

Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie,  
Mobilität, Innovation und Technologie  
Abteilung VI/4  
zH. Dr. Benedikt Ennser  
Stubenring 1  
1010 Wien



Mag. Martin Niederhuber  
Dr. Peter Sander, LL.M., MBA  
Mag. Paul Reichel  
MMag. David Suchanek  
Dr. Florian Stangl, LL.M.  
Mag.<sup>a</sup> Lisa Brandauer, BSc<sup>1</sup>  
Mag. Manuel Planitzer<sup>1</sup>  
Dr.<sup>in</sup> Katharina Häusler, EMA<sup>1</sup>  
Mag.<sup>a</sup> Manuela Scheidl<sup>1</sup>  
Mag. Gregor Biley<sup>1</sup>



14.10.2024  
AZ BMK/WASSERSTOFF  
STF/FLM

## **Finanzierung von Wasserstoffinfrastruktur: Zur Auslegung des Monopolbegriffs der KUEBLL 2022**

Wir wurden beauftragt<sup>1</sup>, die Möglichkeit von Fördermaßnahmen für Wasserstoffleitungsinfrastruktur einer beihilferechtlichen Prüfung zu unterziehen. Konkret soll dabei auf die Kriterien für „rechtliche Monopole“ nach Kapitel 4.9 (Beihilfen für Energieinfrastruktur) der Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 (im Folgenden kurz „KUEBLL“) eingegangen werden. Angedacht ist – Stand jetzt – die Verankerung im geplanten Gaswirtschaftsgesetz 2025 („GWG 2025“), mit welchem das EU-Gas/Wasserstoffpaket umgesetzt werden soll. Konkret wurden dabei folgende Fragen gestellt:

1. *Welche konkreten Anforderungen ergeben sich aus den Vorgaben der KUEBLL (insb. Rn 371ff)?*
2. *Wie müsste ein den Kriterien der KUEBLL genügendes rechtliches Monopol legislativ ausgestaltet sein, insb. im Vergleich zu den bisher gängigen Regelungen im GWG 2011?*
3. *Gibt es zum Begriff des rechtlichen Monopols eine etablierte Spruchpraxis der Europäischen Kommission oder sonst einschlägige Präzedenzfälle in der EU?*

---

<sup>1</sup> Die vorliegende rechtliche Stellungnahme wurde für das Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie erstellt und ist ausschließlich an dieses gerichtet. Dritte können sich daher nicht auf die darin getätigten Ausführungen stützen.

Im Folgenden werden auftragsgemäß die unionsbeihilferechtlichen Voraussetzungen bewertet; auf andere Rechtsgebiete, insbesondere innerstaatliches (Verfassungs-) Recht, wird nicht eingegangen.

## I. Beihilferechtliche Grundlagen

Artikel 107 Abs. 1 AEUV legt die Kriterien fest, bei deren kumulativem Vorliegen eine staatliche Unterstützungsleistung als – grundsätzlich verbotene und mit einem Durchführungsverbot belegte – Beihilfe zu betrachten ist. Ist eines dieser Tatbestandselemente nicht gegeben, ist der Beihilfebegriff nicht erfüllt und die Maßnahme darf durchgeführt werden, ohne dass dies der Kommission zu notifizieren wäre. Die geplanten staatlichen Unterstützungsleistungen für Wasserstoffinfrastruktur sind in einem ersten Schritt an den Maßstab des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzulegen:

- **Unternehmen (wirtschaftliche Tätigkeit):** Tätigkeiten, welche nicht wirtschaftlicher Natur sind (etwa dann, wenn keine Waren oder Dienstleistungen angeboten werden) sind vom Beihilfebegriff nicht erfasst. Dienstleistungen des Energietransports (sei es auch zu regulierten Tarifen) sowie die Errichtung und der Betrieb von Energieinfrastruktur (etwa Gas- und Stromleitungen sowie gegenständlich Wasserstoffinfrastruktur) lassen sich als wirtschaftliche Tätigkeit einordnen.<sup>2</sup>
- **Staatlichkeit:** Maßnahmen, die keinen Einsatz von staatlichen Ressourcen umfassen, sind nicht als Beihilfen anzusehen. Ein solcher Transfer soll durch die Förderung für die Wasserstoffinfrastruktur jedoch erfolgen (Unterstützung aus Bundesmitteln an Wasserstoff-Netzbetreiber), weshalb auch diese Voraussetzung erfüllt wäre.

