

MIRKA SENKE

Elektrizitätslieferverträge nach der Liberalisierung
der Elektrizitätsmärkte im Lichte des
europäischen und deutschen Kartellrechts

Juristische Reihe **TENEA** / www.Jurawelt.com Bd. 23



TENEA

Die Arbeit beschäftigt sich mit der Frage nach der Wirksamkeit langfristiger Bezugs- und Absatzbindungen in Elektrizitätslieferverträgen. Vor der Liberalisierung des deutschen und des europäischen Elektrizitätsmarktes waren diese Bindungen in nahezu allen Lieferverträgen zwischen weiterverteilenden Unternehmen enthalten. Sie wurden durch die gesetzliche Ausnahmenvorschrift des § 103 GWB a. F. toleriert und führten zu einer nach deutschem Recht gestatteten Zementierung von geschlossenen Elektrizitätsversorgungsgebieten.

Mit dem Wegfall dieser kartellrechtlichen Privilegierung gilt nunmehr sowohl für langfristig geschlossene Alt-Verträge als auch für neue Verträge ein anderer rechtlicher Rahmen. Diesen Rahmen stellt Verfasserin dar und untersucht, welche Folgen damit verbunden sind.

Mirka Senke, Erstes Staatsexamen 1998 in Berlin, von 2000 bis 2002 Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Humboldt-Universität, Prüfung zur Dr. iur. 2002, anschließend Wahlstation in Chicago, 2003 Zweites Staatsexamen in Berlin, seitdem an der Northwestern University of Chicago tätig.

TENEA



Tenea (ἡ Τενεά), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

MIRKA SENKE

**Elektrizitätslieferverträge nach der Liberalisierung
der Elektrizitätsmärkte im Lichte des
europäischen und deutschen Kartellrechts**

TENEA



Mirka Senke

Elektrizitätslieferverträge nach der Liberalisierung
der Elektrizitätsmärkte im Lichte des
europäischen und deutschen Kartellrechts
(Juristische Reihe Tenea/www.jurawelt.com; Bd. 23)

Zugleich Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät
Dissertation 2003

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2003

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

digital-print-service, 10119 Berlin (Mitte)

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2002

ISBN 3-936582-71-8

Für meine Eltern

Vorwort

Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans Peter Schwintowski für die Betreuung und Erstbegutachtung der Arbeit. Herr Prof. Dr. Thomas Raiser war so freundlich und übernahm die Zweitbegutachtung.

Mein Freund, Herr Dr. Thorsten Seidel, hat die Arbeit Korrektur gelesen. Dafür danke ich ihm sehr.

Meine Eltern haben die Entstehung meiner Doktorarbeit durch ihre großzügige Unterstützung ermöglicht. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Chicago, den 20. Juni 2003

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	6
EINLEITUNG, ZIELSETZUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG.....	10
ERSTER TEIL: ELEKTRIZITÄTSLIEFERVERTRÄGE IM LICHT DES EUROPÄISCHEN KARTELLRECHTS.....	13
A. "LAISSEZ-FAIRE"-POLITIK DER KOMMISSION VOR INKRAFTTRETEN DER BINNENMARKTRICHTLINIE	14
B. DER MABGEBLICHE ZEITPUNKT FÜR DIE BEURTEILUNG EINES VERSTÖßES GEGEN DIE WETTBEWERBSREGELN DES EGV.....	16
ZWISCHENERGEBNIS	18
C. ANWENDUNG DES EG-KARTELLRECHTS AUF VEREINBARUNGEN ZWISCHEN ELEKTRIZITÄTSVERSORGERN .	18
I. <i>Unternehmensbegriff im Kartellrecht des EGV</i>	19
II. <i>Art. 86 Abs. 2 EG und die deutsche Elektrizitätsversorgungsstruktur</i>	21
1. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	22
2. Betrauung deutscher Elektrizitätsversorgungsunternehmen.....	23
a) EuGH: Betrauung ausschließlich durch Hoheitsakt.....	23
b) Auslegung des Betrauungsbegriffs in der Literatur	25
aa) Formal-inhaltliches Kriterium.....	25
bb) Inhaltliches Kriterium	26
c) Stellungnahme.....	27
aa) Wörtliche Auslegung des Betrauungsbegriffs.....	27
bb) Systematische Auslegung des Tatbestandsmerkmals Betrauung.....	29
cc) Historische Auslegung des Tatbestandsmerkmals Betrauung.....	30
dd) Teleologische Auslegung des Tatbestandsmerkmals Betrauung.....	32
d) Zwischenergebnis.....	34
3. Betrauung der deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen	34
a) Betrauung durch Konzessionsvertrag	35
b) Betrauung durch Genehmigung nach § 3 Abs. 1 EnWG.....	36
c) Genehmigung und Kontrahierungszwang	37
d) Zwischenergebnis.....	37
4. Abwägungsregelung des Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG.....	38
5. Zwischenergebnis:.....	41
D. ZUR BEURTEILUNG NACH ART. 81 ABS. 1 EG.....	42
I. <i>Horizontale und vertikale Vereinbarungen - Gesamtbetrachtung der Vertragsbeziehung</i>	42
1. Anwendbarkeit der Leitlinien für vertikale Vereinbarungen "Schirm-GVO" auf Elektrizitätslieferverträge.....	43
2. Anwendung der "Schirm-GVO" nur bei vertikalen Vereinbarungen.....	48
II. <i>Lieferverträge mit Gebietsschutz-, Laufzeit- und Gesamtbedarfsdeckungsklauseln als Wettbewerbsbeschränkungen</i>	51
1. Gebietsschutzabgrenzungen als Wettbewerbsbeschränkungen	52
a) Inhalt von Gebietsschutzabreden	52
b) Verzicht auf Gebietsschutzabreden nach Inkrafttreten der Energierechtsreform	53
c) Horizontale und vertikale Gebietsschutzabgrenzungen.....	54
aa) Lieferant als potentieller Wettbewerber des Abnehmers	55
bb) Potentieller Wettbewerb des Abnehmers - Einschränkung durch das Örtlichkeitsprinzip.....	55
2. Langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen	57
a) Beschränkung des Nachfragewettbewerbs	60
b) Beschränkung des Absatzwettbewerbs zwischen den Vertragsparteien.....	61
c) Beschränkung in der Möglichkeit zur eigenen Elektrizitätserzeugung	62
d) Beschränkung des Wettbewerbs von Konkurrenzunternehmen des Lieferanten	63
e) Vertragsfreiheit durch Wettbewerbsfreiheit statt Vertragsfreiheit contra Wettbewerbsfreiheit.....	64
3. Laufzeitgrenzen bei Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarungen.....	66
4. Wettbewerbsbeschränkung durch Mindestabnahmeverpflichtungen	72
a) Faktische Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen	73
b) Abnahmequoten unterhalb des Gesamtbedarfs.....	74

aa) Vertragliche Abnahmequoten über 80 % des Bedarfs - Faktische Gesamtbearbeitungsdeckungsverpflichtungen.....	75
bb) Abnahmequoten unter 80 % des Bedarfs.....	76
5. Gruppeneffekt mehrerer Abnahmeverpflichtungen	77
6. Eigenerzeugungsverbote	78
Zwischenergebnis:.....	78
III. Konzerninterne Vereinbarungen	79
IV. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	81
1. Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Stromhandels	81
a) Rechtliche Möglichkeit des Elektrizitätshandels zwischen den Mitgliedstaaten	82
b) Tatsächliche Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Stromhandels	83
2. Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch innerstaatliche Elektrizitätslieferverträge.....	87
a) Rechtsprechung des EuGH und des EuG zu innerstaatlichen Vereinbarungen	87
aa) Kollektivhaftung nach der Brasserie de Haecht-Entscheidung	89
bb) Erheblicher Beitrag zur Marktabschottung durch den einzelnen Vertrag.....	89
b) Rechtsprechung in Deutschland zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch innerstaatliche Vereinbarungen	91
c) Zusammenfassung der Rechtsprechung	93
d) Die Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel durch die Kommission	93
e) Die Auslegung der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in der Literatur	96
3. Eine integrationsfördernde Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel.....	96
a) Keine Notwendigkeit für Unterscheidung von mittelbaren und unmittelbaren Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels.....	97
b) Erforderliches Ausmaß einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	99
aa) Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs als Anwendungsfall des Art. 81 Abs. 3 EG	100
bb) Vergleich der Zwischenstaatlichkeitsklausel mit dem Tatbestandsmerkmal der gemeinschaftsweiten Bedeutung bei der Fusionskontrolle	101
cc) Gefahr willkürlicher Ergebnisse durch Anwendung der Bündeltheorie	101
dd) Erhebliche Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess.....	102
ee) Keine sachgerechten Ergebnisse bei isolierter Marktanteilsbetrachtung	104
c) Integrationsziele des EG-Wettbewerbsrechts als Grundlage für die Zwischenstaatlichkeitsklausel	106
4. Zwischenergebnis:	109
V. Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	110
1. Keine Vereitelung der Marktöffnung nach der Richtlinie.....	111
2. Beschränkte Anwendbarkeit auf vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern.....	111
3. Marktanteil des bindenden Unternehmens	111
4. Keine Freistellung von Wettbewerbsverboten mit einer Dauer von mehr als fünf Jahren	112
5. Gebiets- oder kundenbezogene Verkaufsbeschränkungen	112
6. Netze gleichartiger Beschränkungen.....	113
7. Ausnahmen für nach der Freistellungsverordnung Nr. 1984/83 freigestellte Wettbewerbsbeschränkungen.....	114
8. Zwischenergebnis:	115
1. Unwirksamkeit von Laufzeit und Bezugsbindung insgesamt.....	115
2. Unwirksamkeit von Laufzeit und Bezugsbindung als Folge der unwirksamen Gebietsschutzverpflichtung.....	116
E. MISSBRÄUCLICHES VERHALTEN DES ELEKTRIZITÄTSLIEFERANTEN GEMÄß ART. 82 EG.....	118
I. Festlegung des relevanten Marktes.....	118
1. Räumliche Marktabgrenzung	118
2. Sachliche Marktabgrenzung.....	121
a) Verschiedene Abnehmergruppen als Differenzierungsmerkmal der sachlichen Marktabgrenzung	122
b) Keine Substituierbarkeit von Elektrizität bei Lieferverträgen zwischen Weiterverteilern	123
3. Zwischenergebnis:	123
II. Marktbeherrschung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes.....	123
1. Wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes.....	124
2. Marktbeherrschungsvoraussetzungen	125

<i>III. Missbräuchliches Verhalten</i>	126
1. Kein Ausschluss des missbräuchlichen Verhaltens durch §§ 103 f. GWB a.F.....	127
2. Einzelfallabwägung aller relevanten Umstände.....	127
a) Kein Missbrauch bei kaufvertragsähnlichen Wirkungen.....	127
b) Missbrauch und "Schirm-GVO".....	128
c) Marktabschottung gegenüber Wettbewerbern.....	129
d) Ausbeutung des Abnehmers.....	130
e) Amortisationsschutz von Investitionen.....	130
f) Zielsetzung der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität.....	133
<i>IV. Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels</i>	134
<i>V. Zwischenergebnis</i>	134
F. DAS VERHÄLTNISS DES EUROPÄISCHEN ZUM DEUTSCHEN KARTELLRECHT.....	134
ZWISCHENERGEBNIS ERSTER TEIL:.....	137
ZWEITER TEIL: WIRKSAMKEIT DER LIEFERVERTRÄGE NACH DEUTSCHEM KARTELLRECHT	138
A. DAS KARTELLVERBOT DES § 1 GWB.....	139
I. Anwendungsbereich des § 1 GWB bei öffentlichen Unternehmen.....	140
II. Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen.....	140
III. Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachteil Dritter.....	142
IV. Anwendung des Kartellverbots auf Austauschverträge.....	144
1. Gesamtvertragsbetrachtung nach der früheren Rechtsprechung des BGH.....	145
2. Einzelfallbetrachtung bei wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden in Austauschverträgen.....	147
3. Die wettbewerbliche Gesamtbetrachtung.....	149
a) Gesamtbetrachtung bei Funktionszusammenhang verschiedener Verträge oder Vertragsbestandteile.....	149
b) Gesamtbetrachtung bei Intensivierung der Wettbewerbsbeschränkung durch mehrere Abreden.....	150
c) Gesamtbetrachtung bei Wettbewerbsausschluss als gemeinsamer Zielsetzung.....	150
4. Übertragung der Rechtsprechung des BGH auf die Prüfung von Elektrizitätslieferverträgen.....	151
a) Gesamtbetrachtung des LG Mannheim.....	152
b) Gesamtbetrachtung des LG Stuttgart.....	153
c) Gesamtbetrachtung des OLG Düsseldorf.....	153
d) Einzelfallbetrachtung des LG Rostock.....	154
e) Einzelfallbetrachtung des LG Leipzig.....	154
f) Meinungsstand in der Literatur.....	155
5. Stellungnahme.....	156
a) Demarkationsabreden und Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen als Nebenabreden.....	156
b) Keine Funktionseinheit zwischen den verschiedenen Nebenabreden.....	157
aa) Kein Funktionszusammenhang wegen gemeinsamer Verwirklichung eines Kartellrechtsverstößes.....	158
bb) Kein Funktionszusammenhang beim anzuerkennenden Interesse.....	160
cc) Kein Funktionszusammenhang wegen gemeinsamer Sicherung der exklusiven Versorgungsgebiete durch die verschiedenen Klauseln.....	161
c) Keine Intensivierung der Wettbewerbsbeschränkung bei wirksamer Demarkationsabrede.....	162
d) Unwirksamkeit der langfristigen Bezugsverpflichtung als Rechtsfolgenproblem der unwirksamen Demarkation.....	163
e) Elektrizitätslieferverträge als Folgeverträge einer unwirksamen horizontalen Demarkation der Vorlieferanten.....	167
d) Zwischenergebnis.....	168
B. Verstoß gegen die Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB.....	169
1. Marktbeherrschung.....	169
2. Missbräuchliches Verhalten.....	170
a) Kein Missbrauch bei kaufvertragsähnlichen Wirkungen.....	170
b) Anerkennung des Amortisationsinteresses vor dem Hintergrund des Gesetzes zur Neuregelung der Energiewirtschaft.....	171
c) Preisvorteile des Abnehmers als Interessenausgleich.....	174
d) Zwischenergebnis.....	175
ERGEBNIS ZWEITER TEIL:.....	175

Dritter Teil: Das Schicksal des Restvertrages

176

LITERATURVERZEICHNIS..... 183

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	an angegebenen Ort
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	AGB-Gesetz
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVBElt	Allgemeine Versorgungsbedingungen Elektrizität
AWD	Allgemeiner Wirtschaftsdienst
Az.	Aktenzeichen
B	Beschluss
BB	Betriebsberater
BBg	Brandenburg
BBW	Berliner Beiträge zum Wirtschaftsrecht
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BR-Drs.	Bundesratsdrucksachen
BReg	Bundesregierung
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Bull.	Bulletin
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwG	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
E	
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DE-R	Deutsche Rechtsprechung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E	Entscheidung
EEG	Erneuerbare Energien Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGV	EG-Vertrag

Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
ET	Energierechtliche Tagesfragen
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVU	Elektrizitätsversorgungsunternehmen
EWeRK	Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GK	Gemeinschaftskommentar zum GWB und zum europäischen Kartellrecht
GG	Grundgesetz
GO	Gemeindeordnung
GW	Gigawatt
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GW/h	Gigawattstunde
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS.	Halbsatz
Info	Information
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kart.	Kartellsenat
KartVO	Kartellverordnung
KOM	Kommission (so zitiert in ihren Dokumenten)
Komm.	Kommission
KG	Kammergericht
kW/h	Kilowattstunde
LG	Landgericht
lit.	litera

LKV	Zeitschrift für Landes- und Kommunalverwaltung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MünchKo	Münchener Kommentar
mm	
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RdE	Recht der Elektrizitätswirtschaft (bis 1991); Recht der Energiewirtschaft (ab 1992)
REVU	Regionalversorgungsunternehmen
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rdnr.	Randnummer
RR	Rechtsprechungs-Report
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Slg.	Sammlung
s.	siehe
s.o.	siehe oben
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TB	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes
TW/h	Terrawattstunde
Tz.	Textziffer
U	Urteil
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	von
V	Vertrag
VDEW	Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke e.V.
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln
Verb.	Verbunden
VIK	Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V.
vgl.	vergleiche
VKU	Verband Kommunaler Unternehmen e.V.
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der WuW
z.B.	zum Beispiel

ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung, Zielsetzung und Gang der Untersuchung

Mit der Verabschiedung der Binnenmarkttrichtlinie Strom und dem vom Bundeskabinett Ende 1996 verabschiedeten Entwurf über ein Gesetz zur Neuordnung der Energiewirtschaft sind Elektrizitätslieferverträge zwischen weiterverteilenden Unternehmen zunehmend Gegenstand wissenschaftlicher Diskussionen geworden.¹ Veranlasst durch die Streichung der §§ 103 f. GWB beschäftigte sich die Literatur zunächst nur mit der Frage, ob vertikale Demarkationsverpflichtungen mit dieser Aufhebung unwirksam werden und welche Folgen damit für den Rest des Vertrages verbunden sind.² Mit Erlass zweier erstinstanzlicher zum Fortbestand von Stromlieferverträgen weitete sich der Gegenstand der Diskussion allerdings aus. Fortan drehte sich die Auseinandersetzung insbesondere auch um die Frage, ob die in Elektrizitätslieferverträgen zumeist standardmäßig enthaltenen langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen unwirksam sind.³ Teile der mit dieser Problemstellung betrauten Gerichte bejahten diese Frage mit unterschiedlicher Begründung, während andere Gerichte Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen - jedenfalls in den von ihnen zu entscheidenden Sachverhalten - für unbedenklich erachteten. Diese Rechtsprechung ist - nicht zuletzt mangels eines abschließenden Befundes durch den BGH - Gegenstand umfangreicher Diskussion in der juristischen Literatur, wobei derzeit nahezu jeder Standpunkt vertreten wird.⁴ Während manche Autoren der Auffassung sind, dass die Verträge nur gegen das GWB verstoßen, halten andere sie auch für unvereinbar mit europäischem Kartellrecht. Schließlich vertritt eine gewichtige Auffassung, dass die Verträge prinzipiell wirksam sind und allenfalls die in ihnen vereinbarten Demarkationsverpflichtungen gegen kartellrechtliche Vorschriften verstoßen.

Die Arbeit wird zu der derzeitigen Diskussion Stellung beziehen und untersuchen, ob und wie die bislang in anderem Zusammenhang erlassenen Entscheidungen der höchstrichterlichen europäischen und deutschen Rechtsprechung sowie der Kommission und des Bundeskartellamtes zur Beantwortung der aufgezeigten Kontroverse herangezogen werden können. Dies ist nicht nur von weit reichender wirtschaftlicher Bedeutung für die betroffenen Unternehmen, weil die Rechtswirklichkeit derzeit durch ein gehöriges Maß an Rechtsunsicherheit geprägt ist. An ihr misst sich auch die Bewertung der mit der

¹ Vgl. *Rottbauer*, EWiR 2002, S. 21 f; *Markert*, in: EuZW 2000, S. 427 ff.; *Markert*, in: ZNER 1998, Heft 4, S. 3 ff; *Litpher/Gentzsch*, S. 5 f; *Bunte*, in: WuW 1997, S. 857 ff; *Schwintoski/Klaue*, in: BB 2000, 1901 ff; *Köhler*, in: WuW 1999, S. 445 ff; *Lukes*, in: BB 1999, Beilage 8 zu Heft 21, S. 9 ff; *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145 ff; *Raabe*, in: ET 2000, S. 770 ff; *Lückenbach*, in: RdE 2000, S. 101 ff; *Baur*, in: *FS für Sandrock*, S. 35 ff; *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359 ff; *Salje*, in: ET 1999, S. 768 ff; *Böwing/Rosin*, in: ET 2000, S. 249 ff; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, § 1, Rdnr. 117, 139,143; *Baur*, in: RdE 2001, S. 81 ff.

² *Baur*, in: RdE 1997, S. 41 ff; *Kunth/Slabschi*, in: RdE 1997, 174 ff; *Becker*, in: ZNER 1997, S. 12, 14.

³ Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98, S. 6, RdE 1999, S. 159 ff.; Urteil des LG Köln Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, Rs. 28 O (Kart.) 559/99, in: RdE 2000, S. 233 ff.; nachfolgend auch Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 1 ff. (bisher unveröffentlicht); Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 1 ff. (bisher unveröffentlicht); Urteil des LG Frankfurt am Main vom 28.07.2000, Az. 3/12 O 94/00, S. 1 ff. (bisher unveröffentlicht); Urteil des LG Frankfurt am Main vom 27.06.2001, Az. 3/8 O 102/00, S. 1 ff. (bisher unveröffentlicht); Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 1 ff. (bisher unveröffentlicht).

⁴ Vgl. nur *Schwintoski/Klaue*, in: BB 2000, 1901 ff; *Köhler*, in: WuW 1999, S. 445 ff; *Lukes*, in: BB 1999, Beilage 8 zu Heft 21, S. 9 ff; *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145 ff; *Raabe*, in: ET 2000, S. 770 ff; *Lückenbach*, in: RdE 2000, S. 101 ff; *Baur*, in: *FS für Sandrock*, S. 35 ff; *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359 ff; *Salje*, in: ET 1999, S. 768 ff; *Böwing/Rosin*, in: ET 2000, S. 249 ff; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, § 1, Rdnr. 117, 139,143; *Baur*, in: RdE 2001, S. 81 ff; *Markert*, in: EuZW 2000, S. 427 ff.; *Markert*, in: ZNER 1998, Heft 4, S. 3 ff; *Litpher/Gentzsch*, S. 5 f; *Bunte*, in: WuW 1997, S. 857 ff.

Liberalisierung erreichten Zielsetzungen. Nur bei Wegfall von langfristigen Bindungen wird das mit der Liberalisierung verfolgte Ziel, dass Unternehmen europaweit Strom beziehen können, erreicht. Denn nur solche Unternehmen, die rechtlich frei und nicht aufgrund vor der Liberalisierung langfristig abgeschlossener Verträge bis auf weiteres gebunden sind, kommen überhaupt als Nachfrager auf dem liberalisierten Strommarkt in Betracht und damit in den Genuss der Energierechtsreform.

Gegenstand dieser Arbeit sind daher Elektrizitätslieferverträge zwischen weiterverteilenden Unternehmen, die vor der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes geschlossen worden sind, weil nur durch diese Verträge die ehemaligen Monopolstrukturen gewissermaßen in die neue Zeit hinüberwachsen. Die Arbeit untergliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil konzentriert sie sich auf Fragen des europäischen Kartellrechts. Im zweiten behandelt sie die sich aus dem GWB ergebenden Problemstellungen. Im letzten Teil stellt sie dar, welche Folgen mit der Unwirksamkeit einzelner Klauseln für das Schicksal des Restvertrages verbunden sind, wobei diese Rechtsfolgen gleichermaßen für das europäische Kartellrecht und das GWB gelten.

Im europäischen Teil der Arbeit wird zunächst geprüft, welcher Zeitpunkt für einen Verstoß gegen europäisches Kartellrecht maßgeblich ist. Dabei wird zu untersuchen sein, ob die Kartellrechtswidrigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehen muss oder ob sie auch nachträglich eintreten kann.

Danach wird erörtert, ob das europäische Kartellrecht überhaupt für den Bereich der Energieversorgung gilt oder ob Art. 86 Abs. 2 EG seine Unanwendbarkeit vorschreibt, so dass wettbewerbliches Handeln von Elektrizitätsversorgungsunternehmen von vorneherein nicht am Maßstab des europäischen Kartellrechts zu messen ist. Dabei ist insbesondere zu erörtern, ob die deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen „beträute Unternehmen“ im Sinne dieser Vorschrift sind und ob eine Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe verhindern würde.

Anschließend beschäftigt sich die Arbeit mit der Frage, ob Demarkationsverpflichtungen, langfristige Gesamtbedarfsdeckungsklauseln und Mindestabnahmeverpflichtungen gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen. Dabei wird in einem ersten Schritt untersucht, ob diese Klauseln eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Bei Demarkationsverpflichtungen zugunsten des Lieferanten könnte sich hier für kommunale Energieversorger eine Besonderheit ergeben. Demarkationsverpflichtungen könnten bei dieser Gruppe von Unternehmen nämlich lediglich deklaratorischer Natur sein, sofern man das Örtlichkeitsprinzip dahingehend versteht, dass es einem kommunalen Energieversorger verbietet, über die Grenzen des Demarkationsgebietes hinaus Strom zu liefern. In diesem Fall käme der Demarkation keine eigenständige rechtliche Bedeutung zu. Sie wiederholte lediglich, was sowieso schon gilt. Bei der Prüfung der kartellrechtlichen Wirksamkeit von Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen ist vor allem danach abzugrenzen, ob diese einen kartellrechtlich unschädlichen Leistungsumfang bestimmen, oder ob ihnen ein wettbewerbsbeschränkender Charakter zukommt. Diese Abgrenzung wird insbesondere anhand der neuen Gruppenfreistellungsverordnung vorgenommen, die eine Freistellung von Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren generell ausschließt. Dabei wird auch zu erörtern sein, ob die Gruppenfreistellungsverordnung auf Elektrizitätslieferverträge überhaupt anwendbar ist und damit als Auslegungshilfe bei der Interpretation des Art. 81 Abs. 1 EG herangezogen werden kann. Bei der Erörterung, ob Mindestabnahmeverpflichtungen wettbewerbsrechtlich problematisch sind, stellen sich im wesentlichen die gleichen Fragen wie bei Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen.

Hiernach wird untersucht, ob auch das weitere Tatbestandsmerkmal des Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt, nämlich ob der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird. In diesem Zusammenhang wird zunächst die Bündeltheorie des EuGH dargestellt. Nach eingehender Erörterung der daraus resultierenden Konsequenzen wird untersucht, ob der Maßstab für eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels anhand der Integrationszielsetzung der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität beurteilt werden muss. Insoweit kommt insbesondere eine Übertragung der dort vorgesehenen Marktöffnungsquoten auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Betracht. Denn die Marktöffnung soll nach dem Ziel der Richtlinie gerade die integrationshemmenden Faktoren beseitigen. Schließlich wird geprüft, ob eine Freistellung von Bezugsbindungen und Demarkationsverpflichtungen nach Art. 81 Abs. 3 EG in Betracht kommt.

Abschließend beschäftigt sich der europäische Teil mit der Frage, ob bei Demarkationsverpflichtungen, Gesamtbedarfsdeckungsklauseln und Mindestabnahmeverpflichtungen ein missbräuchliches Verhalten angenommen werden kann. Hierbei wird sich die Arbeit insbesondere mit den Rechtfertigungsgründen für derartige Vertragsklauseln auseinandersetzen.

Im Teil zum deutschen GWB wird der Schwerpunkt der Untersuchung insbesondere auf die Fragestellung gelegt, ob Elektrizitätslieferverträge gegen § 1 GWB verstoßen und damit unwirksam sind. In diesem Zusammenhang findet eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH statt. Geprüft wird hier insbesondere, ob die genannten Klauseln isoliert oder aber in ihrer Gesamtheit an § 1 GWB zu messen sind. Dabei wird behandelt, ob sich die nach § 1 GWB unwirksame Demarkationsverpflichtung auf der Rechtsfolgenebene auf die langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung erstreckt.

Abschließend widmet sich der deutschrechtliche Teil der Frage, inwieweit die Missbrauchsverbote der §§ 19, 20 GWB zur Unwirksamkeit von Demarkationsverpflichtungen, Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen und Mindestabnahmeverpflichtungen führen. Auch hier wird diskutiert, inwiefern Rechtfertigungsgründe für derartige Klauseln bestehen.

Schließlich befasst sich der letzte Teil der Arbeit mit der Frage, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn nur einzelne Klauseln eines Vertrages unwirksam sind. Bei dieser Prüfung wird insbesondere danach differenziert, ob die Parteien eine vertragliche Regelung getroffen haben, oder ob § 139 BGB Anwendung findet.

Erster Teil: Elektrizitätslieferverträge im Lichte des europäischen Kartellrechts

Die bestehenden Bezugs- und Absatzbindungen in den Elektrizitätslieferverträgen können ein Hindernis auf dem Weg zu einem europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt darstellen. Sind sie wirksam, werden Konkurrenz-Elektrizitätsversorger nicht nur aus Deutschland, sondern europaweit von der Lieferung an gebundene Unternehmen ausgeschlossen. Ein vollkommen wettbewerbsorientierter Elektrizitätsbinnenmarkt wäre erst mit Ablauf dieser Verträge denkbar.

Der zweite Teil der Arbeit beschäftigt sich deshalb mit der Untersuchung, inwieweit die in den Lieferverträgen enthaltenen Ausschließlichkeitsklauseln im Lichte des europäischen Kartellrechts überhaupt Bestand haben können.

In diesem Zusammenhang wird vorab geprüft, welcher Zeitpunkt für die kartellrechtliche Beurteilung eines Vertrages entscheidend ist und ob sich Unternehmen auch noch Jahre nach beanstandungsloser Durchführung eines Vertrages auf die Unwirksamkeit berufen dürfen. Daran anschließend stellt sich wegen der nach Art. 86 Abs. 2 EG eingeschränkten Geltung der EG-Wettbewerbsvorschriften der Artt. 81, 82 EG die Frage, ob die deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betraut sind und eine Anwendung der Wettbewerbsvorschriften aus diesem Grund ausscheidet. Es wird sich herausstellen, dass dies nicht der Fall ist, sondern die kartellrechtlichen Regelungen der Art. 81 f. EG auch auf diesen Wirtschaftssektor uneingeschränkt Anwendung finden. Nach einer Prüfung eines Verstoßes gegen die Art. 81, 82 EG soll das Verhältnis des europäischen Kartellrechts zu den Regelungen des GWB erörtert werden. Besteht im Falle des Konflikts ein Vorrang des europäischen Rechts, brauchen Elektrizitätsversorger, Kartellbehörden und Gerichte die nach nationalem Recht eintretenden Folgen nicht zu beachten, sondern können sich auf das EG-Kartellrecht beschränken.

A. "Laissez-faire"-Politik der Kommission vor Inkrafttreten der Binnenmarktrichtlinie

Die Elektrizitätsversorgung in Deutschland ist keine rein nationale Angelegenheit mehr. Zwar wird nach wie vor der Großteil der Elektrizität, die in Deutschland verbraucht wird, auch in Deutschland erzeugt.⁵ Dieses Phänomen basiert allerdings nicht auf produktbezogenen Gründen der Elektrizität, sondern ist fortdauernde Folge der ehemals geltenden kartellrechtlichen Sonderregelungen in der deutschen Versorgungswirtschaft (§§ 103, 103 a GWB a.F.), die den Abschluss zahlreicher Demarkations- und ausschließlicher Konzessionsverträge tolerierten und zur Existenz und Zementierung nahezu⁶ nahtlos geschlossener Versorgungsgebiete führten.

Obwohl die Vereinbarkeit von den nach deutschem Recht zulässigen⁷ Demarkations- und ausschließlichen Konzessionsverträgen mit EG-Kartellrecht schon lange umstritten war,⁸ duldeten die Kommission und die nationalen Kartellbehörden zumeist den Abschluss dieser wettbewerbsbeschränkenden Verträge und trugen durch ihre „laissez faire-Politik“ dazu bei, dass sich ein von wettbewerblichen Prozessen weitestgehend verschonter Wirtschaftszweig etablieren konnte.⁹

Mit zunehmender Diskussion über die Berechtigung des kartellrechtlichen Privilegs im deutschen GWB, die sich auch in der mit Inkrafttreten der 4. GWB-Novelle eingefügten Befristungsregelung für Konzessions- und Demarkationsverträge in § 103 a Abs. 1 GWB a.F. widerspiegelte,¹⁰ wandelte sich die Auffassung des BKartA, das seit Anfang der 90-er Jahre vermehrt aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 81 f. EG gegen wettbewerbsbeschränkende

⁵ Statistisches Jahrbuch 1999, S. 225: 1997 wurde von insgesamt 549 746 Gwh in Deutschland erzeugter Elektrizität 502 971 Gwh zur Inlandsversorgung abgegeben. Etwa 47 000 Gwh wurden ins Ausland abgegeben. Importiert wurden dagegen 1997 nur 38 802 Gwh Elektrizität. Eine Zunahme der Elektrizitätseinfuhr ist seit 1993 nicht zu verzeichnen. Die Größenordnung der importierten Elektrizität bewegt sich seither auf einem konstant niedrigen Niveau. In den nächsten Jahren wird jedoch mit einer drastischen Zunahme der Elektrizitätsimporte, insbesondere aus Frankreich, zu rechnen sein.

⁶ Es gab zwar die theoretische Möglichkeit, eine Durchleitung nach § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 4 GWB a.F. mit Hilfe einer kartellbehördlichen Missbrauchsverfügung durchzusetzen. Diese hatte allerdings keinerlei praktische Konsequenzen.

⁷ In Deutschland waren die Verträge nach § 103 Abs. 1 GWB a.F. von den §§ 1, 14, 16 GWB freigestellt.

⁸ Gegen die Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 85 Abs. 1 a.F.): *Malzer*, in: WuW 1963, S. 203, 209; *Metzenthin*, in: Wettbewerb durch Stromimporte, S. 196; *Schwabe*, S. 92; *Lukes*, in: DB 1987, S. 1925, 1929; *Baur*, in: RdE 1992, S. 41, 46; *Kuhnt*, in: *FS für Lukes*, S. 411, 418; *Schmitz*, in: RdE 1991, S. 147; *Hermann*, RdE 1988, S. 116; *Niederleithinger*, in: *Lukes - EWG-Binnenmarkt*, S. 63, 69; *Baur*, *Leitungsgebundene Energieversorgung*, S. 46; für die Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG: *Klaue*, in: *FS für Lukes*, S. 405, 408 f; *Ehlermann*, RdE 1993, S. 41, 44; *Steinberg/Britz*, S. 127; *Gröner*, in: *Harms*, S. 65, 69; *Emmerich*, in: *FS für v. Gamm*, S. 581, 590; v. *Bose*, in: *Baur*, *Die europäische Gemeinschaft*, S. 41, 52. Zuletzt befürwortete auch das BKartA eine Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG, vgl. BKartA WuW/E BKartA 2859 ff. „Stadt Nordhorn“; KG WuW/E OLG 5795 ff. „Stadt Nordhorn“; WuW 1993, S. 180 „Kleve/RWE“; Beschluss des BKartA vom 24.07.1995, WuW/E BKartA 2778, 2785 „Ruhrgas-Thyssengas III“; KG WuW/E OLG 5694 „Ruhrgas-Thyssengas II“.

⁹ *Paulus*, in: *Zippel*, S. 45: Besonders extreme Strukturen konnten sich in Frankreich, Italien, Griechenland, Irland und Portugal entwickeln. Die Elektrizitätserzeugung und -verteilung liegen dort fast ausschließlich in der Hand von staatlichen Einheitsunternehmen, deren Monopole staatlichen Schutz genießen.

¹⁰ Vgl. dazu auch BT-Drs. 11/4610, S. 31 f.

Verträge in der Elektrizitätswirtschaft von grenznahen Versorgungsgebieten eingeschritten ist.¹¹

Ein weiterer großer Schritt hin zu einer Abkehr von den geschlossenen Versorgungsgebieten erfolgte mit dem Entschluss der EG-Mitgliedstaaten, den angestrebten Binnenmarkt auch im Energiebereich zu verwirklichen¹² und der Verabschiedung der Richtlinie Strom.¹³ Die Richtlinie Strom sieht als Kernelement zur Einführung des Wettbewerbs die Öffnung der geschlossenen Versorgungsgebiete vor. Dabei überlässt sie es den einzelnen Mitgliedstaaten, ob diese die Öffnung durch einen Netzzugang auf Vertragsbasis (Art. 17 Abs. 1), einen geregelten Netzzugang (Art. 17 Abs. 4) oder im Wege des Alleinabnehmersystems (Art. 18) bewerkstelligen wollen.

Kurz nach der Verabschiedung der Richtlinie Strom beschloss zudem der deutsche Gesetzgeber eine Reform des Energiewirtschaftsrechts und erließ das Gesetz zur Neuregelung der Energiewirtschaft (NeuregelungsG),¹⁴ das zugleich der Transformation der Richtlinie in deutsches Recht dienen sollte.¹⁵ Art. 1 des NeuregelungsG nimmt eine Neufassung des Energiewirtschaftsgesetzes vor und enthält in den §§ 5 ff. EnWG eine Umsetzung des Netzzugangs, wobei sich der deutsche Gesetzgeber - wie aus § 5 EnWG deutlich wird - für den verhandelten Netzzugang entschieden hat. Mit dieser Aufnahme eines gesetzlichen Anspruchs auf Netzzugang soll es Energieversorgern ermöglicht werden, auch in anderen als ihren bisherigen Versorgungsgebieten tätig zu werden. Außerdem ändert Art. 2 des NeuregelungsG das GWB und hebt die Ausnahmenvorschriften der §§ 103, 103 a GWB auf, so dass die §§ 1, 14 ff. GWB auf Wettbewerbsbeschränkungen im Elektrizitätssektor nunmehr uneingeschränkt anwendbar sind.

Die Richtlinie und das NeuregelungsG scheinen den rechtlichen Grundstein zur Integration der nationalen Märkte zu einem gemeinsamen Elektrizitätsbinnenmarkt gelegt zu haben. Grenzüberschreitende Elektrizitätslieferungen sollen nach diesen Änderungen grundsätzlich möglich sein.

Ein Hindernis könnten allerdings bestehende Lieferverträge sein, deren Existenz den Zugang neuer Versorger zum Markt ausschließen könnte. Diese Lieferverträge, die (zum Teil noch kurz vor Inkrafttreten der Energierechtsreform) mit einer Laufzeit von bis zu 25 Jahren abgeschlossen wurden, könnten zu einer - jedenfalls vorübergehenden - Zementierung der bisher geschlossenen Versorgungsstrukturen der Elektrizitätswirtschaft führen.

¹¹ BKartA WuW/E BKartA 2859 ff „Stadt Nordhorn“; KG WuW/E OLG 5795 „Stadt Nordhorn“; BGH, in: WUW 1993, S. 180 „Kleve/RWE“; Beschluss des BKartA vom 24.07.1995, WuW/E BKartA 2778, 2785 „Ruhrgas-Thyssengas III“; KG WuW/E OLG 5694 „Ruhrgas-Thyssengas II“.

¹² Dies entspricht dem Ziel des Art. 14 EG, wonach die Gemeinschaft den Binnenmarkt, d.h. einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital möglich ist, schrittweise zu verwirklichen hat.

¹³ Richtlinie 96/92 EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. 1997 Nr. L 27/20.

¹⁴ Gesetz vom 29.4.1998, BGBl. I 1998, 730.

¹⁵ Siehe Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7274, S. 9 f.

B. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln des EGV

Es stellt sich die Frage, welche Rechtslage und welche Marktverhältnisse für die vor der Reform des Energiewirtschaftsrechts geschlossenen langfristigen Verträge maßgeblich sind. Dabei ist zunächst klarzustellen, dass die Freistellung nach § 103 GWB a.F. für die Geltung der Art. 81 ff. EG im Elektrizitätssektor wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich keine Bedeutung hatte.¹⁶ Es ist also durchaus denkbar, dass ein Vertrag schon vor der Aufhebung der §§ 103 f. GWB mit dem europäischen Recht unvereinbar war. Es ist aber auch möglich, dass ein Vertrag erst seit Inkrafttreten der Binnenmarkttrichtlinie Elektrizität oder sogar erst seit der Aufhebung der §§ 103 f. GWB gegen europäisches Recht verstößt.

Aus diesem Grund kann es für die Untersuchung, ob ein Vertrag gegen die Verbote der Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 82 EG verstößt, von erheblicher Bedeutung sein, ob auf die Situation zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden muss oder ob nachträgliche Änderungen der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigt werden dürfen. Dies gilt vor allem im Rahmen der Prüfung, ob eine Vereinbarung zu einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führt. Denn einerseits könnte sich die Marktabgrenzung durch die Möglichkeit der Durchleitung nach § 6 Abs. 1 EnWG geändert haben. Andererseits könnte sich durch die Berücksichtigung der Durchleitungsmöglichkeit der Streit, ob eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nur bei gebundenen Unternehmen in grenznahen Gebieten möglich ist, erledigt haben.¹⁷ Dies gilt auch für die Frage, ob eine Betrauung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen vor der Neureglung des Energiewirtschaftsrechts vorlag und heute immer noch besteht.¹⁸

Die Bestimmung des entscheidenden Beurteilungszeitpunkts wirft bei langfristigen Verträgen - wie den Elektrizitätslieferverträgen - erhebliche Probleme auf. Diese Schwierigkeiten beruhen auf der Frage, ob die Vertragsparteien darauf vertrauen können, dass ein von ihnen ursprünglich als kartellrechtlich unbedenklich eingestuftes Vertrag während der gesamten Dauer seiner Praktizierung unbedenklich bleibt oder ob sich die Parteien nicht von vorneherein darauf einstellen müssen, dass ihr Vertrag der fortlaufenden kartellrechtlichen Kontrolle unterliegt und seine Kartellrechtswidrigkeit deshalb auch noch zu einem späteren Zeitpunkt eintreten kann.

Grundsätzlich sind Schuldverhältnisse nach der zum Zeitpunkt ihrer Entstehung geltenden Rechtslage zu beurteilen.¹⁹ Die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Vertrages richtet sich deshalb grundsätzlich nach der Rechtslage und den Verhältnissen, die bei Vertragsabschluss bestehen. Beim europäischen Kartellverbot folgt dies aus der Rechtsfolge des Art. 81 Abs. 2 EG. Verträge, die gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen, sind nach Art. 81

¹⁶ *Jaestedt/Tostmann*, in: WuW 1991, S. 275, 283.

¹⁷ Siehe dazu unten, S. 81 f.

¹⁸ Siehe dazu unten, S. 21 ff.

¹⁹ In Art. 170 EGBG ist dieser allgemeine Grundsatz ausdrücklich gesetzlich verankert. Das Problem stellt sich insbesondere auch bei der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. Nach der herrschenden Meinung ist für die Frage des Sittenverstoßes der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend. Die herrschende Meinung ist allerdings nicht konsequent, sondern lässt bei einem nachträglichen Verstoß gegen ein Festhalten am Vertrag den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aus § 242 BGB zu (vgl. *Mayer-Maly*, in: *MünchKomm*, § 138, Rdnr. 114). *Flume* geht dagegen konsequenterweise davon aus, dass der Vertrag wegen eines Verstoßes gegen § 138 BGB ex nunc unwirksam werden kann. *Flume*, § 18, 6. Im Ergebnis unterscheiden sich die beiden Auffassungen allerdings nicht, da ein Festhalten am Vertrag nicht verlangt werden kann.

Abs. 2 EG nichtig. Die Bedeutung der Nichtigkeit besteht in der Nichtanerkennung der vereinbarten Rechtsfolge.²⁰ Die Nichtigkeit wirkt von Anfang an.²¹ Nichtigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kann aber nur dann eintreten, wenn auch die Vereinbarung zu diesem Zeitpunkt gegen Art. 81 Abs. 1 EG, Art. 82 EG verstößt und zu diesem Zeitpunkt keine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG vorliegt.²²

Zwar wird bei der kartellrechtlichen Prüfung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses - wie die Tatbestandsformulierung in Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 82 EG der Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zeigen - eine Prognose angestellt, die zukunftsbezogen alle objektiven und rechtlichen Umstände berücksichtigt.²³ Beurteilungsgrundlage sind neben der gegenwärtigen Marktlage auch die künftigen Änderungen von Marktbedingungen und Marktstrukturen.²⁴ Die Prognoseentscheidung ändert aber nichts an dem Beurteilungszeitpunkt, da die Prognose zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu treffen ist.

Ursächlich für die Maßgeblichkeit der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses prognostizierten Markt- und Rechtslage sind zwei vom Gemeinschaftsrecht anerkannte Prinzipien: das Prinzip des Vertrauensschutzes und das Prinzip der Rechtssicherheit.²⁵ Ein Unternehmen, das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon ausgehen durfte, dass sein Vertrag nicht gegen kartellrechtliche Vorschriften verstößt, weil etwa keine Beschränkung des Wettbewerbs oder keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorliegt und voraussichtlich innerhalb des Prognosezeitraums auch nicht eintreten wird oder die Beschränkung nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt ist, muss sich regelmäßig darauf verlassen können, dass sich die Unwirksamkeit des Vertrages nicht durch nachträglich eintretende Umgestaltungen der Rechtslage oder der Marktsituation einstellt. Dies zeigt auch ein Vergleich mit der Fusionskontrolle nach der FKVO, die bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Hinblick auf die eintretende Marktbeherrschung auf den Zeitpunkt des Zusammenschlusses abstellt, auch wenn sie ihre Entscheidung als Ergebnis einer Prognose trifft.²⁶ Ein Zusammenschluss wird untersagt, wenn eine Prognose zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses ergibt, dass eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.²⁷ Der relevante Zeitraum, der unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit von Marktentwicklungen noch einbezogen werden kann, liegt bei etwa drei bis fünf Jahren.²⁸ Entsteht nachträglich - entgegen der zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses angestellten Prognose - eine marktbeherrschende Stellung der fusionierten Unternehmen, greift die FKVO nicht mehr ein. Von diesem Zeitpunkt an kann das Verhalten der Unternehmen nur noch unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG kontrolliert werden. Ein nachträgliches Verbot des Zusammenschlusses ist dagegen nicht mehr möglich.

²⁰ Schmidt, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 85 Abs. 2, Rdnr. 22.

²¹ Grill, in: *Lenz*, Art. 81, Rdnr. 33; Weiß, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 81, Rdnr. 146.

²² Schmidt, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 85 Abs. 2, Rdnr. 40.

²³ Urteil des EuGH vom 01.02.1978, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131, 150 f "Miller".

²⁴ Roth/Ackermann, in: *Frankfurter Kommentar-EG-Kartellrecht*, Art. 81, Grundfragen, Rdnr. 316.

²⁵ Kingreen, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 81, Rdnr. 14: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz werden im europäischen Recht eigenständig geprüft.

²⁶ Entscheidung der Kommission vom 04.12.1996, Abl. 1997 L 247/1; Wagemann, in: *Wiedemann*, § 16, Rdnr. 45.

²⁷ Immenga, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, FKVO, Art. 2, Rdnr. 23.

²⁸ Immenga, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 2 FKVO, Rdnr. 23.

Die Situation bei der Fusionskontrolle unterscheidet sich allerdings in einem wesentlichen Punkt von der kartellrechtlichen Beurteilung eines langfristigen Vertrages nach Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 82 EG. Denn ein Zusammenschluss beruht auf einer einmaligen vertraglichen Entscheidung, während ein langfristiger Vertrag ein auf einem Sukzessivliefer- oder Rahmenvertrag beruhendes Dauerschuldverhältnis darstellt und damit wiederkehrende Leistungen zum Gegenstand hat. Aus diesem Grund könnte bei der kartellrechtlichen Bewertung langfristiger Verträge eine Ausnahme vom Grundsatz der ex ante-Prognoseentscheidung notwendig sein. Schließen die Parteien Verträge mit mehreren Jahren Laufzeit, könnte dies die Geltung von Vertrauensschutz und dem Interesse der Parteien nach Rechtssicherheit einschränken. Denn bei langfristigen vertraglichen Dauerschuldverhältnissen besteht ein Konflikt zwischen dem Interesse der Parteien an einer ex ante-Beurteilung ihrer Verträge und der Notwendigkeit, Verträge einer neuen Marktsituation und/oder neuen rechtlichen Rahmenbedingungen anzupassen. Bei der im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 82 EG zu treffenden Prognoseentscheidung können künftige Marktverhältnisse nur bis zu einem gewissen Zeitraum in die Beurteilung miteinbezogen werden. Prognosen über Marktbedingungen und -verhältnisse, die bis zu 20 Jahre nach Vertragsschluss existieren werden, sind wegen der Möglichkeit zwischenzeitlicher weitreichender Marktveränderungen regelmäßig nicht möglich. Denn eine Prognoseentscheidung berücksichtigt - wie die Verwaltungspraxis der Kommission zeigt - nur Marktentwicklungen der nächsten drei bis fünf Jahre. Das vom EGV geschützte Gemeinschaftsinteresse ist aber grundsätzlich auch dann tangiert, wenn ein nachträglich wettbewerbsschädlicher Vertrag weiter praktiziert wird. Denn ein solcher Vertrag beeinträchtigt das allgemeine Interesse an der Freiheit des Wettbewerbs.²⁹ Verträge, die langfristig abgeschlossen sind, müssen im Interesse des Wettbewerbs einer fortlaufenden Kontrolle unterliegen, die auch zur Unwirksamkeit eines bei Vertragsschlusses wirksamen Vertrages führen kann.

Zwischenergebnis

Langfristige Vereinbarungen, die zum Zeitpunkt ihres Abschlusses nicht gegen die Art. 81, 82 EG verstoßen haben, können unwirksam werden, wenn nachträglich - außerhalb des Prognosezeitraums - eine Veränderung der Marktbedingungen oder sonstiger Begleitumstände eintritt.

C. Anwendung des EG-Kartellrechts auf Vereinbarungen zwischen Elektrizitätsversorgern

Die Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften des EGV auf die deutschen Elektrizitätsversorger ist streitig. Teilweise wird bereits die generelle Anwendbarkeit des EGV bezweifelt, weil es sich bei der Elektrizitätsversorgung um eine Staatsaufgabe handeln soll, die keiner Kontrolle nach dem EGV unterliege.³⁰ Demgegenüber bezweifelt eine weit verbreitete Auffassung die Einschlägigkeit der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EGV, weil es sich bei den Elektrizitätsversorger um mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG handeln soll, deren Aufgabenerfüllung im Falle einer Anwendung der kartellrechtlichen Regelungen verhindert würde.³¹

²⁹ Köhler, in: Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 149 f.

³⁰ Seidel, in: EuR 1988, S. 129, 131; einschränkend Schwark, FS für Fabricius, S. 203, 205 ff.

³¹ Siehe nur Scholz, in: RdE 1998, S. 209, 213 f; Rapp-Jung, in: RdE 1994, S. 165 ff.

I. Der Unternehmensbegriff im Kartellrecht des EGV

In der Literatur wird vertreten, dass der EGV keine Anwendung finde, weil es sich bei der Elektrizitätsversorgung um eine Staatsaufgabe handle³² und die Erfüllung von Hoheitsaufgaben aufgrund der mitgliedstaatlichen Gestaltungshoheit nicht dem EGV unterliege.³³

Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen zu der Frage Stellung genommen, wann eine Tätigkeit des Staates unter die Vorschriften der Art. 81 EG ff. fällt. Im europäischen Recht handelt es sich dabei in erster Linie um die Frage, wann der Staat als Unternehmen i.S.d. Art. 81 ff. EG handelt. Ausgangspunkt ist der funktionale Ansatz des Art. 86 Abs. 1 EG. Diese klarstellende Regelung zeigt, dass das Wettbewerbsrecht des EGV nicht zwischen einer Wirtschaftstätigkeit öffentlicher und privater Unternehmen unterscheidet. Als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts gilt jede selbständige, nicht rein private - d.h. auf die Deckung des persönlichen Bedarfs beschränkte oder außerhalb des Erwerbslebens liegende -, auf den Austausch von Waren oder Dienstleistungen gerichtete Tätigkeit einer Person ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform und die Absicht der Gewinnerzielung.³⁴ Demgegenüber fällt lediglich wirtschaftsbezogenes hoheitliches Handeln nicht unter die Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 ff., sondern allenfalls unter die staatsbezogenen Regelungen des EGV.³⁵

In der Entscheidung "*Kommission/Italien*" führt der EuGH aus, dass der Staat sowohl als öffentliche Hand als auch in der Weise tätig werden kann, dass er wirtschaftliche Tätigkeiten industrieller und kommerzieller Art ausübt, die darin bestehen, Güter und Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten.³⁶ Auf wirtschaftliches Handeln solle der EG uneingeschränkt angewendet werden. In der Rechtssache "*Höfner und Elser*" konstatierte der EuGH zur Unternehmenseigenschaft einer öffentlich-rechtlichen Arbeitsvermittlungsstelle, dass der Unternehmensbegriff jede Einheit umfasse, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübe. Rechtsform und Art der Finanzierung seien nicht entscheidend.³⁷ Demgegenüber verneinte der EuGH in der "*Eurocontrol*"-Entscheidung die Unternehmenseigenschaft einer, staatliche Gebühren einziehenden Einrichtung zur Flugsicherung, weil die in Rede stehende Einheit Vorrechte ausübte, die typischerweise hoheitlich wahrgenommen werden und daher keinen wirtschaftlichen Charakter haben, der eine Anwendung des EGV rechtfertigen würde.³⁸ In einer anderen Rechtssache, die über die Anwendung der Art. 81 f. EG hinsichtlich des Abschlusses eines Konzessionsvertrages zwischen einer Gemeinde und einem Bestattungsunternehmen zu entscheiden hatte, bestimmte der EuGH, dass die Wettbewerbsregeln des EGV nicht eingreifen, wenn die Gemeinde in ihrer Eigenschaft als

³² Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90, Rdnr. 14.

³³ Seidel, in: EuR 1988, S. 129, 131. Vgl. außerdem Art. 55 EG, der dies ausdrücklich für die Niederlassungsfreiheit erklärt. Einschränkend demgegenüber Schwark, FS für Fabricius, S. 203, 205, wonach staatliche Infrastrukturaufgaben lediglich einer gewissen Gestaltungshoheit unterliegen sollen, einer Anwendung des EG-Rechts jedoch keine per se Schranke entgegensteht.

³⁴ Pielow, S. 47 f.

³⁵ Pielow, S. 53 unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 18.06.1975, Rs. 94/74, Slg. 1975, 699, 713, Tz. 35 "*IGAV/ENCC*".

³⁶ Urteil des EuGH vom 16.06.1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2599, 2621, Tz. 7 "*Kommission/Italien*".

³⁷ EuGH Urteil vom 23.04.1991, C-41/90, Rs. Slg. 1991, 1979, 2016, Tz. 21 "*Höfner und Elser/Macroton*"; bestätigt durch die Urteile des EuGH vom 17.02.1993, Verb. Rs. C-159/91 - C-161/91, Slg. 1993, I-637, 669, Tz. 17 "*Poucet und Pirtre*"; und vom 11.12.1997, C-55/96, Slg. 1997, I-7119, 7148, Tz. 26 f "*Job Centre*".

³⁸ Urteil des EuGH vom 19.01.1994, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43, 63, Tz. 30 "*SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol*".

Trägerin öffentlicher Gewalt handelt.³⁹ Auch im Hinblick auf ein Hafenunternehmen, dessen wichtigste Rolle die Umweltschutzverhütung war, entschied der EuGH, dass es nicht den Wettbewerbsvorschriften der Artt. 81 f. EG unterfalle, wenn es Instrument einer Politik des allgemeinen öffentlichen Interesses ist und hoheitliche Vorrechte innehat, wenn es also eine Tätigkeit hoheitlicher Gewalt ausübt oder eine Aufgabe ausschließlich sozialer Art erfüllt.⁴⁰ Diesen aufgestellten Grundsätzen entsprechend hat der EuGH die kartellrechtlichen Regelungen der Art. 81 f. EG auf die "*British Telecommunications*" angewendet.⁴¹ Im Energiesektor hat der EuGH in der "*Almelo*"-Entscheidung und den zuletzt ergangenen Energieurteilen überhaupt nicht erst die Frage aufgeworfen, ob es den Elektrizitätsunternehmen an der Unternehmenseigenschaft im Sinne der Art. 81 ff. EG fehle.⁴² Trotz der umfangreichen staatlichen Beteiligungen an Stadtwerken, Regionalversorgungs- und Verbundunternehmen hebt der EuGH im Sinne seiner vorangegangenen Rechtsprechung auf den Charakter der Tätigkeit ab und wendet die kartellrechtlichen Regelungen der Art. 81 f. EG an, weil ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen keine hoheitlichen Aufgaben wahrnimmt. Es handelt in bezug auf den Bürger nicht im Über-Unterordnungsverhältnis, sondern wird auf gleichgeordneter Ebene als wirtschaftliche Einheit im Privatrechtsverkehr tätig, indem Leistungen gegen die Zahlung eines Entgeltes erbracht werden - es wird also gewerblich tätig.

Die Kommission erläutert den Unternehmensbegriff des EGV in den *Mitteilungen über die Leistungen der Daseinsvorsorge* zunächst in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH. So klammert die Mitteilung zunächst genuin hoheitliche Aufgaben wie etwa die Wahrung der inneren Sicherheit und die Justizverwaltung aus.⁴³ Ebenso schließt die Kommission Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit Bildungssystemen und sozialen Grundversorgungssystemen mit Mitgliedschaftszwang vom Unternehmensbegriff aus.⁴⁴ Darüber hinaus sollen aber auch Einrichtungen, die weitgehend soziale Aufgaben ohne Gewinnabsicht ausüben und deren Zweck nicht in der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit besteht, von den Wettbewerbsvorschriften ausgenommen sein.⁴⁵ Die Auflistung von Beispielsfällen wie etwa Tätigkeiten von Kirchen, Parteien, Verbraucherverbänden etc. zeigt, dass auch hier eine privilegierte Behandlung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen nicht in Betracht kommt. Die Wettbewerbsregeln des EGV finden deshalb nach Auffassung von Rechtsprechung und Kommission grundsätzlich auch auf die Elektrizitätswirtschaft Anwendung.

³⁹ Urteil des EuGH vom 04.05.1988, Rs. 30/87, Slg. 1988, 2479, 2512, Tz. 18 "*Bodson/SA Pompes funebres*".

⁴⁰ Urteil des EuGH vom 18.03.1997, Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547, 1561, Tz. 41 "*Cali und Figli Srl/SEPG*".

⁴¹ Urteil des EuGH vom 20.3.1985, Rs. 41/83, Slg. 1985, 873, 880 "*British telecommunications*".

⁴² Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699 ff. „*Kommission/Niederlande*“; Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789 ff. „*Kommission/Italien*“; Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 ff. „*Kommission/Frankreich*“; Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-160/94, 1997 I-5851 ff. „*Kommission/Spanien*“.

⁴³ Punkt 28 der Mitteilung der Kommission - Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Abl. C 281 vom 26.9.1996, KOM(96) 443 und Bull. 9-1996.

⁴⁴ Punkt 29 der Mitteilung der Kommission - Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Abl. C 281 vom 26.9.1996, KOM(96) 443 und Bull. 9-1996.

⁴⁵ Punkt 30 der Mitteilung der Kommission - Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Abl. C 281 vom 26.9.1996, KOM(96) 443 und Bull. 9-1996.

II. Art. 86 Abs. 2 EG und die deutsche Elektrizitätsversorgungsstruktur

Art. 86 Abs. 2 EG schränkt die Geltung der Art. 81 f. EG für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ein, soweit die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Bei der EG-kartellrechtlichen Beurteilung von Elektrizitätslieferverträgen muss Art. 86 Abs. 2 EG besonders berücksichtigt werden.⁴⁶ Denn Art. 86 Abs. 2 EG kann einerseits im Hinblick auf den zugunsten des Abnehmers vereinbarten Gebietsschutz relevant werden. Andererseits kann die Vorschrift aber unter Umständen auch langfristige ausschließliche Gesamtbedarfsdeckungen und Gebietsschutzabgrenzungen zugunsten des Lieferanten rechtfertigen.

Unabhängig von der wettbewerblich gewünschten Öffnung der Elektrizitätsmärkte wird die Bedeutung von Art. 86 Abs. 2 EG auch in der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität deutlich.⁴⁷ Mit der Frage, ob Art. 86 Abs. 2 EG bei bestimmten Wettbewerbsbeschränkungen in der Stromwirtschaft eingreift, hatte sich der EuGH in letzter Zeit gleich mehrmals zu beschäftigen.⁴⁸ Insbesondere in der „*Almelo*“-Entscheidung aus dem Jahr 1994⁴⁹ und in den Stromimport und -export-Entscheidungen aus dem Jahr 1997⁵⁰ (nachfolgend: „*Energieurteile*“) nahm er zu den Anwendungsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG Stellung. Diese Entscheidungen betrafen allerdings den niederländischen, den französischen, den spanischen und den italienischen Elektrizitätsmarkt. Eine EuGH-Entscheidung, die die Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EG auf den deutschen Strommarkt erörtert, existiert bislang nicht. Die Vorlageverfahren in Sachen „*Ruhrgas/Thyssengas III*“⁵¹, „*Stadt Nordhorn/RWE Energie AG*“⁵² und „*Stadt Detmold/Wingas GmbH*“⁵³ sind sämtliche zurückgenommen worden. Auch die Kommission hat in der „*Jahrhundertvertrag*“-Entscheidung nicht ausdrücklich erklärt, dass alle deutschen Energieversorgungsunternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind.⁵⁴ Die

⁴⁶ Zinow, in: *Wiedemann*, § 34, Rdnr. 202; *Büdenbender*, ET 2000, S. 355, 380 f; *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, S. 1901, 1903; *Schwintowski*, in: *Erdgasmärkte*, S. 57; *Scholz*, in: RdE 1998, S. 209, 213 f; *Lukes*, in: EWS 1999, S. 441, 445 f; *Schäfer*, in: *Energierrechtsnovelle*, S. 27, 30 f; *Markert*, in: EuZW 2000, S. 427, 433 f.

⁴⁷ Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie Elektrizität spricht ausdrücklich davon, dass die Mitgliedstaaten bei uneingeschränkter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags, insbesondere des Artikels 90, den Elektrizitätsunternehmen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Allgemeininteresse auferlegen können.

⁴⁸ Die erst spät in Erscheinung getretene Relevanz des Art. 86 Abs. 2 EG in den Entscheidungen des EuGH ist wohl vor allem Konsequenz der Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EG in der Entscheidung „*Ahmed Saeed*“ 11.04.1989, Rs. 66/86, Slg. 1989, 803, 853 Tz. 55. Von diesem Zeitpunkt an äußerte sich der EuGH regelmäßig zum Eingreifen des Art. 86 Abs. 2 EG, vgl. Urteil des EuGH vom 10.12.1991, Rs. C-179/90, Slg. 1991, I-5889 „*Porto di Genova*“; Urteil des EuGH vom 13.12.1991, Rs. C-181/88, Slg. 1991, I-5941 „*RTT/GB-Inno-BM SA*“.

⁴⁹ Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477 ff „*Almelo*“.

⁵⁰ Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699 ff „*Kommission/Niederlande*“; Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789 ff „*Kommission/Italien*“; Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 ff „*Kommission/Frankreich*“; Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-160/94, 1997 I-5851 ff „*Kommission/Spainien*“.

⁵¹ „*Ruhrgas AG und Thyssengas GmbH III / Bundeskartellamt*“, Rs. C-365/96. Die beteiligten Unternehmen haben Mitte 1998 den streitgegenständlichen Demarkationsvertrag ersatzlos aufgehoben, vgl. ET 1998, S. 262.

⁵² „*Stadt Nordhorn/RWE Energie AG*“, Rs. C-37/97.

⁵³ „*Stadt Detmold/Wingas GmbH*“, Rs. C-187/97.

⁵⁴ Entscheidung der Kommission vom 22. Dezember 1992, Abl. Nr. 050 vom 02.03.1993, S. 14 „*Jahrhundertvertrag*“.

aufgeführten Entscheidungen sind aber hilfreich, um im folgenden die Auffassung der Rechtsprechung und der Kommission zum materiellen Gehalt des Art. 86 Abs. 2 EG zu bestimmen.

1. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Keine Schwierigkeiten bereitet die Feststellung, dass die Elektrizitätsversorgung eine Dienstleistung sein kann.⁵⁵ Art. 86 Abs. 2 EG erfasst neben den typischen Dienstleistungen auch das Bereithalten, Bereitstellen und die Verteilung von Sachleistungen,⁵⁶ wozu die Versorgung mit elektrischer Energie zu zählen ist.⁵⁷ Die Einordnung der Elektrizitätsversorgung als Aufgabe im öffentlichen Interesse impliziert ein allgemeines Interesse an der Elektrizitätsversorgung. Diejenigen Leistungen, an denen ein öffentliches Interesse besteht, liegen immer gleichzeitig im allgemeinen Interesse.⁵⁸ Dies gilt vor allem für die sog. Daseinsvorsorge, zu der eine Leistung in der Elektrizitätsversorgung gehört.⁵⁹ Dass es sich bei der Elektrizitätsversorgung um ein wirtschaftliches Interesse der Allgemeinheit handelt, bedarf keiner gesonderten Erwähnung.

Dieser Einordnung entspricht die „*Almelo*“-Entscheidung des EuGH, in der dieser das allgemeine wirtschaftliche Interesse an der Elektrizitätsversorgung in der störungsfreien Stromversorgung aller Abnehmer zu einheitlichen Tarifen und Bedingungen gesehen hat.⁶⁰ Die flächendeckende reibungslose Versorgung eines Gebietes solle unabhängig von der Kostenverursachung einzelner Haushalte erfolgen.⁶¹

In den Energieurteilen definiert der EuGH das allgemeine wirtschaftliche Interesse noch enger, indem er neben einer allgemeinen Versorgung zu einheitlichen Tarifen auf eine Elektrizitätsversorgung zu möglichst niedrigen Kosten als eine im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegende Aufgabe abstellt.⁶² Ob es sich bei dem Interesse an einer kostengünstigen Elektrizitätsversorgung um ein allgemeines Interesse handelt, ist indes fraglich. Denn ein allgemeines Interesse wäre es nur dann, wenn es sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheiden würde.⁶³ Ein Interesse an einer kostengünstigen Inanspruchnahme von Dienstleistungen besteht regelmäßig in jedem Wirtschaftsbereich. Um ein spezifisches Kennzeichen des Elektrizitätssektors handelt es sich

⁵⁵ Hochbaum, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 90, Rdnr. 46.

⁵⁶ Jungbluth, in: *Langen/Bunte*, Art. 86, Rdnr. 37; *Stewing*, S. 219, 232; Hochbaum, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 90, Rdnr. 52 unter Hinweis auf den wesentlich weiteren französischen Begriff des „service public“.

⁵⁷ Kommission „*Ijsselcentrale*“, Abl. 1991 L 28/23. Die Qualifizierung der Elektrizitätsversorgung als Dienstleistung i.S.d. Art. 86 Abs. 2 EG bewirkt daher keinen Anwendungsausschluss der Art. 30 a.F. EG; *Schwark*, in: FS für Fabricius, S. 203, 215.

⁵⁸ Hochbaum, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 90, Rdnr. 54.

⁵⁹ Hochbaum, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 90, Rdnr. 52; *Fesenmair*, S. 201: Allerdings können die Begriffe der Daseinsvorsorge und des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses nicht uneingeschränkt gleichgesetzt werden.

⁶⁰ Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477, 1521, Tz. 48 u. 49 „*Almelo*“. Auf die Erbringung einer Dienstleistung zu einheitlichen Gebühren stellt der EuGH schon in der „*Corbeau*“-Entscheidung ab, vgl. Urteil vom 19.05.1993, Rs. C-320/91, Slg. 1993 I-2533, 2569, Tz. 15.

⁶¹ *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 37, 90 EG, D Art. 90 Abs. 2 EG, Rdnr. 44.

⁶² Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815, 5835, Tz. 58 „Kommission/Frankreich“, wobei der EuGH sich allerdings in Tz. 57 auf die „*Almelo*“-Entscheidung (Fn.49) bezieht und damit offenbar davon ausgeht, dass die Versorgung zu einheitlichen Tarifen einer preiswerten Versorgung entspricht.

⁶³ Urteil des EuGH vom 10.12.1991, Rs. C-179/90, Slg. 1991, I-5889, 5931, Tz. 27 „*Porto di Genova*“.

hierbei grundsätzlich nicht. Denkbar wäre es allerdings, dass hohe Elektrizitätskosten einige Abnehmer von der Elektrizitätsversorgung ausschließen und faktisch einer allgemeinen Versorgung entgegenstehen. Das allgemeine Interesse an einer Versorgung aller Abnehmer schließt deshalb das Interesse an einer Versorgung zu angemessenen Preisen ein. Vor diesem Hintergrund ist die Forderung des EuGH nach einer kostengünstigen Versorgung als bezahlbare und in diesem Sinne allgemein zugängliche Elektrizitätsversorgung zu verstehen.

2. Betrauung deutscher Elektrizitätsversorgungsunternehmen

Art. 86 Abs. 2 EG setzt eine Betrauung mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse voraus. Unter welchen Voraussetzungen eine Betrauung vorliegt, ist bislang nicht abschließend geklärt. Im folgenden sollen zunächst die bisherigen Konkretisierungsversuche zum Tatbestandsmerkmal der Betrauung von Rechtsprechung und Literatur erläutert werden. Nach der Darstellung des bisherigen Diskussionsstandes erfolgt - unter Heranziehung der klassischen Auslegungskriterien - eine eigene Stellungnahme. Anhand des gefundenen Auslegungsergebnisses wird schließlich erörtert, ob die deutschen Elektrizitätsversorger betraute Unternehmen in diesem Sinne sind.

a) EuGH: Betrauung ausschließlich durch Hoheitsakt

Nach Ansicht der Rechtsprechung handelt es sich bei der Vorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG um eine Ausnahmegesetzgebung, die restriktiv auszulegen sein soll.⁶⁴ Dies soll auch für das Tatbestandsmerkmal der Betrauung gelten. Kennzeichen einer Betrauung sei deshalb die Übertragung einer im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse stehenden Dienstleistung durch einen Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt.⁶⁵ Dies ergebe sich aus dem Tatbestandsmerkmal „der ihnen übertragenen Aufgabe“, das sich auch auf Finanzmonopole beziehe, die immer durch Hoheitsakt begründet würden.⁶⁶

Das Erfordernis eines Hoheitsaktes zeigt, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die bloße Ausübung einer Aufgabe im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse nicht genügt.⁶⁷ Darauf weist der EuGH indirekt auch in der „*Sacchi*“-Entscheidung hin, in der er im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG von der Beauftragung der privilegierten Unternehmen spricht.⁶⁸

Durch einen Hoheitsakt können nach Ansicht des Gerichtshofs nicht nur öffentliche, sondern auch private Unternehmen Adressaten einer Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sein.⁶⁹ So soll nach der „*Port de Mertert*“-Entscheidung als ein Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG ein solches in Betracht kommen, das besondere Rechte besitzt und zu diesem Zweck eine enge Beziehung mit der

⁶⁴ So erstmals ausdrücklich der EuGH in seinem Urteil vom 27.3.1974, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313, 318, Tz. 19/22 „*BRT-II*“. Anschaulich dazu auch der EuGH-Generalanwalt, *Luxemburg/Muller*, Urteil des EuGH vom 14.07.1971, Rs. 10/71, Slg. 1971, 723, 730, Gründe Nr. 11; Urteil des EuGH vom 14.07.1981, Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021, 2030 „*Züchner/Bayerische Vereinsbank*“.

⁶⁵ Urteil des EuGH vom 27.03.1974, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313, 318 Tz. 19/22 „*BRT-II*“.

⁶⁶ Urteil des EuGH vom 27.03.1974, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313, 318 Tz. 19/22 „*BRT-II*“.

⁶⁷ Urteil des EuGH vom 27.03.1974, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313, 318 Tz. 19/22 „*BRT-II*“.

⁶⁸ Urteil des EuGH vom 30.04.1974, Rs. 155/73, Slg. 1974, 409, 431, Tz. 15 „*Sacchi*“: Zum Erfordernis eines Hoheitsaktes siehe auch Urteil des EuGH vom 14.07.1981, Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021, 2030 „*Züchner/Bayerische Vereinsbank*“, wonach allein die Ausführung von Überweisungen nicht ausreichend für eine Betrauung sei. Ebenso zum Erfordernis einer hoheitlichen Übertragung vgl. Urteil des EuGH vom 18.06.1991, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, 2962 „*ERT*“.

⁶⁹ Urteil des EuGH vom 27.03.1974, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313, 318, Tz. 19/22 „*BRT-II*“.

öffentlichen Hand unterhält.⁷⁰ Entscheidend soll eine solche Stellung des Unternehmens, insbesondere eine enge Beziehung zur öffentlichen Hand, nach der „*BRT-II*“-Entscheidung des EuGH allerdings nicht sein,⁷¹ so dass als betrautes Unternehmen grundsätzlich jedes in Betracht kommt, dem eine im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegende Aufgabe durch Hoheitsakt übertragen worden ist.

In der „*Almelo*“⁷²-Entscheidung und den Energieurteilen⁷³ konkretisiert der EuGH, welche staatlichen Maßnahmen unter den Begriff des Hoheitsaktes fallen sollen. Hoheitsakte sollen danach nicht nur Gesetze, sondern auch andere Akte öffentlicher Gewalt, wie etwa eine nichtausschließliche öffentlich-rechtliche Konzessionserteilung sein. Darüber hinaus nimmt der EuGH zum Inhalt des Hoheitsaktes nur am Rande Stellung. In der „*GVL/Kommission*“-Entscheidung⁷⁴ konstatiert er, dass allein eine gesetzliche Vorschrift, nach der eine bestimmte unternehmerische Tätigkeit einer hoheitlichen Erlaubnis bedürfe, einer staatlichen Aufsicht unterliege und zur Kontrahierung verpflichte, nicht ausreiche. Dies gelte insbesondere dann, wenn das Gesetz die Tätigkeit nicht bestimmten Unternehmen übertrage.⁷⁵ Eine abstrakte Regelung, die alle Unternehmen trafe, die die betreffende Tätigkeit ausüben, genüge nicht.⁷⁶ Der Betrauungsakt müsse einem konkret bezeichneten Unternehmen die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse übertragen. Erforderlich sei also eine konkret-individuelle Regelung.

In der „*Ahmed Saeed-Flugreisen*“-Entscheidung erklärt der EuGH zum Inhalt des Hoheitsaktes, dass eine Betrauung vorliegen könne, wenn ein Unternehmen vom Staat verpflichtet werde, Leistungen zu erbringen, die wirtschaftlich nicht rentabel seien, deren Erbringung aber aus Gründen des allgemeinen Interesses erforderlich sei.⁷⁷ Einen generellen Verzicht des Betrauten auf Gewinnmaximierung fordert der EuGH nicht. Der Gerichtshof stellt lediglich fest, dass eine Betrauung vorliegen könne, wenn eine Leistungsverpflichtung auch unabhängig von wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitserwägungen erbracht werden muss. Aus der Kumulation einer Verpflichtung und einer mit besonderen Rechten verbundenen Stellung des Unternehmens kann demnach eine Betrauung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG folgen.⁷⁸ Dass dies Bedingung einer Betrauung sei, sagt der EuGH dagegen nicht.⁷⁹ Diese Sichtweise bestätigt auch die „*Almelo*“-Entscheidung, in der der EuGH eine Betrauung annahm, obwohl dem betreffenden niederländischen Unternehmen gerade kein besonderes

⁷⁰ Urteil des EuGH vom 14.07.1971, Rs. 10/71, Slg. 1971, S. 723, 730 „*Muller*“. Darauf stellt der EuGH auch in seinem Urteil vom 17.7.1997, Rs. C-242/95, Slg. 1997, 4449, 4469, Tz. 51 „*GT-Link*“ ab.

⁷¹ Urteil des EuGH vom 27.03.1974, Slg. 1974, Rs. 127/73, S. 313, 318, Tz. 19/22 „*BRT-II*“.

⁷² Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477, 1520 f. „*Almelo*“.

⁷³ Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815, 5836, Tz. 66 „*Kommission/Frankreich*“.

⁷⁴ Urteil des EuGH vom 02.03.1983, Rs. 7/82, Slg. 1983, S. 483, 504, Tz. 30 f. „*GVL/Kommission*“.

⁷⁵ Siehe dazu auch Schlussantrag des Generalanwalts Rozés in der Rechtsache „*Inter-Huiles*“, Urteil des EuGH vom 10.03.1983, Rs. 172/82, Slg. 1983, 555, 581, der es für möglich hält, Unternehmen, die zum Abholen und Beseitigen von Altölen *zugelassen* sind, als mit allgemeinen wirtschaftlichen Interessen betraute Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG einzustufen. Damit bringt Rozés zum Ausdruck, dass unter einer Betrauung etwas anderes zu verstehen ist als unter einer bloßen Erlaubnis.

⁷⁶ Urteil des EuGH vom 02.03.1983, Rs. 7/82, Slg. 1983, 483, 504, Tz. 30 f. „*GVL/Kommission*“.

⁷⁷ Urteil des EuGH vom 11.04.1989, Rs. 66/86, Slg. 1989, 803, 853, Tz. 55 „*Ahmed Saeed Flugreisen*“.

⁷⁸ Weitergehend unter Bezugnahme auf die „*Ahmed Saeed*“-Entscheidung des EuGH (Fn.77), *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 37, 90, Rdnr. 31: Zusätzlich zu einer Verpflichtung müsse die Einräumung von bestimmten Vorrechten kommen.

⁷⁹ Urteil des EuGH vom 11.04.1989, Rs. 66/86, Slg. 1989, 803, 853, Tz. 55 „*Ahmed Saeed Flugreisen*“.

Vorrecht im Sinne einer Monopolstellung eingeräumt wurde, sondern lediglich eine nicht-ausschließliche Konzession erteilt wurde.⁸⁰

Insgesamt ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Betrauung nur dann vorliegen soll, wenn eine im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegende Aufgabe durch einen Hoheitsakt übertragen wird. Dieser Hoheitsakt, der ein Gesetz oder eine sonstige staatliche Maßnahme sein kann, muss eine konkrete Regelung für ein bestimmtes Unternehmen beinhalten. Eine gesetzliche Regelung, die ein Unternehmen zur Erbringung unwirtschaftlicher Leistungen verpflichtet, kann ein Indiz für eine Betrauung sein. Dies gilt ebenfalls für die Einräumung besonderer Vorrechte, die gleichzeitig mit einer konkreten Verpflichtung verbunden sind.

b) Auslegung des Betrauungsbegriffs in der Literatur

In der Literatur stehen sich im wesentlichen zwei Ansichten gegenüber.

aa) Formal-inhaltliches Kriterium

Die eine Auffassung geht - ebenso wie der EuGH - von einem formalen Ansatzpunkt aus und definiert die Betrauung als die Übertragung einer im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgabe durch einen Hoheitsakt auf private oder öffentliche Unternehmen.⁸¹

Die Übertragung durch Hoheitsakt soll auch bei öffentlichen Unternehmen⁸² erforderlich sein, um eine formale Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen zu gewährleisten.⁸³ Der Hoheitsakt soll demzufolge kein Surrogat zu einer kapitalmäßigen oder sonstigen Abhängigkeit zur öffentlichen Hand darstellen.⁸⁴ Im übrigen ließe sich eine Privilegierung öffentlicher Unternehmen nicht mit dem funktionalen Unternehmensbegriff vereinbaren.⁸⁵

Hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an eine Betrauung wird die Ansicht des EuGH bestätigt, wonach eine bloße Erlaubnis die an eine Betrauung gestellten Anforderungen nicht erfüllen soll.⁸⁶ Allerdings soll eine Erlaubnis in Kombination mit konkreten Auflagen zu einer Betrauung führen können. Als derartige Auflagen kämen etwa ein Anschluss- und Kontrahierungszwang und eine Belieferungspflicht in Betracht.⁸⁷

⁸⁰ Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477, 1520 f. „Almelo“.

⁸¹ Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90, Rdnr. 57; Klaue, in: FS für Lukes, S. 405, 409; Schaub/Dohms, in: Die AG 1998, S. 566, 568; Polley, S. 166; Wilms, S. 135 f; Ritter, S. 48; Püttner, in: Cox: S. 13, 22; Tettinger, in: Cox, S. 25, 29 f; Pfeiffer, S. 76; von Wilnowsky, S. 67; Zinow, S. 164 f, der zusätzlich neben dem formellen Erfordernis auf materielle Anforderungen hinweist.

⁸² Pernice, in: Grabitz, Art. 90, Rdnr. 34: Z.B. Unternehmen mit bloß kapitalmäßiger Abhängigkeit von der öffentlichen Hand.

⁸³ Pernice, in: Grabitz, Art. 90, Rdnr. 34.

⁸⁴ A.A. offensichtlich Birkemaier, EuR 1988, S. 144, 151, der das Erfordernis eines Hoheitsaktes bei öffentlichen Unternehmen unter Hinweis auf die EuGH-Rechtsprechung verneint. Dagegen spricht aber, dass sich bei dieser Interpretation ein Wertungswiderspruch zu Art. 86 Abs. 1 EG ergeben würde, vgl. dazu Schütze, Europäischer Stromverbund, S. 139.

⁸⁵ Rinne, S. 72.

⁸⁶ Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86, Rdnr. 40; Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90, Rdnr. 49.

⁸⁷ Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90, Rdnr. 57.

Materiell entscheidend für eine Betrauung sei ferner, dass der Betrauungsakt die Unternehmen dazu verpflichte, trotz entgegenstehender Eigeninteressen eine bestimmte Leistung zu erbringen. Dies sei etwa dann der Fall, wenn die Unternehmen auch dann tätig werden müssten, wenn es für sie nach der Marktlage nicht lohnend sei.⁸⁸ Dem Unternehmen müssten positive Leistungspflichten auferlegt werden.⁸⁹ Diesbezügliche Verpflichtungen sollen sich häufig in einem Kontrahierungszwang, einer Beratungspflicht oder in dem Zwang zur Aufrechterhaltung von Leistungsangeboten, die zum Teil nicht rentabel, aber unverzichtbar seien, dokumentieren.⁹⁰ Zum Teil wird darüber hinaus gefordert, dass der Staat so in die Tätigkeit des Unternehmens eingreift, dass die Gewinninteressen des Unternehmens nicht mehr dessen treibende Kraft sind.⁹¹ Außerdem müssten den Unternehmen als Kompensat zu dieser besonderen Verpflichtung spezielle Privilegien eingeräumt werden, ohne die sie zur Erfüllung der Verpflichtung nicht in der Lage wären.⁹²

bb) Inhaltliches Kriterium

Die andere Ansicht in der Literatur, die insbesondere durch *Rapp-Jung*⁹³ und *Fesenmair*⁹⁴ repräsentiert wird⁹⁵, vertritt den Standpunkt, dass die Anknüpfung an ein formales Kriterium wie einen Hoheitsakt der Regelung Art. 86 Abs. 2 EG nicht gerecht werde.⁹⁶ Nicht die Übertragung durch einen Hoheitsakt, sondern der Inhalt der übertragenen Aufgabe und deren wirtschaftliche Umstände sei entscheidend.⁹⁷ Es komme auf die Zwecksetzung an.⁹⁸ Unerheblich sei deshalb, ob die Übertragung einer im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse stehenden Aufgabe durch ein Gesetz, einen Verwaltungsakt, eine sonstige hoheitliche Maßnahme oder durch einen privatrechtlichen Vertrag erfolge. Auch eine abschließende Definition der übertragenen Aufgabe im Betrauungsakt sei entbehrlich.⁹⁹ Stelle man auf die formale Gestaltung der Betrauung ab, mit der die Aufgabe übertragen werde, so sei eine kohärente Auslegung des Gemeinschaftsrechts nicht gewährleistet.¹⁰⁰

Ausreichend sei es, wenn den in Rede stehenden Unternehmen die Vornahme bestimmter Leistungen auferlegt werde, deren Erfüllung unter Wettbewerbsbedingungen nicht ohne weiteres erwartet werden könne.¹⁰¹ Dies sei etwa dann der Fall, wenn bei

⁸⁸ *Pernice*, in: *Grabitz*, Art. 90, Rdnr. 36; *von Wilmsky*, in: *ZHR* 155 (1991), S. 545, 552; *Mestmäcker*, S. 662 f.; *Gleiss/Hirsch*, Art. 90, Rdnr. 12.

⁸⁹ *Von Wilmsky*, in: *ZHR* 155 (1991), S. 545, 552.

⁹⁰ *Pernice*, in: *Grabitz*, Art. 90, Rdnr. 36.

⁹¹ *Stewing*, in: *EuR* 1993, S. 41, 52.

⁹² *Hack*, S. 36; a.A. *Baur*, in: *RdE* 1999, S. 85, 87: Sachlich geboten sei eine Kopplung von Dienstleistungsverpflichtung und Monopolrecht nicht.

⁹³ *Rapp-Jung*, in: *RdE* 1994, S. 165 ff.

⁹⁴ *Fesenmair*, S. 206 ff.

⁹⁵ Vgl. ferner *Baur*, in: *Aktuelle Probleme des Energierechts*, S. 77, 91; *Lenz-Grill*, Art. 86, Rdnr. 24; *Gleiss/Hirsch*, Art. 90, Rdnr. 12; *Emmerich*, S. 446; *Froemke*, S. 134; *Bala*, S. 49 ff; *Hagendorf*, S. 198; *Grussendorf*, *WuW* 1965, S. 383, 385.

⁹⁶ *Rapp-Jung*, in: *RdE* 1994, S. 165, 168

⁹⁷ *Rapp-Jung*, in: *RdE* 1994, S. 165, 168; *Fesenmair*, S. 206, die sich auf die Entscheidung der Kommission zum Jahrhundertvertrag vom 22.12.1992, *Abl. Nr. L 50/14*, Erwägungsgrund 28 stützen; siehe auch *Rumpff*, S. 214 f.

⁹⁸ So bereits *Grussendorf*, in: *WuW* 1965, S. 383, 385; *Hagendorf*, S. 198f.

⁹⁹ *Rapp-Jung*, in: *RdE* 1994, 165, 168.

¹⁰⁰ *Rapp-Jung*, in: *RdE* 1994, 165, 168.

¹⁰¹ *Börner*, S. 249, 258.

Dienstleistungsmonopolen ein Unternehmen Sonderaufgaben trotz deren Unrentabilität vornehmen müsse und deshalb entgegen der Marktlage und dem unternehmerischen Eigeninteresse die übertragene Aufgabe erbringen müsse.¹⁰² Ein Verzicht des Unternehmens auf Gewinnmaximierung folge daraus allerdings nicht.¹⁰³ So könnte etwa die Erbringung gewisser Sonderaufgaben wie Anschluss- und Versorgungspflichten der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserunternehmen die Annahme einer Betrauung rechtfertigen, wenn dem Unternehmen diese Sonderaufgaben durch eine Auflage in einem privatrechtlichen Vertrag übertragen werde und die Versorgung zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise, also zu einheitlichen Gebühren und Tarifen für alle Kunden, sichergestellt sein müsse.¹⁰⁴

c) Stellungnahme

Ob der formal-inhaltliche Ansatz des EuGH und eines Teils der Literatur oder der inhaltliche Ansatz mit Art. 86 Abs. 2 EG übereinstimmt, soll im Folgenden nach der im europäischen Recht geltenden Auslegungstechnik¹⁰⁵ untersucht werden, wobei die sich aus dem europäischen Recht ergebenden Besonderheiten berücksichtigt werden.

aa) Wörtliche Auslegung des Betrauungsbegriffs

Gegenstand der Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts ist zunächst der Normtext eines Wortes, Satzteils, Satzes oder Abschnitts.¹⁰⁶ Ist die Bedeutung klar und eindeutig, greift der EuGH in der Regel nicht mehr auf die anderen Auslegungsmethoden zurück.¹⁰⁷ Die Auslegung der jeweiligen sprachlichen Fassung des Vertragstextes muss mit der Auslegung der anderen Fassungen übereinstimmen, weil alle Textfassungen denselben normativen Wert haben.¹⁰⁸

Von seinem natürlichen Wortlaut her bedeutet betrauen jemandem mit etwas beauftragen, befassen mit etwas, etwas anordnen.¹⁰⁹ Eine Betrauung setzt von ihrer Wortbedeutung voraus, dass Unternehmen nicht ausnahmslos von ihr erfasst werden,¹¹⁰ sondern dass nur diejenigen Unternehmen in ihren Genuss gelangen, die nach einem besonderen Selektionsverfahren das Vertrauen des Übertragenden gewonnen haben.¹¹¹ Eine Betrauung beinhaltet demgemäß die Verpflichtung des Betrauten, die Aufgabe gewissenhaft und verantwortungsbewusst wahrzunehmen.¹¹² „Betrauen“ erfordert einen aktiven Vorgang; jemand muss eine Handlung

¹⁰² Fesenmair, S. 208.

¹⁰³ Fesenmair, S. 206 f; Art. 86 Abs. 2 EG soll nach der Rechtsprechung des EuGH auch Privatunternehmen umfassen. Ein privatwirtschaftliches Unternehmen, das nicht in erster Linie auf einen größtmöglichen Gewinn abziele, könne in einem marktwirtschaftlichen System nicht erstrebenswert sein.

¹⁰⁴ Fesenmair, S. 206 f.

¹⁰⁵ Larenz/Canaris, S. 141 ff und Bydlinski, S. 436 ff (wörtlich; systematisch; historisch; objektiv-teleologisch).

¹⁰⁶ Zuleeg, in: EuR 1969, S. 97, 99 f; Bleckmann, Rdnr. 539.

¹⁰⁷ Degan, in: RTDE 1966, S. 198.

¹⁰⁸ Bleckmann, Rdnr. 540.

¹⁰⁹ Der Duden, "Sinn- und sachverwandte Wörter", Def. "betrauen", S. 116.

¹¹⁰ Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals vgl. Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90, Rdnr. 49, der auf eine wörtliche Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Beträuung" verzichten will, weil die sprachlich verschiedenen Fassungen zum Teil unterschiedliche Bedeutungen haben.

¹¹¹ Stewing, S. 147.

¹¹² So auch Schütze, Europäischer Stromverbund, S. 138; Bala, S. 53: Der Begriff enthält Hinweise auf eine vertrauensvolle Aufgabenerfüllung und auf Obhutspflichten.

vornehmen. Ein bloßes Gewährlassen von Unternehmen, die allgemeine wirtschaftliche Interessen wahrnehmen, genügt dem Wortlaut zufolge nicht.

Einen spezifisch öffentlich-rechtlichen Sinngehalt besitzt das Wort „betrauen“ dagegen nicht. Zwar wird in der Literatur häufig auf einen hoheitlichen Charakter des „Betrauens“ hingewiesen.¹¹³ Betrauender könne nur der Staat als Hoheitsträger sein und eine Betrauung müsse formal in einen Akt der öffentlichen Gewalt eingekleidet sein. Wo diese besondere hoheitliche Bedeutung herrührt, bleibt offen. Europäisches Sekundärrecht oder auch ein deutsches Gesetz, welches das Verb „betrauen“ oder das Substantiv „Betrachtung“ im eindeutig öffentlich-rechtlichen Kontext verwendet, existiert nicht. Auch im Privatrechtsverkehr kann grundsätzlich eine Betrauung im Sinne einer vertretungsrechtlichen Bevollmächtigung vorliegen. Als Betrauer kommt hier vor allem derjenige in Betracht, dem ein besonders wichtiges Rechtsgeschäft privatrechtlich übertragen wird oder, der sich durch seine besondere Nähe zum Übertragenden auszeichnet. Dies zeigt die Regelung des § 84 Abs. 1 HGB. Denn nach der Legaldefinition des § 84 Abs. 1 HGB ist Handelsvertreter derjenige, der ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Der Begriff "betraut" in § 84 Abs. 1 HGB soll das besonders enge Verhältnis des Handelsvertreters zum Unternehmen und die daraus resultierende Interessenwahrungspflicht ausdrücken.¹¹⁴ Die Betrauung eines Handelsvertreters ist deshalb mehr als die bloße Geschäftsverbindung.¹¹⁵ Die Verwendung des Begriffs "betraut" im Rahmen des § 84 Abs. 1 HGB spiegelt wider, dass dem Begriff keine ausschließlich hoheitliche Prägung zukommt.

Bejahte man dagegen einen entsprechenden hoheitlichen Charakter des Tatbestandsmerkmals, wäre es konsequent, eine Betrauung von dem Begriff der Beleihung abzugrenzen, unter dem man im deutschen Recht die Übertragung hoheitlicher Befugnisse versteht.¹¹⁶

Auch aus den sprachlichen Fassungen der anderen Mitgliedstaaten kann nicht geschlossen werden, dass eine Betrauung nur im Rahmen eines Hoheitsaktes erfolgen kann.¹¹⁷ So kann etwa der im Französischen gewählte Begriff „chargé“ - ebenso wie das Tatbestandsmerkmal

¹¹³ Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90, Rdnr. 57; Velte, S. 393 f.

¹¹⁴ Aus dieser Bedeutung ergibt sich die Unterscheidung zur Legaldefinition des Handelsmaklers in § 93 Abs. 1 HGB, der nicht in einer derart engen Beziehung zum Unternehmen steht wie der Handelsvertreter und deshalb nicht mit der Vermittlung von Verträgen betraut ist.

¹¹⁵ So Urteil des BGH vom 01.04.1992, in: NJW 1992, S. 2818, 2819 f.

¹¹⁶ Birkenmaier, in: EuR 1988, S. 144, 150 scheint anzunehmen, dass Beleihung und Betrauung dieselbe Bedeutung haben. Indes würde mit dieser Beschränkung eine wenig sinnvolle Einschränkung des Art. 86 Abs. 2 EG erreicht. Denn bei diesem Verständnis könnte ein Schornsteinfeger von Art. 86 Abs. 2 EG erfasst sein, nicht dagegen ein Energieversorgungsunternehmen. Ähnlich: Huber, in: Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 535, der eine Beleihung der EVU in dem Abschluss eines Konzessionsvertrages sehen will.

¹¹⁷ A.A. hinsichtlich der Identität der verschiedenen Textfassungen: Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90, Rdnr. 57: Die Begriffe chargé, incarito, belast oder entrusted haben eine weniger hoheitliche Bedeutung. Indes kann die Wortbedeutung des Begriffs „Betrachtung“ nur wenig zur Auslegung beitragen, weil in den verschiedenen Mitgliedstaaten Fassungen gewählt wurden, denen eine unterschiedliche rechtliche Bedeutung zuteil wird. Die wörtliche Auslegung der verschiedenen sprachlichen Texte muss von ihrem Sinn her identisch sein. So wohl auch Stewing, S. 144 ff, der ebenfalls von einer unterschiedlichen Bedeutung der verschiedenen Textfassungen ausgeht. Auch ein Rückgriff auf ein den verschiedenen Fassungen innewohnendes Minimum soll bei voneinander abweichenden Termini nicht möglich sein. Ansonsten könnte man etwa Identität hinsichtlich der verschiedenen Texte insoweit annehmen, als dass in allen sprachlichen Fassungen ein Verb verwendet wird. Das könnte zeigen, dass der Staat eine Handlung vornehmen muss und ein bloßes „Gewährlassen“ von Unternehmen, die allgemeine wirtschaftliche Interessen wahrnehmen, nicht genügt.

„betraut“ - auch privatrechtliche Übertragungsformen erfassen.¹¹⁸ Gleiches gilt für den italienischen Begriff „incaricato“, der weder auf eine hoheitliche noch auf eine privatrechtliche Übertragungsform beschränkt ist, sondern in beiden Bereichen benutzt werden kann.¹¹⁹ Genauso wenig wie auf ein hoheitliches Handeln lässt das Tatbestandsmerkmal „betraut“ auf ein am Gemeinwohl orientiertes Handeln schließen.¹²⁰

Zusammenfassend legt die wörtliche Auslegung des Tatbestandsmerkmals „betraut“ ein inhaltliches Verständnis nahe, das auf eine Beauftragung mit einer Aufgabe aufgrund besonderen Vertrauens in die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Betraugungsempfängers schließen lässt. Dass es sich dabei formal um eine hoheitliche Beauftragung handeln muss, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Eine bloße Veranlassung, die nicht unmittelbar auf eine Übertragung zurückzuführen ist, reicht wegen des Erfordernisses einer Übertragung dagegen nicht aus.

bb) Systematische Auslegung des Tatbestandsmerkmals Betrauung

Bei der systematischen Auslegung muss ein Tatbestandsmerkmal im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen und in seinem Kontext mit den anderen Tatbestandsmerkmalen der Norm so ausgelegt werden, dass es sinnvoll ist und mit den anderen Vorschriften und Tatbestandsmerkmalen harmoniert.¹²¹

Art. 86 Abs. 2 EG zeigt durch seine Stellung am Ende des Abschnitts „Vorschriften für Unternehmen“, dass es sich um eine Ausnahmegesetzgebung handelt und dass die Wettbewerbsregeln der Art. 81 und Art. 82 EG grundsätzlich auf alle Unternehmen Anwendung finden. Denn die vorhergehenden Art. 81 und Art. 82 EG unterscheiden im Gegensatz zu Art. 86 EG nicht zwischen öffentlichen Unternehmen, Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten, betrauten Unternehmen und Unternehmen, die den Charakter eines Finanzmonopols haben. Auch für diese Unternehmen sollen regelmäßig die Wettbewerbsvorschriften gelten. Die grundsätzliche Geltung verdeutlicht ebenso Art. 86 Abs. 2 2. Hs. EG, der eine Anwendung der Wettbewerbsvorschriften bei betrauten Unternehmen nur dann ausschließt, wenn ihre Anwendung eine Erfüllung der übertragenen Aufgabe verhindern würde. Für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 EG folgt hieraus grundsätzlich das Erfordernis einer engen Auslegung.

