

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* wird in diesen Fällen die Klagebefugnis der konkurrierenden Dritten daher schon dann bejaht, wenn sie in ihren Interessen beeinträchtigt werden; dies wird – jedenfalls bei individuellen Beihilfen – angenommen, wenn der klagende Wettbewerber im selben Marktsegment wie der Beihilfenempfänger tätig ist⁶³.

c) *Kein Recht der Konkurrenten auf Akteneinsicht.* Damit verfügt der Konkurrent gegenüber dem Beihilfegeber und beihilfeempfangenden Unternehmen über eine gefestigte Rechtsposition, auch wenn die Verfahrensverordnung keine Neuerung gegenüber dem gewachsenen Rechtszustand brachte. Die Verfahrensverordnung folgt insbesondere nicht der Anregung des AEA-Vorschlags (Art. 34 V), Konkurrenten während des Hauptprüfverfahrens einen Rechtsanspruch auf Akteneinsicht einzuräumen. Ein solches Recht läßt sich weder aus Art. 87 und 88 EGV noch aus Art. 7 EGV ableiten. Damit sind die Wettbewerber auf die Auskünfte verwiesen, welche die Kommission gemäß einer internen Verfahrensregelung auf Antrag erteilt⁶⁴.

5. *Die Veröffentlichung der Entscheidungen im Beihilfenkontrollverfahren.* Von grundlegender Bedeutung für die Rechtswahrung im Beihilfenaufsichtsverfahren ist die exakte Kenntnis der von der Kommission getroffenen Entscheidung und ihrer Begründung. Nach der bisherigen Veröffentlichungspraxis werden alle Entscheidungen, die das Hauptprüfverfahren eröffnen und abschließen, in den Amtsblättern und in der jeweiligen Sprache publiziert; allein die Entscheidung des „nihil obstat“ im Vorprüfverfahren wird in einer Kurzfassung, einer sog. „cartouche“, in das Amtsblatt eingerückt. Aus der Sicht der Wettbewerber drängt sich in der Tat die Frage auf, ob diese Differenzierung unter den Aspekten des Rechtsschutzes gerechtfertigt ist, ob nicht auch die Entscheidungen, die das Vorprüfverfahren positiv beenden, in gleicher Weise wie die Entscheidungen nach dem Hauptprüfverfahren veröffentlicht werden sollten.

Auf der anderen Seite ist nicht zu bestreiten, daß die Flut der Entscheidungen und die daraus resultierende Notwendigkeit der Übersetzungen eine große administrative Belastung für die Kommissionsdienststellen bedeuten. In der gegenwärtigen Praxis ergeben sich daraus erhebliche, manchmal kaum akzeptable Verzögerungen, die sich für den Beihilfeempfänger in fehlender Rechtssicherheit niederschlagen. Dieser Widerstreit zwischen Transparenz und Rechtsschutz einerseits sowie Effizienz und Rechtssicherheit andererseits hat die Ratsberatung über Art. 26 der VerfahrensO (Veröffentlichung der Entscheidungen) und Art. 20 III der VerfahrensO (Zugang der Be-

teiligten zu den Entscheidungen) bestimmt. Nach der jetzt gefundenen Lösung wird die positive, das Vorprüfverfahren abschließende Entscheidung nach wie vor in einer Kurzfassung publiziert – allerdings mit dem Hinweis, daß ihr Gesamttext in ihrer verbindlichen Sprachfassung auf Antrag erhältlich ist⁶⁵. Zu den Entscheidungen über die Eröffnung des Hauptprüfverfahrens wurde festgelegt, die Entscheidung vollständig in der jeweiligen verbindlichen Sprache und in den Amtsblättern anderer Sprachen in einer aussagekräftigen Zusammenfassung in der Sprache des jeweiligen Amtsblattes, ergänzt durch den vollen Text in der verbindlichen Sprachfassung, zu veröffentlichen. Die Entscheidungen über den Abschluß des förmlichen Prüfverfahrens werden wie bisher vollständig in allen Amtssprachen publiziert⁶⁶.

Dieser Kompromiß mag sowohl aus der Sicht des Rechtsschutzes als auch unter Effizienzerwägungen nicht voll befriedigend sein. In einer Gemeinschaft, deren Sprachenvielfalt schon jetzt unübersehbare Schwierigkeiten schafft und im Falle der Erweiterung noch größer und problematischer wird, dürfte Art. 26 i. V. mit Art. 20 III der VerfahrensO zumindest eine Regelung sein, die in der Praxis auf die Probe gestellt werden sollte.

65) Zur Notwendigkeit der rechtzeitigen Antorderung s. *Schlöb/Hoemke*, *EuZW* 1997, 399.

66) *Ausf. hierzu Sinnaeve*, *EuZW* 1999, 272 (276 f.).

