 114

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS  
und Professor Dr. Michael R. WILL

Dr. Martin SEIDEL

Ministerialrat im Bundesministerium für Wirtschaft, Bonn

**DIE ELEKTRIZITÄTSWIRTSCHAFT  
IM SYSTEM DES GEMEINSCHAFTSRECHTS**

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes

Saarbrücken, 18. Dezember 1987

## DIE ELEKTRIZITÄTSWIRTSCHAFT IM SYSTEM DES GEMEINSCHAFTSRECHTS

### I.

Der Gemeinsame Markt erfaßt als Gestaltungsaufgabe der Europäischen Gemeinschaft grundsätzlich alle Bereiche der Wirtschaft. Die Erzeugung und Verteilung von Elektrizität ist daher von dieser Gestaltungsaufgabe, die durch das Weißbuch der Kommission über die "Vollendung des Binnenmarktes" vom Juni 1984 und die Einheitliche Europäische Akte vom 10. Februar 1986 nunmehr spätestens 1992 durchgeführt sein soll, nicht ausgenommen; die Frage ist lediglich, mit welcher Maßgabe das Regulationssystem des Gemeinsamen Marktes auf die Stromwirtschaft Anwendung findet.

Dieses Regulationssystem umfaßt im weitesten Sinn drei normative Regelungsbereiche, nämlich

1. die sogenannten vier Grundfreiheiten, d.h. den freien Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Personenverkehr - letzterer begrenzt auf die Freizügigkeit lohnabhängiger Beschäftigter und die Niederlassungsfreiheit der selbständig Tätigen - ,
2. einen einheitlichen Außenzoll und ein weitgehend vereinheitlichtes Außenwirtschaftsregime und
3. ein System unverfälschten Wettbewerbs über
  - a) eine Wettbewerbsaufsicht gegenüber Unternehmen,
  - b) die Beihilfenaufsicht gegenüber den Mitgliedstaaten und
  - c) die einheitliche Ausgestaltung aller rechtlichen Rahmenbedingungen, die für die wirtschaftliche Betätigung, einschließlich der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte, in einem Gemeinsamen Markt relevant sind.

Der Gemeinsame Markt sollte nach dem Vertrag von Rom auf der Grundlage dieses skizzierten Regulationssystems an sich bereits zum 31. Dezember 1969

errichtet sein. Aus verschiedenen Gründen hat sich jedoch seine Verwirklichung - über die bereits 1968 vorzeitig erreichte Zollunion hinaus - als wesentlich zeitraubender herausgestellt. Vor allem wurde sehr bald klar, daß die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes in gewaltigem Ausmaß eine gemeinschaftseinheitliche Rechtssetzung (Rechtsangleichung) erfordert, und zwar in Bereichen, die - wie z. B. die Regelung der Produktsicherung, die Banken-, Versicherungs- und Börsenaufsicht oder die Arzneimittelgesetzgebung - staatliche Kernfunktionen bilden.

Das Regelungswerk des Gemeinsamen Marktes gilt für die Elektrizitätswirtschaft nicht erst seit der Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte. Erst recht nicht findet dieses Regelungswerk, etwa die Regelungen über die Beihilfenaufsicht der Gemeinschaft, erst ab 1992 auf die Stromwirtschaft Anwendung, wenngleich hiervon in der Praxis ausgegangen zu werden scheint. Vielmehr ist das Regelungssystem des Gemeinsamen Marktes seit dem Ablauf der im Vertrag von Rom vorgesehenen zwölfjährigen Übergangszeit, d. h. seit dem 1. Januar 1970, voll in Kraft. Allerdings stellen sich Probleme seiner Anwendung erst in jüngster Zeit. Die französische Elektrizitätswirtschaft erzeugt aufgrund verstärkten Einsatzes von Kernenergie Überschüsse, die unter den kostengünstigen Bedingungen ihrer Erzeugung auf andere Märkte, insbesondere auf den deutschen Markt, drängen. Im deutsch-französischen Vergleich ist die Struktur der Strommärkte dadurch gekennzeichnet, daß die Erzeugung von Elektrizität in Frankreich aufgrund verschiedener Umstände - nach einer weit verbreiteten Vorstellung auch infolge staatlicher Subventionierung - preis- und kostengünstiger als in der Bundesrepublik Deutschland ist. In der Bundesrepublik ist die Erzeugung von Strom durch zusätzliche Kosten insofern belastet, als die - dezentral organisierten - Elektrizitätsversorgungsunternehmen aufgrund einer bundesgesetzlichen Regelung bei der Herstellung von Elektrizität zum Einsatz einer bestimmten Menge teurer deutscher Steinkohle verpflichtet sind.

II.

Bei der Erörterung der Frage, welche Folgen sich aus der Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf die Elektrizitätswirtschaft ergeben, werden ersichtlich überlicherweise die Regelungen über die Wettbewerbsaufsicht der Gemeinschaft gemäß Art. 85 ff. EWG-Vertrag als Betrachtungsansatz gewählt. Dieser Einstieg in die wissenschaftliche Aufarbeitung hängt damit zusammen, daß die Elektrizitätswirtschaft über sogenannte - gebietsaufteilende - Demarkations- sowie über - die Gebietsmonopole absichernde - sogenannte Konzessionsverträge das Erscheinungsbild einer kartellierten Produktionsstruktur präsentiert. Da die Elektrizitätswirtschaft national - wie die übrige Versorgungswirtschaft - gemäß § 103 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen von dem Kartellverbot freigestellt ist und lediglich der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht unterliegt, liegt in der Tat primär die Frage nahe, ob dieser Status durch das gemeinschaftliche Wettbewerbsaufsichtsrecht berührt wird.