Fraglich ist, ob sich eine enge Auslegung, wie vom EuGH und einem Teil der Literatur vertreten wird, an einem formalen Kriterium zu orientieren hat.

Aus systematischer Sicht wird für eine formale Interpretation angeführt, dass der Verzicht auf einen Hoheitsakt dem Tatbestandsmerkmal „betraut“ neben dem Tatbestandsmerkmal des "allgemeinen wirtschaftlichen Interesses" keine weitere Bedeutung beimessen würde.¹²² Diese

¹¹⁸ Potonnier, Wörterbuch Wirtschaft Recht Handel, Bd. II, Begriff "chargè", S. 276.

¹¹⁹ *I Grandi Dizionari Sansoni*, S. 679: Ins Deutsche wird „incaricato“ - der deutschen Fassung des EG entsprechend - als „betraut“ übersetzt. Dies gilt ebenso für die englische Fassung „entrusted“, vgl. *Pons*, Fachwörterbuch Recht: Auch hier wird "entrust" wiederum übersetzt mit beauftragen, betrauen. Zu beachten ist allerdings, dass es im englischen Recht ein nach deutschem Verständnis bestehendes öffentliches Recht nicht gibt.

¹²⁰ A.A. *Bala*, S. 53: Bereits der natürliche Wortlaut des Tatbestandsmerkmals „betraut“ lege eben diese Sichtweise nahe. Nach der hier vertretenen Ansicht kommen die Gemeinwohlverpflichtungen demgegenüber erst im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal des „allgemeinen wirtschaftlichen Interesses“ um Ausdruck.

¹²¹ *Bleckmann*, Rdnr. 542.

¹²² *Britz*, S. 195.

Argumentation lässt allerdings unberücksichtigt, dass dem Erfordernis einer Betrauung auch dann eine eigenständige Funktion zuteil wird, wenn man eine rechtsgeschäftliche oder andere Form der Übertragung genügen lässt. In diesem Fall drückt das Tatbestandsmerkmal „betraut“ aus, dass die bloße Ausübung einer Tätigkeit ohne eine Beauftragung nicht genügt.

Auch das Argument des EuGH, eine Analogie zu dem Tatbestandsmerkmal „Charakter eines Finanzmonopols“ zwingt zu dem Schluss, dass eine Betrauung nur durch einen Hoheitsakt erfolgen könne, erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig.

Zwar bezieht sich das Tatbestandsmerkmal „der ihnen übertragenen Aufgabe“ des Art. 86 Abs. 2 2. Hs. EG gleichsam auf betraute Unternehmen und auf Unternehmen, die den Charakter eines Finanzmonopols haben, wobei die Übertragung eines Finanzmonopols immer durch einen Hoheitsakt erfolgt. Für „betrante Unternehmen“ folgt daraus jedoch nicht, dass ihnen nur hoheitlich eine Aufgabe übertragen werden kann. Denn unter das Tatbestandsmerkmal der „übertragenen besonderen Aufgabe“ können gleichzeitig rechtsgeschäftliche, hoheitliche und andere Übertragungsformen fallen, ohne eine einheitliche Auslegung zu gefährden.¹²³ Das Tatbestandsmerkmal „der übertragenen besonderen Aufgabe“ soll lediglich zeigen, dass die bloße Ausübung einer im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgabe nicht ausreicht.

Im übrigen spricht gegen diesen Rückschluss des EuGH, dass Art. 86 Abs. 2 EG nur Unternehmen, die den Charakter eines Finanzmonopols haben und betraute Unternehmen gleichsetzt. Die Bezugnahme auf den Charakter des Unternehmens hebt auf den Inhalt der Aufgabe, nicht aber die formale Gestaltung der Übertragung ab.¹²⁴ Auch der EuGH ist in der „*Almelo*“-Entscheidung von einer Bezugnahme auf die Finanzmonopole abgerückt, indem er die Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Konzession als Betrauung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG gewertet hat.¹²⁵ Ein Hoheitsakt des Staates ist deshalb nach der systematischen Auslegung des Tatbestandsmerkmals für eine Betrauung nicht notwendig. Für diese Auslegung spricht auch die Regelung in Art. 3 Abs. 3 der Binnenmarkttrichtlinie Elektrizität, nach der es den Mitgliedstaaten gestattet ist, die Regelungen über die Marktöffnung im Erzeugungsbereich, über den Netzzugang und über den Direktleitungsbau nicht anzuwenden, wenn ansonsten die Erfüllung der den Elektrizitätsversorgern übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen faktisch oder rechtlich unmöglich würde.¹²⁶ Es genügt also, wenn dem Unternehmen eine Verpflichtung, etwa über den Preis der Lieferungen, *aufgelegt* ist. Auf die Form kommt es dabei nicht an.¹²⁷

cc) Historische Auslegung des Tatbestandsmerkmals Betrauung

Die Entstehungsgeschichte einer primärrechtlichen Vorschrift des EGV spielt nur eine untergeordnete Rolle. Sie wird in der Regel nur zur Überprüfung des Ergebnisses herangezogen.¹²⁸

¹²³ Siehe auch *Bala*, S. 50: Für eine unabhängige Betrachtung spricht auch sprachlich die Alternativität der Unternehmensgruppen.

¹²⁴ So auch *Frömke*, S. 209: Es ist den Vertragsschließenden auf die inhaltliche Funktion, nicht aber auf die formelle Ausstattung des Finanzmonopols angekommen.

¹²⁵ *Ehricke*, in: *EuZW* 1998, S. 741, 744.

¹²⁶ Richtlinie 96/92 EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, *Abl. Nr. L 27/20* vom 30.01.1997.

¹²⁷ So auch *Britz*, in: *RdE* 1997, S. 85, 92.

¹²⁸ *Pernice*, in: *Grabitz*, Art. 164, *Rdnr.* 33.

Art. 86 Abs. 2 EG ist beeinflusst von dem aus dem französischen Recht stammendem Gedanken des „Service public“ und wurde auf Initiative Frankreichs als Gegengewicht zu dem ungeliebten Art. 86 Abs. 1 EG¹²⁹ in den EGV aufgenommen.¹³⁰ Art. 86 Abs. 2 EG beruht auf einem Kompromissvorschlag Frankreichs. *Pielow* bezeichnet Art. 86 Abs. 2 EG als einen auf einem Formelkompromiss beruhenden Fundamentaldissens zwischen europäischem Integrations- bzw. Liberalisierungsstreben und den Beharrungskräften nationaler Wirtschaftspolitik.¹³¹ Man wollte auf der einen Seite die Vorbehalte der Benelux-Staaten vor italienischen und französischen Staatsunternehmen schmälern und auf der anderen Seite dem Interesse Frankreichs im Hinblick auf seine Staatsunternehmen Rechnung tragen.¹³²

Unter dem französischen Institut des „Service public“ wird eine vom Staat bzw. dessen Unternehmen oder den Gebietskörperschaften unmittelbar durchgeführte oder unter ihrer Aufsicht befindliche Tätigkeit verstanden, die deshalb durchgeführt wird, weil nach Ansicht der für ihre Ausübung kompetenten Organe ein aus dem öffentlichen Interesse entstammendes Bedürfnis befriedigt werden muss.¹³³ Unternehmen, die einen „Service public“ ausüben, sind also nicht nur solche, die vom Staat beherrscht werden. Es genügt, wenn sie die Tätigkeit unter der Aufsicht des Staates ausführen.¹³⁴ In Anlehnung an diese Definition als „Service Public im funktionalen oder auch materiellen Sinne“¹³⁵ spräche einiges dafür, eine Betrauung vom Inhalt der übertragenen Aufgabe abhängig zu machen, weil die unternehmerische Tätigkeit auch dann unter der Aufsicht des Staates stehen kann, wenn ihr diese nicht durch einen Hoheitsakt übertragen wurde.

An dieser Stelle ist allerdings Zurückhaltung geboten, weil das französische Verständnis des „Service public“ wegen des Kompromisscharakters des Art. 86 Abs. 2 EG nicht ohne weiteres auf das europäische Gemeinschaftsrecht übertragen werden kann. Als Art. 86 Abs. 2 EG in Kraft trat, entsprach die Versorgungswirtschaft in einer Reihe von Mitgliedstaaten - so auch in Deutschland - gerade nicht dem Regelungsmodell der "services publics". Es liegt deshalb nahe, die Formulierung des Art. 86 Abs. 2 EG als einen "gemeinschaftsrechtlichen Ansatz in Gestalt einer Kompromissvorschrift zur fairen Bewertung unterschiedlichster nationaler Konzepte auf dem Versorgungssektor"¹³⁶ anzusehen, mit dem eine Einschränkung des Service public-Gedanken impliziert ist. Hinzu kommt, dass gerade die französischen Unternehmen, die einen „Service public“ betreiben, zumeist durch ein Gesetz mit der Durchführung beauftragt worden sein werden, weil es sich in der Regel um Staatsunternehmen handeln wird. Geht man davon aus, dass Art. 86 Abs. 2 EG das Ergebnis eines Kompromisses ist, würde sich der Kompromiss auf die Einschränkung des Art. 86 Abs. 2 2. Hs. EG, der die

¹²⁹ So *Ehricke*, in: *EuZW* 1998, S. 741, 744; *Seidel*, in: *Service Public*, S. 73, 75.

¹³⁰ *Le Nestour/Zinow*, *RdE* 1994, S. 129 ff, 170 ff. Siehe auch *Ipsen/Nicolaysen*, *NJW* 1964, S. 2336, 2337: „Art. 86 EG wurde erst am Ende der Vertragsverhandlungen fixiert. Es ist keine Regelung von einheitlichem Charakter. Französische Bemühungen, für Staatsbetriebe Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln des EG zu stipulieren, hatten nur Teilerfolg.“

¹³¹ *Pielow*, S. 51.

¹³² *Emmerich*, S. 438. Siehe auch *Jungbluth*, in: *Langen/Bunte*, Art. 86, Rdnr. 3: Die Regelung des Art. 86 EG sei wegen ihrer politischen Brisanz bewusst unklar gehalten.

¹³³ *Keller*, S. 58.

¹³⁴ *Seidel*, S. 73, 73; *Le Nestour/Zinow*, in: *RdE* 1994, S. 129, 131: Zunächst fielen unter „Service-public“-Unternehmen nur solche Einrichtungen, die die Verwaltung selbst wahrnahm - „services public en regie“ - , Unternehmen der öffentlichen Hand mit eigener Rechtspersönlichkeit - „établissements publics“ und beliehene Unternehmen - „services publics concédé“. Die Einsetzung erfolgte durch einen hoheitlichen Akt. Auf diesen Hoheitsakt wurde später verzichtet.

¹³⁵ *Le Nestour/Zinow*, in: *RdE* 1994, S. 129, 130.

¹³⁶ So *Tettinger*, in: *Cox*, S. 97, 104.

Verhinderung der übertragenen Aufgabe voraussetzt, beschränken. Hatte der europäische Gesetzgeber das Bild der französischen Staatsunternehmen vor Augen, wäre dies denkbar. Zwingend ist dies indes schon deshalb nicht, weil Art. 86 Abs. 2 EG nicht an die in Art. 86 Abs. 1 1. Variante EG genannten öffentlichen Unternehmen anknüpft, unter die der größte Teil der französischen „Service Public“- Unternehmen fallen dürfte. Auffällig ist außerdem, dass selbst die französische Fassung des Art. 86 Abs. 2 EG nicht von „chargé une service public“ spricht.¹³⁷

Die historische Auslegung kann deshalb bei der Frage, ob eine Betrauung nur durch Hoheitsakt erfolgen kann und welchen Inhalt die Betrauung aufweisen muss, nicht zu einem Ergebnis weiterhelfen.

dd) Teleologische Auslegung des Tatbestandsmerkmals Betrauung

Ob eine Betrauung nur durch eine hoheitliche Aufgabenübertragung erfolgen kann oder vom Inhalt der übertragenen Aufgabe abhängt, muss sich wegen der bisher gefundenen nicht zwingenden Auslegungsergebnisse in erster Linie nach teleologischen Kriterien richten.

Die Europäische Gemeinschaft basiert auf den Grundsätzen eines Binnenmarktes als einem Raum ohne Grenzen und eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft. Von diesen Grundsätzen macht Art. 86 Abs. 2 EG für bestimmte Unternehmen aus Gründen des öffentlichen Interesses an der Erfüllung gewisser Dienstleistungen eine Ausnahme, weil es zwischen diesem Interesse und dem Interesse der Gemeinschaft an der Erbringung bestimmter Leistungen zu Kollisionen kommen kann. Die Funktion des Art. 86 Abs. 2 EG besteht darin, diese Konflikte zwischen dem öffentlichen Interesse an der Erfüllung bestimmter Aufgaben auf der einen Seite und dem Interesse der Gemeinschaft an einem ungestörten Marktmechanismus auf der anderen Seite zu regeln.¹³⁸ Unter den eng umrissenen Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG soll ausnahmsweise von den Wesensmerkmalen des EG-vertraglichen Wettbewerbsrechts zugunsten des öffentlichen Interesses an der Dienstleistung abgewichen werden. Um diesem Ausnahmecharakter gerecht zu werden, muss Art. 86 Abs. 2 EG restriktiv ausgelegt werden. Dieser Umstand ist mitursächlich dafür, dass der EuGH eine Betrauung nur im Gewand eines Hoheitsaktes zulassen will. Das Erfordernis eines Hoheitsaktes ermöglicht zwar einen eindeutigen Anknüpfungspunkt.¹³⁹ Die Unternehmen, denen durch einen Hoheitsakt eine besondere Aufgabe übertragen wurde, können ohne größere Schwierigkeiten individualisiert werden,¹⁴⁰

¹³⁷ Der Begriff des „Service Public“ kommt im EG nur in Art. 73 EG vor, nach der Beihilfen im Verkehrsbereich zulässig sein sollen, wenn sie der Abgeltung bestimmter mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen. In der französischen Fassung heißt es in Art. 73 EG ausdrücklich „la notion de service public“.

¹³⁸ Ehrlicke, S. 168.

¹³⁹ So Pernice, in: Grabitz, Art. 90, Rdnr. 34; im Anschluss an Pernice siehe auch Rumpff, S. 214; Stewing, S. 146 mit dem Hinweis auf das Gebot der Rechtssicherheit, demzufolge es notwendig sein soll, dass sich der Wille des Staates in einem offiziellen Regelungsakt erkennbar und nachprüfbar nach außen zeigt.

¹⁴⁰ Mestmäcker, in: RabelsZ 52 (1988), 526, 562; Emmerich, in: FS für v. Gamm, S. 581, 589; Rinne, S. 70 f.

so dass eine Betrauung durch Hoheitsakt zur Rechtssicherheit¹⁴¹ beitragen kann und eine Durchbrechung des EGV so transparent wie möglich ist.¹⁴²

Voraussetzung zur Gewährleistung von Rechtssicherheit ist ein Hoheitsakt indes nicht. Die Rechtssicherheit kann auch dann gewahrt sein, wenn ein anderer Willensakt - wie etwa ein privatrechtlicher Vertrag - nach außen erkennbar manifestiert wird.

Als problematisch erweist sich ferner die Tatsache, dass die Anknüpfung an einen Hoheitsakt in den einzelnen EG-Mitgliedstaaten zu höchst unterschiedlichen Auswirkungen führen würde. In denjenigen Ländern, die - wie insbesondere Frankreich - in einer staatswirtschaftlich geprägten Tradition stehen, wird man häufiger eine hoheitliche Übertragung vorfinden, als in Ländern, die - wie etwa die Benelux-Länder und Deutschland - stärker privatwirtschaftlich ausgerichtet sind. Eine restriktive Wirkungsweise des Hoheitsakts-Erfordnisses wäre deshalb sehr stark länderabhängig und würde nur in den vorherrschend privatwirtschaftlich geprägten Mitgliedstaaten eine zusätzliche Voraussetzung aufstellen. Folge wäre eine uneinheitliche rechtliche Behandlung von Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten trotz Wahrnehmung identischer Aufgaben,¹⁴³ die zu einer Privilegierung von wettbewerbsferneren Systemen führen könnte.¹⁴⁴ Zwar bliebe es letztlich den Mitgliedstaaten selbst überlassen, eine Betrauung durch Hoheitsakt vorzunehmen oder sogar nachzuholen.¹⁴⁵ Diese den Mitgliedstaaten zugestandene Betrauungsfreiheit kann jedoch die Gefahr einer Ungleichbehandlung von Unternehmen, die inhaltlich die selben Tätigkeiten ausüben, nicht beseitigen. Deutsche Ministerien wiesen schon vor mehr als 30 Jahren darauf hin, dass "betraut" weniger eng interpretiert werden müsse, weil sonst die Gefahr bestehe, dass nur in den übrigen Mitgliedstaaten von den Vorteilen des Art. 86 Abs. 2 EG Gebrauch gemacht werden könne.¹⁴⁶ Das Abstellen auf ein formales Kriterium erweist sich daher bei näherer Betrachtung weder als sinnvoll noch als notwendig. Es genügt vielmehr auch jede anderweitige nach außen erkennbare Übertragung einer im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgabe.

Auch der Inhalt der Betrauung muss sich am Sinn und Zweck des Art. 86 Abs. 2 EG orientieren. Eine Privilegierung nach Art. 86 Abs. 2 EG soll die Leistungserbringung durch den Betrauten sicherstellen. Die Dienstleistung muss immer dann, wenn sie nachgefragt wird, erfüllt werden. Die Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft des Betrauten im Falle der Nachfrage nach eben dieser Leistung muss materielles Kennzeichen einer Betrauung sein. Ein Verzicht auf die Wahrnehmung eigener privater Interessen wie etwa eine Renditemaximierung ist mit dem Tatbestandsmerkmal der Betrauung nicht zwangsläufig verbunden. Existiert zwischen dem privaten Interesse nach Gewinnmaximierung und dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse kein Konflikt, kann das Unternehmen uneingeschränkt den privaten Interessen nachgehen.¹⁴⁷ Erst wenn die gleichzeitige Verfolgung beider

¹⁴¹ Das Gebot der Rechtssicherheit gilt auch im Recht der Europäischen Gemeinschaft; siehe Urteil des EuGH vom 29.05.1974, Rs. 96/77, Slg. 1974, 607, 620 „Hauptzollamt Bielefeld/Offene Handelsgesellschaft“; Urteil des EuGH vom 15.02.1978, Rs. 96/77, Slg. 1978, 383, 399 „Französische Zollverwaltung“; Urteil des EuGH vom 25.10.1978, Rs. 125/77, Slg. 1978, 1991, 2004 „KS Honig“.

¹⁴² *Langenheine*, S. 19: Die Kommission kann so besser ihre Kontrollfunktion auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 2 EG ausüben.

¹⁴³ *Fesenmair*, S. 208: Eine kohärente Anwendung des Gemeinschaftsrechts wäre nicht gewährleistet. Im Anschluss an *Fesenmair* auch *Hölzer*, S. 86.

¹⁴⁴ *Hölzer*, S. 86.

¹⁴⁵ *Schaub/Dohms*, in: Die AG 1998, S. 566, 569.

¹⁴⁶ Bundesarchiv, B 102/12.619 I.

¹⁴⁷ *Fesenmair*, S. 207.

Interessen unvereinbar ist, steht die Verpflichtung zur Wahrung des öffentlichen Interesses voran.¹⁴⁸ Um diese Verpflichtung zu kompensieren und das gewonnene Vertrauen des Aufgabenempfängers zu honorieren, erfordert eine Betrauung, dass sie mit der Einräumung einer besonderen Stellung des betrauten Unternehmens verbunden ist, die anderen nicht-betrauten Unternehmen verwehrt bleibt. Diese besondere Stellung liegt bei der Betrauung darin, dass ausschließlich das betraute Unternehmen die Aufgabe, die ihm übertragen wurde, wahrnehmen darf - alle anderen nicht betrauten Unternehmen sind dagegen von der Erbringung der Aufgabe ausgeschlossen.

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist somit festzustellen, dass eine Betrauung sich durch die Übertragung einer besonderen Verpflichtung verbunden mit einer besonderen bevorrechtigten Rechtsstellung auszeichnet. Der Übertragungsakt ist an keine bestimmte Form gebunden. Die Übertragung kann hoheitlich, aber auch privatrechtlich erfolgen.

3. Betrauung der deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen

Die deutschen Elektrizitätsversorger wären nach den oben ermittelten Auslegungsergebnissen mit der Elektrizitätsversorgung betraut, wenn ihnen die Verpflichtung auferlegt worden ist, die Elektrizitätsversorgung zu allgemeinen Tarifen und Bedingungen durchzuführen, auch wenn dies nicht den Grundsätzen eines auf Rentabilität und Gewinnerzielung gerichteten Unternehmens entspricht. Dieser Verpflichtung auf der einen Seite muss auf der anderen Seite ein besonderes Privileg der Elektrizitätsversorger gegenüberstehen. Folgt man entgegen der hier vertretenen Auffassung der Ansicht des EuGH, wäre eine konkret-individueller Hoheitsakt erforderlich.

Eine Betrauung der deutschen Elektrizitätsversorger könnte im Abschluss eines Konzessionsvertrages zwischen Gemeinde und Elektrizitätsversorger oder in einer der Bestimmungen des alten oder neuen EnWG zu sehen sein. Eine Betrauung durch das neue EnWG scheidet nicht allein deshalb aus, weil die Bundesregierung im Entwurf zum Neuregelungsgesetz des Energiewirtschaftsrechts für das neue EnWG ausdrücklich konstatiert hat, dass in der Umsetzung der Service-Public-Bestimmungen der Elektrizitätsbinnenmarktlinie keine Betrauung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG zu sehen sei.¹⁴⁹ Die historische Auslegung ist nicht allein entscheidend, sondern nur eines von mehreren Auslegungskriterien.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Anders wohl *Stewing*, S. 162 ff, der der Auffassung ist, es bestehe stets ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem Gewinnmaximierungsinteresse der Unternehmen und dem allgemeinen Interesse. Eine Betrauung liege aber nur dann vor, wenn das allgemeine Interesse des Staates über das wirtschaftliche Interesse des Unternehmens gestellt werde. Dieser Ansicht folgt *Zinow*, S. 165 f, der eine Nichtanwendung des Wettbewerbsrechts als unvertretbar ansieht, wenn ein Unternehmen weiterhin seine Gewinnmaximierungsinteressen verfolgt.

¹⁴⁹ Begründung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7274, S. 37. Im Anschluss daran berief sich die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme in dem Verfahren "*Wingas/Stadt Detmold*" ebenfalls auf eine fehlende Betrauung der deutschen Energieversorgungsunternehmen. Eine Betrauung lasse sich nicht mit dem Argument begründen, dass andernfalls eine einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht gewährleistet sei. Dies sei eine Konsequenz des Art. 86 Abs. 2 EG und nicht zu vermeiden, vgl. Stellungnahme der BReg. vom 25.08.1997 in der Rs. C-187/97.

¹⁵⁰ *Scholz*, in: RdE 1998, S. 209, 211.

a) Betrauung durch Konzessionsvertrag

Mit einem Konzessionsvertrag räumt eine Kommune einem Elektrizitätsversorger ein Wegebenutzungsrecht (zumeist der öffentlichen Straßen und sonstigen öffentlichen Verkehrswege) zur Leitungsverlegung ein. Dieses Recht ist notwendig, weil praktisch nur über das öffentliche Wegenetz eine flächendeckende Leitungsverlegung und damit die Aufnahme einer Elektrizitätsversorgung möglich ist.¹⁵¹ Der Konzessionsvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag, der zwischen zwei gleichgeordneten Parteien geschlossen wird. In Anbetracht dieses Rechtsverhältnisses würde nach der Auffassung des EuGH eine Betrauung mangels eines entsprechenden Hoheitsaktes von vorneherein ausscheiden.¹⁵² Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es demgegenüber darauf an, ob dem Elektrizitätsversorger nach außen erkennbar die allgemeine Versorgung mit Elektrizität und eine besondere Rechtsposition übertragen worden ist.

Vor Inkrafttreten der Energierechtsreform räumten die Gemeinden den Elektrizitätsversorger die Konzessionen als ausschließliche Rechte ein. Anderen Elektrizitätsversorger war die Wegenutzung, insbesondere die Leitungsverlegung nicht gestattet. An diese privilegierende Monopolstellung des Konzessionsinhabers knüpften mittelbar zahlreiche gesetzliche Verpflichtungen des EnWG, insbesondere ein allgemeiner Anschlusszwang nach § 10 EnWG an. Dies genügte, um von einer Betrauung der deutschen Energieversorgungsunternehmen auszugehen. Denn die Unternehmen waren ausschließlich berechtigt, die Leitungswege der Gemeinden zu benutzen und unterlagen im Gegenzug einer allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht. Die Anforderungen, die an eine Betrauung zu stellen sind, waren damit erfüllt.

Seit Inkrafttreten der Reform bestehen nach Art. 4 § 1 des NeuregelungsG die ehemals ausschließlichen Konzessionsverträge jedoch nur noch als einfache Konzessionsverträge fort. Die Gemeinden haben nunmehr ihre öffentlichen Verkehrswege allen Elektrizitätsversorger diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen.¹⁵³ Fortan kann jedermann eine Wegenutzung begehren, so dass ein konkurrierender Leitungsbau grundsätzlich möglich ist. Nach der Gesetzesbegründung zum NeuregelungsG darf die Einräumung eines Wegerechts nur aus sachlich gerechtfertigtem Grund, wie etwa eines Kapazitätenmangels, verweigert werden.¹⁵⁴ Eine rechtlich abgesicherte Monopolstellung aufgrund der ehemals ausschließlichen Konzessionsverträge haben die Elektrizitätsversorger fortan nicht mehr. Eine solche, besondere Vorrechte einräumende Stellung ist aber gerade spezifisch für eine Betrauung. Selbst wenn man - wie die Verfasserin - im Abschluss eines ausschließlichen Konzessionsvertrages in Verbindung mit einer vertraglich¹⁵⁵ vereinbarten oder gesetzlich folgenden Anschluss- und Versorgungspflicht eine Betrauung i.S.d. Art. 86 Abs. 2 EG sehen würde, ist diese deshalb mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung der Energiewirtschaft

¹⁵¹ Britz, S. 21.

¹⁵² Nicht ausreichend für eine hoheitliche Übertragung ist die Tatsache, dass der Abschluss eines Konzessionsvertrages zunächst einen gemeindlichen Beschluss voraussetzt.

¹⁵³ Vgl. § 13 Abs. 1 S. 1 EnWG.

¹⁵⁴ Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT.-Drs. 13/7274, S. 21.

¹⁵⁵ Die meisten Konzessionsverträge enthalten explizit eine Klausel, mit der dem EVU eine vertragliche Versorgungspflicht auferlegt wird.

mit ex nunc-Wirkung entfallen,¹⁵⁶ weil die privilegierende Stellung des Elektrizitätsversorgers weggefallen ist.¹⁵⁷

b) Betrauung durch Genehmigung nach § 3 Abs. 1 EnWG

In der „*Almelo*“-Entscheidung hatte der EuGH konstatiert, dass als Betrauung eine öffentlich-rechtliche Konzessionserteilung in Frage kommen könne.¹⁵⁸ Fraglich ist, ob dies nach dem hier vertretenen Betrauungsbegriff auch für die nach dem deutschen EnWG notwendige Genehmigung nach § 3 Abs. 1 EnWG gilt.

In einer Genehmigung nach § 3 Abs. 1 EnWG eine Betrauung zu sehen, widerstrebt bereits wegen der unterschiedlichen wörtlichen Bedeutung der Begriffe Genehmigung und Betrauung. Eine Genehmigung nach § 3 Abs. 1 EnWG setzt von ihrem Sinn her eine Beantragung des Genehmigungsempfängers voraus, während die Betrauung - wie oben bei der wörtlichen Auslegung festgestellt wurde - von einer Initiative des Betrauenden ausgeht.

Hinzu kommt, dass die Erteilung einer Genehmigung zur Aufnahme der Elektrizitätsversorgung nach § 3 Abs. 1 EnWG¹⁵⁹ nicht im Belieben der Behörden steht, sondern wegen der regelmäßig vorliegenden Ermessensreduzierung auf Null eine gebundene Entscheidung ist.¹⁶⁰ Hat jedes Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das die notwendigen Qualifikationen erfüllt, einen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung, kann von einer Beauftragung aufgrund besonderen Vertrauens zum Auftragnehmer nicht die Rede sein. Ferner ist zu beachten, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen durch die Erteilung einer Genehmigung nicht zu einer besonderen Tätigkeit verpflichtet werden. Eine derartige Verpflichtung macht aber das Wesen der Betrauung aus, weil eine Betrauung nicht in einer abstrakt-generellen Verhaltenspflicht von Unternehmen liegen kann, die sich in einer bestimmten Situation befinden.¹⁶¹ Auch die Einräumung einer besonderen bevorrechtigten Stellung ist nicht mit der Erteilung einer Genehmigung verbunden, wenn ein allgemeiner Genehmigungsanspruch besteht.¹⁶² Aus diesen Gründen würde selbst der EuGH bei der Erteilung einer Genehmigung nach § 3 Abs. 1 EnWG nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Betrauung vorliegt. In der „*Almelo*“-Entscheidung hatte der EuGH zudem gerade auf die Erteilung einer Konzession an ein bestimmtes einzelnes Unternehmen, nicht aber auf einen abstrakten gesetzlichen Genehmigungsanspruch abgestellt.¹⁶³ Im übrigen haben die meisten etablierten Elektrizitätsversorger eine Versorgung bereits vor Inkrafttreten des Genehmigungserfordernisses durch den Erlass des EnWG von 1935 aufgenommen, so dass

¹⁵⁶ Anders *Hölzer*, S. 87 f, wonach ein Konzessionsvertrag, der eine Klausel enthält, die eine Versorgungspflicht auferlegt, eine Betrauung darstellen soll.

¹⁵⁷ Anders wohl *Hölzer*, S. 87.

¹⁵⁸ Urteil des EuGH vom 27.4.1994, Slg. 1994, I-1477, 1520 f. „*Almelo*“.

¹⁵⁹ *Emmerich*, FS für v. Gamm, S. 581, 588 f; *Zinow*, S. 168; *Metzenthin*, in: WRP 1989, 217, 219: Eine Genehmigung wird bei einer großen Zahl von Elektrizitätsversorger sowieso nicht vorliegen, weil sie die Versorgung vor dem Inkrafttreten des EnWG aufgenommen haben.

¹⁶⁰ § 3 Abs. 2 EnWG bestimmt, in welchen Fällen von dem Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung nach § 3 Abs. 1 EnWG eine Ausnahme gemacht werden darf.

¹⁶¹ *Schaub/Dohms*, in: Die AG 1998, S. 566, 568.

¹⁶² *Britz*, S. 187 mit Verweis auf die Betrauungsdefinition von *Mestmäcker*, in: *RabelsZ* 52 (1988), S. 526, 561.

¹⁶³ Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477, 1501, Tz. 139 ff. „*Almelo*“.

für sie die Erteilung einer Genehmigung überhaupt nicht erforderlich war.¹⁶⁴ Eine Genehmigung nach § 3 Abs. 1 EnWG¹⁶⁵ erfüllt nicht die Kriterien einer Betrauung.¹⁶⁶

c) Genehmigung und Kontrahierungszwang

Etwas anderes könnte allerdings gelten, wenn im Anschluss an die Genehmigung eine Anschluss- und Versorgungspflicht der Elektrizitätsversorger besteht. § 10 EnWG statuiert ebenso wie die Fassung des § 6 EnWG (1935) eine Anschluss- und Versorgungspflicht für Elektrizitätsversorger, die eine allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern¹⁶⁷ durchführen. Eine Betrauung durch § 10 EnWG käme allerdings nur für jene Elektrizitätsversorger in Betracht, die eine Endversorgung betreiben. Da nahezu alle deutschen Energieversorger vertikal integriert sind, betreiben sie alle eine Versorgung von Letztverbrauchern. Die Versorgungspflicht, die nur gegenüber Tarifabnehmern besteht, knüpft jedoch nicht unmittelbar an die Erteilung einer Genehmigung an, sondern besteht nur dann, wenn der Genehmigungsinhaber von seiner Genehmigung Gebrauch macht. Denn § 10 EnWG schließt nicht an die Existenz einer Genehmigung zur Versorgung, sondern an ein tatsächliches Verhalten der Elektrizitätsversorger, nämlich die Durchführung der Elektrizitätsversorgung von Letztverbrauchern an. Notwendig ist demgemäß ein wesentlicher Zwischenschritt, der die Unmittelbarkeit der Kausalität zwischen Genehmigung und Anschluss- und Versorgungspflicht unterbricht.¹⁶⁸

Auch isoliert betrachtet erfüllt die Anschluss- und Versorgungspflicht die an eine Betrauung gestellten Anforderungen nicht. Sie enthält keine konkret-individuelle Regelung, die einem bestimmten Unternehmen besondere Rechte und Pflichten gewährt.¹⁶⁹ Zudem ist nach Inkrafttreten der Energierechtsreform ohnehin fraglich, inwieweit der Eintritt von Wettbewerbern in das Gebiet des Letztverbraucher versorgenden Elektrizitätsversorger einer Verpflichtung zum Anschluss und zur Versorgung entgegensteht. Eine Betrauung liegt daher auch nicht in der Verpflichtung nach § 10 EnWG.¹⁷⁰

d) Zwischenergebnis

Eine Betrauung deutscher Elektrizitätsversorgungsunternehmen liegt nach der Reform des Energiewirtschaftsrechts nicht mehr vor.

¹⁶⁴ *Metzenthin*, in: WRP 1989, S. 217, 219; *Niederleithinger*, *EWG-Binnenmarkt*, S. 63, 75; *Britz*, S. 188.

¹⁶⁵ Gleiches gilt für die Erteilung einer Genehmigung nach § 5 Abs. 1 EnWG a.F..

¹⁶⁶ Im Ergebnis ebenso: *Ebel*, in: EWS 1994, S. 241, 242; *Dohms*, in: *Wiedemann*, § 35, Rdnr. 301; *Immenga/Mestmäcker*, *EG-Wettbewerbsrecht II*, Art. 37, 90 D Art. 90 Abs. 2, Rdnr. 31f; *Schaub/Dohms*, *Die AG 1998*, S. 566, 568 f; *Everling*, *EWG-Binnenmarkt*, S. 132, 152; *Niederleithinger*, *EWG-Binnenmarkt*, S. 63, 75 f;

¹⁶⁷ Der Kontrahierungszwang nach § 10 EnWG besteht nicht uneingeschränkt, sondern nur gegenüber Tarifkunden, nicht aber gegenüber Sonderabnehmer. Gleichwohl dürfte sich auch gegenüber Sonderabnehmern ein Kontrahierungszwang der Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus § 826 BGB ergeben.

¹⁶⁸ Anders wohl *Lukes*, in: EWS 1999, S. 441, 446, der annimmt, dass die deutschen Elektrizitätsversorger wegen des Genehmigungserfordernisses nach § 3 EnWG und der allgemeinen Anschluss- und Versorgungsverpflichtung nach § 10 EnWG betraut worden sind. Eine Verhinderung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG soll allerdings grundsätzlich nicht vorliegen.

¹⁶⁹ *Schaub/Dohms*, in: *Die AG 1998*, S. 566, 568.

¹⁷⁰ Ebenso *Hochbaum*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 90, Rdnr. 85; *Schaub/Dohms*, in: *Die AG 1998*, S. 566, 569; *Niederleithinger*, in: *EWG-Binnenmarkt*, S. 63, 77; Im Ergebnis offengelassen von *Lukes*, in: *DB 1987*, S. 1925, 1927; *Everling*, in: *EWG-Binnenmarkt*, S. 132, 152; *Ritter*, in: *Atomstrom*, S. 45, 50; *Markert*, in: *Atomstrom*, S. 75, 81 f; *Markert*, in: *ZNER 1998*, Heft 4, S. 3, 4.

4. Abwägungsregelung des Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG

Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine Betrauung allein nicht ausreichend für eine privilegierende Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG wäre. Würde man - wie etwa *Lukes*¹⁷¹ - aus der Anschluss- und Versorgungspflicht nach § 10 EnWG den Schluss ziehen, dass nach wie vor eine Betrauung vorliegt, müsste nach dem Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG zusätzlich geprüft werden, ob die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Erfüllung der übertragenen Aufgabe, d.h. der Elektrizitätsversorgung zu einheitlichen Tarifen und Bedingungen, tatsächlich oder rechtlich verhindert.

Verhindern ist nicht gleichzusetzen mit Erschweren.¹⁷² Wegen des Ausnahmecharakters des Art. 86 Abs. 2 EG muss das Tatbestandsmerkmal des „Verhinderns“ eng ausgelegt werden. Die Kommission geht deshalb nur dann von einem „Verhindern“ der Aufgabenerfüllung aus, wenn das Unternehmen die übertragene Aufgabe ohne die Wettbewerbsbeschränkung technisch und/oder wirtschaftlich nicht erfüllen kann.¹⁷³ Auf die Wirtschaftlichkeitsbeurteilung hat auch der EuGH in der „*Corbeau*“-Entscheidung hingewiesen, in der er feststellte, dass Art. 86 Abs. 2 EG eine Abwägung erfordere, ob eine Wettbewerbsbeschränkung oder sogar ein Wettbewerbsausschluss notwendig sei, um dem Inhaber die Erfüllung der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.¹⁷⁴

Was der EuGH unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen versteht, zeigt die „*Almelo*“-Entscheidung etwas deutlicher, in der der EuGH im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des „Verhinderns“ ebenfalls auf die Erforderlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten abstellt und konstatiert, dass Wettbewerbsbeschränkungen dann zulässig sein sollen, wenn die Kosten und die den Unternehmen obliegenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zur Realisierung der übertragenen Aufgabe die Beschränkung notwendig machen.¹⁷⁵ Ob die wirtschaftliche Existenz des Elektrizitätsversorgers bedroht sein muss, entschied der EuGH nicht; er bezog zum Ausmaß der Beeinträchtigung keine Stellung.¹⁷⁶ Den Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit greifen auch die Energieurteile des EuGH auf.¹⁷⁷ In den in Rede stehenden Entscheidungen hebt der EuGH ausdrücklich hervor, dass bereits eine Gefährdung der Erfüllung der besonderen Verpflichtungen ausreiche - eine Existenzbedrohung des Unternehmens für eine Privilegierung nach Art. 86 Abs. 2 EG dagegen nicht erforderlich sei.¹⁷⁸

Ob diese Interpretation mit dem Ausnahmecharakter des Art. 86 Abs. 2 EG harmonisiert, der explizit eine Verhinderung der übertragenen Aufgabe verlangt, erscheint fraglich. Vom Wortsinn entspricht eine bloße Gefährdung gerade nicht dem weitergehenden Eintritt einer Verhinderung. Die Gefährdung kann eine Verhinderung der Tätigkeit zur Folge haben, diese

¹⁷¹ *Lukes*, in: EWS 1999, S. 441, 446.

¹⁷² *Hochbaum*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 90, Rdnr. 63; *Lukes*, in: EWS 1999, S. 441, 446.

¹⁷³ Kommission vom 17.12.1981, Abl. L 167, S. 39, 48 „*Nawewa-Anseau*“.

¹⁷⁴ Urteil des EuGH vom 19.05.1993, Rs. C-320/91, Slg. 1993 I-2533, 2569, Tz. 16 „*Corbeau*“.

¹⁷⁵ Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477, 1521, Tz. 49 „*Almelo*“.

¹⁷⁶ Urteil des EuGH vom 27.4.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477, 1521, Tz. 50 „*Almelo*“.

¹⁷⁷ Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699 ff. „*Kommission/Niederlande*“; Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789 ff. „*Kommission/Italien*“; Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 ff. „*Kommission/Frankreich*“; Urteil des EuGH vom 23.10.1997, Rs. C-160/94, 1997 I-5851 ff. „*Kommission/Spainien*“.

¹⁷⁸ So beispielsweise im Urteil des EuGH 23.10.1997, Slg. 1997 I, S. 5815, 5835, Tz. 59, S. 5843, Tz. 95 „*Kommission/Frankreich*“.

tritt aber nicht zwangsläufig im Anschluss an eine Gefährdung ein. Auch das Ausmaß der Gefährdung macht hierbei keinen wesentlichen Unterschied.¹⁷⁹ Allerdings fragt der EuGH bereits in der „*Corbeau*“-Entscheidung danach, ob die Erfüllung der übertragenen Aufgaben unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen verhindert wird¹⁸⁰, so dass es sich bei der neuen Rechtsprechung nicht um einen Paradigmenwechsel handelt.¹⁸¹ Denn selbst wenn die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften den Betrieb unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen verhindert, folgt daraus nicht zwangsläufig, dass die Aufgabenerfüllung an sich verhindert wird.¹⁸² Sie kann zwar erheblichen Risiken ausgesetzt sein. Ein erhebliches Risiko, die Aufgabe zu erfüllen, kann allerdings nur dann unter das Tatbestandsmerkmal der Verhinderung subsumiert werden, wenn sehr wahrscheinlich ist, dass die Verhinderung in naher Zukunft droht. Deswegen sollte bei Vorliegen einer erheblichen Gefahr zusätzlich eine Prognose für die Zukunft angestellt werden. Ergibt diese, dass die Aufgabenerfüllung mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit die Versorgung der Abnehmer zu einheitlichen Tarifen und Bedingungen bedroht, kann ein Verhindern bereits bei Vorliegen einer erheblichen Gefahr bejaht werden. Denn bei dieser Sachlage wäre es nicht besonders sinnvoll, zunächst den Eintritt einer Verhinderung abwarten zu müssen.

In der Literatur wird vertreten, dass sich insbesondere vor dem Hintergrund des europarechtlich für die Elektrizitätswirtschaft verankerten Wettbewerbsprinzips ein Widerspruch zwischen der Versorgungsaufgabe einerseits und den kartellrechtlichen Regelungen des EGV nicht begründen lasse.¹⁸³ Dies gelte ebenfalls für den deutschen Gesetzgeber, der davon ausgehe, dass eine sichere und preiswürdige Energieversorgung auch mittels Wettbewerb erreicht werden könne.¹⁸⁴ Ferner wird darauf verwiesen, dass sich aus dem Ziel der Richtlinie Elektrizität, Marktzutrittschranken abzubauen, zwingend ergebe, dass eine Verhinderung nicht vorliege oder jedenfalls die Tolerierung von Wettbewerbsbeschränkungen dem Gemeinschaftsinteresse in besonders gravierender Weise widerspreche.¹⁸⁵ Die Sichtweisen des deutschen und europäischen Gesetzgebers können zwar als Indiz dafür gewertet werden, dass beide offenbar nicht von einer Verhinderung einer Elektrizitätsversorgung zu bezahlbaren, einheitlichen Tarifen und Bedingungen ausgingen, ausgeschlossen wird eine Verhinderung dadurch allerdings nicht.

Als Gefahr für eine Versorgung zu angemessenen Preisen wird im wesentlichen das sog. Rosinenpicken neuer Wettbewerber genannt.¹⁸⁶ Darunter wird ein Verlust von lukrativen Sondervertragskunden und Abnehmergebieten mit günstiger Kostenstruktur verstanden.¹⁸⁷ Ein Unternehmen, das auf diese Art Kunden verliert, muss seine Fixkosten auf die verbleibenden Abnehmer abwälzen. Die Leidtragenden sind in diesem Falle diejenigen, die wegen ihrer geringen Nachfragekapazitäten als Kunden nicht interessant sind - also die normalen Haushaltskunden in ungünstig gelegenen Abnehmergebieten.¹⁸⁸ Diese Kunden

¹⁷⁹ Nach *Ehricke*, in: *EuZW* 1998, S. 741, 745; *Kapp*, in: *Frankfurter Kommentar-EG-Kartellrecht*, Art. 86 EG, Tz. 132 stellt der EuGH mittelbar auf das erhebliche Ausmaß der Gefährdung ab.

¹⁸⁰ *Kapp*, in: *Frankfurter Kommentar-EG-Kartellrecht*, Art. 86 EG, Tz. 132.

¹⁸¹ So aber *Ehricke*, in: *EuZW* 1998, S. 741, 745.

¹⁸² Ähnlich *Kapp*, in: *Frankfurter Kommentar*, Art. 86, Rdnr. 132.

¹⁸³ *Büdenbender*, in: *Schwerpunkte*, S. 202, Rdnr. 472.

¹⁸⁴ *Büdenbender*, in: *Schwerpunkte*, S. 202, Rdnr. 472.

¹⁸⁵ *Markert*, in: *ZNER* 1998, S. Heft 4, S. 3, 6.

¹⁸⁶ *Baur*, in: *Energieversorgungsmonopole*, S. 91 f.

¹⁸⁷ *Rinne*, S. 139 f.

¹⁸⁸ *Baur*, *Aktuelle Probleme des Energierechts*, S. 77, 91.

müssen bei einem reduzierten Anteil an lukrativen Kunden höhere Strompreise zahlen, so dass eine Versorgung zu angemessenen Preisen unter Umständen verhindert sein kann. *Markert* hat hervorgehoben, dass der Verlust von Sonderabnehmern mit einem Anteil von weniger als 10 % des Absatzvolumens noch nicht geeignet erscheine, die Erfüllung der Versorgungsaufgabe zu verhindern.¹⁸⁹ Darauf hat *Rinne* jedoch zutreffend erwidert, dass es für die Frage nach der Verhinderung der Versorgungsaufgabe nicht auf eine auf das Absatzvolumen gerichtete Prozentgröße ankommen könne, sondern sich am jeweiligen Einzelfall zu orientieren habe.¹⁹⁰ Denn der Verlust eines Sonderabnehmers kann je nach Leistungsstärke des Unternehmens und strukturellen Gegebenheiten des Versorgungsgebietes unterschiedlich sein.¹⁹¹ Die derzeitige Preissituation auf dem Elektrizitätsmarkt lässt einen Preisanstieg für Haushaltskunden bisher allerdings nicht erkennen. Die Strompreise sind bis zum Ende des Jahres 2001 - abgesehen von der Erhöhung durch die 1999 eingeführte und am 01.01.2000 erhöhte Ökosteuer - nicht nur für Sonderabnehmer, sondern auch für Tarifabnehmer gesunken.¹⁹² Die künftige Entwicklung der Strompreise, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden. Es wird aber damit gerechnet, dass die Strompreise voraussichtlich auch in den nächsten Jahren weiter sinken und bei Haushaltskunden bis zum Jahr 2005 ein realer Preisrückgang von etwa 10 % eintritt.¹⁹³

Der ferner erhobene Einwand, dass mit Wettbewerb nur ein geringer finanzieller Spielraum für längerfristige Investitionen verbleibe und deshalb die Versorgung der Allgemeinheit nicht mehr gewährleistet sei, wäre eine verfrühte Vermutung.¹⁹⁴ Investitionskosten in das Elektrizitätsnetz können bei der Ermittlung des Durchleitungsentgelts berücksichtigt werden, so dass Unternehmen nicht aus Angst vor Kundenverlusten auf Investitionen verzichten müssen.

In der Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge unterstreicht auch die Kommission, dass es grundsätzlich keinen Widerspruch zwischen der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge und der Anwendung der Wettbewerbsregeln gibt.¹⁹⁵ Letztlich obläge es dem sich auf Art. 86 Abs. 2 EG berufenden Unternehmen, den hierfür notwendigen Beweis zu erbringen. Dies dürfte nur in den seltensten Fällen gelingen. Im übrigen wäre bei einer Verhinderung der Aufgabenerfüllung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zunächst die Frage nach dem mildesten Mittel zu stellen. Gegenüber dem Ausschluss anderer Elektrizitätslieferanten wäre deshalb eine Beteiligung aller Wettbewerber an den Lasten einer angemessenen Versorgung aller Abnehmer etwa durch eine Mitübernahme von Pflichten oder gemeinsame Finanzierung der auferlegten Pflichten durch alle Wettbewerber ein weniger einschneidendes Mittel, so dass es insoweit der Betrauung eines Einzelnen gar nicht bedürfte.¹⁹⁶

¹⁸⁹ *Markert*, BBW 2, 75, 85.

¹⁹⁰ *Rinne*, S. 141.

¹⁹¹ *Rinne*, S. 141.

¹⁹² *Haupt/Pfaffenberger*, S. 2.

¹⁹³ *Haupt/Pfaffenberger*, S. 2.

¹⁹⁴ *Steeg*, ET 1999, S. 118, 119, die zudem auf die neuen technologischen Entwicklungen verweist, denen weitere Neuerungen folgen mögen.

¹⁹⁵ Pkt. 19 der Mitteilung der Kommission - Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Abl. C 281 vom 26.9.1996, KOM(96) 443 und Bull. 9-1996.

¹⁹⁶ *Langenheine*, S. 10.

5. Zwischenergebnis:

Eine Betrauung nach Art. 86 Abs. 2 EG liegt nicht vor. Selbst, wenn man eine Betrauung annähme, würde die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des EGV nicht zu einer Verhinderung der Erfüllung der übertragenen Aufgabe führen.

D. Zur Beurteilung nach Art. 81 Abs. 1 EG

Ziel des EG-Wettbewerbsrechts ist es, die Integration der mitgliedstaatlichen Märkte zu einem gemeinsamen Binnenmarkt zu ermöglichen und zu fördern. Der Binnenmarkt soll einen Raum ohne Binnengrenzen umfassen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen und Dienstleistungen gewährleistet ist. Diese Zielsetzung haben das Europäische Parlament und der Europäische Rat in den Erwägungsgründen zur Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie auch für den Elektrizitätsmarkt in der Europäischen Gemeinschaft nachdrücklich betont.¹⁹⁷ Zur Verwirklichung dieses Ziels dient auch Art. 81 Abs. 1 EG.¹⁹⁸ Hiernach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, wenn sie geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Während das Vorliegen einer Vereinbarung zwischen Unternehmen bei den Klauseln nach dem bereits erörterten Unternehmensbegriff des EG-Wettbewerbsrechts außer Frage steht, werfen insbesondere die Tatbestandsmerkmale der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs und der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erhebliche Probleme auf und geben in Literatur und Rechtsprechung Anlass zur Diskussion.

Bei der nachfolgenden Prüfung wird zunächst dargestellt, dass vor dem Hintergrund der neuen "Schirm-GVO" eine Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen erforderlich ist. Daran anschließend wird erörtert, ob innerhalb vertikaler Vereinbarungen eine Differenzierung zwischen vertikalen und horizontalen Beschränkungen erforderlich ist und wie diese zu erfolgen hat. Schließlich wird geprüft, ob die verschiedenen Klauseln den Wettbewerb beschränken.

Bei der Frage, ob innerstaatliche Elektrizitätslieferverträge geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, werden zunächst die Anforderungen der Rechtsprechung und der Kommission an dieses Tatbestandsmerkmal dargestellt. Schließlich wird im Rahmen einer Stellungnahme eine an die Integrationszielrichtung des EG-Rechts angelehnte Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel vorgenommen.

I. Horizontale und vertikale Vereinbarungen - Gesamtbetrachtung der Vertragsbeziehung

Art. 81 Abs. 1 EG schützt jede Form des Wettbewerbs. Er schützt die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Vertragsparteien und insbesondere auch die Wettbewerbspositionen von Unternehmen, die nicht unmittelbar an dem zu prüfenden Vertragsverhältnis beteiligt sind.¹⁹⁹ Erfasst sind auch Absprachen, die zwischen Unternehmen getroffen werden, die ausschließlich auf verschiedenen Wirtschaftsstufen tätig sind und nicht miteinander im Wettbewerb stehen.²⁰⁰ Art. 81 Abs. 1 EG differenziert nicht zwischen horizontalen und

¹⁹⁷ Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 19.12.1996, Abl. vom 30.01.1997, Nr. L27/20.

¹⁹⁸ Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 19.12.1996, Abl. vom 30.01.1997, Nr. L27/20.

¹⁹⁹ Str.; für den Schutz Dritter: dagegen haben sich ausgesprochen, *Mailänder*, in: *GK*, Art. 85, Rdnr. 25; *Gleiss/Hirsch*, Art. 85, Rdnr. 136.

²⁰⁰ Urteil des EuGH vom 13.07.1966, Rs. 32/65; Slg. 1966, S. 457, 485 "Italien/Rat und Kommission"; Urteil des EuGH vom 13.07.1966, Rs. 56 u.58/64, Slg. 1966; S. 321, 386 ff. „Consten/Grundig“; Urteil des EuGH vom 24.10.1995, Rs. C 70/93, Slg. 1995 I-3439, 3467 „Bayerische Motorenwerke“; Urteil des EuGH vom

vertikalen Absprachen.²⁰¹ Die Unterscheidung wird jedoch relevant, wenn die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels beurteilt werden müssen. Denn die Kommission trennt in der 1997 erlassenen Bagatellbekanntmachung²⁰² bei der Spürbarkeitsprüfung zwischen horizontalen, vertikalen und horizontal/vertikalen Vereinbarungen und stellt an die Unwirksamkeit vertikaler Vereinbarungen höhere Anforderungen.²⁰³ Darüber hinaus ist die Unterscheidung insbesondere auch für die Frage bedeutsam, ob die Leitlinien für vertikale Vereinbarungen und die neuen Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen²⁰⁴ eingreifen, die - wie festzustellen sein wird - auch eine Leitbildfunktion für den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG haben. Die Leitlinien und die "Schirm-GVO" greifen aber nur bei vertikalen, nicht jedoch bei horizontalen Vereinbarungen ein.

1. Anwendbarkeit der Leitlinien für vertikale Vereinbarungen "Schirm-GVO" auf Elektrizitätslieferverträge

Da die hier vorliegende Untersuchung sich auch auf die Frage bezieht, inwieweit die "Schirm-GVO" und die Leitlinien für vertikale Vereinbarungen als Interpretationshilfen für den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG herangezogen werden können, soll zunächst deren Anwendung auf Elektrizitätslieferverträge erörtert werden.

Die "Schirm-GVO" und die Leitlinien betreffen Vereinbarungen beim Kauf, Verkauf oder Bezug von Waren und Dienstleistungen.²⁰⁵ Da Dienstleistungen und Waren gleichermaßen erfasst werden, ist der Streit, ob Elektrizität eine Ware ist, insoweit bedeutungslos.²⁰⁶

Nicht geklärt ist jedoch, ob eine Anwendung der "Schirm-GVO" und der Leitlinien für vertikale Vereinbarungen auf Elektrizitätslieferverträge mit dem Regelungsziel der Freistellungsverordnung vereinbar ist.²⁰⁷ Denn die Kommission begründet die Freistellung vertikaler Vereinbarungen mit bestimmten Vorteilen, zu denen diese beitragen sollen. Diese Vorteile vertikaler Vereinbarungen sieht die Kommission vor allem darin, dass diese die Vertriebsorganisation des Herstellers regeln können, dem Schutz und/oder der Etablierung einer Marke dienen, Werbeaufwendungen von Händlern gegen die Ausnutzung durch

24.10.1995, Rs. C 266/95, Slg. 1995, I-3477, 3516 Tz. 17 "Volkswagen und VAG Leasing"; Urteil des EuGH vom 28.04.1998, Rs. C 306/96, Slg. 1995, I-3477, 3516 „Javico“.

²⁰¹ Schwintowski, in: DB 1993, S. 2417, 2418; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81, Rdnr. 37; Rohardt, in: WuW 1997, S. 473, 481 f.

²⁰² Bekanntmachung der Kommission vom 9. Dezember 1997 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen (Bagatellbekanntmachung), Abl. 1997 Nr. C 372/13.

²⁰³ Siehe Bagatellbekanntmachung, Ziff. II, 9, Abl. 1997 Nr. C 372/13.

²⁰⁴ Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 336/21 vom 29.12.1999.

²⁰⁵ Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 336/21 vom 29.12.1999.

²⁰⁶ Seit der „Almelo“-Entscheidung (Fn.163) dürfte dieser Streit allerdings geklärt sein, denn dort hatte der EuGH erklärt, dass Elektrizität eine Ware i.S.d. EG-Vertrages und die GVO Nr. 1984/83 grundsätzlich anwendbar ist.

²⁰⁷ Dagegen: Lukes, in EWS 1999, S. 441, 445; dafür: Büdenbender, ET 2000, S. 355, 379; Raabe, in: ET 2000, S. 770, 775; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81, Rdnr. 503; Säcker/Jaecks, S. 14 (allerdings mit Ausnahmen, siehe S.112 f); offengelassen von Klaue, in: BB 2000, Beilage 6 zu Heft 20, S. 20 ff. Für die Vorgänger GVO 1983/83 und 1984/83 ist dies insbesondere von Köhler, in: WuW 1999, S. 445 bestritten worden.

Trittbrettfahrer schützen und Investitionen des Lieferanten in die Ausstattung des Händlers sichern können.²⁰⁸ Ob diese aufgezählten Freistellungsmotive auch im Verhältnis zwischen Lieferanten und Weiterverteiler relevant werden, ist fraglich und soll im folgenden überprüft werden.

Wie schon benannt, liegt einer der Freistellungsgründe vertikaler Vereinbarungen darin, dass diese Investitionen in kundenspezifische Maßnahmen sichern können.²⁰⁹ Anerkannt werden solche Investitionen von der Kommission indes grundsätzlich nur, wenn sie vertragspezifisch sind - der Lieferant sie also nach Vertragsablauf nicht zur Belieferung anderer Kunden nutzen und sie nur mit großem Verlust an Dritte weiterverkaufen kann.²¹⁰ Die Investitionen müssen ausschließlich an den Händler gebunden sein. Der Lieferant investiert zwar in den Erhalt und den Ausbau der Elektrizitätsnetze. Diese Investitionen sind jedoch gerade nicht vertragspezifisch. Denn in der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität ist ausdrücklich geregelt, dass integrierte Netzbetreiber getrennte Konten für Erzeugungs-, Übertragungs- und Verteilungsaktivitäten zu führen haben und zwar so, als ob diese Tätigkeiten von separaten Firmen ausgeführt werden.²¹¹ Kosten, die durch den Netzbetrieb oder die Netzerhaltung entstehen, sollen also so behandelt werden, als ob sie mit der Lieferung selbst nichts zu tun haben. Ausbau- und Erhaltungskosten des Elektrizitätsnetzes können durch Netznutzungsgebühren bei der Durchleitung berücksichtigt werden. Andere Investitionen finden in der Regel im Verhältnis Lieferant Weiterverteiler nicht statt. Das Problem der vertragspezifischen Investitionen stellt sich bei Elektrizitätslieferverträgen zwischen Vorlieferanten und Weiterverteilern daher nur dann, wenn der Lieferant den Netzausbau eines Kundengebietes vorgenommen hat, dass andere Stromanbieter nicht beliefern wollen. Eine generelle Anerkennung von Amortisationsinteressen gibt es dagegen nicht.

Ein weiterer Freistellungsgrund für vertikale Vereinbarungen ist darin zu sehen, dass sie eine wirtschaftliche Organisation des Warenvertriebs ermöglichen sollen, indem die Zahl der Vertriebsstellen gelenkt werden kann und so die Vertriebskosten gesenkt werden können.²¹²

Dies trifft etwa auf Absatzmittler wie Vertragshändler, Franchisenehmer, Handelsvertreter und Kommissionäre zu. In diesen Fällen erfolgt die Absatzorganisation regelmäßig auf der Basis von *Vertragshändler-Verträgen*.²¹³ Der Vertragshändler ist in die Vertriebsorganisation des Herstellers eingegliedert. Er übernimmt es durch Vertrag mit dem Hersteller, ständig im eigenen oder fremdem Namen und auf eigene oder fremde Rechnung die Vertragswaren im Vertragsgebiet zu vertreiben und ihren Absatz zu fördern und im Geschäftsverkehr das Herstellerzeichen neben der eigenen Firma herauszustellen.²¹⁴ Das Verhältnis zwischen Lieferant und Händler ist dabei auf mehr als nur auf den Austausch von Waren gerichtet. Der Vertragshändler ist verpflichtet, sich für den Warenabsatz und für die Marke einzusetzen und Kunden für die Marke des Herstellers zu gewinnen.²¹⁵ Bei einem Markenprodukt besteht ein schützenswertes Interesse an einer Bezugsbindung in der Übernahme der Kundenpflege durch den Abnehmer, weil dieser mit seiner Einsetzung den Kundenkontakt für den Lieferanten übernimmt und der Produzent deshalb sicher sein muss, dass sich der Abnehmer bei seinen

²⁰⁸ *Schröter*, in: Die Anwendung des Art. 81 EG, S. 29, *Schwintowski*, in: FS für Sandrock, S. 901, 911 f.

²⁰⁹ Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Abl. 2000, C 291/1, Rdnr. 116.

²¹⁰ Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Abl. 2000, C 291/1, Rdnr. 116

²¹¹ Art. 14 Abs. 3 der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität.

²¹² *Fuchs*, in: Entwicklungen im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, S. 95, 102.

²¹³ *Haase*, S. 18; *Säcker/Jaecks*, S. 17 (bisher unveröffentlicht).

²¹⁴ *Ulmer*, S. 206.

²¹⁵ *Karsten Schmidt*, in: Handelsrecht, § 28 II 2.

Verkaufsbemühungen auf die Erzeugnisse des Lieferanten konzentriert.²¹⁶ Der Einsetzung eines Markenwaren-Händlers geht zumeist sogar eine entsprechende Produktschulung voraus.²¹⁷ Absatzbindungen können aber auch aufgrund der besonderen Leistungen des Lieferanten wie etwa Produktentwicklung und Imagepflege erforderlich sein.²¹⁸ Die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung - in Vertragshändlersystemen zumeist als Alleinbezugsabrede bezeichnet - soll diesen Einsatz gewährleisten.²¹⁹ Durch seinen so gesicherten ausschließlichen Bemühungen für das Produkt des Lieferanten fördert der Vertragshändler dessen Marktchancen.²²⁰ Im Gegenzug muss der Händler vor sog. Trittbrettfahrern - also solchen Händlern oder auch Herstellern, die - ohne gleichen Einsatz zu erbringen - von der Produktpflege und der Werbung des Vertragshändlers profitieren - geschützt werden.

Das Verhältnis eines Weiterverteilers von Elektrizität und seinem Lieferanten unterscheidet sich von dieser Form einer Vertriebspartnerschaft. Insbesondere baut der Weiterverteiler keinen Kundenstamm für den Vertrieb von Waren des Vorlieferanten auf.²²¹ Die Unternehmen, an die die weiterverteilenden Abnehmer ihren Strom verteilen, liefern den Strom an Endabnehmer nicht in der Funktion eines weiterverteilenden Unternehmens, das sich (zumindest auch) als ein verlängerter Arm des jeweiligen Verbund- oder Regionalversorgungsunternehmens darstellt. Im Gegenteil: Sie liefern den Strom aus der Sicht des Endabnehmers als ihren eigenen Strom. Stadtwerke und Regionalversorgungsunternehmen sind für den Abnehmer mehr als bloße Verkäufer des von Dritten bezogenen Stroms. In der Regel wissen die Abnehmer nicht einmal, dass der von ihnen bezogene Strom nicht von ihrem (Stadtwerks- oder Regionalversorgungs-)Lieferanten produziert wurde, weil diese Information für sie regelmäßig unerheblich ist.²²² Der Endabnehmer kauft nicht den Strom mit einem bestimmten Namen von dem weiterverteilenden Stadtwerk. Soweit ein Energieversorger für seinen Strom wirbt, dient dies dem Ziel des Direktbezugs und nicht des Bezugs über weiterverteilende Unternehmen.²²³ Weiterverteiler stellen den Namen des Lieferanten nicht neben der eigenen Firma aus. Sie sind keine Handelsvertreter, Franchisenehmer oder Kommissionäre.

Im übrigen haben die Vorlieferanten sich auch nicht selbst ein Vertriebsnetz aufgebaut. Denn die vertikal gegliederte Elektrizitätsversorgungsstruktur ist historisch bedingt. Nach der Einführung des Wechselstroms gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurden zunächst in größeren Städten Versorgungsunternehmen gegründet, die durch die Städte zur Versorgung des Gemeindegebietes konzessioniert waren oder von den Städten selbst betrieben wurden.²²⁴ Es gab also zunächst nur Stadtwerke. Erst die voranschreitende technische Entwicklung führte

²¹⁶ *Ebel*, in: WuW 1998, S. 444, 448; *Lückenbach*, in: RdE 2000, S. 101, 106; *Köhler*, in: WuW 1999, S. 445, 446 f.

²¹⁷ *Piltz*, in: RdE 1999, S. 60, 62.

²¹⁸ *Büdenbender*, in: *Schwerpunkte*, S. 186, Rdnr. 427.

²¹⁹ *Schwintowski*, in: *Erdgasmärkte*, S. 90.

²²⁰ *Säcker/Jaecks*, S. 17 (bisher unveröffentlicht).

²²¹ *Köhler*, in: WuW 1999, S. 445, 446; *Baur*, in: FS für Sandrock, S. 35, 39; *Markert*, in: FS für Büttner, S. 137, 146.

²²² Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98, S. 6, RdE 1999, S. 159, 160.

²²³ Daher ist auch die von *Saecker/Jaecks*, S. 14 vorgebrachte Markenbildung auf dem Strommarkt ("Yello", "Avanza", "Eon-Power" etc.) ohne Relevanz. Anderer Ansicht ist offenbar auch *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145, 2149, der von einer Strukturveränderung in der Energiewirtschaft spricht, weil auch der Strombezug vom Image des Versorgers und dem Kundenservice abhängt.

²²⁴ *Kehrberg*, S. 17.

zur Entstehung von Großerzeugungsanlagen, die die zuvor von den Städten und Gemeinden erschlossenen Gebiete zu niedrigeren Kosten versorgen konnten. Nachdem schließlich die Kommunen in vielen Fällen auf die Weiterentwicklung und Überholung ihrer eigenen Erzeugungsanlagen verzichteten, begannen sie damit, den Strom von den Großerzeugungsanlagen zu kaufen, um ihn dann über ihr Verteilungsnetz an die Abnehmer weiterzuleiten.²²⁵ Die vertikale Vertriebsorganisation wurde also von unten nach oben aufgebaut. Sie ist die Konsequenz der historischen und technischen Entwicklungen in der Elektrizitätswirtschaft.

Der Lieferant beeinflusst zudem nicht die Qualität des Vertriebs und die Qualifikation des Weiterverteilers. Das *LG Mannheim* und das *LG Stuttgart* haben darüber hinaus aber auch betont, dass auch das Stadtwerk keine verkaufs- und imagefördernden Maßnahmen zugunsten des Lieferanten vornehme.²²⁶ Als Begründung führten sie an, dass es sich bei Elektrizität nicht um ein Markenprodukt, sondern um ein homogenes Massengut handele.²²⁷ Auf dem Elektrizitätsmarkt spielt die Herkunft des Stroms bislang nur eine untergeordnete Rolle. Strom bedarf keiner Individualwerbung.²²⁸ Weder Vorlieferant noch Weiterverteiler betreiben eine besondere Markenpflege. Der Abnehmer orientiert sich in der Regel ausschließlich am Preis, weil es ihm an anderen Differenzierungskriterien mangelt. Gekauft wird im Normalfall der billigste Strom.²²⁹

Auch Unternehmen, die eine massive Werbekampagne gestartet haben, werben in der Regel nicht mit besonderen Eigenschaften ihres Produktes, sondern mit einem günstigen Preis. Selbst der Slogan, der "BEWAG", "Kein Strom von der Stange, sondern Licht von der "BEWAG", lässt keine andere Deutung zu. Denn die "BEWAG" wirbt nicht mit einer höheren oder anderen Qualität ihres Stroms oder besonderen Leistungen neben der Elektrizitätslieferung. Die Notwendigkeit individueller Werbekampagnen mag sich in Zukunft im Zuge eines voranschreitenden Umweltbewusstseins im Energiesektor für die aus regenerativen oder anderen umweltschonenden Energieträgern wie etwa aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen gewonnene Elektrizität ändern. So planen etwa Umweltverbände, Strom aus regenerativen Energien mit besonderen Gütesiegeln auszuzeichnen, die garantieren sollen, dass die bezogene Elektrizität tatsächlich aus erneuerbaren Energien stammt.²³⁰ Bisher ist die Art der Elektrizitätsgewinnung allerdings regelmäßig kein kauf-auslösender Faktor. Ebenso sind Innovationen des Produkts "Elektrizität" nach heutigen Erkenntnissen nicht mehr möglich.²³¹ Entwicklungspotentiale bestehen nur noch im Bereich der Elektrizitätserzeugung wie etwa in der Kraftwerksauslastung, der sich nicht auf das Verhältnis Lieferant - Weiterverteiler niederschlägt, weil sich das Produkt "Elektrizität" nicht ändert. In Betracht zu ziehen wäre allerdings, dass das weiterverteilende EVU Werbung für den Erhalt regionaler Infrastruktur und Arbeitsplätze macht und insofern die Herkunft des Stroms anpreist.²³² Derartige Werbemaßnahmen beschränken sich allerdings auf die Kundenbeziehung zwischen

²²⁵ *Kehrberg*, S. 18.

²²⁶ Urteil des LG Mannheim, Az: 7 O 372/98 (Kart.), in: RdE 1999, S. 158; Urteil des LG Stuttgart vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00, S. 11 (bisher unveröffentlicht).

²²⁷ Siehe auch *Büdenbender*, in: *Schwerpunkte*, S. 187, Rdnr. 428.

²²⁸ *Piltz*, in: RdE 1999, S. 60, 62; *Markert*, in: ZNER 1998, Heft 4, S. 3, 7.

²²⁹ A.A.: *Büdenbender*, *Schwerpunkte*, S. 187, Rdnr. 428.

²³⁰ *Süddeutsche Zeitung* vom 06. Juni. 2000, Umwelt, Wissenschaft, Technik, Der kleine Unterschied beim Strom, Seite V2/15.

²³¹ 13. Hauptgutachten der Monopolkommission, S. 69, Tz. 88.

²³² Auf diese Möglichkeit wies *Dr. Andreas Gahl* in seinem Vortrag vom 18.05.2000 am Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V. hin.

Stadtwerken und Endabnehmern, weil nur hier die Abnehmer ein Interesse an lokaler Wertförderung haben können.²³³ Insgesamt gibt es daher im Verhältnis Lieferant - Weiterverteiler keine markenbezogenen Besonderheiten, die sich von einem gewöhnlichen Lieferverhältnis unterscheiden.²³⁴

Büdenbender hält es allerdings für unerheblich, dass Elektrizität kein Markenprodukt, sondern ein homogenes Gut ist.²³⁵ Denn er schließt aus der Einbeziehung von Dienstleistungen auf den Verzicht von markenspezifischen Aspekten und folgert daraus die Anwendbarkeit der GVO auch auf Nicht-Markenwaren.²³⁶ Dass dies kein schlagendes Argument ist, zeigen bereits die Leitlinien selbst. Denn dort hebt die Kommission hervor, dass auch Dienstleistungen Markenprodukte sein können. Sie differenziert ausdrücklich zwischen Nichtmarkenwaren und Nichtmarkendienstleistungen auf der einen Seite und Markenwaren und Markendienstleistungen auf der anderen Seite - geht also selbst davon aus, dass es auch Markendienstleistungen gibt.²³⁷ In den Leitlinien erklärt die Kommission, dass die Unterscheidung zwischen Nichtmarkenwaren und -dienstleistungen und Markenwaren und -dienstleistungen regelmäßig mit der Unterscheidung von Zwischen- und Endprodukten gleichzusetzen sein dürfte.²³⁸ Bei Nichtmarkenwaren und -dienstleistungen soll es sich also im Normalfall um Zwischenprodukte handeln. Diese bezieht die Kommission in den Leitlinien mehrmals in den Anwendungsbereich der "Schirm-GVO" mit ein.²³⁹ So heißt es explizit: *"Vertikale Vereinbarungen können gleichermaßen in bezug auf Zwischen- und auf Endprodukte geschlossen werden. Wenn nichts anderes angegeben, beziehen sich die Befunde und Argumente in diesem Text auf sämtliche Arten von Waren und Dienstleistungen und alle Stufen des Handels."*²⁴⁰ Diese Einbeziehung von Zwischenprodukten zeigt, dass die Freistellung grundsätzlich auch bei Vertriebsbeschränkungen von Nichtmarkenprodukten gelten soll. Offen bleibt allerdings, ob bei Nichtmarkenprodukten einer der anderen, oben beschriebenen Freistellungsgründe eingreifen muss.

Baur meint, dass dies nicht notwendig sei.²⁴¹ Er ist der Ansicht, dass auch der Vertrieb eines homogenen Gutes eines vertraglichen Gerüsts bedürfe und verweist dabei insbesondere auf die Vergleichbarkeit des Elektrizitätshandels mit dem Mineralölhandel. In beiden Wirtschaftszweigen seien Vertriebsbindungen aus Gründen der Versorgungssicherheit erforderlich.²⁴² Ob das Argument der Versorgungssicherheit allerdings eine Anwendung rechtfertigen kann, erscheint fraglich. Denn die Sicherung der Energieversorgung ist ein typischer Anwendungsfall des Art. 86 Abs. 2 EG. Voraussetzung dieser speziellen Vorschrift ist aber eine Betrauung des Unternehmens.²⁴³ Dieses Erfordernis darf über Art. 81 Abs. 3 EG nicht ausgehebelt werden.

²³³ *Gahl*, vgl. Fn. 232.

²³⁴ So auch *Lohse*, S. 46 f, Fn. 87.

²³⁵ Unter Bezugnahme auf *Büdenbender* auch *Saecker/Jaecks*, S. 14.

²³⁶ *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359, 379.

²³⁷ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000, C 291/1, 5. Erwägungsgrund.

²³⁸ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000, C 291/1, 5. Erwägungsgrund.

²³⁹ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000, C 291/1, Tz. 96 i), 119.

²⁴⁰ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000, C 291/1, Tz. 2.

²⁴¹ *Baur*, in: RdE 2001, S. 81, 85.

²⁴² *Baur*, in: RdE 2001, S. 81, 85; auf die Versorgungssicherheit beruft sich auch *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 355, 379.

²⁴³ Siehe dazu S. 23 ff.

Für eine Anwendung der Freistellungsverordnung sprechen allerdings zwei wesentliche Gesichtspunkte: Zum einen wollte die Kommission mit dem Erlass der Freistellungsverordnung zur Rechtssicherheit beitragen und damit Fehler des alten Freistellungssystems beseitigen.²⁴⁴ Dieses Ziel wäre aber verfehlt, wenn die Unternehmen zunächst im Rahmen einer umfassenden Untersuchung zu eruieren hätten, ob eines der hinter Art. 81 Abs. 3 EG stehenden Freistellungsmotive für sie eingreift. Hätte die Kommission bestimmte vertikale Vereinbarungen ausklammern wollen, so hätte sie den Anwendungsbereich der Freistellung in Art. 2 Abs. 1 der "Schirm-GVO" enger formuliert oder zumindest eine schwarze Klausel für solche Vereinbarungen eingefügt, die eher einem bloßen Austauschverhältnis als einem Vertriebsverhältnis ähneln.²⁴⁵ Zum anderen sind die Kriterien, nach denen die Kommission die Freistellung vertikaler Vereinbarungen ausrichtet (Marktstellung des Lieferanten, Marktstellung von Wettbewerbern, Marktstellung des Käufers, Marktzutrittsschranken, Vereinbarung von bestimmten besonders wettbewerbsschädlichen Klauseln²⁴⁶), auch bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Austauschbeziehungen zwischen Wettbewerbern zu beachten. Wenngleich gewisse Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit

der "Schirm-GVO" verbleiben, ist aus diesen Gründen grundsätzlich von der Anwendbarkeit auszugehen.

2. Anwendung der "Schirm-GVO" nur bei vertikalen Vereinbarungen

Entscheidende Anwendungsvoraussetzung der Regelungen für vertikale Vereinbarungen ist das Vorliegen einer vertikalen Vereinbarung. In diesem Zusammenhang ist vorab der Unterschied zwischen einer vertikalen Vereinbarung und einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung zu klären.

Eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung zeichnet sich dadurch aus, dass die Vereinbarung nicht in ein zwischen den Parteien bestehendes Wettbewerbsverhältnis eingreift. Die Unternehmen der Vereinbarung selbst können auf verschiedenen oder auch auf verschiedenen *und* gleichen Wirtschaftsstufen stehen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der eine Vertragspartner Händler der Vertragsware und der andere Hersteller und Händler ist. Beschränken Unternehmen, die nur auf verschiedenen Wirtschaftsstufen stehen, den Wettbewerb, liegt immer eine vertikale Beschränkung vor. Betätigen sich die Parteien dagegen (auch) auf derselben Wirtschaftsstufe, handelt es sich jedenfalls dann um eine vertikale Beschränkung, wenn sie nicht das zwischen den Parteien bestehende Wettbewerbsverhältnis begrenzt.²⁴⁷ Nicht von Bedeutung ist die Tatsache, dass die von den Parteien getroffene Vereinbarung den Wettbewerb zwischen einem Dritten und einer der Vertragsparteien begrenzt und insoweit mittelbare horizontale Auswirkungen entfaltet. Allein aus einer mittelbaren horizontalen Beschränkung resultiert noch keine horizontale Wettbewerbsbeschränkung. Denn andernfalls wäre eine Differenzierung hinsichtlich horizontaler und vertikaler Wirkungen nahezu überflüssig, weil der weitaus größte Teil der Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen, namentlich die ausschließlichen Bezugs- und Absatzbindungen, den Wettbewerb Dritter zu der gebundenen Vertragspartei beschränkt. Dies gilt zum Beispiel für eine Einschränkung der Absatzfreiheit des gebundenen Unternehmens, die nicht den Wettbewerb zum Vertragspartner begrenzt. Entscheidendes

²⁴⁴ Nolte, in: BB 1998, S. 2429, 2429, Pukall, in: NJW 2000, S. 1375, 1375.

²⁴⁵ Büdenbender, in: ET 2000, 355, 379.

²⁴⁶ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000, C 291/1, Tz. 121 ff.

²⁴⁷ Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81, Rdnr. 51 f.

Differenzierungskriterium zwischen einer horizontalen und einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung ist demnach die Beschränkung eines zwischen den Parteien bestehenden Wettbewerbsverhältnisses, wobei in allen möglichen Wettbewerbskonstellationen bereits ein potentiell Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien ausreicht.²⁴⁸

Die Kommission stützt sich bei ihren neuen Regelungen auf andere Kriterien. Sie richtet sich danach, ob eine vertikale Vereinbarung vorliegt. Nach der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 der "Schirm-GVO" hängt dies davon ab, ob die Unternehmen zwecks Durchführung der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig sind.²⁴⁹ Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die Vereinbarung insgesamt als Liefer- oder Vertriebsverhältnis ausgestaltet ist. Entscheidend für die Einordnung als vertikale Vereinbarung ist also eine Art Gesamtbetrachtung der Rechtsbeziehung. Die "Schirm-GVO" und die Leitlinien für vertikale Vereinbarungen umfassen grundsätzlich sämtliche Formen von Wettbewerbsbeschränkungen in Verträgen zwischen Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen, soweit sie sich nur auf den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen beziehen. So können etwa aufgrund der Gesamtbetrachtung Vereinbarungen mit Gebietsschutzabreden, Eigenerzeugungsverböten und Kundenschutzklauseln, die regelmäßig auf eine Beschränkung des Wettbewerbs inter partes gerichtet sind, als vertikale Vereinbarungen qualifiziert werden.²⁵⁰ Dies gilt sogar dann, wenn die Parteien nicht nur auf verschiedenen Wirtschaftsstufen stehen, sondern zugleich auch Wettbewerber sind.²⁵¹ In der "Schirm-GVO" werden diese Fälle als vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern bezeichnet. Für diese gelten die Regelungen für vertikale Vereinbarungen zwar eingeschränkt. Denn sie können in ihren Wirkungen horizontalen Vereinbarungen ähneln.²⁵² Rein vertikale Wirkungen, die ausschließlich nach den Regeln für vertikale Vereinbarungen zu beurteilen sind, sollen aber auch bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern immer dann vorliegen, wenn es sich um nichtwechselseitige Vereinbarungen zwischen einem Hersteller und Händler und einem ausschließlich als Händler tätigen Unternehmen handelt oder aber der jährliche Umsatz des Käufers, einschließlich seiner konzernverbundenen Unternehmen,²⁵³ 100 Millionen Euro nicht überschreitet.²⁵⁴ Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, wendet die Kommission die Regelungen für Vertikalvereinbarungen dennoch auf die vertikalen Elemente - also die Klauseln, die nicht das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien beschränken - von Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern an. In den Leitlinien für horizontale Vereinbarungen heißt es dazu: *"Werden vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern geschlossen, so können ihre Wirkungen im Markt und etwaige Wettbewerbsprobleme mit solchen von horizontalen Vereinbarungen vergleichbar sein. Deshalb müssen diese Vereinbarungen gemäß den Grundsätzen der*

²⁴⁸ Gleiss/Hirsch, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. 123.

²⁴⁹ Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Abl. L 336/21 vom 29.12.1999.

²⁵⁰ Duijm, S. 20 f.

²⁵¹ Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81, Rdnr. 507 f; nicht eindeutig Klaue, in: Festschrift für Büttner, S. 125, 135: Auch in Energielieferverträgen gebe es typische horizontale Vereinbarungen. So wohl auch Lukes, in: EWS 1999, S. 441, 443.

²⁵² Klaue, in BB 2000, Beilage 6 zu Heft 20, S. 20 meint dagegen, die Anwendung der "Schirm-GVO" scheidet bei Demarkationen in Energielieferverträgen prinzipiell aus.

²⁵³ Art. 10 Abs. 1 der GVO für vertikale Verhaltensweisen, Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

²⁵⁴ Art. 2 Abs. 4 lit. a) und lit. b) der GVO für vertikale Verhaltensweisen, Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

vorliegenden Leitlinien gewürdigt werden, was die ergänzende Anwendung der Leitlinien über vertikale Vereinbarungen nicht ausschließt, um die in den betreffenden Vereinbarungen enthaltenen vertikalen Beschränkungen zu ermitteln.²⁵⁵ Entsprechend heißt es in den Leitlinien für vertikale Vereinbarungen: "Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern sind nach Art. 2 Abs. 4 ausdrücklich von der Freistellung ausgeschlossen. Sie sind, was mögliche Kollisionswirkungen betrifft, Gegenstand der demnächst erscheinenden Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit. Die vertikalen Elemente solcher Vereinbarungen sind jedoch nach den vorliegenden Leitlinien zu beurteilen."²⁵⁶ Damit ist auch gesagt, an welchen Regeln die horizontalen Elemente der Vereinbarung zu messen sind: nämlich nach den Regeln für horizontale Vereinbarungen. Es findet also innerhalb der Vereinbarung eine Trennung zwischen den vertikalen und den horizontalen Elementen der Vereinbarung statt.²⁵⁷ Für die horizontalen Elemente bestimmen die Leitlinien allerdings zusätzlich eine Kontrolle nach den Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, wenn sie einer Überprüfung nach den Regeln für horizontale Vereinbarungen standhalten.²⁵⁸

Soweit die einzelnen Elemente der Vereinbarung jeweils nach den von ihnen ausgehenden vertikalen und horizontalen Wirkungen aufgeteilt werden können, unterliegen sie zunächst nur einer Kontrolle nach den Regelungen für vertikale bzw. horizontale Vereinbarungen. Horizontale Elemente sind darüber hinaus anhand der Regelungen für vertikale Vereinbarungen zu überprüfen, wenn sie nicht bereits nach den Regeln für horizontale Vereinbarungen unwirksam sind. Die Vereinbarung insgesamt unterliegt also einer Doppelkontrolle.

Ein System von Vertikal- und Horizontalabreden innerhalb eines Vertrages ist also grundsätzlich getrennt zu beurteilen. Innerhalb des Art. 81 Abs. 1 EG gilt die Trennungstheorie.²⁵⁹ Dies hat der EuGH schon in der "*Pronuptia*"-Entscheidung deutlich gemacht.²⁶⁰ Denn dort erklärte er, dass es entscheidend darauf ankomme, ob die einzelnen Vertragsbestimmungen mit Art. 81 Abs. 1 EG vereinbar seien.²⁶¹ Dabei kam der EuGH in der betreffenden Entscheidung für die jeweiligen Vertragsbestimmungen zu unterschiedlichen Ergebnissen.²⁶² Auch das *OLG Düsseldorf* hat die Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG nicht im Wege einer Gesamtbetrachtung vorgenommen, sondern isoliert geprüft, ob eine langfristige Bezugsvereinbarung gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt. Die anderen vertraglichen Klauseln hat es dabei außer Betracht gelassen, obwohl es im Rahmen des § 1 GWB eine Gesamtbetrachtung anstellte.²⁶³

Problematisch wird eine Beurteilung nach den für vertikale und horizontale Vereinbarungen geltenden unterschiedlichen Maßstäben allerdings dann, wenn die einzelnen Vertragsbestandteile so eng miteinander verbunden sind, dass eine sinnvolle Trennung nicht möglich ist, weil sich die Klauseln gegenseitig ergänzen und absichern. In diesem Fall stellt

²⁵⁵ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Tz. 11, Abl. 2001/C 3/02 vom 06.01.2001, S. 2 ff.

²⁵⁶ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000/C 291/1, Tz. 26.

²⁵⁷ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000/C 291/1, Tz. 26.

²⁵⁸ Leitlinien für horizontale Zusammenarbeit, Tz. 132.

²⁵⁹ Dazu Schwarz, S. 144 ff; Säcker/Jaecks, S. 6 f (bisher unveröffentlicht).

²⁶⁰ Urteil des EuGH vom 18.02.1986, Rs. 161/84, Slg. 1986, 353, Tz. 14 "*Pronuptia*".

²⁶¹ Urteil des EuGH vom 18.02.1986, Rs. 161/84, Slg. 1986, 353, Tz. 14 "*Pronuptia*".

²⁶² Urteil des EuGH vom 18.02.1986, Rs. 161/84, Slg. 1986, 353, Tz. 17, 20, 23 ff "*Pronuptia*".

²⁶³ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 33 f (bisher unveröffentlicht). Zur Gesamtbetrachtung bei § 1 GWB, siehe unten: S. 149 ff.

sich die Frage, ob die Vertragsbestandteile einheitlich nach den Regeln für horizontale Vereinbarungen oder nach denjenigen für vertikale Vereinbarungen beurteilt werden müssen. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn bei einer isolierten Betrachtung der eine Teil des Vertrages wirksam, der andere Teil hingegen unwirksam wäre, obwohl die verschiedenen Vertragsbestandteile miteinander verbunden sind.

Bei diesem Problem handelt es sich indes um eine Frage des Umfangs der Nichtigkeit nach Art. 81 Abs. 2 EG. Denn Vertragsbestandteile, die eine bestimmte Beschränkung absichern, ergänzen oder auf diese aufbauen, ohne selbst gegen Art. 81 Abs. 1 EG zu verstoßen, können in Anlehnung an die Behandlung von sog. Ausführungsverträgen beurteilt werden. Darunter versteht man solche Vereinbarungen, die mit der Kartellvereinbarung in unmittelbarem Zusammenhang stehen und der Durchführung, Verstärkung oder Ausdehnung der Wettbewerbsbeschränkung dienen.²⁶⁴ Besteht zwischen verschiedenen vertraglichen Klauseln ein Zusammenhang, kann sich die Nichtigkeit auch auf die Klauseln, die für sich gesehen nicht gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen, erstrecken.²⁶⁵ Für einen ähnlich gelagerten Fall treffen die Leitlinien sogar ausdrücklich eine entsprechende Regelung. Handelt es sich um sog. Kernbeschränkungen, gelten die Freistellungsregelungen insgesamt nicht mehr, weil derartige Beschränkungen nach Ansicht der Kommission nicht abtrennbar sind.²⁶⁶ Andere Beschränkungen, wie etwa Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarungen sollen dagegen abtrennbar sein und sich bei Unwirksamkeit nicht auf die übrige Vereinbarung auswirken.²⁶⁷ Das bedeutet, dass im Tatbestand eine getrennte Betrachtung von vertikalen und horizontalen Bestandteilen erfolgen kann, da der wettbewerbliche Zusammenhang zwischen den einzelnen Klauseln im Rahmen der Nichtigkeitserstreckung des Art. 81 Abs. 2 EG hinreichend beachtet werden kann.

II. Lieferverträge mit Gebietsschutz-, Laufzeit- und Gesamtbedarfsdeckungsklauseln als Wettbewerbsbeschränkungen

Ein Vertrag, der auf die Lieferung²⁶⁸ von Elektrizität des Lieferanten an den Abnehmer gegen Zahlung eines Entgeltes gerichtet ist, führt in der Regel nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung. Zwar beschränkt auch er - wie jeder andere Austauschvertrag - die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Abnehmers und Dritter.²⁶⁹ Denn durch die Lieferung der Elektrizität werden Dritte von der Erbringung der selben Leistung ausgeschlossen, weil der Bedarf des Abnehmers für die konkrete Situation befriedigt ist. Dem Liefervertrag kommt insoweit eine faktisch ausschließende Wirkung zu.²⁷⁰ Diesen Automatismus sieht auch der EuGH in der „*Beguelin Import*“-Entscheidung, ohne in der Lieferbeziehung jedoch eine Wettbewerbsbeschränkung erkennen zu können.²⁷¹ Dies ist

²⁶⁴ Topel, in: *Wiedemann*, § 50, Rdnr. 22.

²⁶⁵ *Karsten Schmidt*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 85 Abs. 2, Rdnr. 45; so auch im Anschluss an die „*Pronuptia*“-Entscheidung des EuGH der BGH in einer Entscheidung vom 27.05.1986, Az. KZR 8/83, WuW/E BGH 2288, 2289 f.

²⁶⁶ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000, C 291/1, Tz. 66.

²⁶⁷ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000, C 291/1, Tz. 67.

²⁶⁸ Streng genommen handelt es sich bei einem Elektrizitätsliefervertrag nicht um einen Liefervertrag, da eine Lieferung von Elektrizität nicht stattfindet. Er ist deshalb auch kein Austauschvertrag im klassischen Sinne, vgl. *Hensing/Pfaffenberger/Ströbele*, S. 111. Gleichwohl soll der Einfachheit halber bei der Terminologie Liefervertrag/Austauschvertrag geblieben werden.

²⁶⁹ *Schäfer*, in: *Energierrechtsnovelle*, S. 27, S.31 f.

²⁷⁰ *Gleiss/Hirsch*, Art. 85 (1) 1. Kap. C, Rdnr. 139; *Langen/Bunte*, Art. 85, Rdnr. 39.

²⁷¹ Urteil des EuGH vom 25.11.1971, Rs. 22/71, Slg. 1971, S. 949, 962 „*Beguelin Import*“.

deshalb richtig, weil - wie *Schwintowski* es zutreffend formuliert - Austauschverträge nicht der Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit dienen, sondern gerade Grundvoraussetzung und Ausdruck der Wettbewerbsfreiheit sind.²⁷² Die in ihnen liegende Bedarfsdeckung ist der Wettbewerbsfreiheit immanent und kartellrechtlich grundsätzlich unproblematisch.²⁷³

Lieferverträge können jedoch qualifizierte Merkmale enthalten, die zu einer kritischen Beurteilung führen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die Versorgung nicht auf einen überschaubaren Zeitraum erstreckt, sondern auch kommende Bedürfnisse deckt und die Unternehmen dadurch in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit zu einem Zeitpunkt einschränkt, zu dem die künftigen Wettbewerbsverhältnisse noch nicht beurteilt werden können.²⁷⁴ So sollen nach Auffassung des EuGH etwa Vereinbarungen, die über einen kurzfristigen Zeitraum hinaus die Freiheit des Marktzugangs, die Wahl des Vertragspartners und den Abschluss von Geschäften einschränken, Wettbewerbsbeschränkungen i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG darstellen können.²⁷⁵ Im folgenden soll überprüft werden, ob Elektrizitätslieferverträge zwischen Verteilerunternehmen solche Bestandteile enthalten. Dabei wird für die verschiedenen Klauseln getrennt untersucht, ob diese Wettbewerbsbeschränkungen beinhalten.

1. Gebietsschutzabgrenzungen als Wettbewerbsbeschränkungen

An erster Stelle sollen Gebietsschutzzusagen behandelt werden. Dabei ist zwischen Gebietsschutzzusagen zugunsten des Lieferanten und Gebietsschutzzusagen zugunsten des Abnehmers zu differenzieren.

a) Inhalt von Gebietsschutzabreden

Gebietsschutzzusagen zugunsten des Lieferanten schränken die Freiheit des Abnehmers ein, Geschäfte mit Kunden im Versorgungsgebiet des Abnehmers abzuschließen. Derartige Gebietsschutzzusagen verpflichten den Abnehmer dazu, Strom nur an Ansässige in seinem Versorgungsgebiet zu verteilen und eine Versorgung von Abnehmern außerhalb dieses Gebietes zu unterlassen. Die Reichweite des Versorgungsgebietes wird dabei regelmäßig durch das dem Abnehmer zur Verfügung stehende Netz bestimmt.

Demgegenüber verpflichten Gebietsschutzzusagen zugunsten des Abnehmers den Lieferanten, in dem Gebiet des Abnehmers eine Versorgung zu unterlassen. Diese Abreden schränken damit die Möglichkeit des Lieferanten ein, Kunden im Versorgungsgebiet des Abnehmers zu beliefern. Haben sich - wie im Regelfall - beide Parteien zum Gebietsschutz verpflichtet, handelt es sich um gegenseitige Demarkationen. Es kommt aber auch vor, dass sich nur eine der beiden Parteien zum Gebietsschutz verpflichtet hat, also eine einseitige Demarkation vorliegt.²⁷⁶

²⁷² *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, S. 1901, 1903 f; ebenso: *Schröter*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. 84; *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar-EG-Kartellrecht*, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen, Rdnr. 231; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, Art. 81, Rdnr. 25, 63; *Ritter*, in: FS für Lieberknecht, S. 495, 500.

²⁷³ *Belke*, in: ZHR 143 (1979), S. 74, 88.

²⁷⁴ *Jakob-Siebert*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 85 (Fallgruppen), Rdnr. 206; *Schäfer*, in: *Energierechtsnovelle*, S. 27, 33; *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar-EG-Kartellrecht*, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen, Rdnr. 231; 9. Wettbewerbsbericht der Kommission 1979, Ziff. 90 f.

²⁷⁵ Urteil des EuGH vom 21.02.1984, Rs. 86/82, Slg. 1984, S. 883, 908, Tz. 46 "*Hasselblad*"; Urteil des EuGH vom 25.02.1986, Slg. 1986, S. 611, 653 ff "*Windsurfing International*".

²⁷⁶ *Kühne*, in: BB 1997, Beilage 19 zu Heft 50, S. 1, 4; *Schwintowski*, in: WuW 1997, S. 769, 774; *Steinberg/Britz*, S. 20 f.

b) Verzicht auf Gebietschutzabreden nach Inkrafttreten der Energierechtsreform

In einigen Fällen haben Lieferanten und Abnehmer bereits freiwillig auf die Geltendmachung von Rechten aus den Gebietsschutzzusagen verzichtet,²⁷⁷ so dass sie nunmehr in der Lage sind, Elektrizität auch an Kunden des jeweiligen Vertragspartners zu liefern. Zum Teil ist dies allerdings nur einseitig zugunsten des Abnehmers und auf Wunsch des BKartA geschehen.²⁷⁸ Zum Beispiel in dem Vertragsverhältnis, das der Entscheidung des *LG Rostock* zugrunde lag, gingen beide Parteien nach übereinstimmendem Vorbringen von der Unwirksamkeit der gegenseitigen Gebietsschutzabgrenzungen seit Inkrafttreten des NeuregelungsG aus.²⁷⁹ Auch zwischen den Unternehmen "Gasversorgung Süddeutschland" und den "Stadtwerken Schwäbisch Schall" war die Gebietsschutzzusage nach dem Vortrag der Gasversorgung Süddeutschland seit dem 29.04.1998 einvernehmlich nicht mehr praktiziert worden.²⁸⁰ Dieses Vorbringen hielt das *LG Stuttgart* allerdings für irrelevant. Es vertrat die Auffassung, dass eine Aufhebung der Demarkationsabsprache der Schriftform des § 34 GWB a.F. bedurft hätte, der bis zum 01.01.1999 Anwendung fand, so dass die Demarkationsabrede als zivilrechtlich wirksamer Teil des Vertrages behandelt und auf seine Kartellrechtswidrigkeit untersucht wurde.²⁸¹ Der weit aus größte Teil der Lieferverträge enthält aber nach wie vor gegenseitige Demarkationsabreden, auf deren Einhaltung sich die Parteien berufen.

²⁷⁷ So etwa in den Sachverhalten der Entscheidungen des *LG Stuttgart* vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00, S. S. 5 (bisher unveröffentlicht); des *LG Rostock* vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 13 (bisher unveröffentlicht).

²⁷⁸ Urteil des *LG Mannheim*, Az.: 7 O 372/98 (Kart.), in: *RdE* 1999, S. 158; Urteil des *LG Leipzig* vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 9 (bisher unveröffentlicht); Bekanntmachung Nr. 41/97, in: Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1997/1998, BT.-Drs. 14/1139, S. 244; Bekanntmachung Nr. 41/97, in: Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1997/1998, BT.-Drs. 14/1139, S. 244, 245.

²⁷⁹ Urteil des *LG Rostock* vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 13 (bisher unveröffentlicht).