---

<sup>2</sup> Vgl. *Kommission (DG Competition), Recovery and Resilience Facility – State Aid, Guiding template: Energy and hydrogen infrastructure* (updated 4/4/2023) Rn 19; abrufbar unter [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/d5328655-5309-416c-b5a3-26bc486df8c8\\_en?filename=temp-late\\_RRF\\_energy\\_and\\_hydrogen\\_infrastructure\\_04042023.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/d5328655-5309-416c-b5a3-26bc486df8c8_en?filename=temp-late_RRF_energy_and_hydrogen_infrastructure_04042023.pdf) (14.10.2024); siehe auch Beschluss der Kommission vom 10.7.2014 über die staatliche Beihilfe SA.36290 (*Northern Ireland Gas Pipeline*) Rn 20 ff.

- **Selektivität:** Staatliche Beihilfen müssen zudem selektiv bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen. Es ist davon auszugehen, dass die geplanten Unterstützungsleistungen für Wasserstoffinfrastruktur ausgewählte Unternehmen und Tätigkeiten fördern, sodass die Selektivität dieser Maßnahmen anzunehmen ist. In diesem Sinne nimmt auch die Kommission an, dass staatliche Unterstützungsleistungen für Wasserstoffinfrastruktur *prima facie* eine selektive Begünstigung darstellen.<sup>3</sup>
- **Vorteil:** Eine Beihilfe liegt nur dann vor, wenn durch eine finanzielle Begünstigung an ein Unternehmen auch ein wirtschaftlicher Vorteil bewirkt wird, ohne dass eine adäquate Gegenleistung des Beihilfeempfängers besteht. Die Beurteilung der Frage, ob ein relevanter Vorteil gewährt wurde, ist auf mehreren Ebenen (Eigentümer, Errichter, Betreiber sowie Nutzer der Netzinfrastruktur) zu betrachten. Die Bundesförderung soll Wasserstoff-Netzbetreibern für die Errichtung, u.U. auch für den Betrieb der Wasserstoffleitungen gewährt werden; eine adäquate Gegenleistung scheint nicht vorgesehen zu sein, sodass von der Gewährung eines Vorteils auszugehen ist (der Bund handelt nicht wie ein Privat-Investor). Hingewiesen sei an dieser Stelle, dass eine Art Weitergabe der Förderung an die Infrastrukturnutzer durch den Infrastrukturbetreiber u.U. ebenfalls beihilferechtlich relevant sein könnte. Bei der Umsetzung des Förderregimes wird daher darauf zu achten sein, dass die Nutzung der Wasserstoffleitungen zu marktadäquaten Entgelten erfolgt.<sup>4</sup>
- **Beeinträchtigung des Handels:** Selektive Unterstützungsleistungen für die Errichtung von Wasserstoffleitungen sind grundsätzlich geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, da sie einen Sektor betreffen, in dem Unternehmen aus allen Mitgliedstaaten tätig sein könnten.<sup>5</sup> Eine den Effekt auf den Handel ausschließende *De-minimis*-Beihilfe kann gegenständlich aufgrund der erforderlichen Fördersummen ausgeschlossen werden. Auch rein lokale Auswirkungen sind

---

<sup>3</sup> Ibid. Rn 23.

<sup>4</sup> Ibid. Rn 32 ff. Siehe auch Rn 376 der KUEBLL: Die Betriebskosten der Energieinfrastruktur sollten in der Regel von den Nutzern der Infrastruktur getragen werden.

<sup>5</sup> Ibid. Rn 36.

bei der typischerweise überregionalen Wasserstoffinfrastruktur in aller Regel auszuschließen.

- **Wettbewerbsverfälschung droht:** Stärkt eine Beihilfemaßnahme die Wettbewerbsposition des begünstigten Unternehmens gegenüber tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern, welchen keine Beihilfe gewährt wird, ist davon auszugehen, dass die Maßnahme wettbewerbsverfälschende Auswirkungen haben kann. Dies gilt insbesondere bei wettbewerblichen und liberalisierten Märkten wie dem Energiemarkt in der EU.<sup>6</sup> Die Kommission geht jedoch davon aus, dass dann kein Einfluss auf den Wettbewerb genommen wird, wenn staatliche Mittel an ein **rechtliches oder natürliches Monopol** fließen.<sup>7</sup>