Professor Dr. Christian Koenig LL. M. und
Jens-Daniel Braun, Bonn

Eigentumsschutz nach Art. 14 GG für durch staatliche Beihilfen Erworbenes? *

Die verfassungsrechtliche Eigentumsdogmatik zu Art. 14 GG blendet bisher das Problem der Schutzwürdigkeit von Vermögenspositionen aus, die unter Geltung des EG-Beihilfenrechts nach Art. 86, 87 f. EGV (ex Art. 90, 92 f. EGV) ausgebaut worden sind. Das Problem stellt sich beispielhaft bei der Frage, welche Schutzmaßstäbe im Rahmen der Sozialbindung (Art. 14 II GG) bei der asymmetrischen Regulierung des Netzzugangs zu Lasten des ehemaligen Staatsmonopolunternehmens Deutsche Telekom AG gelten. Deren Festnetzinfrastruktur wurde unter Geltung des EG-Beihilfenrechts auch aus Steuermitteln sowie aufgrund der staatlichen Tarifierung von Monopolrenten ausgebaut. Der folgende Beitrag möchte eine differenzierte Diskussion über den Einfluß des EG-Rechts auf die verfassungsrechtliche Eigentumsdogmatik eröffnen.

I. Der Einfluß des EG-Rechts auf deutsche Grundrechte

Nach der Rechtsprechung des *EuGH*¹ genießt das Gemeinschaftsrecht einen uneingeschränkten Anwendungsvorrang gegenüber jeglichem nationalen Recht, also auch gegenüber den deutschen Grundrechten². Das Gemeinschaftsrecht verschafft sich aber auch bei der Auslegung grundrechtlicher Bestimmungen über das Gebot gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts³ Bedeutung. So wie eine Erstreckung der Schutzgewähr der Deutschengrundrechte (insb. Art. 12 GG) *ratione personae* auf Unionsbürger kraft des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechts (z. B. im Bereich

* Der Erstautor ist Direktor der juristischen Abteilung des Zentrums für europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, in der auch der Zweitautor arbeitet.

1) St. Rspr. seit *EuGH*, Slg. 1964, 1251 (1269 f.) – *Costa/Enel*.

2) Vgl. statt aller nur *Pieroth/Schlöb*, *Grundrechte-StaatsR* II, 14. Aufl. (1998), § 5 Rdnr. 190.

3) Zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung vgl. nur *Zuleeg*, *VVDStRL* 53 (1994), 154 (165 ff.); v. *Bogdandy*, in: *Grabitz-Hilf*, *EGV*, Art. 5 Rdnr. 55 (Stand: September 1994); *Huber*, *Recht der Europ. Integration*, 1996, § 8 Rdnr. 14.

63) Vgl. dazu *EuGH*, Slg. 1993, I-2487 (2528) Rdnrn. 23–26 – *Cook*; *EuGH*, Slg. 1993, I-3203 (3255) Rdnrn. 17–19 – *Matra*; *Dickersbach*, *NVwZ* 1996, 962 (964 f.); *Reufels* (o. Fußn. 6), S. 153; a. A. *Schneider*, *DVBl* 1996, 1304 Fußn. 27, der diese „Öffnung“ der Klagebefugnis ablehnt. Es sollte eher die Frage gestellt werden, ob die Verfahrensbeteiligung als Kriterium der Klagebefugnis in den Fällen der Nichtigkeitsklage nach Hauptprüfverfahren aufrechtzuerhalten ist.

64) Auch gegenüber den zuständigen deutschen Behörden besteht nach nationalem Recht kein solcher Anspruch. Nach § 29 *VwVfG* würde er ein Verwaltungsverfahren voraussetzen, das auf den Erlaß eines Verwaltungsaktes oder den Abschluß eines öffentlichrechtlichen Vertrags gerichtet ist. Die deutsche Dienststelle wird aber nur im Rahmen eines Informations- und Überwachungsverfahrens tätig, das von der Kommission geleitet und abgeschlossen wird. Für die nationale Instanz ist dort kein Raum, eine Entscheidung zum Vor- oder Nachteil von Beihilfeempfängern oder Wettbewerbern zu treffen. Auch mit der Überlegung eines eigenen gewichtigen und auf andere Weise nicht zu befriedigenden Interesses (*BVerwG*, *NJW* 1981, 2270) läßt sich ein solches Akteneinsichtsrecht nicht begründen. Ein Antragsteller wird in der Regel auf Anfrage von der Kommission unterrichtet werden. Gewährt sie keinen Einblick in die Akten, so ist es zumindestens fraglich, ob es mit der Pflicht zur Gemeinschaftstreue (Art. 10 EGV) vereinbar ist, wenn auf nationaler Ebene eine solche Einsichtnahme gestattet wird. In jedem Fall wäre sie nicht mit der Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen in Einklang zu bringen. Eine Vielzahl von Daten, die zwischen betroffenen Unternehmen und Beihilfegeber ausgetauscht und der Kommission zugänglich gemacht werden, fallen in diesen Schutzbereich.

der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder des allgemeinen Diskriminierungsverbots) geboten ist⁴, kommt umgekehrt auch eine Modifikation des positiven Schutzgewähranspruches deutscher Grundrechte in Betracht: Kraft des Anwendungsvorrangs des EG-Rechts kann nämlich die Schutzbedürftigkeit bestimmter Rechtspositionen gemindert sein (etwa wegen der „Belastung“ durch das EG-Beihilfenrecht nach Art. 87, 88 EGV)⁵. Umgekehrt bietet das EG-Recht eigene Schutzansprüche – etwa aus den Gemeinschaftsgrundrechten im allgemeinen oder den Verfahrensrechten im Beihilfenaufsichtsverfahren nach Art. 88 EGV (ex Art. 93 EGV) im besonderen. Im folgenden werden diese Überlegungen anhand des Beispiels der asymmetrischen Regulierung des Netzzugangs illustriert.