²⁸⁰ Urteil des *LG Stuttgart* vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00, S. S. 5 (bisher unveröffentlicht).

²⁸¹ Urteil des *LG Stuttgart* vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00, S. S. 11 f (bisher unveröffentlicht); Urteil des *OLG Düsseldorf* vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 28 (bisher unveröffentlicht). Ob diese Entscheidung mit dem Sinn und Zweck des § 34 GWB a.F. vereinbar ist, erscheint allerdings fraglich. Zwar gilt § 34 GWB a.F. grundsätzlich nicht nur für den Abschluss von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen, sondern auch für deren Änderung, soweit sie vor der Abschaffung des § 34 GWB a.F. erfolgt ist (*Bornkamm*, in: *Langen/Bunte*, § 34 a.F., Rdnr. 34; Urteil des *BGH* vom 02.02.1999, Az. KZR 51/97, in: *BB* 1999, S. 865: Das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. ist - soweit es Verträge betrifft, die Beschränkungen der in § 16 GWB n.F. (§ 18 GWB a.F.) bezeichneten Art enthalten - mit dem Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 1. Januar 1999 ersatzlos entfallen. Eine Übergangsvorschrift enthält das Gesetz nicht. Der Wegfall des Formerfordernisses kann sich grundsätzlich nur auf Verträge auswirken, die unter der Geltung des neuen Rechts abgeschlossen werden. Bei Verträgen, die noch unter der Geltung des alten Rechts geschlossen worden und nach altem Recht wegen Nichteinhaltung der gebotenen Schriftform unwirksam sind, führt die Rechtsänderung dagegen nicht zur nachträglichen Wirksamkeit. Denn die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich nach den Formvorschriften, die bei seiner Vornahme galten ("tempus regit actum"; *RGZ* 55, 36, 39 f.; *Staudinger*, *BGB*, 3./4. Aufl. 1907, § 125 Anm. I 8; *Dilcher*, in: *Staudinger*, *BGB*, 12. Aufl., § 125 Rdn. 29). Ob die Anwendbarkeit des § 34 GWB a.F. auf die Aufhebung von wettbewerbsbeschränkenden Vertragsbestandteilen der Schriftform des § 34 GWB a.F. bedarf, erscheint allerdings fraglich. Denn das Schriftformerfordernis diene in erster Linie der Sicherung von Kontrollmöglichkeiten der Kartellbehörden und Gerichte, die aufgrund der schriftlichen Fixierung den Inhalt wettbewerbsbeschränkender Abreden ohne weitere Nachforschungen auf mündliche Vereinbarungen erkennen konnten. (Urteil des *BGH* vom 14.01.1997, WuW/E *BGH* 3150, 3151 "*Kölsch-Vertrag*"). Aus dieser Kontrollfunktion folgt, dass das Ausmaß der schriftlich festgehaltenen Wettbewerbsbeschränkung nicht hinter dem tatsächlichen Ausmaß zurückbleiben darf, weil dies Behörden und Gerichte von einer Kontrolle abhalten könnte (*Bornkamm*, in: *Langen/Bunte*, § 34 a.F., Rdnr. 34). Dagegen hatte der *BGH* keine Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit eines Vertrages, bei dem eine mündliche Vereinbarung die tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung wieder geringfügig eingeschränkt hatte (Urteil des *BGH* vom 09.11.1982, Az. KZR 26/81, in: *BB* 1983, S. 79, 80). Als Begründung führte der *BGH* an, dass ein "mehr" an schriftlicher Fixierung eine kartellrechtliche Kontrolle nicht verhindere. Außerdem - und dies dürfte wesentlich für die Anwendung des § 34 GWB a.F. auf

c) Horizontale und vertikale Gebietsschutzabgrenzungen

Abreden über den gegenseitigen oder einseitigen Gebietsschutz fanden sich bislang nicht nur in Lieferverträgen, sondern auch in selbständigen Verträgen. Insoweit handelte es sich um sog. selbständige Demarkationsverträge.²⁸² Derartige Vereinbarungen sind rein horizontale Vereinbarungen, welche die Parteien nicht im Rahmen eines Lieferverhältnisses, sondern auf gleichgeordneter Wirtschaftsstufe getroffen haben. Der wettbewerbsbeschränkende Zweck dieser Vereinbarung wird in der Regel nicht angezweifelt.²⁸³ So hat auch das *BKartA* einen Demarkationsvertrag zwischen *Thyssengas* und *Ruhrgas* als Wettbewerbsbeschränkung angesehen, weil dieser eine Aufteilung der Märkte im Sinne des Art. 81 lit c) EG bezweckte.²⁸⁴ Selbst in den Leitlinien für horizontale Zusammenarbeit, die den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG insgesamt eher restriktiv auslegen, werden diese Vereinbarungen als generell schädlich für den Wettbewerb angesehen, weil sie das Angebot einschränken und deshalb zu höheren Preisen führen.²⁸⁵ Diese Leitlinien bieten nicht nur für selbständige Demarkationsverträge einen Anhaltspunkt, sondern gelten darüber hinaus auch für Demarkationen, die in Lieferverträgen zwischen Wettbewerbern enthalten sind und ausnahmsweise nicht nach den Regeln für vertikale Vereinbarungen beurteilt werden sollen, weil der Umsatz des abnehmenden Unternehmens 100 Millionen Euro nicht übersteigt oder der Abnehmer nur ein Elektrizitätshändler ist.²⁸⁶ Dass es sich auch bei den übrigen Demarkationen innerhalb von Lieferbeziehungen um Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG handeln kann, zeigt im übrigen das Regelbeispiel des Art. 81 Abs. 1 lit. c) EG. Denn diese Vorschrift gilt nicht nur für horizontale, sondern auch für vertikale Gebietsabsprachen. Daneben erklärt auch die "Schirm-GVO" Beschränkungen des Gebiets- oder des Kundenkreises, in das oder an den der Käufer Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf, grundsätzlich für nicht freistellungsfähig. Sie stellt nur solche Beschränkungen ausnahmsweise frei, bei denen sich der Lieferant das demarkierte Gebiet selbst vorbehalten oder es einem anderen Händler zugewiesen hat.²⁸⁷ Auch bei solchen Abreden handelt es sich also normalerweise um Wettbewerbsbeschränkungen. Sie dienen dazu, die gewerblichen Tätigkeitsbereiche der Unternehmen voneinander abzugrenzen und jeweils im Interessengebiet des einen Vertragspartners eine werbende Tätigkeit des anderen um Kunden und Abnehmer auszuschließen. Durch die Vereinbarung soll ein zwischen den Betroffenen möglicher Wettbewerb ausgeschlossen werden.²⁸⁸

die Aufhebung von Demarkationsabsprachen sein -, werde bei einer geringfügigen Rücknahme der Wettbewerbsbeschränkung die Kontrolle auch nicht unnötig in Gang gesetzt (Urteil des BGH vom 09.11.1982, Az. KZR 26/81, in: BB 1983, S. 79, 80). Eine geringfügige Änderung ist die Aufhebung der gegenseitigen Demarkation nicht, so dass § 34 GWB a.F. auf diese Vertragsänderung grundsätzlich Anwendung finden dürfte. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass andere Gerichte vor dem Hintergrund der Aufhebung des § 34 GWB a.F. die Anwendbarkeit der Vorschrift großzügiger auslegen werden und deshalb auch die mündliche Aufhebung des gegenseitigen Gebietsschutzes als wirksam ansehen werden (Urteil des BGH vom 09.11.1982, Az. KZR 26/81, in: BB 1983, S. 79, 80).

²⁸² So etwa in der Entscheidung des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06 HKO 10272/99, S. 9 (bisher unveröffentlicht): Dort war der Demarkationsvertrag getrennt vom Liefervertrag geschlossen worden.

²⁸³ *Ritter*, in: RdE 1995, 50, 51; *Lukes*, in: DB 1987, S. 1927, *Ehlermann*, in: RdE 1993, S. 41, 44; *Dietze*, S. 52; *Baur*, in: RdE 2001, S. 81, 87.

²⁸⁴ Beschluss des *BKartA* vom 24.07.1995, B 8 - 822000-N - 139/93, WuW/E *BKartA* 2778, 2785 "*Ruhrgas-Thyssengas III*".

²⁸⁵ Entwurf von Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EG über horizontale Zusammenarbeit, Tz. 24.

²⁸⁶ Siehe dazu die Ausnahmen, oben S. 43 ff.

²⁸⁷ Art. 4 b) Erster Spiegelstrich GVO für vertikale Verhaltensweisen.

²⁸⁸ Urteil des BGH vom 28. 09.1999, Az. KVR 28/96, in: ET 2000, S. 264, 266.

Das *LG Frankfurt* wandte deshalb Art. 81 Abs. 1 EG auf eine gegenseitige Demarkationsabsprache in einem Liefervertrag zwischen einem Gasversorger und einem kommunalen Weiterverteiler an.²⁸⁹ Dabei handelte es sich nach Auffassung des Gerichts um ein klassisches Gebietskartell. Auch das *LG Rostock* konstatierte, dass es von der Unwirksamkeit des Gebietsschutzvertrages ausgehe.²⁹⁰ Dabei fehlt es jedoch in beiden Entscheidungen an der erforderlichen Prüfung, ob der Wettbewerb zwischen den Parteien tatsächlich zumindest potentiell beschränkt wird oder ob die Demarkationen nicht nur deklaratorischen Charakter haben und etwas festschreiben, was auch ohne ausdrückliche Vereinbarung selbstverständlich gewesen wäre.²⁹¹

aa) Lieferant als potentieller Wettbewerber des Abnehmers

Bei der Beurteilung von Demarkationsabreden ist danach zu unterscheiden, ob sie zugunsten des Lieferanten oder zugunsten des Abnehmers wirken. Bei Demarkationen zugunsten des Abnehmers wird der Lieferant daran gehindert, eine direkte Lieferbeziehung zu den Endabnehmern seines Stroms zu etablieren. Dabei ist allerdings zu beachten, dass eine Demarkationsabrede nur dann wettbewerbsbeschränkend sein kann, wenn sie den Lieferanten tatsächlich an der Elektrizitätsversorgung hindert.²⁹² Hierfür ist erforderlich, dass der Lieferant überhaupt willens und in der Lage ist, die Elektrizitätsversorgung zu erbringen. Insbesondere an der Markteintrittsbereitschaft des Lieferanten könnte es wegen der Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung zwischen Lieferanten und Abnehmer fehlen. Denn der Lieferant tritt bei einer Versorgung im Gebiet des Abnehmers in Konkurrenz zu seinem eigenen Strom. Bei einer Anwerbung von Kunden sinkt der Gesamtbedarf des Abnehmers entsprechend, so dass der Lieferant insoweit finanzielle Einbußen erleidet. Dagegen spricht jedoch, dass diese Einbußen durch die Preise, die der Lieferant durch eine Direktbelieferung von Kunden im Versorgungsgebiet des Abnehmers erzielen kann, wieder ausgeglichen werden. Jedenfalls bei lukrativen (Sonder-)Abnehmern liegt es deshalb nahe, dass der Lieferant sie direkt beliefern würde, wenn er nicht durch die Demarkation daran gehindert wäre. Dies zeigt sich auch daran, dass bereits heute Vorlieferanten diejenigen Sonderabnehmer von Weiterverteilern direkt beliefern, die aufgrund eines älteren Vertrages nicht mehr an den Weiterverteiler gebunden sind oder die zur Direktbelieferung durch den Vorlieferanten die Zustimmung des Weiterverteilers erhalten haben.²⁹³ Eine Demarkation zugunsten des Abnehmers ist damit grundsätzlich wettbewerbsbeschränkend.²⁹⁴

bb) Potentieller Wettbewerb des Abnehmers - Einschränkung durch das Örtlichkeitsprinzip

Anders stellt sich jedoch die Lage bei Demarkationsabreden zugunsten des jeweiligen Abnehmers dar. Wie oben dargestellt, ist nämlich zu fordern, dass einer

²⁸⁹ Urteil des LG Frankfurt am Main vom 28.07.2000, Az. 3/12 O 94/00, S. 5. Das LG Leipzig ließ dagegen die Wirksamkeit von Demarkationsabsprachen offen, vgl. Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06 HK O 10272/99, S. 10 f (bisher unveröffentlicht).

²⁹⁰ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 13 .

²⁹¹ *Börner*, in: ET 1999, S. 405, 406.

²⁹² Zur objektiven Markteintrittsfähigkeit, *Salje*, in: ET 1999, S. 768, 771.

²⁹³ *Piltz*, in: RdE 1999, S. 60, 62.

²⁹⁴ Vgl. demgegenüber *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145, 2148: Bestehe kein aktueller Wettbewerb zwischen Elektrizitätslieferanten und Abnehmer, sei bei der Annahme eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses Zurückhaltung geboten. Die Existenz eines zumindest potentiellen Konkurrenzverhältnisses zwischen Lieferanten und weiterverteilenden Abnehmern liege trotz der umfassenden Neuregelungen im Bereich des Energierechts nicht ohne weiteres auf der Hand. Ursache dafür sei zum einen die nach wie vor bestehenden Wegehoheit des Abnehmers und die mangelnden Wahrscheinlichkeit eines Direktleitungsbaus aufgrund eines einfachen Wegenutzungsrechts.

Demarkationsvereinbarung nicht nur rein theoretische Wirkungen zu kommen. Erforderlich ist vielmehr, dass der Demarkationsvereinbarung aktuelle oder zumindest latente Wirkungen beizuschreiben sind. Dies wäre hier zu verneinen, wenn der Anbieter aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen von vornherein nicht dazu in der Lage ist, die Stromlieferung in anderen Versorgungsgebieten aufzunehmen.

Tatsächliche Gründe sind nicht erkennbar. Insbesondere lässt sich nicht argumentieren, dass Abnehmer auf dem deutschen Elektrizitätsmarkt grundsätzlich nicht in der Lage sind, außerhalb ihres angestammten Gebiets Strom zu liefern.²⁹⁵ Das Gegenteil ist vielmehr der Fall: insbesondere lokale Stromversorger, die bislang als Abnehmer aufgetreten sind, versuchen ihre Marktposition zu stärken und ihr Überleben zu sichern, indem sie ihre Aktivitäten auf andere Gebiete ausweiten.²⁹⁶

Weit schwieriger ist allerdings die Frage zu beantworten, ob die Abnehmer aus rechtlichen Gründen daran gehindert sind, Kunden im Gebiet des Lieferanten zu versorgen. Wäre ihnen dies nämlich verboten, so käme der Demarkation nicht die oben beschriebene Wirkung einer zumindest latenten Wettbewerbsbeschränkung bei. Sie hätte lediglich deklaratorischen Charakter und wiederholte nur, was ohnehin gilt. Zu diesem Schluss gelangt offenbar *Börner*. Denn er meint, dass ein kommunales Unternehmen durch das Örtlichkeitsprinzip daran gehindert sei, Strom an Abnehmer außerhalb seines Gemeindegebietes zu beliefern.²⁹⁷

Dabei übersieht *Börner* allerdings zwei wesentliche Aspekte: Zum einen ist nämlich bereits sein Ansatzpunkt anzuzweifeln. Das Örtlichkeitsprinzip ist in den jeweiligen Gemeindeordnungen unterschiedlich ausgestaltet. In einigen Bundesländern - so etwa in Niedersachsen und Brandenburg - grenzen die Gemeindeordnungen die Betätigung der Gemeinden ausdrücklich auf das Gemeindegebiet ein.²⁹⁸ Andere Gemeindeordnungen - wie die von Bayern und NRW - erlauben mittlerweile den Gemeinden - zumindest für den hier relevanten Bereich der Stromlieferung - ausdrücklich, außerhalb des Gemeindegebiets unter bestimmten Bedingungen tätig zu werden. Zumindest für NRW²⁹⁹ und Bayern³⁰⁰ ist daher festzustellen, dass die Stadtwerke grundsätzlich frei sind, auch andere Gebiete zu beliefern. Darüber hinaus ist zu beachten, dass von der juristischen Literatur in jüngster Zeit mit sehr guten Gründen in Frage gestellt wurde, ob das Örtlichkeitsprinzip - selbst wenn es vor der Reform des Energiewirtschaftsrechts seine Berechtigung gehabt haben sollte³⁰¹ - nach der Neufassung des Energiewirtschaftsrechts noch Bestand haben kann.³⁰² Hiergegen werden insbesondere das Diskriminierungsverbot sowie EG-rechtliche Bestimmungen wie die Niederlassungs- und Warenverkehrsfreiheit vorgebracht und argumentiert, dass die Anwendung des Örtlichkeitsprinzips auf kommunale Stromversorger für diese zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen führen und damit die ihnen durch das EnWG ausdrücklich

²⁹⁵ So auch *Klaue*, in: BB 2000, Beilage 6, S. 20, 22.

²⁹⁶ Interessant ist insoweit, dass die Stadtwerke Düsseldorf 1999 im liberalisierten Markt Absatzsteigerungen von 3 % verzeichnen konnten, obwohl der Absatz im Stadtgebiet Düsseldorf gesunken ist. Dies war insbesondere auf Markterfolge der Stadtwerke außerhalb von Düsseldorf zurückzuführen, vgl. ET 2000, S. 205.

²⁹⁷ *Börner*, in: ET 1999, S. 405, 406.

²⁹⁸ § 108 Nieders.G.O., § 100 Abs. 2 GO Brandenburg.

²⁹⁹ § 107 Abs. 1 i. V. m. § 107 Abs. 3 GO NRW.

³⁰⁰ Art. 87 S. 2 GO Bayern.

³⁰¹ Beschluss des KG vom 10.01.1996, Kart. 23/94, RdE 1996, S. 235, 240: Es bestehe kein realer Anlass zu der Annahme, dass Stadtwerke auf die Umlandmärkte drängen würden; vgl. auch *Spannowsky*, in: RdE 1995, S. 135, 138, 140; *Büdenbender*, in *Büdenbender/Tegethoff/Klinger*, § 103, Rdnr. 135.

³⁰² *Schwintowski*, in: Energierecht der Zukunft, S. 17, 28; *Heintzen*, in: NVWZ 2000, S. 743, 745.

eingräumte Möglichkeit, Energieversorgung betreiben zu dürfen, ausgehöhlt würde.³⁰³ Eine Ungleichbehandlung von Lieferanten, die unbegrenzt Strom liefern dürfen und Stadtwerken, die sich von jenen nur in ihrer Inhaberstruktur unterscheiden, sei durch nichts zu rechtfertigen.³⁰⁴

Der für diese Arbeit zur Verfügung stehende Raum lässt eine intensivere Auseinandersetzung mit dieser Problematik nicht zu. Entscheidend für den Zweck der hier vorgenommenen Untersuchung ist allerdings die Erkenntnis, dass das Örtlichkeitsprinzip durch gewichtige Stimmen in der juristischen Literatur de lege lata sowie richtungsweisend durch einige Landesgesetzgeber de lege ferenda erheblich erodiert wird. Es ist daher aus heutiger Sicht nicht unwahrscheinlich, dass das Örtlichkeitsprinzip im Bereich des Energierechts an Relevanz verliert oder sogar schon verloren hat. Dies bedeutet, dass den bestehenden Demarkationen aktuelle Bedeutung zukommt.

Börner übersieht aber auch noch einen anderen Punkt. Das Örtlichkeitsprinzip verleiht nach einer weit verbreiteten Auffassung in Rechtsprechung und Literatur keine subjektiven Rechte.³⁰⁵ Dies bedeutet, dass ein Wettbewerber ein Stadtwerk bei einem Verstoß gegen das Örtlichkeitsprinzip nicht zu seiner Einhaltung beispielsweise mittels einstweiliger Verfügung zwingen kann. Anders stellt sich allerdings die Lage dar, wenn sich der Abnehmer außerdem zivilrechtlich in einer Demarkationsvereinbarung verpflichtet hat, die Grenzen seines angestammten Gebiets einzuhalten. In diesem Fall könnte der Wettbewerber das Stadtwerk im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ohne weiteres zur Einhaltung dieser Verpflichtung zwingen. Der Abschluss einer Demarkationsvereinbarung hat damit in keinem Fall nur deklaratorische Wirkung.

Als Ergebnis ist somit festzustellen, dass auch die Demarkation zugunsten des Lieferanten eine mögliche Betätigung in dem Gebiet des Lieferanten einschränkt und daher eine Wettbewerbsbeschränkung beinhaltet. Unter Berücksichtigung dieser Wirkungen sind gegenseitige Gebietsschutzzusagen in einem Liefervertrag daher als beidseitige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG zu werten.³⁰⁶

2. Langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen

Der wettbewerbsbeschränkende Inhalt von Gesamtbedarfsdeckungsklauseln ist demgegenüber schwieriger zu beurteilen. So meint etwa *Büdenbender*, dass Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen in Energielieferverträgen kartellrechtlich gar nicht

³⁰³ *Lamb/Kahlenberg*, in: ET 2000, S. 70, 71.

³⁰⁴ *Braun*, in: SächsVBl. 1999, S. 25, 30.

³⁰⁵ Insbesondere *Schwintowski*, in: EWeRK-Info vom 14.11.2000; *Kirchner*, in: EWeRK-Info vom 03.01.2002; *Tettinger*, in: NJW 1998, S. 3473, 3474; *Tomerius*, in: LKV 2000, S. 41, 43 bezweifeln, dass die kommunalrechtlichen Schranken Anhaltspunkte für Individualschutz bieten. Denn der Zweck der Regelung liege darin, dass die Gemeinden vor den ökonomischen Gefahren des Wirtschaftslebens geschützt werden sollen. Dagegen halten das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 29.05.2001, Az.: 20 U 152/00, S. 11, *OLG Hamm*, in: NWVBl. 1998, S. 456; *LG Wuppertal*, in: NWVBl. 1999, S. 275; *Schmahl* (für § 100 BBG GO), in: LKV 2000, S. 47, 51 die gemeinderechtlichen Schranken für individualschützend. Zum Teil wird ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG hergeleitet (BGH 82, 375, 395-AOK-Brillen-Selbstabgabe-Fall; LG Düsseldorf, Urteil vom 26.07.2000, Az.: 34.O.15/2000 - Gebäude- und Energiemanagement für ein Stadtwerk). Dagegen wird jedoch vorgebracht, dass ein Schutz vor gemeindlicher Tätigkeit über § 1 UWG nicht in Betracht komme, weil diese Vorschrift nur die Lauterbarkeit des Wettbewerbs, nicht dagegen vor Teilnahme am Wettbewerb schütze. (*Schwintowski*, in: EWeRK-Info vom 02.11.2000). Die Konkurrenten können allerdings die Kommunalaufsicht mobilisieren - für deren Einschreiten allerdings das Opportunitätsprinzip gilt, so dass kein Anspruch des Konkurrenten auf Einschreiten gegeben ist.

³⁰⁶ Urteil des LG Frankfurt am Main vom 28.07.2000, Az. 3/12 O 94/00, S. 5 (bisher unveröffentlicht).

relevant seien, weil sich die kartellrechtliche Kontrolle nur auf die zivilrechtliche Verbindlichkeit der Verpflichtung beziehe.³⁰⁷ Diese könne nicht Gegenstand kartellrechtlicher Kontrolle sein, weil sie nicht über die Verbindlichkeit des Vertrages hinaus den Wettbewerb beschränke.³⁰⁸ Als Begründung führt *Büdenbender* an, dass eine Gesamtbedarfsdeckung ebenso wie jeder gewöhnliche Vertrag, der einen bestimmten Bedarf abdecke, stets auch eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalte.³⁰⁹ Seine These versucht *Büdenbender* am Beispiel des Hauseigentümers zu verdeutlichen, der sich im Sommer Öl für seine Ölheizung kauft, das für den gesamten Winter oder unter Umständen sogar für noch längere Zeit ausreicht. Auch der Hauseigentümer käme aufgrund seiner Bedarfsdeckung auf dem Markt nicht mehr als Nachfrager in Betracht.³¹⁰

Zuzugeben ist *Büdenbender* zunächst darin, dass es Fälle gibt, in denen tatsächlich kein Unterschied zwischen einer Gesamtbedarfsdeckung und einer gewöhnlichen Mengenangabe in einem Kaufvertrag besteht. Eine Gesamtbedarfsdeckungsklausel als solche in einem einfachen Liefervertrag würde nicht über diejenige ausschließliche Wirkung hinausgehen, die jedem gewöhnlichen Kaufvertrag innewohnt, der faktisch den gesamten Bedarf des Abnehmers abdeckt.

Dass eine Gesamtbedarfsdeckung nicht per se kartellrechtswidrig sein kann, ergibt sich auch daraus, dass sie den schwankenden Energiebedarf des Kunden, der zum Beispiel von den Witterungsverhältnissen und der betrieblichen Auslastung von Unternehmen abhängig ist, berücksichtigen kann und dem gebundenen Unternehmen die ständige Verfügbarkeit von Elektrizität sichert.³¹¹ Dies ist gerade deshalb wichtig, weil Elektrizität sich von anderen Wirtschaftsgütern dadurch unterscheidet, dass sie nicht speicherbar ist.³¹² Sie muss in dem Moment erzeugt werden, in dem sie nachgefragt wird.³¹³ Der Lieferant muss sich im Interesse des Abnehmers an der höchsten zu erwartenden Belastung, zuzüglich einer notwendigen Reserve für den Fall ungeplanter Kapazitätsausfälle, orientieren.³¹⁴ Denn der Abnehmer hat bei fehlender Leistungsfähigkeit seines Lieferanten nicht die Möglichkeit, sofort auf einen anderen Lieferanten zurückzugreifen. Hierin unterscheidet sich die Elektrizitätswirtschaft grundlegend von anderen netzabhängigen Industrien, wie z.B. der Telekommunikation. In der Telekommunikation kann der Kunde bei fehlendem Leistungsvermögen eines Anbieters ohne größere Probleme auf einen anderen Anbieter zurückgreifen, indem er einen Anbieter anwählt. In der Elektrizitätswirtschaft sind Spitzenbelastungen dagegen nicht - wie etwa in

³⁰⁷ *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359, 364, 376.

³⁰⁸ So wohl auch *Tessin*, in: AWD 1968, S. 17, 19, der Verträge, nach denen ein Vertragsteil für einen längeren Zeitraum seine gesamten Waren von seinem Vertragspartner beziehen muss, nicht von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst ansieht, weil eine längerfristige Verpflichtung nichts anderes als einen Sukzessivliefervertrag darstelle und damit genauso wie ein einfacher Kaufvertrag zu behandeln sei. Mit Einschränkungen auch *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 771; *Salje*, in: ET 1999, S. 768, 770.

³⁰⁹ *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359, 363.

³¹⁰ Ein vergleichbares Beispiel führt auch *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 771 an, der *Büdenbender* im Großen und Ganzen zustimmt.

³¹¹ *Büdenbender*, in: Schwerpunkte der Energierechtsreform, S. 190 f; *Böwing/Rosin*, in: ET 2000, S. 249.

³¹² *Kuhnt*, S. 82; *Börner/Rosin*, in: ET 2000, S. 249, 252.

³¹³ *Klätte*, in: ET 1988, S. 412; *Langheim*, in: ET 1987, S. 944.

³¹⁴ *Müller*, 1. Auflage; S. 25.

der Telekommunikationswirtschaft durch ein Besetzt-Zeichen - lösbar.³¹⁵ Außerdem kann auch der Abnehmer seinen Bedarf nicht immer genau vorhersagen. Wäre eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung prinzipiell wettbewerbsbeschränkend, liefe der Abnehmer Gefahr, die vertraglich festgelegte Bezugsmenge abnehmen zu müssen. Gegen einen Elektrizitätsliefervertrag, der die kurzfristige Gesamtbedarfsdeckung vorschreibt, kann deshalb aus wettbewerblicher Sicht nichts einzuwenden sein.³¹⁶

Aus diesem Grund ist es nicht ganz verständlich, weshalb das *LG Köln* eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung als Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG ansieht, weil - so das Gericht - diese Vertragsregelung das gebundene Unternehmen hindere, für seinen Bedarf Angebote von Konkurrenten einzuholen und diesen Bedarf von dort zu beziehen.³¹⁷ Richtiger wäre gewesen, zunächst zu prüfen, ob sich diese Verpflichtung von einem einfachen bedarfsdeckenden Kaufvertrag unterscheidet.³¹⁸

Büdenbender vernachlässigt bei seinem Beispiel jedoch, dass die Gesamtbedarfsdeckungsklauseln in Elektrizitätslieferverträgen nicht für eine kurzfristige Bedarfsdeckung vereinbart sind, sondern in Verbindung mit der Laufzeitklausel über einen Zeitraum von mehreren Jahren gelten. *Büdenbender* verkennt - ebenso wie die *Landgerichte Köln, Rostock* und *Leipzig*³¹⁹ - den untrennbaren Zusammenhang von Laufzeit und Gesamtbedarfsdeckungspflicht, den auch die "Schirm-GVO" anerkennt. Der Elektrizitätsabnehmer wird durch die Gesamtbedarfsdeckungspflicht in Verbindung mit der Laufzeitklausel - anders als der Heizölabnehmer des Beispielfalles - durch eine einmalige Entscheidung in der Freiheit beschränkt, sich nach Erschöpfung der Leistung erneut für einen bestimmten Lieferanten zu entscheiden. Durch diese einmalige Entscheidung wird eine Vielzahl von neuen Entscheidungen - unter Umständen für Angebote günstigerer Lieferanten - ausgeschlossen. Die rechtliche Bindung führt zu einer Präjudizierung künftiger Entscheidungen. Lieferbeziehungen werden eingefroren und die Wettbewerbsfunktionen von Angebot und Nachfrage ausgeschaltet.³²⁰ Die wettbewerbliche Handlungsfreiheit des gebundenen Abnehmers wird eingeschränkt. Der Abnehmer ist nicht mehr dazu in der Lage, auf dem Markt flexibel zu agieren und für ihn günstigere Verträge abzuschließen.³²¹

³¹⁵ Müller, 1. Auflage, S. 25 f: "(...) Man kann nicht wie in anderen Bereichen verfahren, wo z.B. das Besetzt-Zeichen beim Telefonieren oder die Schlange auf der Autobahn oder beim Skilift das Spitzenproblem löst." *Säcker/Jaecks*, S. 17 sind dagegen der Auffassung, dass Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen nicht nötig seien, weil sich das Liefer-EVU bei Nichtleistung schadensersatzpflichtig mache und daher ein ureigenes Interesse an seiner Lieferbereitschaft habe. Unklar bleibt allerdings, woraus sich eine Schadensersatzpflicht ergeben soll, wenn gar keine Verpflichtung zur Lieferung des gesamten Bedarfs besteht. Denn die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung soll gerade die Befriedigung nicht vorhersehbarer Bedürfnisse des Abnehmers sicherstellen, für die in einem Vertrag mit absoluter Abnahmeregelung gerade keine Leistungspflicht besteht.

³¹⁶ *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145, 2149; *Kirchhoff*, in: WuW 1995, S. 361, 362.

³¹⁷ Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, Rs. 28 O (Kart.) 559/99, in: RdE 2000, S. 233, 237.

³¹⁸ *Theobald/Theobald*, S. 126 f. *Säcker/Jaecks*, S. 15 (bisher unveröffentlicht) halten die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung gegenüber einem Lieferanten mit einem Marktanteil von mehr als 30% generell für eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung.

³¹⁹ Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, Rs. 28 O (Kart.) 559/99, in: RdE 2000, S. 233, 237; Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 16 (bisher unveröffentlicht); Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 9 (bisher unveröffentlicht).

³²⁰ Entscheidung der Kommission vom 05.09.1979, Abl. Nr. L 286 vom 14.11.1979, S. 32, 41 " *BP Kemi-DDSF*"; *Kirchhoff*, in: WuW 1995, S. 361, 362.

³²¹ *Baur*, in: FS für Sandrock, S. 35, 44; *Markert*, in: ZNER 1998, Heft 4, S. 3, 5 ff.

a) Beschränkung des Nachfragewettbewerbs

Bei Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarungen kann ferner der Nachfragewettbewerb zwischen dem Weiterverteiler und dem Vorlieferanten eingeschränkt sein. Denn es ist denkbar, dass neben dem Weiterverteiler auch der Vorlieferant nicht selbst (ausreichend) Strom erzeugt und den an den Weiterverteiler gelieferten Strom von einem anderen Unternehmen beziehen muss.

³²² In diesem Fall zeichnet sich die Beziehung zwischen Weiterverteiler und Vorlieferanten dadurch aus, dass sie nicht nur in einer vertikalen Beziehung zueinander stehen, sondern gleichzeitig auch untereinander Konkurrenten sind. Der Vorlieferant hat somit eine Zwitterstellung: Er ist Anbieter und gleichzeitig Nachfragewettbewerber.

Der Nachfragewettbewerb wird vom Schutzzweck des Art. 81 Abs. 1 EG erfasst.³²³ Er liegt dann vor, wenn Unternehmen auf einem gemeinsamen Markt das gleiche Produkt nachfragen. Teilweise wird allerdings zusätzlich für erforderlich gehalten, dass die Nachfrage nach dem Produkt das Angebot übersteigt - es also mehr Nachfrager als Anbieter gibt.³²⁴ Gegen dieses Erfordernis spricht sich aber insbesondere das *Berliner Kammergericht* mit guten Gründen aus. Es hob in einer Entscheidung hervor, dass selbst dann, wenn sich bei einem Überangebot einer Ware der Wettbewerb um die Ware erübrige, trotzdem noch Wettbewerb im Hinblick auf die zu gewährenden Vertragskonditionen bestehe.³²⁵ Denn in diesem Fall bemühten die Nachfrager sich, so günstig wie möglich einzukaufen und die besten Vertragsbedingungen zu bekommen.³²⁶ Hierfür spricht auch, dass der Nachfragewettbewerb nichts anderes als die Kehrseite des Angebotswettbewerbs ist. Es ist nicht einzusehen, dass beim Nachfragewettbewerb ein Angebotsüberhang verlangt werden soll, während dies beim Angebotswettbewerb nicht getan wird.

Zu prüfen ist deshalb, ob Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen tatsächlich den Nachfragewettbewerb einschränken können. Bei Bestehen eines Nachfragewettbewerbsverhältnisses zwischen Lieferanten und Abnehmer kann der Abnehmer aufgrund seiner Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung seinen Strom nicht mehr bei anderen Anbietern nachfragen. Er scheidet als Nachfrager für Strom aus.³²⁷ Dass die Parteien ihren Strom auf unterschiedlichen Spannungsebenen nachfragen, schließt ein Wettbewerbsverhältnis nicht aus,³²⁸ weil das auf der niedrigeren Stufe tätige EVU von der Durchleitungsmöglichkeit Gebrauch machen kann - also nicht auf den Bezug von Strom auf einer bestimmten Spannungsstufe beschränkt ist. Es liegt daher eine horizontale Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Vertragsparteien vor.

Dies hat zur Folge, dass die "Schirm-GVO" jedenfalls dann keine Anwendung findet, wenn nicht die oben schon beschriebene Ausnahmeregelung des Art. 2 Abs. 4 eingreift; der Lieferant also Hersteller und Händler, der Käufer dagegen nur ein Händler ist oder aber der Käufer die Umsatzschwelle von 100 Millionen Euro unterschreitet. Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sein sollten, ist aber darüber hinaus zweifelhaft, ob die "Schirm-GVO" bei Einschränkungen des Nachfragewettbewerbs überhaupt einschlägig ist. Denn die "Schirm-GVO" stellt Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen zwar bis zu einer Dauer von fünf Jahren von Art. 81 Abs. 1 EG frei - geht also für den Regelfall bei

³²² Köhler, in: Der neue energie- und kartellrechtliche Rahmen, S. 51, 61.

³²³ Bunte, in: *Langen/Bunte*, At. 81, Rdnr. 89.

³²⁴ vgl. statt vieler: *Sölter*, in: *Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung*, S. 39 f.

³²⁵ BGH WuW/E BGH 2049 "*Holzschutzmittel*"; KG WuW/E OLG 2745, 2751 "*HFGE*"; KG WuW/E OLG 3737, 3741 "*Selex-Tania*"; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker* (2. Auflage), § 1, Rn. 220 f.

³²⁶ KG WuW/E OLG 2745, 2751.

³²⁷ *Ebel*, in: WuW 1998, S. 448, 455; *Lukes*, in: BB 1999, Beilage 8, S. 10; *Markert*, in: EuZW 2000, S. 427, 430.

³²⁸ So aber *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145, 2149.

Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen im Rahmen einer Lieferbeziehung von der Anwendbarkeit der Regelungen für vertikale Vereinbarungen aus. Die "Schirm-GVO" orientiert sich dabei aber an Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern. Deren wettbewerbliche Beziehung unterscheidet sich von der zwischen einem Lieferanten, der Strom von Dritter Seite bezieht und einem Händler. Der Hersteller selbst ist regelmäßig nur Anbieter, nicht hingegen auch Nachfrager.³²⁹ Ein Nachfragewettbewerbsverhältnis zwischen ihm und dem Händler besteht also nicht. Es ist daher möglich, dass die Kommission Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen, die zu einer Einschränkung des Nachfragewettbewerbs führen, nicht nach den Regeln für vertikale Vereinbarungen, sondern eher anhand der strengeren Maßstäbe für horizontale Vereinbarungen beurteilen wird. Dies kann dazu führen, dass strengere Anforderungen an die höchstzulässige Laufzeit zu stellen sind und eine Freistellung nach der "Schirm-GVO" ausscheidet. Voraussetzung ist dafür allerdings, dass ein spürbarer Nachfrageanteil wegfällt. Auf diese Fragen wird unten zurückzukommen sein.

b) Beschränkung des Absatzwettbewerbs zwischen den Vertragsparteien

Die Beschränkung des Wettbewerbs auf der Nachfrageebene wirkt sich unter zwei Gesichtspunkten auch auf der Absatzebene aus: Zum einen verhindert die langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung, dass der Abnehmer eigenen oder anderweitig bezogenen Strom auf der Absatzstufe anbietet und mit diesem Strom in einen Absatzwettbewerb zu dem Lieferanten tritt.³³⁰ Zum anderen verringert die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung die Wettbewerbsfähigkeit des Abnehmers im Verhältnis zum Lieferanten. Denn die Beschneidung anderweitiger Bezugsmöglichkeiten beeinträchtigt den Abnehmer in der Fähigkeit, Strom woanders und unter Umständen günstiger zu beziehen und damit auch günstiger anzubieten.³³¹ Der Abnehmer könnte auf der Absatzstufe nicht mit dem Lieferanten konkurrieren. Zwar enthalten fast alle langfristigen Lieferverträge eine Preisänderungsklausel, mit der das bei Vertragsschluss vereinbarte Wertgefüge, in der Regel die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, aufrechterhalten bzw. wiederhergestellt werden soll.³³² Diese Klausel kann den Lieferanten bei unvorhersehbaren Ereignissen dazu zwingen, den vereinbarten Preis an den nunmehr niedrigeren Marktpreis anzupassen.³³³ Eine Anpassung erfolgt aber in der Regel im Verhandlungswege und setzt das Einverständnis des Lieferanten voraus. Erteilt der Lieferant dieses nicht, bleibt dem Abnehmer nur der Weg einer gerichtlichen Anpassung nach § 315 BGB. Bis zu einer gerichtlichen Entscheidung kann es unter Umständen mehrere Jahre dauern. Bis dahin ist die Wettbewerbsfähigkeit des Abnehmers aber eingeschränkt. Die Beschränkung in der Nachfrage kann also auf den Absatzmarkt durchschlagen.³³⁴ Stehen die Vertragsparteien auf der Handelsstufe miteinander im Wettbewerb, hat folglich die auf den ersten Blick vertikale Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung eine marktübergreifende horizontale Beschränkung des Wettbewerbs zur Folge. Ist man dagegen der Auffassung, dass Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarungen dazu führen, dass der Lieferant an einer Tätigkeit im

³²⁹ *Säcker/Jaecks*, S. 9 (bisher unveröffentlicht).

³³⁰ *Köhler*, in: Diskussionsbericht zum neuen energie- und kartellrechtlichen Rahmen, S. 70, 72; *Markert*, in: *EuZW* 2000, S. 427, 430.

³³¹ *Köhler*, in: *Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager*, S. 93 f; *Markert*, in: *EuZW* 2000, S. 427, 430.

³³² *Rogge*, in: *Energierrechtsnovelle*, S. 93.

³³³ *Rogge*, in: *Energierrechtsnovelle*, S. 96.

³³⁴ *Lohse*, S. 95.

Versorgungsgebiet des Abnehmers überhaupt kein Interesse mehr hat,³³⁵ beschränkt die langfristige Gesamtbedarfsdeckung ohnehin den Wettbewerb der Parteien untereinander. Diese Fallkonstellation hat auch die Kommission gesehen und in ihren Leitlinien zu horizontalen Vereinbarungen konstatiert, dass bei einseitigen Vertriebsvereinbarungen zu prüfen sei, ob sie die Grundlage für das gegenseitige Einvernehmen bilden, nicht in den jeweils anderen Markt einzudringen.³³⁶

An dieser Stelle wird nunmehr allerdings die im Vertrag enthaltene Demarkationsabsprache relevant. Denn die Demarkation zugunsten des Abnehmers schützt ihn vor Wettbewerb des Lieferanten. Sie verhindert also, dass die Gesamtbedarfsdeckungsklausel die oben dargestellten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen auf der Absatzebene entfalten kann. Diese resultieren bereits aus der Demarkationsabsprache. Die Gesamtbedarfsverpflichtung kann sich bei wirksamer Demarkation also gar nicht auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien auf der Absatzebene auswirken. Soweit sie nicht unter den oben beschriebenen Voraussetzungen den Nachfragewettbewerb zwischen den Parteien beschränkt, ist sie also zunächst ein rein vertikales Element.

Ist die Demarkationsabrede unwirksam, kann sich dagegen aus der Rechtsfolge des Art. 81 Abs. 2 EG auch die Unwirksamkeit der langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsabrede ergeben, weil sich ihre Wirkung mit der Unwirksamkeit der Demarkation ändert. Aufgrund des Wegfalls der Demarkation ist es nunmehr die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung, die den Wettbewerb zwischen den Parteien auf dem Absatzmarkt beschränkt. Sie wandelt sich daher zu einer aktuellen Beschränkung des Wettbewerbs zwischen Lieferanten und Abnehmer auf der Absatzebene. Dieser Umstand wird jedoch erst an anderer Stelle in dieser Arbeit dargestellt, nämlich dort, wo die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit der Demarkationsverpflichtung untersucht werden.³³⁷

c) Beschränkung in der Möglichkeit zur eigenen Elektrizitätserzeugung

Handelt es sich bei dem Abnehmer um ein Unternehmen, das selbst Strom erzeugen kann, beschränkt die langfristige Gesamtbedarfsdeckungsklausel den Abnehmer auch in der Möglichkeit zur eigenen Stromproduktion, sofern der Anteil, der durch Eigenerzeugung gedeckt werden könnte, nicht aus der Abnahmeverpflichtung ausgeklammert wird. Ein *Eigenerzeugungsverbot* nimmt dem verpflichteten Unternehmen die Möglichkeit, selbst Strom in eigenen, bereits bestehenden oder neu zu errichtenden Anlagen zu erzeugen und so in Konkurrenz zum Lieferanten zu treten. Die Einschränkung der Möglichkeit zur eigenen Erzeugung ist in Art. 81 Abs. 1 lit. b) EG als Beispielfall genannt. Diese Aufführung zieht allerdings nicht zwangsläufig die Unwirksamkeit der Vereinbarung nach sich, sondern zeigt nur, dass es sich bei der Vereinbarung eines Eigenerzeugungsverbotes in der Regel um eine Beschränkung des Herstellerwettbewerbs handelt.

Eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung liegt in einer langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsklausel, die eine eigene Erzeugung ausschließt, jedoch nur dann, wenn das gebundene Unternehmen technisch und finanziell dazu in der Lage ist, selbst Elektrizität herzustellen - also potentiell eine eigene Erzeugungsanlage betreiben, errichten oder ausbauen kann. In den Leitlinien zu vertikalen Vereinbarungen stellt die Kommission darauf ab, ob das Unternehmen innerhalb eines Jahres objektiv zum Markteintritt fähig und

³³⁵ Büttner/Däubler, in: ZNER 2001, S. 210, 211.

³³⁶ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Tz. 146 f.

³³⁷ Siehe unten S. 115 ff.

subjektiv zum Markteintritt bereit ist.³³⁸ Bei dieser restriktiven Auslegung des potentiellen Wettbewerbs muss allerdings berücksichtigt werden, dass die "Schirm-GVO" Eigenerzeugungsverbote nur bis zu einer Dauer von fünf Jahren freistellt.³³⁹ Wird das Eigenerzeugungsverbot für einen längeren Zeitraum vereinbart, müssen deshalb auch die Kriterien des potentiellen Wettbewerbs großzügiger ausgelegt werden. Bei einem zehnjährigen Eigenerzeugungsverbot muss es deshalb ausreichen, wenn sich der potentielle Wettbewerb innerhalb von zwei bis drei Jahren realisieren könnte.

Für die Beurteilung der objektiven Markteintrittsbereitschaft ist außerdem zu beachten, dass bei kommunalen Unternehmen eine eigene Erzeugung normalerweise nur in einer Größenordnung in Betracht kommt, mit der nicht der gesamte Bedarf abgedeckt werden kann. Der durchschnittliche Eigenerzeugungsanteil der kommunalen Unternehmen beträgt ca. 10%.³⁴⁰ Wird eine eigene Erzeugung in dieser Größenordnung verhindert, genügt dies in der Regel zur Bejahung der objektiven Markteintrittsfähigkeit und damit zur Beschränkung des Wettbewerbs.

Demgegenüber wird die subjektive Markteintrittsbereitschaft zum Teil mit dem Argument abgelehnt, dass der Abnehmer mit Abschluss des Stromlieferungsvertrages die Zweckmäßigkeit einer eigenen Erzeugung verneint hat.³⁴¹ Nach dieser Auffassung würde die Vereinbarung eines Eigenerzeugungsverbotes allerdings regelmäßig keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Damit entstünde einerseits ein Widerspruch zu der Auflistung in Art. 81 Abs. 1 lit. b) EG und andererseits bliebe unberücksichtigt, dass sich die Umstände ändern können, die ursprünglich der Entscheidung über die Aufnahme bzw. dem Verzicht einer eigenen Elektrizitätserzeugung zugrunde lagen.³⁴² Die Eintrittsbereitschaft kann deshalb nicht mit der Vereinbarung des Eigenerzeugungsverbotes selbst gerechtfertigt werden. Auch sie ist von einer Einzelfallbetrachtung abhängig. Eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung, die ein Verbot der eigenen Stromerzeugung einschließt, kann daher auch den Wettbewerb auf der Erzeugungsebene beschränken. Dies führt dazu, dass die strengeren Regelungen für horizontale Vereinbarungen eingreifen, wenn nicht die Ausnahmeregelung des Art. 2 Abs. 4 lit. a) "Schirm-GVO" eingreift und der Abnehmer weniger als 100 Millionen Euro Umsatz im Jahr macht.³⁴³

d) Beschränkung des Wettbewerbs von Konkurrenzunternehmen des Lieferanten

Langfristige Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarungen wirken sich außerdem auf die wettbewerblichen *Auswahl- und Beteiligungsmöglichkeiten Dritter* aus.³⁴⁴ Sie begrenzen durch ihre Ausschlusswirkung den *Wettbewerb* zwischen verschiedenen Lieferanten.³⁴⁵ Außerdem verstopfen sie - wenn sie in einer Vielzahl auftreten - die Absatzkanäle und wirken

³³⁸ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000, C 291/1, Tz. 26.

³³⁹ Art. 1b) der GVO über vertikale Verhaltensweisen, Abl. L 336 vom 29.12.1999, S. 21.

³⁴⁰ Haupt/Pfaffenberger, S. 3.

³⁴¹ So aber Böwing/Rosin, in: ET 2000, S. 249, 250; Immenga, in: WuW 1985, S. 453, 464.

³⁴² Dies gilt insbesondere für den Elektrizitätsmarkt. Denn gerade die Förderung von KWK-Anlagen und Elektrizität aus erneuerbaren Energieträgern kann die kommunalen Unternehmen dazu bewegen, ihre eigenen Anlagen auszubauen oder neue zu errichten.

³⁴³ Art. 2 Abs. 4 lit. a) der GVO für vertikale Verhaltensweisen, Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

³⁴⁴ Zu diesem Kriterium: Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. 157, der in diesem Fall zwischen dem Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung und einer Wettbewerbsverfälschung unterscheidet.

³⁴⁵ Duijm, S. 22; Kirchhoff, in: Vertriebsverträge, S. 12.

zum Nachteil Dritter künstlich auf die Marktverhältnisse ein.³⁴⁶ In der Elektrizitätswirtschaft versperrt eine längerfristige Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung konkurrierenden Lieferanten den Zugang zum gebundenen Weiterverteiler.

An der mit dieser Zugangsbeschränkung verbundenen Wettbewerbsbeschränkung ändert auch § 6 Abs. 1 EnWG nichts. Diese Regelung ermöglicht Konkurrenten des bindenden EVU zwar die Direktbelieferung von Abnehmern des gebundenen Kunden. Eine Direktbelieferung hebt die Beschränkung der Belieferungsmöglichkeit des gebundenen Weiterverters jedoch nicht auf und kann sie auch nicht angemessen kompensieren. Denn zum einen ist der Drittwettbewerb nicht nur dann beschränkt, wenn die Bezugsalternativen der letztabnehmenden Kunden begrenzt sind, mit der Folge, dass der Wettbewerb durch Bindungen von Weiterverteilern nicht tangiert wäre. Zum anderen ist die Beschränkung eines verteilenden Unternehmens für Drittwettbewerber von wesentlich größerem Gewicht. Um die Marktanteile zu erreichen, die der Lieferant durch die Bezugsbindung des Weiterverters erzielt, müsste der Drittwettbewerber sämtliche vom Weiterverteiler versorgte Sonder- und Kleinkunden als Abnehmer werben. Welcher Aufwand an Werbemaßnahmen damit verbunden wäre, erscheint angesichts der Tatsache, dass bisher weniger als 0,5 % der Kleinkunden ihre Stromanbieter gewechselt haben³⁴⁷, kaum vorstellbar.

Insgesamt ist deshalb festzustellen, dass die Auswirkungen einer längerfristigen Gesamtbedarfsdeckungsklausel auf einen gebundenen Elektrizitätsabnehmer erheblich von denjenigen einer den einmaligen Bedarf durch eine einmalige Willensentscheidung abdeckenden Verpflichtung differieren. Eine langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung kann daher zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen.³⁴⁸

e) Vertragsfreiheit durch Wettbewerbsfreiheit statt Vertragsfreiheit contra Wettbewerbsfreiheit

Auch unter Berücksichtigung der Vertragsfreiheit kann nichts anderes gelten. Denn die darauf basierenden Freiheiten des Vertragsschlusses und der inhaltlichen Gestaltung gelten nicht uneingeschränkt.³⁴⁹

Diesen wichtigen Ausgangspunkt haben auch *Schwintowski* und *Klaue* in Erwiderung auf *Büdenbender* anhand des Beispiels langfristiger Energielieferverträge deutlich hervorgehoben und die These *Büdenbenders*, es bestünden Bedenken gegen die Erstreckung des Kartellrechts auf zivilrechtliche Bindungen, überzeugend widerlegt.³⁵⁰ *Schwintowski* und *Klaue* stellen zutreffend fest, dass die Anwendung des Kartellrechts auf zivilrechtliche Verträge unerlässlich für das Funktionieren der Privatautonomie ist.³⁵¹

Die Vertragsfreiheit hat nicht den von *Büdenbender* propagierten Vorrang vor einer kartellrechtlichen Kontrolle zivilrechtlicher Bindungen. Wettbewerbsbeschränkendes Handeln ist regelmäßig privatrechtliches Handeln.³⁵² Die Unanwendbarkeit des Kartellrechts ließe sich

³⁴⁶ *Gleiss/Hirsch*, Art. 85, Rdnr. 139 ff.

³⁴⁷ Beschluss des BKartA vom 03.07.2000, B 8-309/99, S. 45, Tz. 81.

³⁴⁸ *Kirchhoff*, in: WuW 1995, S. 361, 362.

³⁴⁹ *Koch*, in: *Grabitz*, Art. 85, Rdnr. 68.

³⁵⁰ *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, S. 1901, 1903 f.

³⁵¹ *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, S. 1901, 1904.

³⁵² *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Einl., Rdnr. 21.

deshalb immer auf die Vertragsfreiheit stützen.³⁵³ Dass dies nicht möglich ist, beruht auf dem Umstand, dass nicht nur die Vertragsfreiheit unentbehrliche Voraussetzung für den Wettbewerb, sondern auch umgekehrt der Wettbewerb unerlässlich für die Existenz von Vertragsfreiheit ist.³⁵⁴ In der Literatur wird vertreten, dass die Vertragsfreiheit ohne Wettbewerb ein blosses Gedankengebilde bliebe.³⁵⁵ Die für eine echte Entscheidungsfreiheit erforderliche Angebotsvielfalt, also die Möglichkeit zur Auswahl unter mehreren Vertragspartnern, sei dem der Vertragsfreiheit zugrunde liegenden Prinzip der Selbstbestimmung immanent sein.³⁵⁶ Bei einer Kollision von Vertragsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit müsse dieser Konflikt, jedenfalls dann, wenn die Parität der Vertragspartner wegen mangelnder Selbstbestimmung des einen Teils nicht gegeben sei, zugunsten des freien Wettbewerbs gelöst werden.

Eucken ist über diese eingeschränkte Vorrangwirkung sogar noch hinausgegangen und vertritt die Auffassung, dass ein Konflikt zwischen dem Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs und der Vertragsfreiheit zugunsten des Wettbewerbs entschieden werden müsse.³⁵⁷ Diesen Vorrang hat er damit begründet, dass das Prinzip der Vertragsfreiheit zur Konstituierung der Wettbewerbsordnung beitrage und daher erst in diesem Rahmen seinen eigentlichen Sinn erhalte. Deshalb dürfe es nicht dazu dienen, die Wettbewerbsordnung durch Bildung wirtschaftlicher Machtkörper zu sprengen oder die Ausübung wirtschaftlicher Macht und Machtmissbrauch zu schützen.³⁵⁸ Vertragsfreiheit solle nur dort gewährt werden, wo *vollständige Konkurrenz* vorhanden sei. Denn andernfalls führe sie zu diktierten Verträgen und zu einer nicht beabsichtigten Lenkung des wirtschaftlichen Gesamtprozesses.³⁵⁹ Das bedeutet, dass Art. 81 Abs. 1 EG die Handlungsfreiheit des gebundenen Unternehmens schützen muss, wenn mit der Bindung eine Schädigung des gebundenen Teils verbunden ist.³⁶⁰

Neben dem Prinzip der freien Selbstbestimmung der Vertragspartner beschränken allerdings auch Interessen Dritter die Privatautonomie. Denn der ebenfalls von der Wirtschaftsordnung des EGV geschützte Wettbewerb dient neben dem Individualschutz gerade auch der Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Praktiken zu Lasten unbeteiligter Dritter.³⁶¹ Inhaltsfreiheit kann also nur dann gewährt werden, wenn der Vertrag zu einem äquivalenten Ausgleich der gegenüberstehenden Interessen der Vertragsparteien führt und nicht in

³⁵³ In diesem Sinne ist wohl auch die Klagebegründung in der "*Pronuptia*"-Entscheidung des Urteils des EuGH vom 28.01.1986, Rs. 161/84, Slg. 1986, S. 353, Tz. 9 zu verstehen: "Art. 85 EG (a.F.) finde keine Anwendung, wenn die Franchiseverträge keine weiteren Einschränkungen der Freiheit der Vertragspartner als die enthielten, die sich aus der Art des Franchisesystems ergäben. Ausschließliche Liefer- und Bezugsverpflichtungen (...) gehörten zum Wesen des Franchisevertrages und fielen daher nicht in den Anwendungsbereich von Art. 85 Abs. 1 EG (a.F.)."

³⁵⁴ *Schimansky*, in: WM 1995, S. 461, 464 bezeichnet das Verhältnis von Wettbewerb und Vertragsfreiheit als "circulus prosper".

³⁵⁵ *Schimansky*, in: WM 1995, S. 461, 464.

³⁵⁶ Zum Prinzip der Selbstbestimmung: BVerfGE, 81, 242, 252 ff; NJW 1990, S. 1469, 1470.

³⁵⁷ *Eucken*, S. 279.

³⁵⁸ *Eucken*, S. 279.

³⁵⁹ *Eucken*, S. 279.

³⁶⁰ *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar- EG-Kartellrecht*, Art. 81 Abs. 1 Grundfragen, Rdnr. 159, Fn. 5.

³⁶¹ *Säcker*, in: *Zeitschrift für Strukturlehre der Einzelwirtschaften und für Einzelwirtschaftspolitik* 9 (1971), S. 193, 202 f.

schützenswerte Belange Dritter eingreift.³⁶² Das Kartellrecht ist also einer der regulatorischen Rahmen des Vertragsrechts.

Die Aussage *Büdenbenders*, Verträge seien verbindlich und müssten unabhängig von kartellrechtlichen Vorschriften eingehalten werden, muss also aus kartellrechtlicher Sicht mit dem Zusatz, es sei denn, dass sie aus wettbewerblicher Sicht in schützenswerte Belange der Vertragspartner oder Dritter eingreifen, eingeschränkt werden. Das Zivilrecht kann deshalb keinen Vorrang vor dem Kartellrecht genießen. Im europäischen Recht wird diese Aussage auch durch den Vorrang des europäischen Rechts vor dem nationalen Zivilrecht deutlich.³⁶³

3. Laufzeitgrenzen bei Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarungen

Die geschilderten Folgen von Gesamtbedarfsdeckungsklauseln werden erst dann relevant, wenn die Vertragslaufzeit einen gewissen Zeitraum übersteigt. Wo die kritische Grenze anzusetzen ist, soll im folgenden untersucht werden.

In der *"Almelo"*-Entscheidung sah der EuGH eine auf Dauer angelegte Bezugsbindung wegen ihrer ausschließlichen Wirkungen als Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG an, weil diese Klausel es dem gebundenen Abnehmer verbat, Strom bei anderen Lieferanten zu beziehen.³⁶⁴ Dieser Auffassung schloss sich das EuG in den Rechtsstreiten *„Langnese“* und *"Schöller"* an und sah in einem Bündel zweijähriger ausschließlicher Speiseeisbezugsverträge ebenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung.³⁶⁵ Eine ausschließliche Bezugsbindung kommt in ihrer Wirkung einer Gesamtbedarfsdeckung gleich. Scheinbare Unterschiede deuten sich nur in den verschiedenen Formulierungen an. Beide Abreden beschränken den Gebundenen in der Freiheit, seinen Bedarf bei anderen Anbietern zu decken.

Auch die Kommission hat in mehreren Entscheidungen längere Alleinbezugsvereinbarungen als Wettbewerbsbeschränkungen angesehen. Als Begründung hat sie etwa in der *"BP Kemi - DDSF"*-Entscheidung hervorgehoben, dass andere Hersteller des betroffenen Erzeugnisses rechtlich gehindert würden, den Käufer während dieses Zeitraums mit dem fraglichen Erzeugnis zu beliefern.³⁶⁶ Außerdem sei auch der Wettbewerb zwischen den Vertragspartnern beschränkt, wobei gleichgültig sei, ob diese in einem vertikalen oder horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander stünden.³⁶⁷

Die Kommission geht offenbar auch davon aus, dass ein langfristiger Stromliefervertrag mit Abnahmeverpflichtung zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen kann. Aus diesem Grunde sah sie ein Bedürfnis, einen ausschließlichen, über 15 Jahre laufenden Strombezugsvertrag zwischen einem schottischen Energieerzeuger und zwei schottischen Energieversorgern, der die Verpflichtung enthielt, die gesamte Atomstromerzeugung des Energieerzeugers abzunehmen, nach Art. 81 Abs. 3 EG freizustellen.³⁶⁸ Die zunächst geplante Laufzeit von 30

³⁶² Rittner, S. 63.

³⁶³ Schwintowski/Klaue, in: BB 2000, S. 1901, 1902, 1904.

³⁶⁴ Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. 393/92, Slg. 1994, I-1477, 1518, Tz. 36 *"Almelo"*.

³⁶⁵ Urteil des EuG vom 18.06.1995, Rs. T-7/93, Slg. 1995, II-1533 = EuZW 1996, S. 49, 56 *„Langnese/Kommission“*.

³⁶⁶ Entscheidung der Kommission vom 05.09.1979, Abl. Nr. L 286 vom 14.11.1979, S. 32 *"BP Kemi - DDSF"*.

³⁶⁷ Entscheidung der Kommission vom 05.09.1979, Abl. Nr. L 286 vom 14.11.1979, S. 32, Tz. 59 *"BP Kemi - DDSF"*.

³⁶⁸ Beschluss der Kommission vom 06.07.1991, Abl. Nr. L 178/31, 112, 113 f., *"Scottish Nuclear"*.

Jahren wurde zuvor bereits auf Verlangen der Kommission reduziert.³⁶⁹ Eine so lange Laufzeit hielt die Kommission offensichtlich nicht einmal für freistellungsfähig.

Ebenfalls nahm die Kommission ein Bedürfnis für Freistellungen bzw. Negativatteste nach Art. 81 Abs. 3 EG bei Verpflichtungen von Stromversorgern, über 15 Jahre die gesamte produzierte Elektrizität eines Energieerzeugers abzunehmen, an.³⁷⁰ In einem dieser Verfahren hatte die Kommission vorab allerdings erklärt, dass sie einer Laufzeit von 20 Jahren nicht zustimmen könne. In einem anderen Verfahren hielt sie eine Laufzeit von 28 Jahren für nicht akzeptabel. Deshalb wurden die Laufzeiten vor der Bekanntmachung der Kommission im Einvernehmen zwischen der Kommission und den Unternehmen auf 15 Jahre gekürzt.³⁷¹ Es liegt daher nahe, dass die Kommission in sämtlichen Verfahren davon ausgegangen ist, dass die Verpflichtungen Wettbewerbsbeschränkungen beinhalten. Dafür spricht auch, dass sie ausdrücklich erklärt hat, dass langfristige Lieferverträge zu einer Marktabschottung führen können und dass die Freistellungsentscheidungen nicht ihre generelle Haltung zu langfristigen Lieferverträgen widerspiegeln.³⁷²

Die Verpflichtungen eines Unternehmens zum gesamten Strombezug, die den Kommissionsentscheidungen zugrunde lagen, umfassten demnach alle einen Zeitraum von mindestens fünfzehn Jahren. Daraus lässt sich jedoch nicht die Schlussfolgerung ableiten, dass Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarungen von kürzerer Dauer keine Wettbewerbsbeschränkungen i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG darstellen. Denn die Verpflichtungen umfassten nicht den gesamten Bedarf an Elektrizität der gebundenen Unternehmen, sondern die gesamte Stromerzeugung der bindenden Unternehmen.³⁷³ In allen Verfahren waren jeweils weniger als 50 % des gesamten Bedarfs der gebundenen Abnehmer gedeckt.³⁷⁴

Dies übersah das *LG Frankfurt*, in seiner Entscheidung, mit der es die Wirksamkeit eines im Jahr 1995 geschlossenen Stromliefervertrages mit faktischer Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung über 15 Jahre zwischen der Deutschen Bahn und einem Regionalversorgungsunternehmen zu bewerten hatte.³⁷⁵ Das Gericht knüpfte offenbar an die Freistellungsentscheidungen der Kommission an und hob hervor, dass ein Elektrizitätsliefervertrag mit einer Laufzeit von fünfzehn Jahren mit Art. 81 Abs. 1 EG vereinbar sei.³⁷⁶ Demgegenüber hat die Kommission Laufzeiten von bis zu fünfzehn Jahren entweder freigestellt oder im Wege eines Negativattestes für unbedenklich erklärt und dabei umfangreiche Abwägungen vorgenommen, die den in Art. 81 Abs. 3 EG aufgeführten engen Anforderungen unterliegen. Es ist daher keinesfalls möglich, den gesamten Bedarf abdeckende Verträge mit fünfzehn Jahren Laufzeit pauschal als nicht wettbewerbsbeschränkend anzusehen. Das angeführte Argument des *LG Frankfurt*, fünfzehn Jahre Laufzeit seien bei wertender Betrachtungsweise wegen der in jedem Austauschvertrag

³⁶⁹ Siehe dazu *Schäfer*, in: *Energierechtsnovelle*, S. 27, 37.

³⁷⁰ Bekanntmachung der Kommission vom 23.04.1996, Abl. Nr. C 118/7 7, 26 „*REN*“; Bekanntmachung der Kommission vom 09.05.1996, Abl. Nr. C 138/ 3 „*ISAB Energy*“.

³⁷¹ *Schäfer*, in: *Energierechtsnovelle*, S. 27, 40.

³⁷² Bekanntmachung der Kommission vom 23.04.1996, Abl. Nr. C 118/ 7, S. 26 „*REN*“.

³⁷³ *Metzenthin*, in: *Energierechtsnovelle*, S. 57, 70; *Markert*, in: *EuZW* 2000, S. 427, 429; *Lukes*, in: *EWS* 1999, S. 441, 445.

³⁷⁴ *Markert*, in: *Festschrift für Büttner*, S. 137, 141 f.

³⁷⁵ Urteil des LG Frankfurt vom 27.06.2001, Az. 3/8 O 102/00, S. 11 (bisher unveröffentlicht).

³⁷⁶ Urteil des LG Frankfurt vom 27.06.2001, Az. 3/8 O 102/00, S. 11 (bisher unveröffentlicht); ebenso wohl *Schulte-Beckhausen*, in: *Ludwig/Odenthal*, Rdnr. 20; *Ritter*, in: *Festschrift für Lieberknecht*, S. 495, 506.

liegenden Bedarfsdeckung angezeigt,³⁷⁷ ist schon deshalb nicht verständlich, weil auch Austauschverträge ohne Gesamtbedarfsdeckungsklauseln allein wegen ihrer langen Laufzeit gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen können.

Das *LG Köln* sah jedenfalls einen faktisch den gesamten Bedarf abdeckenden Gasliefervertrag zwischen der Thyssengas und den Stadtwerken Aachen mit neunzehn Jahren Laufzeit als Wettbewerbsbeschränkung an.³⁷⁸ Das Gericht war der Auffassung, dass das bindende EVU keine Umstände vorgetragen hatte, die - wie zum Beispiel sehr hohe und konkret nachweisbare Investitionen - eine derart lange Laufzeit rechtfertigen konnten.³⁷⁹ Auch hier bezog sich das Gericht jedoch auf Freistellungsentscheidungen der Kommission, die nicht die Einschlägigkeit des Tatbestandes von Art. 81 Abs. 1 EG verneinten. Auch die Rechtsprechung zur zulässigen Laufzeit in Bierbezugs- und Tankstellenverträgen kann innerhalb des Tatbestandsmerkmals „Wettbewerbsbeschränkung“ nicht zur Konkretisierung der zulässigen Laufzeit beitragen. Denn bei diesen Verträgen besteht die Besonderheit, dass die bis zu 15 Jahre andauernden Laufzeiten mit spezifischen Investitionen in Gaststätten und Tankstellen gerechtfertigt wurden und auch hier die Laufzeitgrenzen im Rahmen einer Abwägungsentscheidung des Art. 81 Abs. 3 EG ermittelt worden sind.³⁸⁰

Eine Tatbestandsrestriktion mit Hilfe der *Immanenztheorie* kommt ebenfalls nicht in Betracht. Zwar können im deutschen Recht mit der Immanenztheorie Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen dem Tatbestand des § 1 GWB entzogen sein, wenn ihre Durchsetzung die Funktionsfähigkeit anderer von der Rechtsordnung anerkannter Rechtsinstitute oder Rechtsgeschäfte gefährden würde.³⁸¹ Danach werden im deutschen Recht diejenigen vertraglichen Nebenabreden, die zur Durchführung des kartellrechtsneutralen vertraglichen Hauptzwecks notwendig sind, und demgemäß auch aus § 242 BGB oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitet werden könnten, trotz ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung nicht dem Kartellverbot unterstellt.³⁸² Eine Einschränkung des Tatbestandes von Art. 81 Abs. 1 EG auf der Grundlage der Immanenztheorie - über die Leitlinien für vertikale Vereinbarungen hinaus - kommt bei Bezugs- und Absatzbindungen in Elektrizitätslieferverträgen jedoch nicht in Betracht. Zwar hat sich auch der EuGH in einigen Entscheidungen - wenn auch nicht ausdrücklich - auf Immanenzgesichtspunkte gestützt und infolgedessen die Einschlägigkeit von Art. 81 Abs. 1 EG abgelehnt. Dabei handelte es sich aber um besonders gelagerte Ausnahmefälle, die keiner verallgemeinerungsfähigen Analogie zugänglich sind.³⁸³ Auch die Leitlinien der Kommission

³⁷⁷ Urteil des LG Frankfurt vom 27.06.2001, Az. 3/8 O 102/00, S. 11 (bisher unveröffentlicht).

³⁷⁸ Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, Rs. 28 O (Kart.) 559/99, in: RdE 2000, S. 233.

³⁷⁹ Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, Rs. 28 O (Kart.) 559/99, in: RdE 2000, S. 233, 237; so auch *Schulte-Beckhausen*, in: *Ludwig/Odenthal*, Art. 81, Rdnr. 20.

³⁸⁰ Die Freistellungsregelungen in den GVO 1984/83, GVO 1983/83, Abl. EG L 173/1, knüpfen für die Freistellung ausdrücklich an die Gegenleistung der Lieferanten an. Vgl. zu Bier- und Tankstellenbezugsverträgen auch *Schwintowski*, in: *Erdgasmärkte*, S. 25 u. 29; *Steinberg/Britz*, S. 140 f.

³⁸¹ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker* (2. Auflage), § 1 Rn. 164 f; *Fuchs*, S. 422; *Köhler*, in: BB 1996, S. 2577, 2579; *Christoph*: S. 177; *Fritzsche*, in: ZHR 160 (1996), S. 31, 56.

³⁸² Zur dogmatischen Begründung der Immanenztheorie, *Schwintowski*, in: *Erdgasmärkte*, S. 65 ff.

³⁸³ Dies zeigen die Entscheidungen des EuGH: Urteil des EuGH vom 11.07.1985, Rs. 42/84, EuGH Slg. 1985, S. 2545, 2571, Tz. 19 „*Remia/Nutricia*“ im Hinblick auf ein Wettbewerbsverbot in einem Unternehmenskaufvertrag; Urteil des EuGH vom 28.01.1986, Rs. 161/84, Slg. 1986, 353, 381 f, Tz. 15 f „*Pronuptia*“ für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in einem Franchisevertrag; Urteil des EuGH vom 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, S. 1875, 1908, Tz. 27 „*Metro/SABA I*“ für selektive Vertriebsysteme.

zu vertikalen Vereinbarungen bedeuten keine Anerkennung der Immanenztheorie.³⁸⁴ Eine derartige Notwendigkeit besteht aufgrund der anders gelagerten Konzeption des europäischen Kartellrechts grundsätzlich auch nicht. Sie wäre dem System des europäischen Kartellrechts fremd. Denn im europäischen Kartellrecht existiert - anders als im deutschen - eine weitreichende Möglichkeit zur Freistellung von Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 81 Abs. 3 EG.³⁸⁵ Mit einer Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG können Ausnahmen für unerlässliche Wettbewerbsbeschränkungen erteilt werden. Bislang ist ausschließlich die Kommission zum Erlass eines Freistellungsverwaltungsaktes befugt. Anders geregelt ist demgegenüber die Anwendung des Tatbestandes des Art. 81 Abs. 1 EG. Hier sind die nationalen Kartellbehörden solange zuständig, bis die Kommission ein Verfahren eingeleitet hat. Die grundsätzliche Anerkennung der Immanenztheorie im europäischen Recht würde deshalb zu einer vom europäischen Gesetzgeber bislang nicht geregelten Kompetenzverschiebung führen, weil mit ihr eine umfangreiche dezentralisierte Anwendung verbunden wäre.³⁸⁶

Die Grenzziehung zwischen gewöhnlicher Bedarfsdeckung mit faktischem Ausschluss Dritter und unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung ist schwer zu ziehen.³⁸⁷ Im europäischen Primärrecht selbst finden sich keine objektiven Laufzeitgrenzen. Konkret zur zulässigen Laufzeit von Elektrizitätslieferverträgen zwischen Weiterverteilern hat sich das *LG Rostock* geäußert. Es vertritt die Auffassung, dass erst eine Laufzeit von *mehr als fünf Jahren* in die kartellrechtliche Kontrolle des Art. 81 Abs. 1 EG hineinführe.³⁸⁸ Die Kommission stellt in der "Schirm-GVO" zwar vertikale Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarungen von Art. 81 Abs. 1 EG frei, wenn sie eine Dauer von fünf Jahren nicht überschreiten.³⁸⁹ Aus der Existenz dieser Freistellungsregelung lässt sich jedoch gerade nicht folgern, dass Vereinbarungen, die zur Abdeckung des gesamten Bedarfs über einen Zeitraum von weniger als fünf Jahren verpflichten, nicht von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst werden. Denn ansonsten wäre eine Freistellungsregelung nach Art. 81 Abs. 3 EG überflüssig.³⁹⁰

Bis zu welcher Dauer ein Liefervertrag mit Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung in seinen Wirkungen mit einem einfachen, bedarfsdeckenden Kaufvertrag vergleichbar ist und deshalb nicht zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt, entnimmt man der "Schirm-GVO" allerdings nicht. *Köhler* hält die jeweiligen Bedarfs-, Produktions-, Macht- und Marktverhältnisse sowie die übrige Ausgestaltung des Liefervertrages für wesentlich.³⁹¹

³⁸⁴ *Duijm*, S. 50: Durch den Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen im EG-Recht hat die Immanenztheorie im EG-Recht allerdings an Bedeutung verloren.

³⁸⁵ *Christoph*, S. 179 kann deshalb nicht zugestimmt werden, wenn er behauptet, dass die weit Fassung des Verbotstatbestandes des Art. 81 Abs. 1 EG die Funktionsfähigkeit anerkannter Handlungsformen im europäischen Recht noch stärker als im deutschen Recht bedrohe.

³⁸⁶ *Emmerich*, in: *Dauses*, Handbuch II, S. 36. Ab dem Zeitpunkt der Verabschiedung der neuen Verordnung Nr. 17 kann hier allerdings eine andere Sichtweise gelten.

³⁸⁷ *Baur*, in: Diskussionsbericht zum neuen energie- und kartellrechtlichen Rahmen, S. 70, 71: Die konkret zulässigen Laufzeiten werden von den deutschen Gerichten und Kartellbehörden gesetzt. Ein deutscher Professor könne dagegen nicht entscheiden, ob ein Vertrag mit einer Laufzeit von 12 oder 14 Jahren nichtig sei.

³⁸⁸ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 16 (bisher unveröffentlicht).

³⁸⁹ Art. 5 a) i.V.m. Art. 1 b) VO Nr. 2790/99 vom 22.12.1999, Abl. EG L 336/21 vom 29.12.1999.

³⁹⁰ So auch *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, S. 1901, 1904 f; *Säcker/Jaecks*, S. 12 (bisher unveröffentlicht); a. A. offenbar *Baur*, in: RdE 2001, S. 81, 86.

³⁹¹ *Köhler*, in: *Energiewirtschaft - Der neue energie- und kartellrechtliche Rahmen*, S. 51, 64; so schon *Ritter*, in: RdE 1995, S. 50, 55.

Jedenfalls bei Überschreitung der Fünfjahresfrist soll auch nach seiner Auffassung grundsätzlich die kartellrechtliche Überprüfung nach Art. 81 Abs. 1 EG eröffnet sein.³⁹² Bereits vor Erlass der "Schirm-GVO" befand die Kommission, dass ausschließliche Bezugsvereinbarungen mit einer Laufzeit von fünf Jahren über den Inhalt langfristiger Lieferverträge hinaus gehen und deshalb Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG seien.³⁹³

Schwintowski vertritt die Auffassung, dass die zulässige Länge der Vertragslaufzeit von einer Betrachtung des Einzelfalles abhängig ist. Wesentliche Faktoren seien dabei insbesondere die betroffene Kundengruppe und die abgenommenen Bezugsmengen.³⁹⁴ Anhaltspunkte sieht *Schwintowski* außerdem in den von der Kommission in der "*Industriegase*"-Entscheidung aufgestellten Grundsätzen. Dort hielt die Kommission Lieferverträge eines marktmächtigen Lieferanten über Flüssiggas als lose Ware ohne weitergehende Investitionen in den Abnehmer mit einer Laufzeit von *maximal drei Jahren* unter der Bedingung für angemessen, dass die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung gegen eine feste Abnahmemenge ersetzt wurde.³⁹⁵ Im "*Industriegase*"-Fall bestand allerdings zwischen dem Hersteller von industriellen Gasen und den abnehmenden Stahlwerken kein Wettbewerbsverhältnis³⁹⁶, so dass die dort als zulässig befundenen Laufzeiten bei Elektrizitätslieferverträgen zwischen marktbeherrschenden Lieferanten und Weiterverteilern allenfalls eine Obergrenze bilden können.

Säcker/Jaecks wollen nach der Stärke des Lieferanten differenzieren: liege der Marktanteil bei 30 % (und darüber bis zur Grenze der Marktbeherrschung) sei eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung von einem Jahr bereits tatbestandsmäßig; liege der Marktanteil unter 30 % seien Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen erst bei einer Laufzeit von drei bis vier Jahren kartellrechtlich bedenklich.³⁹⁷

In ihren Leitlinien für vertikale Vereinbarungen hat die Kommission lediglich Bezugsvereinbarungen von nicht marktbeherrschenden Unternehmen mit einer *Laufzeit von weniger als einem Jahr* als regelmäßig nicht wettbewerbsbeschränkend angesehen.³⁹⁸ Für Wettbewerbsverbote mit einer Dauer von einem bis zu fünf Jahren hat sie dagegen erklärt, dass diese eine sorgfältige Gegenüberstellung der wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Wirkungen erfordern würden.³⁹⁹ Diese Abwägung nimmt die Kommission nicht im Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG, sondern erst im Rahmen der Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EG vor. Darüber hinaus kann auch bei Verträgen mit einer Laufzeit von weniger als einem Jahr eine Beschränkung des Wettbewerbs

³⁹² *Köhler*, in: Energiewirtschaft - Der neue energie- und kartellrechtliche Rahmen, S. 51, 64; so wohl auch *Schäfer*, in: ET 1999, S. 553, 554.

³⁹³ Entscheidung der Kommission vom 06.12.1983, 83/622/EWG, IV/30.099, Abl. Nr. 351 vom 14/12/1983 S. 20, Tz. 14 f, "*Schlegel/CPIO*".

³⁹⁴ *Schwintowski*, in: Erdgasmärkte, S. 94.

³⁹⁵ 19. Wettbewerbsbericht der Kommission (1989), S. 78, Tz. 62: Die Kommission erwartete, eine Ersetzung der Höchstmengen durch solche Abnahmeregelungen, die deutlich unter dem gesamten Bedarf liegen würden. Diese Erwartung realisierte sich jedoch nicht, weil die Abnehmer selbst an einer hohen Abnahmeregelung interessiert waren; vgl. *Kirchhoff*, in: WuW 1995, S. 361, 365.

³⁹⁶ Siehe dazu *Ritter*, in: FS für Lieberknecht, S. 495, 496.

³⁹⁷ *Saecker/Jaecks*, S. 15 (bisher unveröffentlicht).

³⁹⁸ *Saecker/Jaecks*, S. 15 verstehen unter nicht marktbeherrschenden Unternehmen nur solche mit einem Marktanteil von 30% bis zur Grenze der Marktbeherrschung.

³⁹⁹ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, ABL. 2000, C 291/13, Tz. 141.

vorliegen, wenn in dem Vertrag eine Verpflichtung zum Abschluss eines neuen Vertrages vorgesehen ist. Denn in diesem Fall hat die kurze Laufzeit keine Bedeutung.⁴⁰⁰

Das *LG Düsseldorf* hat - im Rahmen der Marktbeherrschungsvorschrift des § 20 Abs. 1 GWB - bereits einen Vertrag mit Gesamtbedarfsdeckungspflicht und einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren als Wettbewerbsbehinderung angesehen.⁴⁰¹ In einem einstweiligen Verfügungsverfahren untersagte das Gericht einem Elektrizitätsversorger, mit seinen gewerblichen Sonderkunden Lieferverträge mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren abzuschließen. Eine derartig lange Laufzeit sollte nach Ansicht des Gerichts insbesondere vor dem Hintergrund, dass Wettbewerber in der Regel nur Vertragslaufzeiten bis zu einem Jahr anbieten würden, zu einer nicht hinnehmbaren Wettbewerbsbeschränkung führen.⁴⁰² Dieser Auffassung hat sich das *LG Dortmund* uneingeschränkt angeschlossen.⁴⁰³ Die Begründung der Landgerichte lässt die Annahme zu, dass Lieferverträge, die Laufzeiten über das unter Wettbewerbsbedingungen zu erreichende Maß hinaus beinhalten, als Wettbewerbsbeschränkungen angesehen werden müssen. Mit dieser Entscheidung stimmt die Auffassung von *Markert* überein, wonach Art. 81 Abs. 1 EG dann einschlägig sein soll, wenn die Bindung deutlich von dem abweicht, was in vergleichbaren Fällen üblich ist.⁴⁰⁴

Ab wann eine Vertragslaufzeit noch nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, wird sich jeweils nach den besonderen Gesamtumständen des Einzelfalles zu orientieren haben. Dabei ist insbesondere auch der Konflikt zwischen inhaltlicher Gestaltungsfreiheit der Unternehmen auf der einen Seite und Wettbewerbsfreiheit auf der anderen Seite zu beachten.⁴⁰⁵ Je höher der Marktanteil des bindenden Unternehmens ist, desto größer ist die Gefahr, dass sich keine paritätischen Vertragspartner gegenüber stehen und das bindende Unternehmen deshalb seine Marktstellung ausnutzt. Das gebundene Unternehmen kann dann nicht frei wählen, weil es nicht dieselbe Macht wie das bindende Unternehmen besitzt. Es wird "genötigt", sich auf Vertragslaufzeiten einzulassen, die es bei wirksamem Wettbewerb nicht gewählt hätte. Zieht man die "Schirm-GVO" heran, gelten für Vereinbarungen zwischen einem Lieferanten mit einem Marktanteil von mehr als 30 % besonders strenge Regelungen, da hier positive Auswirkungen regelmäßig ausscheiden.⁴⁰⁶

Bei der Einschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit ist ferner der Konflikt zwischen den Interessen der Vertragsparteien, die sich durchaus im Einzelfall decken können, und den eingeschränkten Wettbewerbsmöglichkeiten Dritter auf der anderen Seite zu beachten. Dieses Interesse ist insbesondere dann berührt, wenn der durch die Gesamtbedarfsdeckung erschöpfte Bedarf verhältnismäßig stark ins Gewicht fällt, weil es sich bei dem gebundenen Unternehmen um ein größeres EVU handelt. Schränkt die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung unter den oben dargestellten Voraussetzungen zudem das Wettbewerbsverhältnis zwischen einem umsatzstarken Abnehmer und seinem Lieferanten auf horizontaler Ebene ein, sind an die Anforderungen der zulässigen Laufzeit besonders hohe Anforderungen zu stellen. Anders ist es dagegen, wenn der Lieferant und Abnehmer zusammen einen Marktanteil von weniger als 10 % haben. Von Marktabschottungen

⁴⁰⁰ *Bauer/de Bronett*, S. 27.

⁴⁰¹ Urteil des LG Düsseldorf vom 29.09.1999, 12 O 412/99 Kart., RdE 2000, S. 83, 84.

⁴⁰² Urteil des LG Düsseldorf vom 29.09.1999, 12 O 412/99 Kart., RdE 2000, S. 83, 84.

⁴⁰³ Beschluss des LG Dortmund vom 20. 11. 2000, Az. 13 O 57/00 LG, S. 7 f (bisher unveröffentlicht).

⁴⁰⁴ *Markert*, in: VIK-Mitteilungen 1989, S. 14.

⁴⁰⁵ Vgl. auch *Schaub/Dohms*, in: Die AG 1998, S. 566, 575: Zu klären ist, ab wann der Abschluss eines Liefervertrages über die unbedenkliche Ausübung der Vertragsfreiheit hinausgeht.

⁴⁰⁶ Erwägungsgrund 9, GVO für vertikale Vereinbarungen, Nr. 2790/1999, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

abgesehen, ist dies ein Anhaltspunkt dafür, dass keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.⁴⁰⁷ Das Marktanteilkriterium wird auch dann relevant, wenn eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung den Nachfragewettbewerb zwischen den Parteien einschränkt. Handelt es sich bei dem gemeinsam nachgefragten Anteil nur um eine kleine Menge, weil der Lieferant nur einen kleinen Teil selbst nachfragt, so hat dies in der Regel keine Auswirkungen auf die Laufzeiten von Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen. Fragt der Lieferant seinen gesamten Strombedarf nach, richten sich die Auswirkungen auf die Laufzeiten nach den Nachfragekapazitäten des Abnehmers. Je größer diese sind, desto strengere Maßstäbe sind an die Laufzeiten zu stellen.

Bei marktbeherrschenden Lieferanten wird man unter Berücksichtigung all dieser Faktoren bereits eine länger als ein- bis zweijährige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung als Wettbewerbsbeschränkung ansehen müssen. Ein Vertrag mit einer Laufzeit von einem Jahr kann das Interesse des Weiterverteilers an einer regelmäßigen und gesicherten Versorgung berücksichtigen und gleichzeitig durch die nach einem Jahr stattfindende neue Aushandlung der Vertragskonditionen die Anpassung an die jeweilige Wettbewerbssituation gewährleisten.

Festzuhalten bleibt, dass die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen von Vertragslaufzeiten sich an der konkreten Marktsituation orientieren müssen. Verträge mit Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen auf einem offenen Markt mit niedriger Bindungsquote und vielen Anbietern wirken sich kaum auf potentielle Wettbewerber und auf die gebundenen Unternehmen aus. Dem Wettbewerber und dem Abnehmer stehen genügend alternative Kunden bzw. Anbieter zur Verfügung. Ist der Markt dagegen durch eine hohe Bindungsquote von Abnehmern und wenige marktstarke Anbieter geprägt, kann sich bereits eine Vertragslaufzeit von mehr als einem Jahr auf den Wettbewerb auswirken. Denn der potentielle Wettbewerber zieht sich wegen der Unrentabilität des Wettbewerbs aus dem Markt zurück und dem Abnehmer steht zur Wahrung seiner Entscheidungsfreiheit keine hinreichenden Angebotsalternativen offen.

Die jeweils zulässige Laufzeit richtet sich also insbesondere nach drei *Kriterien*: der Größe des Abnehmers, der Marktstärke des bindenden Unternehmens und der Anzahl der gebundenen Abnehmer. Als Faustregel gilt, dass die Laufzeit eines Vertrages um so kürzer bemessen sein muss, je größer der Marktanteil des Lieferanten, der Marktanteil des Abnehmers und die Marktzutrittsschranken sind.⁴⁰⁸

Laufzeiten, die über die so ermittelten Grenzen hinaus gehen, enthalten Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG. Für Alt-Verträge gilt diese Laufzeitgrenze spätestens seit Inkrafttreten des EnWG, also ab 29.04.1998. Das bedeutet, dass Verträge zwischen einem Lieferanten mit einem Marktanteil von 30 % und mehr und einem starken Abnehmer bei einer hohen Bindungsquote, jedenfalls mit einer Laufzeit über den 29.04.2000 hinaus, Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG beinhalten. Auch Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen in neuen Lieferverträgen zwischen ähnlich starken Abnehmern und Lieferanten mit Laufzeiten von mehr als zwei Jahren enthalten regelmäßig Wettbewerbsbeschränkungen.

4. Wettbewerbsbeschränkung durch Mindestabnahme- verpflichtungen

Im folgenden wird untersucht, ob auch langfristige Mindestabnahmeverpflichtungen Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Zu unterscheiden ist bei

⁴⁰⁷ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, ABL. 2000, C 291/13, Tz. 9.

⁴⁰⁸ Ähnlich auch Köhler, in: Energiewirtschaft - Der neue energie- und kartellrechtliche Rahmen, S. 51, 65.

Mindestabnahmeverpflichtungen zwischen faktischen Gesamtbedarfsdeckungen und unterhalb des gesamten Bedarfs liegenden Abnahmeverpflichtungen.

a) Faktische Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen

Faktische Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen lassen sich in zwei Kategorien einteilen. Einerseits gibt es solche, bei denen die Abnahme mengenmäßig in absoluten Zahlen festgelegt ist, wobei diese Mengen tatsächlich dem gesamten Bedarf des Abnehmers entsprechen. Faktische Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen können aber andererseits auch als Folge der vertraglichen Ausgestaltung von Arbeits- und Leistungspreis entstehen.⁴⁰⁹ Der Arbeitspreis umfasst die Menge des bezogenen Stroms. Der Abnehmer zahlt einen Preis entsprechend der in Anspruch genommenen elektrischen Arbeit. Neben diesem Arbeitspreis wird dem Kunden aber auch ein Preis für die in Anspruch genommene elektrische Leistung berechnet. Das ist die Leistung, die der Kunde im Durchschnitt dem Stromnetz entnimmt. Auch wenn der Kunde diese Leistung nicht jederzeit oder gar nicht in Anspruch nimmt, muss der Stromversorger zumindest damit rechnen und deshalb für alle Fälle gerüstet sein. Mit dem Leistungspreis vergütet der Abnehmer die Vorhaltung entsprechend dimensionierter Kraftwerks- und Netzkapazitäten durch den Stromversorger. Bestimmt ein Vertrag einen sehr hohen Leistungspreis und einen relativ geringen Arbeitspreis, rentiert sich für den Abnehmer nur der Bezug großer Mengen, die ungefähr dem gesamten Bedarf entsprechen.⁴¹⁰ Hierin kann also unter Umständen eine versteckte faktische Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung liegen.

Der einzige Unterschied zwischen faktischer und formeller Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung liegt darin, dass das bindende Unternehmen bei der formellen Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung genaue Kenntnis von den Abnahmemengen des gebundenen Unternehmens hat, während es bei einer mengenmäßigen Vereinbarung nicht sicher sein kann, ob der vereinbarte Bedarf auch tatsächlich dem gesamten Bedarf entspricht.

Dennoch misst das *BKartA* mengenmäßigen Verpflichtungen offenbar weniger wettbewerbsschädliche Wirkungen bei als der Kontrahierung des gesamten Bedarfs. Denn in dem Fusionskontrollverfahren "*Thyssengas /RWE*" hatte sich das *BKartA* im Rahmen der Freigabeentscheidung von Thyssengas zusichern lassen, dass Thyssengas gegenüber allen Kunden auf seinen formellen Gesamtbedarfsdeckungsanspruch verzichtet, damit die Kunden über die jeweils kontrahierten, mengenmäßig festgelegten Erdgasbezüge hinaus frei sind, Gas von Dritten zu beziehen.⁴¹¹ Eine Begrenzung der Mindestabnahmeverpflichtung, die eine faktische Gesamtbedarfsdeckung hätte verhindern können, verlangte das *BKartA* nicht. Trotzdem sollte nach Auffassung des *BKartA* durch die Zusage eine Verbesserung der Wettbewerbsstruktur eintreten, weil sie neuen Wettbewerbern den Eintritt in den Markt ermögliche.⁴¹² Auch in der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass ein Vertrag, dessen Leistung und Gegenleistung bestimmt ist, keine Wettbewerbsbeschränkungen beinhaltet, wenn die Leistungserbringung über eine gewisse Zeit verteilt wird.⁴¹³ Entscheidend für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung soll vielmehr die explizite

⁴⁰⁹ *Klaue*, in: BB 2000, Beilage 6 zu Heft 20, S. 20, 21.

⁴¹⁰ *Büttner/Däubler*, in: ZNER 2001, S. 210, 211; *Klaue*, in: BB 2000, Beilage 6 zu Heft 20, S. 20, 21.

⁴¹¹ Bekanntmachung Nr. 41/97, in: Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1997/1998, BT.-Drs. 14/1139, S. 244.

⁴¹² Bekanntmachung Nr. 41/97, in: Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1997/1998, BT.-Drs. 14/1139, S. 244, 245.

⁴¹³ *Ritter*, in: Festschrift für Lieberknecht, S. 495, 500.

Ausschließlichkeitsabrede sein. Denn diese führe dazu, dass der noch nicht festliegende Gesamtbedarf des Abnehmers vom Vertragspartner bezogen werden müsse.⁴¹⁴ Auch die Kommission verlangte in der "*Industriegase*"-Entscheidung eine Ersetzung der Gesamtbedarfsdeckungsklausel durch eine Mengenregelung. Die nicht erfüllte Erwartung, dass diese Mengenregelung wesentlich unter dem gesamten Bedarf liegen würde, hielt sie offenbar für unerheblich. Denn einen Verstoß gegen Art. 81 EG leitete sie daraus nicht erneut ab.⁴¹⁵

An dieser Stelle ist jedoch eine differenzierte Sichtweise geboten: Enthält der Vertrag eine festgelegte Abnahmemenge, muss zunächst geprüft werden, ob diese Abnahmemenge dem gesamten Bedarf des Weiterverteilers entspricht. In diesem Fall handelt es sich um eine faktische Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung.⁴¹⁶ Eine solche Klausel unterscheidet sich nicht von einer formalen Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung.⁴¹⁷ Dies haben Landgerichte insbesondere für Stromlieferverträge bereits mehrfach bestätigt.⁴¹⁸ Eine andere Betrachtung würde letztlich auch dazu führen, dass die Parteien sich am prognostizierten Gesamtbedarf orientieren und damit wettbewerblich genau dieselbe Wirkung erzielen wie mit einer formellen Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung. Tatsächlich finden sich faktische Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen in der Praxis recht häufig, weil die Lieferanten Orientierungsgrößen für den Bedarf des Abnehmers benötigen. Sie vereinbaren den Bezug einer Bedarfsmenge, die - ausgerichtet am tatsächlichen Bedarf des Vorjahres und am prognostizierten (Mehr)-Bedarf des Bezugszeitraums - dem gesamten Bedarf entsprechen soll. Damit bezwecken die Parteien zumindest den Eintritt von denselben Wirkungen, die auch formelle Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen haben. Dies genügt, um formelle und faktische Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen gleich zu behandeln. Für sie gelten daher die oben aufgestellten Grundsätze.⁴¹⁹

b) Abnahmequoten unterhalb des Gesamtbedarfs

Aber auch Mindestabnahmeverpflichtungen, die weniger als den gesamten Bedarf ausmachen, können unter Beachtung der oben dargestellten Grundsätze wettbewerbsbeschränkend sein.⁴²⁰ So hat der EuGH im Rahmen von Art. 82 EG Bezugsbindungen, die einen *wesentlichen Teil* des Bedarfs des Abnehmers decken, den ausschließlichen Bezugsbindungen gleichgestellt.⁴²¹ Bei Art. 81 EG kann nichts anderes gelten.⁴²² Was einem wesentlichen Teil des gebundenen Bedarfs entspricht, ließ der EuGH allerdings offen.

⁴¹⁴ Ritter, in: Festschrift für Lieberknecht, S. 495, 500.

⁴¹⁵ Siehe dazu Kirchhoff, in: WuW 1995, S. 361, 365.

⁴¹⁶ Klaue, in: Festschrift für Büttner, S. 125, 133: Das Wort "Gesamtbedarfsdeckung" braucht nicht im Vertrag aufzutauchen.

⁴¹⁷ So auch Schwintowski, in: FS für Sandrock, S. 901, 916.

⁴¹⁸ Vgl. insoweit nur das Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, Rs. 28 O (Kart.) 559/99, in: RdE 2000, S. 233, 237.

⁴¹⁹ Siehe S. 66 ff.

⁴²⁰ Scholz, in: RdE 1998, S. 209; a.A. offenbar OLG München in seinem Urteil vom 21.09.1989, Az. U (K) 5376/88, DB 1990, S. 35, 36, wonach die Vereinbarung einer Mindestabnahmeverpflichtung nur dann nicht zulässig sein soll, wenn die festgelegten Mengen nicht unter dem tatsächlichen Bedarf liegen.

⁴²¹ Urteil des EuGH vom 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Tz. 89 "Hoffmann-La Roche"; Urteil des EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Tz. 149 "AKZO".