Logischen Vorrang vor der Anwendung der Wettbewerbsaufsicht haben indes die Regelungen über die Verwirklichung der Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes, insbesondere die Frage, inwieweit - bei der Einstufung der Elektrizität als Ware - die Regelungen über die Freiheit des Warenverkehrs der Art. 30 ff. EWG-Vertrag bzw. bei der Einstufung als Dienstleistung - die Regelungen über die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs der Art. 59 ff. EWG-Vertrag auf Stromlieferungen innerhalb der Gemeinschaft anwendbar sind. Sollten grenzüberschreitende Bezüge und Lieferungen von Elektrizität nicht oder nur unter der Bedingung rechtsgestaltender Maßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers gemäß Art. 30 ff. bzw. 59 ff. EWG-Vertrag gewährleistet sein, würde sich die Frage der Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsaufsicht nicht stellen. Denn soweit der innergemeinschaftliche Austausch von Waren oder Dienstleistungen zulässigerweise durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten Beschränkungen unterliegt bzw. unterworfen werden kann, sind wettbewerbsrechtlich relevante Absprachen oder Verhaltensweisen von Unternehmen als etwaiger Störfaktor des Gemeinsamen Marktes unerheblich.

### III.

Der Vorabklärung bedarf die Frage, ob die Herstellung und Verteilung von Elektrizität nicht als eine Aufgabe des Staates anzusehen ist, die - vergleichbar etwa der Unterhaltung von Verkehrswegen oder Bildungsstätten - als eine Infrastrukturaufgabe einzustufen ist. Staatliche Leistungen, die der Ausstattung der Wirtschaft mit einer adäquaten Infrastruktur dienen, zählen zur Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten. Das Gemeinschaftsrecht erfaßt die Infrastrukturpolitik der Mitgliedstaaten im Prinzip zwar insofern, als der Gemeinschaft die Koordinierung der Wirtschaftspolitik und damit auch der wirtschaftlichen Infrastrukturpolitik gemäß Art. 105 EWG-Vertrag zur Aufgabe gesetzt ist. Den Regelungen über den Gemeinsamen Markt sind die Mitgliedstaaten indes, wenn sie ihre Gestaltungsaufgabe im Bereich der Infrastruktur wahrnehmen, nur mit Einschränkungen unterworfen; beispielsweise sind sie von der Beihilfenaufsicht insoweit weitgehend freigestellt. Das Gemeinschaftsrecht läßt im Bereich der wirtschaftlichen Infrastruktur einen Gestaltungs- und damit auch den Förderungswettbewerb der Mitgliedstaaten zu; es geht davon aus, daß die Auswirkungen, die die Infrastrukturpolitik - gleichermaßen wie die Globalsteuerung der Wirtschaft durch die Mitgliedstaaten - auf die innergemeinschaftlichen Wettbewerbsbedingungen hat, durch - gemeinschaftsrechtlich zulässige - Korrekturen der Wechselkurse abgefangen werden können.

Schrifttum und Rechtsprechung geben keine Antwort auf die Frage, ob die Bereitstellung von Elektrizität als eine öffentliche Aufgabe im Bereich der Infrastruktur einzustufen ist. Die wissenschaftliche Diskussion geht - ohne daß die Frage bislang untersucht worden ist - davon aus, daß die Erzeugung und Verteilung von Elektrizität keine dem Staat zuzuordnende Aufgabe im Bereich der Infrastruktur darstellt. Maßgeblich für diese Einstufung ist der Umstand, daß die Erzeugung und Verteilung von Elektrizität in keinem Mitgliedstaat im Rahmen der Hoheitsverwaltung erfolgt. Den Besonderheiten, die die Elektrizitätsherstellung als "Wirtschaftszweig" aufweist, glaubt man ersichtlich über die Ausnahmeregelungen und Abweichklauseln gerecht werden zu können, die das Regelungssystem des Gemeinsamen Marktes kennt.

Für die Einstufung eines Leistungsangebots als öffentliche Aufgabe im Bereich der Infrastruktur dürfte wesentlich sein, ob es in der Form, in der es bereitgehalten wird, auch von der privaten Wirtschaft erbracht werden kann. Insofern erscheinen Zweifel gerechtfertigt, ob der Herstellung von Elektrizität die Qualifikation als öffentliche Aufgabe der Infrastruktur völlig abgesprochen werden kann. Gleichwohl sollte von der traditionellen Bewertung der Stromwirtschaft als ein Sektor, auf den das Regelungssystem des Gemeinsamen Marktes grundsätzlich Anwendung findet, so lange nicht abgewichen werden, wie nicht erweislich ist, daß den Besonderheiten der Elektrizitätswirtschaft nicht im Rahmen dieses Systems Rechnung getragen werden kann. Allerdings stellt es einen Unterschied in der Betrachtung dar, ob der Organisation der Herstellung und Verteilung von Elektrizität das Leitbild des Gemeinsamen Marktes, das eine gemeinschaftsweite Allokation der Ressourcen nach dem Prinzip der komparativen Kostenvorteile bedeutet, zugrunde liegt oder ob der Elektrizitätswirtschaft vergleichbar der Bereitstellung von Verkehrswegen und anderer öffentlicher Güter als Ordnungsvorstellung die autonome Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft zugrunde zu legen ist.

#### IV.

Die Einstufung der Elektrizität als Ware im Sinne der Art. 30 ff. EWG-Vertrag - und nicht als Dienstleistung im Sinne von Art. 59 ff. EWG-Vertrag - gilt im Hinblick auf das Urteil vom 15. Juli 1969<sup>1)</sup>, in dem der Gerichtshof ersichtlich inzidenter von dieser Einstufung ausgegangen ist, als eine *res iudicata*. Jegliche weitere Auseinandersetzung mit der Einstufungsfrage wäre entbehrlich, wenn die Regelungen über die Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs in ihrer Ausgestaltung, ihrem Ausmaß und in ihrer Tragweite den Regelungen über die Freiheit des Warenverkehrs voll entsprechen sollten. Sofern die Regelungen über die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs indes hinter denen über die Freiheit des Warenverkehrs zurückbleiben, ist die Klärung der Einstufung der Elektrizität indes unerlässlich; es ist nämlich kaum anzunehmen, daß unter diesen Umständen die Folgerung aus dem besagten Urteil den Grad an Verbindlichkeit erreichen wird, den die Anerkennung eines Urteils des Gerichtshofs durch die

1) EuGH, 15.7.1969, Rs 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, S. 1251

betroffene Wirtschaft sowie durch die Gerichte der Mitgliedstaaten vorausgesetzt.