II. Auswirkung der EG-primärrechtlichen Vorgaben auf die Auslegung von Art. 14 GG am Beispiel der asymmetrischen Regulierung des Netzzugangs zu Lasten des ehemaligen Staatsmonopolunternehmens Deutsche Telekom AG

1. Der Begriff und die Bedeutung der „asymmetrischen Regulierung“

Hinter dem Telekommunikationsgesetz (TKG) steht das Konzept der asymmetrischen Regulierung. Die Regulierung des Telekommunikationsmarktes durch das Telekommunikationsgesetz wird als asymmetrisch bezeichnet, weil dem marktbeherrschenden Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen – der Deutsche Telekom AG⁶ – in wesentlichen Punkten erhöhte und damit besondere Verpflichtungen auferlegt werden⁷. Dieser Grundsatz der asymmetrischen Regulierung findet besondere Ausprägungen bei der Entgeltregulierung und der Netzzusammenschaltung (§§ 33 ff. TKG) sowie dem Netzzugang (§ 35 TKG)⁸.

2. Das Festnetz und das EG-Beihilfenrecht

Die terrestrische Festnetzinfrastruktur wurde unter Geltung des EG-Beihilfenrechts auch aus Steuermitteln sowie aufgrund der staatlichen Tarifierung von Monopolrenten⁹ ausgebaut. Art. 87 I EGV (ex Art. 92 I EGV) normiert, unter welchen Voraussetzungen Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar sind. Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe i. S. des Art. 87 EGV (ex Art. 92 EGV) ist weit zu verstehen und umfaßt jede Art von Vergünstigung, für die keine Gegenleistung erbracht wird, also nicht nur Leistungssubventionen – wie etwa Geld- oder Sachleistungen –, sondern auch Verschonungen – wie etwa Steuer- und Abgabenerleichterungen – sowie Sondertarife⁹. Sowohl die Bereitstellung von Steuermitteln als auch die staatliche Tarifierung von Monopolrenten sind Vergünstigungen im Sinne dieser Begriffsbestimmung. Die dem damaligen Staatsmonopolunternehmen auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen¹⁰ mögen zwar Gegenleistungen für einen Teil der Vergünstigungen darstellen. Doch die Beihilfe liegt dann in dem überschießenden, nicht von der Gegenleistung gedeckten Betrag¹¹. Auch die übrigen Tatbestandsmerkmale von Art. 87 I EGV (ex Art. 92 I EGV) sind erfüllt.

Die Bereichsausnahme des Art. 86 II EGV (ex Art. 90 II EGV) ist nicht anzuwenden: Die Wettbewerbsregeln der Art. 81 – 89 EGV (ex Art. 85 – 94 EGV) gelten gem. Art. 86 I EGV (ex Art. 90 I EGV) grundsätzlich für öffentliche ebenso wie für private Unternehmen. Die Deutsche Bundespost war ein öffentliches Unternehmen i. S. des Art. 86 II Fall 1 EGV (ex Art. 90 II Fall 1 EGV)¹². Die Ausnahmevorschrift des Art. 86 II EGV (ex Art. 90 II EGV) ist restriktiv auszulegen¹³. Nach bisheriger Rechtsprechung war eine derartige Ausnahme nur dann anzunehmen, wenn die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung nicht nur be-, sondern „verhinderte“¹⁴. Eine neuere Entscheidung des *EuGH* scheint diesen strengen Maßstab jedoch etwas abzumildern: Danach seien die Vorschriften des EG-Vertrages gem. Art. 86 II EGV (ex Art. 90 II EGV) bereits dann nicht auf ein Unternehmen anwendbar, das mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, wenn ihre Anwendung

die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die diesem Unternehmen obliegen, sachlich oder rechtlich gefährden würde. Es sei nicht erforderlich, daß das Überleben des Unternehmens bedroht ist¹⁵. Doch gerade die Entwicklung nach dem Wegfall des Telefondienstmonopols der Deutsche Telekom AG zum 1. 1. 1998 zeigt, daß die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung weder „verhindert“ noch auch nur „gefährdet“ hatte. Gegen die Annahme einer „Beihilfe“ spricht übrigens auch nicht, daß die Kommission nie in dieser Angelegenheit tätig geworden ist: Es ist davon auszugehen, daß die Kommission – zumindest in den 80er Jahren – nichts gegen die ihr zweifelsohne bekannten Beihilfen unternahm, da sie bereits zu diesem Zeitpunkt die asymmetrische Regulierung als Kompensation für die bis zum Zeitpunkt der vollständigen Liberalisierung aller Telekommunikationsmärkte bestehenden Monopolrechte plante.