⁴²² Ritter, in: FS für Lieberknecht, S. 495, 501.

aa) Vertragliche Abnahmequoten über 80 % des Bedarfs - Faktische Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen

Dass Art. 81 Abs. 1 EG jedenfalls für Mindestabnahmeverpflichtungen über 80 % gelten kann, folgt aus der "Schirm-GVO". Denn dort werden Verpflichtungen, über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren mehr als 80 % des Bedarfs beim Vertragspartner zu decken, als Wettbewerbsverbote behandelt, für die die Freistellungswirkung nur eingeschränkt gilt.⁴²³ Das bedeutet, dass eine Abnahmeverpflichtung von mehr als 80 % des Bedarfs in einem Vertrag mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren nach Ansicht der Kommission regelmäßig das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG erfüllt. Auch hier ist es nicht notwendig, zwischen absolut festgelegten Abnahmemengen und prozentualen Abnahmequoten zu unterscheiden.⁴²⁴

Nach den Leitlinien der Kommission für vertikale Verhaltensweisen kommt es für die Qualifizierung einer Vereinbarung als Wettbewerbsverbot entscheidend darauf an, dass der Käufer bei einer 80 %-igen Bezugsverpflichtung nur noch sehr begrenzte Möglichkeiten hat, Waren von anderen Unternehmen zu beziehen.⁴²⁵ Eine differenzierte Betrachtung sei erst bei Mengenvorgaben angebracht, die einen gewissen Spielraum einräumen, auch Waren konkurrierender Unternehmen zu beziehen.⁴²⁶ Eingeschränkte Bezugsmöglichkeiten liegen deshalb auch dann vor, wenn bei der Ermittlung des gesamten Bedarfs Einspeisungen Dritter, zu deren Aufnahme und Vergütung das gebundene Unternehmen durch gesetzliche Regelungen unmittelbar verpflichtet ist, nicht berücksichtigt werden. Die vom *LG Rostock* vertretene gegenteilige Auffassung⁴²⁷ überzeugt dagegen nicht. Denn bei einer gesetzlichen Abnahmeverpflichtung kann das gebundene Unternehmen nicht frei entscheiden, ob und von wem es Strom abnimmt. So ist es etwa bei Verpflichtungen zur Abnahme von Strom nach dem EEG. Danach sind die Netzbetreiber gemäß § 3 Abs. 1 EEG verpflichtet, den in ihrem Versorgungsgebiet produzierten Strom abzunehmen und nach einem festgesetzten Preisschema zu vergüten.⁴²⁸ Ein Abnehmer, der zur Abnahme derart gewonnener Elektrizität gesetzlich verpflichtet ist, kann nicht durch eine vertragliche Klausel an der Abnahme dieser Elektrizität gehindert werden. Kommt das gebundene Unternehmen seiner gesetzlichen Abnahmeverpflichtung nach, trifft es also gerade keine wettbewerbsrelevante Entscheidung, die sich an Angebot und Nachfrage orientiert.

Eben dies gilt auch, wenn es gebundenen Stadtwerken gestattet wird, ihren Strombedarf durch Eigenerzeugung zu decken. Insbesondere Verträge zwischen EVU in den neuen Ländern erlauben den weiterverteilenden kommunalen Unternehmen die eigene Erzeugung von Elektrizität, soweit dies im Rahmen der Vereinbarung des Streits vor dem Bundesverfassungsgericht über die Stromversorgungsstruktur in den neuen Ländern aus dem Jahr 1992 ("Stromstreit") gestattet ist.⁴²⁹ Diese Regelung ermöglicht es den EVU zwar, selbst Strom zu erzeugen und so einen Teil ihres Bedarfs abzudecken. Die Möglichkeit des Strombezugs von Wettbewerbern des Lieferanten bleibt ihnen jedoch weiter verschlossen. Besteht etwa bei einem Regionalversorgungsunternehmen oder einem Stadtwerk, dass 25 %

⁴²³ Art. 1b) der GVO über vertikale Verhaltensweisen, Abl. L 336 vom 29.12.1999, S. 21.

⁴²⁴ *Bauer/de Bronett*, S. 86.

⁴²⁵ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, ABL. 2000, C 291/13, Tz. 58. Darauf stellt auch *Schulte-Beckhausen*, in: *Ludwig/Odenthal*, Art. 81, Rdnr. 19 ab.

⁴²⁶ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, ABL. 2000 C 291/13, Tz. 58.

⁴²⁷ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 18 f (bisher unveröffentlicht).

⁴²⁸ Siehe dazu die detaillierten Regelungen in §§ 4 ff EEG.

⁴²⁹ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, 5 O 130/99, S. 19 (bisher unveröffentlicht).

seines gesamten Bedarfs selbst produziert, eine Verpflichtung zur 75 %-igen Bedarfsdeckung, bezieht das gebundene EVU faktisch seinen gesamten Strom, den es auf dem Markt nachfragt, von dem bindenden EVU. Das gebundene Unternehmen kann nur zwischen der eigenen Erzeugung und dem Bezug vom Lieferanten wählen. Der Weg zu Angeboten konkurrierender EVU des Lieferanten bleibt versperrt und die Vorteile des Wettbewerbs erreichen ihn nicht. Eine Gesamtbedarfsdeckung liegt deshalb immer bereits dann vor, wenn der Strom, den das gebundene Unternehmen grundsätzlich von beliebigen Dritten beziehen kann, durch die vereinbarte Abnahmeregelung voll ausgeschöpft wird. Dass es eine Reihe von solchen verdeckten Gesamtbedarfsdeckungsklauseln geben wird, liegt schon deshalb auf der Hand, weil die lokalen EVU immerhin durchschnittlich 10 % ihres gesamten Bedarfs und die Regionalversorgungsunternehmen sogar ca. 20 % selbst erzeugen.⁴³⁰ Erlaubt der Vertrag es dem Abnehmer dagegen, im Rahmen einer freiwilligen Entscheidung, von Dritten Strom zu beziehen, so verringert sich die hundertprozentige Abnahmequote um den entsprechenden Anteil. Das Eigenerzeugungsverbot ist also keine mittelbare Regelung der Bezugspflicht.⁴³¹ Unterschreitet diese Quote 80 % des Bedarfs nicht, so kann bereits bei ein- bis zweijährigen Verpflichtung unter den im Zusammenhang mit der zulässigen Laufzeit von Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen genannten Umständen eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen.⁴³²

bb) Abnahmequoten unter 80 % des Bedarfs

Verpflichtungen zu einer Abdeckung von weniger als 80 % des Bedarfs werden von *Raabe* als nicht wettbewerbsbeschränkend bezeichnet. Seiner Ansicht nach erfüllen derartige Verpflichtungen daher nicht den Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG. *Raabe* lehnt sich dabei an die "Schirm-GVO" an.⁴³³ Dabei übersieht *Raabe* jedoch, dass die "Schirm-GVO" die mehr als 80 %-ige Bedarfsdeckung über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren als Wettbewerbsverbot ("*hardcore restrictions*") definiert. Dieses zählt nach der "Schirm-GVO" zu den besonders schwerwiegenden Beschränkungen des Wettbewerbs. Auch bei längerfristigen Verträgen mit einer Abnahmequote unter 80 % begibt sich der Vertragspartner für längere Zeit der Freiheit, Angebote von Wettbewerbern anzunehmen. Aus diesen Gründen hat die Kommission Vereinbarungen, die Unternehmen über fünfzehn Jahre zu einer etwa 50 %-igen Bedarfsdeckung verpflichteten, unter Art. 81 Abs. 1 EG subsumiert.⁴³⁴ Die Kommission untersagte sogar einen Vertrag mit einer Laufzeit von fünf Jahren und einer Deckungsquote von 50%. Dabei bestimmte der Vertrag allerdings, dass ohne Kündigung automatisch eine Verlängerung um fünf Jahre eintreten sollte,⁴³⁵ so dass es sich im Ergebnis um einen Vertrag von unbestimmter Dauer handelte.

Dagegen hat das *LG Leipzig* - allerdings bei Prüfung eines Verstoßes gegen § 1 GWB - erklärt, dass eine Verpflichtung, die nur 70 % des Bedarfs erfasse, kartellrechtlich nicht relevant sei.⁴³⁶ Der Entscheidung des *LG Leipzig* lag ein Stromliefervertrag mit einer Laufzeit von 20 Jahren zugrunde, in dem sich ein kommunales Unternehmen verpflichtet hatte, 70 %

⁴³⁰ *Preußner*, S. 217, 222.

⁴³¹ So aber *Büdenbender*, in: *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, § 103, Rdnr. 154.

⁴³² So auch *Säcker/Jaecks*, S. 15 f.

⁴³³ *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 775, so wohl auch *Saecker/Jaecks*, s.o., allerdings unter der Voraussetzung, dass der Marktanteil 30% nicht übersteigt.

⁴³⁴ Entscheidung der Kommission vom 12.07.1984, Abl. vom 02.08.1984, S. 26, Tz. 3.1 "*Carlsberg*";

⁴³⁵ Entscheidung der Kommission vom 11. 11.1994, IV/34.410, Abl. Nr. L 309 vom 02.12.1994 S. 24, Tz. 10, 21 "*Olivetti-Digital*".

⁴³⁶ Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 9 (bisher unveröffentlicht).

seines Bedarfs bei einem Regionalversorger zu beziehen. Das Gericht vertrat die Auffassung, dass das Kartellrecht nur Gesamtbedarfsdeckungen erfasse. Dagegen spricht jedoch, dass auch eine 70 %-ige Deckungsverpflichtung über einen Zeitraum von zwanzig Jahren sowohl für das gebundene Unternehmen wie auch für Wettbewerber des Lieferanten die selben Auswirkungen haben kann wie eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung über einen fünfzehnjährigen Zeitraum.

Hinzu kommt, dass die "Schirm-GVO" Verpflichtungen eines Unternehmens mit einem Marktanteil von mehr als 30 % generell nicht freistellt. Verpflichten derart starke Lieferanten Abnehmer zu einer Abnahmeverpflichtung unterhalb der 80 %-Grenze, so kann auch hierin eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung liegen. Berücksichtigt man, wie oben ausgeführt wurde, dass eine Verpflichtung zu 80 % des Bedarfs gegenüber einem Lieferanten mit einem Marktanteil von weniger als 30 % eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, kann eine Abnahmeverpflichtung von 75 % des selben Lieferanten nicht über einen unbegrenzten Zeitraum zulässig sein.

Die zeitlichen Grenzen einer Abnahmeverpflichtung müssen deshalb in Verbindung mit der jeweiligen Laufzeit und dem Marktanteil des Lieferanten bestimmt werden. Daraus ergibt sich eine dynamische Bestimmung der Wettbewerbsbeschränkung. Je länger die Laufzeit eines Vertrages und je höher der Marktanteil des Lieferanten und des Abnehmers sind, desto niedriger liegt die Grenze für die höchstzulässige Abnahmemenge. Unterhalb der 50 %-Grenze ist die Wettbewerbsrelevanz allerdings nur noch mit großen Klimmzügen - also mit exorbitant hohen Laufzeiten und Marktanteilen zu begründen.⁴³⁷

5. Gruppeneffekt mehrerer Abnahmeverpflichtungen

Die kartellrechtliche Relevanz von Lieferverträgen kann sich außerdem aus dem Gruppeneffekt mehrerer Abnahmeverpflichtungen eines Abnehmers ergeben.⁴³⁸ Dieser Gruppeneffekt tritt auf, wenn sich ein Abnehmer gegenüber mehreren Lieferanten zum Bezug bestimmter Anteile seines Bedarfs verpflichtet, die insgesamt zu einer Gesamtbedarfsdeckung des Abnehmers führen.⁴³⁹ Auch mehrere nebeneinanderbestehende Vereinbarungen können in ihrer Gesamtheit betrachtet zu den selben wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen gegenüber Dritten führen wie eine einzelne Vereinbarung. Einschränkend muss aber hinzugefügt werden, dass die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG auf nebeneinanderbestehende Teil-Bedarfsdeckungen - jedenfalls nach der Rechtsprechung des EuGH in ähnlichen Sachverhaltsgestaltungen - nur dann möglich ist, wenn die einzelne Teil-Bedarfsdeckung zur Gesamtbedarfsdeckung in erheblichem Maße beiträgt.⁴⁴⁰ Eine Abnahmeverpflichtung von 10 % oder 20 % wird diesen Beitrag jedenfalls nicht leisten können. Sie ist gerade Ausdruck einer freien Entscheidung des Abnehmers.

Der von *Ritter* beschriebene Gruppeneffekt tritt im übrigen auch dann auf, wenn sich ein Abnehmer durch mehrere, *scheinbar* voneinander unabhängige, in verschiedenen Urkunden niedergelegten Verträgen an denselben Lieferanten bindet. So war es etwa in dem

⁴³⁷ *Kirchhoff*, in: *Wiedemann*, § 10, Rdnr. 271.

⁴³⁸ *Ritter*, in: *FS für Lieberknecht*, S. 495, 501.

⁴³⁹ *Ritter*, in: *FS für Lieberknecht*, S. 495, 501.

⁴⁴⁰ Zu diesem Ergebnis käme man jedenfalls in entsprechender Anwendung der "*Delimitis*"-Entscheidung, Urteil des EuGH vom 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991, 977, 984 f, Tz. 15 ff, nach der bei der spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs und des zwischenstaatlichen Handels durch die kumulierte Auswirkung nebeneinanderbestehender Vereinbarungen der einzelne Vertrag in nicht unerheblicher Weise zu den Auswirkungen beigetragen haben muss.

Sachverhalt, der der Entscheidung des *LG Leipzig* zugrunde lag. Dort hatte das *LG Leipzig* bei einem Vertrag, der ursprünglich eine 70 %-ige Abnahmeverpflichtung enthielt, einen Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften getrennt von einer später als Zusatzvereinbarung bezeichneten 30 %-igen Abnahmeverpflichtung untersucht, obwohl die Zusatzvereinbarung ausweislich der Entscheidungsgründe des Gerichts zu einer 100 %-igen Bedarfsdeckung führte.⁴⁴¹

Mit dieser Trennung übersah das *LG Leipzig* jedoch, dass die Zusatzvereinbarung nichts anderes als eine Vertragsänderung war, die sogar als Nachtragsvereinbarung zum ursprünglichen Stromliefervertrag bezeichnet war. Es handelte sich bei den beiden Verträgen also um ein einheitliches Rechtsgeschäft. Selbst wenn es sich tatsächlich um zwei verschiedene Verträge gehandelt hätte, so hätte das Gericht dennoch beachten müssen, dass unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten allein die Wirkungen der beiden Verträge maßgeblich sein können.⁴⁴² Diese unterscheiden sich nur dann von denen eines einzelnen Rechtsgeschäfts, wenn ein Vertrag in absehbarer Zeit ausläuft und potentiellen Wettbewerbern ein neuer Kunde zur Verfügung steht.

Festzuhalten ist deshalb, dass mehrere Abnahmebindungen gegenüber demselben oder verschiedenen Lieferanten zu einer einheitlichen Betrachtungsweise führen und sie deshalb im Zusammenhang mit anderen Verpflichtungen kartellrechtlich relevant werden können.

6. Eigenerzeugungsverbote

Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Eigenerzeugungsverboten wurde bereits oben⁴⁴³ abgehandelt. Da sie auch dann keine andere Wirkung haben, wenn sie separat in einem Vertrag vereinbart sind, soll an dieser Stelle auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

Zwischenergebnis:

Demarkationen und Eigenerzeugungsverbote sind Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG. Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen sind dagegen nicht per se verboten, sondern erfüllen den Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung nur dann, wenn sie Laufzeiten haben, die mit denen eines einfachen bedarfsdeckenden Kaufvertrages nicht mehr vergleichbar sind. Bei Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen gegenüber einem marktstarken Lieferanten ist dies regelmäßig bei einer Vertragslaufzeit von ein- bis zwei Jahren der Fall. Bei Mindestabnahmeverpflichtungen ist zwischen faktischen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen und Verpflichtungen unterhalb des Gesamtbedarfs zu unterscheiden. Auch sie können wettbewerbsbeschränkend sein. Dazu bedarf es einer dynamischen Bestimmung der Wettbewerbsbeschränkung, die sich nach den Kriterien Laufzeit, Abnahmemenge und Marktanteil des Lieferanten bestimmt.

⁴⁴¹ Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 7 f (bisher unveröffentlicht).

⁴⁴² Vgl. nur Urteil des EuGH vom Urteil des EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, S. 544, 556 „*Brasserie de Haecht*“.

⁴⁴³ Siehe Seite 62 f.

III. Konzerninterne Vereinbarungen

Ausgeschlossen sein könnte das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung allerdings in den Fällen, in denen Lieferant und Weiterverteiler zu dem selben Konzern gehören. Vereinbarungen innerhalb eines Konzerns gelten grundsätzlich nicht als Wettbewerbsbeschränkungen (sog. *Konzernprivileg*). Im Elektrizitätssektor bestehen erhebliche Verflechtungen zwischen den Verbundunternehmen einerseits und Weiterverteilern - also Stadtwerken und Regionalversorgungsunternehmen andererseits. So stellte die Kommission in der Fusionsentscheidung "*VEBA/VIAG*" fest, dass die Verbundunternehmen an 41 der insgesamt 56 Regionalversorgungsunternehmen überwiegend mehrheitlich beteiligt sind.⁴⁴⁴ Einen Ausschnitt der Beteiligungen von Verbundunternehmen an Regionalversorgern und Stadtwerken gibt die nachfolgende Tabelle wieder. Eine mögliche Privilegierung konzerninterner Vereinbarungen ist für diese Unternehmen besonders bedeutsam.

TABELLE: BEISPIELE FÜR BETEILIGUNGEN DER VERBUNDUNTERNEHMEN AN REGIONALVERSORGERN UND STADTWERKEN, QUELLE: EUROPÄISCHE KOMMISSION

Unternehmen	Regionalversorger	Beteiligungshöhe	Verbundunternehmen
Avacon	REVU	55,0%	e.on
e.dis	REVU	69,0%	e.on
PESAG	REVU	54,7%	e.on
SCHLESWAG	REVU	65,0%	e.on
Thüga	REVU	56,5%	e.on
Rhenag	REVU	42%/54%	e.on
Contigas	REVU	95,0%	e.on
Amperwerke	REVU	84,6%	e.on
OBAG	REVU	96,0%	e.on
TEAG	REVU	75,0%	e.on
ELE	REVU	79,0%	RWE
EWR	REVU	50,0%	RWE
KEVAG	REVU	57,0%	RWE

In der Entscheidung "*Grundig-Consten*" hat der EuGH festgestellt, dass Art. 81 Abs. 1 EG die Beteiligung von mindestens zwei selbständigen Unternehmen an der Vereinbarung voraussetze.⁴⁴⁵ Damit schloss der EuGH die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG auf interne Vertriebsorganisationen eines Unternehmens aus.

⁴⁴⁴ Entscheidung der Komm. vom 13.06.2000, Rs. Nr. COMP/M.1673, S. 6, Tz. 22 - "*VEBA/VIAG*".

⁴⁴⁵ Urteil des EuGH vom 13.07.1966, Verbundene Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, S. 323, 389 "*Consten u. Grundig*".

Darüber hinaus kann auch eine Verbindung im Sinne des § 15 AktG die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG ausschließen. Dies ist dann der Fall, wenn zwischen den Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit besteht.⁴⁴⁶ Denn bei Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit kann ein Unternehmen sein Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autark bestimmen. Die Absprachen innerhalb des Konzerns dienen nur der internen Aufgabenverteilung.⁴⁴⁷ Die wirtschaftliche Freiheit des Händlers kann nicht eingeschränkt werden, da sie im Falle einer wirtschaftlichen Einheit überhaupt nicht besteht.⁴⁴⁸ Ein kartellrechtsrelevanter Wettbewerb findet zwischen den Unternehmen also gar nicht statt.⁴⁴⁹

Entscheidend für eine wirtschaftliche Einheit ist nach der in der *"Viho"*-Entscheidung bestätigten Rechtsprechung des EuGH, ob die Abhängigkeit des einen Unternehmens so weit geht, dass sie einen selbständigen Wettbewerb zwischen den Unternehmen ausschließt.⁴⁵⁰ Dies richtet sich nach der Möglichkeit des Unternehmens, Weisungen an das verbundene Unternehmen zu erteilen, die die getroffenen Vereinbarungen ersetzen können. Bedient sich das Unternehmen des verbundenen Unternehmens nur als eines verlängerten Arms, handelt das Unternehmen nicht als wirtschaftlich selbständiges Unternehmen, sondern als Einheit mit der Muttergesellschaft und kann nicht mit dieser in Wettbewerb treten. In der Entscheidung *"AEG"* stellte der EuGH fest, dass eine 100 %-ige Tochtergesellschaft zwangsläufig die Interessen der Muttergesellschaft vertrete und zwischen den Unternehmen deshalb kein Wettbewerbsverhältnis bestehe.⁴⁵¹ Auch bei einer 51 %-igen Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft hat der EuGH das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit bejaht.⁴⁵² Aber auch eine 50 %-ige Beteiligung kann bei Hinzutreten weiterer Umstände ausreichen, um die erforderliche wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Unternehmens auszuschließen.⁴⁵³ In der *"Zucker"*-Entscheidung hatte der EuGH etwa darauf abgestellt, dass die Muttergesellschaft im Vorstand oder Verwaltungsrat der Tochter präsent sei.⁴⁵⁴ Die für eine Wettbewerbsbeschränkung notwendige Entscheidungsfreiheit fehlt immer dann, wenn Handlungen, Marktanteile oder Umsätze der Mutter zugerechnet werden können. Insoweit kann man sich am Beherrschungsbegriff des Art. 3 Abs. 3 der FKVO orientieren.⁴⁵⁵ Danach liegt eine Beherrschung immer dann vor, wenn mittelbar oder unmittelbar Kontrolle über die Gesamtheit oder Teile eines Unternehmens erworben wird, sei es durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögensrechten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise. Eine

⁴⁴⁶ Urteil des EuGH vom 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619, 665, Rdnr. 132/135 *"ICI"*; Urteil des EuGH vom 14.07.1972, Rs. 52/69, Slg. 1972, 787, 838, Rdnr. 44 *"Geigy"*; Urteil des EuGH vom 04.05.1988, Rs. 30/87, Slg. 1988, 2479, 2513, Rdnr. 19 *"Bodson/Pompes Funébres"*; *Fleischer*, Die AG 1997, S. 491, 492; *Gleiss/Hirsch*, Art. 85 (1), 1. Kap. C, Rdnr. 194.

⁴⁴⁷ Urteil des EuGH vom 14.01.1974, Rs. 15/74, Slg. 1974, 1147, 1168, Tz. 41 *"Centrafarm/Sterling"*; Urteil des EuGH vom 04.05.1988, Rs. 30/87, Slg. 1988, 2479, 2513, Rdnr. 19 *"Bodson/Pompes Funébres"*; so auch die Kommission, Entscheidung vom 22.06.1993, Abl. 1993, L 272/28, S. 39 *"Zeva"*.

⁴⁴⁸ *Dujim*, S. 139.

⁴⁴⁹ *Ackermann*, in: EuZW 1999, S. 741, 745.

⁴⁵⁰ Urteil des EuGH vom 18.06.1969, Abl. L 165, S. 12, 14 *"Christiani & Nielsen"*.

⁴⁵¹ Urteil des EuGH vom 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151, 3199, Tz. 50 *"AEG/Kommission"*.

⁴⁵² Urteil des EuGH vom 22.01.1974, Verbundene Rs. 6/73 und Rs. 7/73, Slg. 1974, 223, 256, Tz. 41 *"Commercial Solvents"*.

⁴⁵³ *Ackermann*, in: EuZW 1999, S. 741, 745.

⁴⁵⁴ Urteil des EuGH vom 16.12.1975, Verbundene Rs. 40-48, 50, 54 - 56, 111, 113, 114/73, Tz. 73 Slg. 1975, 1663, 1996, Tz. 378 *"Zucker"*.

⁴⁵⁵ *Schroeder*, in: *Wiedemann*, § 8, Rdnr. 7; *Fleischer*, in: Die AG 1997, 491, 499; *Ackermann*, in: EuZW 1999, S. 741, 745: Anschauungsmaterial zur Konkretisierung der wirtschaftlichen Einheit lässt sich der Fusionskontrollpraxis der Gemeinschaft entnehmen.

wirtschaftliche Einheit kann daher bereits bei einer qualifizierten Minderheitsbeteiligung (z. B. das Recht, über die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates oder des Vorstandes zu bestimmen) vorliegen, die zu einer alleinigen Kontrolle des Unternehmens führen kann.⁴⁵⁶

Ob eine wirtschaftliche Einheit zwischen Lieferanten und Händler vorliegt, ist demgemäss anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu beurteilen. Hält der Lieferant eine mehr als 50 %-ige Beteiligung an dem weiterverteilenden Unternehmen, liegt regelmäßig eine wirtschaftliche Einheit vor, die eine Anwendung des Kartellrechts auf Lieferverträge ausschließt. Bei Beteiligungen unterhalb von 50 % hängt die Existenz einer wirtschaftlichen Einheit dagegen vom Hinzutreten weiterer Besonderheiten ab.

IV. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels liegt vor, wenn eine Maßnahme aufgrund der gesamten Umstände geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell, den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.⁴⁵⁷ Dabei bezieht sich der Begriff des zwischenstaatlichen Handels nicht nur auf den Verkehr mit Waren, sondern umfasst den ganzen Wirtschaftsverkehr, also auch Dienstleistungen.⁴⁵⁸ Der EuGH bedient sich also einer äußerst unbestimmten und weiten Formel, die keinen eindeutigen Inhalt besitzt und daher einer näheren Konkretisierung bedarf.

1. Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Stromhandels

Dem Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EG zufolge genügt es, wenn die Vereinbarung geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Der zwischenstaatliche Handel umfasst den gesamten grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Dazu gehört die Ein- und Ausfuhr von Elektrizität, die durch die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln der Elektrizitätslieferverträge beeinträchtigt sein könnte. Dem Erfordernis der Eignung ist Rechnung getragen, wenn ohne die Beschränkung eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels besteht, die über eine rein theoretische Möglichkeit hinausgeht.⁴⁵⁹ Der tatsächliche Eintritt einer Beeinträchtigung ist nicht erforderlich; eine potentielle Beeinträchtigung genügt.⁴⁶⁰ Es reicht demnach aus, wenn die Klauseln die Ein- oder Ausfuhr von Elektrizität beeinträchtigen können. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der rechtlichen und der tatsächlichen Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Handels.⁴⁶¹

⁴⁵⁶ Bekanntmachung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. 1994, C 385/05, Tz. 14.

⁴⁵⁷ Urteil des EuGH vom 30.06.1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, 303 "*Maschinenbau Ulm*". Seitdem ständige Rechtsprechung vgl. Urteil des EuGH vom 9.07.1969, Rs. 5/69, Slg. 1969, 295, 302, Tz. 5 "*Völk/Vervaecke*"; Urteil des EuGH vom 10.07.1980, Rs. 299/79, Slg. 1980, 2511, 2536, Tz. 23 "*Wettbewerb-Parfums*"; Urteil des EuGH vom 7.06.1983, Verbundene Rs. 100 - 103/80, Slg. 1983, 1825, 1900, Tz. 84 "*S.A. Musique Diffusion Francaise u. a./Kommission*"; Urteil des EuGH vom 10.12.1985, Rs. 31/85, Slg. 1985, 3933, 3945, Tz. 17 "*SA ETA Fabriques d'Ebauches/SA DK Investment u.a.*".

⁴⁵⁸ Urteil des EuGH vom 14.07.1981, Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021, 2032 "*Züchner*".

⁴⁵⁹ Urteil des LG Köln vom 7.06.2000 - Rs. 28 0 (Kart.) 559/99, RdE 2000, S. 233, 234.

⁴⁶⁰ *Schröter*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. 169.

⁴⁶¹ *Jestaedt*, in: *Langen/Bunte*, Art. 81, Sonderbereiche, Rdnr. 168.

a) Rechtliche Möglichkeit des Elektrizitätshandels zwischen den Mitgliedstaaten

Während ein Teil der Literatur vor Inkrafttreten der Binnenmarktrichtlinie Strom und der Neuregelung des EnWG die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei Vereinbarungen innerhalb Deutschlands für ausgeschlossen hielt,⁴⁶² unterschied der andere Teil zwischen Wettbewerbsbeschränkungen in grenznahen und grenzfernen Gebieten.⁴⁶³ Diese Lehrmeinung vertrat die Auffassung, dass sich die geographische Lage des jeweiligen Versorgungsgebietes auf die Anwendung des EG-Kartellrechts auswirken sollte.⁴⁶⁴ Die Abschottung von grenzferneren Versorgungsgebieten sollte wegen der Leitungsgebundenheit der Elektrizitätsversorgung nicht den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen. Ein grenzüberschreitender Handel sollte nur dort in Betracht kommen, wo die Möglichkeit zum Direktleitungsbau bestand.⁴⁶⁵ In den letzten Jahren vor Inkrafttreten der Binnenmarktrichtlinie Strom und der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts spiegelte sich dies auch in der Praxis des BKartA wieder. Denn das BKartA stützte sich in einem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Artt. 81, 82 EG bei Wettbewerbsbeschränkungen zwischen EVU ausdrücklich auf die Grenznähe des Versorgungsgebietes.⁴⁶⁶ Vereinbarungen in grenznahen Versorgungsgebieten - so schien es - wurden eher von den Regelungen der Art. 81, 82 EG erfasst. So sah etwa das BKartA in dem Verfahren „Stadt Nordhorn“ in einem ausschließlichen Konzessionsvertrag einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG, wobei es unter anderem darauf abstellte, dass die Versorgungsunternehmen an der Grenze zu den Niederlanden ansässig waren und eine Versorgung des Gemeindegebietes über Stickleitungen auch wirtschaftlich erschien.⁴⁶⁷ Die Möglichkeit der Stromdurchleitung nach Art. 86 EG a.F. (Art. 82 EG) auch in grenzfernere Gebiete blieb meist unberücksichtigt. Diese Differenzierung des BKartA und eines Teils der Literatur zwischen grenznahen und grenzfernen Gebieten wurde mit Inkrafttreten der Energierechtsreform hinfällig. Denn nunmehr trägt § 6 Abs. 1 EnWG dafür Sorge, dass jedem Stromabnehmer durch ein ihm zustehendes Netzzugangsrecht ein Anspruch auf Nutzung fremder Elektrizitätsnetze zum Zwecke der Durchleitung zusteht.

Auf dem Elektrizitätsmarkt haben die gesetzlichen Neuerungen, insbesondere die Schaffung eines sektorenspezifischen Durchleitungstatbestandes und die Aufhebung der §§ 103 f. GWB, zumindest rechtlich ab 29. April 1998 zu einer Gleichstellung aller verteilenden EVU des EG-Binnenmarktes geführt, die Strom an einen Abnehmer in Deutschland liefern wollen. Abgesehen von einigen faktischen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Durchleitungsbegehren, besteht für jedes EVU - unabhängig von seiner geographischen Lage - die rechtliche Möglichkeit, Strom aus den EG-Mitgliedstaaten zu beziehen. Die räumliche Distanz zwischen Lieferanten und Abnehmern ist bedeutungslos geworden.⁴⁶⁸ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des *LG Köln* vom 7. Juni 2000 - also nach der Liberalisierung der Energiemärkte.⁴⁶⁹ In dieser Entscheidung hatte das Gericht bei der Beurteilung der Wirksamkeit eines Gaslieferungsvertrages zwischen den Stadtwerken Aachen und

⁴⁶² So etwa *Lukes*, in: DB 1987, 1925, 1929.

⁴⁶³ Vgl. etwa *Schwabe*, S. 94 f.

⁴⁶⁴ *Baur*, in: RdE 1992, 41, 46.

⁴⁶⁵ *Baur*, in: RdE 1992, 41, 46; *Schnorbus*, in: DZWiR 1998, S. 137, 144; *Rapp*, S. 110.

⁴⁶⁶ Beschluss des BKartA vom 28.02.1996, B 8-40100-EG-135/95, WuW/E BKartA 2859, 2866 = WuW 1996, S. 531, 538 „Stadt Nordhorn“.

⁴⁶⁷ Beschluss des BKartA vom 28.02.1996, B 8-40100-EG-135/95, WuW/E BKartA 2859, 2866 = WuW 1996, S. 531, 538 „Stadt Nordhorn“.

⁴⁶⁸ *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 355, 378.

⁴⁶⁹ Urteil des LG Köln vom 7.06.2000 - Rs. 28 0 (Kart.) 559/99, RdE 2000, S. 233 f.

der Thyssengas auf die Grenznähe des Versorgungsgebietes der Stadtwerke Aachen abgestellt.⁴⁷⁰ Dies beruhte darauf, dass es für den Gassektor zu diesem Zeitpunkt noch keine dem § 6 Abs. 1 EnWG entsprechende Durchleitungsregelung gab. Fraglich ist allerdings, ob die Entscheidungsbegründung in diesem Punkt sachlich richtig ist. Denn die durchleitungswilligen EVU konnten ihr Begehren schon vor Erlass einer sektorenspezifischen Gas-Durchleitungsregelung auf die Missbrauchsvorschrift des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB stützen. Deshalb konnte bereits zu diesem Zeitpunkt theoretisch jedes EVU in Deutschland Gas aus dem Ausland beziehen.

b) Tatsächliche Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Stromhandels

Ob auch die *tatsächliche Möglichkeit* zum zwischenstaatlichen Stromhandel besteht, ist dagegen fraglich.⁴⁷¹ Denn die Kuppelstellen des europäischen Netzsystems der Union für die Koordinierung des Transportes elektrischer Energie (UCTE), das innerhalb Europas zur transnationalen Elektrizitätsübertragung dient, haben eingeschränkte Übertragungskapazitäten und hindern momentan einen deutlich über den bisherigen Werten von jährlich etwa 25 TW/h Stunden liegenden Stromaustausch zwischen Deutschland und den anderen EG-Mitgliedstaaten.⁴⁷² Der Stromimportanteil beträgt damit weniger als 5%. Die Interkonnektoren stellen sich *Schwintowski* zufolge als Engpässe eines europäischen Übertragungssystems dar.⁴⁷³ Deshalb hat auch die Kommission darauf hingewiesen, dass die Übertragungskapazitäten der Verbindungen für den erwarteten Anstieg im Energiehandel nach der Liberalisierung in vielen Fällen nicht ausreichen werden.⁴⁷⁴

TABELLE: KUPPELKAPAZITÄTEN AUSLAND 1998, QUELLE UCTE⁴⁷⁵

Land	ATC ⁴⁷⁶ -Kapazität (in Gigawatt)
Dänemark	2,1
Schweden	0,45
Polen	0,8
Tschechien	1,75
Österreich	1,68
Schweiz	1,15
Frankreich	1,8
Benelux-Staaten	3,75
Gesamt-Kapazität	13,48 GW

⁴⁷⁰ Urteil des LG Köln vom 7.06.2000 - Rs. 28 0 (Kart.) 559/99, RdE 2000, S. 233, 234: "Das Versorgungsgebiet der Stadtwerke Aachen grenzt unmittelbar an die EU-Mitgliedstaaten Belgien und Niederlande und auch ein Bezug von Erdgas aus Frankreich kommt unter räumlich-geographischen Gesichtspunkten in Betracht."

⁴⁷¹ *Jestaedt*, in: *Langen/Bunte*, Art. 81, Sonderbereiche, Rdnr. 168 spricht von technischen Gründen.

⁴⁷² Der Verbrauch in Deutschland liegt demgegenüber bei etwa 420 TW/h pro Jahr.

⁴⁷³ *Schwintowski*, in: *Energierrecht der Zukunft*, S. 17, 18.

⁴⁷⁴ Zweiter Bericht an den Rat und das Europäische Parlament über den Harmonisierungsbedarf Richtlinie 96/92 EG betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, S. 6.

⁴⁷⁵ Unter den mit Deutschland verbundenen Ländern befinden sich neben den EG-Ländern Niederlande, Dänemark, Schweden, Frankreich, Österreich auch die Nicht-EG-Mitgliedstaaten Liechtenstein, Polen, Tschechien, Schweiz.

⁴⁷⁶ Available Transfer Capacity.

Die Importe aus den anderen EG-Mitgliedstaaten sind ebenso wie die Importe aus anderen europäischen Staaten aufgrund der technischen Vorgaben gering.⁴⁷⁷ Die Kapazitäten der Kuppelstellen zwischen Deutschland und allen europäischen Staaten liegen nach einer von RWE in Auftrag gegebenen Studie - wie die Tabelle zeigt - bei etwa 13,4 GW. Das BKartA nimmt noch geringere Kapazitäten der Kuppelstellen an und hält Übertragungen nur in einer Größenordnung von 7 bis 10 GW für realistisch.⁴⁷⁸ Außerdem ist zu beachten, dass sowohl die Studie von RWE wie auch das BKartA die Kuppelkapazitäten zu sämtlichen europäischen Staaten - also auch zu der Schweiz, Tschechien und Polen - umfassen. Zieht man diese Kapazitäten ab, verbleiben zu den EG-Mitgliedstaaten nur noch etwa 9,7 GW, von denen außerdem noch die beschriebenen Verluste abgezogen werden müssen. Dies entspricht einem prozentualen Anteil von weniger als 5%.

Das *LG Leipzig* zieht aus diesen Zahlen weitreichende Konsequenzen, indem es eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels unter anderem damit ablehnt, dass die Kommission in der Entscheidung "*VEBA/VIAG*" konstatiert habe, der relevante geographische Markt gehe jedenfalls nicht über das Gebiet Deutschlands hinaus.⁴⁷⁹ Dabei übersieht das *LG Leipzig* jedoch, dass die räumliche Beschränkung des Elektrizitätsmarktes auf den deutschen Markt nicht zugleich die Möglichkeit zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ausschließt. Die Kommission hat in der "*VEBA/VIAG*"-Entscheidung nicht erklärt, dass ein grenzüberschreitender Handel mit Elektrizität nicht möglich sei, sondern sie begründete die örtliche Begrenzung des Elektrizitätsmarktes auf das Gebiet Deutschlands damit, dass grenzüberschreitende Strombezüge aufgrund der Kapazitäten der transnationalen Kuppelstellen zur Zeit nicht mehr als 7 % des deutschen Elektrizitätsbedarfs abdecken könnten.⁴⁸⁰ Eine mengenmäßige Begrenzung des grenzüberschreitenden Handelsverkehrs muss die Möglichkeit zum grenzüberschreitenden Handel jedoch nicht ausschließen. Insbesondere in der Entscheidung "*Verband der Sachversicherer*" hielt der EuGH ein geringes Volumen des zwischenstaatlichen Handels - allerdings aufgrund unterschiedlicher nationaler Regelungen - nicht für so erheblich, dass dieses die Eignung zur Handelsbeeinträchtigung ausgeschlossen hätte.⁴⁸¹ Auch in der sog. "*Lab*"-Entscheidung des EuGH wurde die Eignung einer ausschließlichen Bezugsverpflichtung zwischen niederländischen Unternehmen zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bejaht, obwohl mehr als 90 % des Vertragsgegenstandes aus den Niederlanden bezogen wurden.⁴⁸²

Die Größenordnung eines tatsächlichen oder potentiellen Handels ist bei der Frage nach der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht von wesentlicher Bedeutung, solange ein merkbarer Handel überhaupt möglich ist. Aus diesem Grund wandte

⁴⁷⁷ Entscheidung der Komm. vom 13.06.2000, Rs. Nr. COMP/M.1673, S. 6, Tz. 22 - "*VEBA/VIAG*".

⁴⁷⁸ Entscheidung des BKartA vom 03.07.2000, B8-4U-309/99, S. 48, Tz. 101 "*RWE/VEW*". Diese Differenz beruht darauf, dass zeitgleich erfolgende Übertragungen mit sog. Ringflüssen von Elektrizität verbunden sind. Zu Ringflüssen kommt es, wenn die Differenzen zwischen den vereinbarten Austauschprogrammen und den tatsächlichen an den Grenzen zwischen nationalen und ausländischen Netzen ausgetauschten Ist-Leistungen zu groß werden und deshalb die Intensivierung von Austauschen in einer Region zu Überlastungen in einer anderen Region führt. Hinzu kommen Spannungshaltungs- sowie Stabilitätsprobleme, die zu weiteren Verlusten führen.

⁴⁷⁹ Urteil des *LG Leipzig* vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99 (bisher unveröffentlicht).

⁴⁸⁰ Entscheidung der Komm. vom 13.06.2000, Rs. Nr. COMP/M.1673, S. 7, Tz. 25 - "*VEBA/VIAG*".

⁴⁸¹ Urteil des EuGH vom 27.01.87, Rs. 45/85, Slg. 1987, I-405, 458, Tz. 46 "*Verband der Sachversicherer*".

⁴⁸² Urteil des EuGH vom 25.03.1981, Rs. 61/80, Slg. 1981, S. 851, 866, Tz. 11 f "*Coooperative Stremsel - EN Kleurselabriek*".

der EuGH in der Entscheidung "*Almelo*" Art. 81 Abs. 1 EG sogar vor Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie auf den niederländischen Elektrizitätsmarkt an und stellte die Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Strombezugs trotz der niedrigen Kapazitäten der Interkonnektoren überhaupt nicht erst in Frage.⁴⁸³

Eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels könnte allenfalls dann abzulehnen sein, wenn überhaupt keine Kapazitäten für grenzüberschreitende Stromlieferungen zur Verfügung stünden, etwa weil die Kapazitäten der Kuppelstellen schon durch grenzüberschreitende langfristige Reservierungen von Übertragungskapazitäten ausgeschöpft sind. Da die Eignung einer Vereinbarung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels im Rahmen einer Prognoseentscheidung zu treffen ist, weil sich die Situation aufgrund von Veränderungen in den Marktbedingungen und der Marktstruktur ändern kann⁴⁸⁴ und daher auch künftig frei werdende Kapazitäten zu berücksichtigen sind, handelt es sich hierbei indes um nicht mehr als eine theoretische Möglichkeit. Diese kann die Eignung nicht in Frage stellen. Außerdem hat die Kommission in ihrem Zweiten Bericht über den Harmonisierungsbedarf nach Art. 25 Abs. 1 der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie erklärt, dass sie die Bestimmungen der Art. 81, 82 EG bei der Reservierung von Übertragungskapazitäten durchsetzen werde, um ein reibungsloses Funktionieren des Elektrizitätsbinnenmarktes zu garantieren.⁴⁸⁵ Zu diesem Zweck werde sie Verträge, die die Verwendung von Verbindungsleitungen zum Gegenstand haben, hinsichtlich des Ausmaßes der von ihnen ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkung untersuchen.⁴⁸⁶

Dass es auf die Kapazitäten der Kuppelstellen nicht ankommen kann, liegt letztlich auch daran, dass es zu dieser Situation erst aufgrund der europaweiten jahrelangen Tolerierung eines europarechtswidrigen Zustandes kam. Denn die Kuppelstellen wurden deshalb nicht ausgebaut, weil man innerhalb der EG von dem Bild rein nationaler Strommärkte ausging. Diese Sichtweise bestätigt auch die Kommission in ihrer Entscheidung "*Jahrhundertvertrag*".⁴⁸⁷ Denn dort befand sie, dass der Umstand, dass der innergemeinschaftliche Handel mit Steinkohle eher gering sei, einer Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht entgegen stehe. Dies könne vielmehr auch die Folge einer bereits vorhandenen Wettbewerbsverzerrung sein und müsse nicht zwangsläufig ein Beweis dafür, dass kein Wettbewerb stattfinden könnte.⁴⁸⁸

Bei Unternehmen, die sich in Grenznähe befinden, kommt die in der Binnenmarkttrichtlinie vorgesehene und durch die Beseitigung des Rechts zur Einräumung eines ausschließlichen Konzessionsvertrages realisierte Möglichkeit des Direktleitungsbaus hinzu. Ein Direktleitungsbau kommt insbesondere für die Länder in Betracht, die im Verhältnis zu Deutschland ein bedeutend niedrigeres Strompreisniveau haben. Für diese Unternehmen kann ein Direktleitungsbau durchaus eine Alternative zum Netzzugang darstellen. An der

⁴⁸³ Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C - 393/92, Slg. 1994, I-1477, 1518, Tz. 35 "*Almelo*".

⁴⁸⁴ Urteil des EuGH vom 01.02.1978, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131, 150, Tz. 14 „*Miller*“.

⁴⁸⁵ Zweiter Bericht an den Rat und das Europäische Parlament über den Harmonisierungsbedarf Richtlinie 96/92 EG betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, S. 11.

⁴⁸⁶ Zweiter Bericht an den Rat und das Europäische Parlament über den Harmonisierungsbedarf Richtlinie 96/92 EG betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, S. 11 f. Die Kommission weist allerdings darauf hin, dass die Absicht, eine Bewertung von Verträgen durchzuführen, nicht bedeute, dass alle Kapazitätsreservierungsabkommen nach Art. 81 EG oder Art. 82 EG verboten sind.

⁴⁸⁷ Entscheidung der Kommission vom 22. Dezember 1992, Abl. Nr. 050 vom 02.03.1993, S. 14 „*Jahrhundertvertrag*“.

⁴⁸⁸ Entscheidung der Kommission vom 22. Dezember 1992, Abl. Nr. L 50 vom 02.03.1993, S. 14 "*Jahrhundertvertrag*".

Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Handels ändert auch die Reziprozitätsklausel des Art. 4 § 2 NeuregelungsG nichts, da ein Großteil der EG-Mitgliedstaaten sämtliche Kunden zum Wettbewerb zugelassen hat.⁴⁸⁹ Im übrigen kennt das europäische Primärrecht eine Reziprozitätsklausel nicht. Denn auf eine Gleichbehandlung im Unrecht kann sich kein Unternehmen stützen.

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die Durchleitungsregelung des § 6 Abs. 1 EnWG und der Direktleitungsbau die Möglichkeit zum zwischenstaatlichen Handel mit Elektrizität eröffnen.

⁴⁸⁹ Im übrigen wäre auch das Verhältnis zwischen der Reziprozitätsklausel und Art. 81 Abs. 1 EG äußerst fraglich, da Art. 81 EG selbst keine Reziprozität vorsieht.

2. Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch innerstaatliche Elektrizitätslieferverträge

Allein die Möglichkeit zum zwischenstaatlichen Handel reicht für eine Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG nicht aus. Daneben ist vielmehr eine konkrete Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erforderlich. Diese ist gegeben, wenn sich die Warenströme innerhalb der Gemeinschaft ohne die in den Lieferverträgen getroffenen Vereinbarungen anders entwickeln würden.⁴⁹⁰ Dies kann zweifelhaft sein, wenn die vertragsschließenden Unternehmen innerhalb eines Mitgliedstaates ansässig sind und sie eine Vereinbarung getroffen haben, die sich auf Waren mit Herkunft und Bestimmung im Inland beziehen.⁴⁹¹

a) Rechtsprechung des EuGH und des EuG zu innerstaatlichen Vereinbarungen

Der EuGH und - ihm folgend - das EuG - haben bei der hier zu beantwortenden Frage, wann eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels anzunehmen ist, keine einheitliche Linie gefunden. Der EuGH meint, dass eine Beeinträchtigung bei rein nationalen Sachverhalten ohne direkten zwischenstaatlichen Bezug nur anzunehmen sei, wenn die Vereinbarung den betroffenen nationalen Markt abschottet.⁴⁹² Bildlich gesprochen muss der Markt durch die Vereinbarung zu einer für ausländische Konkurrenten uneinnehmbaren Trutzburg werden. Diesen Gedanken entwickelte das Gericht im Laufe der Zeit immer weiter, wobei es sich mit der Frage zu beschäftigen hatte, welche Anforderungen an die einzelne Vereinbarung zu stellen sind, damit ihr diese marktabschottende Wirkung zugesprochen werden kann. Dabei hatte sich der EuGH insbesondere damit auseinander zu setzen, ob es bereits genügt, dass die Vereinbarung nur zur Abschottung beiträgt - oder, um in dem Bild zu bleiben - einen von vielen Steinen in der Trutzburg darstellt, oder ob darüber hinaus zu fordern ist, dass sie einen wesentlichen Beitrag zur Abschottung leistet. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass der EuGH heute insbesondere einen spürbaren Beitrag verlangt; ungelöst ist allerdings bislang, inwieweit die von dem Gericht entwickelten Grundsätze auf Stromlieferverträge übertragen werden können.

Ausgangspunkt des EuGH ist zunächst die These, dass Vereinbarungen, an denen ausschließlich Unternehmen aus ein- und demselben Mitgliedstaat beteiligt sind, grundsätzlich keine zwischenstaatliche Relevanz haben.⁴⁹³ So erklärte der EuGH in der *"Bilger/Jehle"*-Entscheidung, dass Alleinbelieferungsverträge, die sich auf nicht zu exportierende Waren beziehen, "sicherlich" nicht die Ein- oder Ausfuhr und damit den zwischenstaatlichen Handel betreffen.⁴⁹⁴ In der Rechtssache *"Roubaux-Wattrelos"* hat das Gericht diese These sogar verallgemeinert, indem es festgestellt hat, dass Alleinvertriebsvereinbarungen zwischen Unternehmen innerhalb eines Mitgliedstaates nur ausnahmsweise geeignet seien, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu

⁴⁹⁰ Bunte, in: *Langen/Bunte*, Art. 81, Rdnr. 122.

⁴⁹¹ Schnorbus, in: *DZWiR* 1998, S. 137, 144.

⁴⁹² Urteil des EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, S. 544, 556 „*Brasserie de Haecht*“; Urteil des EuGH vom 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991, 977, 984 f, Tz. 15, 20 „*Delimitis/Henninger Bräu*“; Urteil des EuG vom 08.06.1995, Rs. T-7/93, in: *EuZW* 1996, S. 49, 56, Tz. 100 „*Langnese*“.

⁴⁹³ Urteil des EuGH vom 13.07.1966, Verbundene Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, S. 323, 389 „*Grundig/Consten*“; Urteil des EuGH vom 09.07.1969, Rs. 5/69, Slg. 1969, 295, 302 „*Völk*“; Urteil des EuGH vom 10.07.1980, Rs. 99/79, Slg. 1980, S. 2511, 2536, Tz. 23 „*Lancôme*“; Urteil des EuGH vom 25.03.1981, Rs. 61/80, Slg. 1981, S. 851, 867, Tz. 14 „*Lab*“; Urteil des EuGH vom 16.06.1981, Rs. 126/80, Slg. 1981, S. 1563, 1578, Tz. 12 „*Salonia*“; Urteil des EuGH vom 19.04.1988, Rs. 27/87, Slg. 1988, 1919, 1940, Tz. 14 „*La Hesbignonne*“.

⁴⁹⁴ Urteil des EuGH vom 18.03.1970, Rs. 43/69, Slg. 1970, 127, 136, Tz. 6 „*Bilger/Jehle*“.

beeinträchtigen.⁴⁹⁵ Dabei wird allerdings ein gewisser Widerspruch in der Rechtsprechung des Gerichts deutlich. Denn in der "*Maschinenbau Ulm*"-Entscheidung hat das Gericht auch in jeder mittelbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels einen Verstoß gegen Art. 81 EG gesehen.⁴⁹⁶ Legt man diesen Maßstab an, wird jedoch deutlich, dass es nicht allein darauf ankommen kann, ob Waren die Grenzen eines anderen Mitgliedstaates überschreiten (sollen). Diesen Widerspruch sieht offenbar auch der EuGH und schränkt seine weitschweifige Formel dahingehend ein, dass nicht jede mittelbare Beeinträchtigung genügt. Erforderlich sei in jeden Fall ein (potentieller) Grenzübertritt der betroffenen Ware, wobei es allerdings genügen könne, wenn zwar nicht das von der Vereinbarung (unmittelbare) betroffene Zwischenerzeugnis, sondern jedenfalls das von der Vereinbarung (nur mittelbar) betroffene Endprodukt die Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat überschreite⁴⁹⁷ oder wenn Hersteller mit Wiederverkäufern Vereinbarungen treffen, die geeignet seien, den Anreiz dafür zu nehmen, aus anderen Mitgliedstaaten stammende Produkte zu verkaufen.⁴⁹⁸

Dies recht enge Sichtweise weichte der EuGH jedoch auf. Das Gericht brachte ein weiteres Kriterium ins Spiel, in dem es zu Alleinbezugsvereinbarungen mit reinem Inlandsbezug feststellte, dass diese Vereinbarungen in der Regel hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten als so harmlos anzusehen seien, dass sie nur ausnahmsweise vom Verbot des Art. 81 EG erfasst seien.⁴⁹⁹ Damit spricht der EuGH innerstaatlichen Vereinbarungen nicht grundsätzlich die Einwirkungsfähigkeit auf den zwischenstaatlichen Handel ab, sondern knüpft vielmehr an das Ausmaß der Einwirkung an. Das Gericht entwickelte ein weiteres Kriterium, nämlich das der Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Diese hielt es allerdings nur unter extrem engen Voraussetzungen für gegeben, denn das Gericht verlangte, dass der nationale Markt durch die Vereinbarung abgeschottet werden müsse.⁵⁰⁰ Was hierunter zu verstehen ist, konkretisierten der EuGH und das EuG im Laufe ihrer Rechtsprechung. Während die beiden Gerichte in ihren früheren Urteilen davon auszugehen schienen, dass der gesamte Markt eines Mitgliedstaates abgeschottet sein müsse⁵⁰¹, stellten sie in der "*Langnese*"- und "*Schöller*"-Entscheidungen - jedenfalls für Bezugsbindungen - klar, dass es genüge, wenn lediglich ein wesentlicher Teil des Marktes versperrt wird.⁵⁰² Dabei soll es ausreichen, wenn der ausländische Anbieter mindestens 30 % der Nachfrage auf einem Markt nicht erreichen kann und darüber hinaus noch weitere Marktzutrittsschwierigkeiten bestehen.⁵⁰³ Ob dies der Fall ist, macht freilich eine intensive Marktrecherche erforderlich. Denn es müssen alle rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtumstände eines Markts geprüft werden. Insbesondere müssen die bestehenden Verträge auf Ausschließlichkeitsklauseln und ihre Laufzeit geprüft werden, so dass (potentielle) ausländische Konkurrenten aufgrund solcher Bestimmungen am Zugang

⁴⁹⁵ Urteil des EuGH vom 03.02.1976, Rs. 63/75, Slg. 1976, 111, 119, Tz. 16/19 "*Roubaix-Wattrelos*".

⁴⁹⁶ Urteil des EuGH vom 30.06.1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, S. 281, 303 "*Maschinenbau Ulm*".

⁴⁹⁷ So Urteil des EuGH vom 31.03.1993, Verb. Rs. C 89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 - C-129/85, Slg. 1993, I-1307, 1617 "Tz. 142 "*Ahlström Osakeyhtiö*".

⁴⁹⁸ So Urteil des EuGH vom 10.12.1985, Verb. Rs. 240/82 - 242/82, 261/82, 262/82, 268/82, 269/82, Slg. 1985, 3831, 3874, Tz. 56 "*Stichting Sigarettenindustrie*".

⁴⁹⁹ Urteil des EuGH vom 01.02.1977, Rs. 47/76, Slg. 1977, I-65, 92 Tz. 5/18 "*Concordia*".

⁵⁰⁰ Urteil des EuGH vom 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991-2, 935, 985, Tz. 20 "*Delimitis*".

⁵⁰¹ Urteil des EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, S. 544, 556 „*Brasserie de Haecht*"; Urteil des EuGH vom 01.10.1998, Rs. C-279/95, in: EuZW 1998, S. 754, 757 f. „Langnese/Kommission“.

⁵⁰³ Urteil des EuG vom 08.06.1995, Rs. T-7/93, in: EuZW 1996, S. 49, 56, Tz. 100 „*Langnese*“.

zum Markt gehindert werden.⁵⁰⁴ Auch verlangt der EuGH, dass geprüft werde, ob ausländische Wettbewerber auf andere Art und Weise Zugang zum Markt haben, indem sie beispielsweise andere Unternehmen aufkaufen.⁵⁰⁵

Damit ist allerdings noch nicht die viel schwierigere Frage beantwortet, ob einem einzelnen Vertrag die Abschottung eines ganzen Mitgliedstaates oder eines wesentlichen Teils davon zugerechnet werden kann. Hierzu entwickelte der EuGH in der *"Brasserie de Haecht"*-Entscheidung die sogenannte Bündeltheorie, die ihren vorläufigen Abschluss in einer Entscheidung zu Tankstellenverträgen aus dem Jahr 2001 fand.

aa) Kollektivhaftung nach der *Brasserie de Haecht*-Entscheidung

In der *„Brasserie de Haecht“*-Entscheidung beurteilte der EuGH die Vereinbarung in ihrem jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang.⁵⁰⁶ Hierzu zählte das Gericht auch die Existenz weiterer Verträge, die unter Umständen von anderen Wettbewerbern abgeschlossen worden waren. Spürbar sollte die Vereinbarung nämlich schon dann sein, wenn sie zusammen mit anderen Vereinbarungen zu einer Abschottung führte.⁵⁰⁷ Unabhängig von der jeweiligen Wirkung der einzelnen Vereinbarung zog das Gericht hierbei sämtliche übrigen Vereinbarungen auf dem relevanten Markt mit in seine Betrachtung ein.⁵⁰⁸ Die Spürbarkeit sollte nicht nur von dem einzelnen Vertrag abhängen, sondern von einer gebündelten Betrachtung sämtlicher gleichartiger Verträge und aller übrigen rechtlich und wirtschaftlich bedeutsamen Umstände auf dem relevanten Markt. Ob diese Vereinbarungen von anderen Unternehmen geschlossen waren oder ob ihre Existenz den Vertragsparteien der zu beurteilenden Vereinbarungen bekannt war, sollte ohne Belang sein.⁵⁰⁹ Folglich konnten auch Vereinbarungen mit geringfügigen Liefermengen und zwischen zwei völlig unbedeutenden Vertragsparteien den zwischenstaatlichen Handel spürbar beeinträchtigen, sofern andere Vereinbarungen auf dem relevanten Markt das Übrige hierzu beitragen. Damit schuf das Gericht für die jeweiligen Parteien eine Kollektivhaftung für Vereinbarungen Dritter und damit den Grundstein für die Bündeltheorie.

bb) Erheblicher Beitrag zur Marktabschottung durch den einzelnen Vertrag

In der *„Delimitis/Henninger Bräu“*-Entscheidung⁵¹⁰ rückte der EuGH von den Grundsätzen einer Kollektivhaftung wieder ab.⁵¹¹ In dieser Entscheidung fügte er der Bündeltheorie ein weiteres Korrektiv hinzu.⁵¹² Hier konstatierte der EuGH, dass allein die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen eines Bündels von Verträgen nicht mehr

⁵⁰⁴ So schon Urteil des EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, S. 544, 556 *„Brasserie de Haecht“*; Urteil des EuGH vom 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991, 977, 984 f, Tz. 15, 20 *„Delimitis/Henninger Bräu“*; besonders deutlich: Urteil des EuG vom 08.06.1995, Rs. T-7/93, in: EuZW 1996, S. 49, 56, Tz. 100 *„Langnese“*.

⁵⁰⁵ So bereits der Generalstaatsanwalt Roemer in seinen Schlussanträgen in der Sache *"Brasserie de Haecht"*, Slg. 1967, S. 544, 565 f; vgl. auch EuG, EuZW 1996, S. 49, 57, Tz. 106 *„Langnese/Kommission“*.

⁵⁰⁶ Urteil des EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, S. 544 ff *"Brasserie de Haecht"*.

⁵⁰⁷ Urteil des EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, S. 544, 555 *„Brasserie de Haecht“*.

⁵⁰⁸ Urteil des EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, S. 544, 556 *„Brasserie de Haecht“*.

⁵⁰⁹ Urteil des EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, S. 544, 556 *„Brasserie de Haecht“*.

⁵¹⁰ Urteil des EuGH vom 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991 I-977, 985, Tz. 20 *„Delimitis/Henninger Bräu“*.

⁵¹¹ Das *„Delimitis/Henninger Bräu“*- Urteil erging auf den Vorlagebeschluss des OLG Frankfurt vom 13.07.1989, Rs. 234/89.

⁵¹² *Sedemund*, in: NJW 1988, S. 3069, 3070 bezeichnet die Einschränkung als restriktiv individualisiertes Korrektiv.

genügen, um von einem Verstoß des einzelnen Vertrages gegen Art. 81 Abs. 1 EG ausgehen zu können. Erforderlich sei auch, dass der jeweils in Frage stehende Vertrag einen wesentlichen Beitrag zur gebündelten Wirkung des Vertragsnetzes leiste. Andernfalls fiel er durch die Maschen des Art. 81 Abs. 1 EG.⁵¹³ Die Bedeutung des Einzelvertrages hängt dabei nach Ansicht des EuGH von den Einzelumständen ab, wobei das wohl wichtigste Kriterium die Marktstellung der Vertragspartner ist. Andererseits hat das Gericht aber auch klar herausgestellt, dass dieses Kriterium allein nicht aussagekräftig ist. Denn auch die Dauer der Vereinbarung soll entscheidende Bedeutung haben.⁵¹⁴ Folge ist, dass selbst Vereinbarungen von Unternehmen mit niedrigem Marktanteil einen erheblichen Beitrag zur Marktabschottung leisten können, wenn sie besonders lange Laufzeiten haben, es sei denn der Marktanteil ist so verschwindend gering, dass er von vornherein keinen messbaren und damit spürbaren Einfluss auf den zwischenstaatlichen Handel haben kann.⁵¹⁵

Unklar ist allerdings, ob diese Kriterien auch dann gelten sollen, wenn zwar nicht der zu beurteilende Vertrag einen spürbaren Beitrag zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels leistet, sondern die Gesamtheit der von einer der Vertragsparteien abgeschlossenen Verträge. Diese Konstellation ist dann denkbar, wenn die Vertragspartei ein Bündel gleichartiger Vereinbarungen abgeschlossen hat. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob auch hier nur auf den einzelnen Vertrag oder auf das Bündel von Verträgen der Vertragspartei abgestellt werden muss. Diese Betrachtung würde zu einer doppelten Anwendung der Bündeltheorie führen. Geprüft würde das *Bündel im Bündel*.

In den *"Langnese"*- und *"Schöller"*-Entscheidungen bejahten das EuG und der EuGH diese Frage mit der Begründung, dass bei einem Netz gleichartiger Vereinbarungen eines Unternehmens die Auswirkungen dieses Netzes auf den Wettbewerb entscheidend seien. Eine Aufgliederung der einzelnen Verträge sollte nach Ansicht des EuG zu willkürlichen Ergebnissen führen.⁵¹⁶ In einer neueren Entscheidung unterschied der EuGH dagegen bei einem Bündel von Tankstellenverträgen nach den jeweiligen Laufzeiten.⁵¹⁷ Diejenigen Verträge, die jederzeit unter Einhaltung einer Frist von einem Jahr kündbar waren und nur einen geringen Teil aller Bezugsverträge ausmachten, sollten nur unbedeutend zu der kumulierten Wirkung beitragen und daher nicht unter das Verbot des Art. 81 EG fallen.⁵¹⁸ Einen Widerspruch zu den *"Langnese"* und *"Schöller"*-Entscheidungen vermag die Verfasserin hierin gleichwohl nicht zu erkennen. Zwar nimmt der EuGH hier einige Verträge wieder von der Bündelwirkung aus. Allerdings hat das Gericht stets betont, dass in die Bündelwirkung nur gleichartige Verträge einbezogen werden können. Bei Verträgen mit bedeutend unterschiedlichen Laufzeiten liegt solche Gleichartigkeit allerdings nicht vor. Verträge mit kurzen Laufzeiten gehören daher gewissermaßen in ein anderes Bündel als Verträge mit anderen Laufzeiten. Der Umstand, dass die Vertragspartei in allen Fällen identisch ist, genügt daher nicht zur Begründung einer Gesamthaftung. Im Gegenteil: Dies wäre ein Rückschritt zu den überkommenen Grundsätzen der *"Brasserie de Haecht"*-Entscheidung.

⁵¹³ Urteil des EuGH vom 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991, 977, 985, Tz. 20 „*Delimitis/Henninger Bräu*“.

⁵¹⁴ Urteil des EuGH vom 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991, I-977, 987, Tz. 25 f *Delimitis/Henninger Bräu*“.

⁵¹⁵ Dazu auch *Scholz*, in: RdE 1998, 209, 210.

⁵¹⁶ Urteil des EuG vom 08.06.1995, T-7/93, Slg. 1995, II-1533, Tz. 130 f, EuZW 1996, S. 49, 58, Tz. 125 f *"Langnese"*; von einer Prüfung des *"Bündels im Bündel"* geht wohl auch das LG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 28.07.2001, Az. 3/8 O 102/00, S. 11 (bisher unveröffentlicht) aus.

⁵¹⁷ Urteil des EuGH vom 07.12.2000, Rs. C-214/99 *"Neste"*, in: EWS 2001, S. 119, 120.

⁵¹⁸ Urteil des EuGH vom 07.12.2000, Rs. C-214/99 *"Neste"*, in: EWS 2001, S. 119, 121.

Ob diese Entscheidung auch auf Elektrizitätslieferverträge übertragbar ist, ist allerdings fraglich. Denn der EuGH berücksichtigte insbesondere, dass die Vereinbarung unterschiedlicher Laufzeiten jeweils einen sachlichen Grund hatte. Denn bei Verträgen mit langen Laufzeiten hatte sich der Lieferant zu Investitionen verpflichtet, um die Verkaufsstelle entsprechend seinem Erscheinungsbild auf dem Markt anzupassen. Ein Wechsel wäre daher nur nach Amortisierung dieser Kosten wirtschaftlich.⁵¹⁹ Solche Gründe bestehen bei langfristigen Lieferverträgen für Strom nur in Ausnahmefällen, beispielsweise wenn der Lieferant eigens in Erfüllung dieses Stromliefervertrages Stromnetze hat bauen oder Versorgungsanlagen hat errichten müssen. Regelmäßig wird dies allerdings nicht der Fall sein.

Überträgt man diese Kriterien auf Elektrizitätslieferverträge so ist im Rahmen der Bündeltheorie nicht mehr pauschal auf das Bündel von Verträgen eines Unternehmens insgesamt abzustellen, sondern zwischen den verschiedenen Verträgen des Unternehmens danach zu differenzieren, ob für ihre unterschiedliche Ausgestaltung ein sachlicher Grund zu finden ist, der es rechtfertigt, dass diese Verträge unterschiedlichen Bündeln zugeordnet werden.

Notwendig wird damit eine Zweistufenprüfung: Zunächst muss der Marktanteil eines Unternehmens insgesamt untersucht werden. Ist dieser extrem gering, scheidet eine Spürbarkeit von vorneherein aus. Wird der spürbare Beitrag dagegen bejaht, müssen die von den Unternehmen geschlossenen Verträge darauf untersucht werden, ob sie gleichartig sind, oder ob ein sachlicher Grund für ihre unterschiedliche Ausgestaltung besteht. Hiernach ist zu prüfen, ob die so geknüpften Bündel spürbaren Einfluss auf den europäischen Energiemarkt haben.

b) Rechtsprechung in Deutschland zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch innerstaatliche Vereinbarungen

Die Rechtsprechung in Deutschland folgt grundsätzlich dem EuGH.⁵²⁰ Dabei fällt allerdings auf, dass einige Landgerichte die Rechtsprechung des EuGH nicht immer richtig anwenden.

So meinte das *LG Rostock*, nach der Rechtsprechung des EuGH sei allein entscheidend, ob das Vertragssystem der Lieferantin zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führe.⁵²¹ Ob der Markt durch Verträge anderer Lieferanten abgeschottet sei, sei dagegen unerheblich.⁵²²

Das *LG Frankfurt* erkannte zwar an, dass der EuGH zunächst den Marktabschottungsgrad untersucht.⁵²³ Es erklärte sodann allerdings pauschal unter Bezugnahme auf die Bündeltheorie, dass der in Rede stehende Demarkationsvertrag den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtige.⁵²⁴ Obwohl es nach den vom EuGH in der "*Delimitis*"-Entscheidung aufgestellten Grundsätzen erforderlich gewesen wäre, prüfte das Gericht nicht

⁵¹⁹ Urteil des EuGH vom 07.12.2000, Rs. C-214/99, in: EWS 2001, S. 119, 121 "*Neste*".

⁵²⁰ So etwa beispielhaft das Urteil des OLG Karlsruhe vom 13.06.1990, Az. 6 U 33/90 (Kart.), WuW/E OLG 4577, 4578 = WuW 1991, S. 51, 52 "VEEDOL Schmiermittel-Bezug": Es stehe außer Frage, dass der Vertrag für sich genommen keine spürbare zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung nachsichziehe.

⁵²¹ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 22. Vgl. dazu *Markert*, in: ZNER 2001, S. 182, 183 unter Verweis auf *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, § 1 GWB, Rdnr. 157, 192.

⁵²² Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 22.

⁵²³ Urteil des LG Frankfurt, Az. 3/12/ O 94/00, S. 13 f (bisher unveröffentlicht).

⁵²⁴ Urteil des LG Frankfurt, Az. 3/12/ O 94/00, S. 13 f (bisher unveröffentlicht).

den individuellen Beitrag des konkreten Vertrages zwischen dem Vorlieferanten und dem kommunalen Abnehmer. Das Gericht stellte lediglich fest, dass der deutsche Gasmarkt durch ein engmaschiges Netz gleichartiger Demarkationsverpflichtungen zwischen Vorlieferanten und Weiterverteilern geprägt sei, leitete aus der Verwobenheit des zu beurteilenden Vertrages die Spürbarkeit der Beeinträchtigung ab und übernahm folglich die beitragsunabhängige Kollektivhaftung der "*Brasserie de Haecht*"-Entscheidung.⁵²⁵

Auf die Feststellung des eigenen Anteils verzichtete auch das *LG Köln*.⁵²⁶ In einer Entscheidung, die sich mit der Frage der Wirksamkeit eines langfristigen Gaslieferungsvertrages mit Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung beschäftigte, prüfte das Gericht den Beitrag zur Marktabschottung nicht isoliert, sondern wies lediglich auf die gebündelte Wirkungsweise aller gleichartigen Verträge hin.⁵²⁷ Da es sich in der Entscheidung des *LG Köln* bei der gebundenen Vertragspartei um ein kommunales Unternehmen handelte, hätte insbesondere diese restriktiv wirkende zweite Stufe der Bündeltheorie zu einem abweichenden Ergebnis führen können.

Mit der zweiten Stufe der Bündeltheorie setzte sich dann allerdings das *OLG Düsseldorf* in der Berufung gegen das Urteil des *LG Köln* eingehend auseinander und prüfte mustergültig die vom EuGH aufgestellten Kriterien.⁵²⁸ In einem ersten Schritt untersuchte das Gericht, ob der deutsche Markt abgeschottet ist. Es durchleuchtete die bestehenden Wettbewerbsverhältnisse und berücksichtigte hierbei, dass der deutsche Gasmarkt durch eine geringe Zahl von Wettbewerbern, eine extrem hohe Dichte von langfristigen Bindungen und - bedingt durch die überkommenen Demarkationsgebiete - eine starke Aufteilung der Märkte geprägt ist. In der Gesamtheit dieser Hindernisse sah das Gericht eine wesentliche Marktzutrittschranke und kam zu dem Ergebnis, dass der deutsche Gasmarkt abgeschottet sei.⁵²⁹

In einem zweiten Schritt beschäftigte sich das Gericht sodann mit der Frage, ob der streitgegenständliche Liefervertrag einen spürbaren Beitrag zu der Abschottung des deutschen Marktes leistet.⁵³⁰ Dabei stellte das *OLG Düsseldorf* nicht nur auf den Marktanteil des Lieferanten von 8 % bezogen auf den deutschen Gasmarkt sondern auch vor allem darauf ab, dass die von ihm geschlossenen Lieferverträge sämtliche Merkmale enthielten, die typischerweise eine Marktabschottung bewirken: lange Laufzeiten von regelmäßig mehr als zehn Jahren und mindestens 80 %-ige Abnahmeverpflichtungen.⁵³¹

Allerdings berücksichtigte das OLG noch einen weiteren Umstand, der bislang in der europäischen Rechtsprechung keine Rolle gespielt hat. Denn das Gericht ließ in seine Entscheidungsfindung auch miteinfließen, dass der Abnehmer in dem von dem Lieferanten versorgten Territorium einen Marktanteil von 5 % hatte. Der Marktanteil des Abnehmers in einem bestimmten Versorgungsgebiet ist vom EuGH, der bei einer Marktabschottung immer auf die Stellung des Abnehmers im nationalen Gebiet abstellte, jedoch bislang nicht berücksichtigt worden. Bei näherer Betrachtung der Entscheidung wird allerdings deutlich, dass hierin keine grundsätzlich Abkehr von der Rechtsprechung der EuGH zu sehen ist. Denn

⁵²⁵ Urteil des LG Frankfurt, Az. 3/12/ O 94/00, S. 14 (bisher unveröffentlicht).

⁵²⁶ Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, - Rs. 28 0 (Kart.) 559/99, RdE 2000, S. 233, 235.

⁵²⁷ Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, - Rs. 28 0 (Kart.) 559/99, RdE 2000, S. 233, 235.

⁵²⁸ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 33 ff (bisher unveröffentlicht).

⁵²⁹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 35 (bisher unveröffentlicht).

⁵³⁰ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 35, 36 (bisher unveröffentlicht).

⁵³¹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 33 ff (bisher unveröffentlicht).

auch der EuGH hat in seiner Rechtsprechung befunden, dass unbedeutende Verträge nicht berücksichtigt werden dürfen, oder wie es die Verfasserin ausgedrückt hat, in ein anderes Bündel gehören.⁵³² Hierbei handelt es sich um Verträge, die von so untergeordneter Bedeutung sind, dass ihre Berücksichtigung im Rahmen der Bündeltheorie nicht sachgerecht wäre. Es kommt somit wieder auf eine individuelle Einschätzung der Bedeutung des Vertrages an. Diese gelingt jedoch am leichtesten, indem man den Marktanteil des Abnehmers und die Abnahmequote betrachtet. Das OLG hat daher mit der Berücksichtigung des individuellen Marktanteils nichts anderes unternommen, als ein konkretes Kriterium zu benennen, wann ein Vertrag als so gänzlich unbedeutend betrachtet werden kann, dass er schlechthin ohne wettbewerbsrechtliche Relevanz ist. Bei einem Marktanteil von 5 % des Abnehmers in einem Mitgliedstaat ist dies sicher nicht der Fall. Unklar ist nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings, ob ein Marktanteil von 5 % auch in einem nationalen Teilmarkt ausreicht. Denn der EuGH stellt - ebenso wie das *OLG Düsseldorf* in seinem ersten Prüfungsschritt - auf die Abschottung nationaler Märkte ab. Deshalb muss der Beitrag des einzelnen Vertrages zu dieser Abschottungswirkung, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates bezieht, untersucht werden. Bei einem Anteil von 8 % bezogen auf den deutschen Gasmarkt beträgt der Anteil des Abnehmers zur nationalen Marktabschottung etwa 0,5%. Dies dürfte auch nach der Rechtsprechung des EuGH ausreichen, um grundsätzlich einen spürbaren Beitrag annehmen zu können.

Das *OLG Düsseldorf* musste sich schließlich mit der Frage auseinandersetzen, ob der streitgegenständliche Vertrag wegen seiner verhältnismäßig geringen Laufzeit von fünfeinhalb Jahren aus dem Bündel von durchschnittlich zehn Jahre laufenden Verträgen herausgenommen werden musste - es prüfte also die Gleichartigkeit der in ein Bündel zusammengefassten Verträge.⁵³³ Diese Gleichartigkeit bejahte das Gericht vor allem unter Verweis auf die "Schirm-GVO", nach der Verträge mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren nicht freigestellt sind. Es prüfte also - ebenso wie der EuGH -, ob ein sachlich rechtfertigender Grund vorliegt, der dazu zwingt, den Vertrag aus dem Gesamt-Bündel auszunehmen. Ein solcher Grund liegt nach Ansicht des *OLG Düsseldorf* nicht vor, wenn die "Schirm-GVO" nicht eingreift.

c) Zusammenfassung der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kann eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nur angenommen werden, wenn 30 % des nationalen Gebietes durch Verträge mit Gesamtbedarfsdeckungsklauseln und/oder Gebietsschutzvereinbarungen abgedeckt sind und der einzelne Vertrag erheblich zu diesem Netz beiträgt. Ob ein Beitrag erheblich ist, bestimmt sich in erster Linie nach Anteilen des Lieferanten und des Abnehmers im nationalen Gebiet, der gebundenen Bezugsmenge und der Laufzeit des Vertrages. Nach der Rechtsprechung des *OLG Düsseldorf* genügt es, wenn der Anteil des Lieferanten 8 % und der des gebundenen Abnehmers etwa 5 % in einem nationalen Teilmarkt (entspricht etwa 0,5 % des nationalen Marktes) ausmachen und die Laufzeit des Vertrages fünf Jahre übersteigt.⁵³⁴

d) Die Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel durch die Kommission

Die Entscheidungspraxis der Kommission ist uneinheitlich. In einigen Entscheidungen übernimmt sie die oben dargestellten Kriterien des EuGH und wendet im wesentlichen die

⁵³² Siehe Seite 89 ff.

⁵³³ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 37 (bisher unveröffentlicht).

⁵³⁴ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 33 ff (bisher unveröffentlicht).

Bündeltheorie an. Dort sieht sie eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in der Abschottung des nationalen Marktes durch zahlreiche nebeneinanderbestehende gleichartige Verträge, zu der die Streitgegenständlichen Verträge entweder einzeln oder im Bündel wesentlich beitragen.⁵³⁵ So untersuchte sie in der Entscheidung „*Haarden en Kachelhandel*“, ob ein Vertriebskartell die Möglichkeit Dritter, Zugang zum Markt zu erhalten, erheblich erschwere.⁵³⁶

In der *Carlsberg*-Entscheidung dagegen richtete sich die Kommission nicht nach den oben genannten Kriterien.⁵³⁷ Hier stellte die Kommission auf den Verdrängungseffekt eines Liefervertrages ab. Entscheidend für die Kommission war nämlich, dass ein nationaler Liefervertrag einen Liefervertrag mit grenzüberschreitendem Charakter verdrängte. Zu beachten ist in diesem Fall allerdings, dass es sich um einen Liefervertrag handelte, der 10 % des gesamten Imports des Mitgliedstaates ausmachte.⁵³⁸ Dies erlaubt wohl die Schlussfolgerung, dass nach Auffassung der Kommission ein nationaler Vertrag bereits dann zwischenstaatliche Bedeutung hat, wenn er einen anderen zwischenstaatlichen Vertrag von einigem Umfang verdrängt.

Wohl um die oben aufgezeigten Schwierigkeiten, die mit der Prüfung der Abschottung eines Marktes verbunden sind, zu umgehen, stellt die Kommission zunächst auf die Marktanteile der Vertragsparteien ab und beurteilt die wettbewerbsrechtliche Relevanz eines Vertrages anhand der von ihr erlassenen Bagatellbekanntmachung.⁵³⁹ Wie bereits an anderer Stelle dargestellt, sind nämlich bei der Frage, ob ein nationaler Markt abgeschottet ist, eine Vielzahl von Kriterien zu beachten, die für die Kommission nicht immer ohne weiteres erkennbar sind. So ist die Frage, ob ein Markt durch gleichartige Lieferverträge mit bestimmten wettbewerbsfeindlichen Bedingungen wie Alleinbezugsvereinbarungen, Demarkationen und langen Laufzeiten geprägt ist, schwer zu beurteilen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Kommission in dem von ihr wesentlich leichter zu beurteilendem Marktanteil eines Unternehmens ein "Indiz" für die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Vereinbarung sieht.

In der geltenden Fassung stellt die Bagatellbekanntmachung, anders als noch die Fassung davor, nur noch auf das quantitative Kriterium der Marktanteile der beteiligten Unternehmen ab. Sie unterscheidet bei der Beurteilung der Spürbarkeit zwischen horizontalen, vertikalen, vertikal/horizontalen Vereinbarungen und solchen Vereinbarungen, die sich in ein Netz gleichartiger Verträge einfügen.⁵⁴⁰ Bei horizontalen Vereinbarungen soll ein Bagatellfall vorliegen, wenn die Anteile der in Rede stehenden beteiligten Unternehmen auf keinem der betroffenen Märkte 5 % übersteigen.⁵⁴¹ Bei vertikalen Vereinbarungen greift demgegenüber

⁵³⁵ Entscheidung der Kommission vom 25.09.1986, Abl. 1986 L 295/19 "*Peugeot*"; Entscheidung der Kommission vom 17.12.1986, Abl. 1987 L 13/39 "*Yves Rocher*".

⁵³⁶ Entscheidung der Kommission vom 03.06.1975, Abl. vom 21.06.1975, Nr. L 159/22, 26 „*Haarden- en Kachelhandel*“.

⁵³⁷ Entscheidung der Kommission vom 12.07.1984, Abl. Nr. L 207 vom 02.08.1984, S. 26, Tz. 5 f "*Carlsberg*".

⁵³⁸ Entscheidung der Kommission vom 12.07.1984, Abl. Nr. L 207 vom 02.08.1984, S. 26, Tz. 5 f "*Carlsberg*".

⁵³⁹ Entscheidung der Kommission vom 23.12.1992, Abl. vom 26.07.1993, Nr. L 183 "*Schöller*"; Entscheidung der Kommission vom 23.12.1992, Abl. vom 26.07.1993, "*Langnese*".

⁵⁴⁰ Ziff. II 9 der Bagatellbekanntmachung, Abl. 1997 Nr. C 372/13.

⁵⁴¹ Ziff. II 9 a) der Bagatellbekanntmachung, Abl. 1997 Nr. C 372/13.

eine Marktanteilsschwelle von 10 % ein.⁵⁴² Zu den Marktanteilen der Vertragsschließenden sind auch die der verbundenen Mutter- und Tochterunternehmen zu addieren.⁵⁴³

Die Bagatellbekanntmachung hat gegenüber EuG, EuGH und nationalen Gerichten nur Hinweischarakter⁵⁴⁴, sie enthält aber eine Selbstbindung der Kommission, die bei Vereinbarungen, die unter die Bagatellbekanntmachung fallen, nicht einschreitet⁵⁴⁵ und soll den Unternehmen auf diese Weise Rechtssicherheit vermitteln.⁵⁴⁶ Sinn und Zweck der Bekanntmachung ist es also, bestimmten Vereinbarungen von vornherein keine wettbewerbsrechtliche Relevanz zuzuschreiben, weil die betroffenen Unternehmen hinter den dort genannten Schwellenwerten zurückbleiben. Dem Überschreiten der dort genannten Schwellen kommt daher grundsätzlich keine andere Wirkung zu, als dass der Kommission ein Signal gegeben wird, den Sachverhalt näher zu untersuchen. In den "*Langnese*" und "*Schöller*" Entscheidungen wird allerdings deutlich, dass die Kommission diesen Umstand in sein Gegenteil verkehrt.⁵⁴⁷ In den "*Langnese*" und "*Schöller*"-Entscheidungen begnügte sich die Kommission dagegen mit der Feststellung, dass die Bagatellbekanntmachung überschritten wurde und prüfte die beeinträchtigende Wirkung nicht weiter.⁵⁴⁸ Eine Untersuchung des gesamten, auf dem relevanten Markt existierenden Netzes gleichartiger Vereinbarungen hielt sie daneben für nicht erforderlich. Die Kommission konnte so den Marktzutritt neuer Anbieter effektiv durchsetzen.⁵⁴⁹ Nach Ansicht der Verfasserin führte die Kommission mit diesem Indiz im Ergebnis bei bestimmten Marktanteilen eine Beweislastumkehr ein, die die betroffenen Lieferanten widerlegen müssen. Hierin liegt die eigentliche Bedeutung dieser Entscheidung. Ob die Kommission allerdings nach den "*Langnese*" und "*Schöller*"-Entscheidungen des EuG⁵⁵⁰ an ihrer Auffassung festhalten wird, erscheint fraglich. Denn in der im Jahr 1998 ergangenen Entscheidung "*Van den Bergh Foods*" meinte die Kommission, dass das Vertriebsnetz eines Speiseeisherstellers gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoße, weil es im Zusammenhang mit Vertriebsnetzen anderer Anbieter eine bedeutende Zahl von Verkaufsstellen binde, so dass diese für die Konkurrenz nicht mehr zugänglich seien.⁵⁵¹ Die Kommission zog in dieser Entscheidung die Vertriebsnetze anderer Hersteller heran, obwohl das bindende Unternehmen einen Marktanteil von 89 % hatte.⁵⁵² Es ist also durchaus möglich, dass sich die Kommission von den in den "*Langnese*"- und "*Schöller*"-Entscheidungen aufgestellten Grundsätzen wieder verabschiedet hat.

⁵⁴² Ziff. II 9 b) der Bagatellbekanntmachung, Abl. 1997 Nr. C 372/13.

⁵⁴³ Ziff. 12 b) und c) der Bagatellbekanntmachung, Abl. 1997 Nr. C 372/13: Als verbundene Unternehmen gelten diejenigen, bei denen ein vertragsschließendes Unternehmen mehr als die Hälfte des Kapitals, des Betriebsvermögens oder der Stimmrechte besitzt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe bestellen kann. Verbundene Unternehmen sind ferner solche, die bei dem vertragsschließenden Unternehmen diese aufgeführten Rechte oder Einflussmöglichkeiten haben. Haben mehrere Unternehmen gemeinsam die aufgeführten Rechte und Einflussmöglichkeiten, gelten sie ebenfalls als verbundene Unternehmen.

⁵⁴⁴ Ziff. I 3 der Bagatellbekanntmachung, Abl. 1997 Nr. C 372/13.

⁵⁴⁵ *Stockenhuber*, S. 37.

⁵⁴⁶ *Weltrich*, S. 251.

⁵⁴⁷ Entscheidung der Kommission vom 23.12.1992, Abl. vom 26.07.1993, Nr. L 183 "*Schöller*"; Entscheidung der Kommission vom 23.12.1992, Abl. vom 26.07.1993, "*Langnese*".

⁵⁴⁸ Entscheidung der Kommission vom 23.12.1992, Abl. vom 26.07.1993, Nr. L 183 "*Schöller*"; Entscheidung der Kommission vom 23.12.1992, Abl. vom 26.07.1993, "*Langnese*".

⁵⁴⁹ *Veltrup*, S. 567.

⁵⁵⁰ Siehe oben, S. 89 ff.

⁵⁵¹ Entscheidung der Kommission vom 11.03.1998, ABl L 246 vom 04.04.1998, WuW/E EU-V 142.

⁵⁵² Entscheidung der Kommission vom 11.03.1998, ABl L 246 vom 04.04.1998, WuW/E EU-V 142.

e) Die Auslegung der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in der Literatur

Auch die Literatur prüft die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zumeist unter Heranziehung der Bündeltheorie.⁵⁵³ Die Bedeutung der Zwischenstaatlichkeitsklausel wird dabei vielfach als gering eingestuft.⁵⁵⁴ So hat *Reich* nach einer Analyse der Rechtsprechung das Resümee gezogen, der EuGH würde mit seiner Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel auch solche Vereinbarungen miteinbeziehen, die den zwischenstaatlichen Handel nur geringfügig beeinträchtigen.⁵⁵⁵ Ein anderer Teil behauptet pauschal die Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung, ohne auf die Besonderheiten der Bündeltheorie, insbesondere auf den spürbaren Beitrag des einzelnen Vertrages, konkret einzugehen.⁵⁵⁶

Demgegenüber hat *Lukes* für den hier relevanten Bereich der Elektrizitätslieferverträge eine spezielle Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel vorgeschlagen.⁵⁵⁷ Er will die nach der Richtlinie Elektrizität vorgesehene quoten- und periodenmäßig gestaffelte Marktöffnung auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel übertragen. Soweit die Richtlinie ein Unternehmen als zugelassenen Kunden ansehe, ihm also die Gelegenheit zum Strombezug geben wolle, müsse ihm diese Möglichkeit auch tatsächlich eingeräumt werden. Binde ihn dagegen ein Liefervertrag über längere Zeit, würden die Zielsetzungen der Richtlinie vereitelt.⁵⁵⁸ Übertrage man die Marktöffnungskriterien dagegen nicht auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel, könnten mit dem europäischen Wettbewerbsrecht Verstöße von Unternehmen gegen die vorgesehene Marktöffnung nur geahndet werden, wenn die Beteiligten die nach der Bagatellbekanntmachung erforderlichen Marktanteilsquoten erreichten.⁵⁵⁹ Dies sei jedoch prinzipiell nicht der Fall.⁵⁶⁰ *Lukes* meint, dass eine Anwendung der Marktöffnungswerte der Richtlinie dazu führe, dass Verträge zwischen Lieferanten und Verteilerunternehmen generell den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, neben der die Bündeltheorie nur noch eine zusätzliche Rolle spielt.

3. Eine integrationsfördernde Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel

Die nachfolgende Stellungnahme wird zeigen, dass eine Differenzierung zwischen mittelbaren innerstaatlichen und unmittelbaren zwischenstaatlichen Beeinträchtigungen nicht mit Art. 81 Abs. 1 EG vereinbar ist. Bei der Frage nach dem erforderlichen Ausmaß der Handelsbeeinträchtigung wird sich herausstellen, dass weder die Ansicht von EuGH und EuG noch die der Kommission bei Wettbewerbsbeschränkungen im Elektrizitätssektor zu annehmbaren Ergebnissen führen. Vielmehr ist aufbauend auf die Auffassung von *Lukes* eine auf die Integration der verschiedenen Märkte ausgerichtete Interpretation der Zwischenstaatlichkeitsklausel geboten und erforderlich.

⁵⁵³ *Säcker/Jaecks*, S. 20; *Scholz*, in: RdE 1998, S. 209, 210; *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 775; *Markert*, in: ZNER 2001, S. 260, 262.

⁵⁵⁴ *Jung*, S. 46; *Dujim*, S. 80.

⁵⁵⁵ *Reich*, in: FS für Steindorff, S. 1065, 1073.

⁵⁵⁶ So etwa *Dietze*, S. 52 f; *Säcker/Jaecks*, S. 20 (bisher unveröffentlicht).

⁵⁵⁷ *Lukes*, in: EWS 1999, S. 441, 443.

⁵⁵⁸ *Lukes*, in: EWS 1999, S. 441, 443.

⁵⁵⁹ Auch *Lukes* (Fn. 558) geht offenbar davon aus, dass die Bagatellbekanntmachung nicht nur eine Grenze für das Aufgreifermessen, sondern auch ein starkes Indiz für die Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung ist.

⁵⁶⁰ *Lukes*, in: EWS 1999, S. 441, 443; *Jestaedt*, in: *Langen/Bunte*, Art. 81, Rdnr. 167 lässt ausdrücklich offen, ob die Spürbarkeit nach den Marktöffnungskriterien der Richtlinie zu beurteilen ist.

a) Keine Notwendigkeit für Unterscheidung von mittelbaren und unmittelbaren Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels

Die Rechtsprechung hält eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch innerstaatliche Vereinbarungen nur ausnahmsweise für möglich und stellt an eine solche Beeinträchtigung wesentlich höhere Anforderungen als an eine Beeinträchtigung durch zwischenstaatliche Vereinbarungen. Für die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch innerstaatliche Vereinbarungen sieht sie es als Anwendungsvoraussetzung des Art. 81 Abs. 1 EG an, dass der gesamte Mitgliedstaat - oder nach den "*Langnese*"/*Schöller*"-Entscheidungen des EuG - zumindest ein wesentlicher Teil desselben abgeschottet ist.⁵⁶¹

Zieht man den Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EG heran, liegt eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits dann vor, wenn die Vereinbarung mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell auf den zwischenstaatlichen Handel einwirken kann. Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels setzt weder einen zielgerichteten noch einen unmittelbaren Eingriff voraus. Vom Wortlaut her unterscheidet Art. 81 Abs. 1 EG auch nicht zwischen Vereinbarungen von Unternehmen aus verschiedenen oder gleichen Mitgliedstaaten.⁵⁶²

Problematisch erweist sich allerdings die Vereinbarkeit einer Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG auf innerstaatliche Vereinbarungen mit dem Sinn und Zweck der Zwischenstaatlichkeitsklausel. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel dient dazu, den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG auf diejenigen Vereinbarungen zu beschränken, die die Freiheit des Handels in einer Weise gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Binnenmarktes nachteilig sein können.⁵⁶³ Die Wettbewerbsregeln des EG sollen auf diejenigen Beschränkungen Anwendung finden, die dem primären Ziel der Gemeinschaft, nämlich der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einzigen Wirtschaftsgebiet entgegenstehen.⁵⁶⁴

Dem Regelungsziel dieser Vorschrift entspricht eine Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG daher immer dann, wenn eine Vereinbarung zwischen zwei in demselben Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen explizit Exportverbote oder -beschränkungen enthält.⁵⁶⁵ Bei diesbezüglichen Vereinbarungen zwischen Unternehmen innerhalb eines Mitgliedstaates bezieht sich die vereinbarte Beschränkung allerdings unmittelbar auf den zwischenstaatlichen Handel mit der konkreten Vertragsware, d.h. die Vertragsware würde ohne die Vereinbarung potentiell die Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat überschreiten. Demgegenüber berühren die streitigen Klauseln des Elektrizitätslieferungsvertrages den grenzüberschreitenden Handel mit dem konkreten Vertragsprodukt nicht, sondern führen nur zu einer Einschränkung des Imports "anderer" Elektrizität von "anderen" Unternehmen. Sie haben nur mittelbare Auswirkungen auf Importe gleichartiger Produkte.

⁵⁶¹ Insoweit anders *Jung*, S. 45.

⁵⁶² Obwohl der Wortlaut „Beeinträchtigung“ darauf hindeutet, dass eine negative Einwirkung erforderlich ist, geht die h.M. davon aus, dass es allein darauf ankommt, ob unter dem Einfluss der Vereinbarung der Warenstrom in seiner Intensität oder Richtung von dem Weg abgelenkt wird, den er ohne sie gehen würde. Der Umstand, dass eine Vereinbarung zu einer beträchtlichen Ausweitung des Handelsvolumens führt, soll eine Beeinträchtigung nicht ausschließen, vgl. Urteil des EuGH vom 30.06.1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, 303 f. „*Maschinenbau Ulm*“; Urteil des EuGH vom 13.07.1966, Verb. Rs. 56 u. 58/65, Slg. 1966, 321, 389 „*Grundig/Consten*“. Ob dem zuzustimmen ist, kann hier offen bleiben, weil die Klauseln den grenzüberschreitenden Handel nicht ausdehnen.

⁵⁶³ Urteil des EuGH vom 25.03.1981, Slg. 1981, S. 851, 867 "*Coooperatieve Stremselfabriek*".

⁵⁶⁴ *Schröter*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Vorbemerkung zu Art. 85 bis 94, Rdnr. 10.

⁵⁶⁵ *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Recht Band 1, Einleitung E II; Rdnr. 32.

Zum Auswirkungsprinzip von in Drittstaaten veranlassten Wettbewerbsbeschränkungen vertreten Kommission und Literatur, dass die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG auf unmittelbare Beschränkungen des zwischenstaatlichen Handels zu begrenzen sei, um den Unternehmen die normgerechte Einrichtung ihres Verhaltens zu ermöglichen.⁵⁶⁶ Das Unmittelbarkeitserfordernis bei in Drittstaaten veranlassten Beschränkungen rechtfertigt sich allerdings aus völkerrechtlichen Begrenzungskriterien,⁵⁶⁷ die bei einer Anwendung des EG-Rechts auf die einzelnen Mitgliedstaaten nicht zu beachten sind. Insoweit ergibt sich ein wesentlicher Unterschied zum Maßstab, der bei der Prüfung der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels anzulegen ist.

Betrachtet man die Zielsetzung der Zwischenstaatlichkeitsklausel, einen einheitlichen Binnenmarkt zu verwirklichen, ergibt sich grundsätzlich kein Unterschied zwischen den Auswirkungen "mittelbarer" innerstaatlicher und unmittelbarer zwischenstaatlicher Vereinbarungen. Eine "mittelbare" Einwirkung auf den zwischenstaatlichen Handel durch innerstaatliche Vereinbarungen kann zu den selben Auswirkungen auf die Freiheit des zwischenstaatlichen Handels führen wie eine unmittelbare zwischenstaatliche Vereinbarung. Soweit ein zwischenstaatlicher Handel mit Elektrizität möglich ist, unterscheidet sich eine Gesamtbedarfsdeckung, die zwischen Unternehmen eines Mitgliedstaates vereinbart wird, in ihren Auswirkungen auf Dritte nicht von einer Gesamtbedarfsdeckungsabrede zwischen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten. Beide Vereinbarungen schließen in gleichem Umfang eine Belieferung des gebundenen Unternehmens durch Anbieter aus anderen EG-Mitgliedstaaten aus. Sie haben beide mittelbare Auswirkungen auf die Handelsströme in der EG.⁵⁶⁸

Auch Gebietsschutzvereinbarungen und Eigenerzeugungsverbote haben keine unmittelbaren Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel, wenn sie sich auf den innerstaatlichen Elektrizitätsabsatz beschränken.⁵⁶⁹ Denn unmittelbar werden weder inländische EVU an einem Export, noch ausländische EVU an einem Import gehindert. Mittelbar hindern sie allerdings die im Absatz beschränkten EVU daran, den ihrerseits von ausländischen EVU bezogenen Strom an inländische Abnehmer abzugeben.⁵⁷⁰ Die in Deutschland ansässigen EVU können nur in begrenztem Umfang Strom von ausländischen EVU importieren. Die Gebiete oder Sonderabnehmer, die sie aufgrund der vertraglichen Verpflichtung nicht versorgen dürfen, können sie auch nicht mit Strom aus dem Ausland versorgen.⁵⁷¹

Für eine Gleichbehandlung von innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Vereinbarungen genügen solche mittelbaren Auswirkungen auf Dritte jedoch nur dann, wenn es bei der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels allein auf die Auswirkungen der Vereinbarung auf Dritte und nicht auf die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen ankommt. Denn Bindungen zwischen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten verfälschen selbst den zwischen ihnen stattfindenden Außenhandel. Bindungen zwischen

⁵⁶⁶ *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Recht Band 1, Einleitung E III, Rdnr. 69; Entscheidung der Kommission vom 19.12.1984, Abl. 1985 Nr. L 85/1, S. 14 f "Zellstoffhersteller".