Daraus folgt, dass eine Bundesförderung an einen Wasserstoffnetzbetreiber mit hoher Wahrscheinlichkeit als Beihilfe iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren wäre, es sei denn, es bestünde hinsichtlich der Errichtung und des Betriebs der Wasserstoffleitung ein rechtliches oder natürliches Monopol. In letzterem Fall wäre der Beihilfebegriff mangels drohender Wettbewerbsverfälschung überhaupt nicht erfüllt und die Bundesförderung müsste folglich auch nicht notifiziert werden.<sup>8</sup> Die Kommission erörtert ihr Verständnis der Monopol-Ausnahme in verschiedenen Mitteilungen (KUEBLL, NoA, Guidelines der DG Competition). Die dort dargetane Rechtsansicht ist als Selbstbindung der Kommission für deren Entscheidungspraxis relevant, sie stellt jedoch keine verbindliche Auslegung des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Der EuGH scheint in seiner Rechtsprechung die Monopol-Ausnahme dem Grunde nach anzuerkennen, wenngleich, soweit ersichtlich, noch keine Entscheidungen zum Energiesektor ergangen sind.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Ibid. Rn 34 f.

<sup>7</sup> Ibid. Rn 42 ff mit Verweis auf die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/C 262/01 („Notion of State aid“, im Folgenden auch kurz „NoA“) Rn 187. Siehe auch *Kommission (DG Competition), Infrastructure Analytical Grid for Energy Infrastructure*, abrufbar unter [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/notion\\_of\\_aid\\_grid\\_energy\\_en.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/notion_of_aid_grid_energy_en.pdf) (14.10.2024).

<sup>8</sup> Wenngleich eine informelle Abklärung, ob tatsächlich eine non-aid-Situation vorliegt, möglich und grundsätzlich anzuraten ist

<sup>9</sup> Siehe etwa: EuGH 19.12.2019, C-385/18 (*Arriva Italia Srl*) Rn 57; EuGH 6.10.2021, C-174/19 P und C-175/19 P (*Scandlines Danmark ApS und Scandlines Deutschland GmbH*) Rn 130.

## II. Fragebeantwortung

### 1. Zur ersten Frage: Anforderungen der KUEBLL an ein rechtliches Monopol

Eine Maßnahme, die geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern, wird als Maßnahme erachtet, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. In der Praxis wird eine solche Wettbewerbsverfälschung iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV festgestellt, wenn der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, finanzielle Vorteile gewährt.<sup>10</sup> Bei **rechtskonform eingerichteten Monopolen erachtet die Kommission Wettbewerbsverfälschungen allerdings für ausgeschlossen**. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines rechtlichen Monopols hat die Kommission bereits in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff<sup>11</sup> (Rn 188) definiert, sie wurden von dort – in einer für Energieinfrastruktur zugeschnittenen Form – in die KUEBLL übernommen. Zusammengefasst müssen gemäß Rn 374 der KUEBLL folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit ein rechtliches Monopol angenommen werden kann:

- (1) Unionsrechtskonforme Zuweisung einer Monopolstellung
- (2) Kein Wettbewerb um den monopolisierten Markt
- (3) Kein Wettbewerb mit anderen Dienstleistungen
- (4) Ausschluss von Quersubventionen

#### 1.1. Erste Voraussetzung: Unionsrechtskonforme Zuweisung einer Monopolstellung durch Rechtsakt

Nach der ersten Voraussetzung der Rn 374 KUEBLL muss der Bau und Betrieb der Energieinfrastruktur einem rechtlichen Monopol unterliegen, das im **Einklang mit dem Uni-**

---

<sup>10</sup> Vgl. Rn 187 NoA.

<sup>11</sup> Rn 188 NoA.

**onsrecht** eingerichtet wurde. Dies ist – umgelegt auf die gegenständliche Ausgangssituation – der Fall, wenn von Rechts wegen nur der designierte Netzbetreiber berechtigt ist, eine bestimmte Art von Investition zu tätigen oder eine bestimmte Art von Tätigkeit – hier: Bau und Betrieb einer Wasserstoffleitung – durchzuführen, und keine andere Einheit in dem Monopolbereich und -gebiet ein alternatives Wasserstoffnetz betreiben darf.