Da die Artikel 30 ff. EWG-Vertrag und die Art. 59 ff. EWG-Vertrag das gleiche Regelungsanliegen, nämlich die Freistellung des grenzüberschreitenden Austauschs des Produkts Ware bzw. Dienstleistung von Beschränkungen verfolgen, wäre die Vermutung gerechtfertigt, daß auch der Regelungsgehalt sowie die Garantien, die aufgrund dieser Normen der Wirtschaft gewährt werden, gleich sind. Das gilt um so mehr, als der Garantiegehalt der Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs - anders als der Garantiegehalt der Freizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit - nicht als persönliche Freiheit zu verstehen ist; mit der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs wird vielmehr - der Freiheit des Warenverkehrs vergleichbar - der Austausch eines Produkts - nämlich des Produkts Dienstleistung - über die Grenzen garantiert. Der Garantiegehalt der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs erschöpft sich dementsprechend auch nicht darin, daß der ausländische Dienstleistungserbringer vor der Rechtsordnung des Tätigkeitslandes die - förmliche und materielle - Gleichstellung mit dem inländischen Dienstleistungserbringer verlangen kann. Während sich die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 52 ff. EWG-Vertrag und die Freizügigkeit gemäß Art. 48 ff. EWG-Vertrag in der Gleichstellung mit den Inländern erschöpfen und Rechtsangleichungsmaßnahmen in diesen beiden Bereichen als Zielsetzung lediglich die Erleichterung der tatsächlichen Inanspruchnahme der beiden Freiheitsgarantien verfolgen, reicht der unmittelbar garantierte Freiraum der Art. 59 ff. EWG-Vertrag weiter; die Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs wird nämlich - vergleichbar der Freiheit des Warenverkehrs - nur durch diejenigen mitgliedstaatlichen Regelungen begrenzt, die aus Gründen des "Allgemeininteresses" gemeinschaftsrechtlich anzuerkennen sind. Darüber hinaus haben Rechtsangleichungsmaßnahmen, die zur Verwirklichung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs ergehen, vergleichbar den Rechtsangleichungsmaßnahmen im Bereich der Freiheit des Warenverkehrs, konstitutive Wirkung; sie dienen nicht nur der Erleichterung der Inanspruchnahme der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs, sondern begründen zusätzliche rechtliche Freiräume.

Es sind jedoch Zweifel gerechtfertigt, ob die Regelungen der Art. 59 ff. EWG-Vertrag die gleiche Tragweite haben wie die Regelungen über die Frei-

heit des Warenverkehrs der Art. 30 ff. EWG-Vertrag:

Zweifel ergeben sich bereits im Hinblick auf die in dem Kapitel des EWG-Vertrages über die Freiheit des Warenverkehrs enthaltene Regelung des Art. 37 über die Umformung der staatlichen Handelsmonopole. Eine entsprechende Regelung über die Umformung von Dienstleistungsmonopolen fehlt in dem Kapitel des EWG-Vertrages über die Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs; nach Auffassung des Gerichtshofs kommt eine analoge Anwendung des Art. 37 EWG-Vertrag auf staatliche Dienstleistungsmonopole nicht in Betracht<sup>2)</sup>.

Die Regelung des Art. 37 EWG-Vertrag über die Umformung der staatlichen Handelsmonopole wirkt sich aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs dahin aus, daß Handelsmonopole bezüglich aus der Gemeinschaft eingeführter Waren, denen freier Marktzugang und gleiche Absatzchancen einzuräumen sind, nicht aufrechterhalten werden können; das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Umformung der Handelsmonopole führt im Grunde genommen zu deren Aufhebung, soweit diese gegenüber den anderen Mitgliedstaaten beschränkende Wirkung entfalten.

Ob sich im Wege der Auslegung aus den Regelungen der Art. 59 ff. EWG-Vertrag über die Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs ein gleich weitreichender Zwang zur Umformung staatlicher Dienstleistungsmonopole herleiten läßt, erscheint fraglich und bedarf der Klärung durch den Gerichtshof; soweit sich die bisherige Rechtsprechung mit der Stellung staatlicher Dienstleistungsmonopole im Regelungssystem über die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs befaßt hat, lag ihr nicht die Fallgestaltung zugrunde, daß das Dienstleistungsmonopol als solches als - zulässige - Beschränkung der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen geltend gemacht wurde.

Sollte sich aus den Regelungen der Art. 59 ff. EWG-Vertrag ein entsprechender Umformungs- und Auflösungszwang nicht herleiten lassen, ist die Einstufung der Herstellung und Verteilung von Elektrizität als Ware oder

2) EuGH, 30.4.1974, Rs 155/73, Sacchi, Slg. 1974, S. 409 und  
EuGH, 28.6.1983, Rs 271/81, Slg. 1983, S. 2057



Dienstleistung für die Mitgliedstaaten, in denen im Bereich der Elektrizitätsversorgung Monopole bestehen, von entscheidender Bedeutung.

Eine weitere Besonderheit des Regelungssystems über die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs besteht darin, daß in diesem Bereich - anders als im Bereich der Freiheit des Warenssektors - gemäß Art. 66, 55 EWG-Vertrag durch einen Rechtsakt des Gemeinschaftsgestzgebers ein einzelner Dienstleistungssektor von der Anwendung der Regelungen der Art. 59 ff. EWG-Vertrag ausgenommen werden kann. Diese Ermächtigung begründet a maiore ad minorem die Befugnis, den Besonderheiten eines bestimmten Dienstleistungssektors auch in der Weise Rechnung zu tragen, daß die Regelungen der Art. 59 ff. EWG-Vertrag nur mit Einschränkungen zur Anwendung gelangen. Für den Dienstleistungsbereich Verkehr schienen die Besonderheiten den Vertragsgebern so bedeutsam, daß sie die Verwirklichung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs aus dem allgemeinen System herausgenommen und dem Gemeinschaftsgesetzgeber zur Gestaltung im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik überantwortet haben.