⁵⁶⁷ *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Recht Band 1, Einleitung E III, Rdnr. 65.

⁵⁶⁸ *Jung*, S. 45.

⁵⁶⁹ Siehe auch *Schwabe*, S. 91 f, *Steinberg/Britz*, S. 123 f, allerdings für den Fall, dass zwei inländische EVU einen selbständigen Demarkationsvertrag geschlossen haben.

⁵⁷⁰ Zu diesem Problem, dass auch bei selbständigen Demarkationsverträgen auftrat, siehe *Schwabe*, S. 91 f, *Steinberg/Britz*, S. 123 f

⁵⁷¹ So auch *Schwabe*, S. 91 f.

Unternehmen innerhalb eines Mitgliedstaates behindern dagegen nur den Außenhandel zwischen einem Dritten und dem gebundenen Vertragsteil.⁵⁷²

Art. 81 Abs. 1 EG stellt ausdrücklich auf eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und nicht auf eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den wettbewerbsbeschränkenden Unternehmen ab. Das bedeutet, dass nicht die Wirkungen der Vereinbarung auf die Beteiligten selbst entscheidend sind, sondern die Auswirkungen auf andere Unternehmen und auf Verbraucher, deren Möglichkeit zum grenzüberschreitenden Handel durch die Wettbewerbsbeschränkung beeinträchtigt sein muss. Würde man dagegen auf die Wirkungen der Vereinbarung auf die beteiligten Unternehmen abstellen, wäre das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels überflüssig. Denn in diesem Fall würde es bereits ausreichen, wenn Art. 81 Abs. 1 EG eine zwischenstaatliche Wettbewerbsbeschränkung verlangen würde.⁵⁷³ Misst man dem Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels einen selbständigen Sinngehalt bei, folgt daraus, dass ausschließlich die Außenwirkungen der Vereinbarung in den Mitgliedstaaten entscheidend sind. Nur, wenn sich diese Wirkungen auf einen Mitgliedstaat beschränken, scheidet eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels von vorneherein aus.⁵⁷⁴

Fikentscher hat besonders deutlich aufgezeigt, wann eine Vereinbarung auf den zwischenstaatlichen Handel einwirkt: Jede Wettbewerbsbeziehung lässt sich seiner Auffassung nach durch ein Dreiecksverhältnis kennzeichnen, indem Wettbewerber um den Vertragsschluss mit einem Dritten werben. Schneide eine der drei Linien eine Grenze zum EG-Binnenmarkt, so ist seiner Ansicht zufolge der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.⁵⁷⁵

Grundsätzlich hält eine Unterscheidung zwischen innerstaatlichen Vereinbarungen und solchen, die zwischen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten vereinbart werden, vor dem Sinn und Zweck des Art. 81 Abs. 1 EG nicht stand. Vielmehr müssen innerstaatliche und zwischenstaatliche Vereinbarungen im Rahmen des Art. 81 Abs. 1 EG grundsätzlich gleichgestellt werden, wenn ihre Auswirkungen vergleichbar sind.

b) Erforderliches Ausmaß einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Ob zur Bejahung der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits jede geringfügige Einflussnahme ausreicht, hängt insbesondere davon ab, ob eine Beeinträchtigung neben der generellen Einwirkungsfähigkeit einer Vereinbarung zusätzlich ein bestimmtes quantitatives Maß voraussetzt.

Die europarechtliche sowie die deutsche Rechtsprechung halten eine Abschottung des gesamten oder zumindest eines wesentlichen Teils des nationalen Marktes für notwendig.⁵⁷⁶ Nach den „*Langnese*“ und „*Schöller*“-Entscheidungen des EuG liegt eine Abschottung nur dann vor, wenn die Bindungsquote 30 % des nationalen Marktes umfasst. Die Anforderungen an die potentiellen Einwirkungen innerstaatlicher Vereinbarungen sind damit erheblich und

⁵⁷² *Duijm*, S. 79 f.

⁵⁷³ Art. 81 Abs. 1 EG würde dann etwa lauten: "Mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen ..., welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten bezwecken oder bewirken."

⁵⁷⁴ So wohl auch *Gleiss/Hirsch*, Art. 85 (1), 1. Kap. E, Rdnr. 257.

⁵⁷⁵ *Fikentscher*, S. 606, Wirtschaftsrecht Bd. 1.

⁵⁷⁶ Siehe dazu oben, S. 89 ff.

unterscheiden sich von denjenigen, die an eine unmittelbare oder - aus Sicht des EuGH - mittelbare Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels gestellt werden.

Die Ursache, weshalb der EuGH so erhebliche Auswirkungen verlangt, liegt vermutlich darin, dass insoweit ein eindeutiger Anhaltspunkt zur Kompetenzabgrenzung zwischen der EG und den Mitgliedstaaten besteht. So ist gewährleistet, dass einerseits den Mitgliedstaaten exklusive Zuständigkeiten verbleiben und andererseits bei grenzüberschreitenden Verträgen die Kompetenz eindeutig verteilt ist. Zwar ist dem EuGH aus diesem Grund darin zuzustimmen, dass eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht bei jeder beliebigen, minimalen Einwirkung auf den zwischenstaatlichen Handel vorliegen kann. Bereits die wörtliche Auslegung des Begriffs "Beeinträchtigung" weist darauf hin, dass zumindest ein nicht unerheblicher Einfluss erforderlich ist. Hinzu kommt, dass die Zwischenstaatlichkeitsklausel den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts bestimmen soll, so dass nicht jede noch so harmlose Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ausreichen kann. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel selbst beinhaltet deshalb nach ihrem Sinn und Zweck ein Spürbarkeitskriterium. Die Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung ist also kein Tatbestandsmerkmal ohne Grundlage im EG⁵⁷⁷, sondern Bestandteil der Zwischenstaatlichkeitsklausel selbst. Eine teleologische Extension des Tatbestandes - wie sie Rechtsprechung und Literatur vornehmen - ist nicht erforderlich.

aa) Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs als Anwendungsfall des Art. 81 Abs. 3 EG

Ob diesem Spürbarkeitskriterium allerdings erst dann Genüge getan ist, wenn mindestens 30 % des nationalen Marktes abgeschottet sind, ist fraglich. Gegen diese hohen Anforderungen spricht der Umstand, dass der EuGH bereits im Rahmen des Tatbestandes des Art. 81 Abs. 1 EG eine Prüfung vornimmt, die an sich erst bei der Frage nach der Freistellungsmöglichkeit der Beschränkung gemäß Art. 81 Abs. 3 EG relevant wird. Denn Art. 81 Abs. 3 EG schließt eine Freistellung dann aus, wenn die Beteiligten den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der Waren ausschalten. Als Maßstab für die Möglichkeit der Wettbewerbsausschaltung gelten neben dem Marktanteil der beteiligten Unternehmen auch die sonstigen Verhältnisse des Marktes wie etwa das kumulierte Auftreten gleichartiger Vereinbarungen.⁵⁷⁸ Setzt nun aber die Freistellungsregelung des Art. 81 Abs. 3 EG voraus, dass Wettbewerb nicht für einen wesentlichen Teil der vertragsgegenständlichen Waren ausgeschaltet wird, folgt daraus, dass Vereinbarungen, deren Auswirkungen unterhalb dieser Grenze liegen, in der Regel vom Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG erfasst werden müssen. Dies darf nicht nur für die Frage nach der Wettbewerbsbeschränkung gelten, sondern muss entsprechend auch bei der Handelsbeeinträchtigung angewendet werden. Denn andernfalls würden die möglicherweise freigestellten Vereinbarungen bereits den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG nicht erfüllen, so dass keine Notwendigkeit für eine Freistellungsregelung bestünde. Setzte man dagegen im Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG bereits wesentliche Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel voraus, bedeutete dies, dass die notwendigen weiteren Freistellungs Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG, die erfordern, dass die Vereinbarung "unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn, zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind," wegfielen.

⁵⁷⁷ So aber *Jung*, S. 45.

⁵⁷⁸ *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 81, Rdnr. 163.

bb) Vergleich der Zwischenstaatlichkeitsklausel mit dem Tatbestandsmerkmal der gemeinschaftsweiten Bedeutung bei der Fusionskontrolle

Auch ein Vergleich mit der Regelung des Art. 1 Abs. 2 b) FKVO zwingt bei der Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht zur Übertragung entsprechend hoher Anforderungen.

Zwar soll das Tatbestandsmerkmal der gemeinschaftsweiten Bedeutung dieselbe Funktion wie die Zwischenstaatlichkeitsklausel bei Art. 81 Abs. 1 EG erfüllen.⁵⁷⁹ Eine gemeinschaftsweite Bedeutung soll nach der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 2 b) FKVO nur unter der Voraussetzung vorliegen, dass bestimmte Umsatzschwellen erreicht werden und nicht mehr als zwei Drittel des erzielten Umsatzes der beteiligten Unternehmen in demselben Mitgliedstaat erreicht werden. Dies bedeutet aber nicht, dass die Legaldefinition des Tatbestandsmerkmals der "gemeinschaftsweiten Bedeutung" mit dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels gleichgesetzt werden kann. Denn zum einen beinhalten die Regelungen der FKVO keine nähere Konkretisierung der Art. 81 und Art. 82 EG, sondern stellen von diesen Regelungen unabhängige Vorschriften dar, die die vor Erlass der FKVO bestehende Unsicherheit über die europäische Kontrolle von Zusammenschlüssen beseitigen sollte.⁵⁸⁰ Zum anderen zeigt die FKVO selbst, dass das Tatbestandsmerkmal der "gemeinschaftsweiten Bedeutung" nicht zwangsläufig dem Inhalt Zwischenstaatlichkeitsklausel entspricht. Denn Art. 22 Abs. 3 FKVO ermächtigt die Kommission bei Zusammenschlüssen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben, aber zu einer marktbeherrschenden Stellung führen, den Wettbewerb im betreffenden Mitgliedstaat erheblich behindern und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, zum Erlass einer Entscheidung. Ein Zusammenschluss kann also den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, ohne gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne der FKVO zu haben. Hinzukommt, dass die Begrenzung der europäischen Fusionskontrolle auf Sachverhalte mit gemeinschaftsweiter Bedeutung als Folge des für die Fusionskontrolle geltenden "one stop shop"-Prinzips hervorgegangen ist, das die nationalen Wettbewerbsbehörden im Falle einer Fusion mit gemeinschaftsweiter Bedeutung an einer Entscheidung hindert. Die einzelnen Staaten hatten dementsprechend ein Interesse, die Eingreifkriterien der FKVO besonders hoch anzusetzen. Eine entsprechende Anwendung des gesetzlich definierten Begriffs der gemeinschaftsweiten Bedeutung auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist folglich nicht möglich.

cc) Gefahr willkürlicher Ergebnisse durch Anwendung der Bündeltheorie

Hinzu kommt, dass die vom EuGH aufgestellten Kriterien zu willkürlichen Ergebnissen führen können. Dies soll im folgenden durch ein Beispiel belegt werden: Angenommen, die Marktbindung auf dem relevanten Markt läge bei 30 % und alle Unternehmen hätten in etwa den gleichen Marktanteil und praktizierten Vereinbarungen mit gleicher Laufzeit, folgte daraus in konsequenter Anwendung der EuGH-Rechtsprechung die Unwirksamkeit aller Vereinbarungen. Der Markt wäre also völlig frei von Wettbewerbsbeschränkungen. Läge dagegen die Marktbindung zwischen 20 und 30 %, hätte dies zur Folge, dass keine spürbaren Beeinträchtigungen vorlägen und alle Vereinbarungen wirksam wären. Der Anteil an gebundenen Abnehmern auf dem relevanten Markt läge damit zwischen 20 und 30%. Noch gravierender offenbar werden die Konsequenzen der Rechtsprechung, wenn bei einer Marktbindung von mehr als 30 % der Marktanteil aller bindenden Unternehmen etwa 1-2 % beträgt, bei einer Marktbindung von 25 % dagegen nur wenige Unternehmen mit Marktanteilen von mehr als 5 % beteiligt sind. Denn in der ersten Konstellation wären unter

⁵⁷⁹ Lampert, S. 170, Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (4. Auflage), Art. 87 Zweiter Teil, Rdnr. 254.

⁵⁸⁰ Erwägungsgrund 6 der VO Nr. 4064/89, Abl. 1989 Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 1 f.

Umständen alle Verträge unwirksam, in der zweiten demgegenüber alle wirksam. Die 30 %-Hürde kann also zu willkürlichen Ergebnissen führen.

dd) Erhebliche Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess

Die von EuGH und EuG als zwingend angesehene Anwendung der Bündeltheorie führt im übrigen bei der Beweisführung im Zivilprozess zu erheblichen, praktisch fast unüberwindbaren Problemen. Denn ein Elektrizitätsabnehmer, der sich wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG auf die Unwirksamkeit des Liefervertrages beruft, muss die rechtsvernichtende Tatsache, welche die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat, darlegen und beweisen.⁵⁸¹ Der Abnehmer ist also gezwungen, substantiiert darzulegen und zu beweisen, welchen Umfang der vom jeweiligen Vertrag erfasste Absatz hat, wie viele gleichartige Verträge nebeneinander bestehen, welchen Umfang die nebeneinander bestehenden Verträge haben, wie das Verhältnis gebundene/ungebundene Abnehmer ist.⁵⁸² Diese Beweisanforderungen stellen den Abnehmer vor große tatsächliche und finanzielle Hindernisse. Die regelmäßig gegebene Nichtbeweisbarkeit geht zu seinen Lasten.⁵⁸³

Aufgrund mangelnder Beweisführung haben die deutschen Gerichte die Frage, eines Verstoßes von nebeneinander bestehenden Vertragsnetzen gegen Art. 81 Abs. 1 EG regelmäßig verneint. Denn die Partei, die sich auf einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG berief, hatte die notwendigen Tatsachen nicht substantiiert vorgetragen.⁵⁸⁴ Auch der EuGH hat das Problem der Beweiserbringung erkannt und in der "*Concordia*"-Entscheidung darauf hingewiesen, dass die nationalen Gerichte vor den allergrößten Schwierigkeiten stehen können, weil bei dem Bestehen kumulativer Wirkungen gleichartiger Vereinbarungen eine Prüfung zahlreicher und verwickelter Verhältnisse erforderlich sei.⁵⁸⁵

Angesichts dieser prekären Beweissituation hielten einige deutsche Oberlandesgerichte im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast gewisse Erleichterungen für notwendig und ließen es in Anwendung von § 287 ZPO ausreichen, wenn der Abnehmer sich auf die Nichtigkeit berief und behauptete, ein bestimmter Prozentsatz sei durch gleichartige Vereinbarungen gebunden. Der BGH führte dazu jedoch aus, dass es zwar für den gebundenen Abnehmer überaus schwierig sein könne, die tatsächlichen Voraussetzungen, von denen die Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EG auf Vereinbarungen der vorliegenden Art abhängt, unter Berücksichtigung der gesamten Problematik im einzelnen darzulegen und unter Beweis zu stellen.⁵⁸⁶ Dies rechtfertigte es nach Auffassung des Gerichts aber nicht, dass an die Darlegungen und Nachweise jener Voraussetzungen geringere Anforderungen zu stellen seien und damit Art. 81 Abs. 1 EG ein anderer Inhalt gegeben werde.⁵⁸⁷

Noch ferner liegt es, die Existenz gleichartiger nebeneinander bestehender Gebietschutz- und Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarungen als offenkundige Tatsache im Sinne des § 291 ZPO anzusehen und deshalb die Beweisbedürftigkeit dieses Umstandes als entbehrlich anzusehen. Denn offenkundig sind nur allgemeinkundige Tatsachen. Allgemeinkundig sind Tatsachen

⁵⁸¹ *Bauer/de Bronett*, S. 149 f.

⁵⁸² *Rottbauer*, in: EWiR 2002, S. 21, 22; *Sedemund*, in: NJW 1988, S. 3069, 3070, 3071 f; *Pluta*, in: WRP 1990, S. 392, 395.

⁵⁸³ Zu Bierlieferverträgen: *Sedemund*, in: NJW 1988, S. 3069, 3070, 3071.

⁵⁸⁴ Urteil des BGH vom 26.02.1970, KZR 5/69, BGHZ 53, 304, 309; OLG Hamm, WRP 1988, S. 118, 119; Urteil des OLG Köln vom 28.06.1989, Az. 2 U 93/88, NJW RR 1989, S. 1336, 1338.

⁵⁸⁵ Urteil des EuGH vom 01.02.1977, Rs. 47/76, Slg. 1977, S. 65, 95, Tz. 31 "*Concordia*".

⁵⁸⁶ Urteil des BGH vom 26.02.1970, KZR 5/69, BGHZ 53, 304, 309.

⁵⁸⁷ Urteil des BGH vom 26.02.1970, KZR 5/69, BGHZ 53, 304, 309.

nur, wenn sie generell oder in einem bestimmten Bereich einer beliebig großen Zahl von Personen bekannt oder zumindest wahrnehmbar sind.⁵⁸⁸ Dies setzt voraus, dass die erforderlichen Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen sind.⁵⁸⁹ Dazu zählt der Inhalt von Elektrizitätslieferverträgen, der zumal stark variiert, nicht. So weist das *OLG Düsseldorf* für den Gasmarkt darauf hin, dass seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung der Energiewirtschaft aufgrund von Vertragsänderungen und Neuabschlüssen "eine bunte Vielfalt von Verträgen mit unterschiedlichsten Ausgestaltungen" existiere.⁵⁹⁰ Für den Strommarkt wird insoweit nichts anderes gelten. Selbst für die Struktur des Elektrizitätsmarktes vor Umsetzung der Binnenmarktlinie Elektrizität ist zweifelhaft, ob die Absicherung der monopolistischen Struktur in Elektrizitätslieferverträgen als offenkundige Tatsache angesehen werden kann. In der Entscheidung "*Stadt-Detmold*" wertete es der BGH zwar als offenkundig, dass der Elektrizitätsmarkt in Deutschland aufgrund von Demarkations- und Konzessionsverträgen für Gasversorger aus anderen Mitgliedstaaten unzugänglich war.⁵⁹¹ Auch dieser Umstand hätte letztlich nur durch Heranziehung der jeweiligen Verträge geprüft werden können.

Die Bündeltheorie erweist sich somit im Zivilprozess als nahezu unbrauchbares Instrumentarium. Denn ohne das Vorliegen genauer Marktdaten für den deutschen Elektrizitätsmarkt kann nur nach der Darlegungs- und Beweislast entschieden werden.⁵⁹² Dies zeigt sich explizit anhand der Entscheidung des *LG Rostock*, in der das Gericht die Heranziehung der Bündeltheorie zu Lasten der darlegungs- und beweispflichtigen Partei aufgrund der substantiierten Einwendungen der bindenden Partei im Hinblick auf das Bestehen einer Vielzahl vermeintlich gleichartiger Vertragssysteme abgelehnt hat.⁵⁹³ Auch das *LG Frankfurt* und das *LG Leipzig* haben bei ihrer Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 81 EG betont, dass das gebundene Unternehmen nicht dargetan habe, weshalb der zwischenstaatliche Handel spürbar beeinträchtigt sei.⁵⁹⁴

Weshalb sich andere Gerichte bei der Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG ohne weiteres auf die Bündeltheorie gestützt haben, ist fraglich. Denkbar sind an sich nur zwei Möglichkeiten: Entweder das bindende Unternehmen hat - so wie in der Entscheidung des *LG Köln*⁵⁹⁵ - den Vortrag des gebundenen Unternehmens, es existierten neben dem in Rede stehenden Vertrag zahlreiche gleichartige Verträge, nicht bestritten oder das Gericht hat die Beweislastverteilung nicht richtig erkannt. Denn es ist kaum möglich, dass das gebundene Unternehmen Beweis

⁵⁸⁸ *Prütting*, in: *Münchener Kommentar*, § 291 ZPO, Rdnr. 5; *Greger*, in: *Zöller*, § 291, Rdnr. 1.

⁵⁸⁹ *Greger*, in: *Zöller*, § 291, Rdnr. 1.

⁵⁹⁰ Urteil des *OLG Düsseldorf* vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 34 (bisher unveröffentlicht).

⁵⁹¹ Beschluss des BGH vom 11.03.1997, KZR 2/96, RdE 1997, S. 197, 199. Dieser Auffassung schloss sich das *OLG Düsseldorf* in seiner Entscheidung vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 34 f (bisher unveröffentlicht) an.

⁵⁹² *Ritter*, in: *Festschrift für Lieberknecht*, S. 495, 506, Fn. 70; *Bunte/Sauter*, GVO III 2, Rdnr. 14; *Pluta*, in: *WRP* 1990, 395; *Sedemund*, in: *NJW* 1988, S. 3071 f; *Weltrich*, S. 246.

⁵⁹³ Urteil des *LG Rostock* vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 22 (bisher unveröffentlicht).

⁵⁹⁴ Urteil des *LG Frankfurt* vom 27.06.2001, Az. 3/8 O 102/00, S. 11 (bisher unveröffentlicht); Urteil des *LG Leipzig* vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 12 (bisher unveröffentlicht); siehe auch *Rottnauer*, in: *EWiR* 2002, S. 21, 22.

⁵⁹⁵ Urteil des *LG Köln* vom 7.06.2000 - Rs. 28 O (Kart.) 559/99, S. 27; verkürzt abgedruckt in: *RdE* 2000, S. 233, 234: "Angesichts des Umstandes, dass - wie die Beklagte auf Seite 28 ihres Schriftsatzes vom 26.01.2000 unwidersprochen vorgetragen hat - zum Zeitpunkt der Liberalisierung des Gasmarktes am 29. April 1998 die Klägerin wie alle anderen Gaslieferanten auch mit den übrigen von ihr belieferten Weiterverteilern Verträge nach dem Muster des streitgegenständlichen Gaslieferungsvertrages geschlossen hatte, ist davon auszugehen, dass eine spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorliegt."

dafür anbieten konnte, wie viele gleichartige Verträge auf dem deutschen Elektrizitätsmarkt bestehen.

ee) Keine sachgerechten Ergebnisse bei isolierter Marktanteilsbetrachtung

Wie dargestellt bestehen die wesentlichen Kritikpunkte an den Ansichten der Rechtsprechung darin, dass sie entweder zu Beweisschwierigkeiten oder nicht zu sachgerechten Ergebnissen führen. Vorzuziehen ist es deshalb, zunächst zu untersuchen, ob die einzelne Vereinbarung selbst den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt.

Die Kommission orientiert sich zwar zum Teil an den von den beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteilen und zieht die Bagatellbekanntmachung heran. Zweifelhaft ist allerdings, ob eine isolierte Marktanteilsbetrachtung überhaupt geeignet ist, um das Ausmaß der Außenwirkung der Vereinbarung zu beurteilen. Denn zum einen umfassen die Marktanteile, die für die Spürbarkeit sprechen sollen, nicht nur die konkret in Rede stehende Vereinbarung selbst, sondern auch alle übrigen Vereinbarungen, die die Unternehmen hinsichtlich des Produktes (und austauschbarer Produkte) auf dem relevanten Markt abgeschlossen haben. Die Kommission definiert die Marktanteile in der Bagatellbekanntmachung als die insgesamt von den beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile auf dem relevanten Markt. Die Bagatellbekanntmachung differenziert dabei nicht zwischen den jeweils von den Parteien gehaltenen Marktanteilen, sondern orientiert sich am kumulativ gehaltenen Marktanteil. Insoweit kann der nachfolgenden Tabelle entnommen werden, dass - selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung - bei der Beteiligung bestimmter Unternehmen nach der Entscheidungspraxis der Kommission grundsätzlich kein Bagatellfall vorliegen kann, sondern unter Anwendung der in den "*Langnese*" und "*Schöller*"-Entscheidungen getroffenen Aussagen, die Schlussfolgerung zu ziehen wäre, dass Art. 81 Abs. 1 EG Anwendung findet.

TABELLE: MARKANTEILE DER VERBUNDUNTERNEHMEN BEI NATIONALER MARKTABGRENZUNG

Verbundunternehmen	Marktanteile
VEBA	21,2%
VIAG	12,2%
BEWAG	2,8%
RWE	33,1%
VEW	5,44%
VEAG	12,1%
EnBW	9,7%
HEW	3,46%

Unter Zugrundelegung dieser Marktanteilsquoten ist es deshalb nicht zutreffend, dass Stromlieferverträge zwischen einem EVU und einem Endabnehmer "schon nicht die Marktanteilsquoten von 3 %-5 % und noch weniger die von 10 % erreichen".⁵⁹⁶ Dies bedeutet aber nicht, dass es sachlich unzutreffend ist, wenn eine Unterschreitung der Spürbarkeitsanforderungen bei einer isolierten Betrachtung der Wettbewerbsbeschränkungen

⁵⁹⁶ So aber *Lukes*, in: EWS 1999, S. 441, 443.

in einem Elektrizitätsliefervertrag angenommen wird. Denn die Spürbarkeit kann sich nicht nach der Marktanteilsberechnung der Bagatellbekanntmachung, sondern muss sich nach der Marktbindungsquote der jeweiligen Vereinbarung richten. Zieht man bei der Prüfung der Spürbarkeit die insgesamt von den beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile heran, fehlt an sich die erforderliche Kausalbeziehung zwischen der Vereinbarung und der Handelsbeeinträchtigung. Denn dem Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EG zufolge muss die Vereinbarung selbst den Handel beeinträchtigen. Will die Kommission mit ihrer Interpretation des Art. 81 Abs. 1 EG unbedenkliche Beschränkungen ausklammern, ist allein erheblich, ob die konkrete Vereinbarung zu einer spürbaren Auswirkung führt. Dies hat offenbar auch die Kommission gesehen und in ihren Leitlinien für horizontale Zusammenarbeit darauf hingewiesen, dass es erheblich sein könne, ob neben einer gemeinsamen starken Marktstellung auch die hinzugefügten Marktanteile nicht unerheblich seien.⁵⁹⁷ Insbesondere bei der Beurteilung der Außenwirkungen der Beschränkung kann aus einem addierten Marktanteil der beteiligten Unternehmen nicht ohne weiteres die Spürbarkeit der von der Vereinbarung ausgehenden Wirkungen gefolgert werden.

Schließt etwa ein großes Verbundunternehmen einen wettbewerbsbeschränkenden Liefervertrag mit einem sehr kleinen Stadtwerk indiziert der Marktanteil des Verbundunternehmens nicht die Auswirkungen der Vereinbarung auf Dritte. Die hinzugefügten Marktanteile können vielmehr unter Wettbewerbsaspekten unbedenklich sein. Denn eine Vereinbarung, zwischen einem Verbundunternehmen und einem kleineren Stadtwerk muss sich gerade nicht nach außen spürbar bemerkbar machen. Entscheidend muss vielmehr die betroffene Marktstellung des gebundenen Unternehmens sein. Erst dann, wenn die Schwelle zur Marktmacht überschritten ist, kann es für die Auswirkungen auf den Wettbewerb selbst ausschließlich auf den Marktanteil des Lieferanten ankommen. Für die Anwendung des *EG*-Wettbewerbsrechts genügt es allerdings nicht, wenn das bindende Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung besitzt. Dies zeigt bereits Art. 82 EG, der neben der Marktmacht auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels voraussetzt. Vereinbarungen eines marktmächtigen Unternehmens beeinträchtigen also nicht automatisch den zwischenstaatlichen Handel.⁵⁹⁸

Die Heranziehung der Marktanteile stellt im übrigen auf eine abstrakte Betrachtung des Unternehmens ab. Gerechtfertigt wäre eine solche abstrakte Betrachtung allenfalls dann, wenn der Marktanteil das Verhalten des Unternehmens auf dem Markt insgesamt wiedergeben würde. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn die sachliche Marktabgrenzung schon die Beschränkung auf einen konkreten Vertragstypus, etwa Verträge mit oder ohne ausschließliche Bindungen, beinhalten würde. Eine solche Marktabgrenzung wäre allerdings nicht mit dem Bedarfsmarktkonzept vereinbar. Denn ein Vertrag mit Bezugs- und Absatzbindungen wäre aus der Sicht des Abnehmers gegen einen Vertrag ohne dementsprechende Verpflichtungen austauschbar.

Die Untersuchung der Auswirkungen der Vereinbarung muss sich deshalb nach dem konkreten Anteil der Marktbindung richten. Sofern die gesamte Abnahme eines Unternehmens im Vertrag geregelt wird, umfasst die Marktbindung den Marktanteil des gebundenen Unternehmens. Bei bestimmten Quotenregelungen richtet sich die Marktbindung nach der Quote und dem Marktanteil.

⁵⁹⁷ Entwurf von Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, S. 12, Tz. 30.

⁵⁹⁸ *Dirksen*, in: *Langen/Bunte*, Art. 82, Rdnr. 199.

c) *Integrationsziele des EG-Wettbewerbsrechts als Grundlage für die Zwischenstaatlichkeitsklausel*

Welches Ausmaß die so ermittelte Marktbindung erreichen muss, kann aus dem Binnenmarktprinzip abgeleitet werden. Ziel des EG-Wettbewerbsrechts ist es, für den Aufbau und die Sicherung eines funktionierenden gemeinsamen Marktes Sorge zu tragen.⁵⁹⁹ Der EuGH charakterisiert den Gemeinsamen Markt als "die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziel der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahe kommen."⁶⁰⁰

Auch bei der Zwischenstaatlichkeitsklausel hat der EuGH in einigen Entscheidungen darauf abgestellt, ob eine Vereinbarung die Freiheit des Handels in einer Weise gefährden kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Binnenmarktes nachteilig sein können.⁶⁰¹ Mit Hilfe der Wettbewerbsregeln soll also das jeweils erwünschte Integrationsziel erreicht werden.⁶⁰² Denn das Integrationsziel bestimmt nicht nur den Inhalt von Richtlinien sondern auch den Inhalt des Primärrechts.⁶⁰³ Das gesamte EG-Recht muss deshalb so ausgelegt werden, dass die von der EU angestrebte Integration gefördert und nicht blockiert wird.⁶⁰⁴ Eine weite Interpretation der Zwischenstaatlichkeitsklausel wird daher zu recht mit der Integrationsfunktion des europäischen Rechts begründet.⁶⁰⁵

Aufgrund der Integrationsfunktion ging Art. 81 Abs. 1 EG ursprünglich von der Konzeption aus, dass horizontale und vertikale Beschränkungen gleich zu behandeln seien, weil die handelsbeeinträchtigende Wirkung vertikaler Vereinbarungen durch die Anwendung des Wettbewerbsrechts abgebaut werden sollte. Erst die zunehmende Integration der nationalen Märkte zu einem gemeinsamen Binnenmarkt führte zu einer differenzierten Behandlung vertikaler Vereinbarungen. Auch die Kommission vertritt die Auffassung, dass die Integration der Märkte grundsätzlich nur dann nicht durch vertikale Beschränkungen verhindert wird, wenn wirksamer Wettbewerb herrscht.⁶⁰⁶ Integrationsfördernd sollen Wettbewerbsbeschränkungen in vertikalen Vereinbarungen bei Marktzutritts Hindernissen dagegen regelmäßig nur sein, wenn der Aufbau von Vertriebswegen, der mit Hilfe von vertikalen Bindungen ermöglicht werden soll, mit erheblichen Investitionskosten verbunden ist.⁶⁰⁷ Eine derartige integrationsfördernde Wirkung wird von der Kommission also nur bei

⁵⁹⁹ Duijm, S. 59

⁶⁰⁰ Urteil des EuGH vom 05.05.1982, Rs. 15/81, Slg. 1982, 1409, 1431 f, Tz. 33 "*Gaston Schul*". Auf den Streit, ob die Begriffe "Gemeinsamer Markt" und Binnenmarkt" synonym verwandt werden oder unterschiedliche Bedeutung haben (vgl. *Oppermann*, (Aufl. 1991) Rdnr. 1175 f).

⁶⁰¹ Urteil des EuGH vom 25.03.1981, Slg. 1981, S. 851, 867 "*Coooperatieve Stremselfabriek*".

⁶⁰² Duijm, S. 59: *Fuchs*, in: *Schwintowski* - Entwicklungen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, S. 95, 100.

⁶⁰³ *Bleckmann*, S. 213, Rdnr. 501.

⁶⁰⁴ *Emmerich*, in: *Dauses*, Rdnr. 8; *Bleckmann*, S. 213, Rdnr. 501.

⁶⁰⁵ *Möschel*, in: *Hrebek*, S. 45, 47. *Lohse*, S. 122 dehnt diese Integrationswirkung sogar soweit aus, dass sie selbst bei nicht spürbaren Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels das nationale Kartellrecht so interpretieren will, dass es im Zweifelsfall dem europäischen Kartellrecht entspricht. Eine "europarechtskonforme Interpretation" des nationalen Kartellrechts ist aber nicht nötig, wenn Art. 81 Abs. 1 EG nicht nur unter der Zielsetzung des Wettbewerbsschutzes ausgelegt wird, sondern darüber hinaus auch seine integrationsfördernde Zielsetzung berücksichtigt wird.

⁶⁰⁶ Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Beschränkungen, KOM (96) 721, Tz. 82.

⁶⁰⁷ Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Beschränkungen, KOM (96) 721, Tz. 80 f.

unmittelbar zwischenstaatlichen Vereinbarungen anerkannt, die letztlich zu einer Ausweitung, nicht jedoch zu einer Einengung des zwischenstaatlichen Handels führen.

Demgegenüber hat *Baur* jüngst darauf verwiesen, dass die Bedeutung des europäischen Kartellrechts mit der fortschreitenden Integration des Elektrizitätsmarktes steige.⁶⁰⁸ Je fortgeschrittener sich die Integration der Energiemärkte durch die Möglichkeiten von Lieferanten, Kunden aus anderen Mitgliedstaaten zu beliefern, darstelle und je besser die Möglichkeiten der Kunden würden, solche Lieferungen aus dem Ausland nachzufragen, desto eher könne durch eine wettbewerbsbeschränkende Regelung in Verträgen die Gefahr bestehen, dass der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt werde.⁶⁰⁹ Mit dieser Auslegung übersieht *Baur*, dass das europäische Kartellrecht nicht nur dem Wettbewerbsschutz dient, sondern gerade auch Mittel zur Integration der nationalen Märkte sein soll.

In einem echten Binnenmarkt muss sich deshalb die Anwendungsschärfe des EG-Kartellrechts auf innerstaatliche Vereinbarungen zurückbilden.⁶¹⁰ Gleichzeitig steigt der Anwendungsbereich der nationalen Kartellrechte. *Möschel* führt dies auf die tatsächliche Änderung der Wettbewerbsverhältnisse zurück, die zu einer integrierten Binnenwettbewerbswirtschaft geführt haben.⁶¹¹ Deshalb entspricht es auch dem Integrationszweck des europäischen Kartellrechts, die Zwischenstaatlichkeitsklausel als zusätzliches Spürbarkeitskriterium für die Wettbewerbsbeschränkung anzusehen. Denn die Zwischenstaatlichkeitsklausel indiziert die europäische Dimension der Wettbewerbsbeschränkung.⁶¹² Übertragen auf den Elektrizitätsmarkt bedeutet dies, dass das aus europäischer Sicht gewünschte Integrationsziel auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel übertragen werden muss.

Lukes hat herausgearbeitet, dass die Binnenmarktrichtlinie Elektrizität diejenigen Maßnahmen festlegt, die zur Sicherstellung des einwandfreien Funktionierens eines Elektrizitätsbinnenmarktes erforderlich sind.⁶¹³ Die Richtlinie sieht eine schrittweise Öffnung der nationalen Strommärkte innerhalb von neun Jahren für solche Abnehmer vor, die die Voraussetzungen eines zugelassenen Kunden erfüllen.⁶¹⁴ Kunden mit einem Verbrauch von über 100 Gigawattstunden (GW/h) pro Jahr sind prinzipiell zum Netzzugang zugelassen. Darüber hinaus bestimmt sich der Umfang der Marktöffnung anhand des prozentualen Anteils industrieller Großverbraucher mit einem bestimmten Jahresverbrauch am europäischen Gesamtverbrauch. In einem ersten Schritt bestimmen Großkunden mit einem Verbrauch ab 40 GW/h die Berechnungsgrundlage; nach drei Jahren liegt die Schwelle bei 20 GW/h und nach weiteren drei Jahren bei 9 GW/h. Dadurch erweitert sich die Marktöffnung von 23 Prozent auf 27 Prozent und dann auf 33 Prozent. Verteilerunternehmen sind insoweit zum Netzzugang zugelassen, wie sie selbst zum Netzzugang zugelassene Kunden beliefern.

⁶⁰⁸ *Baur*, in: RdE 2001, S. 81, 82.

⁶⁰⁹ *Baur*, in: RdE 2001, S. 81, 82.

⁶¹⁰ *Möschel*, in: *Hrebek*, S. 45, 47.

⁶¹¹ *Möschel*, in: *Hrebek*, S. 45, 47.

⁶¹² *Schulze zur Wische*, S. 105.

⁶¹³ *Lukes*, in: EWS 1999, S. 441, 443. Richtlinie 96/92 EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. Nr. L 027 vom 30.01.1997, S. 20.

⁶¹⁴ Richtlinie 96/92 EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. Nr. L 027 vom 30.01.1997, S. 20, Erwägungsgrund Nr. 5.

Sind Verteilerunternehmen, die diese Kriterien erfüllen, aufgrund einer langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsvereinbarung an ein Unternehmen gebunden, sind sie daran gehindert, Strom aus den EG-Mitgliedstaaten zu beziehen.

Für Unternehmen, die Kunden mit einem Jahresverbrauch von mehr als 40 GW/h versorgen, widerspricht dies seit dem 01.01.1999 dem Integrationszweck des EG-Wettbewerbsrechts und führt damit zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Bei Verteilerunternehmen, die Kunden mit einer Abnahmestärke von etwa 20 GW/h versorgen, liegt eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vor, wenn sie an Lieferverträge gebunden sind, deren Laufzeit über den 01.01.2002 hinausgeht. Schließlich beeinträchtigen Verträge von Verteilern, die Kunden mit einer Abnahmestärke von ca. 9 GW/h beliefern, den zwischenstaatlichen Handel, wenn sie längere Laufzeiten als bis zum 01.01.2005 haben. Auch Gebietsschutzklauseln können diese Zielsetzung vereiteln, wenn der gebundene Abnehmer, zugelassene Kunden in dem zugunsten des Lieferanten demarkierten Gebiet mit ausländischer Elektrizität beliefern will.

Die Richtlinie verpflichtet zwar nur die einzelnen Mitgliedstaaten zum Abbau staatlicher Handelsschranken und zur Schaffung eines geeigneten Rechtsrahmens für den Stromhandel. Sind die staatlichen Handelshemmnisse durch Umsetzung der Richtlinie abgebaut, dürfen diese allerdings nicht durch privatrechtliche Vereinbarungen ersetzt werden.⁶¹⁵ Diesem Schutz dient gerade Art. 81 Abs. 1 EG. Dies spricht dafür, privatrechtliche Vereinbarungen, die die durch die Richtlinie angestrebte Marktöffnung behindern, als Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels anzusehen. Darüber hinaus kann eine auf die Integration gerichtete Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel - über die jeweilige Umsetzung der Richtlinie hinaus - gleiche Marktöffnungsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten gewährleisten.

Diese Sichtweise wird dadurch bestärkt, dass dem Europarat die Strukturen der Elektrizitätswirtschaft in den Mitgliedstaaten bekannt waren. Die Absicherung der ehemals gesetzlich tolerierten, auf Monopolbildung ausgerichteten Gebietsstrukturen in Lieferverträgen setzte nicht erst nach Umsetzung der Richtlinie ein.⁶¹⁶ Ausschließliche Versorgungsrechte, die durch private und gesetzlich tolerierte Absprachen zwischen Unternehmen entstanden sind, sollen also - jedenfalls soweit die in der Richtlinie vorgesehene Marktöffnung behindert wird - unzulässig sein.⁶¹⁷

Etwa anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der deutsche Gesetzgeber den rechtlichen Rahmen für eine hundertprozentige Marktöffnung geschaffen hat und damit über die Anforderungen der Richtlinie hinausgegangen ist. Der Rechtsrahmen betrifft nur die Möglichkeit, Strom zu einem bestimmten Kunden durchzuleiten und lässt das faktische Hindernis der bestehenden langfristigen Alt-Verträge außer Betracht. Ist die angestrebte Marktöffnung dagegen tatsächlich bereits so weit fortgeschritten, dass die Integrationsziele der Richtlinie durch eine Bezugsbindung des Unternehmens nicht beeinträchtigt werden, steht es dem bindenden Unternehmen frei, dies darzulegen und zu beweisen. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn die tatsächliche Marktöffnung die nach der Richtlinie stufenweise zu erreichende bereits überschritten hat. Dafür müsste das Unternehmen, das sich darauf beruft, dann allerdings darlegen, wie viele Unternehmen nach der Liberalisierung des Energiemarktes neue Lieferverträge abgeschlossen haben. Insoweit kommt es schließlich also doch zu einer Beweislastumkehr.

⁶¹⁵ Emmerich, S. 370.

⁶¹⁶ Siehe insoweit nur Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477 ff. „*Almelo*“.

⁶¹⁷ So auch *Jarass*, S. 49.

Darüber hinaus steht es Unternehmen natürlich frei, sich auf die Voraussetzungen der Bündeltheorie zu berufen und diese im Einzelfall nachzuweisen. Denn eine Marktabschottung von 30 %, zu der der einzelne Vertrag wesentlich beiträgt, wird neben der Behinderung der Integrationszielsetzung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des EuGH und des *OLG Düsseldorf* ebenfalls zu einer Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG führen.

4. Zwischenergebnis:

Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels liegt immer dann vor, wenn das nach der Richtlinie vorgesehene Marktöffnungsziel behindert wird. Abnehmer, die an einen langfristigen Vertrag gebunden sind, müssen also nur nachweisen, dass sie nach der Richtlinie zugelassene Kunden beliefern oder beliefern wollen und daher keiner Bindung an den Lieferanten unterliegen dürfen, die es ihnen unmöglich macht, für diese Kundengruppen Strom aus anderen EG-Mitgliedstaaten zu beziehen oder die Kunden mit Strom aus dem Ausland zu beliefern. Diese Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel ergibt sich aus dem Integrationsprinzip des EG-Rechts.

Ferner ist ein Vertrag, unabhängig von den oben aufgezeigten Schwachpunkten, auch dann unwirksam, wenn der nationale Elektrizitätsmarkt zu 30 % abgeschottet ist und die Voraussetzungen der Bündeltheorie nachgewiesen werden können. Als Maßstab können die vom *OLG Düsseldorf* aufgestellten Kriterien gelten, nach denen ein Marktanteil des Lieferanten von 8 % bezogen auf den deutschen Markt und ein Anteil des Abnehmers von 0,5 % ausreichen, wenn vorher festgestellt wurde, dass eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Bei einer Bindung von 80% und mehr gelten diese Grenzen ebenfalls. Bindungen, die unter der 80%-Grenze liegen, können den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, wenn ihre Laufzeiten fünf Jahre überschreiten.

V. Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Nach Art. 81 Abs. 3 EG besteht neben einer Einzelfreistellung die Möglichkeit zur Gruppenfreistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen. Die Regelungsbefugnis zur Gruppenfreistellung besitzt gemäß Art. 83 Abs. 2 b) EG der Rat der europäischen Gemeinschaft, der die Einzelheiten einer Gruppenfreistellung in einer Verordnung bestimmt.⁶¹⁸ Die Möglichkeit zur Gruppenfreistellung soll zu Arbeiterleichterungen für die Kommission führen.⁶¹⁹ Die Prüfung, ob eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung unter eine Gruppenfreistellung fällt, hat aus diesem Grund logischen Vorrang vor der Erörterung einer Einzelfreistellung.⁶²⁰

Am 22.12.1999 hat die Kommission die oben schon erwähnte "Schirm-GVO" verabschiedet, die seit dem 01.06.2000 anwendbar ist.⁶²¹ Die "Schirm-GVO" ersetzt die GVO Nr. 1983/83⁶²² für Alleinbelieferungsvereinbarungen und die GVO Nr. 1984/83, deren Anwendungsfelder tatbestandlich eng umrissen waren.⁶²³ Ein großer Teil vertikaler Abreden wurde folglich bisher nicht von einer Gruppenfreistellung erfasst. Viele Unternehmen griffen daher gezwungenermaßen auf das aufwendige Verfahren der Einzelfreistellung zurück. Dies führte zu einer erheblichen Belastung der Kommission, die bis heute eine ausschließliche Zuständigkeit für Einzelfreistellungen besitzt.⁶²⁴ Deshalb reformierte die Kommission das Recht der vertikalen Vereinbarungen und erließ die "Schirm-GVO".⁶²⁵ Die "Schirm-GVO" enthält eine andere Regelungskonzeption als die Gruppenfreistellungsverordnungen, die sie ablöst. Sie legt lediglich fest, welche Klauseln verboten sind (sog. schwarze Klauseln) - differenziert also nicht mehr zwischen verbotenen und erlaubten (sog. weißen) Klauseln. Dieses neue System soll den Unternehmen bei der Vertragsgestaltung größere Freiheiten einräumen.⁶²⁶ Ist der Elektrizitätsliefervertrag nach der "Schirm-GVO" freigestellt, so ist der Vertrag ab deren Inkrafttreten wirksam.⁶²⁷ Im folgenden wird deshalb geprüft, inwieweit die in den Elektrizitätslieferverträgen enthaltenen Bindungen unter eine der schwarzen Klauseln der "Schirm-GVO" fallen.

⁶¹⁸ *Veelken*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 85 Abs. 3, GFVO, A, Rdnr. 12.

⁶¹⁹ So die Erwägungsgründe der Kommission zum Erlass der Verordnung Nr. 19/65, Abl. Nr. 36 vom 06.03.1965, S. 533.

⁶²⁰ Dies gilt, obgleich Art. 81 Abs. 3 EG an erster Stelle die Möglichkeit zur Einzelfreistellung erwähnt.

⁶²¹ Art. 13 der GVO über vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, Abl. L 336 vom 29.12.1999, S. 21.

⁶²² VO der Kommission vom 22.06.1983, Abl. 1983, Nr. L 173, S. 1 ff.

⁶²³ VO der Kommission vom 22.06.1983 Abl. 1983, Nr. L 173, S. 5 ff.

⁶²⁴ Ob sich daran etwas ändern wird, bleibt abzuwarten. In ihrem Weißbuch zur Novellierung der Art. 81 und 82 EG hat die Kommission eine Aufhebung des Freistellungsmonopols und des damit verbundenen Anmelde- und Genehmigungssystems vorgeschlagen. Art. 81 Abs. 3 soll zu einer gesetzlichen Legalausnahme umgestaltet werden. Außerdem soll eine Art. 81 Abs. 3 EG dezentral angewendet werden. In Zukunft könnten daher auch nationale Gerichte und Kartellbehörden zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG ermächtigt sein. An dem Vorschlag der Kommission wird z.T. starke Kritik geübt, vgl. *Deselaers/Obst*, in: EWS 2000, S. 41, 41 unter dem Aspekt der mangelnden Rechtssicherheit durch den Wegfall des Rechtsanspruchs auf Einzelentscheidung. Kritisch ebenso die deutsche Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom 10.09.1999, S. 48, in dem die Reformpläne der Kommission als „Rückschritt zu den wirtschaftlichen Defiziten des 19. Jahrhunderts“ bezeichnet werden.

⁶²⁵ Siehe dazu das Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Beschränkungen, KOM (96) 721.

⁶²⁶ *Ackermann*, in: EuZW 1999, S. 741, 741; *Pukall*, in: NJW 2000, S. 1375, 1377 f.

⁶²⁷ *Baur*, in: RdE 2001, S. 81, 86.

1. Keine Vereitelung der Marktöffnung nach der Richtlinie

Vorab ist allerdings zunächst zu beachten, dass eine Anwendung der „Schirm-GVO“ immer dann ausscheidet, wenn die Marktöffnung nach der Richtlinie nicht erreicht ist. Denn in diesem Fall harmonisieren langfristige Bezugs- und Absatzbindungen nicht mit einer Freistellung.⁶²⁸ Sie sind gerade nicht - wie von Art. 81 Abs. 3 EG verlangt - unter Abwägung mit der Wettbewerbsfreiheit unerlässlich. Das bedeutet, dass eine Freistellung nicht in Frage kommt, wenn ein Abnehmer langfristig gebunden ist, der nach der Richtlinie zugelassene Abnehmer beliefert und die Marktöffnung hinter dem angestrebten Maß zurückbleibt.⁶²⁹

2. Beschränkte Anwendbarkeit auf vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern

Es wurde an anderer Stelle schon erläutert, dass die "Schirm-GVO" grundsätzlich nur vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen von der Nichtigkeit nach Art. 81 Abs. 1 EG freistellt.⁶³⁰

Die Ausnahmen, bei denen darüber hinaus auch eine Freistellung von vertikalen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern erfolgt, sollen an dieser Stelle noch einmal kurz dargestellt werden: Zunächst muss es sich um eine einseitige Vereinbarung handeln. Die Unternehmen dürfen also keine gegenseitigen Vertriebsvereinbarungen abschließen. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn Energieversorger A den Strom ausschließlich von Energieversorger B bezieht und vertreibt und Energieversorger B ausschließlich Strom von Energieversorger A bezieht und vertreibt. Diese Situation kommt in der Elektrizitätswirtschaft regelmäßig nicht vor. Denn hier handelt es sich um Vereinbarungen, bei denen ein Energieversorger ausschließlich von einem anderen bezieht, der andere dagegen entweder selbst erzeugt oder von einem Dritten seinen Strom bezieht. An dem Einseitigkeitserfordernis scheitert eine Freistellung deshalb nicht.

Weitere Voraussetzung für eine Freistellung von Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern ist, dass der Gesamtumsatz des abnehmenden Energieversorgers 100 Mio. Euro nicht überschreitet oder ein Fall der Dualdistribution vorliegt, d.h. der Lieferant ist zugleich Hersteller und Händler, der Käufer dagegen nur Händler der bezogenen Ware. Liegt eine dieser beiden Fallkonstellationen vor, so ist die "Schirm-GVO" anwendbar.⁶³¹

3. Marktanteil des bindenden Unternehmens

Der wichtigste Indikator für eine Freistellung nach der "Schirm-GVO" ist der Marktanteil der beteiligten Unternehmen. Denn der Vorteil vertikaler Vereinbarungen gilt gemäß Art. 3 Abs. 1 der "Schirm-GVO" nur dann, wenn der Anteil des bindenden Unternehmens auf dem relevanten Markt nicht mehr als 30 % beträgt.⁶³² Bei Bezugsbindungen und Gebietschutzzusagen zugunsten des Lieferanten ist der Marktanteil des Lieferanten entscheidend. Der Marktanteil ermittelt sich nach dem Absatzwert des verkauften Stroms.⁶³³ Außerdem sind sämtliche Marktanteile von verbundenen Unternehmen zu addieren.⁶³⁴

⁶²⁸ Lukes, in: EWS 1999, S. 441, 443.

⁶²⁹ Lukes, in: EWS 1999, S. 441, 443.

⁶³⁰ Siehe S. 48 ff.

⁶³¹ Siehe dazu oben, S. 48 ff.

⁶³² So Erwägungsgrund 8, GVO für vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, Abl. L 336 vom 29.12.1999, S. 21.

⁶³³ Art. 9 Abs. 1 GVO, Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

⁶³⁴ Art. 11 Abs. 2 GVO, Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

Maßgebend für die Ermittlung des Marktanteils ist das Geschäftsjahr des vorhergehenden Kalenderjahres. Nur bei einer nationalen Marktabgrenzung überschreiten die meisten Elektrizitätsversorgungsunternehmen einen Marktanteil von 30% nicht.⁶³⁵ Bei einer regionalen Marktabgrenzung liegt der Marktanteil der Unternehmen dagegen derzeit bei etwa 90 %.⁶³⁶ Die GVO lässt also Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den meisten großen Unternehmen nur bei einer nationalen Marktabgrenzung zu.⁶³⁷ Bei der derzeitigen regionalen Marktabgrenzung scheidet eine Freistellung dagegen aus, so dass sich insoweit kein Konflikt mit der Binnenmarkttrichtlinie Elektrizität ergibt.

4. Keine Freistellung von Wettbewerbsverboten mit einer Dauer von mehr als fünf Jahren

Darüber hinaus widmet die Kommission in der "Schirm-GVO", wie schon erörtert, der Dauer von Bindungen ein besonderes Augenmerk. So gilt die Freistungswirkung nicht für unmittelbare und mittelbare Wettbewerbsverbote, die für einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren oder auf unbestimmte Dauer geschlossen werden.⁶³⁸ Wettbewerbsverbote sind Verpflichtungen des Käufers, über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren, mehr als 80% der Vertragswaren und -dienstleistungen von dem Lieferanten zu beziehen. Außerdem liegt ein Wettbewerbsverbot auch dann vor, wenn ein Stadtwerk als potentieller Wettbewerber auf der Erzeugungsebene für einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren auf die Erzeugung verzichtet.⁶³⁹ Eine Freistellung eines Eigenerzeugungsverbots über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren scheidet also auch aus.

Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen sind daher - ebenso wie 80% des Bedarfs übersteigende Mindestabnahmeverpflichtungen - unwirksam, wenn ihre Vertragslaufzeit nicht ausdrücklich auf fünf Jahre beschränkt ist oder die Verlängerung des Vertrages über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus der Zustimmung beider Parteien bedarf. Auf unbestimmte Dauer geschlossen gelten auch Verträge, die sich nach fünf Jahren stillschweigend verlängern.⁶⁴⁰ Die Möglichkeit zur Kündigung eines Elektrizitätsliefervertrages reicht nicht aus. Diejenigen Ausschließlichkeitsbindungen, die keine zeitliche Begrenzung enthalten oder für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre abgeschlossen worden sind, sind deshalb nicht freigestellt. Auch eine Einzelfreistellung kommt unter diesen Umständen grundsätzlich nicht in Betracht.⁶⁴¹

5. Gebiets- oder kundenbezogene Verkaufsbeschränkungen

Nicht freigestellt sind zudem Beschränkungen, die unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Vertragsparteien eine Beschränkung des Gebiets- und Kundenkreises bezwecken, in das der Käufer die bezogenen Waren weiterverkaufen darf.⁶⁴² Unter diese Klausel fallen grundsätzlich auch die in den Elektrizitätslieferverträgen enthaltenen Gebietsschutzzusagen zugunsten des Lieferanten, die den Abnehmer in seiner Freiheit beschränken, die bezogene Elektrizität an beliebige Kunden abzugeben. Eine Ausnahme macht die Vorschrift allerdings für Beschränkungen des Verkaufs

⁶³⁵ Siehe Tabelle, S. 158.

⁶³⁶ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 255, 257.

⁶³⁷ Baur, in: RdE 2001, S. 81, 84.

⁶³⁸ Art. 1 lit. b) Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

⁶³⁹ Art. 1 lit. a) Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

⁶⁴⁰ Baur, in: RdE 2001, S.81, 84.

⁶⁴¹ Dazu auch Nolte, in: BB 1998, S.2429, 2437.

⁶⁴² Art. 4 Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

in Gebiete, die der Verkäufer selbst beliefern will oder einem anderen Käufer zugewiesen hat. Vereinbart der Lieferant mit dem Abnehmer ein Weiterleitungsverbot, um eine Versorgung in den von ihm selbst oder seinen anderen Abnehmern belieferten Gebieten zu verhindern, greift die Regelung also nicht ein. Sie gilt vielmehr nur dort, wo die Gebietsschutzzusage über diesen Umfang hinauszielt und eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen dem Abnehmer und Dritten, die nicht gleichfalls in einer Vertragsbeziehung zum Lieferanten stehen, verursachen soll.⁶⁴³ Dass eine Freistellung unter diesen Voraussetzungen auch für Elektrizitätslieferverträge gelten soll, wird von *Saecker/Jaecks* bestritten.⁶⁴⁴ Sie sei mit der Liberalisierung der Energiewirtschaft nicht vereinbar und stünde im Widerspruch zu den Vorstellungen des Gesetzgebers, dass die Versorgung mit Energie nach der Aufhebung der § 103 f. GWB nicht mehr innerhalb geschlossener Versorgungsgebiete, sondern im Wettbewerb erfolgen solle.⁶⁴⁵ Dagegen spricht jedoch, dass die Schirm-GVO überhaupt erst dann eingreift, wenn der Marktanteil des Lieferanten unter 30% liegt. Da es solange bei einer regionalen Marktabgrenzung bleibt, bis der Wettbewerb tatsächlich funktioniert, kann ein solcher Widerspruch allerdings nicht ausgemacht werden. Bestehen - so wie von *Saecker/Jaecks* angenommen - geschlossene Versorgungsgebiete, greift die "Schirm-GVO" also ohnehin nicht ein. Denkbar wäre es allenfalls, Gebietsschutzabreden in Elektrizitätslieferverträgen aus der "Schirm-GVO" auszuklammern, weil sie nicht die Freistellungsgründe erfüllen, die hinter der "Schirm-GVO" stehen.⁶⁴⁶ Wie oben bereits festgestellt, ist eine solche Ausklammerung angesichts der weiten Fassung der Verordnung und der Leitlinien eher unwahrscheinlich. Sollte der Marktanteil unter der 30%-Schwelle liegen, greift die Freistellung auch für Gebietsschutzabreden ein. Allerdings gilt auch hier wiederum der Vorbehalt, dass die Marktöffnungszielsetzung nicht vereitelt wird.

6. Netze gleichartiger Beschränkungen.

Die Marktanteilsschwelle von 30% gilt grundsätzlich auch für diejenigen vertikalen Vereinbarungen, die Teil eines Netzes nebeneinanderbestehender gleichartiger⁶⁴⁷ Vereinbarungen sind, so dass auch diese Vereinbarungen grundsätzlich in den Genuss einer Freistellung gelangen können. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss des Art. 6 Abs. 1 Schirm-GVO. Nach dieser Vorschrift ist die Kommission bei erheblichen Marktzutrittsschranken dazu ermächtigt, den Vorteil der Freistellung für einzelne vertikale Vereinbarungen zu entziehen, auch wenn ihr Marktanteil geringer als 30% ist. Bis zum Entzug der Freistellung ist die einzelne Vereinbarung daher wirksam.⁶⁴⁸ Wird die Freistellung entzogen, so tritt die Nichtigkeit der betroffenen Vereinbarung (wie bereits bisher nach den GVO Nr. 1983/83 und GVO Nr. 1984/83) ex nunc ein.

Ein Entzug ist allerdings nur bei erheblichen Zugangsbeschränkungen möglich. Wann diese vorliegen, lässt die "Schirm-GVO" offen. Ein Anhaltspunkt dafür findet sich in Art. 8 Abs. 1 der Schirm-GVO. Diese Vorschrift ermächtigt die Kommission dazu, die Schirm-GVO durch VO für nicht anwendbar zu erklären, wenn mehr als 50% des relevanten Marktes von nebeneinanderbestehenden Netzen gleichartiger Vereinbarungen erfasst werden. Diese

⁶⁴³ Art. 4 b) Erster Spiegelstrich, Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

⁶⁴⁴ *Saecker/Jaecks*, S. 37 (bisher unveröffentlicht).

⁶⁴⁵ *Saecker/Jaecks*, S. 37 (bisher unveröffentlicht).

⁶⁴⁶ Siehe dazu oben, S. 42 ff.

⁶⁴⁷ *Ackermann*, in: EuZW 1999, S. 741, 744 macht darauf aufmerksam, dass die deutsche Version der "Schirm-GVO" an dieser Stelle fehlerhaft ist, weil es an sich nicht „gleichartige Vereinbarungen“, sondern bei korrekter Übersetzung „ähnliche Vereinbarungen“ heißen müsste. Der Unterschied zwischen ähnlichen und gleichartigen Vereinbarungen dürfte allerdings nicht besonders groß sein.

⁶⁴⁸ *Ackermann*, in: EuZW 1999, S. 741, 744.

Ermächtigung zum Erlass einer VO zeigt, dass eine erhebliche Marktzutrittsbeschränkung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 der Schirm-GVO jedenfalls dann vorliegt, wenn mehr als 50% des Marktes für Wettbewerber versperrt sind. Bei einem derartigen Ausmaß kann die Kommission sogar eine abstrakte Regelung erlassen kann, die eine Abwägung im Einzelfall überflüssig macht. Liegt der Anteil der gleichartigen Bindungen unter 50 %, kann die Schirm-GVO zwar nicht durch VO für unanwendbar erklärt werden, die Kommission kann die Freistellung aber nach einer Prüfung der Gesamtsituation für einzelne Vereinbarungen entziehen. Nach der Rechtsprechung des EuG liegt dies bei einer Marktbindung von 30% nahe, wenn die einzelne Vereinbarung wesentlich dazu beiträgt.⁶⁴⁹ Der individuelle Beitrag richtet sich auch hier nach dem Umfang der Bindung, der Dauer der bestehenden Vereinbarungen und der sonstigen Möglichkeiten, Zugang zum Markt zu bekommen.⁶⁵⁰ Ergibt sich aus diesen Faktoren ein erheblicher Beitrag zur Abschottung, kann die Kommission die Freistellung für die konkrete Vereinbarung entziehen.

Liegt ein national abgrenzbarer räumlicher Markt vor, darf nunmehr nach der Änderung der VO Nr. 19/65/EWG auch die zuständige nationale Behörde - im vorliegenden Fall das BKartA nach § 50 Abs. 1 GWB - den Vorteil der Freistellung entziehen, wenn der Zugang zum Markt erheblich beeinträchtigt ist.⁶⁵¹ Bisher galt auch hier die exklusive Zuständigkeit der Kommission. Die Wirkung einer Freistellung durch nationale Behörden ist allerdings auf das Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaates beschränkt.⁶⁵²

7. Ausnahmen für nach der Freistellungsverordnung Nr. 1984/83 freigestellte Wettbewerbsbeschränkungen

Art. 12 Abs. 2 der "Schirm-GVO" bestimmt, dass das Verbot des Art. 81 Abs.1 EG befristet vom 01.06.2000 bis zum 31.12.2001 auf diejenigen, am 31.05.2000 bereits in Kraft gewesenen Wettbewerbsbeschränkungen, die zwar unter eine der abgelösten GVO, nicht jedoch unter die "Schirm-GVO" fallen, nicht anwendbar ist. Für diese Vereinbarungen greift damit ein Vertrauensschutz ein. Die Freistellung nach den alten GVO gilt fort. Art. 12 Abs. 2 gesteht den Unternehmen eine gewisse Schonfrist zu, damit sie auf die veränderten rechtlichen Gegebenheiten reagieren können. Diese Freistellungsverordnung gilt im übrigen auch für den Zeitpunkt vor Inkrafttreten der "Schirm-GVO".

Für Alleinbezugsverpflichtungen kommt eine befristete Freistellung nach Art. 1 der GVO Nr. 1984/83 in Betracht, wonach solche Bezugsbindungen freigestellt sind, die den Abnehmer gegenüber dem Lieferanten verpflichten, Waren nur von ihm zu beziehen. Auch diese Freistellungsverordnung gilt wie die "Schirm-GVO" nur für Verträge, die zum Zwecke des Weiterverkaufs geschlossen werden. Art. 1 GVO Nr. 1984/83 nur Waren vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG frei. Während vereinzelt bereits die generelle Wareneigenschaft der Elektrizität ohne Berücksichtigung auf ihre Fähigkeit, ein Handelsgut zu sein,⁶⁵³ geleugnet wurde, beruft sich insbesondere *Köhler* auf einen speziellen Warenbegriff der GVO Nr. 1984/83, der nicht sämtliche handelbaren Güter, sondern nur den Vertrieb von Markenwaren umfassen soll.⁶⁵⁴

⁶⁴⁹ Siehe dazu S. 87 ff.

⁶⁵⁰ Siehe dazu S. 89 ff.

⁶⁵¹ Art. 7 Schirm-GVO, Verordnung Nr. 2790/99, Abl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

⁶⁵² Welche Konflikte diese Spaltung mitsichbringen wird, bleibt abzuwarten. *De Bronett*, in: WuW 1999, S. 824, 831 weist auf mögliche Differenzen zwischen nationalen Behörden und Kommission und zwischen nationalen Behörden untereinander hin.

⁶⁵³ So *Gleiss/Hirsch*, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. 1450.

⁶⁵⁴ *Köhler*, in: WuW 1999, S. 445, 447.

Nimmt man demgegenüber an, dass auch Elektrizitätslieferverträge in den Genuss der GVO Nr. 1984/83 gelangen können, muss bedacht werden, dass eine Freistellung nur für diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen in Frage kommt, die eine Dauer von fünf Jahren und einen bestimmten Marktanteil nicht überschreiten. Ist daher bereits eine Freistellung nach der "Schirm-GVO" wegen überlanger Laufzeit der Bindungen ausgeschlossen, kommt eine befristete Freistellung nach der GVO Nr. 1984/83 ebenfalls nicht in Betracht. Auch Verträge, die sich automatisch verlängern, können nicht nach dieser Verordnung freigestellt werden.⁶⁵⁵

Im übrigen greift die Freistellung nach Art. 3 a) und b) GVO Nr. 1984/83 nicht ein, wenn Hersteller von gleichen Waren Alleinbezugsvereinbarungen treffen, es sei denn es handelt sich um eine nichtwechelseitige Alleinbezugsvereinbarung, bei der mindestens einer der Vertragspartner einen jährlichen Gesamtumsatz von 100 ECU nicht überschreitet. Ob dies bei Elektrizitätslieferverträgen der Fall ist, hängt vom Einzelfall ab - kann also nicht generell ausgeschlossen werden. Insgesamt ist festzuhalten, dass eine Freistellung der Lieferverträge wegen der hohen Marktanteile der Lieferanten auch nach den alten GVO ausscheidet.

8. Zwischenergebnis:

Wegen des hohen Marktanteils kommt eine Freistellung nicht in Betracht. Sollte der Marktanteil des Lieferanten künftig unter der 30 % Grenze liegen, so ist eine Freistellung von Bezugsvereinbarungen und Eigenerzeugungsverböten mit einer Laufzeit von bis zu fünf Jahren möglich, sofern dadurch nicht die Marktöffnungszielsetzung beeinträchtigt wird. Auch eine eingeschränkte Freistellung von Gebietschutzabreden ist nach europäischem Recht unter diesen Umständen künftig nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

VII. Rechtsfolge eines Verstoßes gemäß Art. 81 Abs. 2 EG

Die Folge eines Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG bestimmt Art. 81 Abs. 2 EG. Danach sind nach diesem Artikel verbotene Vereinbarungen nichtig. Die Nichtigkeit nach Art. 81 Abs. 2 EG geht soweit, wie der Zweck oder die Wirkungen der Vereinbarung mit dem Kartellverbot unvereinbar sind.⁶⁵⁶

1. Unwirksamkeit von Laufzeit und Bezugsbindung insgesamt

Zu prüfen ist an dieser Stelle, ob die langfristige Gesamtbedarfsdeckungsklausel nur hinsichtlich ihres überschießenden Teils unwirksam ist, also auf ein kartellrechtlich wirksames Maß geltungserhaltend zu reduzieren ist. Denn die kartellrechtliche Sanktion richtet sich nicht generell gegen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen, sondern nur gegen deren übermäßig lange Laufzeiten.⁶⁵⁷ Gleiches gilt für den Fall, dass eine absolute oder prozentuale langfristige Mindestabnahmeverpflichtung unwirksam ist. Bei der Auslegung der Nichtigkeit ist die gemeinschaftsrechtliche Zielsetzung zu beachten.⁶⁵⁸ Verstoßen langfristige Bezugsverpflichtungen gegen Art. 81 Abs. 1 EGV, so sind sie insgesamt und nicht nur hinsichtlich ihres überschießenden Teils nichtig. Diese Rechtsfolge entspricht dem Sinn und Zweck des Kartellverbots. Denn die Verbotsvorschriften der Art. 81 f. EG verlieren ihren Sinn, wenn die Unternehmen damit rechnen dürfen, dass ihre Vertragsklauseln im Falle der Kartellrechtswidrigkeit auf ein höchstzulässiges Maß reduziert werden. Insoweit muss also im

⁶⁵⁵ Urteil des EuG vom 18.06.1995, Rs. T-7/93, Slg. 1995, II-1533, Tz. 138 = EuZW 1996, S. 49, 56.

⁶⁵⁶ Urteil des EuGH vom 25.11.1971, Rs. 22/71, Slg. 1971, 949, 961, Tz. 25/28 "Beguelin".

⁶⁵⁷ Säcker/Jaecks, S. 46 (bisher unveröffentlicht).

⁶⁵⁸ Urteil des EuGH vom 30.07.1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 282, 304 "Maschinenbau Ulm".

Rahmen des Art. 81 Abs. 2 EG das "Alles-oder-Nichts"-Prinzip gelten, das eine geltungserhaltende Reduktion von kartellrechtswidrigen Vertragsklauseln ausschließt. Dies zeigen insbesondere auch die Entscheidungen "*Langnese*"/"*Schöller*". Denn dort lehnte es das Gericht ausdrücklich ab, einen Teil der Bezugsbindungen als wirksam zu betrachten.⁶⁵⁹ Um nicht mehr in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG zu gelangen, hätte es ausgereicht, wenn der EuG die Bindungen nur insoweit als unwirksam betrachtet hätte, wie sie den von ihm als zulässig befundenen Marktbindungsgrad überschritten. Dies gilt auch dann, wenn die Bezugsbindung die Marktöffnung nach der Binnenmarktrichtlinie vereitelt. Auch hier muss in Anlehnung an die "*Langnese*" und "*Schöller*"-Entscheidungen die Bezugsbindung insgesamt unwirksam sein.

In diese Richtung tendiert auch das *OLG Düsseldorf*.⁶⁶⁰ Denn es lehnte eine geltungserhaltende Reduktion der langfristigen Bezugsverpflichtung mit dem Argument ab, dass eine Lieferverpflichtung, die wegen ihrer überschießenden Laufzeit und des überschießenden Marktanteils nicht unter eine Freistellungsverordnung falle, nach Art. 81 Abs. 2 EG insgesamt nichtig sei. Das *OLG Düsseldorf* hielt es für ausgeschlossen, dass die Nichtigkeit nur den überschießenden Teil der Laufzeit und der Bezugsverpflichtung erfasse - also etwa auf dasjenige, was über einer Laufzeit von einem Jahr und einer Bezugsbindung von 80% liege, zu beschränken sei.⁶⁶¹ Übersteigt eine Lieferverpflichtung hinsichtlich der Bezugsbindung und der Laufzeit das kartellrechtlich zulässige Maße, ist sie also nach Art. 81 Abs. 2 EG insgesamt nichtig.

2. Unwirksamkeit von Laufzeit und Bezugsbindung als Folge der unwirksamen Gebietsschutzverpflichtung

Die Nichtigkeit umfasst nicht zwangsläufig die gesamte Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern, sondern nur einzelne Vertragsklauseln, wenn dies ausreicht, um die wettbewerbsschädliche Wirkung einer Vereinbarung zu beseitigen. Dies macht auch das neue System der Kommission zu vertikalen und horizontalen Vereinbarungen deutlich, nach dem ein Teil der Vereinbarung wirksam, ein anderer dagegen unwirksam sein kann. Unwirksam sind die Teile, die als solche unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG fallen und darüber hinaus diejenigen, die sich von diesen Vertragsbestandteilen nicht trennen lassen.⁶⁶²

Bedeutsam ist diese Rechtsfolgenregelung nur dann, wenn einzelne Vertragsklauseln nicht als tatbestandsmäßig angesehen werden, andere dagegen den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG erfüllen. Da Gesamtbedarfsdeckungsklauseln bzw. Abnahmeverpflichtungen über 80% zwischen einem Lieferanten mit einem Marktanteil von mehr als 30% nur mit einer Laufzeit von ein bis zwei Jahren zulässig sind, verstoßen sie selbst gegen Art. 81 Abs. 1 EG. Für eine Beurteilung nach Art. 81 Abs. 1 EG kommt es daher nicht darauf an, unter welchen Voraussetzungen ein so enger Zusammenhang zwischen der Demarkation und der langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung vorliegt, dass die Unwirksamkeit der Demarkation auch die Unwirksamkeit der langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung zur Folge hat. Dieser Umstand wird erst im Rahmen von § 1 GWB erheblich und daher an

⁶⁵⁹ Urteil des EuG vom 18.06.1995, Rs. T-7/93, Slg. 1995, II-1533 = EuZW 1996, S. 49, 56 „*Langnese/Kommission*“.

⁶⁶⁰ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 38.

⁶⁶¹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 39.

⁶⁶² *Dieckmann*, in: *Wiedemann*, § 40, Rdnr. 6.

anderer Stelle erläutert. An dieser Stelle sei aber bereits erwähnt, dass die dort gefundenen Ergebnisse auch für die Nichtigkeit nach Art. 81 Abs. 2 EG gelten.⁶⁶³

⁶⁶³ Siehe unten, S. 163 ff.

E. Missbräuchliches Verhalten des Elektrizitätslieferanten gemäß Art. 82 EG

Die Kommission stützt sich bei Vertriebsvereinbarungen häufig auch auf eine Anwendung des Art. 82 EG, obwohl Art. 81 Abs. 1 EG die allgemeinere Rechtsgrundlage für solche Vereinbarungen enthält.⁶⁶⁴ Hiernach ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen verboten, soweit diese geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

I. Festlegung des relevanten Marktes

1. Räumliche Marktabgrenzung

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH und der Verwaltungspraxis der Kommission ist der räumlich relevante Markt das Gebiet innerhalb der Gemeinschaft, in welchem sich die Vereinbarung auswirkt.⁶⁶⁵ Es umfasst den gesamten gemeinsamen Markt, wenn die Vertragsgegenstände in allen Mitgliedstaaten regelmäßig angeboten und nachgefragt werden. Im Regelfall legen EuGH und Kommission den gemeinsamen Markt als räumlich relevanten zugrunde.⁶⁶⁶ Enger ist der räumlich relevante Markt allerdings dann, wenn Art und Eigenschaft des Vertragsprodukts dessen Mobilität beschränken.⁶⁶⁷

Vor Inkrafttreten und Umsetzung der Richtlinie Strom war der größte Teil des europäischen Elektrizitätsmarktes durch die Existenz geschlossener Versorgungsgebiete gekennzeichnet. So waren in Deutschland die einzelnen Elektrizitätsversorger nur in ihren jeweiligen durch Konzessions- und Demarkationsverträge voneinander abgegrenzten Versorgungsgebieten tätig. Die Austauschmöglichkeiten der Nachfrager waren aufgrund der Freistellung der Konzessions- und Demarkationsverträge von den allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften begrenzt.⁶⁶⁸ Die Abnehmer hatten in der Regel keine Möglichkeit, auf einen anderen Elektrizitätslieferanten auszuweichen.⁶⁶⁹ Elektrizität war regelmäßig nur vom jeweiligen Gebietsversorger beziehbar. Der geographische Markt war auf das Versorgungsgebiet, d.h. den Abnehmerkreis, der über das Übertragungsnetz des jeweiligen Elektrizitätsversorgers erreichbar war, beschränkt.⁶⁷⁰

Die Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt richtlinie in den einzelnen Mitgliedstaaten, so im Jahr 1998 die Neuregelung des EnWG in Deutschland, könnte zu einer räumlichen

⁶⁶⁴ *Duijm*, S. 56 f; *Jung*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 82, Rdnr. 15: Zwischen den Tatbeständen besteht Idealkonkurrenz.

⁶⁶⁵ *Dirksen*, in: *Langen/Bunte*, Art. 82, Rdnr. 30 f.

⁶⁶⁶ Komm. vom 19. 7.1984, Abl. L 212/I, 10 „*BPCL/ICI*“; Komm. vom 17.12.1986, Abl. 1987, L 41/31, 35 „*Mitchell Cotts/Sofiltra*“; Komm. vom 22.12.1987, Abl. 1988, L 52/51, 57 „*Olivetti/Canon*“; Komm. vom 22.12.1987, Abl. 1988, L 65/19, 31 „*Eurofix-Bauco/Hilti*“; Komm. vom 12.1.1990, Abl. L 32/19, S. 22 „*Alcatel/Espace/ANT*“; Komm. vom 13.7.1990, Abl. L 209/15, 18 „*Elopak/Metal Box*“.

⁶⁶⁷ *Emmerich*, S. 449; *Dirksen*, in: *Langen/Bunte*, Art. 82, Rdnr. 30 f.

⁶⁶⁸ KG WuW/E OLG 1893; KG WuW/E OLG 3443, 3446.

⁶⁶⁹ Etwas anderes galt nur, wenn ein Abnehmer Strom Dritter im Wege der Durchleitung im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht (§ 103 V S. 2 Ziff. 4 GWB a.F.) beziehen konnte. Die Erfassung der Durchleitung als Teil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht beschränkte sich aber schon systematisch auf Ausnahmefälle; im übrigen bestand ein Widerspruch zum Bekenntnis der geschlossenen Versorgungsgebiete in § 103 Abs. 1 GWB, vgl. *Büdenbender*, in: *JZ* 1999, S. 62, 67.

⁶⁷⁰ Entscheidung der Komm. vom 05.05.1994, WuW/E EU-V 2139, 2141 = WuW 1994, S. 875, 877. „*VIAG/Bayernwerk*“; KG WuW/E OLG 3443, 3446, 3447.

Erweiterung der regionalen Elektrizitätsmärkte geführt haben. Wettbewerb zwischen mehreren Elektrizitätsversorgern ist nun, wie in anderen Wirtschaftsbereichen auch, wegen der neuen rechtlichen Rahmenbedingungen grundsätzlich möglich.⁶⁷¹ Zwar zeichnet sich die Elektrizitätswirtschaft im Gegensatz zu den meisten anderen Wirtschaftsbereichen durch die Besonderheit der Leitungsgebundenheit aus. Diese hindert Wettbewerber nach Aufhebung der §§ 103 f. GWB wegen der in Art. 82 EG verankerten "essential facilities"-Doktrin und den Netzzugangsansprüchen bzw. Netznutzungsansprüchen der §§ 6 Abs. 1 EnWG, 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB rechtlich nicht an der Aufnahme einer Elektrizitätsversorgung.⁶⁷² Diese gesetzlichen Ansprüche auf Durchleitung bewirken, dass die weiterverteilenden Elektrizitätsversorger und die industriellen Sonderabnehmer de jure von jedem Verbund-Elektrizitätsversorger und jedem Stromhändler Elektrizität beziehen können. Rechtliche Schranken, die vor der Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte angenommen wurden, existieren nicht mehr.

Auf die Möglichkeit einer räumlichen Neustrukturierung des Elektrizitätsmarktes aufgrund einer entsprechenden Gesetzesänderung hatte die Kommission schon einige Jahre vor Verabschiedung der Binnenmarkttrichtlinie Elektrizität in dem Fusionskontrollverfahren "*VIAG/Bayernwerk*" hingewiesen und erklärt, dass die Energielieferanten durch ein System von Durchleitungsrechten in der Lage sein werden, Kunden durch die gegenseitige Nutzung der bestehenden Versorgungsleitungen zu beliefern. Eine derartige Entwicklung würde zu größeren Märkten führen, die Deutschland und andere Teile Europas umfassen könnten.⁶⁷³

Allein die Abschaffung rechtlicher Schranken reicht für eine räumliche Ausdehnung des relevanten Marktes allerdings nicht aus, wenn die faktischen Gegebenheiten einer räumlichen Erweiterung entgegenstehen. Denn weiterverteilende EVU und industrielle Sonderabnehmer müssen unabhängig von der Rechtslage auch tatsächlich in der Lage sein, von jedem beliebigen EVU innerhalb des gemeinsamen Marktes Strom zu beziehen.⁶⁷⁴ Nur, wenn der überregionale Durchleitungswettbewerb praktisch funktioniert, kann der räumliche Markt weiter definiert werden und ganz Deutschland umfassen oder sogar länderübergreifendes Ausmaß annehmen.⁶⁷⁵

In bezug auf faktische Hindernisse, die gegen eine räumliche Erweiterung der Elektrizitätsmärkte sprechen, hob der BGH 1997 in den Fusionsverfahren "*HASTRA/Stadtwerke Garbsen*"⁶⁷⁶ und "*RWE/Aggerstrom*"⁶⁷⁷ trotz der zu dem Untersagungszeitpunkt in der Diskussion befindlichen Novelle des Energiewirtschaftsrechts hervor, dass im Rahmen einer Prognose nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich die tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten der Letztversorgungsunternehmen durch den Abbau rechtlicher Schranken und die Begründung von Durchleitungsrechten wesentlich vergrößern

⁶⁷¹ Sieht man hier von den in Elektrizitätslieferverträgen praktizierten und hier zu untersuchenden Ausschließlichkeitsbindungen ab.

⁶⁷² Ob die Einführung besonderer Durchleitungsvorschriften erforderlich war oder, ob bereits das allgemeine Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 GWB ausreichend gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben.

⁶⁷³ Entscheidung der Komm. vom 05.05.1994, WuW/E EU-V 2139, 2141 = WuW 1994, S. 875, 878. "*VIAG/Bayernwerk*".

⁶⁷⁴ *Giefers*, in: ET 1999, 177, 179, allerdings für die Gasversorgung.

⁶⁷⁵ *Zinow*, in: *Wiedemann*, § 34, Rdnr. 175; *Markert*, in: Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld, S. 231, 233: Die Abnehmer müssen *ohne weiteres* in der Lage sein, gegen Entgelt eine Durchleitung zu praktizieren.

⁶⁷⁶ BGH, in: Die AG 1998, S. 335, 336 „*HASTRA/Stadtwerke Garbsen*“.

⁶⁷⁷ BGH, in: Die AG 1998, S. 338, 339 „*RWE/Aggerstrom*“.

würden.⁶⁷⁸ Es bleibe deshalb bei einer Marktabgrenzung, die sich nach dem Leitungseigentum der beteiligten Unternehmen richte.

Zwar war das Neuregelungsgesetz der Energiewirtschaft zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt noch nicht verabschiedet.⁶⁷⁹ Der *BGH* wies jedoch darauf hin, dass nach wirtschaftlicher Erfahrung selbst eine Aufhebung der gesetzlich verankerten Monopolstellung nach einer Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes nicht so weit gehen werde, dass sie die überragende Marktstellung der ehemaligen alleinigen Gebietsversorger aufheben werde.⁶⁸⁰ Als Begründung führte der *BGH* an, dass das Eigentum an den Elektrizitätsnetzen, die Finanzkraft der bisherigen Gebietsversorger und die langfristigen Lieferverträge einer grundlegenden Änderung der Marktverhältnisse entgegenstünden.⁶⁸¹ Der *BGH* nahm also an, dass sich die Liberalisierung unter wettbewerblichen Aspekten als ineffizient erweisen werde.⁶⁸²

Das *BKartA* hat sich im Jahr 1999 in den Fusionsverfahren "*RWE/VEW*" und "*Erdgasversorgung Schwaben*" dieser Auffassung angeschlossen und geht auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung der Energiewirtschaftsrechts und eines darauf beruhenden gesetzlichen Durchleitungsanspruchs (§ 6 Abs. 1 EnWG) davon aus, dass die ehemals geschlossenen Versorgungsgebiete vorerst noch jeweils voneinander getrennte räumliche Märkte bilden.⁶⁸³ Die den Stromnetzbetreibern auferlegte Verpflichtung zur Netzöffnung für Dritte reiche bislang für einen funktionierenden Strom-zu-Strom Wettbewerb nicht aus.⁶⁸⁴ Zwar habe sich durch die neuen Rahmenbedingungen und infolge der Verbändevereinbarungen ein gewisser Durchleitungswettbewerb etabliert, doch sei dieser wegen technischer Schwierigkeiten und faktischer Hindernisse wie etwa hoher Netznutzungsentgelte und der langsamen Bearbeitung von Durchleitungsanträgen bisher nicht so intensiv, dass die durch das Leitungsnetz des Gebietsversorgers vorgegebene Marktabgrenzung aufzugeben sei.⁶⁸⁵ Eine räumliche Neustrukturierung sei erst dann zu erwarten, wenn der Anspruch auf Durchleitung ohne weiteres funktioniere und sich ein Durchleitungsautomatismus entwickelt habe. Dies war nach Auffassung des *BKartA* zu verneinen.⁶⁸⁶ So wurden 1999 nach Ermittlungen des *BKartA* bezogen auf die Strommenge weniger als 1,5% der Sondervertrags- und weniger als 0,1% der Kleinkunden nicht mehr von ihrem ursprünglichen Gebietsversorger beliefert.⁶⁸⁷ Auch im Jahr 2000 hat das *BKartA* in dem Fusionsfall "*VeW/WfG*" an dieser Auffassung festgehalten.⁶⁸⁸

⁶⁷⁸ *BGH*, in: Die AG 1998, S. 338, 339 „*RWE/Aggerstrom*“.

⁶⁷⁹ Darauf verwies auch der *BGH*, in: Die AG 1998, S. 338, 339 „*RWE/Aggerstrom*“ und *BGH*, in: Die AG 1998, S. 335, 336 „*HASTRA/Stadtwerke Garbsen*“.

⁶⁸⁰ *BGH*, in: Die AG 1998, S. 338, 339 „*RWE/Aggerstrom*“; *BGH*, in: Die AG 1998, S. 335, 336 „*HASTRA/Stadtwerke Garbsen*“.

⁶⁸¹ *BGH*, in: Die AG 1998, S. 338, 339 „*RWE/Aggerstrom*“.

⁶⁸² *Mutschler*, S. 91, 94; *Säcker/Boesche*, in: BB 2001, S. 2329, 2330.

⁶⁸³ Beschluss des *BKartA* vom 12.03.1999, Rs. B 8 - 274/98, S. 9 "Erdgasversorgung Schwaben II"; *BKartA*, S. 45, Tz. 82.

⁶⁸⁴ So auch *Markert*, in: ET 2000, S. 355.

⁶⁸⁵ Beschluss des *BKartA* vom 12.03.1999, Rs. B 8 - 274/98, S. 8 "Erdgasversorgung Schwaben II"; *BKartA*, S. 44, Tz. 78.

⁶⁸⁶ Beschluss des *BKartA* vom 12.03.1999, Rs. B 8 - 274/98, S. 9 "Erdgasversorgung Schwaben II"; *BKartA*, S. 45, Tz. 82.

⁶⁸⁷ Beschluss des *BKartA* vom 03.07.2000, B 8-309/99, S. 45, Tz. 81.

⁶⁸⁸ Beschluss des *BKartA* vom 14.10.1999, Az. B8-40200-U-141/99, Tz. 13 "VEW/WfG", in: WuW/E DE-V 195, 197 f.

Die Argumente von *BGH* und *BKartA* zur Beibehaltung der bisher geltenden Marktabgrenzung sind nicht nur für die Marktabgrenzung nach deutschem Kartellrecht beachtlich, sondern sind auch für eine Marktabgrenzung aus europäischer Sicht von entscheidendem Gewicht. Denn auch nach europäischem Recht bleibt der räumliche Markt solange auf das ursprüngliche Versorgungsgebiet begrenzt, bis der Strombezug von EVU außerhalb des Versorgungsgebietes so problemlos funktioniert, wie es bei anderen Waren, die nicht leitungsgebunden sind, der Fall ist. Eine Neubestimmung des örtlich relevanten Marktes bedarf es erst zu diesem Zeitpunkt.⁶⁸⁹

Auch die *Kommission* hat in der Entscheidung "*VEBA/VIAG*" nicht die Auffassung vertreten, dass allein die Schaffung einer gesetzlichen Durchleitungsregelung ausreiche, um eine neue Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes vornehmen zu können. Denn die Kommission hat lediglich festgestellt, dass der Markt auf der Verbundebene in naher Zukunft national sein werde.⁶⁹⁰ Da die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes im Rahmen einer Prognoseentscheidung zu erfolgen hat, können allerdings auch zukünftig vorhersehbare Entwicklungen in die Marktabgrenzung einbezogen werden.

Wie die Entscheidungen des *BKartA* aus dem Jahr 1999 zeigen, konnte mit der Öffnung des Elektrizitätsmarktes im Jahr 1998 keinesfalls von einer nationalen Marktabgrenzung ausgegangen werden. Die am 29.04.1998 anzustellende Prognoseentscheidung kann anhand der tatsächlich eingetretenen Entwicklungen überprüft werden.⁶⁹¹ Diese zeigen, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des NeuregelungsG an einer regionalen räumlichen Marktabgrenzung festzuhalten war.⁶⁹²

2. Sachliche Marktabgrenzung

Nach der Rechtsprechung des EuGH und der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes umfasst der sachliche Markt sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden.⁶⁹³ In der Elektrizitätswirtschaft unterscheidet man bei der sachlichen Marktabgrenzung zwischen den verschiedenen Abnehmergruppen und der generellen Austauschbarkeit des Energieträgers Elektrizität.

⁶⁸⁹ *Markert*, in: EuZW 2000, S. 427, 432; a.A.: *Giefers*, in: ET 1999, S. 177, 179, der seit Wegfall der §§ 103 f. GWB und der Schaffung der §§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, 6 Abs. 1 EnWG von einer örtlichen Neubestimmung ausgeht.

⁶⁹⁰ Entscheidung der Komm. vom 13.06.2000, Rs. Nr. COMP/M.1673, S. 11, Tz. 41 und S. 12, Tz. 46. - "*VEBA/VIAG*". In der Sache "*FORTUM/Elektrizitätswerk Wesertal*" hat die Kommission die Frage offengelassen, ob mittlerweile nationale Märkte vorliegen, Vgl. Entscheidung der Komm. vom 05.01.2000, Fall IV/M.1720, S. 1 (unveröffentlicht).

⁶⁹¹ So geht auch das *OLG Düsseldorf* vor, das die marktbeherrschende Stellung bei einem Verstoß gegen § 19 GWB zum Zeitpunkt 01.01.1999 anhand der zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Marktgegebenheiten beurteilt; vgl. *OLG Düsseldorf* vom 07.11. 2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 32 (bisher unveröffentlicht).

⁶⁹² *OLG Düsseldorf* vom 07.11. 2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 32 (bisher unveröffentlicht).

⁶⁹³ Urteil des EuGH vom 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, 248, Tz. 32 "*Europemballage Corp. und Continental Can/Kommission*"; Urteil des EuGH vom 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 516, Tz. 28 "*Hoffmann-La Roche/Kommission*"; Urteil des EuGH vom 06.10.1994, Rs. T-83/91, Slg. 1994, II-755, 793, Tz. 63, 796, Tz. 66 "*Tetra Pak/Kommission*"; Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/05.

a) Verschiedene Abnehmergruppen als Differenzierungsmerkmal der sachlichen Marktabgrenzung

Die vertikale Gliederung des Stromabsatzes in überregionale Verbundunternehmen, regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen und lokale Verteilerunternehmen führt nach übereinstimmender Auffassung von *Kommission* und *BKartA* zu einer Unterteilung des Elektrizitätsmarktes in drei verschiedene Handelsstufen: Die unterste als die Letztverteilstufe, die Stufe der regionalen Stromverteilung und die der überregionalen Stromverteilung.⁶⁹⁴ Diese Handelsstufen bilden nach Auffassung der *Kommission* jede für sich einen eigenen sachlichen Markt.⁶⁹⁵ Nach Auffassung von *Kommission* und *BKartA* hat sich an dieser Aufteilung auch nach der Reform des Energiewirtschaftsrechts - zum Zeitpunkt der "*RWE/VEW*" und "*VEBA/VIAG*"-Entscheidungen im Juni 2000 noch nichts geändert.⁶⁹⁶

Nicht eindeutig ist der *Kommission* in der "*VEBA/VIAG*"-Entscheidung allerdings zu entnehmen, welche Abnehmergruppen diesen drei Handelsstufen im einzelnen zuzuordnen sind. Denn während die *Kommission* zunächst bestimmt, dass der Elektrizitätsbezug von einer der jeweiligen Handelsstufen, also von der Verbund-, Regionalversorgungs- oder der untersten Verteilerstufe, zu einer Unterteilung in jeweils unterschiedliche sachliche Märkte führt,⁶⁹⁷ erörtert sie im Rahmen der Konkretisierung der untersten Verteilerstufe, inwieweit für die Belieferung von Kleinkunden aus den Niederspannungsnetzen und für die Belieferung von industriellen Sonderabnehmern aus Mittel- und Hochspannungsnetzen unterschiedliche Marktbedingungen gelten und sie deshalb verschiedenen sachlich relevanten Märkten zuzuordnen seien.⁶⁹⁸ Das *BKartA* differenziert dagegen ausdrücklich zwischen der Belieferung von Endverbrauchern und Weiterverteilern. Diese beiden Gruppen sollen jeweils eigene sachliche Märkte bilden.⁶⁹⁹ Alle Endverbraucher, unabhängig davon, ob sie ihren Strom auf der Höchst-, Mittel- oder Niederspannungsebene empfangen, gehören nach Ansicht des *BKartA* der untersten Marktstufe an.⁷⁰⁰ Auf dieser Stufe werden industrielle Sonderabnehmer auf der Mittelspannungs- und Hochspannungsebene und Kleinkunden auf der Niederspannungsebene beliefert.⁷⁰¹ Die Stufe der regionalen Stromversorgung setzt sich nach Ansicht des *BKartA* aus überregionalen und regionalen EVU zusammen, die lokale, Letztverbraucher versorgende EVU mit Elektrizität beliefern. Auch diese Stufe bildet einen eigenen sachlichen Markt.⁷⁰² Die oberste Marktstufe betrifft die Stromabgabe auf der Verbundebene an weiterverteilende Unternehmen. Diese bildet angesichts der Abgabe des Stroms auf der Hochspannungsebene einen eigenen sachlichen Markt. Zu diesem Markt gehört die Stromverteilung der Verbundunternehmen an die weiterverteilenden Regionalversorger und an größere Stadtwerke, die an die Hochspannungsleitungen angeschlossen sind. Nicht zu diesem sachlichen Markt gehört nach Ansicht des *BKartA* die Belieferung von industriellen Sonderkunden, die ihren Strom auf der Verbundebene abnehmen. Diese Abnehmer gehören dem genannten Markt der Stromletztversorgungsstufe an. Funktioniert der Durchleitungswettbewerb, soll sich die sachliche Marktabgrenzung nach

⁶⁹⁴ *Schiffer*, S. 161.

⁶⁹⁵ Entscheidung der *Kommission* vom 13.06.2000, Rs. Nr. COMP/M.1673, S. 4, Tz. 13 "*VEBA/VIAG*".

⁶⁹⁶ *Böwing/Rosin*, in: ET 2000, S. 249, 251; *Markert*, in: EuZW 2000, S. 427, 431.

⁶⁹⁷ Entscheidung der *Kommission* vom 13.06.2000, Rs. Nr. COMP/M.1673, S. 4, Tz. 14 "*VEBA/VIAG*".

⁶⁹⁸ Entscheidung der *Kommission* vom 13.06.2000, Rs. Nr. COMP/M.1673, S. 5, Tz. 17 "*VEBA/VIAG*".

⁶⁹⁹ So schon KG WuW/E OLG 2113, 2116 = WuW 1979, S. 689, 692 "Steinkohlerzeuger"; *Büdenbender*; ET 2000, S. 359, 373.

⁷⁰⁰ *BKartA* vom 03.07.2000, B 8-309/99, S. 38, Tz. 71 f.

⁷⁰¹ *BKartA* vom 03.07.2000, B 8-309/99, S. 38, Tz. 71 f, so wohl auch *Emmerich*, S. 181.

⁷⁰² *BKartA* vom 03.07.2000, B 8-309/99, S. 38, Tz. 71 f.

Auffassung des *BKartA* ändern, indem die oberste und die mittlere Marktstufe zu einem sachlichen Markt verschmelzen.⁷⁰³ Die Kommission nimmt demgegenüber zu einer Änderung der sachlichen Marktabgrenzung keine Stellung.

b) Keine Substituierbarkeit von Elektrizität bei Lieferverträgen zwischen Weiterverteilern

Ohne Schwierigkeiten gelingt die sachliche Abgrenzung des relevanten Marktes in bezug auf die Frage, ob Elektrizität an sich austauschbar ist, wenn es sich um einen Elektrizitätsliefervertrag zwischen weiterverteilenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen handelt. In diesem Fall besteht eine Austauschmöglichkeit oder Substituierbarkeit von Elektrizität durch andere Energieträger nicht. Denn nur Elektrizität wird dem Verwendungszweck der weiterverteilenden EVU gerecht.⁷⁰⁴ Sie können mit anderen Energieträgern nichts anfangen.⁷⁰⁵

3. Zwischenergebnis:

Bezogen auf die Bezugsverpflichtung und die Demarkation zugunsten des Lieferanten ist das ehemals geschlossene Versorgungsgebiet des Lieferanten als relevanter Markt anzusehen. Hinsichtlich der Demarkation zugunsten des Abnehmers ist das ehemals geschlossene Versorgungsgebiet des Abnehmers relevanter Markt.