Die Kommission definiert das rechtliche Monopol wie folgt:

*„Ein rechtliches Monopol ist dann gegeben, wenn eine bestimmte Dienstleistung per Gesetz oder Regulierungsmaßnahme einem einzigen Dienstleister vorbehalten wird und allen anderen Marktteilnehmern die Erbringung dieser Dienstleistung (sogar zur Deckung einer etwaigen Restnachfrage bei bestimmten Kundengruppen) klar untersagt wird. Die Betrauung eines Unternehmens mit einer öffentlichen Dienstleistung bedeutet jedoch noch nicht, dass dieses Unternehmen ein rechtliches Monopol hat.“<sup>12</sup>*

In dem Beihilfeverfahren *RVV und Nordwasser GmbH*<sup>13</sup> prüfte die Kommission das Vorliegen eines rechtlichen Monopols anhand folgender Tatbestandselemente:

- Eine bestimmte Dienstleistung wird per Gesetz oder Regulierungsmaßnahme einem einzigen Dienstleister **vorbehalten** und jedem anderen Betreiber die Erbringung solcher Dienste **eindeutig untersagt** (siehe dazu im Einzelnen unter Pkt. 1.1.1).
- Die Entscheidung über diese „Schließung eines Marktes“ muss von den **zuständigen Behörden oder Gesetzgebungskörpern** im Einklang mit der nationalen Zuständigkeitsregelung getroffen werden (siehe dazu im Einzelnen unter Pkt. 1.1.2).
- Dabei muss der Mitgliedstaat oder die zuständige öffentliche Einrichtung im Einklang mit dem **Unionsrecht** handeln (siehe dazu im Einzelnen unter Pkt. 1.1.3).

---

<sup>12</sup> NoA Fn 272 zu Rn 188; KUEBLL Fn 140 zu Rn 374.

<sup>13</sup> Vgl. *Kommission* 18.3.2021, SA.48706 (*RVV und Nordwasser GmbH*) Rn 49.

### 1.1.1 Zuweisung einer Monopolstellung durch einen Rechtsakt

Die Mitgliedstaaten müssen für die Festlegung eines Monopols den **Vorbehaltsbereich definieren** und diesen einem **konkreten Rechtsträger zuweisen**. Die Zuweisung der Monopolstellung hat durch ein Gesetz oder eine Regulierungsmaßnahme zu geschehen (vgl FN 140 KUEBLL). Die Festlegung des Vorbehaltsbereichs hat mE in sachlicher, temporaler und räumlicher Hinsicht zu erfolgen. Das bedeutet, die zuständige staatliche Stelle hat das Ausmaß der monopolisierten Tätigkeit hinreichend genau zu definieren. Ein hoher Determinierungsgrad ist auch deshalb erforderlich, weil nach Ansicht der Kommission die Ausübung der monopolisierten Tätigkeit durch nicht berechtigte Dritte „klar zu untersagen“ ist, was zwecks Effektivierung wohl oftmals mit Sanktionen verknüpft sein wird.<sup>14</sup> In Bezug auf die intendierte Bundesförderung für Wasserstoffinfrastruktur wäre daher in dem betreffenden Rechtsakt näher zu spezifizieren, für welche Leitungsanlagen und welche Dienstleistungen im Zusammenhang mit diesen Leitungsanlagen die Monopolstellung besteht. Ein Monopol muss nach Ansicht der Kommission nicht auf das gesamte Gebiet des Mitgliedstaates ausgelegt, sondern kann in **geografisch abgegrenzten Gebiete** unterteilt sein, wie dies für Energieinfrastruktur durchaus üblich ist.<sup>15</sup> Im Hinblick auf den zeitlichen Geltungsbereich des Monopols sehen die KUEBLL keine Beschränkung vor; eine solche Beschränkung könnte sich hinsichtlich des Betriebs von Wasserstoffverteilernetze aber u.U. aus der neuen Gasbinnenmarkt-RL ergeben, siehe dazu im Einzelnen Pkt. 1.1.3 c).

Die Festlegung des Vorbehaltsbereichs und die Zuweisung zu einem Rechtsträger hat durch **Gesetz oder Regulierungsmaßnahme** zu erfolgen. Aus innerstaatlicher Sicht kommen für die Zuweisung der Monopolstellung mE daher sowohl einfache (Bundes- oder Landes-) Gesetze und Verordnungen, als auch eine Entscheidung durch eine ent-

---

<sup>14</sup> Bei Strafnormen ist ein erhöhter Determinierungsgrad verfassungsrechtlicher gefordert.

<sup>15</sup> Fn 310 NoA; Recovery and Resilience Facility – State Aid, Guiding Template: Energy and hydrogen infrastructure (updated 4/4/2023) Rn 44.

sprechend gesetzlich ermächtigte Behörde in Betracht. So könnte etwa die E-Control be-  
traut werden, die Monopolstellung für ein bestimmtes Gebiet per Bescheid festzulegen  
(siehe dazu im Einzelnen Pkt. 2.2).