Letztlich kann nicht übersehen werden, daß der Gerichtshof in dem Urteil vom 10.7.1984<sup>3)</sup> - wenn auch beiläufig und ohne Begründung - den in diesem Zusammenhang bedeutsamen Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag einschränkend dahin ausgelegt hat, daß aufgrund dieser Regelung eine Freistellung von dem Verbot des Art. 30 EWG-Vertrag nicht in Betracht komme. Unternehmen, die mit Dienstleistungen - Waren und Dienstleistungen im Sinne des Regelungssystems des Gemeinsamen Marktes - von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, können demnach, wenn die Voraussetzungen der Freistellung, nämlich die rechtliche oder tatsächliche Behinderung bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe als Folge der Bindungen des Gemeinschaftsrechts vorliegen, zwar von den Verpflichtungen der Art. 59 ff. EWG-Vertrag, nicht jedoch von den rechtlichen Bindungen freigestellt werden, die sich aus den Art. 30 ff. EWG-Vertrag ergeben.

-----

3) EuGH, 10.7.84, Rs 72/83, Campus Oil, Slg. 1984, S. 2727 ff.

V.

Ob der Gerichtshof gegebenenfalls anerkennen wird, daß die Erzeugung und Bereitstellung von Elektrizität als eine Dienstleistung im Sinne der Regelungen der Art. 59 ff. EWG-Vertrag einzustufen ist, ist eine offene Frage. Die Einstufung der Elektrizität als Ware, die sich inzidenter dem eingangs erwähnten Urteil vom 15. Juli 1969<sup>4)</sup> entnehmen läßt, sollte ihn nicht von einer anderen Bewertung abhalten, sofern sich für diese eine überzeugende Begründung finden läßt. Die Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte, beispielsweise der deutschen Strafgerichtsbarkeit, die die unbefugte Entnahme von Elektrizität strafrechtlich als Diebstahl - einer Ware - verfolgt, stellt kaum ein Hindernis für eine andere Betrachtung auf der Ebene der Gemeinschaft dar. Beispielsweise werden im Rahmen des Gemeinschaftsrechts Filme, soweit der innergemeinschaftliche Handelsverkehr in Frage steht, ungeachtet ihrer gegenständlichen Verkörperung, als Dienstleistungen und nicht als Ware eingestuft.

Für die Einstufung als Dienstleistung spricht, daß Elektrizität kein auf Vorrat erzeugbares und stapelfähiges Gut darstellt. Im Bereich der Stromwirtschaft ist Gegenstand der Produktion nicht nur die Elektrizität als Wirtschaftsgut, vielmehr gehört zur Produktion auch das Bereithalten der Elektrizität an den Entnahmestellen, und zwar zu den Zeiten und in den Mengen, zu denen es die jeweiligen dem Versorgungsunternehmen zugeordneten Versorgungsnehmer nach Maßgabe ihres Bedarfs benötigen; Versorgung mit Elektrizität bedeutet eine auf die jeweilige Nachfrage der Elektrizitätsverbraucher abgestimmte Produktion. Der Charakter der Belieferung mit Elektrizität als Dienstleistung wird durch diese Verpflichtung, die der Elektrizitätswirtschaft gesetzt ist, deutlich.

Hinzu kommt, daß die Belieferung mit Elektrizität ohne ein Leitungsnetz nicht möglich ist; dieses wird von der Elektrizitätswirtschaft versorgungsgerecht eingerichtet und unterhalten. Die Bereitstellung und Unterhaltung des Versorgungsnetzes stellt gemeinschaftsrechtlich in jedem Fall eine Dienstleistung dar. In seiner Gesamtheit kann daher das Leistungsangebot der Elektrizitätswirtschaft kaum anders eingestuft werden.

-----  
4) EuGH, 15.7.1969, Rs 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, S. 1251

VI.

Als grenzüberschreitende Dienstleistung kann der Bezug von Elektrizität aus einem anderen Mitgliedstaat staatlicherseits nur mit der Begründung unterbunden werden, daß die Regelung, aus der die Versagung des Bezugs resultiert, aus Gründen des "allgemeinen Interesses" erlassen und gerechtfertigt ist. Wird der Elektrizitätsbezug als eine Warenlieferung eingestuft, muß die betreffende Regelung aus Gründen, die gemäß Art. 36 EWG-Vertrag Einfuhrbeschränkungen ausnahmsweise rechtfertigen, erlassen sein und dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen.

Wenn ein Mitgliedstaat den Bezug von Strom aus einem anderen Mitgliedstaat untersagt, wird er sich im Zweifel darauf berufen, daß die sichere Versorgung seiner Bevölkerung sowie der produzierenden Wirtschaft die Beschränkung des Strombezugs oder der Stromlieferung rechtfertigen. Zu beschränkenden Maßnahmen wird er dabei in der Regel nicht greifen, soweit es um den Bezug bzw. die Lieferung von Strom im Rahmen des sogenannten Verbundsystems der Elektrizitätswirtschaft geht. Zwischen den Elektrizitätserzeugern der europäischen Staaten besteht seit Jahrzehnten ein System wechselseitiger Stromlieferungen, das einen Stromausgleich zwischen den Herstellern, vor allem bei Lieferengpässen den Rückgriff auf Stromlieferungen aus anderen Ländern ermöglicht. Insoweit dürfte der Bezug von Strom aus der Gemeinschaft keine gemeinschaftsrechtlichen Probleme aufwerfen. Beträchtliche Probleme können sich jedoch für den Fall stellen, daß individuelle Stromabnehmer aus Gründen günstigerer Lieferbedingungen, insbesondere günstigerer Preise, unmittelbar auf Lieferangebote EG-ausländischer Elektrizitätshersteller zurückgreifen; dabei ist denkbar, daß sie den Strom entweder über ein eigenes - eigens dafür zu schaffendes - Leitungsnetz oder über das Leitungsnetz des nationalen Elektrizitätsversorgungsunternehmens zu beziehen beabsichtigen. Da ausländische Elektrizitätshersteller unter den Bedingungen dieses Falles Strom über die Grenzen in der Regel nur Großabnehmern liefern dürften, besteht für die nationale Versorgungswirtschaft die Gefahr, daß sich durch grenzüberschreitende Stromlieferungen die Grundlage ihrer Versorgungstätigkeit maßgeblich verändern kann. Die deutsche Versorgungswirtschaft z. B. baut ihre Versorgungstätigkeit darauf auf, daß die Stromabnehmer eines bestimmten Gebietes ihren gesamten Strombedarf bei dem Versorgungsunternehmen abdecken, dem