II. Marktbeherrschung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

Bei der Frage nach der marktbeherrschenden Stellung ist zu beachten, dass es für die Beurteilung der Alt-Verträge auf die Marktsituation ab 29.04.1998 ankommt. Denn ab diesem Tag gelten sowohl die europäischen wie auch die deutschen Missbrauchsvorschriften. Fielen die Verträge ab diesem Tag unter das Missbrauchsverbot, so verstießen sie gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB und waren daher nichtig. Ein Wiederaufleben nichtiger Verträge bei einer Änderung der Marktverhältnisse ist nachträglich nicht möglich. Bei einer nachträglichen Änderung der Verhältnisse kommt allenfalls eine Bestätigung des Vertrages nach § 141 BGB in Betracht.⁷⁰⁶ Es wurde bereits festgestellt, dass der hier relevante Markt der Belieferung der Weiterverteiler regional abzugrenzen ist und sich nach dem jeweiligen Versorgungsgebiet des bindenden Unternehmens richtet. Diese Marktabgrenzung gilt auch bei Art. 82 EG, so dass an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen Bezug genommen wird.

⁷⁰³ *BKartA* vom 03.07.2000, B 8-309/99, S. 39, Tz. 75.

⁷⁰⁴ *Markert*, in: *EuZW* 2000, S. 427, 431. Mangelnde Austauschbarkeit und Substituierbarkeit liegt grundsätzlich auch bei einem Liefervertrag zwischen Elektrizitätsversorger und industriellen Sonderabnehmern vor. Nur in dem Ausnahmefall, dass die Sonderabnehmer die Elektrizität zum Zwecke der Wärmeproduktion beziehen, findet ein Substitutionswettbewerb mit anderen wärmeerzeugenden Energieträgern wie Kohle, Gas und Öl statt. Dieser Ausnahmefall, der nur von geringer Bedeutung ist, soll bei den nachfolgenden Ausführungen außer Betracht bleiben, so dass im Ergebnis davon auszugehen ist, dass Elektrizität sachlich nicht durch eine andere Energie austauschbar und substituierbar ist.

⁷⁰⁵ So auch allerdings für Erdgas: Beschluss des *BKartA* vom 04.09.2000, Az. B8-40200-U-132/00, Tz. 13 *E.ON/HEIN*" (bisher unveröffentlicht); Beschluss des *BKartA* vom 14.10.1999, Az. B8-40200-U-141/99, Tz. 13 *"VEW/WfG"*, in: *WuW/E DE-V* 195, 197 f.

⁷⁰⁶ Diese scheidet allerdings in der Regel aus, weil eine Bestätigung voraussetzt, dass das Rechtsgeschäft nicht bloß faktisch fortgesetzt wird. Darin liegt keine Bestätigung eines unwirksamen Rechtsgeschäfts, siehe auch Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, in: *ZNER* 2001, Heft 4, S. 255, 259.

1. Wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes

Das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG erfasst nur solche marktbeherrschenden Stellungen, die sich zumindest auf einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes erstrecken. Nicht erfasst werden beherrschende Stellungen auf lokalen Märkten, weil sie aufgrund ihrer untergeordneten Bedeutung die Aufrechterhaltung und Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt nicht gefährden können.⁷⁰⁷

Für die Beurteilung, ob ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes vorliegt, kommt es auf die wirtschaftliche Bedeutung für den Gesamtmarkt an.⁷⁰⁸ Das heißt, ob ein bestimmter Raum ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes ist, richtet sich nach den wirtschaftlichen Daten für diesen Raum, die in entsprechende Beziehung zu denen des gesamten Gemeinsamen Marktes zu setzen sind.⁷⁰⁹ Ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes liegt jedenfalls dann vor, wenn sich der Markt über mehrere Mitgliedstaaten oder einen großen Mitgliedstaat erstreckt.⁷¹⁰ Darüber hinaus hat der EuGH allerdings auch Teilgebiete eines einzigen Mitgliedstaates als wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen.⁷¹¹ So hielt der EuGH in der "*Zucker*"-Entscheidung etwa Süddeutschland als einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes.⁷¹² Berücksichtigt man die wirtschaftliche Stärke dieses Gebietes wäre ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes bei den Versorgungsgebieten der vier verbliebenen Verbundunternehmen zu bejahen. Vor den Fusionen "VEBA"-*VIAG*", "RWE"-*VEW*" und HEW-*VEAG-BEWAG*" waren demgegenüber wohl nur die Gebiete der großen Verbundunternehmen als wesentlicher Teil eines gemeinsamen Marktes anzusehen.⁷¹³

Isoliert betrachtet ist das Gebiet der Regionalversorgungsunternehmen und Stadtwerke daher nicht mit einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes gleichzusetzen.⁷¹⁴ Bedeutsam kann hier jedoch der Fall der kollektiven Marktbeherrschung sein. Denn Art. 82 EG gilt auch dann, wenn mehrere Unternehmen gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes haben.⁷¹⁵ In der "*Almelo*"-Entscheidung hat der EuGH deutlich gemacht, unter welchen Umständen eine kollektive Marktbeherrschung von Elektrizitätsversorgungsunternehmen vorliegt: Die marktbeherrschenden Unternehmen müssen gleichförmige Interessen verfolgen, ohne dass sie in einem Konzern miteinander verbunden sind,⁷¹⁶ so dass sie sich faktisch keinen Wettbewerb untereinander machen.⁷¹⁷

⁷⁰⁷ Koch, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 86, Rdnr. 41.

⁷⁰⁸ Dirksen, in: *Langen/Bunte*, Art. 82, Rdnr. 70.

⁷⁰⁹ Urteil des EuGH vom 16.12.1975, Verb. Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114-73, Slg. 1975, 1663, 2011.

⁷¹⁰ Schröter, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 86, Rdnr. 130.

⁷¹¹ Vgl. in diesem Sinne EuGH vom 9. 11.1983 in der Rs. 322/81, "*Michelin*", Slg. 1983, 3461, Tz. 28, und vom 5. 10.1994 in der Rechtssache C-323/93, "*Centre d'insémination de la Crespelle*", Slg. 1994, I-5077, Tz. 17.

⁷¹² Urteil des EuGH vom 16.12.1975, Verb. Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114-73, Slg. 1975, 1663, 2011.

⁷¹³ Emmerich, in: *FS für von Gamm*, S. 581, 592; Baur, in: *RdE* 1992, S. 48; Markert, in: *VIK-Mitteilungen* 1989, S. 14 weist darauf hin, dass ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes bei dem Versorgungsgebiet von RWE vorliege.

⁷¹⁴ Steinberg/Britz, S. 165.

⁷¹⁵ Der Wortlaut des Art. 82 EG spricht zwar von einem kollektiven Missbrauch und nicht von einer kollektiven Marktbeherrschung. Erstere setzt jedoch letztere zwingend voraus, siehe, *Mailänder*, in: *GK*, Art. 86, Rdnr. 45; Schröter, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 86, Rdnr. 64.

⁷¹⁶ Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. 393/92, Slg. 1994, 1477, 1520, Tz. 42 "*Almelo*".

⁷¹⁷ Arndt, in: *RIW* 1989, Beilage 7 zu Heft 10, S. 19; Rinne, S. 45.

Liegt ein solcher Fall vor, gelten daher auch sie als Unternehmen auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes.

Besteht ein Konzernverbund zwischen Lieferanten und Abnehmer, bezieht der Abnehmer seinen Strom in der Regel auch vom Lieferanten. Da Art. 81, 82 EG bei Vereinbarungen zwischen konzernverbundenen Unternehmen nicht eingreifen, findet Art. 82 EG auf regionale oder lokale Abnehmer keine Anwendung. Demarkationsvereinbarungen zugunsten des Abnehmers scheiden deshalb aus dem Anwendungsbereich des Art. 82 EG aus. Dagegen kann Art. 82 EG bei Demarkationsvereinbarungen zugunsten des Lieferanten und bei langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsklauseln bzw. Mindestabnahmeverpflichtungen grundsätzlich eingreifen.

2. Marktbeherrschungsvoraussetzungen

Art. 82 EG selbst enthält keine Definition von Marktbeherrschung. Der EuGH bejaht eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 82 EG dann, wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Stellung innehat, die ihm die Möglichkeit einräumt, wirksamen Wettbewerbs so zu verhindern, dass es sich gegenüber seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und gegenüber den Verbrauchern unabhängig verhalten kann.⁷¹⁸ Um Marktbeherrschung feststellen zu können, muss eine Analyse der Marktgegebenheiten vorgenommen werden. Dabei zieht man zunächst den Marktanteil des Unternehmens heran. Ist dieser signifikant hoch, ist dies ein bedeutsames Indiz für die marktbeherrschende Stellung. So hat der EuGH bei einem Marktanteil von mehr als 75% Marktbeherrschung teilweise ohne Prüfung weiterer Umstände angenommen.⁷¹⁹ Auch bei einem Marktanteil von 50% hat der EuGH Marktbeherrschung bejaht, allerdings darauf hingewiesen, dass daneben eine Gesamtschau aller für eine Marktbeherrschung wesentlichen Umstände erforderlich sei.⁷²⁰ So soll es etwa auf eine beherrschende Stellung hindeuten, wenn ein Unternehmen sich rechtlich oder tatsächlich in einer Position befindet, die es ihm ermöglicht, den Zugang anderer Unternehmen zu einem bestimmten Markt zu kontrollieren.⁷²¹ Eine solche Position haben die Vorlieferanten. Denn sie können aufgrund ihres Netzeigentums den Zugang zum Abnehmer durch die Ausgestaltung des Netzzugangs kontrollieren und behindern, indem sie berechnete Durchleitungsansprüche verweigern und dadurch die eine Durchleitung begehrenden Unternehmen dazu zwingen, ihre Rechte gerichtlich durchsetzen zu müssen, was für diese zu erhebliche Wettbewerbsnachteile führt.⁷²²

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien kann Marktbeherrschung der Lieferanten in ihren historisch gewachsenen Versorgungsgebieten ohne weiteres angenommen werden. Denn der Marktanteil liegt durchschnittlich zwischen 80% und 90%.⁷²³ Hinzu kommt, dass die ehemaligen Alleinversorger durch ihr Netzeigentum den Zugang Dritter zum Markt in ihren eigenen Händen halten. Diese beiden Faktoren genügen, um von einer Marktbeherrschung der ehemals alleinigen Gebietsversorger auszugehen.

⁷¹⁸ Urteil des EuGH vom 11.12.1980, Slg. 1980, 3757, 3793, Tz. 26 "*L'Oreal*".

⁷¹⁹ Urteil des EuGH vom 16.12.1975, Rs. , Slg. 1975, 1663, 1996, 2013 "*Zucker*".

⁷²⁰ Urteil des EuGH vom 03.07.1991, Rs. C- 62/86, Slg. 1991, I 3359, Tz. 149 "*AKZO*".

⁷²¹ Siehe *Rapp*, S. 75 unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH.

⁷²² Darauf weist auch das OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 255, 257 hin.

⁷²³ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 255, 257.

III. Missbräuchliches Verhalten

Die Anwendung des Art. 82 EG setzt den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung voraus. Ebenso wie das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung ist auch der Missbrauchs begriff nicht definiert. In Art. 82 Abs. 2 EG sind jedoch Präzedenzfälle missbräuchlicher Verhaltensweisen aufgeführt. Für Bezugs- und Absatzbindungen sind insbesondere die Beispielsfälle der lit a) und b), also die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen und die Einschränkung des Absatzes und der Erzeugung zum Nachteil der Verbraucher, bedeutsam.⁷²⁴ Diese Konstellationen schützen das Individualinteresse von Wettbewerbern, Handelspartnern und Verbrauchern sowie das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs.⁷²⁵ Obwohl die Beispielsfälle nur Verhaltensweisen benennen, durch die die Verbraucher unmittelbar geschädigt werden können, sind auch solche Verhaltensweisen erfasst, die zu mittelbaren Benachteiligungen führen, indem sie einen Zustand wirksamen Wettbewerbs beeinträchtigen.⁷²⁶ Art. 82 EG umfasst also sowohl Fälle des Behinderungsmissbrauchs wie auch des Ausbeutungsmissbrauchs. Da mit dem Behinderungsmissbrauch Drittschutz bezweckt ist, ist es unerheblich, ob ein missbräuchliches Verhalten im Einvernehmen mit dem gebundenen Vertragspartner stattfindet.⁷²⁷

Der EuGH hat in einem grundlegenden Urteil die ausbeutenden und behindernden Wirkungen von ausschließlichen Bezugsvereinbarungen beschrieben.⁷²⁸ In der *"Hoffmann-La Roche"-Entscheidung* führte er aus, dass *"Ausschließlichkeitsverpflichtungen mit dem Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs auf dem gemeinsamen Markt unvereinbar seien. Denn sie beruhen nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung, sondern seien darauf gerichtet, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und anderen Herstellern den Zugang zum Markt zu versperren."*⁷²⁹ Konkreter führte der EuGH aus, dass *"der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung diejenigen Verhaltensweisen erfasse, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des bindenden Unternehmens bereits geschwächt sei und die die Aufrechterhaltung des noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch solche Mittel behindert, die von normalen Wettbewerbsmitteln abweichen"*.⁷³⁰ Artikel 82 EG verbietet es einem beherrschenden Unternehmen demnach, seine Stellung durch andere Mittel als solche eines Leistungswettbewerbs zu stärken.⁷³¹ Auf diese Entscheidung hat der EuGH in der *"Almelo"-Entscheidung* ausdrücklich Bezug genommen und das von den Elektrizitätsversorgern praktizierte System an ausschließlichen Bezugs- und Versorgungsrechten als Missbrauch im Sinne des Art. 82 Abs. 1 EG angesehen.⁷³²

⁷²⁴ Teilweise wird dagegen vertreten, Bezugsbindungen würden nur vom Grundtatbestand des Art. 82 Abs. 1 EG erfasst, siehe *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 355, 380.

⁷²⁵ *Schröter*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 86, Rdnr. 138; *Schwabe*, S. 141 f.

⁷²⁶ Urteil des EuGH vom 22.01.1974, Verb. Rs. 6 u. 7/73, Slg. 1974, 223, 254, Tz. 32 *"ICI"*.

⁷²⁷ Siehe *Kirchhoff*, in: WuW 1995, S. 361, 372.

⁷²⁸ Urteil des EuGH vom 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 540, Tz. 90 *"Hoffmann-La Roche"*.

⁷²⁹ Urteil des EuGH vom 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 540, Tz. 90 *"Hoffmann-La Roche"*.

⁷³⁰ Urteil des EuGH vom 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 540, Tz. 90 *"Hoffmann-La Roche"*.

⁷³¹ So auch Urteil des EuG vom 01.04.1993, Rs. T-65/89, Slg. 1993, II-389, 425, Tz. 94 *"BPB INDUSTRIES PLC und BRITISH GYPSUM"*.

⁷³² Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477, 1520, Tz. 44 *"Almelo"*.

1. Kein Ausschluss des missbräuchlichen Verhaltens durch §§ 103 f. GWB a.F.

Insbesondere die Ausführungen des EuGH in der "*Hoffmann-La Roche*"-Entscheidung werfen die Frage auf, ob eine Anwendung des Art. 82 EG ab Vertragsschluss, d.h. zu einem Zeitpunkt vor Inkrafttreten der Energierechtsreform, überhaupt möglich ist. Denn ursächlich für die Struktur des deutschen Elektrizitätsmarktes waren in erster Linie die gesetzlichen Ausnahmeregelungen der § 103 f. GWB für diesen Wirtschaftszweig. Diese führten dazu, dass sich in der deutschen Elektrizitätswirtschaft eine Struktur etablieren konnte, in der ausschließliche Bezugs- und Absatzbindungen der Regelfall waren. Die Schwächung des Wettbewerbs ist also nicht nur auf die bindenden Unternehmen, sondern insbesondere auf die bis 1998 in der Energiewirtschaft geltenden Sonderregelungen zurückzuführen. Bei der Anwendung des Art. 82 EG auf niederländische Elektrizitätsversorgungsunternehmen erhob der EuGH derartige Bedenken indes nicht. In der "*Almelo*"-Entscheidung verwies er vielmehr bezüglich der Frage eines missbräuchlichen Verhaltens auf seine bisherige Rechtsprechung.⁷³³ Die damals auch in den Niederlanden bestehende gesetzliche Tolerierung von Ausschließlichkeitsbindungen in Elektrizitätslieferverträgen sah er offenbar als nicht entscheidungserheblich an.

Da es für die Beurteilung der Wirksamkeit der Elektrizitätslieferverträge nach Art. 82 EG erst auf den Zeitpunkt nach Wegfall der §§ 103 f. GWB ankommt, spielt es ohnehin keine Rolle, dass die Motivation zum Abschluss langfristiger Alleinbezugsverträge auf den deutschen Ausnahmenvorschriften der § 103 f. GWB beruhte. Relevant kann nur sein, ob der Wettbewerb nach Wegfall der Freistellungsregelung geschwächt wird und diese Schwächung auf einem ausbeutenden oder behindernden Verhalten des bindenden Unternehmens beruht. Entscheidend für die hier vorgenommene Untersuchung ist es also, ob die Parteien nach Inkrafttreten der Energierechtsreform weiter an den im Vertrag vereinbarten Wettbewerbsverboten festhalten dürfen.⁷³⁴ Damit erweist sich zugleich die Beantwortung der schwierigen Frage, ob einem Unternehmen vor dem Wegfall der Freistellungsregelung der §§ 103 f. GWB missbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden konnte, obwohl es seinen Vertrag nur so gestaltete, wie es das nationale Recht zuließ und darüber hinaus sogar förderte, als entbehrlich.

2. Einzelfallabwägung aller relevanten Umstände

In der "*Hoffmann-La Roche*"-Entscheidung stellte der EuGH nicht deutlich heraus, dass innerhalb des Art. 82 EG eine Einzelfallbewertung des jeweiligen Vertrages erforderlich ist, weil sich ein Missbrauch nur nach einer Gesamtabwägung aller relevanten Umstände feststellen lässt.⁷³⁵ Eine ausschließliche Bindung eines marktbeherrschenden Lieferanten stellt also nicht per se einen Missbrauch dar.⁷³⁶

a) Kein Missbrauch bei kaufvertragsähnlichen Wirkungen

Der EuGH meint, dass ausschließliche Bezugsbindungen zugunsten eines marktbeherrschenden Unternehmens nahezu ausnahmslos einen verbotenen Missbrauch

⁷³³ Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477, 1508, 1520, Tz. 44 "*Almelo*".

⁷³⁴ Dies prüft offenbar auch das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 255, 257, denn dort heißt es: "Mit dem *Festhalten* (Hervorhebung durch die Verfasserin) der Beklagten an einer faktischen und wirtschaftlichen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung für einen Zeitraum von fünf Jahren nach der Liberalisierung ..."; siehe auch *Rottbauer*, in: EWIR 2002, S. 21 f.

⁷³⁵ *Jung*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 82, Rdnr. 175.

⁷³⁶ So auch OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 255, 258, siehe dazu auch *Markert*, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 260, 261 f.

darstellen.⁷³⁷ Diese Aussage ist jedoch zu pauschalierend. Verträge mit Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen und kurzen Laufzeiten können nicht missbräuchlich sein, wenn ihre Wirkungen mit denen eines normalen Kaufvertrages vergleichbar sind und die kurzfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung nur im Interesse des Abnehmers einen nicht vorhersehbaren Elektrizitätsbedarf festlegen soll. In diesem Fall liegt weder eine ausbeutende Vertragskondition noch eine spürbare Behinderung vor. Welche Grenzen für Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen in Elektrizitätslieferverträgen insoweit gelten, ist bereits detailliert beschrieben worden. Bei marktbeherrschenden Unternehmen wird ein Vertrag mit Pflicht zur Gesamtbedarfsdeckung und einer Laufzeit von mehr als einem Jahr in der Regel nicht mehr mit einem normalen Kaufvertrag vergleichbar sein.⁷³⁸ Sieht der Vertrag demgegenüber keine Pflicht zur Gesamtbedarfsdeckung vor, so ist die behindernde Wirkung - wie bei Art. 81 Abs. 1 EG - von der Länge der Vertragslaufzeit und dem Vorhandensein weiterer gleichartiger Bindungen auf dem relevanten Markt abhängig. Dass ein Missbrauch regelmäßig bereits dann vorliegen soll, wenn der gebundene Anteil 50% beträgt und der Vertrag eine Laufzeit von zwei Jahren hat,⁷³⁹ lässt sich der Rechtsprechung des EuGH nicht entnehmen. Bei Verpflichtungen in dieser Größenordnung müssen noch weitere Umstände hinzukommen, um eine missbräuchliche Ausnutzung oder Behinderung annehmen zu können.⁷⁴⁰ Anzeichen für eine behindernde Wirkung liegen zum Beispiel vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen mit allen seinen Abnehmern Bezugsverpflichtungen in dieser Größenordnung abgeschlossen hat und die Konkurrenz daher 50% der Abnehmer des relevanten Marktes über einen Zeitraum von zwei Jahren nicht erreichen kann.

b) Missbrauch und "Schirm-GVO"

Zur Festlegung genauer Kriterien, welche Verträge im Lichte des Art. 82 EG zulässig sind, böte es sich an, die Wertungen der "Schirm-GVO" auf den Missbrauchsbegriff zu übertragen.⁷⁴¹ Die "Schirm-GVO" gilt jedoch nur für Unternehmen mit einem Marktanteil von weniger als 30%.⁷⁴² Für marktstärkere Unternehmen gilt tendenziell ein strengerer Maßstab als für Unternehmen in einem Markt mit niedriger Konzentration. Hinzu kommt, dass die "Schirm-GVO" sich auf Art. 81 Abs. 3 EG stützt und nur vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG freistellen kann. Auf Art. 82 EG hat die Gewährung einer Freistellung dagegen grundsätzlich keine Auswirkungen.⁷⁴³ Das bedeutet, dass Bezugsvereinbarungen prinzipiell schon dann missbräuchlich sein können, wenn sie mehr als 80% des Bedarfs abdecken und Laufzeiten von weniger als fünf Jahren haben. Ebenso können Bindungen, die weniger als 80% des Bedarfs erfassen, missbräuchlich sein.

⁷³⁷ Urteil des EuGH vom 03.07.1991, Rs. C- 62/86, Slg. 1991, I-3359, Tz. 149 "AKZO"; Urteil des EuGH vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477, 1520, Tz. 44 "Almelo". Auch die Kommission knüpft in der "Soda-ICI"-Entscheidung vom 19. 12.1990, IV/33.133-D, Abl. Nr. L 152 allein an den Umstand an, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes zum ausschließlichen Bezug verpflichtet, da das ausschließende Verhalten, bestehenden Wettbewerb oder die Entstehung neuen Wettbewerbs verhindere und dadurch der Zugang von Wettbewerbern zum Geschäft von Abnehmern verhindert werde.

⁷³⁸ Siehe dazu unten, S. 66 ff.

⁷³⁹ Markert, in: EuZW 2000, S. 427, 433; ders., in: FS für Büttner, S.137, 151; so wohl auch Schwintowski/Klaue, in: BB 2000, S. 1901, 1905.

⁷⁴⁰ Siehe auch Säcker/Jaecks, S. 30 (bisher unveröffentlicht).

⁷⁴¹ Böwing/Rosin, in: ET 2000, S. 249, 252.

⁷⁴² Diesen Aspekt lässt Büdenbender, in: ET 2000, S. 355, 380, außer Betracht und hält es für möglich, dass eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG auf Art. 82 EG ausstrahlt.

⁷⁴³ Urteil des Gerichts vom 10. 07.1990 in der Rechtssache T-51/89, "Tetra Pak", Slg. 1990, II-309, 358, Tz. 25.

c) Marktabschottung gegenüber Wettbewerbern

Genauere Kriterien stehen damit allerdings noch nicht fest. Wesentlich für das Vorliegen eines Missbrauchs ist die Frage, wie stark Wettbewerber durch die Bindung am Marktzutritt gehindert werden. Entscheidend ist also, wie groß die marktabschottende Wirkung für Dritte ist. Auch bei der Untersuchung der marktabschottenden Wirkung werden mehrere Umstände relevant: Zum einen richtet sich die Marktabschottung nach der Laufzeit und der Bindungsquote des konkreten Vertrages, zum anderen richtet sie sich danach, wie viele gleichartige Vereinbarungen bestehen und ob die Marktöffnungszielsetzung der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität durch die Bindung außer Kraft gesetzt wird.

Mit dem ersten Aspekt beschäftigte sich das *LG Düsseldorf*.⁷⁴⁴ Das Gericht hatte die Missbräuchlichkeit eines Elektrizitätslieferungsvertrages zu beurteilen, der über einen Zeitraum von zwei Jahren die Gesamtbedarfsdeckung vorschrieb und außerdem Kunden ein Kündigungsrecht vor Ablauf der zwei Jahre für den Fall einräumte, dass der Abnehmer ein günstigeres Konkurrenzangebot vorlegt und mit dem Lieferanten keine Einigung über eine Vertragsanpassung zustande kommt (sog. englische Klausel).⁷⁴⁵ Das *LG Düsseldorf* sah einen Missbrauch als gegeben an und stellte dabei insbesondere auf den Marktabschottungseffekt gegenüber Wettbewerbern ab. Dabei stellte es zunächst fest, dass Wettbewerber in der Regel nur Vertragslaufzeiten von bis zu einem Jahr anbieten würden. Ein Vertrag mit einer Laufzeit von zwei Jahren sei also nicht notwendig und führe zu einer nicht hinnehmbaren Marktzutrittschranke für neue Wettbewerber. Das *LG Düsseldorf* vertrat also die Auffassung, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich keine Verträge schließen darf, die längere Laufzeiten als unbedingt nötig aufweisen, wobei es allerdings offen ließ, was hierunter konkret zu verstehen ist. Die englische Klausel, die der Vertrag vorsah und die die Wettbewerbsnachteile zu Lasten des Abnehmers mildern konnte, änderte an der behindernden Wirkung nichts. Sie erschwerte nach Auffassung des Gerichts den Marktzutritt Dritter zusätzlich, weil die Antragsgegnerin auf diese Weise mit Konkurrenzangeboten gleichziehen und diese gezielt unterbinden konnte. Unter diesen Umständen sei kein Kunde bereit, den Aufwand eines Lieferantenwechsels auf sich zunehmen, so dass der Marktzutritt von Wettbewerbern über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren ausgeschlossen sein könne.⁷⁴⁶ Das *LG Düsseldorf* stellte also auf den marktabschottenden Effekt aus der Verbindung von englischer Klausel und zweijähriger Laufzeit ab, den es als besonders schwerwiegend empfand. Dagegen hat das *LG Düsseldorf* sich nicht uneingeschränkt für die Unwirksamkeit von Lieferverträgen mit zweijähriger Laufzeit und einem vor Ablauf des Vertrages möglichen Kündigungsrecht ausgesprochen. Entscheidend kam es vielmehr auf die Ausgestaltung des Kündigungsrechts an, das im konkreten Fall auf Dauer zu einer Marktzutrittserschwerung von neuen Wettbewerbern führte.⁷⁴⁷ Zutreffend geht das *LG Düsseldorf* davon aus, dass Vertragslaufzeiten eines marktbeherrschenden Unternehmens missbräuchlich sein können, wenn sie über die unter Wettbewerbsbedingungen üblichen Laufzeiten hinausgehen.

⁷⁴⁴ Urteil des LG Düsseldorf vom 29.09.1999, 12 O 412/99 Kart., RdE 2000, S. 83, 84.

⁷⁴⁵ Urteil des LG Düsseldorf vom 29.09.1999, 12 O 412/99 Kart., RdE 2000, S. 83, 84.

⁷⁴⁶ Urteil des LG Düsseldorf vom 29.09.1999, 12 O 412/99 Kart., RdE 2000, S. 83, 84.

⁷⁴⁷ Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung darf insbesondere bei Verträgen, die ein § 32 AVBElt ähnelndes Kündigungsrecht beinhalten, nicht ohne weiteres von einer Missbräuchlichkeit ausgegangen werden. Ein solches Kündigungsrecht ist bei einer Reihe von tarifähnlichen Sonderverträgen vereinbart worden und besagt, dass das Vertragsverhältnis solange ununterbrochen weiter läuft, bis es von einer der beiden Parteien mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Kalendermonats gekündigt wird. In diesem Fall wäre der Marktzutritt für Mitbewerber nicht erschwert. Denn ein solches Kündigungsrecht entspricht vom Inhalt her gerade nicht einer englischen Klausel und ermöglicht anderen Unternehmen die Anwerbung des gebundenen Vertragspartners auch während der zweijährigen Vertragslaufzeit.

Elektrizitätslieferverträge, die den gesamten Bedarf abdecken, sind deshalb immer dann kritisch zu betrachten, wenn ihre Laufzeit ein Jahr übersteigt. Bei Deckungsquoten unterhalb des Gesamtbedarfs wiegen sowohl die behindernde als auch die ausschließende Wirkung weniger schwer. Je niedriger die Deckungsquote ist, desto großzügiger kann dementsprechend die Laufzeit bemessen sein. Insoweit kann auch an dieser Stelle auf die Ergebnisse zu Art. 81 Abs. 1 EG verwiesen werden.⁷⁴⁸

Darüber hinaus ist jedoch zu beachten, dass eine behindernde Wirkung nicht bereits dann eintritt, wenn ein einzelnes Unternehmen durch eine längerfristige Gesamtbezugsverpflichtung an einen Marktbeherrscher gebunden wird. Denn in diesem Fall wäre die Behinderung für Wettbewerber kaum spürbar. Eine einzige Bindung verwehrt Wettbewerbern noch nicht den Marktzutritt. Das Vorliegen einer Sperrwirkung verlangt der EuGH allerdings.⁷⁴⁹ Deshalb ist weiter zu prüfen, ob das marktbeherrschende Unternehmen auch andere Abnehmer in gleicher Weise bindet.⁷⁵⁰ Behindernde Wirkung tritt also erst dann ein, wenn den ausgeschlossenen Konkurrenten keine hinreichenden Möglichkeiten mehr zur Verfügung stehen, ungebundene Abnehmer vorzufinden.⁷⁵¹ Es ist also auch hier die Quantität der Bindungen entscheidend. Denn danach richtet es sich, ob die Absatzkanäle für Konkurrenten des Lieferanten verstopft und damit versperrt sind.⁷⁵²

d) Ausbeutung des Abnehmers

Neben der Behinderung von Konkurrenten umfasst das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG den Ausbeutungsmisbrauch. Ein Fall des Ausbeutungsmisbrauch liegt vor, wenn der Lieferant mit seinem Abnehmer Verträge schließt, die bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht zu erzielen gewesen wären.⁷⁵³ Dazu gehört der in Art. 82 lit. b) EG aufgeführte Beispielsfall der Einschränkung des Absatzes zum Schaden der Verbraucher. Darunter könnten insbesondere Demarkationsverpflichtungen der Abnehmer zugunsten des Lieferanten fallen, die Absatzmöglichkeiten des Abnehmers im Vertragsgebiet des Lieferanten beschränken. Potentiellen Kunden im Versorgungsgebiet des Lieferanten ist es wegen der Demarkationsverpflichtung verwehrt, Strom von dem gebundenen Abnehmer zu beziehen. Preisliche Vorteile, die sich aus einem Wettbewerb zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer ergeben könnten, erreichen sie nicht.⁷⁵⁴ Auch eine Berufung auf einen Eigentumsschutz des Lieferanten, der bei einer Versorgung des Abnehmers seine Versorgungsleitungen zur Verfügung stellen muss, ist - jedenfalls soweit ausreichende Kapazitäten zur Verfügung stehen, ausgeschlossen. Dies zeigt sich deutlich in der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität, die eine Marktöffnung gerade mit Hilfe eines Systems des geregelten oder vertraglichen Netzzugangs gewährleisten will, also die Nutzung fremder Netze zur Voraussetzung eines wettbewerbsorientierten Strommarktes macht.

e) Amortisationsschutz von Investitionen

Ein Missbrauch kann allerdings ausgeschlossen sein, wenn Demarkationsabrede und Bezugsbindung ein angemessenes Mittel zur Interessensicherung der beteiligten Unternehmen darstellen- also ein sachlicher Grund für die Bindungen vorliegt - und auch bei Berücksichtigung der wettbewerblchen Betätigungsmöglichkeiten Dritter kein anderes

⁷⁴⁸ Siehe unten, S. 74 ff.

⁷⁴⁹ Urteil des EuGH vom 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 540, Tz. 90 "Hoffmann-La Roche".

⁷⁵⁰ Markert, in: ZNER 1998, Heft 4, S. 3, 6.

⁷⁵¹ Becker, in: ZNER 1998, Heft 4, S. 12, 14.

⁷⁵² Jickeli, S. 252 f.

⁷⁵³ Dirksen, in: Langen/Bunte, Art. 82, Rdnr. 76.

⁷⁵⁴ Schwabe, S. 135.

Ergebnis folgen muss. Möglicherweise kann die Amortisationssicherung von Investitionen ein schützenswertes Interesse darstellen und längerfristige Bezugsbindungen rechtfertigen.

Die deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen haben in der Vergangenheit große Summen in den Bau von Elektrizitätserzeugungsanlagen und -verteilungsanlagen investiert. Diese Investitionen wurden zumindest teilweise durch die vor Inkrafttreten der Energierechtsreform bestehende Monopolstruktur der Elektrizitätswirtschaft veranlasst. Auch künftig ist mit der Neuschaffung von kostenträchtigen Großstromerzeugungsanlagen zu rechnen.⁷⁵⁵ Der mit dem Inkrafttreten der Energierechtsreform verbundene Wegfall der ausschließlichen Versorgungstätigkeit der einzelnen EVU kann nunmehr die Gefahr bergen, dass sich sowohl bereits getätigte als auch zukünftige Investitionen nicht mehr rechnen, weil die Lieferanten mit dem Verlust von Abnehmern und dem Rückgang ihrer Gewinne rechnen müssen.⁷⁵⁶ Diese Gefahr könnte für die Notwendigkeit sprechen, Investitionen der EVU zumindest im Rahmen der Abwägungsentscheidung zugunsten der bindenden Unternehmen zu berücksichtigen. So ist insbesondere *Scholz* der Auffassung, dass die Absicherung von Amortisationsinteressen der Elektrizitätsversorger nach Wegfall der geschlossenen Versorgungsgebiete noch bedeutsamer geworden seien. Während vor Inkrafttreten der Energierechtsreform die bestehenden Demarkations- und Konzessionsverträge den Elektrizitätsversorgern ein hohes Maß an Amortisation garantierten und Ausschließlichkeitsklauseln nur am Rande eine Rolle spielten, würden Ausschließlichkeitsklauseln nunmehr zu einem bedeutsamen Mittel der Investitionssicherung.⁷⁵⁷

Anders als beispielsweise in den USA, wo stranded investments durch eine auf den Strompreis aufgeschlagene "competition transition charge" zu 100% kompensiert werden, gibt es weder in der EG noch in Deutschland eine solche Regelung.⁷⁵⁸ Im europäischen Recht hat die Kommission das Interesse an der Abtatsicherung *vertragsspezifischer Investitionen* in der GVO für vertikale Verhaltensweisen unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt. Unter vertragsspezifische Investitionen fasst sie jedoch nur solche, die der Lieferant nach Vertragsablauf nicht zur Belieferung anderer Kunden nutzen und sie nur mit großem Verlust an Dritte weiterverkaufen kann.⁷⁵⁹ Derartige drittbezogene Investitionen, wie sie insbesondere bei Bierlieferungs- und Tankstellenverträgen häufig anzutreffen sind, sollen sich auch bei der Abwägungsentscheidung zugunsten des bindenden Unternehmens auswirken.⁷⁶⁰ Darüber hinaus hat die Kommission den Unternehmen - jedenfalls in der GVO - jedoch keinen Amortisationsschutz ihrer Investitionen zugestanden. Noch in den Entscheidungen "*Scottish Nuclear*" und "*Pego*" hielt sie allerdings fünfzehnjährige Alleinbelieferungspflichten für angemessen, weil auf diese Weise eine Amortisation der Erzeugungsinvestitionen gewährleistet werden konnte.⁷⁶¹ Dort bezogen sich die im Zusammenhang mit den freigestellten Bezugsvereinbarungen getätigten Investitionen jedoch auf ein konkretes

⁷⁵⁵ *Kühne*, in: FS für Sandrock, S. 537, 539.

⁷⁵⁶ *Scholz*, in: RdE 1998, S. 209, 216.

⁷⁵⁷ *Scholz*, in: RdE 1998, S. 209, 216.

⁷⁵⁸ *Lechner/Hierzinger*, S. 269: Von der Regulierungsbehörde wird die Angemessenheit der CTC über eine Bewertung des Anlagevermögens der EVU bis spätestens 2003 überprüft, die Kompensation durch die competition transition charge ist bis längstens 2005 möglich.

⁷⁵⁹ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, Abl. 2000, C 291/1, Rdnr. 116

⁷⁶⁰ *Schwintowski*, S. 27 f.

⁷⁶¹ Entscheidung der Kommission vom 30.04.1991, ABI Nr. L 178/31 vom 06.07.1991 "*Scottish Nuclear*". Auch im Fall "*Pego- Electricidade de Portugal*" erteilte die Kommission einen Comfort letter für einen Vertrag mit fünfzehn Jahren Laufzeit, vgl. Abl. 1993 C 265/3.

Vertragsverhältnis. Ein solcher konkreter Bezug wird bei Stromlieferverträgen zwischen Vorlieferanten und Weiterverteilern in der Regel nicht vorliegen.⁷⁶² Dies erklärt auch, weshalb sich in keinem der vor den deutschen Gerichten ausgetragenen Rechtsstreite eines der bindenden Unternehmen auf seine Investitionskosten berufen hat.

Zwar hat eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG auf Art. 82 EG ohnehin keine Auswirkungen.⁷⁶³ Dennoch stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Freistellungsentscheidungen der Kommission nicht über die Grenzen des Art. 81 Abs. 3 EG hinausgingen, weil auf diese Weise der ohnehin schon schwachen Wettbewerb noch weiter beschränkt wurde. Letztlich geht es in fast allen Entscheidungen, die die Anwendung des Art. 82 EG auf ausschließliche Bezugsverpflichtungen in Austauschverträgen zum Gegenstand haben, um die wirtschaftlichen Interessen des bindenden Unternehmens. Jedes Unternehmen ist in der Regel bestrebt, seinen Absatz langfristig zu sichern und so die Amortisation seiner Investitionen zu sichern. Würde man diese Interessen eines marktbeherrschenden Unternehmens innerhalb des Kartellrechts anerkennen, würde man so die Errichtung einer Marktzutrittschranke für neue Wettbewerber in Kauf nehmen. Dass Absatzinteressen nicht generell anerkannt werden können, bestätigt auch die Rechtsprechung des EuGH. Denn in der "*Hoffmann-La Roche*"-Entscheidung hatte es der EuGH negativ bewertet, dass das Unternehmen sich von Anfang an einen festen Absatzmarkt für seine Produktionsausweitung sichern wollte, um sich so den Risiken des Wettbewerbs zu entziehen.⁷⁶⁴ Auch das *OLG Düsseldorf* hat betont, dass es nicht Aufgabe des Kartellrechts sein könne, gerade marktbeherrschende Unternehmen vor unternehmerischen Risiken zu bewahren.⁷⁶⁵ Näher liegt es deshalb, bei der Missbräuchlichkeitsprüfung innerhalb des Art. 82 EG allenfalls Amortisationsinteressen von vertragsspezifischen drittbezogenen Leistungen anzuerkennen wie es auch die "Schirm-GVO" nahe legt. Führt die generell hohe Kapitalintensität der Elektrizitätswirtschaft dazu, dass die allgemeinen Versorgungsaufgaben nicht mehr angemessen wahrgenommen werden, bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, die EVU mit der Elektrizitätsversorgung zu betrauen und sie auf diese Weise dem Anwendungsbereich des Kartellrechts zu entziehen.⁷⁶⁶

Auch die Kommission unterschied in der "*Industriegase*"-Entscheidung ausdrücklich zwischen Verträgen mit und ohne kundenbezogene Investitionen.⁷⁶⁷ Bei Lieferverträgen über Flüssiggas als lose Ware ohne weitergehende Investitionen in den Abnehmer hielt die Kommission eine Laufzeit von *maximal drei Jahren* für angemessen. In einer anderen Vertragskonstellation hatte sie eine fünfjährige Laufzeit nicht zu beanstanden, weil der Lieferant dem Abnehmer aus Sicherheitsaspekten zusätzlich Gastanks zur Verfügung stellte. Bei Lieferverträgen über Flüssiggas durch eine zum Abnehmer führende Pipeline sah sie aufgrund der hohen Investitionen für den Bau der Pipeline vom Lieferanten zum Abnehmer sogar fünfzehn Jahre als gerechtfertigt an.⁷⁶⁸ Bei den von der Kommission berücksichtigten Investitionen handelte es sich also um abnehmerspezifische, d. h. solche, die für einen bestimmten Abnehmer getätigt werden. Investitionen, die demgegenüber auch noch auf andere Weise hätten amortisiert werden können, berücksichtigte die Kommission in der

⁷⁶² Zinow, in: *Wiedemann*, § 34, Rdnr. 204; *Markert*, in: FS für Büttner, S. 137, 150.

⁷⁶³ Siehe dazu schon oben, S. 128.

⁷⁶⁴ Urteil des EuGH vom 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 549, Tz. 115 "*Hoffmann-La Roche*".

⁷⁶⁵ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11. 2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 32 (bisher unveröffentlicht).

⁷⁶⁶ *Rinne*, S. 188 f.

⁷⁶⁷ 19. Wettbewerbsbericht der Kommission, 1989, Tz. 62.

⁷⁶⁸ 19. Wettbewerbsbericht der Kommission, 1989, Tz. 62 f.

"Industriegase"-Entscheidung nicht.⁷⁶⁹ An anderer Stelle erklärte die *Kommission* ausdrücklich, dass ausschließliche und langfristige Energielieferverträge weder mit dem Ziel der Sicherstellung der Versorgung noch mit der Sicherstellung einer Rendite aus dem eingesetzten Kapital zu rechtfertigen seien.⁷⁷⁰ Als Begründung führte sie an, dass diese Ziele auch durch den Abschluss mehrerer Lieferverträge oder mit Hilfe von Finanzinstrumenten zur Absicherung von Risiken zu erreichen seien (sog. Hedging). Diese Äußerung steht nicht im Widerspruch zu der grundsätzlichen Anerkennung abnehmerspezifischer Investitionen. Sie legt allerdings nahe, dass marktbeherrschenden Unternehmen selbst bei der Absicherung von vertragsspezifischen Investitionen ein engerer Rahmen gesetzt ist als anderen Unternehmen.

Oben wurde bereits festgestellt, dass Investitionen in das Netz zum Abnehmer durch das Netznutzungsentgelt kompensiert werden können. Derartige Investitionen ändern also nichts an der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, wenn das Unternehmen Verträge mit Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen und Laufzeiten von mehr als einem Jahr abschließt.

f) Zielsetzung der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität

Schließlich muss hier das Marktöffnungsziel der Binnenmarktrichtlinie als absolute Untergrenze beachtet werden und auch beim Missbrauch zur Anwendung kommen.⁷⁷¹ Wie oben schon beschrieben wurde, soll die Binnenmarktrichtlinie Elektrizität den rechtlichen Rahmen für Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt schaffen.⁷⁷² Kernpunkt der Binnenmarktrichtlinie ist es, einen gemeinschaftsweiten Wettbewerb mittels Netzzugangs zu eröffnen.⁷⁷³ Der europäische Gesetzgeber wollte den europäischen Elektrizitätsmarkt für den Wettbewerb öffnen und hat damit eine Grundentscheidung getroffen: Die alten Monopolstrukturen der Elektrizitätswirtschaft sollen aufgebrochen werden. Neuen Wettbewerbern soll der Marktzutritt durch ein System von Durchleitungsrechten ermöglicht werden. Diese Zielsetzung des Gesetzgebers muss auch bei der Frage nach der Beurteilung der Zulässigkeit von Ausschließlichkeitsbindungen in Elektrizitätslieferverträgen ins Gewicht fallen. Insbesondere langfristig abgeschlossene Lieferverträge, die einen ausschließlichen und gesamten Strombezug vom Vertragspartner vorschreiben, stehen dieser Zielsetzung entgegen. Denn Netzzugangsregelungen können keinen Wettbewerb eröffnen, wenn Versorger an langfristige Bezugsverträge gebunden sind.⁷⁷⁴ Im schlimmsten Fall können diese die Öffnung des Elektrizitätsmarktes für den Wettbewerb insgesamt verhindern. Sind langfristige Bezugsbindungen daher nicht aus zwingenden Gründen erforderlich, dürfen ihre Laufzeiten nicht so lang sein, dass sie die in der Richtlinie Elektrizität vorgesehene Marktöffnung vereiteln können. Damit sind in jedem Fall solche Bezugsbindungen verboten, die Verteilerunternehmen über die aus praktischen Gründen erforderliche Laufzeit von einem Jahr hinaus⁷⁷⁵ ausschließlich binden, obwohl sie nach der Richtlinie zugelassene Kunden

⁷⁶⁹ *Metzenthin*, in: Energierechtsnovelle, S. 57, 74.

⁷⁷⁰ 28. Bericht über die Wettbewerbspolitik der Kommission, 1998, Tz. 127.

⁷⁷¹ *Theobald/Theobald*, S. 140.

⁷⁷² Siehe S. 96 ff.

⁷⁷³ Siehe dazu *Rinne*, S. 26 f.

⁷⁷⁴ *Theobald / Theobald*, S. 123.

⁷⁷⁵ Siehe dazu oben, S. 96 ff.

beliefern. In der Praxis bedeutet dies, dass die zuständige Wettbewerbsbehörde zur Feststellung der Sperrwirkung zum Nachteil Dritter nicht prüfen muss, ob auch andere Verträge eine wettbewerbsverhindernde Wirkung haben, sondern allein den abgeschlossenen Vertrag ihrer Prüfung zugrunde legen kann. Daher kommt der Heranziehung der Binnenmarktrichtlinie auch hier erhebliche beweis erleichternde Wirkung zu und hat deshalb große praktische Bedeutung. Insoweit wird auf die Ausführungen zum Integrationsziel der Richtlinie hingewiesen.⁷⁷⁶

IV. Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Auch Art. 82 EG setzt eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels voraus. Denn die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung genügt nicht, wenn sie sich nur in einem Gebiet innerhalb Deutschlands auswirkt. Wann eine solche Beeinträchtigung anzunehmen ist, ist im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG dargestellt worden. Die dortigen Ausführungen gelten auch bei Art. 82 EG.⁷⁷⁷

V. Zwischenergebnis

Liegt eine marktbeherrschende Stellung des bindenden Unternehmens vor, so ist Art. 82 EG neben Art. 81 Abs. 1 EG anwendbar. Entscheidend für eine Anwendung des Art. 82 EG ist, ob ein Festhalten am Vertrag nach Inkrafttreten der Energierechtsreform missbräuchlich ist. Mit einem Kaufvertrag vergleichbare Wirkungen einer Vereinbarung sind aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift auszuklammern. Es ergibt sich also eine Kongruenz mit Art. 81 Abs. 1 EG.

Beim missbräuchlichen Verhalten hinsichtlich der Abnahmeverpflichtungen steht der Behinderungsmissbrauch im Vordergrund. Ob ein solcher vorliegt, richtet sich danach, wie stark die Zugangsbeschränkung für Dritte ist. Verträge mit Laufzeiten von mehr als einem Jahr, die die Deckung des gesamten Bedarfs vorschreiben, hindern Wettbewerber mehr als nötig am Zugang zum gebundenen Abnehmer, wenn sie Teil eines Systems gleichartiger Verträge sind. Darüber hinaus können auch Bezugsbindungen unterhalb des Gesamtbedarfs missbräuchlich sein. In jedem Fall liegt ein Missbrauch vor, wenn die Ziele der Binnenmarktrichtlinie vereitelt werden. Bei Demarkationsverpflichtungen stellen sich als Verstoß gegen den Ausbeutungsmissbrauch dar. Investitionen der Lieferanten können im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung nicht berücksichtigt werden. Insoweit sind die in den Leitlinien zu vertikalen Verhaltensweisen anerkannten Amortisationsinteressen abschließend. Diese setzen vertragspezifische Investitionen voraus, die nicht an Dritte weitergegeben werden können.

F. Das Verhältnis des europäischen zum deutschen Kartellrecht

Europäisches und deutsches Kartellrecht können unterschiedliche Regelungen enthalten und damit im Kollisionsfalle zu Konflikten führen. Auch bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Elektrizitätslieferverträgen können sich daraus schwierige Rechtsfragen ergeben. So ist insbesondere fraglich, ob europäisches und/oder deutsches Recht eingreifen, wenn die Elektrizitätslieferverträge nach der einen Rechtsordnung wirksam, nach der anderen jedoch unwirksam sind. Das gleiche Problem taucht auf, wenn sich unterschiedliche Rechtsfolgen

⁷⁷⁶ Siehe dazu oben, S. . 96 ff.

⁷⁷⁷ Siehe dazu oben, S. 87 ff.

aus dem Eingreifen von Gruppenfreistellungsverordnungen oder Einzelfreistellungen ergeben. Ein Vorrang des europäischen Rechts könnte sich künftig - also bei einer großzügigeren Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes - günstig für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen auswirken. Denn es wurde aufgezeigt, dass im europäischen Recht wegen der "Schirm-GVO" eine gewisse Toleranz von Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalvereinbarungen besteht, die sich künftig auch auf Elektrizitätslieferverträge auswirken kann.

Das EG-Recht selbst bestimmt keine Rangordnung.⁷⁷⁸ Der EuGH hat sich in der „*Walt Wilhelm*“-Entscheidung mit dem Verhältnis des europäischen zum nationalen Kartellrecht auseinandergesetzt.⁷⁷⁹ Grundsätzlich hat er in dieser Entscheidung die parallele Anwendung der beiden Rechtsordnungen anerkannt. Für den Fall eines Konflikts beider Rechtsordnungen soll das europäische Recht dem deutschen Recht jedoch vorgehen. So heißt es in der Entscheidung: „*Die Geltungskraft des Vertrages und der zu seiner Anwendung getroffenen Maßnahmen darf nicht von Staat zu Staat aufgrund der nationalen Rechtsakte verschieden sein; andernfalls würde die Wirkung der Gemeinschaftsordnung beeinträchtigt und die Verwirklichung der Vertragsziele gefährdet werden. Konflikte zwischen Gemeinschafts- und innerstaatlichem Kartellrecht sind daher nach dem Grundsatz des Vorranges des Gemeinschaftsrechtes zu lösen.*“⁷⁸⁰

Jedenfalls seit dieser Entscheidung steht fest, dass sich ein Verbot eines Vertrages, das sich auf europäisches Recht stützt, gegenüber weniger strengem nationalem Recht durchsetzt.⁷⁸¹ Diese Vorrangwirkung des europäischen Rechts im Falle des Konflikts erklärt auch, weshalb das BKartA bereits vor Inkrafttreten der Energierechtsreform Wettbewerbsbeschränkungen in der Elektrizitätswirtschaft trotz der Freistellung der §§ 103 f. GWB wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 EG untersagte.⁷⁸² Das BKartA wies im Rahmen seiner Untersagungsverfügung darauf hin, „*dass sich aus der Freistellungsmöglichkeit für Konzessionsverträge nach § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB kein Ermessensfehler für den Fall der Untersagung nach § 47 Abs. 2 GWB wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG begründen lässt. Denn mit der Einführung des § 47 GWB sollte gerade auch ein Vorgehen des BKartA nach Art. 81 Abs. 1 EG gegen die unter die Ausnahmereiche des GWB (§§ 99 ff) fallenden Wettbewerbsbeschränkungen ermöglicht werden. ... (Eine Verhinderung des Einschreitens (Einfügung der Verfasserin)) verstieße nicht nur gegen § 47 GWB und Art. 5 Abs. 1 EG, sondern auch gegen den allgemeinen Vorrang des Gemeinschaftsrechtes gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht der Mitgliedstaaten.*“⁷⁸³

⁷⁷⁸ Der EG hat die Problematik des Verhältnisses zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht allerdings gesehen und den Rat in Art. 83 Abs. 2 e) EG ermächtigt, durch Verordnung das Verhältnis festzulegen. Eine Verordnung ist allerdings bisher noch nicht erlassen worden; vgl. *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Einl. F, Rdnr. 2.

⁷⁷⁹ Urteil des EuGH vom 13.02.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, S. 1 ff „*Walt Wilhelm*“.

⁷⁸⁰ Urteil des EuGH vom 13.02.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, S. 1, 4 „*Walt Wilhelm*“. Zustimmend: *Schwintowski*, in: DB 1993, S. 2417, 2421; *Pernice*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 85, Rdnr. 26; *Schroeter*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Vorbemerkung zu Art. 85-89, Rdnr. 131.

⁷⁸¹ *Schwintowski*, in: *Erdgasmärkte*, S. 16; *Lukes*, in: DB 1987, S. 1925, 1928.

⁷⁸² BKartA WuW/E BKartA 2859 ff „*Stadt Nordhorn*“; Beschluss des BKartA vom 24.07.1995, WuW/E BKartA 2778, 2785 „*Ruhrgas-Thyssengas III*“.

⁷⁸³ BKartA WuW/E BKartA 2859, 2869 f „*Stadt Nordhorn*“; offengelassen in der Sache „*Ruhrgas-Thyssengas II*“: Ob eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 47 GWB auf Fälle außerhalb der Ausnahmereiche des GWB (...) mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechtes (...) vereinbar wäre, kann angesichts der klaren Gesetzeslage dahingestellt bleiben.“

Ergibt sich nach europäischem Recht eine andere Rechtsfolge als nach deutschem Recht, schließt dies allein die Anwendung des GWB nicht aus. Erforderlich für die vorrangige Anwendung ist vielmehr eine formelle Kommissionsentscheidung. Denn nur diese kann einen Vorrang des europäischen Kartellrechts auslösen.⁷⁸⁴ Eine solche Entscheidung kann in einem Verbot, in einer Einzelfreistellung⁷⁸⁵ oder einer Gruppenfreistellung⁷⁸⁶ liegen. Eine Verbotsentscheidung setzt sich generell durch, unabhängig davon, ob das nationale Recht den in Rede stehenden Elektrizitätsliefervertrag erlaubt oder verbietet.⁷⁸⁷ Aber auch Freistellungsentscheidungen schließen eine Anwendung der §§ 1 GWB, 14 ff. GWB aus, weil das nationale Recht ansonsten die Freistellungswirkung vereiteln würde. Greift die "Schirm-GVO" ein, oder haben die Elektrizitätsversorger ausnahmsweise eine Einzelfreistellung erlangt, kann der Elektrizitätsliefervertrag daher nicht nach deutschem Recht verboten werden. Nicht zu den Vorrang auslösenden Entscheidungen gehören dagegen Negativatteste nach Art. 2 VO 17/62⁷⁸⁸, sog. comfort letters⁷⁸⁹ oder einfache Einstellungen oder Nichteröffnungen aufgrund von Bekanntmachungen.⁷⁹⁰ Hat die Kommission also z.B. in einem comfort letter mitgeteilt, dass sie nicht einschreiten will, entfaltet diese Mitteilung für die nationalen Kartellbehörden keine Bindungswirkung.⁷⁹¹

Das BKartA kann eine Untersagungsverfügung auf Artt. 81 Abs.1, 82 Abs. 1 EG stützen. Dies folgt aus der Regelung des § 50 GWB.⁷⁹² Der nationale Richter darf ein Rechtsgeschäft dagegen nur dann nach Art. 81 Abs. 2 EG für nichtig erklären, wenn der Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG ohne weiteres klar ist (sog. Acte claire-Doktrin).⁷⁹³ Ist das nicht der Fall, muss den Rechtsstreit aussetzen und eine Stellungnahme der Kommission über eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG einholen.⁷⁹⁴

⁷⁸⁴ *Gleiss/Hirsch*, Einleitung C, Rdnr. 62; *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Einleitung, Rdnr. 47 ff.

⁷⁸⁵ Str., a.A.: *Koch*, in: *Grabitz*, Vor Art. 85, Rdnr. 50 f; *Bellamy/Child*, S. 43: Freistellung i.S.d. Art. 81 Abs. 3 EG sind nicht per se positive Eingriffe. Durch eine Freistellung wird nur die Sanktionsandrohung des Art. 15 II lit. a VO Nr. 17/62 und der zivilrechtliche Schutz Dritter und ermöglicht die gerichtliche Erzwingung wettbewerbsbeschränkender Vertragspflichten.

⁷⁸⁶ *Gleiss/Hirsch*, Einleitung C, Rdnr. 71.

⁷⁸⁷ *Immenga/Mestmäcker*, Einleitung, Rdnr. 36, 43; *Gleiss/Hirsch*, Einleitung, Rdnr. 80.

⁷⁸⁸ Bei Negativattesten stellt die Kommission in einem förmlichen Verwaltungsverfahren fest, dass die Vereinbarung zwar in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG fällt, den Wettbewerb aber nicht behindert, einschränkt oder verfälscht. Die h.M. lehnt eine Gestaltungswirkung der Kommissionsäußerung ab, vgl. *Immenga/Mestmäcker*, Einleitung, Rdnr. 39.

⁷⁸⁹ *Koch* in: *Grabitz*, Vor Art. 85, Rdnr. 54: Comfort letters sind formlose Verwaltungsschreiben, in denen die Kommission den Unternehmen mitteilt, dass sie nicht wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG einschreiten wolle. Beim gegenwärtigen Anmelde- und Genehmigungssystem werden mehr als 95% ohne förmliche Entscheidung abgeschlossen, vgl. *Schaub/Dohms*, in: WuW 1999, S. 1055, 1069. Nach Ansicht von *Emmerich*, 8. Auflage, S. 403 sollte deshalb auch beim comfort letter von einem Vorrang des Gemeinschaftsrechts ausgegangen werden.

⁷⁹⁰ *Gleiss/Hirsch*, Einleitung C, Rdnr. 77.

⁷⁹¹ Urteil des EuGH vom 10.07.1980, Verb. Rs. 253-78 und 1 bis 3-79, Slg. 1980, 2327, 2374 „*Guerlain*“.

⁷⁹² Nach europäischem Recht folgt die Zuständigkeit der deutschen Behörden (nicht aber des BKartA) aus Art. 9 Abs. 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 06.02.1992.

⁷⁹³ *Wohlfahrt*, in: *Grabitz*, Rdnr. 52 f; *Rittner*, S. 222.

⁷⁹⁴ EuGH Slg. 1973, S. 87 „*Haecht II*“; EuGH Slg. 1974, S. 63 „*BRTI/SABAM*“. Zu den Änderungsvorschlägen der Kommission, die eine dezentralisierte Anwendung der Freistellung zum Ziel haben, vgl. Fn. 624.

Zwischenergebnis Erster Teil:

Langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen und Demarkationen in Elektrizitätslieferverträgen, die aus der Zeit vor der Liberalisierung stammen, verstoßen gegen Art. 81, 82 EG unwirksam. Vor dem Hintergrund der neuen Regelungen für vertikale Verhaltensweisen sind Demarkationsverpflichtungen und Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen über einen Zeitraum von mehr als ein- bis zwei Jahren als Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen, wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen vereinbart werden. Ob auch der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt ist, ist für jede Vereinbarung gesondert zu beurteilen. Zunächst ist zu untersuchen, ob die Vereinbarung die Marktöffnung der Richtlinie beeinträchtigt. Ist dies nicht der Fall, kann dennoch ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG vorliegen, wenn die Voraussetzungen der Bündeltheorie nachgewiesen werden können. Es wurde allerdings festgestellt, dass dieser Nachweis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. Eine Freistellung von Demarkationsverpflichtungen und langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsklauseln kommt weder nach der neuen "Schirm-GVO" noch im Wege der Einzelfallprüfung in Betracht. Darüber hinaus verstoßen sowohl Demarkationen zugunsten des Lieferanten als auch langfristige Bezugsbindungen gegen Art. 82 EG.

Zweiter Teil: Wirksamkeit der Lieferverträge nach deutschem Kartellrecht

Anders als das europäische Kartellrecht, das bereits vor der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in der Elektrizitätswirtschaft Anwendung fand, gelten die kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 1, 16, 19, 20 GWB erst seit der Abschaffung des Ausnahmetatbestandes des § 103 GWB uneingeschränkt. Die Unwirksamkeit der Ausschließlichkeitsabreden in Konzessionsverträgen steht seit der Novellierung des Energiewirtschaftsrechts fest. Sie ergibt sich aus § 1 GWB oder - soweit die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 GWB nicht vorliegen - aus der speziellen Regelung des § 13 EnWG, die den Wegfall der Ausschließlichkeitsabrede bei Konzessionsverträgen ausdrücklich anordnet.⁷⁹⁵ Seit der Neuregelung finden sämtliche Vorschriften des GWB aber auch auf die vor der Liberalisierung geschlossenen Lieferverträge Anwendung.⁷⁹⁶ Im Gegensatz zu Konzessionsverträgen hat der Gesetzgeber das Schicksal von alten Elektrizitätslieferverträgen nicht geregelt. Dies führte dazu, dass in Rechtsprechung und Literatur ein Streit über die Wirksamkeit der Alt-Lieferverträge entbrannt ist, der bis heute nicht auf eine einheitliche Linie gebracht worden ist.⁷⁹⁷ Im wesentlichen befasst sich die Auseinandersetzung mit der Frage, ob Demarkationsverpflichtungen und Gesamtbedarfsdeckungsklauseln nach § 1 GWB unwirksam sind oder lediglich einer Missbrauchsaufsicht nach § 16 GWB standhalten müssen. Zum Teil wird auch nur die Unwirksamkeit der Demarkation angenommen, die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung dagegen als wirksam angesehen.

So kam erstmalig das *LG Mannheim* 1999 zu dem Ergebnis, dass der zwischen dem Stadtwerk "Waldshut-Tiengen" und der Vorlieferantin "Badenwerk" im Jahr 1995 geschlossene Stromliefervertrag nach § 1 GWB i.V. m. § 139 BGB insgesamt unwirksam ist.⁷⁹⁸ Dieser Auffassung schloss sich auch das *LG Berlin* im Rahmen einer Durchleitungsentscheidung an, in der es konstatierte, dass Altverträge bei der Interessenabwägung im Rahmen des § 6 Abs. 1 S. 2 EnWG außer Betracht bleiben müssten, weil sie nunmehr gegen geltendes Kartellrecht verstießen.⁷⁹⁹ Auf dieser Linie liegt auch die Entscheidung des *LG Stuttgart*.⁸⁰⁰ Zuletzt konstatierte das *OLG Düsseldorf*, dass § 1 GWB auf Demarkations- und langfristige Bezugsverpflichtungen in Stromlieferverträgen anwendbar sei.⁸⁰¹ Daneben bejahte das *OLG Düsseldorf* außerdem einen Verstoß gegen das Behinderungsverbot des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB.⁸⁰² Das *LG Leipzig* und das *LG Rostock* wollen § 1 GWB dagegen nur auf Demarkationen in Stromlieferverträgen, nicht jedoch auf

⁷⁹⁵ *Schneider*, S. 443.

⁷⁹⁶ *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, S. 1901, 1903 in Erwiderung auf *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359, 374.

⁷⁹⁷ Vgl. einerseits: *Markert*, in: EuZW 2000, S. 427, 430 f; *Markert*, in: ZNER 1998, Heft 4, S. 5 f; *Litpher/Gentzsch*, S. 5; *Bunte*, in: WuW 1997, S. 857, 862 f; *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, 1901, 1903; *Köhler*, in: WuW 1999, S. 445, 448 f; *Lukes*, in: BB 1999, Beilage 8 zu Heft 21, S. 9, 9 f; *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145, 2147; andererseits: *Raabe*, in: ET 2000, S. 770 f; *Lückenbach*, in: RdE 2000, S. 101, 105f; *Baur*, in: *FS für Sandrock*, S. 35, 37 ff; andererseits: *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359, 374; *Salje*, in: ET 1999, S. 768, 771; *Böwing/Rosin*, in: ET 2000, S. 249, 249 f; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, § 1, Rdnr. 117, 139, 143.

⁷⁹⁸ Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98 (Kart.), WuW/E DE-R 298, 301 (nicht vollständig abgedruckt).

⁷⁹⁹ Urteil des LG Berlin vom 27.06.2000, Az. 16 O 652/99, in: RdE 2000, S. 237, 241.

⁸⁰⁰ Urteil des LG Stuttgart vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 158/00, in: ZNER 2001, S. 175 f.

⁸⁰¹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 22, 23, 24 (bisher unveröffentlicht).

⁸⁰² Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 255, 258.

langfristige Bezugsverpflichtungen anwenden.⁸⁰³ Auch eine Anwendung der Missbrauchsvorschriften lehnen beide Gerichte ab.

A. Das Kartellverbot des § 1 GWB

Elektrizitätslieferverträge verstoßen gegen § 1 GWB, wenn sie Vereinbarungen zu einem gemeinsamen Zweck darstellen, die zu einer Beeinflussung der Marktverhältnisse geeignet sind (§ 1 GWB a.F.). Für die Alt-Lieferverträge ist als erster möglicher Unwirksamkeitszeitpunkt auf den 29.04.1998 abzustellen. Denn an diesem Tag entfiel die Privilegierung des § 103 Abs. 1 GWB a.F. Mit dem Wegfall des § 103 a.F. GWB gilt § 1 GWB seit diesem Tag auch für alte Elektrizitätslieferverträge uneingeschränkt.⁸⁰⁴ Entscheidend für den Unwirksamkeitszeitpunkt 29.04.1998 ist deshalb, ob die Elektrizitätslieferverträge an diesem Stichtag den Tatbestand des § 1 GWB a.F. erfüllen.

Mit Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 01.01.1999 ist der Tatbestand des § 1 GWB geändert worden. Die Neufassung des § 1 GWB setzt nunmehr statt eines gemeinsamen Zwecks voraus, dass die Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen. Anhand dieser Tatbestandsvoraussetzung soll die Abgrenzung zu §16 GWB erfolgen, von dem sich der § 1 GWB darin unterscheidet, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen vorliegen muss.⁸⁰⁵

Nach der Begründung des Gesetzgebers sollte der Wortlaut des § 1 GWB nur durch eine sprachlich treffendere Formulierung ersetzt werden. Eine Abweichung zur bisherigen materiellen Rechtslage war dagegen nicht bezweckt.⁸⁰⁶ Auch der BGH sieht in der neuen Fassung des § 1 GWB keine inhaltliche Änderung des Kartellverbots. Denn in der "*Lottospielgemeinschaft*"-Entscheidung erklärte er, dass eine Vereinbarung, die zu einem gemeinsamen Zweck im Sinne des § 1 GWB a.F. geschlossen worden sei, zugleich auch die Voraussetzungen der neuen Fassung des § 1 GWB erfülle.⁸⁰⁷

Da die vorliegende Arbeit nicht nur die alten Lieferverträge untersuchen will, sondern zugleich zulässige Vertragsgestaltungen für neue Lieferverträge aufzeigen will, beschränkt sie sich auf die neue Fassung des § 1 GWB. Rückschlüsse auf den Anwendungsbereich erlauben sich allerdings auch im Hinblick auf die Bewertung der Rechtslage gemäß § 1 GWB a.F. Denn da - wie noch aufgezeigt wird - § 1 GWB n.F. enger geknüpft ist, sind automatisch solche Verträge, die unter diese Norm fallen, auch bei Auslegung des § 1 GWB a.F. nichtig.

⁸⁰³ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 21; Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 9 (bisher unveröffentlicht) Die Entscheidung des LG Frankfurt vom 27.06.2001, Az. 3/8 O 102/00, S. 11 (bisher unveröffentlicht) ist hier außer Betracht zu lassen, denn sie betraf einen Liefervertrag zwischen einem endverbrauchenden Sonderabnehmer und einem Lieferanten.

⁸⁰⁴ *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, 1901, 1903, LG Stuttgart vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 158/00, in: ZNER 2001, S. 175 f.

⁸⁰⁵ *Möschel*, Rdnr. 169; *Rittner*, S. 231; *Emmerich*, S. 30; *Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt*, § 1 Rn. 33; Urteil des BGH vom 14.10.1976, BGH WuW/E BGH 1458, 1461 "*Fertigbeton*"; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E 3115, 3117 "*Druckgußteile*"; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3123 "*Bedside-Testkarten*"; Urteil des BGH vom 06.05.1997, BGH WuW/E BGH 3137, 3138 "*Sole*". Nach der alten Rechtslage war entscheidendes Abgrenzungsmerkmal des § 1 GWB zu § 18 GWB (§ 16 n.F.) das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks.

⁸⁰⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/5309, S. 388, 399.

⁸⁰⁷ Urteil des BGH vom 09.03.1999, WuW/E DE-R 289, 294 "*Lottospielgemeinschaft*".

I. Anwendungsbereich des § 1 GWB bei öffentlichen Unternehmen

§ 1 GWB ist anwendbar, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen Unternehmen vorliegt. In Deutschland hat das BVerfG zwar für den Bereich der Energieversorgung ausdrücklich festgestellt, dass die Sicherstellung einer ausreichenden Energieversorgung eine im engeren Sinne staatliche Aufgabe darstelle.⁸⁰⁸ Daraus folgt aber nicht, dass auch die Erfüllung dieser Aufgabe Staatsaufgabencharakter besitzt. Denn die Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung wird durch einen regulatorischen Rahmen gewährleistet.⁸⁰⁹ Die in Deutschland tätigen EVU werden selbst dort, wo die öffentliche Hand an ihnen beteiligt ist, nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich tätig.⁸¹⁰ Sie sind keine vom Staat beliehenen Unternehmen, die mit der Durchführung der Elektrizitätsversorgung Hoheitsgewalt ausüben.⁸¹¹ Private Elektrizitätsversorger und industrielle Sonderkunden besitzen daher ebenso die Unternehmenseigenschaft im Sinne des § 1 GWB wie ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen in kommunaler Hand.⁸¹² Letzteres fällt unabhängig von der Organisationsform unter den Unternehmensbegriff des § 1 GWB, wenn die ausgeübte Tätigkeit vom Unternehmensbegriff erfasst wird.⁸¹³ Dies folgt schon aus § 130 Abs. 1 S. 1 GWB, der das GWB auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr verwaltet werden, für anwendbar erklärt. Damit besteht insoweit Übereinstimmung mit dem Unternehmensbegriff des EG, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.⁸¹⁴

II. Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen

§ 1 GWB erfasst nur Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen.

Vereinbarungen zwischen *Nicht-Wettbewerbern* fallen angesichts dieses eindeutig gefassten Wortlauts der neuen Fassung nicht unter § 1 GWB. Die Rechtsprechung des BGH, insbesondere die noch 1998 ergangene *"Sole"*-Entscheidung, ist mit dieser eindeutigen Gesetzesfassung nicht aufrecht zu erhalten. Denn in dieser Entscheidung sah der BGH die Verpflichtung eines Unternehmens, gewonnene Sole ausschließlich an den Vertragspartner zu liefern, als Verstoß gegen § 1 GWB an, obwohl zwischen den Vertragsparteien kein Wettbewerbsverhältnis bestand.⁸¹⁵ Der BGH meinte, dass § 1 GWB eingreife, wenn für die Wettbewerbsbeschränkung bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse fehle.⁸¹⁶ Eine Anknüpfung an diese Interpretation des § 1 GWB unter Verzicht auf ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien, wie etwa

⁸⁰⁸ BVerfGE 30, 292, 311 f. „*Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen*“. Demgegenüber qualifiziert das BVerfG in der „*Hochspannungsfreileitung*“-Entscheidung, BVerfGE 66, 248, 258, die Sicherstellung der Energieversorgung als "eine öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung."

⁸⁰⁹ Umfassend zur staatlichen Steuerung *Hölzer*, S. 66 ff.

⁸¹⁰ Darauf weist auch *Seidel*, in: EuR 1988, S. 129, 131 f. hin.

⁸¹¹ BVerfGE, in: DÖV 1971, S. 167: Es bestehen zumindest erhebliche Zweifel dagegen in der Energieversorgung selbst eine originäre staatliche Aufgabe zu sehen, die - wenn sie durch Private betrieben wird - nur mit Hilfe des Instituts des beliehenen Unternehmers zu begreifen sei.

⁸¹² *Börner*, in: ET 1999, S. 405.

⁸¹³ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker* (2. Auflage), § 1, Rn. 34: nach dem funktionalen Unternehmensbegriff ist nur die Tätigkeit entscheidend.

⁸¹⁴ Siehe oben, S. 19 ff.

⁸¹⁵ Entsprechendes gilt auch für die BGH-Entscheidung vom 10.04.1984, *"Korkschröt"*, BGH WuW/E BGH 2088, 2089, in der der BGH eine Anwendung von § 1 GWB schon deshalb für möglich hielt, weil durch die Vereinbarung ein potentieller Wettbewerb von Konkurrenten ausgeschaltet bzw. erschwert werden sollte.

⁸¹⁶ Urteil des BGH vom 06.05.1997, BGH WuW/E BGH 3137, 3139 *"Sole"*; so auch Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3115, 3118 f. *"Druckgussteile"*; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3125 f. *"Bedside-Testkarten"*.

*Kahlenberg*⁸¹⁷ und *Bunte*⁸¹⁸ fordern, ist mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar. Sie wäre eine Auslegung contra legem, die schon deshalb nicht zulässig ist, weil an einen Verstoß gegen § 1 GWB strafrechtliche Sanktionen anknüpfen können. Dies gilt nun umso mehr, weil § 81 GWB nach der 6. GWB-Novelle bereits an den fahrlässigen oder vorsätzlichen Verstoß gegen § 1 GWB und nicht erst an die Nichtbeachtung der Unwirksamkeit Sanktionen anknüpft. Aus Art. 103 Abs. 2 GG folgen deshalb besonders hohe Anforderungen an die Bestimmtheit der Vorschrift.⁸¹⁹ Der Auslegung des § 1 GWB ist deshalb durch den Wortlaut eine eindeutige Grenze gesetzt. Unternehmen, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen, fallen somit aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots heraus. Das bedeutet, dass es nach der neuen Fassung des § 1 GWB bei Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern unerheblich ist, ob mit Rücksicht auf die Zielsetzung des GWB, die Freiheit des Wettbewerbs zu gewährleisten, ein anzuerkennendes Interesse für die Wettbewerbsbeschränkung besteht.⁸²⁰ Eine funktionale Auslegung, die Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern in den Anwendungsbereich des § 1 GWB einbezieht, ist nicht mehr möglich.⁸²¹ Dieses Ergebnis ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern wird auch durch die Gesetzessystematik und die Regierungsbegründung bestätigt.⁸²² Denn die Neufassung des § 1 GWB ist an die Auslegung des § 1 GWB a.F. in der "*Spielkarten*"-Entscheidung angepasst worden, nach der unter anderem entscheidend war, ob die Parteien miteinander im Wettbewerb stehen.⁸²³ Aus diesem Grund spricht der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zur 6. GWB-Novelle von einer sprachlich treffenderen Formulierung.⁸²⁴ Auch während der Geltung der alten Fassung des § 1 GWB war die alleinige Beschränkung von Drittwettbewerb - entgegen der zuletzt vom BGH vertretenen Auffassung - nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst. Denn schon vor der 6. GWB-Novelle war dies ausschließlich ein Anwendungsfall des § 16 GWB.⁸²⁵ Eine generelle Überschneidung der beiden Vorschriften war unter der alten Fassung des § 1 GWB nicht gewollt. Die "*Lottospielgemeinschaft*"- und die "*Verbundnetz*"-Entscheidungen legen nahe, dass auch der BGH mit der Neufassung des Kartellverbots von der "*Sole*"-Entscheidung abrückt und im Einklang mit dem neugefassten Tatbestand des Kartellverbots ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien voraussetzt.⁸²⁶ Eine Anwendung des § 1 GWB scheidet deshalb aus, wenn Lieferant und Abnehmer nicht auch auf derselben Wirtschaftsstufe stehen. Dabei gelten die im Rahmen des Art. 81 Abs. 1 EG aufgestellten Grundsätze. Auf Vereinbarungen zwischen einem EVU und einem nicht eigenerzeugenden industriellen, nicht verteilenden Endabnehmer wäre § 1 GWB daher prinzipiell nicht anwendbar.⁸²⁷

⁸¹⁷ *Kahlenberg*, in: BB 1998, S. 1593, 1594.

⁸¹⁸ *Bunte*, in: DB 1998, S. 1748, 1749 f.

⁸¹⁹ *Kunig*, in: von Münch/Kunig, Art. 103 GG, Rn. 19: Unter den Tatbegriff des Art. 103 Abs. 2 GG fallen alle gesetzlichen Vorschriften, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion an ein schuldhaftes Verhalten knüpfen. Im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme ist dies bei der Ordnungswidrigkeit der Fall, da sie auf Repression und Vergeltung für ein verbotenes Verhalten abzielt und die staatliche Missbilligung des Verhaltens zum Ausdruck bringt.

⁸²⁰ So aber noch Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3115, 3118 f "*Druckgußteile*"; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3125 f "*Bedside-Testkarten*"; Urteil des BGH vom 06.05.1997, BGH WuW/E BGH 3137, 3138 f "*Sole*".

⁸²¹ *Emmerich*, S. 34; *Rittner*, in: WuW 2000, S. 696, 698 f; *Bechtold*, § 1, Rdnr. 18 ff; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, § 1, Rdnr. 119, *Bornkamm*, in: FS für Geiss, S. 539, 556.

⁸²² *Keul*, S. 123.

⁸²³ Urteil des BGH vom 27.05.1986, WuW/E BGH 2285, 2287 "*Spielkarten*";

⁸²⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 13/5309, S. 398 f.

⁸²⁵ Sehr streitig, vgl. *Huber/Baums*, in: *Frankfurter Kommentar*, § 1, Rdnr. 180; *Karsten Schmidt*, S. 59 f.

⁸²⁶ Urteil des BGH vom 09.03.1999, WuW/E DE-R 289, 294 "*Lottospielgemeinschaft*"; Urteil des BGH vom 28.09.1999, WuW/E DE-R 399, 403 "*Verbundnetz*".

⁸²⁷ So auch *Markert*, in: FS für Büttner, S. 137, 144; ders., in: *EuZW* 2000, 427, 430.

III. Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachteil Dritter

Wie oben dargestellt greifen die "Sole"-Grundsätze jedenfalls deshalb nicht mehr ein, weil § 1 GWB nun verlangt, dass zwischen den miteinander im Wettbewerb stehenden Parteien eine Vereinbarung vorliegen muss. Es stellt sich allerdings die Frage, ob es ausreicht, wenn eine vertikale Vereinbarung zwischen zwei miteinander in anderen Bereichen im Wettbewerb stehenden Parteien gegeben ist, die sich zum Nachteil anderer Wettbewerber auswirkt, selbst wenn diese an der Vereinbarung nicht beteiligt sind. Dieser Fall liegt etwa vor, wenn ein Vorlieferant sowohl Weiterverteiler als auch Endkunden beliefert und sich der Liefervertrag auf die Lieferung von Elektrizität vom Vorlieferanten an den Weiterverteiler beschränkt. Hier liegt ein vertikales Verhältnis vor. Allerdings handelt es sich um einen Vertrag zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, weil gleichermaßen Vorlieferant und Weiterverteiler Endkunden beliefern. Dieses Vertikalverhältnis könnte daher unter § 1 GWB gefasst werden, weil es mittelbare Auswirkungen auf andere Vorlieferanten oder Weiterverteiler hat - auch wenn der Gegenstand der Vereinbarung nicht dieses Wettbewerbsverhältnis betrifft oder die Parteien noch nicht einmal daran gedacht haben. Zu prüfen ist daher, ob die Vereinbarung im Sinne von § 1 GWB im konkreten Fall unmittelbar horizontale Wirkungen haben muss, oder ob es genügt, dass es sich um eine vertikale Vereinbarung handelt, die (zufällig) zwischen zwei Wettbewerbern abgeschlossen wurde und mittelbar nachteilige Wirkungen für einen Wettbewerber der Vertragsparteien hat.

Bei einem klassischen Kartell liegt eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen Unternehmen vor, die untereinander im Wettbewerb stehen und den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb durch vertragliche Bindungen beschränken oder ausschließen.⁸²⁸ In der "Spielkarten"-Entscheidung bezeichnete der BGH eine Vereinbarung, bei der die Vertragsbeteiligten sich als Wettbewerber gegenüber standen und diesen Wettbewerb untereinander beschränkten, als horizontale Wettbewerbsbeschränkung.⁸²⁹ An den mit dem Begriff der horizontalen Wettbewerbsbeschränkung erfassten Tatbestand könnte sich auch der Gesetzgeber angelehnt haben. Denn in der Begründung zur 6. GWB-Novelle beruft er sich ausdrücklich darauf, dass die Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen im deutschen Recht beibehalten werden solle.⁸³⁰ Unter horizontale Wettbewerbsbeschränkungen fallen in jedem Fall Wettbewerbsbeschränkungen inter partes.

Ob der BGH die Anwendung des § 1 GWB nunmehr auf Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen den Vertragsparteien einschränkt, geht aus seiner Rechtsprechung zur Neufassung des Kartellverbots nicht eindeutig hervor.⁸³¹ So heißt es etwa in der "Lottospielgemeinschaft"-Entscheidung: *"Im Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird das Merkmal (miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen) vielmehr maßgeblich durch seine Verknüpfung mit der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung der getroffenen Absprachen bestimmt. Es liegt danach insbesondere bei solchen Vereinbarungen vor, die nach der Zielsetzung der Beteiligten den zwischen ihnen bestehenden potentiellen oder tatsächlichen Wettbewerb beschränken."*⁸³² Wie die Formulierung "insbesondere" zeigt, grenzt der BGH § 1 GWB nicht ausdrücklich auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen ein. Darüber hinaus lässt der BGH es durch die Bezugnahme auf die "Sole"-Entscheidung

⁸²⁸ Huber/Baums, in: *Frankfurter Kommentar*, § 1, Rn. 178.

⁸²⁹ Urteil des BGH vom 27.05.1986, WuW/E BGH 2285, 2287 "Spielkarten".

⁸³⁰ Gesetzesbegründung, BT.-Drs. 13/9720, S. 30, 31.

⁸³¹ Urteil des BGH vom 28.09.1999, BGH WuW/E BGH DE-R 399, 403 "Verbundnetz".

⁸³² Urteil des BGH vom 09.03.1999, WuW/E DE-R 289, 294 "Lottospielgemeinschaft".

offen, ob es genügt, wenn Wettbewerber Dritte in ihren wettbewerblichen Freiheiten einschränken.⁸³³ Dies soll im folgenden überprüft werden.

Der Wortlaut enthält keinen Anhaltspunkt für eine Differenzierung. Er erfasst grundsätzlich auch Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die sich nicht auf das zwischen ihnen bestehende Wettbewerbsverhältnis auswirken. Die Frage ist allerdings, ob eine derart weit gehende Auslegung teleologisch möglich ist. Denn es hängt vom Zufall ab, ob die Parteien gerade auf ganz anderen Gebieten miteinander im Wettbewerb stehen. Der Wettbewerbsschutz kann allerdings nicht von einem Zufall abhängig sein, sondern muss sich konkret auf die Wirkungen der bestehenden Vereinbarung beziehen.⁸³⁴ Der Wortlaut des § 1 GWB muss daher so verstanden werden, dass er nur Beschränkungen, die im konkreten Fall horizontaler Natur sind adressiert. Er setzt also voraus, dass zum Beispiel die Abnehmerkreise zwischen den Vertragsparteien aufgeteilt oder abgegrenzt werden sollen.⁸³⁵ Die Wettbewerbsbeschränkung muss also gerade für den Markt vereinbart sein, auf dem ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien besteht.⁸³⁶ Dieser teleologischen Auslegung steht auch die historische Auslegung nicht entgegen. Zwar wollte der Gesetzgeber mit seiner Neufassung keine inhaltliche Änderung des § 1 GWB, sondern das Kartellverbot nur sprachlich korrekter abfassen. Allerdings zeigt die Entstehungsgeschichte, dass damit wohl die Rechtsprechung auf dem Stand der "*Spielkarten*"-Entscheidung gemeint war. Die "*Sole*"-Entscheidung war zum Zeitpunkt der Gesetzesberatungen noch gar nicht erlassen. Der Gesetzgeber wurde gewissermaßen durch das "*Sole*"-Urteil überholt.⁸³⁷

Auch eine Schutzlücke entsteht bei der Ausklammerung von Drittwettbewerb nicht.⁸³⁸ Diese würde nur dann entstehen, wenn andere gesetzliche Vorschriften keinen hinreichenden Wettbewerbsschutz gewährleisten können. Die Beschränkung von Drittwettbewerb wird in jedem Fall von der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeitsbindungen des § 16 GWB erfasst.⁸³⁹ Außerdem kann für die Gewährleistung des Marktzugangs Dritter auf die §§ 19, 20 GWB zurückgegriffen werden.⁸⁴⁰ Unabhängig von den Vorschriften des GWB können die Vorschriften des AGBG eingreifen, wenn die betreffenden Klauseln mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 9 Abs. 1 AGBG unvereinbar sind, weil sie eine

⁸³³ Urteil des BGH vom 28.09.1999, BGH WuW/E BGH DE-R 399, 403 "Verbundnetz"; Urteil des BGH vom 09.03.1999, WuW/E DE-R 289, 294 "Lottospielgemeinschaft"; "*Carpartner II*", vgl. dazu auch *Lohse*, S. 34.

⁸³⁴ So auch *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 1, Rdnr. 180; *Karsten Schmidt*, in: FS für Sandrock, S. 833, 844 f; *Bahr*, in: WuW 2000, S. 954, 957; *Bornkamm*, in: FS für Geiß, S. 539, 555, 556; *Bechtold*, § 1, Rdnr. 18.

⁸³⁵ *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 2. Auflage, § 18, Rdnr. 38.

⁸³⁶ *Emmerich*, 9. Auflage, S. 31.

⁸³⁷ *Karsten Schmidt*, in: Die AG 1998, S. 551, 554.

⁸³⁸ Zum Teil anderer Auffassung sind dagegen *Baums*, in: ZIP 1998, S. 233, 235; *von Ungern-Sternberg*, in: Die AG 1998, S. 578, 581, zur alten Fassung: *Pescher*, Der äußere Kartellzwang, S. 185 ff.

⁸³⁹ § 16 GWB soll gerade den Wettbewerb Dritter schützen, die durch Ausschließlichkeits- oder Vertriebsbindungen im Wettbewerb beschränkt werden.

⁸⁴⁰ *Karsten Schmidt*, in: Die AG 1998, S. 551, 560.

unverhältnismäßige⁸⁴¹, ungerechtfertigte Bindung enthalten.⁸⁴² Die Unanwendbarkeit des § 1 GWB führt deshalb nicht zu Lücken im GWB.⁸⁴³

Als Ergebnis ist deshalb festzustellen, dass § 1 GWB bei einer ausschließlichen Beschränkung von Drittwettbewerb zwischen Wettbewerbern nicht anwendbar ist, sondern die Beschränkung eines zwischen den Parteien bestehenden Wettbewerbsverhältnisses voraussetzt.⁸⁴⁴

IV. Anwendung des Kartellverbots auf Austauschverträge

Besteht hingegen ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien auf der Hersteller- und/oder der Händlerstufe, wie es bei Lieferanten und Weiterverteilern von Elektrizität möglich ist, ist zu prüfen, ob der zwischen den Parteien bestehende Austauschvertrag einer Anwendung des § 1 GWB entgegensteht. Denn nach der Konzeption des Gesetzgebers sollen Austauschverträge als Vertikalvereinbarungen grundsätzlich wirksam sein und in ihnen vereinbarte Beschränkungen in der Regel nur einer Missbrauchsaufsicht nach § 16 GWB unterliegen. Anders als § 1 GWB setzt § 16 GWB jedoch gerade kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien voraus, so dass hierin der entscheidende Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung zwischen den beiden Tatbeständen liegen könnte. Einerseits könnte bei der Existenz eines Austauschvertrages generell ein Wettbewerbsverhältnis abzulehnen sein, weil die Parteien eben nicht im Wettbewerb, sondern in einer Lieferbeziehung zueinander stehen. Lieferant und Abnehmer könnten bei Abschluss eines Liefervertrages also gerade nicht in der Eigenschaft als Wettbewerber handeln, sondern auf unterschiedlichen Marktstufen tätig werden und durch die einzelnen Beschränkungen nur den Leistungsaustausch sichern.⁸⁴⁶ Andererseits könnte eine Anwendung des § 1 GWB auch daran scheitern, dass die einzelne Bindung gerade nicht - wie von § 1 GWB gefordert - das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien regelt, sondern sich lediglich auf die Wettbewerbschancen Dritter auswirkt. Dies gilt insbesondere für die Pflicht zur Gesamtbedarfsdeckung, die - zumindest auf den ersten Blick - nicht das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien, sondern den Marktzutritt Dritter verhindert.⁸⁴⁸

Beide Umstände hängen davon ab, welcher Anknüpfungspunkt für eine kartellrechtliche Beurteilung bei Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen zu wählen ist. Zu prüfen ist deshalb, ob die gesamte Rechtsbeziehung, die gesamten Wettbewerbsbeschränkungen oder nur die zwischen den Parteien bestehende wettbewerbliche Beziehung im Hinblick auf die einzelne Klausel entscheidend ist. Es bestehen demnach drei Anknüpfungsmöglichkeiten für die Prüfung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen miteinander im Wettbewerb

⁸⁴¹ Eine länger als 5 Jahre dauernde Bindung soll bei einem Bierbezugsvertrag jedenfalls dann bedenklich sein, wenn die Brauerei dem Gastwirt kein Darlehen gewährt hat, vgl. *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9, B 105.

⁸⁴² *Wellenhofer-Klein*, in: WuW 1999, S. 557, 566. Zur Anwendbarkeit des AGBG auf Stromlieferverträge, bejaht vom BGH in seinem Urteil vom 25.02.1998, in: NJW 1998, 1640, 1641 ff.

⁸⁴³ So auch *Karten Schmidt*, in: Die AG, 1998, S. 581, der allerdings der Auffassung ist, dass andernfalls § 1 GWB und § 16 GWB bei der Beschränkung von Drittwettbewerb immer beide einschlägig wären und eine echte Doppelkontrolle zur Folge hätte. Hier hätte aber berücksichtigt werden müssen, dass § 1 GWB - im Gegensatz zu § 16 GWB - ein zumindest potientes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Vereinbarungsparteien voraussetzt und deshalb nicht immer einschlägig ist, wenn § 16 GWB einschlägig ist.

⁸⁴⁴ A.A. ist offenbar *Emmerich*, S. 42, der Drittwettbewerb bei der Neufassung des § 1 GWB offenbar unter das nach seiner Meinung neben dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung stehende Merkmal der Verfälschung des Wettbewerbs subsumieren will.

⁸⁴⁶ *Nelßen*, S. 79.

⁸⁴⁸ *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, Sonderbereich Energiewirtschaft, Rdnr. 46.

stehenden Unternehmen vorliegt: eine Gesamtvertragsbetrachtung, eine wettbewerbliche Gesamtbetrachtung und eine Einzelbetrachtung.

1. Gesamtvertragsbetrachtung nach der früheren Rechtsprechung des BGH

Bei der Gesamtvertragsbetrachtung richtet sich die Beurteilung, ob die Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen und den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb beschränken, nach dem Vertrag im ganzen und nicht nach den einzelnen, aus wettbewerblicher Sicht kritischen Klauseln. Anhand der gesamten Vereinbarung bestimmt sich einheitlich, ob die Unternehmen den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb beschränken.⁸⁴⁹ Der BGH praktizierte die Gesamtvertragsbetrachtung zu Beginn seiner Kartellrechtsprechung. So stellte er in der „*Gasglühkörper*“-Entscheidung bei einer Kooperationsvereinbarung darauf ab, ob diese ein „partiarischer Austauschvertrag“ oder ein „Gesellschaftsvertrag“ sei. Eine Vereinbarung konnte also entweder nur Kartellvereinbarung oder Austauschvertrag sein. Mit dieser Auslegung knüpfte der BGH an ein an § 705 BGB angelehntes - rein gesellschaftsrechtliches - Verständnis an,⁸⁵⁰ von dem auch der Gesetzgeber der ersten Fassung des GWB ausging.⁸⁵¹ Der BGH verneinte folglich bei Austauschverträgen einen Vertragsschluss zu einem gemeinsamen Zweck der Parteien, weil die Unternehmen bei Austauschverträgen eigene, selbständige Zwecke verfolgen.⁸⁵² Nur, wenn sich der gesamte Vertrag als zumindest gesellschaftsähnliches Verhältnis darstellte, wurde er als Kartell qualifiziert.⁸⁵³ Bei Stromlieferverträgen käme nach der Gesamtvertragsbetrachtung allenfalls dann eine Anwendung des Kartellverbots in Betracht, wenn die Parteien überhaupt nicht ernsthaft einen Stromliefervertrag abschließen wollten und der Liefervertrag lediglich dazu diene, ein bestehendes Gesellschaftsverhältnis zu verschleiern.⁸⁵⁴

Auch der Gesetzgeber der 6. GWB-Novelle scheint von einer Gesamtvertragsbetrachtung ausgegangen zu sein. Denn er beruft sich in der Begründung zur neuen Fassung des § 1 GWB ausdrücklich darauf, dass vertikale Vereinbarungen grundsätzlich wirksam sein sollen.⁸⁵⁵ Zieht man die Definition der Kommission in Art. 2 Abs. 1 "Schirm-GVO" heran, würde dies bedeuten, dass Vereinbarungen, bei denen die Parteien zur Durchführung der gesamten Rechtsbeziehung auf verschiedenen Wirtschaftsstufen stehen - wie es regelmäßig bei Austauschbeziehungen der Fall sein dürfte -, nicht von § 1 GWB erfasst werden sollen. Dafür könnte sprechen, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung als Beispielfall für eine nach deutschem Recht erlaubte Vereinbarung eine Gebietsschutzabrede anführt.⁸⁵⁶ Gebietsschutzvereinbarungen sind regelmäßig zwischen Parteien vereinbart, die zumindest auch in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen und mit denen die Parteien gegenseitig ihre Tätigkeitsräume voneinander abgrenzen. Sie beschränken daher das zwischen ihnen bestehende Wettbewerbsverhältnis. Ob der Gesetzgeber derartige Vereinbarungen tatsächlich vom Tatbestand des § 1 GWB ausnehmen wollte, erscheint allerdings sehr fraglich. In diesem Fall hätte er eine einschneidende Änderung des kartellrechtlichen

⁸⁴⁹ *Oppenländer*, in: WuW 1981, S. 389, 396; *Schwarz*, S. 127: Die Gesamtvertragsbetrachtung hat über die Lehre von den typengemischten Verträgen Eingang in das GWB gefunden. Vgl. zur Gesamtvertragsbetrachtung auch *Klaue*, in: BB 1964, S. 538, 539.

⁸⁵⁰ Vgl. Gesetzesentwurf BT-Drs. 2/1158, S. 25; *Seifert*, in: FS für Lieberknecht, S. 583, 584.

⁸⁵¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 2/1158, Anlage 1, S. 30 unter Verweis auf die Rechtsprechung zur KartellVO, RGZ 114, 262, 264. Dort heißt es, dass ein Kartellvertrag stets ein Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 705 BGB sei.

⁸⁵² Urteil des BGH vom 20.05.1966, BGH WuW/E BGH 810, 816 f "*Zimcofot*".

⁸⁵³ *Emmerich*, ZHR 139 (1975), S. 476, 484; *Belke*, in: ZHR 143 (1979), S. 74, 79.

⁸⁵⁴ So wohl heute noch *Salje*, in: ET 1999, S. 768, 771.

⁸⁵⁵ Gesetzesbegründung, BT.-Drs. 13/9720, S. 31.

⁸⁵⁶ Gesetzesbegründung, BT.-Drs. 13/9720, S. 31.