In diesem Zusammenhang ist zwischen „Altbeihilfen“ (vgl. Art. 88 I EGV [ex Art. 93 I EGV]) und „Neubeihilfen“ (vgl. Art. 88 III EGV [ex Art. 93 III EGV]) zu unterscheiden. Von der rechtlichen Zuordnung einer Beihilfe in eine dieser beiden Kategorien hängt es ab, welches Beihilfenkontrollverfahren einzuleiten ist, welche Rechte etwaige Wettbewerber besitzen und ob die Beihilfe zunächst gewährt werden darf oder nicht. Unter den Begriff der „Altbeihilfen“ fallen: Alle Beihilfen, die vor dem 1. 1. 1958 (oder einem späteren Beitrittsdatum) eingeführt wurden; ferner alle Beihilfen, die nach Inkrafttreten des Vertrages vor ihrer Einführung ordnungsgemäß notifiziert und von der Kommission nicht beanstandet wurden; und schließlich alle Beihilfen, die nach dem Inkrafttreten des Vertrages der Kommission gemeldet wurden, ohne daß diese innerhalb von zwei Monaten eine Stellungnahme abgegeben hätte¹⁶. Eine Einordnung der dem Staatsmonopolunternehmen Deutsche Bundespost und den Nachfolgeunternehmen gewährten Beihilfen in die Kategorien „Alt-“ bzw. „Neubeihilfe“ ist nicht ohne weiteres möglich. Des weiteren stellt sich die schwierige Frage, ob etwaige Gewinne, die aus der Reinvestition von Beihilfenmitteln stammen, überhaupt den Art. 87, 88 EGV (ex Art. 92, 93 EGV) unterfallen, zumal der Beihilfenempfänger durch seine Reinvestition

4) Vgl. *OVG Münster*, NWVBl 1995, 18; *VG Frankfurt*, NVwZ-RR 1997, 299; *Breuer*, HdbStR VI, § 147 Rdnr. 21 (für Art. 12 GG); *Ehlers*, JZ 1996, 776 (781) (für Art. 12 GG); *Pieroth/Schlink* (o. Fußn. 2), § 5 Rdnr. 117; *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, GG, 4. Aufl. (1997), Art. 12 Rdnr. 9 (für Art. 12 GG).

5) In diesem Beitrag wird bereits die neue Artikelnummerierung des EG-Vertrages berücksichtigt, die durch den Amsterdamer Vertrag eingeführt wurde. Zur besseren Orientierung wird in Klammern die alte Artikelnummerierung mit dem Zusatz „ex“ angegeben.

6) Die folgenden Ausführungen stützen sich auf die Prämisse, daß sich die Deutsche Telekom AG hinsichtlich ihrer Netzinfrastruktur grundsätzlich auf das Eigentumsgrundrecht berufen kann; insoweit wird die Grundrechtstähigkeit der Deutsche Telekom AG unterstellt. Zur generellen Problematik vgl. etwa *Stern/Dietlem*, Archiv für Post und Telekommunikation (ArchPT) 1998, 309 (315 ff.); *Badura*, BK, Art. 87 f Rdnr. 25 (Stand: September 1997); v. *Arnault*, DÖV 1998, 437.

7) Vgl. statt aller nur *Fuhr/Kerkhoff*, NJW 1997, 3209.

8) *Fuhr/Kerkhoff*, NJW 1997, 3209; dort auch weitere Beispiele aus dem TKG für das asymmetrische Regulierungskonzept. Krit. zum Konzept und zum Begriff der asymmetrischen Regulierung *Engel/Kneeps*. Die Vorschriften des TKG über den Zugang zu den wesentlichen Leistungen, 1998, S. 66 ff.

9) *Koenig/Haratsch*, EuropaR, 2. Aufl. (1998), 5. Kap., Rdnr. 543; *Craig/De Burca*, EU Law, 2. Aufl. (1998), S. 1077 f.

10) Vgl. dazu etwa *Koenig/Braun/Lekar*, EuZW 1998, 5 (8).

11) Vgl. *EuGH*, Slg. 1977, 595 (613) = NJW 1977, 1005 Rdnr. 22 – Steynike und Weinlig; *Koenig/Braun/Lekar*, EuZW 1998, 5 (9); v. *Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf* (o. Fußn. 3), Art. 92 Rdnr. 7.

12) Vgl. nur *Koenig/Braun/Lekar*, EuZW 1998, 5 (6).

13) *EuGH*, Slg. 1991, I-5889 (5931) = EuZW 1992, 248 Rdnr. 27 – *Merci convenzionali porto di Genova*; *EuGH*, Slg. 1991, I-5941 (5980) = EuZW 1992, 250 Rdnr. 21 f. – *GB-Inno-BM*; *EuG*, Slg. 1997, II-1000 (1042) Rdnr. 135 ff. – *Air Inter SA*.

14) *Koenig*, EuZW 1995, 595 (597); *Koenig/Braun/Lekar*, EuZW 1998, 5 (6).

15) *EuGH*, Slg. 1997, I-5815 (5835) = EuZW 1998, 76 = NJWE-WettbR 1998, 94 L Rdnr. 59 – *Kommission/Frankreich* (Herv. nicht im Original); vgl. zu diesem Urteil etwa *Ebricke*, EuZW 1998, 741 (745); *Bar-tosch*, EuZW 1999, 176 (179).