sie als Abnehmer zugeordnet sind. Das Leitungssystem ist darauf ausgelegt und die Produktionskapazität darauf zugeschnitten, daß der Bedarf an Elektrizität - von der einkalkulierbaren zulässigen Eigenversorgung abgesehen - unter der Annahme eines gesicherten Anschlußzwangs ermittelt wird und gedeckt werden kann. Das Gebot einer sicheren und vor allem auch preisgünstigen Versorgung mit Elektrizität, das der Elektrizitätswirtschaft zur Aufgabe gemacht ist, läßt es unumgänglich erscheinen, daß die Elektrizitätsabnehmer dem Versorgungsunternehmen zugeordnet bleiben, d.h. dem Anschlußzwang unterliegen.

Gemeinschaftsrechtlich stellt sich die Frage, ob die Sicherheit der Versorgung mit Elektrizität, wie sie der Elektrizitätswirtschaft als öffentliche Aufgabe überantwortet ist, als ein gesetzliches Schutzanliegen des "allgemeinen Interesses" anzusehen ist mit der Folge, daß der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr, gestützt auf die einschlägige gesetzliche Regelung, Beschränkungen unterworfen werden kann; bezogen auf die Freiheit des Warenverkehrs stellt sich die Frage dahin, ob die Sicherheit der Versorgung mit Elektrizität als Schutzgrund im Sinne von Art. 36 EWG-Vertrag anzusehen ist.

Der Gerichtshof nimmt bekanntlich seit jeher den Standpunkt ein, daß mitgliedstaatliche Regelungen, die ausschließlich wirtschaftliche Interessen absichern, keine Rechtfertigung für Beschränkungen der Freiheit des Dienstleistungs- bzw. Warenverkehrs darstellen, namentlich nicht unter Art. 36 EWG-Vertrag fallen. Dieser grundsätzlichen Rechtsauffassung kann die Zustimmung kaum versagt werden; andernfalls stünde nämlich den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, ihre nationalen Märkte gegeneinander abzuschotten und den Gemeinsamen Markt nach ihrem Belieben zurückzubilden.

Im Falle der gesetzlichen Auflage zur sicheren und billigen Versorgung mit Elektrizität geht es aber nicht um Regelungen, die der Einhaltung und Sicherung nationaler Märkte dienen; die einschlägigen Regelungen begründen vielmehr ein Versorgungssystem, durch das das Marktgeschehen im Interesse eines öffentlichen Anliegens, nämlich der flächendeckenden, sicheren und billigen Versorgung der Allgemeinheit mit einem lebenswichtigen Gut außer Kraft gesetzt wird. Der Regelungsanspruch der Gemeinschaft, gemäß den Regelungen der Art. 30 ff. und 59 ff. EWG-Vertrag einen Gemeinsamen Markt zu

errichten, findet in diesem Wirtschaftsbereich keine wettbewebsorientierten privatwirtschaftlichen Produktionsstrukturen und Märkte vor, die sich anpassen und in einen größeren Markt einfügen können. Die Herstellung und Verteilung von Elektrizität vollzieht sich vielmehr im Rahmen eines rechtlich geordneten Versorgungssystems, dessen Integrationsfähigkeit, wenn es nicht aufgelöst werden soll, begrenzt ist. Der Gerichtshof hat nicht von ungefähr in dem erwähnten Urteil vom 10.7.1984<sup>5)</sup> anerkannt, daß ein Mitgliedstaat (Irland) unter den Bedingungen des Falles, gestützt auf Art. 36 EWG-Vertrag, die Einfuhr von Mineralölerzeugnissen in der Weise einer zulässigen Beschränkung unterwerfen kann, daß er im Interesse der Versorgungssicherheit seine mineralölerzeugnisseverbrauchende Wirtschaft zum Bezug von - teureren - Mineralölerzeugnissen aus der nationalen Produktion verpflichtet.

Dem Gemeinsamen Markt liegt als Leitbild seiner Ausgestaltung traditionell vorrangig die Verwirklichung der vier Grundfreiheiten zugrunde. Übersehen wird dabei zu Unrecht, daß der Gemeinsame Markt daneben auch die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs, d. h. - als Gestaltungsaufgabe des Gemeinschaftsgesetzgebers - auch die Verwirklichung einheitlich rechtlicher Rahmenbedingungen mitumfaßt. Die Gestaltungsaufgabe "Sicherung des unverfälschten Wettbewerbs", wie sie in Art. 3 f. EWG-Vertrag umschrieben wird, beschränkt sich nicht auf die Wettbewerbsaufsicht gemäß Art. 85 ff. EWG-Vertrag und die Beihilfenaufsicht gemäß Art. 92 ff. EWG-Vertrag; vielmehr umfaßt sie darüber hinaus auch die Einebnung unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen, die aus Unterschieden der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung, beispielsweise im Bereich der direkten Besteuerung, des Arbeits- und Sozialrechts und Umweltschutzrechts resultieren. Diese Gestaltungsaufgabe nimmt die Gemeinschaft durch ordnende Maßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers wahr. Die Versorgung mit Elektrizität, für die in den Mitgliedstaaten unterschiedliche rechtliche Systeme mit wettbewerbsverfälschenden Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt bestehen, gehört zu diesem Gestaltungsbereich.