Anwendungsbereichs bewirkt und an eine Auslegung angeknüpft, von der sich der BGH seit langem zu recht distanziert hat. Denn in der *"Spielkarten"*-Entscheidung, auf die sich auch der Gesetzgeber ausdrücklich bezogen hat, erklärte der BGH: *"Es kommt nicht entscheidend darauf an, ob der wettbewerbsbeschränkende Vertrag i.S.d. § 705 BGB zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen worden ist und sich demgemäss als Gesellschaftsvertrag oder als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis darstellt. Es ist vielmehr vor allem auf die durch den Vertrag begründete Wettbewerbsbeschränkung und ihre Wirkung auf dem relevanten Markt abzustellen und damit insbesondere darauf, ob sich die Vertragsbeteiligten als (aktuelle oder potentielle) Wettbewerber gegenüberstehen und durch die Vereinbarung den Wettbewerb untereinander horizontal beschränken."*⁸⁵⁷

Ursächlich für diese Sichtweise ist der Umstand, dass die Gesamtvertragsbetrachtung nicht mit dem Zweck des § 1 GWB, Dritte vor bestimmten, als schädlich angesehenen Wettbewerbsbeschränkungen anderer Unternehmen zu schützen, harmoniert. Für diese spielt es keine Rolle, ob eine wettbewerbsbeschränkende Abrede in einen Austausch- oder einen Gesellschaftsvertrag eingebunden ist.⁸⁵⁸ Die Anwendung des Kartellverbots kann nicht von der Ausgestaltung des Innenverhältnisses der Parteien abhängen.⁸⁵⁹ Deshalb ist nicht nur nach Zweck oder der Wirkung des gesamten Vertrages, sondern auch nach Zweck oder Wirkung der kritischen Abreden zu fragen.⁸⁶⁰ § 1 GWB ist also nicht nur auf horizontale Gesamtverträge anwendbar. Dies meint wohl auch der Gesetzgeber, wenn er teilweise von der horizontalen Wettbewerbsbeschränkung spricht. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der grundsätzlichen Wirksamkeit vertikaler Vereinbarungen an die Immanenztheorie anschließt, nach der funktionsnotwendige Nebenpflichten in Austauschverträgen dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entzogen sind.

In Anbetracht dieses Umstandes kann bei § 1 GWB grundsätzlich nicht die gesamte Vertragsbeziehung ausschlaggebend sein. Der Begriff der Vereinbarung in § 1 GWB ist also enger gefasst als der in Art. 2 Abs. 1 der *"Schirm-GVO"* - zumal die *"Schirm-GVO"* auf Austauschverträge zwischen Wettbewerbern ohnehin nur eingeschränkt angewendet werden kann.⁸⁶¹ Diese Sichtweise bestätigen auch die Ausführungen des BGH in der *"Verbundnetz"*-Entscheidung, in der er die Anwendung des § 1 GWB für nahe liegend hielt, weil die Parteien den Wettbewerb inter partes beschränkten.⁸⁶² Hinsichtlich der weiteren Frage, ob die vertikale Lieferbeziehung eine Anwendung des § 1 GWB ausschließen kann, verwies er auf die Entscheidungen *"Druckgußteile"* und *"Bedside-Testkarten"*.⁸⁶³ In diesen Entscheidungen hatte der BGH die Anwendung des § 1 GWB auf Austauschverträge grundsätzlich für möglich gehalten und erst mit Hilfe der Immanenztheorie, die er in das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks in § 1 GWB a.F. hinein interpretierte, eine Anwendung des § 1 GWB verneint.⁸⁶⁴ Eine dem Kartellverbot entzogene Abrede liegt also nicht schon deshalb vor, weil Lieferant und Abnehmer einen Liefervertrag geschlossen haben.

⁸⁵⁷ Urteil des BGH vom 27.05.1986, WuW/E BGH 2285, 2287 *"Spielkarten"*.

⁸⁵⁸ *Belke*, in: ZHR 143 (1979), S. 74, 79; *Pleißke*, S. 74; S. 7, 76; *Schwarz*, S. 132; *Peters*, S. 27.

⁸⁵⁹ *Emmerich*, S. 65

⁸⁶⁰ *Karsten Schmidt*, S. 55.

⁸⁶¹ Siehe Seite 48 ff.

⁸⁶² Urteil des BGH vom 28.09.1999, BGH WuW/E BGH DE - R 399, 403 *"Verbundnetz"*.

⁸⁶³ Urteil des BGH vom 28.09.1999, BGH WuW/E BGH DE - R 399, 403 *"Verbundnetz"*.

⁸⁶⁴ Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E 3115, 3117 *"Druckgußteile"*; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3123 *"Bedside-Testkarten"*.

2. Einzelfallbetrachtung bei wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden in Austauschverträgen

Bei der Einzelfallbetrachtung wird jede einzelne Klausel eines Vertrages isoliert daran gemessen, ob sie den Tatbestand des § 1 GWB erfüllt. In zwei⁸⁶⁵ viel diskutierten Entscheidungen aus dem Jahr 1997 ("*Druckgußteile*", "*Bedside-Testkarten*") hat der BGH zum Prüfungsmaßstab für den hier relevanten Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen Stellung genommen und eine Einzelfallbetrachtung favorisiert.⁸⁶⁶ Den Entscheidungen lagen verkürzt folgende Sachverhalte zugrunde:

In der "*Druckgußteile*"-Entscheidung ging es um die kartellrechtliche Wirksamkeit einer Kundenschutzvereinbarung zwischen mehreren Herstellern von Druckgußteilen und einem Händler, der von den Herstellern Druckgußteile bezog und anschließend weiterveräußerte. Nach der Kundenschutzvereinbarung durften die Hersteller einen bestimmten Kunden weder direkt noch indirekt ohne Zustimmung des Händlers beliefern. Sie mussten sämtliche Lieferungen über den Händler abwickeln. Im Gegenzug verpflichtete sich der Händler, alle Aufträge der Kunden bei marktüblichen Preisen und Lieferzeiten an die Hersteller weiterzugeben.⁸⁶⁷

Im Fall "*Bedside-Testkarten*" hatte sich ein Hersteller verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet keine anderen Händler einzusetzen und auch selbst keine Vertriebstätigkeit aufzunehmen. Darüber hinaus verpflichtete sich der Händler, seinen gesamten Bedarf an *Bedside-Testkarten* ausschließlich beim Hersteller beziehen.⁸⁶⁸

Wie schon in vorherigen Urteilen, lehnte der BGH eine Anwendung des Kartellverbots auf Austauschverträge nicht prinzipiell ab. Er führte jedoch aus, dass derartige Beschränkungen in der Regel nicht unter § 1 GWB zu subsumieren seien, da diese - vorausgesetzt sie seien als Nebenabreden vereinbart - grundsätzlich dem Leistungsaustausch dienen würden.⁸⁶⁹ In diesem Fall fänden allein die Vorschriften für "sonstige Verträge" im 2. Abschnitt des GWB Anwendung, nach denen Verträge nach § 16 GWB bis zu einer Missbrauchsverfügung grundsätzlich wirksam seien. Ein Verstoß gegen § 1 GWB sei nur dann gegeben, wenn im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs kein anzuerkennendes Interesse für die Wettbewerbsbeschränkung bestehe. Ein solches Interesse untersuchte der BGH für jede wettbewerbsbeschränkende Abrede getrennt. Der BGH bewertete jede einzelne Klausel in ihrem Kontext zum Zweck des Lieferverhältnisses.⁸⁷⁰ So stellte er zunächst in beiden Entscheidungen fest, dass die Bezugsbindungen das Äquivalent für die ständige Lieferbereitschaft der Hersteller seien und keinem weiteren, über den Leistungsaustausch hinausgehenden Zweck dienen würden.⁸⁷¹ Die kartellrechtliche Beurteilung dieser Bezugsbindungen musste sich daher nach Auffassung des BGH ausschließlich nach § 16 Abs.

⁸⁶⁵ In der "*Sole*"-Entscheidung, Fn. 820, hat der BGH den selben Prüfungsmaßstab angewendet. Diese Entscheidung soll aber - da es dort nur um den Marktzutrittsausschluss Dritter ging -, an dieser Stelle außer Betracht bleiben, um nicht unnötig Verwirrung zu stiften.

⁸⁶⁶ Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E 3115 ff "*Druckgußteile*"; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121 ff "*Bedside-Testkarten*".

⁸⁶⁷ Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E 3115 f "*Druckgußteile*".

⁸⁶⁸ Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121 f "*Bedside-Testkarten*".

⁸⁶⁹ Urteil des BGH vom 17.01.1997, WuW/E BGH 3115, 3118 "*Druckgußteile*"; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3123 "*Bedside-Testkarten*". Damit kommt die Rechtsprechung in der Regel zu dem selben Ergebnis wie die Immanenztheorie (vgl. *Steindorff*, in: BB 1977, S. 569, 570; *Köhler*, in: ZHR 148, S. 487, 491; *Karsten Schmidt*, in: ZHR 149, S.1, 7; *Schwintowski*, in: Erdgasmärkte: S. 69 ff.; *Emmerich*, S. 53; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker* (2. Auflage), § 1 Rn. 164).

⁸⁷⁰ *Baur*, in: FS für Sandrock, S. 35, 37.

⁸⁷¹ Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E 3115, 3118 "*Druckgußteile*"; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3123 "*Bedside-Testkarten*".

1 Nr. 2 GWB richten, weil diese ausschließlich das Vertikalverhältnis zwischen den Parteien betrafen. Für schwieriger zu beurteilen hielt das Gericht dagegen die Kundenschutzzusage. Denn in bezug auf diese standen sich die Parteien als potentielle Wettbewerber gegenüber, so dass die von ihr ausgehende Beschränkung nach Auffassung des BGH auch horizontale Wirkung hatte.⁸⁷² Auch die Kundenschutzvereinbarung hielt der BGH allerdings für gerechtfertigt, weil der Händler im Rahmen des Absatzmittlungsverhältnisses neben dem bloßen Austausch von Waren zusätzliche Leistungen erbrachte, um die Marktchancen des Herstellers zu fördern. Daraus ergab sich nach Auffassung des Gerichts die wirtschaftliche Notwendigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, die den Hersteller daran hindern, ohne eigenen Aufwand von den Bemühungen des Absatzmittlers zu profitieren.⁸⁷³

An dieser Rechtsprechung hält der BGH auch nach der Neufassung des Kartellverbots fest.⁸⁷⁴ Zwar ist es richtig, dass nunmehr zunächst entscheidend ist, ob die Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen und den Wettbewerb horizontal beschränken. Daher erscheint es nicht unbedingt sachgerecht, den vom BGH betonten Immanenzgedanken in den Tatbestand der neuen Fassung hineinzudrängen.⁸⁷⁵ Fest steht jedoch, dass der BGH auch nach der Neufassung an seine "*Druckgußteile*" und "*Bedside-Testkarten*" Rechtsprechung angeknüpft hat. Die Frage, ob er den Immanenzvorbehalt in den Tatbestand hineinliest oder eine teleologische Reduktion des Tatbestandes vornimmt, hat also - jedenfalls dann, wenn ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien beschränkt wird - insoweit keine wesentliche Bedeutung und ist eher ein dogmatisches Problem.⁸⁷⁶ Allerdings deuten die "*Verbundnetz*"-Entscheidung und die "*Lottospielgemeinschaft*"-Entscheidung darauf hin, dass der BGH nunmehr eine teleologische Reduktion des Tatbestandes bevorzugt.⁸⁷⁷ Wesentlich ist, dass der BGH eine isolierte Betrachtung von Wettbewerbsbeschränkungen vornimmt, die als Nebenabreden in einen Austauschvertrag eingebunden sind. Besteht eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, so ist zu untersuchen, ob sie lediglich das Vertikalverhältnis regelt oder auch horizontale Wirkung hat. Betrifft die Bindung lediglich das Vertikalverhältnis, so scheidet eine Anwendung des § 1 GWB aus.⁸⁷⁸ Hat sie dagegen auch horizontale Wirkungen, so ist weiter zu fragen, ob für diese Wirkungen ein anzuerkennendes Interesse besteht. Besteht ein anzuerkennendes Interesse, ist die Beschränkung nicht nach § 1 GWB unwirksam. In diesem Fall kann aber trotzdem noch eine Anwendung des § 16 GWB in Betracht kommen.⁸⁷⁹ Besteht kein anzuerkennendes Interesse, ist der Vertrag insoweit unwirksam, wie die wettbewerbsbeschränkende Wirkung reicht.⁸⁸⁰

⁸⁷² Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E 3115, 3118 "*Druckgußteile*"; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3123 "*Bedside-Testkarten*".

⁸⁷³ Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E 3115, 3118 "*Druckgußteile*"; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3123 "*Bedside-Testkarten*".

⁸⁷⁴ Urteil des BGH vom 09.03.1999, WuW/E DE-R 289, 294 "*Lottospielgemeinschaft*"; Urteil des BGH vom 28.09.1999, WuW/E DE-R 399, 403 "*Verbundnetz*".

⁸⁷⁵ *Karsten Schmidt*, in: Die AG 1998, S. 551, 557. Der BGH habe schon den Begriff des gemeinsamen Zwecks in § 1 GWB a.F. zu einem wertoffenen Tatbestandsmerkmal erklärt, was dazu geführt habe, dass von einem subsumtionsfähigen Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks nicht mehr die Rede sein konnte.

⁸⁷⁶ *Bornkamm*, in: FS für Geiß, S. 539, 555 meint, dass das anzuerkennende Interesse für eine Wettbewerbsbeschränkung nichts damit zu tun habe, ob die Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen.

⁸⁷⁷ Urteil des BGH vom 28.09.1999, BGH WuW/E BGH DE - R 399, 403 "*Verbundnetz*"; Urteil des BGH vom 09.03.1999, BGH WuW/E DE-R 289, 294, 295 f; siehe dazu auch *Busche/Keul*, in: ZIP 1999, S. 1027, 1027 f.

⁸⁷⁸ *Scholz*, in: RdE 1998, S. 208, 215; *Markert*, in: ZNER 1998, Heft 4, S. 3, 5.

⁸⁷⁹ Siehe zur Frage einer Doppelkontrolle, einerseits *Karsten Schmidt*, in: FS für Sandrock, S. 833, 843 f; andererseits *Rittner*, in: WuW 2000, S. 696 ff.

⁸⁸⁰ *Kunth/Slabschi*, in: RdE 1997, S. 174, 175; *Huber/Baums*, in: *Frankfurter Kommentar*, § 1, Rdnr. 667.

Der BGH hat jedoch nicht die Auffassung geäußert, dass die von ihm vorgenommene Einzelfallbetrachtung abschließend sei. Ein anderer Prüfungsmaßstab ist also nicht von vorneherein ausgeschlossen und kann unter Umständen auch neben der isolierten Betrachtung angewendet werden kann, wenn diese nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt. Wann dies der Fall ist, sollen die nachfolgenden BGH-Entscheidungen zeigen.

3. Die wettbewerbliche Gesamtbetrachtung

Ein solcher Prüfungsmaßstab könnte die wettbewerbliche Gesamtbetrachtung sein. Bei der wettbewerblichen Gesamtbetrachtung⁸⁸¹ werden die wettbewerbsrelevanten Bestandteile einer oder mehrerer Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit an der Vorschrift des § 1 GWB gemessen. Damit unterscheidet sie sich von der formalen Gesamtvertragsbetrachtung, bei der ein Vertrag insgesamt - ohne die in ihm enthaltene Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen - entweder als Kartellvertrag oder als sonstiger Vertrag qualifiziert wird.⁸⁸² Von der Einzelfallbetrachtung unterscheidet sie sich dadurch, dass vertikale Verträge oder auch vertikale Bestandteile von Verträgen als Teile einer Kartellvereinbarung angesehen werden können. Denn die verschiedenen Verträge bzw. verschiedenen Vertragsklauseln werden zusammengefasst und im Lichte des Kartellverbots einheitlich gewürdigt.⁸⁸³ Im folgenden sollen die wichtigsten Entscheidungen, in denen der BGH eine wettbewerbliche Gesamtbetrachtung vorgenommen hat, dargestellt werden.

a) Gesamtbetrachtung bei Funktionszusammenhang verschiedener Verträge oder Vertragsbestandteile

Eine wettbewerbliche Gesamtbetrachtung nahm der BGH in der "ZVN"-Entscheidung vor.⁸⁸⁴ Dort hatten Zementhersteller in Niedersachsen eine Verkaufsstelle gegründet (ZVN), die Zement in eigenem und fremdem Namen verkaufen sollte. Zu diesem Zweck schloss die ZVN Lieferverträge und Vertriebsverträge mit ihren Gesellschaftern ab. Alle Hersteller, die Zement an die ZVN absetzten, bekamen den gleichen Preis. Eine Andienungspflicht der Gesellschafter bestand nicht, so dass die Zementhersteller auch selbst direkt Zement verkaufen konnten. Der BGH würdigte die vertikalen und horizontalen Bestandteile des Gesellschafts-, des Vertriebsvertrages und der Lieferverträge einheitlich anhand des § 1 GWB und erklärte sie in ihrer Gesamtheit für unwirksam.⁸⁸⁵ Er hob in dieser Entscheidung hervor, dass eine Aufteilung verschiedener Verträge in jeweils unbedenkliche Vertikal- und Horizontalvereinbarungen mit § 1 GWB unvereinbar sei. Entscheidend sollte die wirtschaftliche Funktion der verschiedenen Verträge sein.⁸⁸⁶ Es kam dem BGH also darauf an, was die Unternehmen mit den Vereinbarungen insgesamt bezweckten und was den

⁸⁸¹ So die Bezeichnung bei Schwarz, S. 133 f.

⁸⁸² Vgl. dazu Karsten Schmidt, S. 15 ff mit Verweis auf die anfängliche Rechtsprechung des BGH, Urteil des BGH vom WuW/E BGH 359, 361 "Gasglühkörper"; Urteil des BGH vom 06.12.1962, Urteil des BGH vom 26.10.1959, BGH WuW/E BGH 519, 520 "Kino": Eine Kartellvereinbarung sollte dann vorliegen, wenn die Gemeinschaftselemente die Austauschelemente überwogen.

⁸⁸³ Schwarz, S. 133 ff.

⁸⁸⁴ Urteil des BGH vom 19.06.1975, BGH WuW/E BGH 1367, 1369 "ZVN".

⁸⁸⁵ Urteil des BGH vom 19.06.1975, BGH WuW/E BGH 1367, 1369 "ZVN".

⁸⁸⁶ Urteil des BGH vom 19.06.1975, BGH WuW/E BGH 1367, 1369 "ZVN". Die Grundsätze der "ZVN"-Entscheidung bestätigte der BGH in der "carpartner"-Entscheidung, BGH WuW/E DE-R 115 ff. Dort stellte der BGH zunächst fest, dass der Gesellschaftsvertrag als solcher kartellrechtsneutral sei, weil die Gründung einer Gesellschaft, mit dem Ziel, eine unternehmerische Tätigkeit aufzunehmen, den Wettbewerb nicht beschränke, sondern Wettbewerb begründe. Den Kartellrechtsverstoß sah das Gericht jedoch darin, dass sich die Gesellschafter bei der Gründung des Unternehmens einig waren, den Wettbewerb untereinander auf dem Markt für die gewerbliche Vermietung von Unfallfahrzeugen zu ihren Gunsten zu beeinflussen.

vernünftigen Vorstellungen der Parteien entsprach - unabhängig davon, ob sie Gegenstand der Vereinbarungen selbst geworden waren.⁸⁸⁷

b) Gesamtbetrachtung bei Intensivierung der Wettbewerbsbeschränkung durch mehrere Abreden

Auch in den beiden „Wegenutzungsrecht“-Entscheidungen trennte der BGH verschiedene vertragliche Klauseln nicht voneinander, sondern würdigte sie einheitlich nach § 1 GWB.⁸⁸⁸ Nur so konnte der BGH gespaltene Konzessionsverträge, also Wegenutzungsverträge mit 20 Jahre laufenden Ausschließlichkeitsabreden, die nach Ablauf der 20 Jahre als einfache Konzessionsverträge weitergelten sollten, für insgesamt nach § 1 GWB unwirksam erklären. Als Begründung für seine Gesamtbetrachtung hob der BGH hervor, dass die Vereinbarung eines einfachen Wegerechts nach Ablauf der 20 Jahre den vom Gesetzgeber mit der Befristungsregelung gewünschten Wechsel des Gebietsversorgers faktisch unmöglich mache. Denn der bisherige Gebietsversorger sei auch nach Ablauf von 20 Jahren der einzig mögliche Vertragspartner.⁸⁸⁹ Das einfache Wegenutzungsrecht bezweckte und bewirkte nach Ansicht des Gerichts eine Verstärkung der Wettbewerbsbeschränkung über die Laufzeit des ausschließlichen Wegenutzungsrechts hinaus. Hätte der BGH dagegen eine getrennte Prüfung der einzelnen Vertragsbestandteile vorgenommen, so hätte er zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass ein Verstoß gegen § 1 GWB nicht vorliegt. Denn die Vereinbarung des ausschließlichen Wegenutzungsrechts über 20 Jahre wäre vom Freistellungstatbestand der §§ 103, 103 a GWB a.F. erfasst worden. Dem einfachen Wegenutzungsrecht hätte weder eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung noch ein wettbewerbsbeschränkender Zweck nachgewiesen werden können. Nach Ansicht der Verfasserin war dies der Grund, weshalb der BGH eine Gesamtbetrachtung der beiden Vertragsklauseln vornahm.

c) Gesamtbetrachtung bei Wettbewerbsausschluss als gemeinsamer Zielsetzung

Die "Fertigbeton"-Entscheidung des BGH gilt ebenfalls als Beispielsfall für eine wettbewerbliche Gesamtbetrachtung.⁸⁹⁰ Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Sandhandlung hatte mit einer Fertigbetonherstellerin einen Vertrag geschlossen, in dem sich diese verpflichtete, Sand ausschließlich bei der Sandhandlung zu beziehen. Die Sandhandlung verpflichtete sich demgegenüber, während der Laufzeit des Vertrages keinen Fertigbeton herzustellen und im Gebiet der Fertigbetonherstellerin zu verkaufen.⁸⁹¹ Der BGH begründete den gemeinsamen Zweck nach § 1 GWB a.F. mit dem Zusammentreffen von horizontalem Wettbewerbsverbot und ausschließlicher Bezugsverpflichtung, obwohl er die Bezugsverpflichtung zunächst als vertikale Vereinbarung im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F.) qualifiziert hatte.⁸⁹² Er beschränkte die Anwendung des § 1 GWB nicht auf das einseitige Wettbewerbsverbot des Sandhändlers, sondern konstatierte, dass die Vereinbarung deshalb zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen sei, weil die Sandhandlung durch die Bezugsbindung von Verkäufen des Fertigbetonherstellers profitiere.⁸⁹³ Das Ziel der Wettbewerbsbeschränkung inter partes und der dadurch angestrebte Erfolg sei den Parteien gemeinsam gewesen, weil beide die Absicht verfolgten, die Absatzmöglichkeiten der Fertigbetonherstellerin günstiger zu gestalten und der

⁸⁸⁷ Siehe dazu auch *Schwintowski/Klaue*, BB 2000, S. 1901, 1902.

⁸⁸⁸ Urteil des BGH vom 15.04.1986, BGH WuW/E BGH 2247 ff "*Wegenutzungsrecht I*"; Urteil des BGH vom 15.04.1986, BGH Z 119, 101 ff, "*Wegenutzungsrecht II*".

⁸⁸⁹ Urteil des BGH vom 15.04.1986, BGHZ 119, 101 ff, "*Wegenutzungsrecht*".

⁸⁹⁰ So *Schwarz*, S. 133.

⁸⁹¹ Urteil des BGH vom 14.10.1976, BGH WuW/E BGH 1458 ff "*Fertigbeton*".

⁸⁹² Urteil des BGH vom 14.10.1976, BGH WuW/E BGH 1458, 1460 "*Fertigbeton*".

⁸⁹³ Urteil des BGH vom 14.10.1976, BGH WuW/E BGH 1458, 1460 "*Fertigbeton*".

Sandhändler aufgrund der Bezugsbindung an dem Erfolg dieser Ergebnisse teilhaben konnte. Der BGH stellte auch hier entscheidend auf die Rivalitätsminderung unter Wettbewerbern ab.⁸⁹⁴ Diese ermittelte er im Wege einer Gesamtschau der beschränkenden Abreden, obgleich er die Bezugsverpflichtung zu Beginn seiner Entscheidungsgründe als Vereinbarung im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F.) bezeichnet hatte.⁸⁹⁵

Anders als in der *"Fertigbeton"*-Entscheidung war dagegen der Sachverhalt, der Gegenstand der *"Spielkarten"*-Entscheidung war.⁸⁹⁶ Dort hatten ein Spielkartenhersteller und ein Vertriebsunternehmen einen Kooperationsvertrag geschlossen, wonach der Hersteller andere als die konkreten Vertragserzeugnisse nicht herstellen und vertreiben und auch die von ihm zulässigerweise hergestellten Vertragsgegenstände nur noch beschränkt an genau umrissene Kundenkreise vertreiben durfte. Der Abnehmer war demgegenüber gehindert, die Vertragsgegenstände bei anderen Lieferanten zu beziehen oder selbst herzustellen, und gebunden, die bezogenen Waren nur an Abnehmer außerhalb der dem Vertragspartner vorbehaltenen Kundenkreise zu liefern.

Hier urteilte der BGH, dass *"Produktionsbindungen, Bezugsbindungen und Vertriebsbindungen, sich diese Abreden in Verbindung mit dem so konstituierten Wettbewerbsverbot in Form einer Aufteilung der in Frage kommenden Kundenkreise jedenfalls dann als zu einem gemeinsamen Zweck geschlossene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung darstellen, wenn sie die wettbewerbsrelevante Handlungsfreiheit von - aktuellen oder potentiellen - Wettbewerbern untereinander beschränken und somit zu horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen führen."*⁸⁹⁷ Anders als in der *"Fertigbeton"*-Entscheidung waren die Vertragsparteien auf der Handelsebene und auf der Produktionsebene potentielle Wettbewerber, so dass die Bezugsbindung dieses Wettbewerbsverhältnis durch die Bezugsbindung horizontal beschränken konnte und die verschiedenen Verpflichtungen Wettbewerb in sämtlichen Konstellationen ausschließen sollten.⁸⁹⁸ Die Gesamtbetrachtung folgte hier aus dem Umstand, dass die Kooperationsvereinbarung den Wettbewerb in allen Formen ausschließen sollte, und sich daher gleichsam als gesellschaftsähnliche Vereinbarung darstellte.

4. Übertragung der Rechtsprechung des BGH auf die Prüfung von Elektrizitätslieferverträgen

Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung stellt sich nunmehr die Frage, ob und wie die oben referierten BGH-Urteile auf Elektrizitätslieferverträge übertragen werden können. In Literatur und Rechtsprechung gibt es zwei gegensätzliche Strömungen. Die eine Auffassung spricht sich für eine wettbewerbliche Gesamtbetrachtung aus und hält eine Unwirksamkeit des gesamten Elektrizitätsliefervertrages oder zumindest der wettbewerbsrelevanten Klauseln nach § 1 GWB für möglich.⁸⁹⁹ Die andere Auffassung befürwortet stattdessen eine

⁸⁹⁴ Belke, in: ZHR 143 (1979), S. 74, 80.

⁸⁹⁵ A.A. Elzer, S. 194, 221: § 1 GWB und § 18 GWB konkurrierten im *"Fertigbeton"*- Fall miteinander.

⁸⁹⁶ Urteil des BGH vom 27.05.1986, WuW/E BGH 2285 f. *"Spielkarten"*.

⁸⁹⁷ Urteil des BGH vom 27.05.1986, WuW/E BGH 2285, 2287 *"Spielkarten"*.

⁸⁹⁸ Rittner, in: WuW 2000, S. 696, 701.

⁸⁹⁹ Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98 (Kart.), WuW/E DE-R 298, 301 (nicht vollständig abgedruckt), Urteil des LG Mannheim vom 30.07.1999, Az. 7 O 372/99 (Kart.), S. 4 f (bisher unveröffentlicht); Urteil des LG Stuttgart vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00, S. 11 (bisher unveröffentlicht); Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 22, 23, 24 (bisher unveröffentlicht); Schwintowski/Klaue, in: BB 2000, S. 1901, 1902; nicht ausdrücklich dagegen Markert, in: ZNER 1998, Heft 4, S. 3, 4.

Einzelbetrachtung und meint, dass allenfalls die Demarkationsabrede unwirksam sei.⁹⁰⁰ Höchststrichterliche Urteile sind zu dieser Frage bislang nicht erlassen worden. Es soll daher im nachfolgenden zunächst dargestellt werden wie die unter- und obergerichtliche Rechtsprechung mit dieser Problematik umgegangen ist, um anschließend in einer Stellungnahme herauszuarbeiten, dass sich eine Unwirksamkeit der langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung nicht aus einer tatbestandlichen Gesamtbetrachtung, sondern aus der Rechtsfolge der nach § 1 GWB unwirksamen Demarkationsabrede ergeben muss.

a) Gesamtbetrachtung des LG Mannheim

Das *LG Mannheim* hat in zwei Entscheidungen eine Gebietsschutzabrede und eine langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung im Wege der Gesamtbetrachtung als eine horizontale Vereinbarung qualifiziert.⁹⁰¹ In den Entscheidungen ging es um die Klage einer Lieferantin, mit der festgestellt werden sollte, dass der von ihr Mitte 1996 mit einem Stadtwerk geschlossene Liefervertrag mit einer Laufzeit von fast zehn Jahren wirksam sei.⁹⁰² Der Vertrag enthielt neben einer Demarkation zugunsten des Stadtwerks auch eine zehnjährige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung- entsprach also dem klassischen Muster eines vor der Liberalisierung geschlossenen Vertrages.

Das Gericht stellte zunächst im Hinblick auf das zwischen den Vertragspartnern bestehende Wettbewerbsverhältnis fest, dass sich die Parteien bei der Belieferung der im Gebiet der Beklagten ansässigen Letztverbraucher als Wettbewerber gegenüber stünden.⁹⁰³ Die im Stromliefervertrag enthaltene Gebietsschutzabrede und die Gesamtbezugs Klausel qualifizierte es als eine horizontale Vereinbarung. Als Begründung führte das Gericht aus, dass *"Gebietsschutzabrede und Gesamtbedarfsdeckungsververeinbarung die Lieferantin und die Weiterverteilerin wechselseitig in ihrer Freiheit beschränkten, leitungsgebundene Energie von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben. ... - es sei also eine Vereinbarung darüber, mit wem und in welchen Gebieten die Parteien Geschäftsabschlüsse tätigen und damit ohne weiteres eine horizontale Vereinbarung."*⁹⁰⁴ Dies allein genügte nach Ansicht des Gerichts jedoch nicht für einen Verstoß gegen § 1 GWB. Vielmehr prüfte es unter Berufung auf die *"Druckgußteile"*, *"Bedside-Testkarten"* und *"Sole"*-Entscheidungen des BGH, ob ein anzuerkennendes Interesse für die Wettbewerbsbeschränkungen gegeben sei. Anders als der BGH prüfte das *LG Mannheim* das anzuerkennende Interesse für eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung und die Demarkation nicht getrennt, sondern führte zum Prüfungsmaßstab aus, dass *"die einzelnen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen nicht in zergliedernder Einzelbetrachtung darauf zu untersuchen sei, ob sie überhaupt etwas zur Absicherung des an sich kartellrechtsneutralen Austauschzwecks beitragen können. Vielmehr ist in einer Gesamtschau aller wettbewerbsbeschränkenden Abreden, die sich im vorliegenden*

⁹⁰⁰ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 20, in: ZNER 2001, Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 9 (bisher unveröffentlicht). Baur, in: FS für Sandrock, S. 35, 37; Büdenbender, in: ET 2000, S.359, 371 .

⁹⁰¹ Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98 (Kart.), WuW/E DE-R 298, 301 (nicht vollständig abgedruckt), Urteil des LG Mannheim vom 30.07.1999, Az. 7 O 372/99 (Kart.), S. 4 f (bisher unveröffentlicht).

⁹⁰² Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98 (Kart.), WuW/E DE-R 298, 301 (nicht vollständig abgedruckt), Urteil des LG Mannheim vom 30.07.1999, Az. 7 O 372/99 (Kart.), S. 4 f (bisher unveröffentlicht).

⁹⁰³ Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98 (Kart.), WuW/E DE-R 298, 301 (nicht vollständig abgedruckt), So auch im Urteil des LG Mannheim vom 30.07.1999, Az. 7 O 372/99 (Kart.), S. 4 f (bisher unveröffentlicht).

⁹⁰⁴ Urteil des LG Mannheim vom 30.07.1999, Az. 7 O 372/99 (Kart.), S. 4 (bisher nicht veröffentlicht); Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98, in: RdE 1999, S. 158, 160

*Fall aufeinander beziehen und die einander ergänzen und gegenseitig absichern, danach zu fragen, ob bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs heute und in Zukunft noch ein anzuerkennendes Interesse an diesen Vereinbarungen besteht.*⁹⁰⁵ Ein solches Interesse konnte das Gericht nicht erkennen, weil der Weiterverteiler - anders als beim Markenvertrieb - gerade keine zusätzlichen Leistungen zur Verkaufs- und Imageförderung vornehme. Zweck der Demarkation und der langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung sei allein die Fortschreibung der ehemals gesetzlich tolerierten - und mit der Reform des Energiewirtschaftsrechts abgeschafften - monopolisierten Versorgungsstrukturen. Für diese Zielsetzung konnte es nach Auffassung des Gerichts insbesondere vor dem Hintergrund der gesetzgeberisch gewollten Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes kein schützenswertes Interesse geben.⁹⁰⁶

b) Gesamtbetrachtung des LG Stuttgart

Ebenfalls eine Gesamtschau nahm das *LG Stuttgart* vor. Das Gericht hatte einen Gasliefervertrag zu beurteilen, der eine Gebietsschutzabrede, eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung und eine Laufzeit von 20 Jahren vorsah.⁹⁰⁷ Es konstatierte, dass die in dem Liefervertrag zwischen der "Gasversorgung Süddeutschland" und den "Stadtwerken Schwäbisch Hall" vereinbarte Gebietsschutzabrede und die langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung geeignet seien, den Wettbewerb im Versorgungsgebiet der Stadtwerke zu beschränken.⁹⁰⁸ Das Gericht bezog sich explizit nur auf die Beschränkung des Wettbewerbs inter partes und sah einen Verstoß gegen § 1 GWB deshalb als gegeben an, weil Gesamtbedarfsdeckung und Gebietsschutzabrede der Aufrechterhaltung der bisherigen Versorgungsstruktur dienen sollten. Das Gericht stellte entscheidend auf den Zweck der Vertragsklauseln ab, der seiner Auffassung nach in einer vertraglichen Zementierung der ehemals tolerierten Gebietsmonopole lag. Ähnlich wie das *LG Mannheim* prüfte auch das *LG Stuttgart*, ob für die wettbewerbsbeschränkende Abreden ein anzuerkennendes Interesse gegeben war und verneinte dies aus den selben Gründen wie schon das *LG Mannheim*.

c) Gesamtbetrachtung des OLG Düsseldorf

Auf die Entscheidung des *LG Mannheim* bezog sich auch das *OLG Düsseldorf*.⁹⁰⁹ Das Gericht hatte einen Gasliefervertrag zwischen den Stadtwerken Aachen und der Thyssengas zu beurteilen. Der Mitte 1997 geschlossene Vertrag enthielt eine beidseitige Gebietsschutzverpflichtung, eine faktische Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung und eine Meistbegünstigungsklausel. Als Vertragsende war das Jahr 2003 festgelegt. Auch das *OLG Düsseldorf* meinte, die verschiedene wettbewerbsrelevante Klauseln in dem Vertrag ließen sich in ihren Wirkungen nicht voneinander trennen, weil zwischen ihnen ein enger Zusammenhang bestehe.⁹¹⁰ Es prüfte deshalb für alle Klauseln gemeinsam, ob die Voraussetzungen des § 1 GWB vorliegen und ob im Sinne der "*Druckgußteile*"- und "*Bedside-Testkarten*"-Rechtsprechung des BGH unter Berücksichtigung der Freiheit des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse für die Gesamtheit aller vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen bestand. Es hob hervor, dass Gebietsschutzverpflichtungen und langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung und Meistbegünstigungsklausel die vertraglichen Mittel seien, um zur Aufrechterhaltung des Systems der geschlossenen

⁹⁰⁵ Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/99, in: RdE 1999, S. 158, 160.

⁹⁰⁶ Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/99, in: RdE 1999, S. 158, 160.

⁹⁰⁷ Urteil des LG Stuttgart vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00 (bisher unveröffentlicht).

⁹⁰⁸ Urteil des LG Stuttgart vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00, S. 11 (bisher unveröffentlicht).

⁹⁰⁹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 22, 23, 24 (bisher unveröffentlicht).

⁹¹⁰ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 1 ff (bisher unveröffentlicht).

Versorgungssysteme beizutragen.⁹¹¹ Dieses System sei aber mit dem Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes, "die Monopolstellung der Versorgungsunternehmen aufzubrechen und den brancheninternen Wettbewerb zu ermöglichen und zu fördern", nicht zu vereinbaren. Aus diesem Grund konnten die Beschränkungen dem Vertrag nach Ansicht des Gerichts nicht immanent sein.

d) Einzelfallbetrachtung des LG Rostock

Anders als die vorangegangenen Gerichte, nahm das LG Rostock eine Einzelbetrachtung eines Demarkationsvertrages und einer langfristigen Abnahmeverpflichtung vor. Das *LG Rostock* hatte einen Stromliefervertrag zwischen einem Regionalversorgungsunternehmen und einem Stadtwerk zu beurteilen.⁹¹² Der 1994 geschlossene Liefervertrag sah eine 100%-ige Abnahmeverpflichtung vor, von der die eigene Erzeugung und Stromeinspeisungen Dritter nach dem EEG nicht erfasst wurden.⁹¹³ Am selben Tag schlossen die Parteien außerdem einen Demarkationsvertrag, den sie in einer selbständigen Urkunde niedergelegt hatten und dessen Laufzeit mit der des Stromliefervertrages identisch war.

Das Gericht hielt den Demarkationsvertrag nach § 1 GWB für unwirksam.⁹¹⁴ Es meinte aber, dass dessen Unwirksamkeit keinerlei Auswirkung auf die über 20 Jahre laufende Abnahmeverpflichtung habe. Ein wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Zusammenhang sei nicht erkennbar. Die Abnahmeverpflichtung sei nach der Rechtsprechung des BGH als eine typische Vertikalvereinbarung nach § 16 GWB wirksam. Hinzu kam, dass das Gericht ohnehin davon ausging, dass es sich im konkreten Fall nicht um eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung handelte, weil der Abnehmer frei war, selbst Strom zu erzeugen und seinen Abnahmeverpflichtungen aus Stromeinspeisungen nachkommen durfte.⁹¹⁵ Schon aus diesem Grund kam eine Anwendung des § 1 GWB auf die Abnahmeverpflichtung nach Auffassung des Gerichts nicht in Frage.

e) Einzelfallbetrachtung des LG Leipzig

Auch im Rechtsstreit vor dem *LG Leipzig* ging es um einen Liefervertrag zwischen einem regionalen Energieversorgungsunternehmen und einem kommunalen, ausschließlich weiterverteilenden Energieversorgungsunternehmen.⁹¹⁶ Der Vertrag wurde im Jahre 1995 mit einer Laufzeit von 20 Jahren geschlossen und verpflichtete das kommunale Unternehmen, 70% seines Bedarfs beim Regionalversorger zu beziehen. Auch hier trafen die Parteien gleichzeitig eine, in einem gesonderten Schriftstück niedergelegte, gegenseitige Demarkationsabsprache. Der ursprüngliche Stromliefervertrag wurde 1998 durch zwei Nachtragsvereinbarungen ergänzt, von denen eine die Lieferung elektrischer Energie außerhalb der ursprünglich 70%-igen Bezugsquote über einen Zeitraum von zehn Jahren beinhaltete. Deren Inhalt führte - ausweislich der Entscheidungsgründe des Gerichts - zu einer faktischen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung des beklagten kommunalen Unternehmens.⁹¹⁷

Das Gericht prüfte die Wirksamkeit des 1995 geschlossenen Stromliefervertrages isoliert vom Demarkationsvertrag - nahm also ebenfalls eine Einzelbetrachtung vor. Außerdem trennte es die Zusatzvereinbarung aus dem Jahr 1998 von dem 1995 geschlossenen

⁹¹¹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 24 (bisher unveröffentlicht).

⁹¹² Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 1 ff (bisher unveröffentlicht).

⁹¹³ Siehe dazu schon oben, S. 76 ff.

⁹¹⁴ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 1, 13 (bisher unveröffentlicht).

⁹¹⁵ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 1, 18 f (bisher unveröffentlicht).

⁹¹⁶ Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 1 ff. (bisher unveröffentlicht).

⁹¹⁷ Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 8 (bisher unveröffentlicht).

Stromliefervertrag.⁹¹⁸ Eine Anwendung des § 1 GWB lehnte das Gericht mit der Begründung ab, dass es sich bei einer 70%-igen Abnahmequote nicht um eine Gesamtbedarfsdeckungsklausel handle. Auch eine Unwirksamkeit der Abnahmeverpflichtung, die sich - wie in dem Urteil des *LG Mannheim* aus dem Jahr 1998 - in Verbindung mit der am selben Tag getroffenen Demarkationsvereinbarung ergeben könnte, schloss das Gericht aus den selben Gründen wie das *LG Rostock* aus. Eine gesondert niedergelegte Demarkationsabrede konnte nach Auffassung des Gerichts nicht auf die Wirksamkeit der Abnahmeverpflichtung einwirken.⁹¹⁹

f) Meinungstand in der Literatur

Der Meinungsstand in der Literatur ähnelt dem der Rechtsprechung.

Schwintowski und *Klaue* folgern insbesondere aus der "ZVN"-Entscheidung, dass bei Elektrizitätslieferverträgen eine wettbewerbliche Gesamtbetrachtung erforderlich sei.⁹²⁰ Der BGH habe in dieser Entscheidung deutlich gemacht, dass es genüge, wenn eine Vertragsklausel im Zusammenspiel mit anderen Klauseln zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe. § 1 GWB sei deshalb bereits dann auf Gesamtbedarfsdeckungsklauseln anwendbar, wenn diese für sich allein oder erst mit anderen Vertragsbestimmungen zusammen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen.⁹²¹ Entscheidend sei auch bei Elektrizitätslieferverträgen, was die Wettbewerbsbeschränkung in dem wirtschaftlichen Regelungsgeflecht verschiedener Abreden ausmache.⁹²² § 1 GWB erfasse demnach nicht nur die gegenständliche Wettbewerbsbeschränkung, sondern das gesamte Regelungsgeflecht, das der Wettbewerbsbeschränkung diene und ohne das die Kernwettbewerbsbeschränkung nicht existieren könne.⁹²³ Diese Elemente seien Bestandteil einer Gesamtwettbewerbsbeschränkung.⁹²⁴

Auch *Rottbauer* hält eine Gesamtbetrachtung für erforderlich.⁹²⁵ Er meint allerdings, dass eine Gesamtbetrachtung zur Zulässigkeit von Demarkationsabrede und langfristiger Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung führen müsse, weil sich aus der von ihm als kartellrechtlich unbedenklichen angesehenen Gesamtbezugsverpflichtung auch die Wirksamkeit der Demarkation ergebe. Als Begründung dazu führt *Rottbauer* an, dass eine Demarkation angemessene Folge der Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung sei: Müsse das Verteilerunternehmen schon seinen gesamten Bedarf beim Lieferanten decken, so sei es selbstverständlich, dass das Lieferunternehmen nicht gleichzeitig in Konkurrenz zu diesem trete.⁹²⁶

Ebenso wie *Rottbauer*, sprechen sich *Baur* und *Büdenbender* dagegen aus, Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen und Demarkationen "en bloc" zu bewerten, weil diese Betrachtungsweise ihrer Ansicht nach zur Unwirksamkeit der wettbewerblich unbedenklichen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung führe.⁹²⁷ Hinzu komme, dass

⁹¹⁸ Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 7 f (bisher unveröffentlicht).

⁹¹⁹ Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 7 f (bisher unveröffentlicht).

⁹²⁰ *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, S. 1901, 1902

⁹²¹ *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, S. 1901, 1902.

⁹²² So auch *Klaue*, in: WuW 1983, S. 460, 463 f.

⁹²³ *Klaue*, in: WuW 1983, S. 460, 464; ähnlich auch *Markert*, in: FS für Büttner, S. 137, 146.

⁹²⁴ *Klaue*, in: WuW 1983, S. 460, 463.

⁹²⁵ *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145, 2149.

⁹²⁶ *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145, 2149.

⁹²⁷ *Baur*, in: FS für Sandrock, S. 35, 37; *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359, 371; (bisher unveröffentlicht); so auch *Scholz*, in: RdE 1998, S. 209, 214; *Lückenbach*, in: RdE 2000, S. 101, 106 f, die allerdings auf eine Gesamtbetrachtung überhaupt nicht eingehen. Für eine Trennung auch *Säcker/Jaecks*, S. 6, allerdings mit dem Ergebnis, dass die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung für sich bereits gegen § 1 GWB verstößt.

Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen von Demarkationen trennbar seien. Ihnen komme im Vertragsgefüge eine andere Funktion zu.⁹²⁸ Im übrigen widerspreche eine Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung des BGH in der *"Überlandwerk I"*-Entscheidung, in der dieser eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung als zulässig angesehen habe. Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen sollen daher nach dieser Auffassung allenfalls einer Missbrauchsaufsicht nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB unterliegen.⁹²⁹ Darüber hinaus gibt es aber auch noch eine weitere Stimme in der Literatur, die meint, dass auch die Demarkationsabrede nicht nach § 1 GWB unwirksam sei, sondern nur nach § 16 GWB kontrolliert werden könne.⁹³⁰ Eine Anwendung des § 1 GWB scheitere daran, dass im Sinne der BGH-Rechtsprechung ein anzuerkennendes Interesse für Demarkationen in Elektrizitätslieferverträgen bestehe.⁹³¹

5. Stellungnahme

Gerichte und Literatur kommen durch die Anwendung verschiedener Prüfungsmaßstäbe zu unterschiedlichen Ergebnissen. Im Rahmen der Stellungnahme ist daher zu untersuchen, welcher Prüfungsmaßstab unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH bei Elektrizitätslieferverträgen anzulegen ist und ob die vereinbarten Beschränkungen danach insgesamt, teilweise oder gar nicht § 1 GWB unterfallen.

a) Demarkationsabreden und Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen als Nebenabreden

Der BGH nimmt eine isolierte Prüfung wettbewerbsbeschränkender Abreden nur vor, wenn diese als Nebenabreden in einem Austauschvertrag vereinbart worden sind. In den beiden Entscheidungen aus dem Jahr 1997 setzt der BGH ausdrücklich voraus, dass *"Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen über gewerbliche Leistungen als Nebenabreden vereinbart (werden)"*.⁹³² Das bedeutet, dass eine Gesamtbetrachtung nicht ausgeschlossen ist, wenn Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr bloße Nebenabreden, sondern Hauptinhalt der Vereinbarung sind. In diesem Fall läge schon nach der bei Austauschverträgen sehr restriktiv wirkenden Gesamtvertragsbetrachtung ein Fall des § 1 GWB vor.⁹³³

In diese Richtung deutet die Auffassung des *LG Mannheim*. Denn das Gericht qualifizierte den Vertrag insgesamt als eine horizontale Vereinbarung. Das Gericht wertete die Wettbewerbsbeschränkungen als eine horizontale Gesamtwettbewerbsbeschränkung, nicht dagegen als Nebenabreden eines kartellrechtsneutralen Austauschvertrages. Es ging offenbar davon aus, dass der Elektrizitätsliefervertrag nichts anderes bewirken sollte, als den eigentlichen Kartellvertrag - nämlich eine insgesamt horizontale Vereinbarung - zu verschleiern. Dagegen spricht auch nicht, dass das Gericht selbst nach der Feststellung, dass es sich um eine insgesamt horizontale Vereinbarung handele, eine Anwendung des § 1 GWB auf Verträge, die in erster Linie dem Leistungsaustausch dienen, einschränkt.⁹³⁴ Insoweit liegt ein Widerspruch zu den vorangegangenen Ausführungen vor. Die Wettbewerbsbeschränkungen konnten danach gar keine Ergänzungen eines Austauschvertrages mehr sein.⁹³⁵ Nicht verständlich ist es unter diesen Umständen, warum

⁹²⁸ *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359, 371

⁹²⁹ *Baur*, in: FS für Sandrock, S. 35, 38.

⁹³⁰ *Büdenbender*, in: Schwerpunkte, S. 187.

⁹³¹ *Nelßen*, S. 162; *Kunth/Slabschi*, RdE 1997, S. 174; *Kühne*, in: BB 1997, Beilage 19 zu Heft 50, S. 1, 7; *Lückenbach*, in: RdE 2000, S. 101, 106.

⁹³² Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E 3115, 3118 *"Druckgußteile"*; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3125 *"Bedside-Testkarten"*.

⁹³³ *Salje*, in: ET 1999, S. 768, 771.

⁹³⁴ Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98, S. 5, RdE 1999, S. 159, 160.

⁹³⁵ Dazu *Seifert*, in: FS für Lieberknecht, S. 583, 595.

das *LG Mannheim* dennoch die Rechtsprechung des BGH zu Nebenabreden anwandte und ein anzuerkennendes Interesse für die verschiedenen Beschränkungen untersuchte. Denn die Rechtsprechung des BGH zum anzuerkennenden Interesse bei Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen passt nicht zu den vorhergehenden Ausführungen des Gerichts.⁹³⁶ Es kann kein anzuerkennendes Interesse an Verträgen geben, die nichts anderes als eine Marktaufteilung bezwecken und dieses Ziel durch einen Austauschvertrag nur verdecken wollen.⁹³⁷

Eine andere Frage ist allerdings, ob das *LG Mannheim* den Vertrag zurecht als eine insgesamt horizontale Vereinbarung eingestuft hat. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, wann Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen nicht mehr als Nebenabreden bezeichnet werden können. Jedenfalls liegt keine Nebenabrede vor, wenn die Wettbewerbsbeschränkung das Hauptziel des Vertrages ist. Ein Anhaltspunkt dafür wäre etwa, wenn die Parteien zwar formal einen Austauschvertrag geschlossen haben, es tatsächlich aber gar nicht zu einem Leistungsaustausch kommt.⁹³⁸ Hauptpflicht und damit Hauptziel ist ein Wettbewerbsverbot in einem Austauschvertrag aber auch dann, wenn es um ein Abkaufen von Wettbewerb geht.⁹³⁹ Darüber hinaus könnte eine Wettbewerbsbeschränkung Hauptziel des Vertrages sein, wenn der Vertrag zwar Grundlage für einen Leistungsaustausch ist, darüber hinaus aber gerade den Wettbewerb zwischen den Parteien beschränken soll. Gegen diese Sichtweise spricht allerdings, dass der BGH in der "*Sole*"-Entscheidung konstatiert hat, dass der Vertrag "auch und gerade" der Wettbewerbsbeschränkung dienen sollte und dennoch in erster Linie die Eröffnung des Badehauses ermöglichen sollte.⁹⁴⁰ Dies zeigt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt sein kann und trotzdem Nebenabrede bleibt, selbst wenn sie - wie in der "*Sole*"-Entscheidung - über das erforderliche Maß hinausgeht. Für die hier in Rede stehenden Elektrizitätslieferverträge spricht schon der Umstand, dass die Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkungen ohne einen Liefervertrag höchstwahrscheinlich nicht getroffen hätten, für die Einordnung als Nebenabrede. Ohne einen Leistungsaustausch hätte der Lieferant überhaupt kein Interesse an einer Gebietsschutzusage zugunsten der Vorlieferantin gehabt. Denn als finanzstarkes Unternehmen hätte er dem Abnehmer ohne weiteres Konkurrenz machen können und dies auch dann getan, wenn er mit der Konkurrenz des Abnehmers zu rechnen gehabt hätte. Demarkation und langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung sind daher als Nebenabreden zu einem Austauschvertrag einzustufen. Daher wäre grundsätzlich jede einzelne Klausel zu untersuchen. Dies könnte zur Folge haben, dass die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung als vertikale Abrede einzustufen wäre, weil sie nicht den Wettbewerb zwischen den Parteien beschränkt.

b) Keine Funktionseinheit zwischen den verschiedenen Nebenabreden

Etwas anderes könnte allerdings dann gelten, wenn die verschiedenen Nebenabreden eine Funktionseinheit darstellen und nur in ihrer Gesamtheit sachgerecht beurteilt werden können. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die "*ZVN*"-Entscheidung auf die vorliegende Problematik übertragen werden könnte wie *Schwintowski* und *Klaue* meinen.⁹⁴¹ Auch nach der Auffassung des *OLG Düsseldorf*, die verschiedenen Abreden kennzeichne ein Systemaspekt, liegt dies

⁹³⁶ Ähnlich auch *Markert*, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 260, 261: Bei dieser Sicht der einzelnen Verträge wäre eine zusätzliche Abwägung zur Ermittlung des anzuerkennenden Interesses am Bestand der vereinbarten Beschränkungen überflüssig.

⁹³⁷ *Keul*, S. 52.

⁹³⁸ *Keul*, S. 52.

⁹³⁹ *Karsten Schmidt*, S. 47.

⁹⁴⁰ Urteil des BGH vom 06.05.1997, BGH WuW/E BGH 3137, 3138 "*Sole*".

⁹⁴¹ *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, S. 1901, 1902

nahe. Zu untersuchen ist deshalb, ob der Prüfungsmaßstab, den der BGH in der "ZVN"-Entscheidung aufgestellt hat, auch bei Elektrizitätslieferverträgen gelten muss. In der "ZVN"-Entscheidung bestand eine Einheit zwischen den einzelnen Absprachen. Der kartellrechtsrelevante Sachverhalt konnte nur durch eine Gesamtschau beurteilt werden. Die horizontale Wettbewerbsbeschränkung folgte erst aus dem bezweckten systematischen Zusammenspiel der verschiedenen Verträge.⁹⁴² Erst der Gesellschafts-, der Vertriebsvertrag und die Lieferverträge gemeinsam erfüllten einen kartellrechtlichen Tatbestand.⁹⁴³ Jeder Vertrag für sich war dagegen kartellrechtlich nicht zu beanstanden.⁹⁴⁴ Die verschiedenen Verträge ergänzten einander gegenseitig zu einem wettbewerbsschädlichen Kartell.⁹⁴⁵ Eine zwingende Begründung, weshalb auch die vertraglichen Abreden des Elektrizitätsliefervertrages aus systematischen Gründen nur zusammen beurteilt werden können, liefern weder *Schwintowski* und *Klaue* noch das *OLG Düsseldorf*. Das *OLG Düsseldorf* betonte zwar immer wieder den engen wettbewerblichen Beziehungszusammenhang, der zu einer einheitlichen kartellrechtlichen Würdigung zwingt, ließ aber offen, was diesen Zusammenhang ausmachte und daher eine Abweichung von der Rechtsprechung des BGH in den "*Druckgußteile*", "*Bedside-Testkarten*" und "*Sole*"-Entscheidungen rechtfertigte.⁹⁴⁶

aa) Kein Funktionszusammenhang wegen gemeinsamer Verwirklichung eines Kartellrechtsverstößes

Gerade der systematische Aspekt in der "ZVN"-Entscheidung, der eine Gesamtbetrachtung erforderte, könnte von der hier zu erörternden Problematik abweichen. Denn die gegenseitige Gebietsschutzabrede schließt den Wettbewerb zwischen den Parteien für sich gesehen schon absolut aus. Verstößt die gegenseitige Demarkation isoliert schon gegen § 1 GWB, bedarf es der Heranziehung der Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung gar nicht, um § 1 GWB anzuwenden. In der "*Verbundnetz*"-Entscheidung hielt der BGH die Unwirksamkeit einer Demarkationsabsprache in einem Liefervertrag zwischen "*Wingas*" und "*VNG*" nach § 1 GWB für möglich. Der BGH führte insoweit aus, dass die Vertragsparteien auf der Handelsstufe im Wettbewerb miteinander stehen und die Demarkation dazu diene, eine gegenseitig werbende Tätigkeit der Vertragspartner auf dieser Ebene auszuschließen, also den Wettbewerb *inter partes* zu beschränken.⁹⁴⁷ Allerdings ließ es der BGH ausdrücklich offen, ob die Demarkation durch eine Anwendung des Immanenzgedankens gerechtfertigt sein könnte.⁹⁴⁸ An dieser Stelle ist also zu prüfen, ob die Demarkationsabrede der Immanenztheorie unterfällt - also ein anzuerkennendes Interesse für sie besteht.

Wie bereits beschrieben, gelangt das Kartellverbot nach der Immanenztheorie nicht zur Anwendung, wenn andernfalls die Funktionsfähigkeit anderer, von der Rechtsordnung anerkannter Rechtsinstitute oder Rechtsgeschäfte gefährdet würde.⁹⁴⁹ Diejenigen vertraglichen

⁹⁴² *Arndt*, in: BB 1977, S. 1377, 1378.

⁹⁴³ *Steindorff*, in: Beilage 3 zu Heft 8 BB 1979: Im "ZVN"-Sachverhalt erfüllt die Satzung den gemeinsamen Zweck, die Vertriebs- und Liefervereinbarungen ergeben die Wettbewerbsbeschränkung.

⁹⁴⁴ *Steindorff*, in: BB 1979, Beilage Nr. 3, S. 6.

⁹⁴⁵ Urteil des BGH vom 19.06.1975, BGH WuW/E BGH 1367, 1369 "ZVN".

⁹⁴⁶ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 22, 23, 24 (bisher unveröffentlicht); siehe dazu auch *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 772.

⁹⁴⁷ Urteil des BGH vom 28.09.1999, BGH WuW/E BGH DE - R 399, 403 "*Verbundnetz*".

⁹⁴⁸ Urteil des BGH vom 28.09.1999, BGH WuW/E BGH DE - R 399, 403 "*Verbundnetz*". *Lukes*, in: BB 1999, Beilage 8 zu Heft 21, S. 1, 10 hält es dagegen für möglich, dass die Immanenztheorie nach der Novellierung des § 1 GWB nicht mehr erforderlich ist.

⁹⁴⁹ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker* (2. Auflage), § 1 Rn. 164 f; *Fuchs*, S. 422; *Köhler*, in: BB 1996, S. 2577, 2579; *Christoph*: S. 177; *Seifert*, in: FS für Lieberknecht, S. 583, 590 f.

Nebenabreden, die zur Durchführung des kartellrechtsneutralen vertraglichen Hauptzwecks notwendig sind und demgemäss auch aus § 242 BGB oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitet werden könnten, müssen trotz ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung vom Kartellverbot ausgenommen werden.⁹⁵⁰ Die Anwendung der Immanenztheorie ist auch nach Inkrafttreten des neuen Freistellungstatbestandes des § 7 Abs. 1 GWB erforderlich.⁹⁵¹ § 7 Abs. 1 GWB ähnelt zwar Art. 85 Abs. 3 EG. Denn auch er ermächtigt die Kartellbehörde auf Antrag die Erlaubnis zu einem Vertrag der in § 1 GWB bezeichneten Art erteilen, wenn ausnahmsweise die Beschränkung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte es sich bei § 7 GWB jedoch nur um einen Auffangtatbestand zu den §§ 2 bis 6 GWB handeln.⁹⁵² Von einem Freistellungserfordernis für immanente Wettbewerbsbeschränkungen wollte man schon wegen des damit verbundenen großen Verwaltungsaufwandes absehen.⁹⁵³ Eine Angleichung an das EG-Recht war insoweit also nicht bezweckt - zumal das EG-Recht, wie oben bereits beschrieben wurde, selbst ein Bedürfnis für den Erlass einer sehr weit gefassten "Schirm-GVO" gesehen hat, um den zahlreichen Anmeldungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu entgegenen.

Welche konkreten Wettbewerbsbeschränkungen die Immanenztheorie zulässt, hängt zunächst davon ab, ob diese *conditio sine qua non* für die Durchführung des Vertrages sein müssen.⁹⁵⁴ Der BGH hat sowohl in der "*Spielkarten*"-Entscheidung⁹⁵⁵ als auch in der "*Druckgußteile*"-Entscheidung⁹⁵⁶ und der "*Bedside-Testkarten*"-Entscheidung⁹⁵⁷ gefordert, dass die Wettbewerbsbeschränkung sachlich geboten sein und im wesentlichen dem kartellrechtsneutralen Hauptzweck des Vertrages dienen müsse. Die Formulierung "im wesentlichen dienen" zeigt, dass § 1 GWB bereits dann nicht anwendbar sein soll, wenn die Wettbewerbsbeschränkung zwar nicht zwingend erforderlich, wohl aber zur Erreichung des Vertragszwecks förderlich ist. Deutlich zum Ausdruck kommt dies in der "*Sole*"-Entscheidung. Dort erklärt der BGH: "(...), dass im Einzelfall eine Wettbewerbsbeschränkung auch dann als hinnehmbar angesehen werden könne, wenn der Veräußerer selbst für einen gewissen Zeitraum ein Wettbewerbsverbot übernehme, sofern nur so die notwendige Konsolidierung des Erwerbs erreicht werden könne."⁹⁵⁸ Die Wettbewerbsbeschränkung dürfe aber nicht das in sachlicher und zeitlicher Hinsicht zulässige Maß überschreiten.⁹⁵⁹ Spätestens mit der "*Sole*"-Entscheidung hat der BGH den Immanenzgedanken also noch stärker ausgeweitet.⁹⁶⁰ Ein anzuerkennendes Interesse für die Wettbewerbsbeschränkung reicht aus.

Wie oben schon angedeutet, meint nun ein Teil der Literatur, dass vertikale Demarkationen von der Immanenztheorie gedeckt seien. Begründet wird dies unter anderem mit den erheblichen finanziellen Aufwendungen, die der Lieferant tätigen müsse, um eine Versorgung

⁹⁵⁰ Immenga, in: *Immenga/Mestmäcker* (2. Auflage), § 1, Rn. 165; Roth, in: *MünchKomm*, § 242, Rn. 156.

⁹⁵¹ Lohse, S. 155 f; Köhler, in: *WuW* 1999, S. 445, 450.

⁹⁵² Köhler, in: *WuW* 1999, S. 445, 450.

⁹⁵³ Köhler, in: *WuW* 1999, S. 445, 450, der außerdem zutreffend darauf hinweist, dass die Erzwingung einen längeren Rechtsstreit erfordern kann und deshalb die Parteien von vorneherein davon abhalten kann, bestimmte Kooperationen einzugehen.

⁹⁵⁴ Fuchs, in: *BB* 1993, S. 1893, 1894.

⁹⁵⁵ Urteil des BGH vom 27.05.1986, BGH *WuW/E* BGH 2285 ff "*Spielkarten*".

⁹⁵⁶ Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH *WuW/E* 3115, 3117 "*Druckgußteile*".

⁹⁵⁷ Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH *WuW/E* BGH 3121, 3123 "*Bedside-Testkarten*".

⁹⁵⁸ Urteil des BGH vom 06.05.1997, BGH *WuW/E* BGH 3137, 3138 "*Sole*".

⁹⁵⁹ Urteil des BGH vom 06.05.1997, BGH *WuW/E* BGH 3137, 3138 "*Sole*".

⁹⁶⁰ Karsten Schmidt, in: *Die AG* 1999, S. 551, 557.

des Abnehmers durchführen zu können. Schutz vor Konkurrenz sei deshalb erforderlich.⁹⁶¹ Die Novellierung des Energiewirtschaftsrechts zeigt jedoch, dass das Netzeigentum und der Netzausbau kein Hindernis für einen Durchleitungswettbewerb sein sollen. Investitions- und Netzerhaltungskosten sollen mit dem Durchleitungsentgelt abgegolten werden. Gegen ein anzuerkennendes Interesse für Demarkationen spricht vor allem auch, dass der Gesetzgeber die geschlossenen Versorgungsgebiete mit der Aufhebung der Freistellungsregelung des § 103 GWB a. F. beseitigen wollte - also offenbar von der Unwirksamkeit der Demarkationsabreden ausging.⁹⁶² Ein anzuerkennendes Interesse für vertikale Demarkationen scheidet auch aus diesem Grund aus.⁹⁶³ Weitere Gründe, die eine vertikale Demarkation als immanent rechtfertigen könnten - wie etwa eine besondere Markenpflege liegen im Bereich der Elektrizitätsversorgung nicht vor.⁹⁶⁴ Dies wurde im Rahmen der Prüfung, ob die "Schirm-GVO" anwendbar ist, bereits umfassend ausgeführt.⁹⁶⁵ Wettbewerbsbelebende Effekte, die mit vertikalen Demarkationen verbunden sein können, treten bei Demarkationen zwischen einem marktbeherrschenden Lieferanten und seinem Abnehmer ebenfalls nicht ein. Gleiches gilt für die Demarkation des Abnehmers. Denn auch er ist in seinem Versorgungsgebiet marktbeherrschend. Unter diesen Gesichtspunkten kann es folglich kein anzuerkennendes Interesse für Demarkationen geben.⁹⁶⁶

bb) Kein Funktionszusammenhang beim anzuerkennenden Interesse

Es gibt jedoch noch einen weiteren Ansatz, der eine Funktionseinheit zwischen den einzelnen Abreden begründen kann und gerade bei der Prüfung des anzuerkennenden Interesses relevant wird: Aus einer vertraglich vereinbarten Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung könnte sich - wie *Rottbauer* meint - gleichsam zwangsläufig ein Gebietsschutz zugunsten des Abnehmers ergeben.⁹⁶⁷ In diesem Fall müsste untersucht werden, ob die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung eine rechtlich zulässige Verpflichtung ist, die ein anzuerkennendes Interesse für die Demarkation begründet. Dies könnte auch das *LG Mannheim*, das *LG Stuttgart* und das *OLG Düsseldorf* zu einer Gesamtbetrachtung bei der Prüfung des anzuerkennenden Interesses bewogen haben. Gegen diesen Prüfungsmaßstab spricht jedoch, dass der BGH verschiedene Nebenabreden in einem Austauschvertrag jeweils für sich gesehen in das Verhältnis zum kartellrechtsneutralen Leistungsaustausch und nicht zur Bezugsbindung setzt.⁹⁶⁸ In den Entscheidungen "*Druckgußteile*" und "*Bedside-Testkarten*" hätte der BGH ansonsten nach der Feststellung, dass es sich bei der Bezugsbindung um eine zulässige Verpflichtung handele, fragen müssen, inwieweit diese Verpflichtung gerade durch die Wettbewerbsverbote abgesichert wird. Auch das *LG Mannheim* hat sich bei der Frage nach dem anzuerkennenden Interesse nur auf das fehlende Absatzmittlungsverhältnis zwischen Lieferantin und Weiterverteilin bezogen.⁹⁶⁹

Im übrigen ergibt sich - unterstellt man an dieser Stelle die Wirksamkeit der Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung - auch aus diesem Blickwinkel kein schützenswertes

⁹⁶¹ *Nelßen*, S. 162; *Kunth/Slabschi*, RdE 1997, S. 174; *Kühne*, in: BB 1997, Beilage 19 zu Heft 50, S. 1, 7; *Schwintowski*, in: WuW 1997, S. 769, 777 f; *Lückenbach*, in: RdE 2000, S. 101, 106.

⁹⁶² Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT.-Drs. 13/7274, S. 9, 10, 24; so auch *Salje*, in: ET 1999, S. 768, 770; *Baur*, in: RdE 1997, S. 41, 42.

⁹⁶³ *Börner*, in: ET 1999, S. 405, 410.

⁹⁶⁴ Siehe dazu schon oben, S. 42 ff.

⁹⁶⁵ Siehe oben, S. 43 ff.

⁹⁶⁶ *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145, 2149; *Salje*, in: ET 1999, S. 768, 770; *Baur*, in: RdE 1997, S. 41, 42, *Köhler*, in: WuW 1999, S. 445, 450; *Börner*, in: ET 1999, S. 405, 410.

⁹⁶⁷ So *Rottbauer*, in: BB 1999, S. 2145, 2149; ähnlich auch *Kühne*, in: FS für Sandrock, S. 537, 555.

⁹⁶⁸ So im Ergebnis auch *Baur*, in: FS für Sandrock, S. 35, 37.

⁹⁶⁹ Urteil des LG Mannheim, Az. 7 O 123/98, S. 6, RdE 1999, S. 159, 160.

Interesse an einer Demarkation. Denn die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung bewahrt den Abnehmer gerade davor, dass dieser keine Abnehmer für überschüssigen Strom findet. Sie verpflichtet ihn nur zur Abnahme des Stroms, den er auch tatsächlich benötigt. *Saecker/Jaecks* vertreten zwar die Auffassung, dass ein Interesse an einer Demarkation dann gerechtfertigt sein könne, wenn der Abnehmer Strom beziehen müsste, den er wegen der Aktivitäten seines Lieferanten im Vertragsgebiet nicht absetzen könnte.⁹⁷¹ Auch in diesem Fall stehen allerdings weniger einschneidende Mittel zur Verfügung, die ein anzuerkennendes Interesse an einer Demarkation auch bei einer Verpflichtung zur Abnahme fester Mengen ausschließen. So hat insbesondere das *Kammergericht* zutreffend ausgeführt, dass das Absatzrisiko des Abnehmers auf kartellrechtlich unbedenkliche Weise behoben werden könne, indem die vereinbarte Abnahmemenge um die im Wettbewerb nicht verkauften Mengen gekürzt werde.⁹⁷² Ein anzuerkennendes Interesse für Demarkationen kann es also auch unter diesen Umständen nicht geben.

Eine andere - davon zu trennende - Frage ist, ob der Abnehmer nur gerade wegen der Demarkation eine langfristige Bezugsverpflichtung eingegangen ist und aus der Unwirksamkeit der Demarkation daher auch die Unwirksamkeit der Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung folgt.

Anders als in den Fällen der kartellrechtlichen Funktionseinheit erfüllt die Gebietsschutzabrede die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB also vollständig. Einer Heranziehung der langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsklausel zur Begründung eines der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB bedarf es nicht, so dass die "ZVN"-Entscheidung - jedenfalls insoweit - nicht auf die vorliegende Problematik übertragen werden kann.⁹⁷³

cc) Kein Funktionszusammenhang wegen gemeinsamer Sicherung der exklusiven Versorgungsgebiete durch die verschiedenen Klauseln

Eine Funktionseinheit könnte jedoch deshalb anzunehmen sein, weil alle Klauseln das selbe Ziel haben - nämlich die zu Monopolzeiten bestehenden gesetzlich tolerierten Versorgungsstrukturen auch nach der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes durch ein System vertraglicher Klauseln festzuschreiben.⁹⁷⁴ Dieses gemeinsame Ziel kann jedoch nur dann ein Anwendungsfall der Funktionseinheit sein, wenn es gerade durch einen Verstoß gegen § 1 GWB erreicht wird. Werden die alten Monopolstrukturen dagegen durch eine Wettbewerbsbeschränkung zum Nachteil Dritter gesichert, ist § 1 GWB nicht anwendbar. Dies übersah insbesondere das *LG Mannheim*, das nicht einheitlich auf eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen Lieferantin und Weiterverteiler abstellte, sondern in erster Linie aus der Beschränkung des Wettbewerbs zwischen der Lieferantin und deren Konkurrenten einen Verstoß gegen § 1 GWB schloss. Es liegt deshalb nahe - und wird auch durch die Bezugnahme des Gerichts auf die "Sole"-Entscheidung bestärkt -, dass das Gericht als tatbestandsmäßige horizontale Beschränkung auch eine mittelbare horizontale Beschränkung - also die Beschränkung zwischen der Lieferantin und ihren Konkurrenzunternehmen - ansah und aus diesem Grund von einer horizontalen Wettbewerbsbeschränkung ausging.⁹⁷⁵ Die Beschränkung von Drittwettbewerb reicht aber, wie oben dargestellt, für die Einschlägigkeit des § 1 GWB nicht aus.

⁹⁷¹ *Saecker/Jaecks*, S. 39 f (bisher unveröffentlicht).

⁹⁷² Beschluss des Kammergerichts vom 14.02.1996, Kart. 6/95, RdE 1997, S. 27, 28.

⁹⁷³ *Baur*, in: FS für Sandrock, S. 35, 37.

⁹⁷⁴ In diese Richtung tendiert *Börner*, in: ET 1999, S. 405, 410.

⁹⁷⁵ *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, § 1, Rdnr. 143.

c) Keine Intensivierung der Wettbewerbsbeschränkung bei wirksamer Demarkationsabrede

Die Gesamtbedarfsdeckungsklausel könnte jedoch deshalb Teil einer Gesamtwettbewerbsbeschränkung sein, weil sie die Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Parteien noch intensiviert und über die Wettbewerbsbeschränkung hinausgeht, die bereits durch die Gebietsschutzabrede allein bezweckt oder bewirkt wird. Die Wettbewerbsbeschränkung, die von einer langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsabrede und einer Demarkation gemeinsam ausgeht, müsste bei einer Gesamtbetrachtung eine andere Dimension erreichen.⁹⁷⁶ An dieser Stelle werden also die Kriterien relevant, die der BGH in der "*Wegenutzungsrecht*"-Entscheidung aufgestellt hat. Dort scheiterte eine Anwendung von § 1 GWB auf die einzelnen Vertragsbestandteile an § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. Gemeinsam überschritten die Vertragsklauseln dagegen den Umfang einer freigestellten Wettbewerbsbeschränkung, da sie im Ergebnis auf einen mehr als 20 Jahre bestehenden ausschließlichen Konzessionsvertrag hinausliefen.

Wie eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung eine Verstärkung der Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Parteien bezwecken oder bewirken kann, ließen sowohl das *LG Mannheim* und das *LG Stuttgart* wie auch das *OLG Düsseldorf* offen, obgleich sich insbesondere das *LG Stuttgart* auf eine Verstärkung der Wettbewerbsbeschränkung inter partes durch die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung stützte.⁹⁷⁷

Bestimmt der Vertrag neben der Gesamtbezugsverpflichtung, dass die Vertragspartner im jeweiligen Versorgungsgebiet des anderen nicht tätig werden dürfen, so ist der Wettbewerb zwischen den Parteien bereits durch die gegenseitige Gebietsschutzabrede vollkommen ausgeschlossen. Denn diese hindert den Lieferanten daran, im Gebiet des Abnehmers - und den Abnehmer im Gebiet des Lieferanten - tätig zu werden.⁹⁷⁸ Da die Demarkation regelmäßig an die Laufzeit des Liefervertrages geknüpft ist - oder jedenfalls die Laufzeit des Liefervertrages die Laufzeit der Demarkation nicht überschreitet, kann eine Verstärkung der Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Parteien durch die Gesamtbedarfsdeckungspflicht gar nicht mehr eintreten.⁹⁷⁹ Der Umstand, dass der Abnehmer keinen Anspruch gegen den Lieferanten auf Bereitstellung von Strom hat, mit dem der Abnehmer Kunden in dem zugunsten des Lieferanten demarkierten Gebiet beliefert, genügt insoweit nicht. Denn derartige Belieferungen waren schon allein durch die Demarkationsabrede ausgeschlossen. Auch die Beschränkung des Absatzwettbewerbs zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer wirkt sich erst dann aus, wenn die Demarkation zugunsten des Abnehmers entfällt.⁹⁸⁰ Eine mittelbare Beschränkung des Wettbewerbs auf der Absatzebene durch die Einschränkung der Bezugsmöglichkeiten scheidet deshalb aus.

Eine Verstärkung der horizontalen Wettbewerbsbeschränkung kann durch eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung allenfalls dann eintreten, wenn die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung zugleich ein Verbot zur eigenen Stromerzeugung enthält. Denn in diesem Fall schließt die Verpflichtung nicht nur den Wettbewerb auf der

⁹⁷⁶ Von Jagow, S. 9.

⁹⁷⁷ Urteil des LG Stuttgart vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00, S. 11.

⁹⁷⁸ Dies erkennt wohl auch Markert, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 260, 261, der es für vertretbar hält, die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung, die von einer Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung bei wirksamer Demarkation ausgeht, abzulehnen.

⁹⁷⁹ Im Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, S. 24 (bisher unveröffentlicht) heißt es deshalb auch: "Sollte man in den verbleibenden drei wettbewerbsbeschränkenden Abreden (Demarkation zugunsten der Abnehmerin, Meistbegünstigungsklausel und langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung, Einfügung der Verfasserin) das Schwergewicht nunmehr in Vertikalvereinbarungen sehen, auf die von nun an nur noch § 16 GWB anwendbar wäre...".

⁹⁸⁰ Siehe dazu oben, S. 62 f.

Handelsebene sondern auch den Wettbewerb auf der Erzeugungsebene aus. In diesem Fall müsste der Händler aber zumindest potentieller Wettbewerber auf der Erzeugungsebene sein. Dies ist - ähnlich wie bei Art. 81 Abs. 1 EG - auch bei § 1 GWB nur dann der Fall, wenn ein Markteintritt innerhalb eines gewissen Zeitraums objektiv möglich und subjektiv wahrscheinlich ist.⁹⁸¹ In keiner der Gerichtsentscheidungen war ein Wettbewerbsverhältnis auf der Erzeugerebene vorgetragen worden, so dass hier von nur Einzelfälle betroffen sein dürften. Aber auch dann, wenn der Wettbewerb auf der Erzeugungsebene durch die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung ausgeschlossen wird, ist weiter zu prüfen, ob diese Wettbewerbsbeschränkung so spürbar ist, dass sie tatsächlich § 1 GWB unterliegt. Da eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung, die den Wettbewerb auf der Erzeugerebene spürbar ausschließt, auch ohne eine Demarkation den Tatbestand des § 1 GWB erfüllen würde, ist ohnehin fraglich, ob in diesem Fall nicht zunächst eine isolierte Prüfung der einzelnen Abreden vorgenommen werden sollte. Da sich zeigen wird, dass die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung auch ohne eine Beschränkung des Wettbewerbs auf der Erzeugerebene unwirksam ist, soll dieser Sonderfall zunächst außer Betracht bleiben.

Auch wenn kein Wettbewerbsverhältnis auf der Erzeugerebene besteht, kann eine von den Parteien bezweckte Verstärkung der Wettbewerbsbeschränkung eintreten, wenn die Parteien sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst waren, dass die Demarkationsvereinbarung mit der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes unwirksam sein würde.⁹⁸² Denn in diesem Fall liegt es nahe, dass die langfristige Bezugsbindung die Funktion der unwirksamen Demarkationsverpflichtung übernehmen sollte. Die Parteien bezweckten dann, die unwirksame Demarkationsabrede durch die langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung zu ersetzen. Dabei handelt es sich allerdings nicht um ein Tatbestands-, sondern um ein Rechtsfolgenproblem der Anwendung des § 1 GWB auf die Demarkationsverpflichtung, das unten noch ausführlich behandelt wird.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass sich das vorliegende Problem von den Sachverhalten, die der "ZVN"- Entscheidung und den "Wegenutzungsrecht"- Entscheidungen zugrunde lagen, unterscheidet und in Literatur und Rechtsprechung keine zwingenden Gründe für eine Abweichung von einer Einzelfallbetrachtung vorgebracht worden sind.

d) Unwirksamkeit der langfristigen Bezugsverpflichtung als Rechtsfolgenproblem der unwirksamen Demarkation

Da kein Fall einer tatbestandlichen Funktionseinheit vorliegt, muss nach der "Druckgußteile" und "Bedside-Testkarten"-Rechtsprechung des BGH jede einzelne Abrede gesondert an der Vorschrift des § 1 GWB gemessen werden.

Auf diese Weise gelangt der BGH bereits in der „Überlandwerk I“-Entscheidung zu dem Ergebnis, dass eine Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung eine zulässige Verpflichtung sei. So prüfte der BGH die Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung getrennt von dem Versorgungsverzicht des Lieferanten.⁹⁸³ Dort hatte sich eine Weiterverteilerin gegenüber einem Lieferanten dazu verpflichtet, während der Dauer des zwischen ihnen bestehenden Elektrizitätslieferungsvertrages den gesamten Strom vom Lieferanten zu beziehen. Dieser hatte sich wiederum verpflichtet, im Versorgungsgebiet der Weiterverteilerin keine eigene Versorgungstätigkeit aufzunehmen. Den Versorgungsverzicht hielt das Gericht wegen der

⁹⁸¹ *Immenga*, in: WuW 1985, S. 453, 463; *Keul*, S. 190 ff.

⁹⁸² In diese Richtung weist auch die Bemerkung von *Salje*, in: ET 1999, S. 768, 770, dass es älteren Stromlieferverträgen immanent gewesen sein mag, dass sie auf der Basis des damals geltenden Rechtes die Tendenz hatten, den Ausschließlichkeitscharakter intensiv abzusichern.

⁹⁸³ Urteil des BGH vom 27.10.1969, BGH WuW/E BGH 1049 f "Überlandwerk I".

Freistellungsregelung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. für wirksam. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass der Versorgungsverzicht ohne die freistellende Regelung von § 1 GWB erfasst worden wäre. Auf die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Gesamtbedarfsdeckungsklausel ging der BGH dagegen nicht näher ein. Er bemerkte lediglich am Rande, dass dies eine rechtlich zulässige Verpflichtung sei, die nicht von § 1 GWB erfasst werde, so dass es auch nicht schädlich war, dass diese Verpflichtung nicht nach § 103 Abs. 3 GWB a.F. angemeldet wurde.⁹⁸⁴ Eine Gesamtschau der wettbewerbsbeschränkenden Abreden hielt das Gericht also nicht für geboten.⁹⁸⁵ Vergleicht man diese Entscheidung mit der *"Fertigbeton"*-Entscheidung, so ergibt sich scheinbar ein Widerspruch. Denn die Sachverhalte unterschieden sich - abgesehen von dem Vertragsgegenstand - nicht voneinander. Anders als in der *„Überlandwerk I“*-Entscheidung hielt das Gericht die Bezugsverpflichtung allerdings wegen des Zusammenhangs mit dem Wettbewerbsverbot der Sandhandlung für unwirksam. Es stellt sich deshalb die Frage, wie diese beiden Entscheidungen miteinander in Einklang gebracht werden können. Wesentlicher Unterschied war, dass das Wettbewerbsverbot der Sandhandlung nicht vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt und deshalb unwirksam war. Diese Unwirksamkeit schlug auf die Bezugsverpflichtung durch. Die Unwirksamkeit ergab sich also nicht daraus, dass die beiden Vertragsverpflichtungen zusammen gegen § 1 GWB verstießen, sondern sie folgte aus der Unwirksamkeitserstreckung des § 1 GWB auf die Bezugsverpflichtung. Das Wettbewerbsverbot wäre demgegenüber auch ohne die Bezugsverpflichtung unwirksam gewesen.⁹⁸⁶ Die Unwirksamkeit der Bezugsverpflichtung ergab sich dagegen nicht aus einem Verstoß gegen das Kartellverbot selbst, sondern aus der Anwendung des § 1 GWB auf das Wettbewerbsverbot.⁹⁸⁷ Dies erklärt auch, weshalb der BGH in der *"Fertigbeton"*-Entscheidung die Bezugsverpflichtung am Anfang seiner Entscheidungsgründe zunächst als rein vertikale Abrede im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. eingestuft hat.

Wäre der Versorgungsverzicht des Lieferanten nicht vom Kartellverbot freigestellt gewesen, so hätte der BGH auch in der *„Überlandwerk I“*-Entscheidung darüber urteilen müssen, ob die Unwirksamkeit des Versorgungsverzichts auf die Bezugsverpflichtung insgesamt durchschlägt.⁹⁸⁸

Diese Sichtweise bestätigt auch die neuere Rechtsprechung des BGH. Denn in den oben bereits dargestellten Entscheidungen *"Druckgußteile"* und *"Bedside-Testkarten"* prüfte der BGH die Anwendbarkeit des § 1 GWB auf Wettbewerbsverbote und Bezugsbindungen jeweils getrennt voneinander. Bei jeder einzelnen Klausel des Austauschvertrages prüfte der BGH, ob sie für sich genommen zur Erreichung des kartellrechtsneutralen Austauschverhältnisses erforderlich war.⁹⁸⁹ Auch hier stufte er die Bezugsbindungen als generell vertikale Vertragsklauseln ein, da sie nach Auffassung des Gerichts nur das Äquivalent für die ständige Lieferbereitschaft der Lieferanten darstellten.⁹⁹⁰ Zu einer Anwendbarkeit des § 1 GWB auf die Bezugsverpflichtung wäre der BGH jedoch dann gelangt, wenn er die gegenseitigen Wettbewerbsverbote der Unternehmen als Verstoß gegen §

⁹⁸⁴ Urteil des BGH vom 27.10.1969, BGH WuW/E BGH 1049, 1050 *„Überlandwerk I“*.

⁹⁸⁵ So auch *Steinberg/Britz*, S. 52.

⁹⁸⁶ So auch *Belke*, in: ZHR 143 (1979), S. 74, 81.

⁹⁸⁷ Auch in der *"Spielkarten"*-Entscheidung hat der BGH eine Bezugsbindung nur deshalb als Verstoß gegen § 1 GWB angesehen, weil das Vertriebsunternehmen gleichzeitig auch auf der Produktionsstufe tätig war. Aus diesem Grund schränkte die Bezugsbindung den Wettbewerb auf horizontaler Ebene - nämlich auf der Herstellerebene ein; vgl. Urteil des BGH vom 27.05.1986, WuW/E BGH 2285, 2287.

⁹⁸⁸ Dies übersieht *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 355, 372.

⁹⁸⁹ *Baur*, in: FS für Sandrock, S. 35, 36.

⁹⁹⁰ Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3115, 3118 *"Druckgußteile"*; Urteil des BGH vom 17.01.1997, BGH WuW/E BGH 3121, 3123 *"Bedside"*.

1 GWB angesehen hätte und aus der Rechtsfolge des § 1 GWB auch die Unwirksamkeit der Bezugsbindung hätte folgen müssen. Diesen Aspekt übersahen das *LG Rostock und das LG Leipzig*, die eine Anwendung von § 1 GWB auf die Bezugsverpflichtungen mit dem Hinweis ablehnten, dass es sich hierbei um typische Ausschließlichkeitsbindungen im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 2 GWB handele, obwohl beide Gerichte zuvor konstatiert hatten, dass die gegenseitigen Demarkationen nach § 1 GWB unwirksam seien.⁹⁹¹

Für die Beurteilung, ob sich aus der Rechtsfolge des § 1 GWB die Unwirksamkeit einer im Vertragsgefüge vertikalen Abrede ergibt, gibt es zwei verschiedene Anknüpfungspunkte: Einerseits kann die langfristige Bezugsverpflichtung Folge der zwischen den Parteien getroffenen Demarkationsabrede sein. Andererseits kann die langfristige Bezugsverpflichtung aber auch Folge des Demarkationsvertrages zwischen den Vorlieferanten untereinander sein.

Mit der Demarkation verpflichten sich die Parteien zu einem gegenseitigen Konkurrenzschutz. Sie können auf diese Weise ein Tätigwerden des Vertragspartners im Versorgungsgebiet des anderen verhindern. Erst durch die Gebietsschutzzusage ist der Abnehmer dazu gewillt, seinen gesamten Bedarf langfristig bei einem Lieferanten zu decken und sich ausschließlich an diesen zu binden.⁹⁹² Zu der langfristigen Bezugsbindung kommt es also deshalb, weil der Abnehmer nicht damit rechnen muss, dass der Vorlieferant sich gleichfalls um die Versorgung der Endverbraucher in dem betreffenden Gebiet bemüht.⁹⁹³ Die Demarkation ist also subjektive Voraussetzung für den Abschluss der langfristigen Bezugsbindung. Ist sie unwirksam, folgt daraus auch die Unwirksamkeit der langfristigen Gesamtbedarfsverpflichtung. Denn die Unwirksamkeit des § 1 GWB muss sich auf diejenigen Vertragsklauseln erstrecken, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung zu einer Beeinflussung der Marktverhältnisse beitragen.⁹⁹⁴ Dies gilt nicht nur für tatsächliche Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen, sondern noch viel mehr für langfristig mengenmäßig festgelegte Abnahmeverpflichtungen, die einen wesentlichen Teil des Bedarfs des Abnehmers ausmachen und sich an dem ehemals geschlossenen Versorgungsgebiet orientieren. Denn diese ging der Abnehmer nur ein, weil er sich langfristig sicher sein durfte, dass der Lieferant nicht in Wettbewerb zu ihm tritt. Entgegen der vom *LG Leipzig* vertretenen Auffassung macht es dabei auch keinen Unterschied, wenn die Demarkation in einem selbständigen Vertrag niedergelegt ist. Denn es kommt insoweit nur auf den gewollten Zusammenhang an, der in dem vom *LG Leipzig* zu beurteilenden Vertrag schon dadurch offenbar wurde, dass beide Verträge am selben Tag abgeschlossen wurden.⁹⁹⁵

Erkannt hat dies wohl das *LG Frankfurt*, das einen kartellrechtlichen Verstoß der Gesamtbedarfsdeckungsklausel nicht zusammen mit der Demarkationsabrede prüfte, sondern die Unwirksamkeit erst in der Rechtsfolge der kartellrechtswidrigen Demarkationsvereinbarung begründet sah.⁹⁹⁶ Auch das *OLG Karlsruhe* hatte als Vorinstanz in der *"Bedside-Testkarten"*-Entscheidung konstatiert, dass die von ihm nach § 1 GWB als nichtig angesehene Kundenschutzzusage nach § 139 BGB auch zur Unwirksamkeit der

⁹⁹¹ Urteil des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 20 (bisher unveröffentlicht), Urteil des LG Leipzig vom 04.08.2000, Az. 06HK O 10272/99, S. 9 (bisher unveröffentlicht).

⁹⁹² *Büdenbender*, in: *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, § 103, Rdnr. 119.

⁹⁹³ So ausdrücklich *Büdenbender*, in: *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, § 103, Rdnr. 119.

⁹⁹⁴ *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, (2. Auflage), § 1, Rdnr. 11: § 1 GWB dient dem Ziel, Marktverhältnisse zu erhalten, die durch die Wettbewerbsbeschränkung unbeeinflusst bleiben.

⁹⁹⁵ *Büttner/Däubler*, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 210, 212 f.

⁹⁹⁶ Urteil des LG Frankfurt am Main vom 28.07.2000, Az. 3/12 O 94/00, S. 7 (bisher unveröffentlicht); auch das OLG Karlsruhe, in WuW/E OLG 5478, 5484 folgerte in der *„Bedside-Testkarten“*-Entscheidung die Unwirksamkeit der Bezugsbindung wegen der Nichtigkeit des Wettbewerbsverbotes aus § 139 BGB.

Alleinbezugsverpflichtung führen müsse.⁹⁹⁷ Die beiden wettbewerbsbeschränkenden Klauseln stünden in derart engem Zusammenhang, dass "mit der Unwirksamkeit der einen Klausel auch die Wirksamkeit der anderen Klausel entfalle".⁹⁹⁸ Beide Gerichte übersahen allerdings, dass sich die Unwirksamkeit nicht erst aus der Rechtsfolge des § 139 BGB ergeben kann, sondern wegen des wettbewerblichen Zusammenhangs schon aus der Rechtsfolge des Kartellverbots selbst folgen muss. Denn der wettbewerbliche Schutz kann nicht vom Willen der Parteien abhängig sein.⁹⁹⁹ Dies wäre aber die Konsequenz einer Anwendung von § 139 BGB, der unter Umständen durch salvatorische Klauseln abbedungen werden kann.

Die langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung muss aber auch deshalb von § 1 GWB erfasst werden, weil sie sich als zunächst vertikale Bezugsbindung zu einer horizontalen Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Vertragspartnern wandeln kann, wenn die Demarkationsabrede unwirksam ist.¹⁰⁰⁰ Denn zum einen können die Parteien von vorneherein beabsichtigt haben, dass die langfristige Bezugsverpflichtung die mit der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes unwirksam werdende Demarkationsverpflichtung ersetzen und einen Markteintritt des Vorlieferanten im Gebiet des Weiterverteilers verhindern soll. So orientierten sich nach Auffassung des *LG Stuttgart* zum Beispiel die Lieferantin und die Abnehmerin auch nach dem Wegfall der Freistellung vom Verbot von Demarkationsvereinbarungen und der mündlichen Aufhebung der Demarkationsverpflichtungen an den alten Versorgungsstrukturen.¹⁰⁰¹ Dies genügt für eine Anwendung des § 1 GWB. Denn seit der Aufgabe der Gegenstandstheorie steht fest, dass Wettbewerbsbeschränkungen bereits dann erheblich sein können, wenn sie zwar nicht Gegenstand des Vertrages selbst sind, wohl aber durch die gemeinsame Erwartung auf das kaufmännisch vernünftige Verhalten der Vertragspartner den Zielvorstellungen der Parteien entsprechen.¹⁰⁰² Es ist zumindest möglich, dass die Parteien - vorausgesetzt ihnen waren zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die konkreten Liberalisierungspläne des Elektrizitätsmarktes bekannt - einen Weg finden wollten, um die bisherige Versorgungsstruktur aufrechtzuerhalten. Dazu bot sich eine langfristige Bezugsbindung an. Auf diese Weise konnte der Lieferant langfristig die Bezugspreise des Abnehmers gestalten und damit eine Konkurrenzfähigkeit in seinem Versorgungsgebiet verhindern. Andererseits konnte so das Interesse des Lieferanten an einer eigenen Tätigkeit im Versorgungsgebiet des Abnehmers geschmälert werden, da er durch die Bezugsbindung ohnehin von dessen Verkäufen profitieren konnte. Dieser Umstand ist insbesondere bei Lieferverträgen, die nach Inkrafttreten der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität Lieferverträge abgeschlossen worden sind, bedeutsam. Denn zu diesem Zeitpunkt mussten die Parteien mit der Unwirksamkeit ihrer Demarkationsabreden rechnen. Dass diese nicht mit den Zielen eines liberalisierten Elektrizitätsmarktes vereinbar sein konnten, war den Unternehmen bekannt. Vereinbarten sie dennoch langfristige Gesamtbedarfsdeckungen, liegt es nahe, dass sie eine Regelung finden wollten, mit der sie die bisher gesetzlich abgesicherten Strukturen weiterführen konnten. Dieses Ziel konnten sie mit einer langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung erreichen. Aus diesem Blickwinkel ist auch das insbesondere von *Büdenbender* angeführte Argument, die kartellrechtliche Zulässigkeit von langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsklauseln hinge davon ab, ob die Demarkationen vor Inkrafttreten der

⁹⁹⁷ Urteil des OLG Karlsruhe vom 28.06.1995, WuW/E OLG 5478, 5484.

⁹⁹⁸ Urteil des OLG Karlsruhe vom 28.06.1995, WuW/E OLG 5478, 5484.

⁹⁹⁹ So auch Urteil des OLG Frankfurt vom 28.03.1968, WuW/E OLG 945, 948 f.

¹⁰⁰⁰ In diese Richtung weist auch die Auffassung von *Becker*, in: ZNER 1997, S. 12, 14:

Ausschließlichkeitsbindungen und Bedarfsdeckungsverpflichtungen, die an die Stelle von Demarkationen treten, können Elemente eines horizontalen Gebietsschutzes aufweisen.

¹⁰⁰¹ Urteil des LG Stuttgart vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00, S. 11.

¹⁰⁰² So *Schwintowski*, in: Erdgasmärkte, S. 69.

Energierechtsreform aufgehoben wurden oder nicht¹⁰⁰³, nicht stichhaltig. Die Aufhebung spricht eher dafür, dass die langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung von der Unwirksamkeit der Demarkation an eine dem Gebietsschutz ähnelnde Funktion einnehmen sollte. Mit der Unwirksamkeit der Demarkation wandelte sich die zunächst vertikale langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung zu einer bezweckten horizontalen Gebietsschutzabrede. Insofern ist es also zutreffend, dass die langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung die Demarkationsverpflichtung absichert.¹⁰⁰⁴ Sie sichert allerdings nicht die Wettbewerbsbeschränkung bei wirksamer Demarkation, sondern ersetzt die Funktion der Demarkation, wenn diese unwirksam wird.

Sollte man diesen Zweck im Einzelfall nicht nachweisen können, so steht jedenfalls fest, dass der Wegfall Demarkation zugunsten des Abnehmers dazu führt, dass die vertikale Bezugsbindung nunmehr mittelbar horizontale Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Abnehmer und dem Lieferanten entfalten kann. Denn ohne die Demarkationsabrede steht der Lieferant in vollem Wettbewerb zum Abnehmer. Ist dieser in seinen Bezugsmöglichkeiten auf den Lieferanten beschränkt, wirkt sich die Bindung auf einen nunmehr möglichen Absatzwettbewerb zwischen den Parteien aus.¹⁰⁰⁵ Die Unwirksamkeit der langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung muss sich also in jedem Fall aus der Rechtsfolge der nach § 1 GWB unwirksamen gegenseitigen Gebietsschutzabgrenzung ergeben.

Damit ist auch geklärt, weshalb die Unwirksamkeit von Gesamtbedarfsdeckungsklauseln vor Inkrafttreten der Energierechtsreform nicht in Erwägung gezogen wurde, obwohl langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen nicht von § 103 Abs. 1 GWB a.F. erfasst wurden: Ihre Unwirksamkeit war nur bei Unwirksamkeit der Demarkation möglich. Demarkationen waren aber durch § 103 GWB a.F. vom Kartellverbot freigestellt.¹⁰⁰⁶ Das *OLG Düsseldorf* und die *LG Mannheim* und *Stuttgart* sind daher im Ergebnis zurecht von der Unwirksamkeit der Gebietsschutzabrede und der gegenseitigen Demarkationen ausgegangen. Die Unwirksamkeit ergab sich allerdings nicht aus einer tatbestandlichen Gesamtbetrachtung im Sinne der BGH-Rechtsprechung, sondern aus der Rechtsfolge der unwirksamen Demarkation.

e) Elektrizitätslieferverträge als Folgeverträge einer unwirksamen horizontalen Demarkation der Vorlieferanten

Es ist aber auch denkbar, dass ein Vertrag insgesamt unwirksam ist, weil er sich als Folge einer Horizontalbindung zwischen dem Vertragspartner und einem Dritten darstellt. Bei Elektrizitätslieferverträgen könnte dies dann der Fall sein, wenn der Vertrag das Ergebnis des gegenseitigen Wettbewerbsausschlusses zwischen den Vorlieferanten, also der nach § 1 GWB unwirksamen horizontalen Demarkationen, ist.¹⁰⁰⁷

Langfristige Gesamtbedarfsdeckungsklauseln beruhen zumindest auch auf gegenseitigen Demarkationsverträgen der Vorlieferanten, die eine Tätigkeit im Gebiet des jeweiligen Vertragspartners ausschlossen.¹⁰⁰⁸ Denn das "Ob" des Vertrages war durch die horizontalen

¹⁰⁰³ *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 355, 372. Auf dieses Argument stützt sich auch *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 772.