16) Vgl. nur *EuGH*, Slg. 1994, I-3829 (3869 f.) = EuZW 1995, 57 Rdnr. 12 f. – *Namur*.

stitionsentscheidung ein unternehmerisches Risiko auf sich genommen hat und die Entscheidung sich im Wettbewerb bewähren muß. Um subtile Differenzierungen zu vermeiden, die dazu führen würden, daß die Grenzen dieses Beitrages bei weitem gesprengt würden, soll im folgenden davon ausgegangen werden, daß alle dem Staatsunternehmen gewährten Beihilfen als „Altbeihilfen“ anzusehen sind. Mit dieser großzügigen Vorgehensweise wird die Beihilfenform gewählt, die eine deutlich geringere Kontrollintensität und die bei weitem weniger einschneidenden Konsequenzen aufweist.

Denn würde man einen Teil der Beihilfen als „Neubeihilfen“ einstufen, so ist wegen entgegenstehenden EG-Primärrechts mehr als zweifelhaft, ob eine Festnetzinfrastruktur, die mit Hilfe solcher Beihilfen ausgebaut wurde, ohne daß eine Notifizierung gem. Art. 88 III 1 EGV (ex Art. 93 III 1 EGV) erfolgt ist, überhaupt dem Schutz des Art. 14 GG unterstellt werden könnte. In seinem FNCE-Urteil führte der EuGH nämlich 1991 aus, daß die „Verletzung von Art. 93 III 3 EWG-Vertrag [jetzt Art. 88 III 3 EGV] durch die nationalen Behörden die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen [beeinträchtigt]“¹⁷. Die nationalen Gerichte müßten „daraus zugunsten der einzelnen, die sich auf eine solche Verletzung berufen können, entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehen“¹⁸. Übertragen auf die vorliegende Fallkonstellation hieße das, daß sämtliche Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen – also etwa die Zuweisung einer besonders hohen, den „Rahmen des Üblichen“ sprengenden Subvention – aus der Sicht des EG-Rechts ungültig wären¹⁹. Angesichts dieser Konsequenz liegt eine „pragmatische“ Betrachtung nahe, nach der die Unterstützungsmaßnahmen durch Direkttransfers aus Steuermitteln und der Tarifierung von Monopolrenten als „Altbeihilfen“ zu qualifizieren sind.

Gem. Art. 88 I 1 EGV (ex Art. 93 I 1 EGV) überprüft die Kommission „fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegelungen“. Diese „Kontrollastigkeit“ ist im übrigen nicht etwa dadurch entfallen, daß das Eigentum an dem Festnetz auf die Deutsche Telekom AG übergegangen ist (§ 2 I 1 PostUmwG²⁰). Fusionieren etwa zwei Unternehmen oder wechselt die Inhaberschaft an Unternehmensteilen, so hat dies keine Auswirkungen auf die Beihilfenkontrollastigkeit. Andernfalls könnten sich einzelne Unternehmen durch „geschicktes Fusionieren“ auch sehr einfach der Beihilfenkontrolle entziehen. Die Beihilfenkontrolle kann nicht über gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmaßnahmen unterlaufen werden. Bei einem Übergang des Netzes im Wege der Rechtsnachfolge kann nichts anderes gelten.

Es stellt sich nun die Frage, wie diese Kontrollastigkeit der Beihilfen, mit deren Hilfe die Festnetzinfrastruktur ausgebaut wurde, im Rahmen der Auslegung des Art. 14 GG zu berücksichtigen ist.

3. Die asymmetrische Regulierung im Lichte des Art. 14 GG nach herkömmlicher Dogmatik

Mit der Umwandlung der Deutschen Bundespost-Telekom ist das Eigentum an dem Festnetz auf die Deutsche Telekom AG übergegangen (§ 2 I 1 PostUmwG)²¹. In den Schutzbereich des Art. 14 GG fallen grundsätzlich alle eigentumsfähigen Positionen in ihrem konkreten Bestand. Als eigentumsfähige Position in diesem Sinne ist im Grundsatz jedes vom Gesetzgeber gewährte vermögenswerte Recht zu verstehen. Der Schutzbereich von Art. 14 GG ist auch im Falle der Festnetzinfrastruktur eines stark regulierten Telekommunikations-Unternehmens eröffnet.