Erkennt man an, daß der Gemeinsame Markt - wenn auch nicht für alle Bereiche - die Sicherung unverfälschter Wettbewerbsbedingungen als Gestaltungs-

-----  
5) EuGH, 10.7.84, Rs 72/83, Campus Oil, Slg. 1984, S. 2727

aufgabe umfaßt, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese Rechtssetzungsaufgabe der Gemeinschaft zur Verwirklichung der vier Grundfreiheiten steht. Konkret geht die Frage dahin, ob die Verwirklichung einheitlicher Rahmenbedingungen bzw. die Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs eine Vorbedingung dafür ist, daß die Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs voll verwirklicht wird. Traditionell wird die Frage diskutiert, bis zu welchem Grad die "Liberalisierung" des Waren- und Dienstleistungsverkehrs die vorherige Angleichung derjenigen Vorschriften erfordert, die aus Gründen des Schutzes bestimmter Lebens- und Rechtsgüter die Beschaffenheit und Verwendung von Erzeugnissen bzw. Dienstleistungen regeln. Hier geht es um die weiterreichende Fragestellung, ob nicht auch vorab solche mitgliedstaatliche Regelungen in die Harmonisierung einbezogen werden müssen, die - ohne an die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen unmittelbar anzuknüpfen - als allgemeine Rahmenbedingungen die Produktionsstrukturen beeinflussen und sich - grenzüberschreitend - als Verfälschungen, zumindest als Disparitäten, der Wettbewerbsverhältnisse erweisen.

Zu den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts dürfte das Prinzip zählen, daß sich die Ordnungszwänge, die sich aus der Errichtung des Gemeinsamen Marktes ergeben, nicht derartig ungleichgewichtig auf die Mitgliedstaaten auswirken, daß sich für die ungleiche Belastung der Mitgliedstaaten eine Begründung nicht finden läßt. Folglich kann davon ausgegangen werden, daß die Verwirklichung der Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs - ungeachtet der Rechtsangleichung zur Beseitigung technischer Handels- und Dienstleistungsbeschränkungen - bis zur Angleichung auch der einheitlichen wettbewerblichen Rahmenbedingungen zurückzustehen hat, wenn sie mit Anpassungs- und Ordnungszwängen verbunden ist, die infolge ihrer Ungleichgewichtigkeit für einzelne Mitgliedstaaten unzumutbar sind. In einem solchen Fall wird man den betroffenen Mitgliedstaaten nicht die Berechtigung versagen dürfen, gestützt auf ihre Gesetzgebung, beispielsweise ihr Ordnungsregime, das für die Versorgung mit Elektrizität gilt, bis zu dessen Ablösung durch ein gemeinschaftseinheitliches Regime Beschränkungen des Waren- und Dienstleistungsverkehrs aufrechtzuerhalten.

Der Mitgliedstaat braucht die Auflösung und Umwandlung seines Versorgungssystems nicht hinzunehmen, bevor der Gemeinschaftsgesetzgeber über eine

gemeinschaftseinheitliche Regelung befunden hat; letztere kann in der Substituierung des nationalen Systems durch eine gemeinschaftseinheitliche Regelung, aber auch in der Koordinierung der nationalen Systeme liegen. Eine gemeinsame Politik im Bereich der Stromwirtschaft ist für den Ordnungsakt des Gemeinschaftsgesetzgebers in jedem Fall eine notwendige Voraussetzung.

Damit stellt sich die Frage, ob die Verwirklichung der Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs tatsächlich ein zumutbares Ungleichgewicht hervorrufen würde. Dazu bedarf es der Prüfung, in welcher Weise sich die Anwendung der Wettbewerbs- und der Beihilfenaufsicht auf die Elektrizitätswirtschaft auswirken würde, wenn sich die Mitgliedstaaten nicht auf zulässige Beschränkungen des Stromaustauschs über die Grenzen berufen könnten.

## VII.

Die Anwendung des Wettbewerbsaufsichtsrechts wirkt je nach dem Rahmen, in dem die Elektrizitätswirtschaft in den Mitgliedstaaten organisiert ist, unterschiedliche Probleme auf.

In Frankreich, Griechenland, Irland, Italien und Portugal ist die Elektrizitätswirtschaft verstaatlicht; in diesen Ländern besteht ein Monopol, das die Stromerzeugung, den Stromtransport sowie die Verteilung des Stroms und damit auch die Ausfuhr und die Einfuhr umfaßt; eine ähnliche Organisationsstruktur weist die Elektrizitätswirtschaft in Großbritannien auf. In den Niederlanden, Belgien, Spanien und Dänemark besteht auf der Grundlage einer pluralistischen Struktur der Elektrizitätswirtschaft eine relativ weitgehende staatliche Lenkung und Kontrolle, die über eine wettbewerbsrechtliche Mißbrauchsaufsicht hinausgeht; in Luxemburg besteht eine in sich geschlossene zentrale Versorgung mit Elektrizität. In der Bundesrepublik Deutschland erfolgt die Versorgung mit Elektrizität dagegen über dezentral organisierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die auf der Grundlage von Gebietsschutzverträgen und sogenannten Konzessionsverträgen eine ihnen überantwortete Versorgungsaufgabe wahrnehmen. Die deutsche Organisationsstruktur enthält gewisse Wettbewerbselemente insofern, als einmal die Elektrizitätsversorgungsunternehmen miteinander in einem ideel-

len Leistungswettbewerb stehen und zum anderen das Bundeskartellamt im Rahmen der nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bestehenden Mißbrauchsaufsicht in begrenztem Umfang über Gestaltungsmöglichkeiten verfügt, durch die - beispielsweise über eine Veränderung der Demarkationsverträge - der Wettbewerb verbessert werden kann.

In den Ländern, in denen wie in Frankreich mit der EdF und in Italien mit der ENEL eine Monopolstruktur besteht, findet das gemeinschaftliche Kartellrecht allenfalls in Form der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen Anwendung. Die Regelung des Art. 86 EWG-Vertrag stellt ein Verbot der mißbräuchlichen Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung dar. Gemäß Art. 90 EWG-Vertrag sind die Mitgliedstaaten als Träger von Monopolunternehmen gemeinschaftsrechtlich zwar verpflichtet, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, daß das von ihnen eingerichtete Monopolunternehmen den gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 86 EWG-Vertrag nachkommen kann, d. h. seine marktbeherrschende Stellung nicht mißbräuchlich ausübt; eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Auflösung und Umformung der Monopole begründet diese Regelung indes nicht. Ebensowenig ergeben sich aus den Verpflichtungen und Auflagen, denen das marktbeherrschende Unternehmen gemäß Art. 86 EWG-Vertrag seinerseits unterliegt, Einschränkungen, die die Monopolstellung als solche betreffen.