¹⁰⁰⁴ So *Schwintowski/Klaue*, in: BB 2000, 1901, 1902 f.

¹⁰⁰⁵ Siehe zur Einschränkung des Nachfragewettbewerbs oben, S. 60 f.

¹⁰⁰⁶ *Markert*, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 260, 261 weist außerdem darauf hin, dass Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen sonst gemäß § 103 Abs. 3 GWB bei der zuständigen Kartellbehörde hätten angemeldet werden müssen.

¹⁰⁰⁷ *Karsten Schmidt*, S. 150.

¹⁰⁰⁸ So ausdrücklich auch *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 359.

Demarkationen der Vorlieferanten bereits vorbestimmt.¹⁰⁰⁹ Die Vertragsnetze der Vorlieferanten bilden in ihrer Gesamtheit das Ergebnis der verbotenen gegenseitigen Demarkation. Sind sie wirksam, besteht die gegenseitige Demarkation der Vorlieferanten faktisch weiter. Nach dem Wegfall der Demarkationen der Vorlieferanten ist die Wirkung der Bezugsbindung eine andere als vorher, da dem Abnehmer grundsätzlich auch andere Lieferanten zur Auswahl stehen.¹⁰¹⁰ Zwar sind Verträge, die Kartellmitglieder mit Dritten abschließen als sog. echte Folgeverträge grundsätzlich wirksam.¹⁰¹¹ Denn der unbeteiligte Dritte soll nicht mit der Unwägbarkeit belastet werden, ob das Kartellverhalten seines Lieferanten rechtmäßig ist.¹⁰¹² Die Wirksamkeit von Folgeverträgen beruht also auf dem Schutz der nicht am Kartell beteiligten Dritten. Die Unwirksamkeit nach § 1 GWB darf nicht unabhängig von ihrem Willen eintreten.¹⁰¹³ Berufen sich Dritte demgegenüber ausdrücklich auf die Unwirksamkeit, steht einer Erstreckung des § 1 GWB auf den Folgevertrag nichts entgegen. Ausnahmsweise käme danach die Unwirksamkeit des Bezugsvertrages schon aufgrund der Unwirksamkeit der Demarkation der Vorlieferanten in Betracht.

d) Zwischenergebnis

Demarkationsabreden und langfristige Gesamtbedarfsdeckungs-verpflichtungen in Elektrizitätslieferverträgen sind unwirksam. Die Unwirksamkeit der Demarkation ergibt sich aus § 1 GWB. Deren Unwirksamkeit hat die Unwirksamkeit der langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung bzw. der festgelegten Abnahmeverpflichtung zur Folge.

¹⁰⁰⁹ Zu diesem Kriterium, *Mailänder*, in: BB 1963, S. 1357, 1358 f.

¹⁰¹⁰ *Böwing/Rosin*, in: ET 2000, S. 249, 252.

¹⁰¹¹ *Schwintowski*, in: Erdgasmärkte, S. 101.

¹⁰¹² *Von Gamm*, § 1, Rdnr. 86; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, § 1, Rdnr. 240.

¹⁰¹³ *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, § 1, Rdnr. 240.

B. Verstoß gegen das Verbot des Behinderungsmisbrauchs nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, § 20 Abs. 1 GWB

§§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB und § 20 Abs. 1 GWB schützen Wettbewerber vor einem Behinderungsmisbrauch. Der Inhalt der beiden Vorschriften ist deckungsgleich.¹⁰¹⁴ Da § 19 Abs. 1 GWB seit der 6. GWB-Novelle als Verbotsgesetz ausgestaltet ist, spricht nichts dagegen, beide Vorschriften gleichrangig nebeneinander anzuwenden.¹⁰¹⁵ Zu beachten ist allerdings, dass eine Unwirksamkeit nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB ohne Verbotsverfügung der Kartellbehörden erst mit Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle, also ab dem 01.01.1999 in Betracht kommt. Die Vorschriften sind auch dann anwendbar, wenn eine Bindung als reine vertikale Bindung im Sinne des § 16 GWB eingestuft wird.¹⁰¹⁶ Denn § 16 GWB ist im Verhältnis zu §§ 19, 20 GWB keine spezielle Regelung. §§ 19, 20 GWB dienen gerade der Kontrolle von Marktmacht, die § 16 GWB nicht voraussetzt.¹⁰¹⁷

Der Anwendungsbereich der §§ 19 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB stimmt im Wesentlichen mit dem Missbrauchsverbot des Art. 82 EG überein.¹⁰¹⁸ Dies hat das *OLG Düsseldorf* in bezug auf Elektrizitätslieferverträge ausdrücklich festgestellt und infolgedessen bei der Auslegung des Missbrauchsbegriffs in § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB die Rechtsprechung des EuGH in Sachen "*Hoffmann-La Roche*" herangezogen.¹⁰¹⁹ Die Unbilligkeit im Rahmen der §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 GWB erfordert eine Abwägung der Interessen der beteiligten Unternehmen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des GWB.¹⁰²⁰ Eine ausschließliche Bindung ist also auch im Rahmen der §§ 19 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, 20 Abs. 1 GWB nicht per se missbräuchlich.¹⁰²¹

1. Marktbeherrschung

Zur Frage, wie der Elektrizitätsmarkt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen ist, wird auf die Marktabgrenzung im Rahmen des Art. 82 EG Bezug genommen, die auf §§ 19, 20 GWB übertragen werden kann. Sachlich und räumlich relevanter Markt ist folglich das ehemals geschlossene Versorgungsgebiet des Lieferanten.

Das GWB kennt verschiedene Fälle von Marktbeherrschung und definiert diese im Gegensatz zum EG auch. An erster Stelle ist das Monopol in § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB aufgeführt, das vorliegt, wenn ein Unternehmen ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Wesentlicher Wettbewerb fehlt, wenn der Wettbewerb seine zentrale Steuerungsfunktion gegenüber dem betreffenden Unternehmen nicht mehr zu erfüllen vermag, wenn sich das Unternehmen also weitgehend unabhängig von seinen Konkurrenten bewegen kann.¹⁰²² Dies richtet sich insbesondere nach dem Marktanteil des Unternehmens, nach seiner Finanzkraft, seinen Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, seinen Verflechtungen mit anderen Unternehmen auf der einen Seite und dem

¹⁰¹⁴ *Markert*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20, Rdnr. 239; ders., in: *ZNER* 2001, Heft 4, S. 260, 261.

¹⁰¹⁵ Offengelassen von *Bechtold*, § 20, Rdnr. 2.

¹⁰¹⁶ *Schwintowski*, in: *Alleinvertriebssysteme*, S. 37 ff.

¹⁰¹⁷ *Schulze zur Wische*, S. 41 f.

¹⁰¹⁸ In diese Richtung weist auch die Gesetzesbegründung zur 6. GWB-Novelle, BT.-Drs. 13/9720, S. 37: Es bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Regelbeispielen des § 22 Abs. 4 GWB a.F. und dem Missbrauchs begriff des EuGH zu Art. 82 EG.

¹⁰¹⁹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, in: *ZNER* 2001, Heft 4, S. 255, 258. Zum "*Hoffmann-La Roche*"-Urteil vgl. oben, S. 126 f.

¹⁰²⁰ Urteil des BGH vom 27.04.1999, BGH WuW/DE-R 357, 359 „Feuerwehrgeräte“.

¹⁰²¹ Siehe auch *Markert*, in: *ZNER* 2001, Heft 4, S. 260, 261 f.

¹⁰²² *Emmerich*, 8. Auflage, S. 186.

tatsächlichen und potentiellen Wettbewerb auf der anderen Seite.¹⁰²³ Aufgrund all dieser Kriterien ist eine wertende Gesamtschau durchzuführen. Die marktbeherrschende Stellung ergibt sich also nicht etwa allein aus einem hohen Marktanteil.¹⁰²⁴ Ob eine solche Monopolstellung vorliegt, lässt sich ohne eine genaue Marktanalyse nicht beantworten. Der sehr hohe Marktanteil der Lieferanten, ihr Netzeigentum, mit dem sie den Zugang zum Durchleitungsmarkt kontrollieren, ihre vertikale Integration und ihre großen Kapitalressourcen sprechen für eine solche Stellung.¹⁰²⁵ Auf der anderen Seite ist aber auch zu berücksichtigen, dass andere, insbesondere Verbundunternehmen auch über hohe Ressourcen verfügen und von ihnen zumindest ein potentieller Wettbewerbsdruck ausgeht. Näher liegt es deshalb, die Lieferanten als Unternehmen mit einer überragenden Marktstellung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB anzusehen.

2. Missbräuchliches Verhalten

Die Missbrauchsregelungen in §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 GWB sind, ebenso wie das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht des § 16 GWB, im Interesse der Wettbewerbsfreiheit bestehende Schranken der Vertragsfreiheit.¹⁰²⁶ Das bedeutet, dass die zivilrechtliche Möglichkeit, einen bestimmten Vertrag abzuschließen, nichts darüber aussagt, ob der Vertrag aus wettbewerblichen Gesichtspunkten missbräuchlich ist.¹⁰²⁷ Auch diese Vorschriften sind ein Teil des regulatorischen Rahmens des Zivilrechts.

Gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich, wenn es die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlichen Grund beeinträchtigt. Dieser Missbrauchsdefinition entspricht im Wesentlichen die des § 20 Abs. 1 GWB, nach der ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen weder unmittelbar noch mittelbar ohne sachlichen Grund unbillig behindern darf. Das in beiden Regelungen enthaltene Tatbestandsmerkmal "ohne sachlichen Grund" verdeutlicht, dass auch hier eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs erforderlich ist.¹⁰²⁸

a) Kein Missbrauch bei kaufvertragsähnlichen Wirkungen

Wie zu den europäischen ist auch zu den deutschen Missbrauchsvorschriften die Auffassung vertreten worden, dass diese nur langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen, nicht jedoch festgelegte Jahresvertragsmengen erfassen.¹⁰²⁹ Diese Auffassung ist aber aus den bereits bei Art. 82 EG genannten Gründen, die an dieser Stelle noch einmal zusammenfassend wiederholt werden sollen, nicht stichhaltig. Bei formalen und faktischen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen ist die objektiv bestehende Ausschlusswirkung Dritter ohnehin identisch.¹⁰³⁰ Unterschiede sind allenfalls auf der subjektiven Seite denkbar, weil das marktbeherrschende Unternehmen bei einer faktischen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung unter Umständen nicht den Vorsatz hat, Dritte am

¹⁰²³ BGHZ 67, 104, 112 ff; *Böwing/Rosin*, ET 2000, S. 250, 251.

¹⁰²⁴ *Bechtold*, § 19, Rdnr. 25.

¹⁰²⁵ Siehe dazu oben, S. 125 f.

¹⁰²⁶ Anderer Ansicht ist wohl *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 355, 374, der meint das zivilrechtlich wirksame Verträge nicht missbräuchlich sein können. Dagegen zutreffend *Schwintowski/Klaue*, in: BB 1901, 1903. Siehe dazu bereits oben, S. 64 f.

¹⁰²⁷ Anderer Ansicht *Büdenbender*, in: ET 2000, S. 355, 374.

¹⁰²⁸ *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 774.

¹⁰²⁹ *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 774.

¹⁰³⁰ Siehe oben, S. 129 f.

Marktzutritt zu hindern. Die Feststellung einer kartellrechtsrelevanten Behinderung hängt jedoch nicht von einer subjektiven Behinderungsabsicht des marktbeherrschenden Lieferanten ab. Entscheidend kann nur sein, ob objektiv eine Behinderung eintritt. Dies hängt davon ab, wie stark die Ausschlusswirkung für Dritte ist. Diese ist anhand mehrerer Faktoren zu bemessen: Zunächst ist festzustellen, ob der Lieferant nur einige Unternehmen, mehrere oder sogar alle langfristig an sich bindet. Daran anschließend ist zu prüfen, wie lang die Laufzeit des Vertrages ist. Faktische und formelle Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen unterscheiden sich insoweit aber nicht. Ein marktbeherrschendes Unternehmen behindert andere daher bereits immer dann, wenn es Verträge abschließt, die in ihrer Gesamtheit den Marktzutritt von Konkurrenten verhindern können.

Die Behinderung kann allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn ein sachlicher Grund für sie besteht.

b) Anerkennung des Amortisationsinteresses vor dem Hintergrund des Gesetzes zur Neuregelung der Energiewirtschaft

Ein sachlicher Grund für eine langfristige Bezugsbindung kann in dem Interesse des Lieferanten an der Amortisation seiner Investitionen zu sehen sein. Dass das bloße Absatzsicherungsinteresse eines jeden Lieferanten nicht genügt, hat das *OLG Düsseldorf* deutlich betont.¹⁰³¹ Denn dieses ist - so das OLG - jeder vertraglichen Beziehung immanent und kann deshalb keine besondere Rechtfertigung darstellen. Sachlich gerechtfertigt kann eine langfristige Abnahmeverpflichtung aber dann sein, wenn der Lieferant Investitionen vornehmen musste, um eine Belieferung des Abnehmers durchführen zu können. Auch im Rahmen der deutschen Missbrauchsvorschriften stellt sich demnach die Frage unter welchen Voraussetzungen Amortisationsinteressen des Lieferanten zu dessen Gunsten berücksichtigt werden müssen.

In Deutschland brachte die Rechtsprechung vor Inkrafttreten der Energierechtsnovelle in mehreren Entscheidungen zum Ausdruck, dass ein Unternehmen ein Interesse an einer Bezugsbindung im Hinblick auf vorhandene oder auszubauende Kapazitäten bei der Stromherstellung haben könne.¹⁰³² So vertrat der BGH die Auffassung, dass ein Elektrizitätsversorger wegen der hohen Investitionen darauf angewiesen sein könne, die Kalkulationsgrundlage langfristig zu erhalten und auf eine breite Basis zahlreicher Abnahmepflichtiger zu stellen.¹⁰³³ In der Energiewirtschaft selbst galten bisher nur solche Investitionen in Erzeugungsanlagen als kaufmännisch vertretbar, deren gesicherte Ausnutzung während der durchschnittlichen Betriebsdauer von 20 Jahren gewährleistet erschien.¹⁰³⁴ Fraglich ist allerdings, ob diese Aussagen auch nach der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes noch greifen. Denn seit der Aufhebung der §§ 103 f. GWB gilt in der Elektrizitätswirtschaft grundsätzlich derselbe kartellrechtliche Rahmen wie in allen anderen Wirtschaftszweigen auch.¹⁰³⁵ In den übrigen Wirtschaftszweigen dürfen Investitionen nicht berücksichtigt werden, wenn damit ein kartellrechtlich nicht anerkannter Anspruch auf existenzsichernden Umsatz zuerkannt werden soll¹⁰³⁶ und das allgemeine Risiko eines jeden Unternehmers ausgeschaltet werden soll, dass seine Investitionen nicht rentabel sind.¹⁰³⁷ Eine

¹⁰³¹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, in: ZNER 2001, Heft 4, S. 255, 258.

¹⁰³² BGHZ 24, 148, 150; Urteil des OLG Karlsruhe vom 14.02.1996, WuW/E OLG 5665, 5675 "*Stromversorgung Umkirch*"; Urteil des OLG Frankfurt vom 09.05.1995, WuW/E OLG 5416, 5436 "*Konzessionsvertrag Niedernhausen*".

¹⁰³³ BGHZ 24, 148, 150.

¹⁰³⁴ Baur, in: Geschlossene Versorgungsgebiete, S. 40.

¹⁰³⁵ Siehe Gesetzesbegründung BT-Drs. 13/7274: S. 37.

¹⁰³⁶ Urteil des BGH vom 26.05.1987, BGH WuW/E BGH 2399, 2405 "*Krankenhaustransporte*".

¹⁰³⁷ Urteil des BGH vom 26.05.1987, WuW/E BGH 2399, 2405 "*Krankenhaustransporte*".

Sicherung des Absatzes für seine Waren kann nach Ansicht des BGH unter marktwirtschaftlichen Bedingungen weder ein neu eingeführter noch der neu in den Markt gekommene Wettbewerber beanspruchen.¹⁰³⁸ Ein schützenswertes Interesse an einer Investitionssicherung durch eine ausschließliche Bezugsbindung kann aber unter Umständen dann in Betracht kommen, wenn andernfalls überhaupt kein Wettbewerb möglich wäre, weil Elektrizitätsversorger wegen des finanziellen Aufwandes ohne Bezugsbindungen überhaupt nicht auf den Markt vordringen könnten und dadurch Wettbewerb insgesamt verhindert würde. Denn wenn die Investitionshemmnisse aufgrund niedriger Gewinnerwartungen ansteigen, könnte dies zu einem nicht ausreichenden Maß an neuen Wettbewerbern führen. Ob dies in der Elektrizitätswirtschaft der Fall ist, erscheint bereits deshalb zweifelhaft, weil der Wettbewerb sich in diesem Wirtschaftszweig entweder zwischen bereits auf dem Elektrizitätsmarkt tätigen EVU oder zwischen bloßen Stromhändlern vollzieht.¹⁰³⁹ Hohe Investitionen, um überhaupt erst Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt einzuführen, sind daher nicht erforderlich.

Scholz hat die Auffassung vertreten, dass sich die Berücksichtigung von Investitionen aus dem Ziel einer sicheren, preisgünstigen und umweltfreundlichen Elektrizitätsversorgung ergebe. Die Unternehmen könnten nicht autonom entscheiden, ob sie neue Erzeugungsanlagen errichten oder alte Anlagen erneuern. Vielmehr würden sie von der im öffentlichen Interesse stehenden Aufgabe der Sicherstellung einer ausreichenden, sicheren und umweltfreundlichen Energieversorgung beeinflusst.¹⁰⁴⁰ Aus diesem Charakter der Investitionen ergebe sich ein besonderes Amortisationsinteresse der EVU, das auch innerhalb des Kartellrechts zu berücksichtigen sei.¹⁰⁴¹ Die Erfüllung dieser in Deutschland in § 1 EnWG normierten gesetzlichen Pflichten zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung erfordern zwar entsprechend kapitalintensive Investitionen in das Versorgungssystem, die durch den Bedarfszuwachs, das Alter der Anlagen, Rationalisierungsmaßnahmen oder gesetzliche Auflagen ausgelöst werden können.¹⁰⁴² Die hohen, auch im öffentlichen Interesse, liegenden finanziellen Aufwendungen sind jedoch kein Charakteristikum, das die Elektrizitätswirtschaft von anderen Wirtschaftszweigen unterscheidet. Auch die Montanindustrie, die chemische Industrie und der Automobilbau bedürfen ähnlich hoher Investitionen.¹⁰⁴³ Grundlage der Investitionen sind auch hier zum Teil gesetzliche Vorschriften, die - wie z.B. technische Standards - im allgemeinen Interesse bestehen. In diesen Wirtschaftsbereichen können die Unternehmen die Finanzierung dieser Investitionen nicht oder nur eingeschränkt durch die Übernahme einer ausschließlichen Bezugsbindung auf Dritte übertragen. Würde man in der Elektrizitätswirtschaft langfristige Gesamtbedarfsdeckungsklauseln als Mittel zur Investitionssicherung anerkennen, würde man den Unternehmen die Gefahr abnehmen, dass sich ihre wirtschaftliche Betätigung nicht rentiert. Diese Gefahr ist gerade Kennzeichen einer auf Wettbewerb ausgerichteten Marktordnung und kann deshalb auch nicht innerhalb der Abwägung zugunsten des bindenden Unternehmens anerkannt werden. Denn letztlich geht es hier um das allgemeine unternehmerische Risiko, von dem das Unternehmen nicht befreit werden kann.¹⁰⁴⁴ Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass der deutsche Gesetzgeber

¹⁰³⁸ Urteil des BGH vom 26.05.1987, BGH WuW/E BGH 2399, 2405 "Krankenhaustransporte".

¹⁰³⁹ Nach Auskunft von T. Geisel (Enron) enthalten die Lieferverträge, die Enron mit Abnehmern schließt, keine langfristigen Ausschließlichkeitsbindungen. Auch dies spricht dafür, dass diese zur Einführung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt nicht erforderlich sind.

¹⁰⁴⁰ *Baur*, in: Geschlossene Versorgungsgebiete, S. 40.

¹⁰⁴¹ *Baur*, in: Geschlossene Versorgungsgebiete, S. 40.

¹⁰⁴² *Müller*, S. 314.

¹⁰⁴³ So bereits Rechtsausschuss des Bundesrates 1978, in: BR-Drs. 231/1/78, S. 7, vgl. auch *Baur*, in: Geschlossene Versorgungsgebiete, S. 55.

¹⁰⁴⁴ BGH WuW/E BGH 2395, 2405 "Krankentransporte".

ausdrücklich daraufhingewiesen hat, dass Wettbewerb die vorhandenen Kostensenkungspotentiale am besten erschließen könne und die Unternehmen zu besonderen Anstrengungen zwingen.¹⁰⁴⁵ Dazu gehören nach Ansicht des Gesetzgebers etwa die Überprüfung von Investitionen für die Versorgungssicherheit, die rationelle Ausnutzung vorhandener Kapazitäten, die Einführung effizienter kostensparender Techniken und die Optimierung der Versorgungsstruktur.¹⁰⁴⁶ Von der Notwendigkeit, die Amortisation von Investitionen abzusichern, ist der Gesetzgeber offenbar nicht ausgegangen.

Darauf deutet auch Art. 2 NeuregelungsG hin, der eine Übergangsregelung zugunsten ostdeutscher Braunkohleerzeugung enthält und befristet bis zum 31.12.2006 vorschreibt, dass jedes Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das Elektrizität an Letztverbraucher liefert oder zur eigenen Versorgung erzeugt, für jede bezogene oder aus eigener Erzeugung verbrauchte kWh Elektrizität 0,10 kWh aus der Elektrizitätserzeugung auf Basis ostdeutscher Braunkohle zu beziehen hat. Mit dieser Regelung sollen die Milliardeninvestitionen, die in die Modernisierung der ostdeutschen Versorgungsanlagen gesteckt wurden, durch eine Bestandsicherung der Braunkohleverstromung berücksichtigt werden.¹⁰⁴⁷ Wegen der besonderen Situation in Ostdeutschland hat der Gesetzgeber für diese Investitionen eine gesetzliche Übergangsregelung getroffen. Art. 2 zeigt, dass er das Problem des Investitionsschutzes gesehen hat und in einem - allerdings begrenzten - Umfang anerkennt. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte die durch Art. 2 NeuregelungsG gewährleistete Bestandsicherung Ausnahmecharakter haben. Ein ähnlicher Ausnahmecharakter kommt der Pflicht zur Abnahme von Elektrizität aus regenerativen Energiequellen zu. Auch mit dieser Privilegierung erneuerbarer Energieträger zeigt der Gesetzgeber, dass die Gewährung eines Investitionsschutzes eines besonderen, außerhalb des allgemeinen unternehmerischen Risikos liegenden Grundes bedarf. Eine Berücksichtigung von Investitionen soll nach dem Willen des Gesetzgebers nur in Sonderfällen stattfinden.

Bei der Interessenabwägung im Rahmen der §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 GWB könnte man dennoch zu einem anderen Ergebnis gelangen, wenn man Art. 14 Abs. 1 GG in die Abwägungsentscheidung miteinbezieht.

Art. 14 GG schützt alle vermögenswerten Rechte natürlicher und juristischer Personen.¹⁰⁴⁸ Dazu gehören grundsätzlich auch rechtswirksam erworbene Ansprüche aus Verträgen. Art. 14 Abs. 1 GG schützt aber nur diejenigen Vorteile eines Unternehmens, auf die es vertrauen kann.¹⁰⁴⁹ Art. 14 Abs. 1 GG gibt grundsätzlich keinen Schutz vor Veränderungen der situationsbedingten Erwerbchancen und Erwerbsvorteile, zu denen auch die allgemeine rechtliche, wirtschaftliche und politische Lage und die Beschaffenheit des Marktes zählen.¹⁰⁵⁰ Das bedeutet, dass auch die Umgestaltung einer Marktordnung¹⁰⁵¹ bzw. die Veränderung einer für das Unternehmen günstigen Gesetzeslage keinen Vertrauensschutz auslösen.¹⁰⁵² Nur ausnahmsweise kann in diesen Fällen ein Schutz in Betracht kommen, nämlich dann, wenn das Unternehmen darauf vertrauen durfte, dass jene Gegebenheiten auf Dauer oder zumindest für einen gewissen Zeitraum erhalten bleiben und das Unternehmen aufgrund seines

¹⁰⁴⁵ Gesetzesbegründung, BT Drs. 13/7425, S. 15 f.

¹⁰⁴⁶ Gesetzesbegründung, BT Drs. 13/7425, S. 15 f.; Gesetzesentwurf Bundesregierung in BR-Drs. 806/96, S. 21 f.

¹⁰⁴⁷ Gesetzesbegründung, BT Drs. 13/7425, S. 15.

¹⁰⁴⁸ *Bryde*, in: *Von Münch/Kunig*, Art. 14, Rdnr. 11.

¹⁰⁴⁹ BGHZ 23, 157, 164, 165.

¹⁰⁵⁰ *Badura*, in AöR 98 (1973), S. 153, 168.

¹⁰⁵¹ *Badura*, in AöR 98 (1973), S. 153, 168.

¹⁰⁵² BGH NJW 1968, S. 293 f.; BGHZ 45, 83, 87.

schutzwürdigen Vertrauens zu bestimmten Investitionen veranlasst worden ist.¹⁰⁵³ Dazu sind spezielle vertrauenserweckende Maßnahmen erforderlich. Solche vertrauensstiftenden Handlungen hat es von Seiten des Gesetzgebers in der Elektrizitätswirtschaft nicht gegeben. Bereits Anfang der 70-er Jahre diskutierte man intensiv über die Folgen einer Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes und eines damit einhergehenden Wegfalls der Demarkations- und ausschließlichen Konzessionsverträge.¹⁰⁵⁴ Auch von europäischer Seite wurde in den letzten Jahren darauf hingewiesen, dass in der Elektrizitätswirtschaft mehr Wettbewerb notwendig und möglich sei. Die Lehre vom umfassenden natürlichen Monopol musste schon seit längerer Zeit gewichtigen Angriffen standhalten. Die EVU durften sich deshalb nicht ohne weiteres darauf verlassen, dass die Elektrizitätswirtschaft auf Dauer von der auf Wettbewerb gerichteten Marktordnung des GWB verschont bleiben würde. Sie mussten damit rechnen, dass die Amortisation ihrer Investitionen bei einer Beseitigung der geschlossenen Versorgungsgebiete von ihrer Wettbewerbsfähigkeit abhängen würde. Ein besonderer, aus Art. 14 GG herzuleitender Vertrauensschutz der EVU ist folglich abzulehnen, so dass Investitionen auch unter dem Blickwinkel des Art. 14 Abs. 1 GG keine Berücksichtigung innerhalb der Abwägungsentscheidung finden können. Hinzu kommt, wie schon im Rahmen von Art. 82 EG betont wurde, dass Elektrizitätsversorger für die Netzausbau- und Netzerhaltungskosten durch ein Netznutzungsentgelt entschädigt werden und sich ihre Kosten auf diese Weise ohnehin rentieren.

Investitionsinteressen rechtfertigen demnach bei Lieferverträgen mit Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen regelmäßig keine Abweichung von Laufzeiten, die über ein Jahr hinausgehen. Abnahmeverpflichtungen unterhalb des Gesamtbedarfs sind dagegen großzügiger zu beurteilen. Insoweit ergibt sich eine mit Art. 82 EG kongruente Wertung des deutschen Missbrauchsverbots.

c) Preisvorteile des Abnehmers als Interessenausgleich

Es stellt sich allerdings die Frage, ob ein Missbrauch vorliegen kann, wenn dem gebundenen Unternehmen besonders günstige Preise eingeräumt worden sind, weil es auf Wettbewerb verzichtet und sich langfristig an den Lieferanten gebunden hat. In der *"Mehrpreis von 11%-Entscheidung"* hatte der BGH ausgeführt, dass ein Verzicht zur (teilweisen) Eigenerzeugung durch eine niedrigere Preisgestaltung gerechtfertigt sein könne.¹⁰⁵⁵ Diese Entscheidung verdeutlicht, dass der BGH den Verzicht auf Wettbewerb gegen ein geringeres Preisniveau vor Inkrafttreten der Energierechtsreform zugunsten des bindenden Unternehmens berücksichtigt hat. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich das Eigenerzeugungsverbot von einer Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung schon deshalb grundlegend unterscheidet, weil es die Konkurrenten des bindenden Unternehmens nicht betrifft. Beim Behinderungsmissbrauch kommt es aber gerade auf diesen Umstand an.¹⁰⁵⁶ Dass eine günstiger Preis nicht berücksichtigt werden darf, zeigt die Rechtsprechung auch mit ihrer kritischen Beurteilung von englischen Klauseln. Denn ihre Verwendung soll eine Missbräuchlichkeit nicht ausschließen, sondern noch verstärken, obwohl das gebundene

¹⁰⁵³ BGHZ 45, 83, 87 f; BGH NJW 1968, S. 293, 294; *Maunz/Dürig*, Art. 14 GG, Rn. 102.

¹⁰⁵⁴ Das BKartA hatte bereits Anfang der 60er Jahre die Aufhebung der Demarkationsverträge verlangt; vgl. Tätigkeitsbericht des BKartA 1963: S. 64. Siehe dazu auch Hauptgutachten I der Monopolkommission: Tz. 766 ff. Die schrittweise Abkehr von der Monopolstruktur zeigt auch der mit Inkrafttreten der 5. GWB-Novelle eingefügte § 103 a GWB, vgl. BT-Drs. 11/4610, S. 12: "Es sollen die Voraussetzungen für mehr Wettbewerb in diesem Sektor verbessert werden."

¹⁰⁵⁵ Urteil des BGH vom 30.10.1975, BGH WuW/E BGH 1413, 1415 "Mehrpreis von 11%".

¹⁰⁵⁶ Dies übersieht *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 775.

Unternehmen von dieser Klausel durch günstigere Konditionen profitiert.¹⁰⁵⁷ Selbst bei der Frage, ob unangemessene Geschäftsbedingungen vorliegen, wägt der EuGH nicht nur die Interessen von Marktbeherrscher und Abnehmer gegeneinander ab, sondern berücksichtigt auch ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbsstrukturen.¹⁰⁵⁸ Sofern behindernde Wirkungen vorliegen, können günstigere Preise als Ausgleich für eine langfristige Bindung nicht berücksichtigt werden. Eine Anerkennung liefe im übrigen auf nichts anderes als auf einen gesetzlich tolerierten Verdrängungswettbewerb hinaus.

Bei den vor der Liberalisierung abgeschlossenen Verträgen stellt sich die Frage nach preislichen Vorteilen ohnehin regelmäßig nicht. Denn die dort vereinbarten KW/H-Preise weichen zum Teil erheblich von denjenigen ab, die seit der Liberalisierung marktüblich sind.¹⁰⁵⁹ Wie oben schon dargestellt worden ist, ändern daran auch die weit verbreiteten Wirtschafts- und Preisanpassungsklauseln nichts. Denn diese haben zum Teil umfangreiche Anpassungsverhandlungen zur Folge, die nicht immer zu einer Preisänderung führen oder jedenfalls eine Anpassung nur mit einer zeitlichen Verzögerung bewirken.¹⁰⁶¹ Auch ein im Einzelfall nachweisbarer Preisvorteil kann eine langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung daher nicht rechtfertigen.

d) Zwischenergebnis

Eine Berücksichtigung besonderer Interessen ist auch im Rahmen der deutschen Missbrauchsvorschriften in der Regel nicht geboten. Das bedeutet, dass eine Gesamtbezugsverpflichtung dann missbräuchlich ist, wenn sie Wettbewerber über das einem gewöhnlichen Kaufvertrag innewohnende Ausmaß hinaus, unangemessen beeinträchtigt. Die Grenze ist hier - wie oben beschrieben - regelmäßig bei einer Vertragslaufzeit von mehr als einem Jahr anzusetzen. Bei Mindestabnahmeverpflichtungen ist dagegen auch bei §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt. Während Bezugsverpflichtungen, die mehr als 80% der Abnahmemenge umfassen, ähnlich wirken wie Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen, können Abnahmemengen darunter erst bei Laufzeiten von mehreren Jahren und einer insgesamt hohen Marktbindungsquote wegen ihrer behindernden Wirkungen für Dritte missbräuchlich sein. Konkrete Zahlen festzulegen, fällt indes schwer. Als Richtschnur sollte gelten, dass ein Unternehmen, das 50% des Bedarfs bindet, keine Verträge mit Laufzeiten von mehr als fünf Jahren abschließen sollte, wenn auf dem Markt ohnehin schon wegen gleichartiger Vereinbarungen Marktzutrittsschranken bestehen.

Ergebnis Zweiter Teil:

Langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen und Demarkationsabreden sind nach dem GWB unwirksam. Ihre Unwirksamkeit ergibt sich einerseits aus einem Verstoß der Demarkationsverpflichtung gegen § 1 GWB. Unmittelbar aus der Rechtsfolge dieses Verstoßes folgt auch die Unwirksamkeit der Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung. Dies gilt auch für Mindestabnahmeverpflichtungen, soweit sie dem wesentlichen Bedarf des Abnehmers entsprechen. Andererseits verstoßen langfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen gegen die Missbrauchsverbote der §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB. Bei Mindestabnahmeverpflichtungen richtet sich ein Verstoß gegen §§ 19

¹⁰⁵⁷ Urteil des LG Düsseldorf vom 29.09.1999, 12 O 412/99 Kart., RdE 2000, S. 83, 84.

¹⁰⁵⁸ *Langen/Bunte*, Art. 82, Rdnr. 106.

¹⁰⁵⁹ Auskunft von Rechtsanwalt Matthias Albrecht, Kanzlei Becker, Büttner & Held.

¹⁰⁶¹ A.A. *Raabe*, in: ET 2000, S. 770, 775.

Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB dagegen nach dem Umfang und der Bindungsdauer.

Dritter Teil: Das Schicksal des Restvertrages

Die Gerichte, die einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1, 82 EG, §§ 1, 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB bejahten, kamen alle zu dem Ergebnis, dass der Liefervertrag insgesamt nichtig sei.¹⁰⁶² Die anderen Gerichte hatten diese Frage nicht zu beantworten, nahmen aber teilweise dennoch zu den Folgen einer eventuellen Nichtigkeit einzelner Vertragsklauseln Stellung.¹⁰⁶³

Nach den bisherigen Untersuchungen steht fest, dass die gegenseitigen Demarkationsverpflichtungen, die Laufzeitklausel, die Bezugsverpflichtung der alten Lieferverträge unwirksam sind. Fraglich ist, welche Folgen damit für den restlichen Vertrag verbunden sind. Dies richtet sich auch bei einem Verstoß gegen europäisches Kartellrecht nach nationalen Rechtsvorschriften.

Für den Fall der Teilnichtigkeit eines Vertrages hat der Gesetzgeber in § 139 BGB eine Regelung getroffen. Danach ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. § 139 BGB ist jedoch abdingbar. Die Vorschrift greift in der Regel dann nicht ein, wenn die Parteien eine andere Vereinbarung getroffen haben.¹⁰⁶⁴ Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn ein Vertrag eine sog. salvatorische Klausel enthält. Salvatorische Klauseln bestehen in der Praxis häufig in der Form einer Erhaltungs- sowie Ersetzungsklausel vor. Eine Erhaltungsklausel bestimmt, dass bei der Unwirksamkeit eines des Vertrages der Rest erhalten bleibt. Eine Ersetzungsklausel bestimmt dagegen, dass die unwirksame Bestimmung durch eine andere - wirksame - ersetzt wird, die der unwirksamen in ihrem wirtschaftlichen Gehalt möglichst nahe kommt.¹⁰⁶⁵

Die Wirkung von salvatorischen Klauseln ist bislang nicht abschließend geklärt.¹⁰⁶⁶ Nicht einig ist sich die Rechtsprechung insbesondere hinsichtlich der Frage, ob eine salvatorischen Klausel generell den Eintritt der Gesamtnichtigkeit verhindert.

In der Mehrzahl der Entscheidungen, in denen sich der BGH mit der Wirkung von salvatorischen Klauseln beschäftigte, vertrat er - im Einklang mit der herrschenden Meinung in der Literatur und den Oberlandesgerichten - die Auffassung, dass diese nur die Vermutungsregel des § 139 BGB umkehren. Dies hat zur Konsequenz, dass die Nichtigkeit des ganzen Vertrages von dem, der sich darauf beruft, dargelegt und bewiesen werden muss.¹⁰⁶⁷ Die Aufrechterhaltung des Restgeschäftes soll danach nicht um jeden Preis, also unter Umständen sogar gegen den tatsächlichen aktuellen Willen der Vertragsparteien, durchgesetzt werden. Die salvatorische Klausel wird also als eine Restgültigkeitsanordnung mit möglichen Ausnahmen im Einzelfall verstanden. Diesem Verständnis der salvatorischen Klausel schloss sich das *LG Köln* an. Denn es hielt einen Liefervertrag, bei dem die Gesamtbedarfsverpflichtung und die Laufzeitklausel unwirksam waren, trotz salvatorischer Klausel für insgesamt nichtig.¹⁰⁶⁸ Es stützte sich hinsichtlich der Unwirksamkeit auf § 139 BGB. Die langfristige Bindung und die Verpflichtung zur Abnahme eines bestimmten Bedarfs wertete das Gericht als essentielle Bestandteile des Vertrages, weil durch sie die Kalkulation des vereinbarten Preises beeinflusst werde. Der Vertrag stehe und falle mit der

¹⁰⁶² Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, Az. 28 O (Kart.) 559/99, S. 36; Urteil des Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az: 7 O 372/98 (Kart.), in: RdE 1999, S. 158; Urteil des LG Stuttgart vom 22.06.2001, Az. 11 KfH O 153/00, S. S. 5 (bisher unveröffentlicht).

¹⁰⁶³ So etwa das LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, S. 13 (bisher unveröffentlicht).

¹⁰⁶⁴ BGH, NJW-RR 1989, 800, 801.

¹⁰⁶⁵ So etwa bei *Kühne*, in: Beilage 19, S. 1, 10 zu BB 1997 Heft 50.

¹⁰⁶⁶ Vgl. dazu die Untersuchung von *Böhme*, S. 50 ff.

¹⁰⁶⁷ Urteil des BGH vom 30. Januar 1997, Az. IX ZR 133/96, in: DB 1997, S. 646,

¹⁰⁶⁸ Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, Az. 28 O 559/99 (Kart.), in: RdE 2000, S. 233, 237.

Unwirksamkeit der Laufzeit und der Abnahmeverpflichtung.¹⁰⁶⁹ Dieser Rechtsansicht entspricht die des *LG Frankfurt*, das die Auswirkungen einer unwirksamen vertikalen Demarkationsabsprache auf den Rest des Liefervertrages trotz einer im Vertrag enthaltenen salvatorischen Klausel nach dem offenbar mutmaßlichen Willen der Parteien beurteilte und so zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages gelangte.¹⁰⁷⁰ Anders als in der Entscheidung des *LG Köln* stützte sich das Gericht nur auf die tragende Bedeutung der Demarkationsklausel. Diese sei für die Kalkulation des vorzuhaltenden Energiebedarfs und die Preisgestaltung grundlegend. Daher stehe und falle der Vertrag mit ihrer Unwirksamkeit.

Eine andere Wirkungsweise sprach demgegenüber der Kartellsenat des BGH salvatorischen Klauseln zu. In der "*Pronuptia II*"-Entscheidung lehnte der BGH den Eintritt von Gesamtnichtigkeit eines Franchisevertrages aufgrund unwirksamer Gebietsschutzabreden ab, obwohl der Wegfall der Gebietsschutzabreden die wirtschaftlichen Vertragsgrundlagen wesentlich veränderte und die Parteien den Vertrag ohne die Gebietsschutzabreden nicht abgeschlossen hätten.¹⁰⁷¹ Zu diesem Ergebnis gelangte der BGH, weil er die Salvatorische Klausel als starre Restgültigkeitsanordnung verstand.¹⁰⁷² Ausdrücklich erklärte er in der Entscheidung, dass § 139 BGB durch die salvatorische Klausel abbedungen worden sei, so dass es auf einen möglicherweise entgegenstehenden Willen nicht ankomme. Die Parteien hätten mit der salvatorischen Klausel ihren Willen an der Beibehaltung des Restvertrages antizipiert. Wesentlich war es nach Auffassung des BGH, dass der Franchisevertrag auch nach der Nichtigkeit der kartellrechtswidrigen Klauseln einen Inhalt behalten hatte, der selbständig gelten konnte. Voraussetzung war also die Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts. Dieser Entscheidung hat sich jüngst das *OLG Düsseldorf* angeschlossen, das die Gesamtnichtigkeit eines Pachtvertrages, der eine nach § 15 GWB a.F. nichtige Preisbindungsklausel enthielt, ablehnte.¹⁰⁷³ Den Eintritt einer Gesamtnichtigkeit hielt das Gericht nur dann für möglich, wenn die Anwendung der salvatorischen Klausel selbst aus Rechtsgründen zu unterbleiben habe. Dies sollte ausschließlich dann der Fall sein, wenn der Schutzzweck der zur Nichtigkeit führenden Norm einer teilweisen Aufrechterhaltung des Vertrages entgegenstehe.¹⁰⁷⁴

Nach Auffassung des *LG Mannheim* fehlte es nach der Unwirksamkeit der Bezugsbindung und der Gebietsschutzvereinbarung bereits an einem solchen sinnvollen Vertragsrest. Neben technischer Einzelheiten verblieb nur noch die Abrede, dass die Abnehmerin Strom von der Lieferantin beziehe. Dieser - nicht sehr ergiebige - Vertragsrest beruhte allerdings auf einer Besonderheit des Sachverhalts. Denn in dem von dem Gericht zu beurteilenden Stromliefervertrag fanden sich keine Regelungen über Mengen und Preise der zu beziehenden Elektrizität. Diese waren in einer Zusatzvereinbarung niedergelegt, die von der Abnehmerin unstreitig wirksam gekündigt worden war.¹⁰⁷⁵

Gegen die Auffassung des *LG Mannheim* hat *Salje* hervorgebracht, dass dieser Vertragsrest den typischen Inhalt einer Rahmenvereinbarung habe, die auch in der Energiewirtschaft üblich sei.¹⁰⁷⁶ Eine Rahmenvereinbarung setzt voraus, dass sich die Vertragsparteien über die wesentlichen Vertragsbestandteile geeinigt haben. Dazu gehören nicht nur Absprachen über den Preis, sondern auch über die Menge. Ein Rahmenvertrag ist die bloße, unverbindliche

¹⁰⁶⁹ Urteil des LG Köln vom 07.06.2000, Az. 28 O 559/99 (Kart.), in: RdE 2000, S. 233, 237.

¹⁰⁷⁰ Urteil des LG Frankfurt vom 28.07.2000, Az. 3/12 O 94/00, S. 14 (bisher unveröffentlicht).

¹⁰⁷¹ Urteil des BGH vom 08.02.1994, BGH WuW/E BGH 2909, 2913 "*Pronuptia II*".

¹⁰⁷² *Böhme*, S.64.

¹⁰⁷³ Urteil des OLG Düsseldorf (Kart.) vom 20.12. 2000, Az. U (Kart) 23/00, in: WuW/E DE-R 661, 664.

¹⁰⁷⁴ Urteil des OLG Düsseldorf (Kart.) vom 20.12. 2000, Az. U (Kart) 23/00, in: WuW/E DE-R 661, 664.

¹⁰⁷⁵ Urteil des LG Mannheim vom 16.04.1999, Az. 7 O 372/98 (Kart.), in:

¹⁰⁷⁶ *Salje*, in: ET 1999, S. 768, 771. *Salje* weist aber darauf hin, dass eine Vereinbarung mit diesem Inhalt nur eine geringe Bindung beider Parteien erzeuge.

Vereinbarung, Strom von der Vertragspartnerin zu beziehen, nicht. Dies gilt auch dann, wenn die Vereinbarung neben dieser Bestimmung noch Einzelheiten bezüglich des technischen Ablaufs der Elektrizitätslieferungen enthält. Sind sowohl Gebietsschutzabreden als auch Gesamtbedarfsdeckungsklausel und Laufzeitregelung unwirksam, besteht der Rest des Vertrages im Wesentlichen aus Regelungen, die die technische Seite der Elektrizitätslieferung betreffen. Dieser Vertragsrest kann allenfalls den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben, die jedoch keinesfalls zu einem Strombezug verpflichten.

Anders als in dem Sachverhalt, der der Entscheidung des *LG Mannheim* zugrunde lag, sind die Bezugspreise regelmäßig nicht in Zusatzvereinbarungen, sondern im Vertrag selbst niedergelegt. Werden sie nicht von einer kartellrechtlichen Verbotsvorschrift erfasst, könnte dies bedeuten, dass sie wirksam sind. Der BGH hat jedoch in der "*Pronuptia*"-Entscheidung bestimmt, dass eine salvatorische Klausel erst dann eingreift, wenn feststeht, dass der Rest des Vertrages von den unwirksamen Klauseln abtrennbar ist. Die Preisklausel hängt jedoch unmittelbar mit der unwirksamen Mengen- und der Laufzeitklausel zusammen. Ihre Unwirksamkeit führt deshalb auch zur Unwirksamkeit der Preisklausel.¹⁰⁷⁷

Es besteht also weder eine Verpflichtung zur Stromabnahme, noch eine wirksame Laufzeit- und Preisregelung. Mit der salvatorischen Klausel kommt man also nicht zu dem Ergebnis, dass eine relevante Verpflichtung übrig bleibt.¹⁰⁷⁸ Denn sie greift nur ein, wenn zuvor die Teilbarkeit des Vertrages festgestellt wurde.

Das bedeutet, dass der Vertrag trotz salvatorischer Klausel insgesamt unwirksam ist.

¹⁰⁷⁷ A. A. wohl *Baur*, in: *FS für Sandrock*, S. 35, 42.

¹⁰⁷⁸ *Börner*, in: *ET* 1999, S. 405, 410.

Ergebnis

Die Arbeit hat aufgezeigt, dass Stromlieferverträge, die zwischen weiterverteilenden Unternehmen vor der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes geschlossen wurden, nach deutschem Kartellrecht unwirksam sind, wenn sie langfristige Gesamtbedarfsdeckungs- oder Mindestabnahmeverpflichtungen und Demarkationen enthalten. Nach europäischem Kartellrecht sind die Anforderungen, die zur Unwirksamkeit der Verträge führen, strenger. Denn hinzu kommen muss, dass sie den zwischenstaatlichen Handel spürbar beeinträchtigen können. Bei der Beurteilung der Spürbarkeit ist insbesondere auf die Zielsetzung der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität zurückzugreifen.

Zu Beginn des europarechtlichen Teils der Arbeit wurde herausgearbeitet, dass Vertrauensschutzgesichtspunkte bei einem Verstoß gegen europäisches Kartellrecht von Elektrizitätsversorgern nicht ins Feld geführt werden können.

Außerdem wurden grundsätzliche Bedenken gegen die Heranziehung des europäischen Kartellrechts ausgeräumt. Insbesondere wurde aufgezeigt, dass Art. 86 Abs. 2 EG keine Sonderregelung für Elektrizitätsversorger mehr enthält, die zur Unanwendbarkeit der Art. 81 EG ff führen könnte. Vor Aufhebung der §§ 103 f. GWB konnte dies durchaus vertreten werden, weil deutsche Elektrizitätsversorgungsunternehmen als "beträute" Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift betrachtet werden durften. Denn mit der Einräumung eines ausschließlichen Wegerechts wurden ihnen Anschluss- und Versorgungspflichten auferlegt, die ihnen eine besondere und herausgehobene Stellung im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge verliehen. Jedenfalls mit Wegfall dieses Privilegs entfiel jedoch auch ihre Sonderstellung. Seither sind Elektrizitätsversorger wie alle anderen Marktteilnehmer auch zu behandeln.

Schließlich wurde dargelegt, dass Demarkationsverpflichtungen nicht hinnehmbare Wettbewerbsbeschränkungen darstellen. Dabei ist unerheblich, ob sie zugunsten der Lieferanten oder zugunsten von Abnehmern geschlossen werden. Auch aus dem Örtlichkeitsprinzip ergibt sich nichts anderes. Denn selbst wenn man der - nicht unbedingt überzeugenden - Mindermeinung in der Literatur folgen will, wonach das Örtlichkeitsprinzip kommunalen Unternehmen die Stromlieferung außerhalb ihres Versorgungsgebietes verbietet, kann hieraus keinesfalls geschlussfolgert werden, dass Demarkationsabsprachen keine eigenständige Wirkung zukommt. Denn sie verleihen jedenfalls ihren jeweiligen Vertragspartnern subjektive und teilweise unmittelbar im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchsetzbare Ansprüche, bei deren Verletzung Unterlassung und Schadensersatz verlangt werden kann, was bei Verletzung des Örtlichkeitsprinzips nicht ohne weiteres möglich ist. Demarkationen enthalten damit in jedem Fall ein Mehr an Wettbewerbsbeschränkungen und sind daher auch am Wettbewerbsrecht zu messen. Kurzfristige Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen sind dagegen kartellrechtlich unproblematisch. Mit ihnen kann ein nicht genau prognostizierbarer Strombedarf festgelegt werden. Langfristig vereinbart, sind Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen dagegen wettbewerbsbeschränkend. Sie beschränken den Abnehmer in der Aufnahme einer eigenen Erzeugung, verhindern den Marktzutritt von Wettbewerbern und beschränken einen Nachfragewettbewerb zwischen Lieferant und Abnehmer. Darüber hinaus beschränken sie den Absatzwettbewerb zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer, wenn die Demarkation zugunsten des Abnehmers entfällt. Die hier anzuwendenden Laufzeitgrenzen für Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen richten sich nach drei Kriterien: Marktanteil des Lieferanten, Marktanteil des Abnehmers, Laufzeit und Marktbindungsquote. Bei hohen Marktanteilen genügt regelmäßig eine Laufzeit von mehr als ein- bis zwei Jahren, um einen

Wettbewerbsverstoß annehmen zu können. Diese Kriterien gelten ferner auch für Mindestabnahmeverpflichtungen.

Bei der Untersuchung, wann eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt, wurde der Lösungsansatz von Lukes weiterentwickelt. Es wurde aufgezeigt, dass die Antwort anhand des Integrationsprinzips der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität zu bestimmen ist. Dies bedeutet konkret, dass eine Beeinträchtigung dann vorliegt, wenn ein Abnehmer, der Kunden beliefert, die nach den in der Richtlinie genannten Schwellenwerten als zugelassene Kunden gelten, langfristig gebunden wird. Durch die Heranziehung dieser Auslegungshilfe werden insbesondere zwei wesentliche Ziele erreicht: Zum einen sichert sie das Mindest-Integrationsziel der Richtlinie unmittelbar ab, in dem sie bis zum Erreichen der vollen Integration schrittweise immer mehr Abnehmer von Elektrizität in den liberalisierten Markt mit einbezieht. Zum anderen behebt dieser Ansatz die eigentlichen Schwächen der bestehenden Praxis. Diese bestanden nämlich darin, dass ein Abnehmer, der sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages berief, die spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels konkret darlegen und beweisen musste. Hierzu hatte er unter anderem die Voraussetzungen der Bündeltheorie vortragen, was ihn jedoch regelmäßig vor große Hindernisse stellte. Dies hatte auch die deutsche Rechtsprechung erkannt, die - in teilweisem Widerspruch zu der Zivilprozessordnung - den jeweiligen darlegungsbelasteten Abnehmern dadurch zu helfen versuchte, dass sie - insoweit ohne Begründung - bestimmte Sachverhalte pauschal als "offensichtlich" unterstellte. Greift man demgegenüber - wie hier vertreten - auf die Kriterien der Binnenmarktrichtlinie zurück, so lösen sich diese Ungereimtheiten auf. Denn dann muss der Lieferant beweisen, dass, obwohl er einen Abnehmer langfristig bindet, keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorliegt. Die Heranziehung der Binnenmarktrichtlinie führt im Ergebnis zu einer Beweislastumkehr. Auf die Bündeltheorie kommt es damit in vielen Fällen nicht an, wenngleich es den gebundenen Abnehmern auch hier frei steht, das Vorliegen ihrer Voraussetzungen nachzuweisen. Damit beantwortet sich im übrigen auch die weitere Frage, nämlich ob eine Freistellung gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV möglich ist. Zieht man die Integrationsziele heran, so würde eine Freistellung die Integration behindern. Regelmäßig kommt sie daher nicht in Betracht. Im Übrigen dürfte sie auch schon allein wegen des hohen Marktanteils der Lieferanten nicht in Frage kommen.

Der europarechtliche Teil endet mit der Feststellung, dass regelmäßig Lieferverträge von großen Verbundunternehmen mit langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtungen und Demarkationsverpflichtungen auch gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG verstoßen. Insbesondere lassen sich die genannten Klauseln regelmäßig nicht mit Hinweis auf Amortisationsgesichtspunkte und das Netzeigentum rechtfertigen.

Im Teil zum deutschen GWB wurde zunächst gezeigt, dass sich die Rechtsprechung des BGH, wonach in bestimmten Fallkonstellationen eine Gesamtschau der Vertragsbestimmungen vorzunehmen ist, auf die Beurteilung von Demarkationsverpflichtungen und Gesamtbedarfsdeckungsklauseln nicht übertragen lässt. Vielmehr ist eine Einzelbetrachtung der jeweiligen Klausel im Lichte des gesamten Vertrages durchzuführen. Diese Unterscheidung ist nicht nur theoretischer Natur. Denn betrachtet man die Klauseln in einer Gesamtschau, so führt dies dazu, dass bei Unwirksamkeit der einen Klausel auch die anderen Klauseln automatisch unwirksam sind. Anders verhält es sich dagegen, wenn der Betrachter nur die jeweilige Klausel isoliert ins Blickfeld rückt. Denn dann verlagert sich die Frage auf die Rechtsfolgenebene des § 1 GWB, wobei gesondert festgestellt werden muss, ob aus der

Unwirksamkeit der Demarkationsverpflichtung auch die Unwirksamkeit der Gesamtbedarfsverpflichtung folgen muss.

Schließlich wurde erläutert, dass Demarkations-, Gesamtbedarfsdeckungs- und Mindestabnahmeverpflichtungen regelmäßig gegen §§ 19, 20 GWB verstoßen. Zur Begründung konnte hier im wesentlichen auf die zum europäischen Missbrauchsverbot herausgearbeiteten Kriterien verwiesen werden konnte.

Der letzte Teil der Arbeit analysierte, wie sich die Unwirksamkeit der genannten Klauseln auf das Schicksal der restlichen Vertrages auswirkt. Eine Unterscheidung zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht war nicht notwendig, weil das europäische Recht insoweit auf das deutsche Recht verweist. Herausgearbeitet wurde, dass regelmäßig davon auszugehen ist, dass der Vertrag im ganzen unwirksam ist. Salvatorische Klauseln verhelfen dem Vertrag dagegen nicht zum weiteren Bestand, weil die hier untersuchten Klauseln nicht vom wirksamen Rest geteilt werden können. Damit kommt die Arbeit zu dem Ergebnis, dass ein Großteil der vor der Liberalisierung abgeschlossenen Lieferverträge unwirksam ist.

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas: Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason: Zur Konzeption der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, Bonn, 1997

- Die neuen EU-Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen, EuZW 1999, S. 741 ff

Arndt, Ulrich: Einkaufsgemeinschaften und Kartellverbot, BB 1977, S. 1377 ff

Arndt, Hans-Wolfgang: Common Carrier bei Strom und Gas - Zur nationalstaatlichen und europarechtlichen Zulässigkeit von Durchleitungsverpflichtungen, RIW 1989, Beilage 7

Axster, Oliver: Das "Alles-oder-Nichts"-Prinzip der EG-Gruppenfreistellungsverordnungen, WuW 1994, S. 615 ff

Badura, Peter: Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, AöR 98 (1973), S. 153 ff

Bahr, Christian: Die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs in § 1 GWB, WuW 2000, S. 954 ff

Bala, Andreas: Art. 90 Abs. 2 EGV im System unverfälschten Wettbewerbs : unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätsversorgungswirtschaft, Münster, 1997

Baron, Michael: Das neue Kartellgesetz - Einführung in die 6. GWB-Novelle und das Vergaberecht Materialien - Texte, 1999

Bauer, Michael/ de Bronett, Georg-Klaus: Die EU-Gruppen-freistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, 2000

Baums, Theodor: GWB-Novelle und Kartellverbot, ZIP 1998, S. 233 ff

Baur, Jürgen F.: Langfristige Gaslieferungsverträge, Festschrift für Otto Sandrock, 2000, S. 35 ff

- „Abbau der Gebietsschutzverträge und Durchleitungspflicht - Mittel zur Verbesserung der Versorgung ? in: Baur, Jürgen F./Lukes, Rudolf: Geschlossene Versorgungsgebiete, Versorgungssicherheit oder Wettbewerb, Köln, 1979

- Art 90 Abs 2 EGV und die Binnenmarkttrichtlinie für Strom und Gas, RdE 1999, S. 85 ff
- Der Einfluß des Europäischen Wettbewerbsrechts auf die deutsche Energiewirtschaft, RdE 1992, S. 41 ff
- Energielieferverträge unter europäischem Kartellrecht, RdE 2001, S. 81 ff

Bechtold, Rainer: Kartellgesetz - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage, 1999

- Das neue Kartellgesetz, NJW 1998, S. 2769 ff
- Zum Referenten-Entwurf der 6. GWB-Novelle, BB 1997, S. 1853 ff

Becker, Peter: Rechtsfragen langfristiger Lieferverträge zwischen Energieversorgern im Wettbewerb, ZNER 1997, S. 12 ff

Becker, Peter/Albrecht, Matthias: Altverträge: Relikte aus Monopolzeit, ZfK vom 08.12.2001, S. 14

Belke, Rolf: Grundfragen des Kartellverbots, ZHR 143 (1979), S. 74 ff

Birkemaier, Dieter: Gemeinsamer Markt, nationales Interesse und Art. 90 EWGV, EuR 1988, S. 144 ff

Bleckmann, Albert: Europarecht : das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Auflage, Köln, 1997

Böhme, Jost-Caesar: Erhaltungsklauseln, Frankfurt, 2000

Börner, Achim-Rüdiger: Zur Nichtigkeit eines Stromliefervertrages zwischen Regionalversorger und Stadt (zu LG Mannheim), ET 1999, S. 405 ff

Bornkamm, Joachim: Das Kartellverbot in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 539 ff

Bose, Herbert von: Die Richtlinienvorschläge der Kommission betreffend die gemeinsamen Vorschriften für den Erdgas-Binnenmarkt vzw. für den Elektrizitätsbinnenmarkt, in: Baur, Jürgen F., Die Europäische Gemeinschaft und das Recht der leitungsgebundenen Energie, Baden-Baden, 1993, S. 41 ff.

Böwing, Andreas/ Rosin, Peter: Neue juristische Probleme bei Stromlieferverträgen, ET 2000, S. 249 ff

- Aktuelle Probleme der Gestaltung von Stromlieferverträgen, ET 2000, S. 74 ff

Braun, Christian: Tätigwerden von Stadtwerken außerhalb ihrer Gemeindegrenzen, SächsVBl 1999, S. 25 ff.

Britz, Gabriele: Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht : unter besonderer Berücksichtigung kommunaler Gestaltungsmöglichkeit, Baden-Baden, 1994

- Öffnung der Europäischen Strommärkte durch die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie, RdE 1997, S. 85 ff

Bronett, G-K de: Der Entzug des Vorteils der Anwendung einer Gruppenfreistellung durch nationale Behörden, WuW 1999, S. 825 ff

Bornkamm, Joachim: Das Kartellverbot in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Festschrift für Geiss, S. 539 ff

Büdenbender, Ulrich: Anmerkung zu LG Mannheim, 16.04.1999, - 7 O 372/98 (Kart.), RdE 1999, S. 158 f.

- Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Gesamtbedarfsdeckungsklauseln, ET 2000, S. 359 ff.

- Schwerpunkte der Energierechtsreform 1998, Köln, 1999

- Energierecht nach der Energierechtsreform, JZ 1999, S. 62 ff.

Büttner, Wolf/Däubler, Olaf: Analyse typischer Klauseln in Gaslieferverträgen, ZNER 2001, S. 210 ff.

Bunte, Herrmann-Josef: Die 6. GWB-Novelle - Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1998, S. 1748 ff.

- Abschied vom "gemeinsamen Zweck und den gleichgerichteten Interessen" ?, WuW 1997, S. 859 ff.

Bunte, Hermann-Josef/ Sauter, Herbert: EG-Gruppenfreistellungsverordnungen, Kommentar, München 1988

Bydlinski, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2., erg. Aufl., Wien, 1991

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied, Kriitel, 1999 (zitiert: Bearbeiter, in: Calliess/Ruffert)

Christoph, Michael: Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen über gewerbliche Schutzrechte nach deutschem und europäischem Recht : Inhalt des Schutzrechts, spezifischer Gegenstand und Immanenztheorie, Regensburg, 1998

Dauses, Manfred A.: Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Band II, Stand: 5. Lfg., München, 1997 (zitiert: Bearbeiter, in: Dauses)

Deselaers, Wolfgang/Obst, Silke: Weißbuch zum Europäischen Kartellrecht - Rechtssicherheit ade?, EWS 2000, S. 41 ff.

Dietze, Matthias: Europarecht und nationale Regulierung des Elektrizitätsmarktes - Europarechtliche Sperre für den nationalen Gesetzgeber ?, Frankfurt am Main, 1998

Duijm, Bernhard: Die Wettbewerbspolitik der EG gegenüber vertikalen Vertriebsvereinbarungen, Baden-Baden, 1997

Ebel, Hans-Rudolf: Abgegrenzte Versorgungsgebiete auch nach der Energierechtsreform ? WuW 1998, S. 448 ff.

- Zur Frage, ob die Behinderung der Einfuhr von Elektrizität gegen europäisches Kartellrecht verstößt, EWS 1994, S. 241 ff.

Ehlermann, Claus-Dieter: Die vorgesehene Regelung zur Strom- und Gasdurchleitung (TPA) als Verwirklichung der Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrages, RdE 1993, S. 41 ff.

Ehricke, Ulrich: Zur Konzeption von Art 37 I und Art 90 II EGV, EuZW 1998, S. 741 ff.

- Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb - Kontrolle durch Gemeinschaftsrecht : ein rechtsvergleichender Beitrag zu den Grenzen staatlicher Wirtschaftslenkungsmaßnahmen im Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Recht , Baden-Baden, 1994

Elzer, Hansjörg: Die Abgrenzung des Kartellvertrages gegen die sonstigen Verträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Heidelberg, 1981

Emmerich, Volker: Kartellrecht, 8. Auflage, München, 1999

- Kartellrecht, 9. Auflage, München, 2001

- Die deutsche Versorgungswirtschaft in der Wettbewerbsordnung der Europäischen Gemeinschaft, in: Festschrift für Otto-Friedrich Freiherr von Gamm, 1990, S. 581 ff.

- Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum GWB, ZHR 139 (1975), S. 476 ff.

Epp, Wolfgang: Franchising und Kartellrecht, Köln, 1994

Eucken, Walter: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Auflage, Tübingen, 1990

Everling, Ulrich: Der Binnenmarkt nach der Rechtsprechung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften, in: Lukes (Hrg.) Ein EWG-Binnenmarkt für Elektrizität - Realität oder Utopie ?, Köln, 1987, S. 132 ff. (zitiert: Everling, in: EWG-Binnenmarkt)

Fesenmair, Joseph: Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht : eine juristisch-ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Theorie der natürlichen Monopole, Berlin, 1996

Fikentscher, Wolfgang: Wirtschaftsrecht, Band 1, Weltwirtschaftsrecht, europäisches Wirtschaftsrecht, München, 1983

Fleischer, Holger: Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot
Titelzusatz: Zugleich eine Besprechung der Viho/Parker Pen-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, Die AG 1997, S. 491 ff

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des BGB, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 1979

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht - mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Hrsg.: Glassen, Helmut/v. Hahn, Helmuth/Kersten, Hans-Christian/Rieger, Harald, Band 1 (Stand September 2000), Band 5 (EG-Kartellrecht, Stand September 2000), (zitiert: Bearbeiter, in: Frankfurter Kommentar)

Fritzsche, Jörg: Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art 85 EGV, ZHR (1996) 160, S. 31 ff.

Frömke, Peter: Die Stellung der Kreditinstitute im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nach Art. 90, Abs. 2 EWGV, Baden-Baden, 1987

Fuchs, Andreas: Die Modernisierung des europäischen Kartellrechts im Bereich vertikaler Vereinbarungen, in: Schwintowski: Entwicklungen im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, Baden-Baden, 2001

- Kartellrechtliche Immanenztheorie und Wettbewerbsbeschränkungen in Genossenschaftssatzungen - Bemerkungen zum Beschluß des BGH vom 10-11-1992 - KVR 26/91 - "Taxigenossenschaft II", BB 1993 S. 1893 ff.

Fuchs, Klaus: Kartellvertrag und Bereicherung, Heidelberg, 1989

Gaedertz, Christoph: Die Teilnichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Verträge, Konstanz, 1994

Gassner, Ulrich M.: Grundzüge des Kartellrechts, München, 1999

Gemeinschaftskommentar: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar begründet von Hans Müller-Henneberg und Gustav Schwartz, hrsg. von Christian Hootz, 5. Auflage, 1. Lieferung § 1 GWB, Köln, 1999 EG-Recht ?

Giefers, Patrick Die Gasversorgungsunternehmen als Marktbeherrscher, ET 1999, S. 177 ff

Gleiss, Alfred/Hirsch, Martin: Kommentar zum EWG-Kartellrecht, Heidelberg, 3. Auflage, Heidelberg, 1978

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.): Kommentar zur Europäischen Union, München, Stand 1999, (zitiert: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf)

Grawe, Joachim: Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Strommarktes, FS für Fabricius, 1989, S. 219 ff

Groeben, Hans v.d./Boeckh, Hans v./Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage, Baden-Baden, 1998/1999 (zitiert: Bearbeiter, in: Groeben /Thiesing/ Ehlermann)

Gröner, Helmut: Fortbestand geschlossener Versorgungsgebiet im EG-Binnenmarkt ? in: Harms (Hrsg.): Konturen des Energiebinnenmarktes (Berliner Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Band 5), 1989, S. 65 ff

Haase, Jörg: Absatzmittlungsverträge zwischen Warenproduzenten und Eigenhändlern, Köln, Berlin, Bonn, München 1996

Hack, Hans: Zur Auslegung des Art. 90 II EWGV und dessen Bedeutung für die Elektrizitätswirtschaft, Heidelberg, 1966

Hagendorf, Wolfgang: Der Instrumentaleinsatz öffentlicher Unternehmen im Wettbewerbssystem des Gemeinsamen Marktes : unter besonderer Berücksichtigung. der Ausnahmebereiche des GWB, Berlin, 1984

Haupt, Ulrike/Pfaffenberger, Wolf: Preisentwicklung am Strommarkt - Auswirkungen auf Stadtwerke als Energieerzeuger und -lieferanten, Die Mitbestimmung Heft 3, 2000

Heintzen, Markus: Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs) Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, NVwZ 2000, S. 743 ff.

Hensing, Ingo/Pfaffenberger, Wolfgang/Ströbele, Wolfgang: Energiewirtschaft : Einführung in Theorie und Politik, München, 1998

Hermann, Hans-Peter: Ordnungsgrundlagen der Elektrizitäts-wirtschaften in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, RdE 1988, S. 110 ff.

Hermes, Georg: Staatliche Infrastrukturverantwortung: Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen, 1998

Hölzer, Frank: Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe, Köln, 1999

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB, 2. Auflage, München, 1992 (zitiert: Bearbeiter, in: Immenga/Mestmäcker, 2. Auflage)

Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen : GWB 3. Auflage, München, 2001 (zitiert: Bearbeiter, in: Immenga/Mestmäcker)

Immenga, Ulrich: Die kartellrechtliche Zuordnung von Konzessionsverträgen, WuW 1985, S. 453 ff

Ipsen, Hans Peter: Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen : Mohr, 1972

Jagow, Carl von: Befristete Gebietsschutzverträge und deren Kontrolle im Falle einer Verlängerung - Probleme des § 103 a GWB, Heidelberg 1988

Jarass, Hans D.: Europäisches Energierecht : Bestand - Fortentwicklung - Umweltschutz, Berlin 1996

Jickeli, Joachim: Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden, 1990

Jung, Christian H. A.: Subsidiarität im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Heidelberg, 1995

Kahlenberg, Harald: Novelliertes deutsches Kartellrecht - Stichtag 1.1.1999: Änderung des GWB, BB 1998, S. 1593 ff.

Kay, J.A.: Vertical Restraints in European Competition Policy, European Economic Review, Vol. 34, S. 551 ff.

Kehrberg, Jan Otto Clemens: Die Entwicklung des Elektrizitätsrechts in Deutschland : der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz von 1935, Frankfurt am Main, 1997

Keller, Jan: Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV (Europäische Hochschulschriften : Reihe 2, Rechtswissenschaft; 2751), Frankfurt am Main, 1999

Keul, Thomas: Kartellverbot und Lieferverträge, Berlin-Regensburg, 2001

Kirchhoff, Wolfgang: Die Beurteilung von Bezugsverträgen nach europäischem Recht, WuW 1995, S. 361 ff

Kirchner, Maximilian: Kommunale Wirtschaftsbetätigung, EWeRK-Info vom 03.01.2002

Klätte, Günther: Wettbewerb und EG-Binnenmarkt -Physikalisch-technische Konsequenzen für die Stromversorgung, ET 1988, S. 412 ff

Klaue, Siegfried: Kartellrecht und Versorgungswirtschaft, WuW 1983, S. 460 ff.

- Energielieferverträge und die neue europäische Gruppenfreistellungs VO im Vertikalbereich, BB 2000, Beilage 6 zu Heft 20

- Europäisches Kartellrecht für die Energiewirtschaft: zu den neueren Entwicklungen, Festschrift für Wolf Büttner, 2001, S. 125 ff

- Zum gemeinsamen Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1964, S. 538 ff.

- Europäisches Kartellrecht und Energiewirtschaft, FS für Lukes, 1989, S. 405 ff

Klußmann, Manfred: Zulässigkeit und Grenzen von nachträglichen Eingriffen des Gesetzgebers in laufende Verträge, Berlin 1970

Kirchhoff, Wolfgang: Die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Vertriebsverträge, Köln, 1990 (zitiert: Kirchhoff, in: Vertriebsverträge)

Köhler, Helmut: Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen beim Energievertrieb, in: Energiewirtschaft - Der neue energie- und kartellrechtliche Rahmen, Baden-Baden, 1999, S. 51 ff.

- Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen beim Energievertrieb, WuW 1999, S. 445 ff

- Wettbewerbsverbote bei der Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen in kartellrechtlicher Sicht, ZHR 148 (1984), S. 487 ff.

- Abfallrückführungssysteme der Wirtschaft im Spannungsfeld von Umweltrecht und Kartellrecht, BB 1996, S. 2577 ff.

- Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen beim Energievertrieb, in: Baur, Jürgen F.: Energiewirtschaft - Der neue energie- kartellrechtliche Rahmen, Baden-Baden, 1999, S. 51 ff (zitiert: Köhler, in: Der neue energie- und kartellrechtliche Rahmen)

- Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager : eine Untersuchung zu den kartellrechtlichen Grenzen der Kooperation im München, 1977

- Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen beim Energievertrieb, WuW 1999, S. 445 ff.

Koenigs, Folkmar: Einige Probleme des § 18 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe - nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg, 1968, S. 301 ff.

- Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten als Abgrenzungskriterium zwischen dem EWG-Kartellrecht und dem nationalen Kartellrecht der Mitgliedstaaten, Festschrift für Pfeiffer, Köln, Berlin, Bonn, München 1988, S. 569 ff

Kuhnt, Dietmar: Übertragung von Strom nach deutschem und europäischem Recht, FS für Lukes, 1989, S. 411 ff.

Kühne, Gunther: Schicksal langfristiger Lieferverträge zwischen Energieversorgungsunternehmen (EVU) bei Aufhebung der §§ 103, 103 a GWB, Beilage 19 zu Heft 50 BB 1997

- Absatzsicherungsinteresse, Leistungsaustausch und Wettbewerb bei langfristigen (Energie) Lieferverträgen mit wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden, Festschrift für Otto Sandrock, 2000, S. 537 ff.

- Die Rolle des Staates im neuen Energiewirtschaftsrecht, BB 2000, Beilage Nr 6, S. 4 ff.

Kühne, Gunther/Scholtka, Boris: Das neue Energiewirtschaftsrecht, NJW 1998, 1902 ff

Kunth, Bernd/Slabschi, Peter: Zu den Folgen nichtiger Gebietsschutzabreden in Energielieferverträgen, RdE 1997, S. 174 ff.

Lamb, Jochen/Kahlenberg, Harald: Kommunalrechtliche Probleme beim Stromhandel, ET 2000, S. 70 ff.

Lampert, Thomas: Die Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung im Verhältnis zum Fusionskontrollrecht der Mitgliedstaaten : rechtsvergleichend zum Verhältnis zwischen dem US-Antitrustrecht des Bundes und der Einzelstaaten, Köln, 1995

Langen, Eugen/ Bunte, Hermann-Josef: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage - Neuwied/Kriftel/Berlin, 2001 (zitiert: Bearbeiter, in: Langen/Bunte)

LeNestour, Chantal/ Zinow, Bernd-Michael: Rechtsfragen des "Service Public", RdE 1994, S. 129 ff und 170 ff.

Litpher, Markus/Gentzsch, Andrees: Energielieferungsverträge, Köln, 2002

Langen, Eugen/Niederleithinger, Ernst/Ritter, Lennart/Schmidt, Ulrich: Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Auflage, Neuwied, 1982

Langenheine, Bernd: Effizienter Staat, Öffentliche Wirtschaft und Wettbewerb, Neueste Entwicklungen aus europäischer Sicht, Vortrag, Berlin, 07.02.2002

Langheim, Gerd: Stromimport und EG-Niederlassungsrecht, ET 1987, S. 941

Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3., neu bearb. Aufl., Berlin, 1995

Leip, Wolfgang: Zur Beurteilung langfristiger Lieferverträge zwischen Wettbewerbern nach deutschem Kartellrecht, WuW 1986, S. 455 ff.

Lenz, Carl Otto: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 2. Aufl., Rechtsstand: 1.03.1999, Köln, 1999

- in: Vertrauensschutz in der Europäischen Union, S. 11 ff.

Litpher, Markus/Gentzsch, Andreas: Energielieferungsverträge, Köln, 2002

Löwenheim, Ulrich/Belke, Rolf: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Auflage, Berlin, 1977

Lohse, Andrea: Kartellverbot und Schirm-GVO, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2001

Lückenbach, Andreas: "Anzuerkennendes Interesse für Wettbewerbsbeschränkungen in Energielieferverträgen zwischen Energieversorgungsunternehmen (EVU) ? - eine Untersuchung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 1 GWB (a.F.), RdE 2000, S. 101 ff.

Ludwig, Wolfgang/Odenthal, Hans: Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Kommentar, Band 2, Neuwied, Berlin, Stand: Juni 1996 (zitiert: Bearbeiter, in: Ludwig/Odenthal)

Lukes, Rudolf: Stromlieferverträge im liberalisierten Strommarkt, Beilage 8 zu Heft 21, BB 1999

- Stromlieferverträge in der Bundesrepublik und EG-Wettbewerbsrecht, EWS 1999, 441 ff.
- Liberalisierung des Strommarktes - Realität oder Utopie?, BB Beilage 1998, Nr 12, S. 1 ff.
- Energiewirtschaftliche Demarkationsverträge und EWG-Wettbewerbsrecht, DB 1987, S. 1925 ff.

Mailänder, K. Peter: Kollektivvertrag und Preisbindung, BB 1963, S. 1357 ff.

Markert, Kurt: Stromversorgung und europäischer Binnenmarkt unter kartellrechtlichem Aspekt, VIK-Mitteilungen 1989, S. 12 ff.

- Fortgeltung eines Stromlieferungsvertrages nach Novellierung des EnWG, Anmerkung zur Entscheidung des LG Rostock vom 15.06.2001, Az. 5 O 130/99, ZNER 2001, 182 ff.
- Langfristige Bezugsbindungen für Strom und Gas nach deutschem und europäischem Kartellrecht, EuZW 2000, 427 ff.
- Bestehende Lieferverträge als Grund für die Unzumutbarkeit von Stromdurchleitungen?, ZNER 1998, Heft Nr 4, S. 3 ff.
- Langfristige Bezugsbindungen für Strom und Gas nach deutschem und europäischem Kartellrecht, EuZW 2000, S. 427 ff.
- Langfristige Bezugsbindungen für Strom und Gas nach deutschem und europäischem Kartellrecht, in: Energiewirtschaft im Umbruch, Festschrift für Wolf Büttner, Köln, 2001, S. 137 ff.
- Stellungnahme zum Thema: Stromimporte nach Deutschland und insbesondere nach Nordrhein Westfalen, und mögliche energiewirtschaftliche Konsequenzen, in: Harms (Hrsg.), Atomstrom aus Frankreich, Köln, 1987, S. 75 ff.
- Anmerkung zur Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 07.11.2001, Az. U (Kart.) 31/00, ZNER 2001, S. 260 ff.
- Deutsche Fusionskontrolle im Energieversorgungsbereich, in: Jörn Kruse, Kurt Stockmann, Lothar Vollmer: Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld internationaler Kartellrechtsordnungen, Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag, S. 231 ff. (zitiert: Markert, in: Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld)

Martinek, Michael/ Habermaier, Stefan: Das Chaos der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, ZHR 158 (1994), S. 107 ff.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter: Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, Art. 12 – 21, Loseblattsammlung. Stand August 2000

Metzenthin, Andreas: Mehr Stromimporte durch EG-Recht? WRP 1989, 217 ff.

- Wettbewerb durch EG-Stromimporte : zum Fortbestand geschlossener Versorgungsgebiete nach deutschem und europäischem Recht, Köln, 1992

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht - Zur Bedeutung von Art 90 EWGV, RabelsZ 52, S. 526 ff. (1988)

Möschel, Wernhard: Subsidiaritätsprinzip und europäisches Kartellrecht, S. 45 ff., in: Rudolf Hrebek (Hrsg) Subsidiaritätsprinzip und europäisches Kartellrecht, in: Rudolf Hrebek, Das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union - Bedeutung und Wirkung für ausgewählte Politikbereiche (hrsgb.), Baden-Baden 1995, S. 45 ff.

- Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, 1983

Müller, Leonhard: Handbuch der Elektrizitätswirtschaft, Berlin, 1998

Münchener Kommentar, Band 2, Schuldrecht AT, §§ 241 – 432, FernAbsG, 4. Auflage, München 2001 (zitiert: Bearbeiter, in: MünchKomm)

Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3, §§ 803 1048, EGZPO, GVG, EGGVG, Internationales Zivilprozeßrecht, München, 1992

Mutschler, Ulrich: Energiefusionskontrolle im Wandel, in: Beiträge zum Wirtschafts-, Europa- und Technikrecht, Festgabe für Rudolf Lukes zum 75. Geburtstag, Herausgegeben von Klaus Vieweg und Wilhelm Haarmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, S. 91 ff.

Nelßen, Bernd: Die Abgrenzung "horizontaler und vertikaler" Wettbewerbsbeschränkungen nach der 6. GWB-Novelle, Frankfurt, 2001

Niederleithinger, Ernst: Strommarktproblematik nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht, in: Ein EWG-Binnenmarkt für Elektrizität - Realität oder Utopie, hrsg. von Rudolf Lukes, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, S. 61 ff.

Nolte, Steffen: Reform des EG-Kartellrechts für Vertriebs- und Zulieferverträge, BB 1998, S. 2429 ff.

Obernolte, Wolfgang/Danner, Wolfgang: Energiewirtschaftsrecht, Band I, München, Stand der Bearbeitung: März 1998 (zitiert: Bearbeiter, in: Obernolte/Danner)

Oppenländer, Frank: Die Beurteilung von Wettbewerbsverboten nach §§ 1 und 18 GWB, WuW 1981, 389 ff.

Oppermann, Thomas: Europarecht, München, 1991

Paulus, Melanie: Wettbewerb und Konzentration in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft in der Europäischen Union, in: Wulfdiether Zippel, Transeuropäische Netze, Baden-Baden, 1996

Pescher, Michael: Der äußere Kartellzwang : zur kartellrechtlichen. Beurteilung kollektiver Konkurrentenbehinderungen, Baden-Baden, 1984

Peters, Joachim: Ausschließlichkeitsbindungen und Kartellverbot, Köln, 1990

Pfeiffer, Herbert: Die kartellrechtliche Wirksamkeit energiewirtschaftlicher Konzessionsverträge, Baden-Baden, 1985

Pielow, Johann-Cristian: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung : Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, Tübingen, 2001

Piltz, Harald: Kartellrechtliche Bewertung bestehender Gaslieferungsverträge, RdE 1999, S. 60 ff.

Pleißke, Andreas: Der "gemeinsame Zweck" im Sinne des Kartellrechts : die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen "zu einem gemeinsamen Zweck", Frankfurt am Main, 1993

Pluta, Jörg: Deutsche Bierlieferungsverträge und europäisches Wettbewerbsrecht - Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt vom 13-7-1989 (WuW/E OLG 4420 ff = GRUR Int 1989, 857), WRP 1990, 392 ff.

Polley, Romina: Probleme bei der Anwendung von GWB und EG-Kartellrecht (Art. 85 - 90 EG-Vertrag) auf die Dienstleistungsmonopole deutscher Verkehrsflughäfen, München 1996

Pukall, Kirstin: Neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertriebsbindungen, NJW 2000, S. 1375 ff.

Püttner, Günter: Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 2000, S. 97 ff.

Raabe, Frank: Energielieferverträge im Wettbewerb, ET 2000, S. 770 ff

Rapp, Angela: Die gemeinschaftsrechtliche Verwirklichung von Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, Frankfurt am Main, 1992

Rapp-Jung, Barbara: Zur Tragweite von Art 90 Abs 2 EGV für die Energiewirtschaft - zugleich Anmerkung zu EuGH, RdE 1994, S. 182 ff.

Reginhard, Henke (Hrsg.): Vertrauensschutz in der Europäischen Union : am 19. und 20. Juni 1997, in Nürnberg Schriftenreihe: Tagungsband der Jahrestagung des Europäischen Forums für Außenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll e.V (EFA) ; 9, Köln : Bundesanzeiger-Verlag, 1997

Reich, Norbert: Die Bedeutung der Binnenmarktkonzeption für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln, Festschrift für Ernst Steindorff, hrsg. von J. Bauer, K. Hopt, K. Mailänder, Berlin, New York, S. 1065 ff.

Rinne, Alexander: Die Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe : zugleich ein Beitrag zu Art. 90 Abs. 2 EGV, Baden-Baden, 1998

Ritter, Lennart: Die EG-kartellrechtliche Beurteilung ausschließlicher Bezugsbindungen in Lieferverträgen mit Weiterverarbeitern, Festschrift für Otto Lieberknecht, 1997, S. 495 ff.

- Die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf den zwischenstaatlichen Handel mit Elektrizität, in: Harms (Hrsg.), Atomstrom aus Frankreich, Köln, 1987, S. 45 ff.

- Langfristige Liefer- und Bezugsverträge im Energierecht und ihre Beurteilung nach den EG-Wettbewerbsregeln, RdE 1995, S. 50 ff.

Rittner, Fritz: Wettbewerbs- und Kartellrecht : eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis, 6.Auflage, Heidelberg, 1999

- Keine Doppelkontrolle für Vertikalvereinbarungen, WuW 2000, S. 696 ff.

Rottbauer, Achim E.: Wirksamkeit bestehender Stromlieferungsverträge mit Verteilerunternehmen, BB 1999, S. 2145 ff.

-Bestand altrechtlicher Stromlieferverträge, Gesamtbezugsverpflichtung, Wirtschaftsklausel, „Bündeltheorie“, Anmerkung zum Urteil des LG Frankfurt vom 27.06.2001, EWIR 2002, S. 21 f.

Rohardt, Klaus P.: Grünbuch über vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs - Diskussion frei ?, WuW 1997, S. 473 ff.

Rumpff, Stefanie: Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union?: Art. 86 Abs. 2 (ex-Art. 90 Abs. 2) EGV im System des EGV, Frankfurt am Main, 2000

Salje, Peter: Stromlieferverträge nach Wegfall der kartellrechtlichen Freistellung, ET 1999, S. 768 ff.

Sandrock, Otto: Kartellrecht und Genossenschaftswesen : Bezugs- und Andienungspflichten der Genossen, 5 b GWB ... aus der Sicht der jüngeren Gesetzgebung, Judikatur und Literatur, Tübingen 1976

Säcker, Franz-Jürgen: Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, in: Archiv für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen - Zeitschrift für Strukturlehre der Einzelwirtschaften und für Einzelwirtschaftspolitik 9 (1971), S. 193 ff

Saecker, Franz-Jürgen/Jaecks, Jörg: Leitbildfunktion der Schirm-GVO auf Energielieferverträge, 2001

Säcker, Franz-Jürgen/Boesche, Katharina: Vertikale Fusionen im Energiesektor gefährden wirksamen Wettbewerb, BB 2001, S. 2329 ff.

Schäfer, Ralf E.: Ausschließlichkeitsbindungen in Energielieferverträgen, in: Energierechtsnovelle und Stromlieferverträge, Frankfurt am Main, 1997

Schaub, Alexander/ Dohms, Rüdiger: Der wettbewerbliche Binnenmarkt für Strom und Gas - Zur Rolle von Art 90 Abs 2 EGV, Die AG 1998, S. 566 ff.

- Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag - Die Reform der Verordnung Nr. 17, WuW 1999, S. 1055 ff.

Schiffer, Hans-Wilhelm: Energiemarkt Deutschland, 7., völlig überarbeitete Auflage, Köln, 1999

Schimansky, Herbert: Bankvertragsrecht und Privatautonomie, WM 1995, S. 461 ff.

Schmahl, Stefanie: Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, LKV 2000, S. 47 ff.

Schmidt, Karsten: "Altes und "neues" Kartellverbot, Die AG 1998, S. 551 ff.

- Kartellverbot und "sonstige" Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, 1978

- Vertragliche Wettbewerbsverbote im deutschen Kartellrecht - Gemeinsamer Zweck und Immanenztheorie in der Praxis und Theorie, ZHR 149, 1 ff (1985)

-Gesellschaftsrecht, Köln, 1995 (zitiert: Karsten Schmidt, in: Gesellschaftsrecht)

Schmitz, Erich: Die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages auf die Elektrizitätswirtschaft - Anmerkung zur Entscheidung der EG-Kommission vom 16 Januar 1991 gegen fünf niederländische Elektrizitätsversorgungsunternehmen, RdE 1991, S. 142 ff.

Schneider, Jens-Peter: Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation - Eine vergleichende Untersuchung zur Reform des US-amerikanischen, europäischen und deutschen Energierechts, Baden-Baden, 1999

Schnorbus, York: Die Konzessions- und Demarkationsverträge der Versorgungswirtschaft - Regelungsinhalt, Rechtsnatur, Stellung im System des Kartellrechts und Zukunft nach der Novellierung des Energiewirtschaftsrechts, DZWir 1998, S. 137 ff.

Scholz, Ulrich: Die Beurteilung von Bezugsbindungen in Elektrizitätslieferverträgen nach deutschem und EG-Kartellrecht, RdE 1998, S. 209 ff.

Semler, Franz-Jörg/Bauer, Michael: Die neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen - Folgen für die Rechtspraxis, DB 2000, S. 193 ff.

Selmer, Peter: Möglichkeiten und Grenzen zur Sicherung der Energieversorgung, in: Volker Emmerich/Rudolf Lukes: Die Sicherheit der Energieversorgung, 1974, S. 5 ff.

Schütze, Joachim: Europäischer Stromverbund und EG-Recht, Köln, 1992

Schulze, Olaf: Laufzeit von Energielieferungsverträgen, *wirtschaftswelt energie*, 6/2001, S. 15 ff.

Schulze zur Wische, Jens: Lückenhafte selektive Vertriebssysteme im deutschen und europäischen Kartell- und Wettbewerbsrecht, Berlin, 2000

Schwabe, Petra: Die deutsche Stromversorgungsstruktur und der EWG-Vertrag : zur Vereinbarkeit des deutschen Systems geschlossener Stromversorgungsgebiete mit dem EWG-Vertrag, Baden-Baden, 1993

Schwark, Eberhard: Die Struktur der deutschen Elektrizitätswirtschaft im Lichte der Art. 30 ff, 85 ff EGV, FS für Fabricius, 1989, S. 203 ff.

Schwarz, Günter Christian: Kartellvertrag und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, 1984

Schwintowski, Hans-Peter: Freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt, *RabelsZ* 64, S. 38 ff. (2000)

- Ordnung und Wettbewerb auf deregulierten Erdgasmärkten, Baden-Baden, 1998 (zitiert: Schwintowski, in: *Erdgasmärkte*)

- Grundlinien eines zukünftigen europäischen Energierechts, in: *Energierecht der Zukunft*, Baden-Baden, 2001, S. 17 ff.

- Visionen für ein zukünftiges Europäisches Energierecht, *VuR* 2000, S. 371 ff.

- Vereinbarkeit der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen mit dem UWG, *EWeRK-Info* vom 02.11.2000

- Der Begriff des Unternehmens im europäischen Wettbewerbsrecht - Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 17- Februar 1993, *ZEuP* 1994, S. 294 ff

- Staatlich veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten, *RabelsZ* 58, S. 232 ff (1994)

- Grundlinien eines zukünftigen europäischen Energierechts, *ZNER* 2000, S. 93 ff.

- Konzept, Funktion und Entwicklung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts, *ZVglRWiss* 92, S. 40 ff. (1993)

- Absatzsichernde Alleinvertriebssysteme auf dem Prüfstand des europäischen Wettbewerbsrechts, *DB* 1993, S. 2417 ff.

- Zu den Folgen sittenwidriger Wettbewerbsverbote für die Wettbewerbsabrede selbst und für das übrige Vertragswerk (f), JR 1990, S. 22 ff.

- Keine kartellrechtliche Beurteilung von Maßnahmen innerhalb eines Konzerns an WettbewG § 26 Abs 2 bei einem bestehenden Weisungsverhältnis (f), EWiR 1989, S. 1213 f.

- Zur wettbewerbsrechtlichen Bedeutung konzerninterner Vorgänge im Rahmen des § 26 Abs 2 GWB, BB 1988, S. 1763 ff.

- Vertikale Beschränkungen im europäischen Wettbewerbsrecht - eine juristisch-ökonomische Kritik des neuen Konzepts der Kommission, in Festschrift für Otto Sandrock, Heidelberg, 2000, S. 901 ff.

- Alleinvertriebssysteme : ökonomische Funktionen - wettbewerbsrechtliche Grenzen, Baden-Baden, 1992

Schwintowski, Hans-Peter/ Klaue, Siegfried: Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Energielieferverträge - die deutsche und die europäische Sicht, BB 2000, S. 1931 ff.

Sedemund, Jochim: Bierlieferungsverträge und EG-Kartellrecht, NJW 1988, S. 3069 ff.

Seidel, Martin: Die Elektrizitätswirtschaft im System des Gemeinschaftsrechts, EuR 1988, S. 129 ff.

Seifert, Dorothea: Die kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsverboten in Lieferverträgen, Festschrift für Otto Lieberknecht, 1997, S. 583 ff.

Sölter, Arno: Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf, 1960

Soergel, Hans Theodor: Band I, AT des BGB, §§ 1 – 240, HaustürWiderrufG, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1987 (zitiert: Bearbeiter, in: Soergel)

- Band II, Schuldrecht I, §§ 241 – 432, Stuttgart, Berlin, Köln 1990(zitiert: Bearbeiter, in: Soergel)

Spannowsky, Willy: Die Stellung der Kommunen im Wettbewerb der Energieversorgungsträger, RdE 1995, S. 135 ff.

Statistisches Jahrbuch der BRD 1999, Wiesbaden, 1999

Staudinger, J. Von: Geleitwort, Einleitung BGB, §§ 1 – 12, VerschG, Berlin 1995, §§ 21 – 103, Berlin 1995; §§ 164 – 240, Berlin, 2001

Steinberg, Rudolf / Britz, Gabriele: Der Energieliefer- und -erzeugungsmarkt nach nationalem und europäischem Recht, Baden-Baden, 1995

Steindorff, Ernst: Bezugsbindungen und Konzentrationsrabatte im Bereich der Handelsgenossenschaften, zugleich ein Beitrag zu den Gesamtverträgen nach § 1 GWB, den Vorteilen nach § 25 II GWB und zu § 18 GWB als *lex specialis*, BB 1979, Beilage Nr. 3

Stewing, Clemens: Gasdurchleitung nach europäischem Recht, Köln, 1989

Stockenhuber, Peter: Europäisches Kartellrecht, Wien, 1999

Tegethoff, Wilm/Büdenbender, Ulrich/Klinger, Heinz (Hrsg.) Das Recht der öffentlichen Energieversorgung: Kommentar, Band 1, Loseblattsammlung, Gräfeling, Stand Juni 2000 (zitiert: Bearbeiter, in: Tegethoff/Büdenbender/Klinger)

Tettinger, Peter J.: Allgemeines Verwaltungsrecht und Energierecht : Verwaltungsverfahren, Planung, Organisation und Staatshaftung bei Kohlebergbau und Energieversorgung. Institut für Berg- und Energierecht, Bochum, 1990

Tettinger, Peter J.: Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, S. 3473 f.

-Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der öffentlichen Versorgungswirtschaft. Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht, in: Cox, Helmut: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 2000, S. 97 ff.

Theobald, Christiane/ Theobald, Christian: Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, München, 2001

Tomerius, Stephan: Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindegewirtschafts- und Wettbewerbsrecht, LKV 2000, S. 41 ff.

Ulmer, Peter: Der Vertragshändler: Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, München, 1979

Velte, Rainer: Duale Abfallentsorgung und Kartellverbot : eine Untersuchung zur Zulässigkeit von Umweltschutzkartellen nach deutschem und europäischem Recht am Beispiel des Dualen Systems für Verkaufsverpackungen, Baden-Baden, 1999

Veltrup, James D.: Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, in: Common Market Law Review, Vol. 31, S. 549 ff.

Von Gamm Otto-Friedrich: Kartellrecht, 2. Auflage, Köln, 1990

Walz, Karl: Systemfragen im europäischen Kartellrecht, Heidelberg, 1972

Wellenhofer-Klein, Martina: Das neue Kartellverbot und seine Abgrenzung zu den Vertikalvereinbarungen, WuW 1999, S. 557 ff.

Weltrich, Ortwin: Franchising im EG-Kartellrecht : eine kartellrechtliche Analyse nach Art. 85 EWGV, Köln, 1992

Wiedemann, Gerhard: Handbuch des Kartellrechts / hrsg. von Gerhard Wiedemann, München, 1999(zitiert: Bearbeiter, in: Wiedemann)

Wilhelm, Jan: Der gemeinsame Zweck als Merkmal des Kartellverbots wie der daran anknüpfenden Verbote, ZHR 150 (1986), S. 320 ff.

Wilmowsky, Peter von: Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag - Ein Beitrag zu Art 90 Abs 2 EWGV, ZHR 155, 545 ff. (1991)

Wilmowsky, Philipp v.: Die Durchleitung von Elektrizität im deutschen, europäischen und U.S. amerikanischen Recht, Saarbrücken, 1998

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, Berlin, 1996

Wolf, Manfred / Horn, Norbert / Lindacher, Walter F.: Kommentar zum AGB – Gesetz, 4. Auflage, München, 1999

Zenke, Ines: Genehmigungszwänge im liberalisierten Energiemarkt : eine Studie über 3 EnWG 1998 (5 EnWG 1935) unter Berücksichtigung des Europäischen Rechts, Berlin, 1998

Zuleeg, Manfred: Die Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1969, S. 97 ff.

Zinow, Bernd-Michael: Rechtsprobleme der grenzüberschreitenden Durchleitung von Strom in einem EG-Binnenmarkt für Energie, Frankfurt am Main, 1991

Zöller: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozeßrecht, Kostenanmerkungen; Kommentar, 22. Auflage, Köln, 2001