In diesem Zusammenhang ist das Kriterium der eigenen Leistung von herausragender Bedeutung – auch im Hinblick auf die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 I 2 GG) und auf die Sozialpflichtigkeit von Eigentum (Art. 14 II GG). Das BVerfG formulierte bereits 1962: „[Das], was der einzelne durch eigene Leistung erworben hat, [ist] in besonderem Sinne als sein Eigentum anzuer-

kennen und gegenüber Eingriffen als schutzwürdig anzusehen (...)“²². In einem späteren Urteil heißt es: „Je höher der einem Anspruch zugrundeliegende Anteil eigener Leistung ist, desto stärker tritt der verfassungsrechtlich wesentliche personale Bezug und mit ihm ein tragender Grund des Eigentumsschutzes hervor“²³. Doch auch bei privatrechtlichen Eigentumspositionen können Einschränkungen eher vorgenommen werden, wenn sie auf staatlicher und nicht auf eigener Leistung beruhen²⁴. So stellte das BVerfG hinsichtlich der Eigentumspositionen der ehemaligen Arbeiterwohnungsbaugenossenschaften der DDR fest:

„Die rechtliche und tatsächliche Ausgangslage der Arbeiterwohnungsbaugenossenschaften war dadurch gekennzeichnet, daß ihre Eigentumspositionen nur zum Teil auf eigenen Leistungen und denen ihrer Mitglieder beruhten. (...) Die Arbeiterwohnungsbaugenossenschaften waren danach ursprünglich keine privatwirtschaftlichen Unternehmen, sondern der Sache nach mittelbare Organe staatlicher Wohnungsbaupolitik. Diese Ausgangslage erlaubte es, ihnen weitreichende Bindung aufzuerlegen als Eigentümer, die ihr Eigentum ohne staatliche Förderung erlangt haben“²⁵.

Die Netzinfrastruktur der Deutsche Telekom AG ist auch aus Steuermitteln sowie aufgrund der staatlichen Tarifierung von Monopolrenten ausgebaut worden. Nach den dargelegten Grundsätzen führt daher schon der durch staatliche Unterstützung relativierte Anteil an eigener Leistung beim Ausbau des Netzes zu einem abgeschwächten Schutz des Eigentums im Wege einer erhöhten Sozialpflichtigkeit²⁶.

Eine gesteigerte Sozialpflichtigkeit ergibt sich aber auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG setzt sich der Eigentümer bei einer starken „sozialen Verflochtenheit“ des Eigentums dem beschränkten Zugriff des Gesetzgebers in einem erhöhten Maße aus²⁷. Zusammenfassend formulierte das BVerfG im Jahre 1996:

„Der Eigentumsschutz wiegt um so schwerer, je mehr der betreffende Eigentumsgegenstand der Sicherung der persönlichen Freiheit des Eigentümers dient. Wird der Eigentumsgegenstand dagegen Dritten zur entgeltlichen Nutzung überlassen und dient er deren Freiheitssicherung, so verlangt das Gebot einer am Gemeinwohl orientierten Eigentumsnutzung eine verstärkte Rücksichtnahme auf ihre Belange. Je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug steht und eine so-

17) EuGH, Slg. 1991, I-5505 (5528) = NJW 1993, 49 Rdnr. 12 – FNCE. Herv. durch die Verf. Vgl. die scharfsinnigen Überlegungen zu diesem Urteil von Pechstein, EuZW 1998, 495; s. ferner die Einschätzungen von Deckert/Schroeder, EuR 1998, 291 (315); Reufels, Europ. Subventionskontrolle durch Private, 1997, S. 114 ff., die die Radikalität dieser Entscheidung unterschätzen.

18) EuGH, Slg. 1991, I-5505 (5528) = NJW 1993, 49 Rdnr. 12 – FNCE.

19) Pechstein, EuZW 1998, 495 (496), weist mit Recht darauf hin, daß nicht auszuschließen ist, daß die FNCE-Entscheidung „eine Einbruchsstelle für die Postulierung eines Geltungsvorrangs des EG-Rechts vor nationalem Recht für den konkreten Fall“ geschaffen hat.

20) BGBl I 1994, 2325 (2339).

21) Auf die umstrittene Frage, ob der gesetzliche Eigentumserwerb an Festnetz gegen Art. 87 f II GG verstoßen habe und daher nichtig wäre, kann hier nicht eingegangen werden. Einen Verstoß nimmt etwa Moritz an (CR 1998, 13 [16]); zur Gegenposition s. Stern/Dietlein, ArchPT 1998, 309 (321 f.).

22) BVerfGE 14, 288 (293) = NJW 1963, 29; Herv. durch die Verf.

23) BVerfGE 53, 257 (292) = NJW 1980, 692. Ähnliche Formulierungen wie in diesen beiden Urteilen finden sich etwa auch noch in BVerfGE 22, 241 (253); 45, 142 (170) = NJW 1977, 2024; BVerfGE 50, 290 (340) = NJW 1979, 699; BVerfGE 69, 272 (301) = NJW 1986, 39 = NVwZ 1986, 117 L; vgl. ferner BVerfG, NJW 1998, 3109 f. Grds. dieser Rspr. zust. etwa Jarass (o. Fußn. 4), Art. 14 Rdnr. 32 b; Thormann, Abstufungen in der Sozialbindung des Eigentums, 1996, S. 223 et passim.

24) Jarass (o. Fußn. 4), Art. 14 Rdnr. 32 b.

25) BVerfGE 91, 294 (311) = NJW 1995, 511. Wendt, in: Sachs, GG, 2. Aufl. (1999), Art. 14 Rdnr. 92, erklärt diese Entscheidung ohne überzeugende Begründung für „nicht verallgemeinerungsfähig“.