### 1.1.2 Zuständige Behörde oder Gesetzgebungskörper

Die Zuständigkeit für die Monopolzuweisung ist national festzulegen. Die Kommission  
prüft hier nur, ob die innerstaatliche Zuständigkeitsregelung eingehalten wurde, wobei es  
sich im Wesentlichen um eine „Nachvollziehbarkeitsprüfung“ handeln dürfte.<sup>16</sup>

### 1.1.3 Übereinstimmung mit dem Unionsrecht

Mitgliedstaaten steht es grundsätzlich frei, Monopole für den Bau und Betrieb von Ener-  
gieinfrastrukturen einzuführen; dies hat ausweislich der Rn 374 der KUEBLL und der  
Rn 188 der NoA allerdings im Einklang mit dem Unionsrecht zu geschehen. Es stellt sich  
die Frage, an welchen unionsrechtlichen Bestimmungen die Einrichtung eines rechtlichen  
Monopols konkret zu messen ist.

#### a) *EU-Wettbewerbsrecht*

Die Generaldirektion Wettbewerb (DG Competition) der Kommission verweist in ihrem  
Leitfaden „Analytical Grid for Energy Infrastructure“ darauf, dass insbesondere die Best-  
immungen des Wettbewerbskapitels des AEUV (Art. 101 ff) einzuhalten sind,<sup>17</sup> konkre-  
tisiert diese Aussage allerdings nicht. Aus meiner Sicht zielt diese Vorgabe insbesondere  
darauf ab, die mit der Stellung als Monopolist einhergehenden Risiken von Wettbewerbs-  
verzerrungen und Missbrauch der Marktmacht hintanzuhalten. So hat der EuGH bereits

---

<sup>16</sup> Vgl. *Kommission, SA.48706 (RVV und Nordwasser GmbH)* Rn 58 ff.

<sup>17</sup> *Kommission (DG Competition), Infrastructure Analytical Grid for Energy Infrastructure*, Rn 6; *Kommission (DG Competition), Recovery and Resilience Facility – State Aid, Guiding template: Energy and hydrogen infrastructure (updated 4/4/2023)* Rn 19.

in den Rechtssachen *Höfner*<sup>18</sup> und *Hafen von Genua*<sup>19</sup> entschieden, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Monopolen iSd (nunmehrigen) Art. 106 Abs. 1 AEUV<sup>20</sup> nicht frei sind, sondern eine Situation zu schaffen haben, die im Einklang mit dem EU-Wettbewerbsrecht steht, was insbesondere bedeutet, dass sie ihre Monopole so regeln, dass diese nicht zu einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung führen. Dies kann mE dadurch gewährleistet werden, dass die – ursprünglich unter dem Eindruck natürlicher (Netz-) Monopole entstandenen<sup>21</sup> – Vorgaben zur Regelung des EU-Gasbinnenmarktes (*in concreto* in Gestalt der neuen RL (EU) 2024/1788 und der VO (EU) 2024/1789) vollständig eingehalten werden.<sup>22</sup> Zu denken ist hier insbesondere an die Verpflichtung, Dritten Zugang zur Netzinfrastruktur unter diskriminierungsfreien Bedingungen zu gewähren, Verpflichtung zur Bereitstellung ausreichender Kapazitäten, Transparenzvorgaben etc.

Von der Frage, ob die Zuweisung einer Monopolstellung für Wasserstoffinfrastruktur in Einklang mit den wettbewerbsbezogenen Vorgaben des Gasmarkt-Pakets stehen, ist die Frage zu unterscheiden, ob aus der Gasbinnenmarkt-RL oder der Gasbinnenmarkt-VO eine sonstige Begrenzung der Möglichkeit, einem Unternehmen ein Monopol zum Bau und Betrieb von Wasserstoffanlagen einzuräumen, abgeleitet werden kann. Siehe dazu im Einzelnen sogleich unter c).

## b) Grundfreiheiten

---

<sup>18</sup> EuGH 23.4.1991, C-41/90 (*Höfner und Elser gegen Macrotron GmbH*) Rn 30 f.

<sup>19</sup> EuGH 10.12.1991, C-179/90 (*Merci convenzionali porto di Genova SpA*) Rn 15 ff.