Eine andere Frage ist, ob aufgrund der Niederlassungsfreiheit bzw. der Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs Einschränkungen der monopolisierten Produktions- und Verteilungsstruktur hergeleitet werden können:

Was die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 52 ff. EWG-Vertrag betrifft, so besteht bekanntlich Einigkeit darüber, daß ein staatliches Monopol, durch das intern die Freiheit der Aufnahme der monopolisierten Wirtschaftstätigkeit untersagt ist, zugleich die Niederlassungsfreiheit für EG-Ausländer ausschließt. Die Niederlassungsfreiheit erschöpft sich in der Gleichstellung vor der Rechtsordnung des Tätigkeitslandes nach Maßgabe der Wirtschaftsverfassung, die in diesem Land besteht.

Die Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs geht zwar über die Gleichstellung insofern hinaus, als nur diejenigen Regelungen der



Rechtsordnung des Tätigkeitslandes als Beschränkungen anzuerkennen sind, die aus Gründen des "Allgemeininteresses" gerechtfertigt sind. Ein staatliches Versorgungsmonopol dürfte jedoch als eine Regelung des "Allgemeininteresses" anzuerkennen sein. Das ergibt sich daraus, daß die Vertragsgeber mit Art. 37 EWG-Vertrag beschränkt auf Handelsmonopole eine Umformungs- und Auflösungsverpflichtung in das Regelungsgefüge des Gemeinsamen Marktes aufgenommen haben. Würden bereits die Regelungen der Art. 30, 31 EWG-Vertrag einen Umformungszwang für staatliche Handelsmonopole begründen, hätte es der besonderen Vorschrift des Art. 37 EWG-Vertrag nicht bedurft. Die Regelungen der Art. 59 ff. EWG-Vertrag mögen zwar in bestimmter Hinsicht eine geringere Tragweite als die Vorschriften über die Freiheit des Warenverkehrs haben; sie gehen aber sicherlich nicht über diese hinaus, so daß sich aus ihnen ein Auflösungszwang für Dienstleistungsmonopole nicht herleiten läßt.

Diese Feststellung gilt auch für solche Dienstleistungsmonopole, die - wie die Elektrizitätsmonopole - mit einem Anschlußzwang verbunden sind; Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß der Anschlußzwang einen wesentlichen Bestandteil des Monopols darstellt, ohne den das Monopol in seinem Bestand gefährdet wäre. Eine monopolistisch organisierte Elektrizitätswirtschaft unterliegt daher der gemeinschaftlichen Wettbewerbsaufsicht gemäß Art. 86 EWG-Vertrag, ohne daß ihre Organisationsstruktur durch deren Ausübung beeinträchtigt wird. Lediglich unter der Voraussetzung, daß auf sie Art. 37 EWG-Vertrag anwendbar sein sollte, unterliegt sie einem - dann aber auch sehr weitgehenden - Umformungs- und Auflösungszwang.

Auf eine dezentral organisierte Elektrizitätsversorgungswirtschaft findet dagegen die gemeinschaftliche Wettbewerbsaufsicht nach Maßgabe des Art. 85 EWG-Vertrag Anwendung. Sowohl die von den deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen abgeschlossenen Demarkationsverträge, durch die sich die Vertragsparteien wechselseitig Gebietsschutz einräumen, als vor allem auch die von ihnen mit den Gemeinden abgeschlossenen Konzessionsverträge, durch die den Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein absolutes Gebietsmonopol unter Ausschluß jeglichen Wettbewerbs um die Versorgung der Endverbraucher eingeräumt wird, erfüllen die Voraussetzungen wettbewerbsbeschränkender Absprachen im Sinne des Art. 85 f. EWG-Vertrag. Desgleichen läßt sich nicht die Frage stellen, daß sich diese Vereinbarungen auf den

inneregemeinschaftlichen Handel mit Strom auswirken; die Anwendbarkeit des Verbots des Art. 85 EWG-Vertrag kann daher auch insoweit nicht in Zweifel gezogen werden.

Gleichermaßen steht aber auch fest, daß die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag auf die Konzessionsverträge der deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen das organisatorische Gefüge, wie es in der Bundesrepublik für die Erzeugung und Verteilung als solches besteht, als solches berühren und in Frage stellen würde.

Die Frage ist aufgeworfen worden, ob nicht diejenigen Wirtschaftsbereiche, die von der mitgliedstaatlichen Kartellaufsicht herkömmlich ausgenommen sind, auch auf der Ebene der Gemeinschaft von der Kartellaufsicht so lange als ausgenommen zu gelten haben, bis sie aufgrund eines Rechtsaktes des Rates dieser uneingeschränkt oder mit Einschränkungen unterworfen werden. Bekanntlich hat sich der Gerichtshof in dem Urteil vom 27. Januar 1987<sup>6)</sup> diese Auffassung für den gleichgelagerten Bereich der Versicherungswirtschaft nicht zu eigen gemacht; der Gerichtshof begründet seine Auffassung - unter Hinweis auf die ausdrückliche Ausnahme des Art. 42 EWG-Vertrag zugunsten der Landwirtschaft - mit dem Argument, daß der EWG-Vertrag von dem Grundsatz der ausdrücklichen Ausnahmen ausgehe. Kaum anzunehmen ist, daß der Gerichtshof von dieser Auffassung zugunsten der Versorgungswirtschaft abgehen wird.

Ist das Verbot des Art. 85 EWG-Vertrag auf das Vertragssystem der deutschen Elektrizitätswirtschaft anwendbar, dann verbleibt im Rahmen der Kartellaufsicht nur die Möglichkeit einer Freistellung des Vertragssystems von dem Verbot gemäß Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag.