26) In freilich anderem Zusammenhang formuliert Eblers ebenso pointiert wie zutreffend: „Wer lautend hohe Subventionen in Anspruch nimmt, unterliegt einer höheren Sozialpflichtigkeit als derjenige, der auf sich selbst angewiesen ist“ (VVDStRL 51 [1992], 211 [232]); vgl. auch BVerfGE 21, 150 (158 f.) = NJW 1967, 1175.

27) Vgl. Wendt (o. Fußn. 25) Art. 14 Rdnr. 111.

ziale Funktion erteilt, desto weiter reicht die Betugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung“²⁸.

Diese Grundsätze, die das BVerfG vor allem anlässlich der Prüfung der Vereinbarkeit von Kündigungsbeschränkungen mit Art. 14 GG entwickelt hat, müssen auch bei der Frage nach der Sozialpflichtigkeit der Netzinfrastruktur der Deutsche Telekom AG Anwendung finden. Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage überrascht es nicht, daß in der Literatur die These vertreten wird, das Eigentum der Deutsche Telekom AG unterliege einer „besonderen Sozialbindung“²⁹. Dies wird damit begründet, daß die Deutsche Telekom AG sich im Rahmen der Grundrechtsprüfung des Art. 14 GG nicht auf „eine gewachsene, sondern nur eine im Jahre 1994 erlangte Eigentumsposition berufen“ könne. Die besonderen Verpflichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens aus dem Telekommunikationsgesetz (und der Netzzugangsverordnung) seien daher ein „Ausgleich“ für die „in der Vergangenheit rechtlich abgesicherte und in der Zukunft jedenfalls faktisch bestehende wirtschaftliche Wettbewerbsposition der Deutsche Telekom AG“³⁰. Eine solche These kann sich – wie dargelegt – auf die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 14 GG stützen.

4. Die asymmetrische Regulierung im Lichte des Art. 14 GG unter Berücksichtigung des EG-Primärrechts

Der „Federstrich des Gesetzgebers“, der die Deutsche Telekom AG zum Eigentümer des Festnetzes machte, kann vor dem Hintergrund des Anwendungsvorranges des EG-Rechts nicht die Relevanz der Kontrollastigkeit für die Auslegung des Art. 14 GG beseitigen. Dies bedeutet, daß die erhöhte Sozialpflichtigkeit der unter Zuhilfenahme von staatlichen Beihilfen ausgebauten Eigentumsgegenstände nicht nur die verfassungsrechtlich konsequenteste, sondern unter dem Blickwinkel des EG-Rechts die einzig zulässige Auslegung darstellt. In jeder Interpretation von Grundrechten muß die Wertung des primären Gemeinschaftsrechts – hier die Kontrollastigkeit von Altbeihilfen – zum Ausdruck kommen.

In diesem Zusammenhang ist vor „einer einseitigen Ausrichtung der Norminterpretation auf das Gemeinschaftsrecht“ gewarnt worden, „die zudem in ihrer wettbewerblichen Ausrichtung nicht zuletzt die europäischen Grundrechte als Auslegungsdirektiven außer acht“ lasse³¹. Statt dessen bedürfe „die Frage der Grundrechtsbetroffenheit und ihrer Folgewirkungen für die Auslegung der §§ 33 ff. TKG gerade im Bereich der fremd- und sogar konkurrentennützigen Indienstnahme privaten Eigentums und privater unternehmerischer Initiative einer sorgfältigen Beachtung“³². Aufgrund des Anwendungsvorranges des EG-Rechtes und dessen Ausdifferenzierung durch den EuGH kann sich der Rechtsanwender in Deutschland jedoch nicht mehr aussuchen, ob er einfachgesetzliche Normen am Maßstab der Grundrechte unter Berücksichtigung des relevanten EG-(Primär-)Rechts mißt oder ob er – etwa weil ihm das Ergebnis nicht gefällt – das Gemeinschaftsrecht bei der Auslegung der Grundrechte einfach ausblendet. Der vor kurzem verstorbene englische Richter *Lord Denning*³³ schrieb einmal in einem Urteil: „When we come to matters with a European element, the Treaty is like an incoming tide. It flows into estuaries and up the rivers. It cannot be held back“³⁴. Das Gemeinschaftsrecht hat sich bisher immer praktische Geltung verschafft. Eine interessengeleitete Nichtbeachtung des EG-Rechts wird dies nicht verhindern können.

28) BVerfGE 95, 64 (84) = NJW 1997, 722 = NVwZ 1997, 479 L; ähnliche Formulierungen finden sich etwa auch in BVerfGE 50, 290 (340 f.) = NJW 1979, 699; BVerfGE 70, 191 (201) = NVwZ 1986, 113 = NJW 1986, 575 L; BVerfGE 84, 382 (385) = NJW 1992, 361.

29) Fuhr/Kerkhoff, MMR 1998, 6 (11); vgl. auch den Hinweis von Wendt (o. Fußn. 25) Art. 14 Rdnr. 111, Fußn. 313.

30) Fuhr/Kerkhoff, MMR 1998, 6 (11); a.A. aber Stern/Dietlein, ArchPT 1998, 309 (322): Ihrer Auffassung nach muß der „Schutz des Art. 14 GG unabhängig von der jeweiligen Erwerbsmodalität“ eingreifen.