<sup>20</sup> Nach hier vertretener Auffassung werden die rechtlichen Monopole von Art. 106 Abs. 1 AEUV adressiert, nicht aber zwingend von Art. 106 Abs. 2 AEUV, der insbesondere die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) regelt und in der Rsp weiterentwickelt wurde. Die Kommission differenziert aber ausdrücklich zwischen dem beihilferechtlichen Ausschlussgrund des rechtlichen Monopols und jenem der Erbringung von DAWI (vgl. etwa *Infrastructure Analytical Grid for Energy Infrastructure*, Rn 6 ff vs. Rn 18 ff), sodass die Einräumung einer Monopolstellung für Wasserstoffinfrastruktur mE nicht den etablierten DAWI-Vorgaben zu entsprechen hat.

<sup>21</sup> Siehe dazu *Baur/Salje/Schmidt/Preuß*, *Regulierung in der Energiewirtschaft* (2011) 17 f.

<sup>22</sup> Hierfür spricht auch, dass die KUEBLL davon ausgehen, dass staatliche Maßnahmen keinen verzerrenden Effekt auf den Wettbewerb haben, wenn den Rechtsvorschriften des Energiebinnenmarkts entsprochen wird (Rn 392 lit a).

In der Entscheidung zum Beihilfeverfahren SA.48706, *RVV und Nordwasser GmbH*, hat die Kommission die Einräumung einer Monopolstellung nicht anhand der Wettbewerbsregeln, sondern anhand der **Grundfreiheiten** geprüft. Ein Monopol für den Bau und Betrieb von Wasserstoffinfrastruktur könne insbesondere mit der **Dienstleistungsfreiheit** gemäß Art. 56 bis 62 AEUV konfliktieren. Nach Ansicht der Kommission<sup>23</sup> kann eine etwaige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch Monopolisierung eines Tätigkeitsbereiches gerechtfertigt sein, wenn die Festlegung des rechtlichen Monopols von **zwingenden Gründen des öffentlichen Allgemeininteresses** getragen wird. Die aus der Einrichtung des Monopols resultierenden Beschränkungen der Grundfreiheiten müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (Verhältnismäßigkeit). Außerdem müssen die Beschränkungen unterschiedslos angewandt werden (Nichtdiskriminierung). Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wird dabei nach Ansicht der Kommission entsprochen, wenn die nationale Regelung den Wettbewerb sowohl für nationale als auch für europäische Anbieter ausschließt.<sup>24</sup>

In Anbetracht dessen, dass die Kommission selbst die Errichtung und den Betrieb von Wasserstoffinfrastruktur als potentiellen Gegenstand eines nationalen rechtlichen Monopols sieht, spricht viel dafür, dass ein Wasserstoffinfrastrukturmonopol – bei entsprechend verhältnismäßiger und nichtdiskriminierender Ausgestaltung – im Einklang mit den Grundfreiheiten stehen würde.

c) *Regelungen des Gasmarkt-Pakets 2024*

Die unionsrechtlichen Vorgaben zum Gasbinnenmarkt sind mE auch bei der Monopolzuweisung zu beachten. Wie eben unter a) ausgeführt, indiziert die Konformität mit den Regelungen der Gasbinnenmarkt-RL und der Gasbinnenmarkt-VO, dass kein Verstoß ge-

---

<sup>23</sup> Beschluss der *Kommission* im Beihilfeverfahren SA.48706 (*RVV und Nordwasser GmbH*) Rn 67 mwN zur Rechtsprechung.

<sup>24</sup> *Ibid.* Rz 78.

gen das EU-Wettbewerbsrecht besteht. Darüber hinaus sieht insbesondere die Gasbinnenmarkt-RL Vorgaben für nationale Rechtsakte vor, die sich zumindest mittelbar auch auf die Einräumung eines rechtlichen Monopols auswirken könnten:

- **Artikel 8 Gasbinnenmarkt-RL**<sup>25</sup> adressiert **Genehmigungsverfahren** für den Bau und Betrieb von (u.a.) Wasserstoffsysteminfrastruktur. Soweit ein Mitgliedstaat ein solches Genehmigungssystem eingeführt hat, verpflichtet ihn Abs. 2 leg cit, „*objektive und nichtdiskriminierende Kriterien sowie transparente Verfahren*“ festzulegen, „*die zu erfüllen sind, wenn ein Unternehmen eine Genehmigung für [...] den Bau oder den Betrieb von [...] Wasserstoffsysteminfrastruktur beantragt*“. Die Bestimmung bezieht sich auch auf eine Genehmigung der Tätigkeitsaufnahme (Abs. 1: „*Konzession, Zustimmung oder Zulassung*“). Wenngleich die Vorschrift primär anlagen- und umweltrechtliche Projektbewilligungen vor Augen haben dürfte<sup>26</sup>, könnten die Vorgaben auch zu beachten sein, wenn die Zuweisung des Wasserstoff-Monopols durch eine Art behördliches Konzessionssystem ausgestaltet werden würde.<sup>27</sup> Aufgrund der weitgehend generischen Vorgaben dürfte Art. 8 Gasbinnenmarkt-RL auch bei einer etwaigen Anwendbarkeit auf den Monopol-Einräumungsakt ohne größeren Aufwand erfüllt werden können.
- **Artikel 43 Gasbinnenmarkt-RL** normiert, dass die Benennung von **Wasserstoffverteilternetzbetreibern** im Wege eines transparenten Verfahrens und für einen Zeitraum zu erfolgen hat, „*den die Mitgliedstaaten unter Erwägungen der wirtschaftlichen Effizienz und der Energieeffizienz sowie unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Gleichgewichts festlegen*“.<sup>28</sup> Auch hier stellt sich die Frage, inwieweit diese Vorgaben für die Einräumung einer Monopolstellung für den Bau und Betrieb von Wasserstoffinfrastruktur von Relevanz sind.

---

<sup>25</sup> RL (EU) 2024/1788 über gemeinsame Vorschriften für die Binnenmärkte für erneuerbares Gas, Erdgas und Wasserstoff, ABl 15.7.2024 L. Zudem wurde eine neue Gasbinnenmarkt-VO erlassen: VO (EU) 2024/1789 über die Binnenmärkte für erneuerbares Gas, Erdgas sowie Wasserstoff, ABl 15.7.2024 L.

<sup>26</sup> Dafür spricht u.a. die Vorgabe, dass für die Genehmigungen eine einheitliche Anlaufstelle einzurichten ist (vgl. Abs. 8 leg cit).

<sup>27</sup> Diesfalls könnte auch die Konzessions-RL 2014/23/EU anwendbar sein.

<sup>28</sup> Zudem ist nach Art. 43 Gasbinnenmarkt-RL zu gewährleisten, dass die Netzbetreiber die spezifischen Aufgaben für Verteilernetzbetreiber (Art. 44) Entflechtungsbestimmungen für vertikal integrierte Unternehmen

Artikel 43 selbst – die Vorschrift war hinsichtlich der Gasverteilernetzbetreiber auch bereits in der RL 2009/73/EG enthalten (Art. 24) – ist hinsichtlich der Marktposition des Errichters und (künftigen) Betreibers neutral; ob ein rechtliches oder natürliches Monopol, besteht ist insoweit nicht maßgeblich. Insoweit würde mE eine nationale Regelung, die kein transparentes Verfahren und keine zeitliche Festlegung für die Benennung des Verteilernetzbetreibers (unabhängig davon, ob dieser nun ein Monopol ausübt oder nicht) vorsieht, mit Art. 43 Gasbinnenmarkt-RL kollidieren. Dies würde wohl selbst dann gelten, wenn die Benennung des Wasserstoffverteilernetzbetreibers in einem Legislativakt erfolgt, weil Art. 43 Gasbinnenmarkt-RL nicht hinsichtlich des Typus des Betrauungsaktes differenziert. Im Ergebnis spricht daher viel dafür, dass die Benennung eines Verteilernetzbetreibers für Wasserstoff im Rahmen eines transparenten Verfahrens zu erfolgen hat und zeitlich zu befristen ist, wobei die Befristung entsprechend der genannten Parameter zu erfolgen hat (wirtschaftliche Effizienz, Energieeffizienz und wirtschaftliches Gleichgewicht) und auf dieser Basis wohl auch längere Zeiträume rechtfertigbar sind. Die Vorgaben des Art. 43 Gasbinnenmarkt-RL gelten ausweislich des klaren Wortlauts aber jedenfalls **nicht** für Wasserstofffernleitungsbetreiber und etwaige Benennungen von Errichtern von Wasserstoffverteilernetzen (die Norm beschränkt sich auf Wasserstoffverteilernetz**betreiber**).

## 1.2 Zweite Voraussetzung: Wettbewerb um Markt ist ausgeschlossen

Das rechtliche Monopol schließt nicht nur den Wettbewerb *auf* dem Markt, sondern vor allem den **Wettbewerb um den Markt** aus, in dem es jeglichen möglichen Wettbewerb um die Stellung als alleiniger Erbringer einer Dienstleistung ausschließt.