Die aufsichtsrechtliche Situation ist somit - bezogen auf die Mitgliedstaaten - dadurch gekennzeichnet, daß die Elektrizitätsversorgung, soweit sie monopolisiert ist, einer bloßen Mißbrauchsaufsicht gemäß Art. 86 EWG-Vertrag unterliegt, soweit sie dagegen wie in der Bundesrepublik eine dezentralisierte Organisation aufweist, nur über einen freistellenden

6) EuGH, 27.1. 1987, Rs 45/85, Prämienempfehlung Feuerversicherung, Bulletin der Europäischen Gemeinschaften 1987, S. 91

Rechtsakt der Gemeinschaft, auf den ein Rechtsanspruch nicht besteht, in ihrer Funktionsfähigkeit gewährleistet bleibt. Es läßt sich kaum bestreiten, daß die Anwendung der Regeln über die Wettbewerbsaufsicht auf die Elektrizitätswirtschaft für die Mitgliedstaaten mit ungleichen und für einzelne Mitgliedstaaten unzumutbaren Auswirkungen verbunden ist.

Die Lösung dieses Dilemmas wird üblicherweise darin erblickt, daß die Anwendbarkeit des Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag auf die Elektrizitätsversorgungsunternehmen befürwortet wird.

Nach Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag ist ein Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, von der Anwendung derjenigen Regeln des Gemeinschaftsrechts freigestellt, die ihm die Erfüllung seiner Aufgabe tatsächlich oder rechtlich unmöglich machen. Eines besonderen, konstitutiven Freistellungsaktes der Gemeinschaft bedarf es für die Anwendung des Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag nicht; letztlich ist die Beurteilung durch den Europäischen Gerichtshof dafür maßgeblich, ob die Ausnahmeregelung zur Anwendung gelangt.

Soweit erkennbar, wird weitverbreitet davon ausgegangen, daß die Elektrizitätsversorgungsunternehmen aufgrund der Versorgungsaufgabe, die sie wahrnehmen, als Unternehmen anzusehen sind, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse mit der Erbringung einer bestimmten Dienstleistung im Sinne des Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag betraut sind.

Entscheidend für die Einstufung eines Unternehmens als Dienstleistungsträger im Sinne von Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag ist die "Betreuung", die als hoheitlicher Akt der Zuweisung einer besonderen Aufgabe zu verstehen ist. Insoweit muß davon ausgegangen werden, daß in der Bundesrepublik diese Voraussetzung mit der Überantwortung der Versorgungsaufgabe durch das Energiewirtschaftsgesetz selbst bei einer restriktiven Interpretation des Begriffes als erfüllt anzusehen ist.

Rechtlich behindert an der Wahrnehmung der ihnen überantworteten Versorgungsaufgabe wären die Elektrizitätsversorgungsunternehmen, wenn das Kartellverbot des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag auf die Demarkations- und Konzessionsverträge angewendet würde; die Freistellung gemäß Art. 90 Abs.

2 umfaßt daher in jedem Fall die Regelung des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag. Unter Umständen umfaßt die Freistellung darüber hinaus auch die Regelung des Art. 59 EWG-Vertrag bzw. des Art. 30 EWG-Vertrag, falls die Lieferung von Strom über die Grenzen als Warenverkehr einzustufen ist; letzteres ist dann, wenn zur Absicherung der Demarkations- und Konzessionsverträge - über die Freistellung von den Verboten des nationalen Wettbewerbsgesetzes hinaus - zusätzliche staatliche Maßnahmen erforderlich sein sollten, die als eine - gemeinschaftsrechtlich nicht anders legitimierbare - Beschränkung der Freiheit des Dienstleistungs- bzw. Warenverkehrs einzustufen wären.

Ein besonders heikles Problem, das die Anwendung des Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag auf die Elektrizitätsversorgung aufwirft, stellt sich insofern, als die Mitgliedstaaten gewohntermaßen das Recht auf Gleichstellung für sich in Anspruch nehmen. Mit dem gleichen Recht, mit dem ein Mitgliedstaat die Freistellung seiner Versorgungswirtschaft von den Regelungen der Art. 85 ff. EWG-Vertrag über die gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsaufsicht in Anspruch nimmt, kann ein anderer Mitgliedstaat geltend machen, daß seine Elektrizitätswirtschaft die ihr überantwortete öffentliche Versorgungsaufgabe nicht ohne eine beträchtliche staatliche Subventionierung erfüllen könne, folglich er von dem Subventionsverbot der Art. 92 ff. EWG-Vertrag freigestellt sein müsse. Daß die Elektrizitätsversorgungsunternehmen einzelner Mitgliedstaaten staatlicherseits über steuerliche Vergünstigungen bzw. den Verzicht auf die Verzinsung des Kapitals in einer Weise subventioniert werden, die mit dem Beihilfenaufsichtsrecht der Gemeinschaft nicht zu vereinbaren ist, wird behauptet. Wird deshalb im Grundsatz anerkannt, daß im Falle der Elektrizitätswirtschaft die Voraussetzungen des Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag erfüllt sind, führt dies im Ergebnis dazu, daß letztlich der Gerichtshof, bezogen auf die jeweilige Organisationsstruktur der Elektrizitätswirtschaft, das gemeinschaftsverträgliche Ausmaß der Freistellung zu beurteilen und definitiv zu bestimmen hat. Im Hinblick darauf, daß Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag auch die Freistellung vom Subventionierungsverbot ermöglicht, kann ein Förderungswettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich der Versorgung mit Elektrizität ausgelöst werden, der den Zielen der Gemeinschaft zuwiderläuft. Sollte es über diese Problematik zu Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof kommen, stünde dieser vor Entscheidungen über den Ausgleich der Interessen innerhalb der Gemeinschaft, die nicht minder schwierig und schwerwiegend wären als die

grundsätzliche Entscheidung darüber, ob nicht die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes im Bereich der Elektrizitätswirtschaft vorab die Herausbildung einer gemeinsamen Energiepolitik und eines gemeinschaftlichen Regelungsregimes für die Versorgung mit Elektrizität voraussetzt.