31) Stern/Dietlein, ArchPT 1998, 309 (315).

32) Stern/Dietlein, ArchPT 1998, 309 (315).

33) Für eine Würdigung dieser ebenso streitbaren wie umstrittenen Person s. den Nachruf v. *Bühners*, FAZ v. 8. 3. 1999, S. 49.

34) H. P. Bulmeriv. J. Bollinger S. A. [1974] 3 WLR 202, 209 C-D.

Dr. Hermann Pünder, LL. M. (Iowa), Münster

Die Förderung alternativer Energiequellen durch das Stromeinspeisungsgesetz auf dem Prüfstand des europäischen Gemeinschaftsrechts *

Der Energiegewinnung aus alternativen Energiequellen sind insbesondere aus Kostengesichtspunkten – geringere Energiedichte im Vergleich zu Kohle, Öl, Erdgas und Kernenergie – Grenzen gesetzt (wobei allerdings die externen Kosten der herkömmlichen Stromerzeugung nicht berücksichtigt werden). Wichtigstes Mittel der Förderung alternativer Energiequellen ist das Stromeinspeisungsgesetz. Die in ihm normierte Abnahmepflicht zu Mindestpreisen hält – entgegen vielfach vorgetragenen Bedenken – der Überprüfung am Gemeinschaftsrecht Stand.

I. Einleitung

Das Stromeinspeisungsgesetz (StromEG)¹ regelt die Abnahme und (Mindest-)Vergütung von solchem Strom, der ausschließlich aus Wasserkraft, Windkraft, Sonnenenergie, Deponiegas, Klärgas oder aus Biomasse gewonnen wird². Verpflichtungsadressaten sind diejenigen Energieversorgungsunternehmen, die „ein Netz für die allgemeine Versorgung betreiben“ (also nicht die Betreiber von Netzen für Spezialversorger). Sie müssen solchen Strom aus alternativen Energiequellen abnehmen und vergüten, der „in ihrem Versorgungsgebiet“ erzeugt wurde³. Bislang nicht abschließend geklärt ist nicht nur die Vereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit dem Grundgesetz⁴. Bezweifelt wird auch, ob das Stromeinspeisungsgesetz den Vorgaben des *Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (EGV) genügt⁵. Zum einen wird geltend gemacht, die Förderung umweltfreundlicher Stromerzeugung mittels des Stromeinspeisungsgesetzes stelle sich als eine genehmigungsunfähige Beihilfe nach Art. 92 I EGV dar (II). Zudem wird eine Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 EGV gerügt (III). Schließlich ergebe sich die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit aus Art. 85 i. V. mit Art. 3 lit. g und Art. 5 EGV (IV). Im Ergebnis greifen die Einwände nicht durch.

* Der Autor ist Leiter des Freiherr-vom-Stein-Instituts, Wissenschaftliche Forschungsstelle des Landkreistages Nordrhein-Westfalen an der Universität Münster.

1) StromEG v. 7. 12. 1990 (BGBl. I, 2633), zuletzt geändert durch Art. 3 NeuregelungsG v. 24. 4. 1998 (BGBl. I, 734).

2) So § 1 S. 1 StromEG. Einschränkungen ergeben sich aus § 1 S. 2 Nrn. 1 und 2 StromEG. Vgl. Feuerborn, in: *Oberholte/Danner* (Hrsg.), *EnergiewirtschaftsR.* III A 8 (Stand: März 1998), § 1 Anm. V.

3) § 2 S. 1 StromEG. Zu sog. *Off-shore*-Anlagen s. § 2 S. 2 StromEG. Die Vergütung richtet sich nach § 3 StromEG. Zum aktuellen s. VKU, Nachrichtendienst Nr. 598, Oktober 1998, S. 2. Zur Härteklausele des § 4 StromEG vgl. LG Kiel, EuZW 1999, 29 (30 f.).

4) Das BVerfG hat einen entsprechenden Vorlagebeschluß des LG Karlsruhe (RdE 1996, 75) als unzulässig zurückgewiesen (NJW 1997, 573 = NVwZ 1997, 379 L) und über eine erneute Vorlage (AG Plön, NJW 1997, 592) noch nicht entschieden. Der BGH hat die Verfassungsmäßigkeit des StromEG bejaht: NJW 1997, 574 = LM H. 4/1997 § 26 GWB Nr. 91 m. Anm. Lecheler = NVwZ 1997, 414 L. Ebenso Theobald, NJW 1997, 530; Studenroth, DVBl 1995, 1216; Kremser, AöR 121 (1996), 406; Feuerborn (o. Fußn. 2), Vorb. IV; Krebs, *Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Energieversorgung*, 1996, S. 292 ff. A. A. Pohlmann, NJW 1997, 545; Klinger, in: *Festschr. f. Börner*, 1992, S. 541 (555 ff.).

5) S. etwa Iro, RdE 1998, 11; Klinger (o. Fußn. 1), S. 561 f.; Salje, RiW 1998, 186 Vgl. auch das Vorabentscheidungsersuchen des LG Kiel, EuZW 1999, 29 (im Hinblick auf die Härtefallregelung des § 4 StromEG).