Die **Kommission** vertritt zu dieser zweiten Voraussetzung die Auffassung, dass ein Wettbewerb um den Markt herrscht, wenn ein Auftrag (zB über eine Konzession) im Rahmen

---

(Art. 46), Transparenzbestimmungen (Art. 47) und allgemeine Aufgaben für Betreiber von Wasserstoffnetzen (Art. 50) einhalten.

eines wettbewerblichen Verfahrens vergeben wird. Dies würde das Entstehen eines Monopols verhindern.<sup>29</sup>

Laut **EuGH** kann ein rechtliches Monopol in der Regel nicht allein dadurch begründet werden, dass die zuständigen Behörde einen Vertrag im Wege der Direktvergabe schließt, es sei denn, sie waren durch **Rechtsvorschriften verpflichtet**, den Betrieb der fraglichen Dienste ausschließlich an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben.<sup>30</sup>

Im Ergebnis ist die zweite Voraussetzung also erfüllt, wenn ein Unternehmen durch Gesetz oder Regulierungsmaßnahme exklusiv betraut wird und somit klargestellt ist, dass kein Wettbewerb (und sei es auch nur durch wettbewerbliches Verfahren um eine Position als Netzbetreiber) um den relevanten Markt besteht. Wie das zuständige staatliche Organ (zB der Gesetz- oder Verordnungsgeber) zu seiner Entscheidung kommt, welcher Rechtsperson Monopolstellung eingeräumt wird, wird von der Kommission nicht näher spezifiziert. Aus meiner Sicht können bzw. sollen bei der Auswahl durchaus objektive Kriterien, wie Leistungsfähigkeit und Kosteneffizienz, eine Rolle spielen. Die **Durchführung einer Ausschreibung** könnte allerdings aufgrund der Festlegung der Kommission zum Wettbewerb um den Markt **kritisch gesehen werden**. Allenfalls ließe sich argumentieren, dass nur dann ein für die Monopolausnahme schädlicher Wettbewerb um den Markt besteht, wenn die rechtliche Grundlage (das Gesetz oder die Regulierungsmaßnahme) die Vergabe im Wege einer Ausschreibung vorsieht, nicht aber, wenn im Zuge der „gesetzgeberischen Vorarbeiten“ eine Ausschreibung (oder ein ähnliches Verfahren, wie etwa eine Einladung zur Interessensbekundung) stattgefunden hat.<sup>31</sup> Dies

---

<sup>29</sup> Rn 374 lit a KUEBLL; siehe auch Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, Fn 273 zu Rn 188; SA.48706, *RVV und Nordwasser GmbH*, Rn 81.

<sup>30</sup> EuGH 29.7.2019, C-659/17 (*Azienda Napoletana Mobilità SpA*) Rn 38; EuGH 19.12.2019, C-385/18 (*Arriva Italia*) Rn 58.

<sup>31</sup> In der Rs *Arriva Italia* führte der EuGH aus, dass finanzielle Unterstützungen für einen im Ausschreibungsverfahren ausgewählten Monopolisten dazu führen würden, dass dessen Wettbewerber keine Chance haben, ebenfalls im Ausschreibungsverfahren zum Zug zu kommen (weil der Monopolist ohne Staatszuschuss insolvent geworden wäre). Eine solche Situation liegt aber wohl dann nicht vor, wenn das Ausschreibungsverfahren dazu genutzt würde, den per Gesetz oder Regulierungsmaßnahme festzulegenden Monopolisten auszuwählen. Zur Frage, wie weit der Wettbewerb um den Markt reicht (konkret: ob dieser auch bei einer Ausschreibung vor der Erlassung des monopolzuweisenden Gesetzes besteht), gibt es allerdings, soweit ersichtlich, weder Judikatur noch Entscheidungspraxis, sodass in diesem Punkt eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit verbleibt.

könnte auch für die Zuweisung der Monopolstellung durch die E-Control im Wege einer Regulierungsmaßnahme (ergo im Zuge des Ermittlungsverfahrens vor der bescheidförmigen Zuweisung einer Monopolstellung) gelten. Kurzum: Zwingend ist die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens aus beihilferechtlicher Sicht nicht, vielmehr könnte sie sogar schädlich sein – jedenfalls, wenn sie nicht Teil des zur Monopolfestlegung führenden Gesetzgebungs- oder Regulierungsmaßnahmenverfahrens ist (und vielleicht selbst dann). Zu den hiermit möglicherweise konfligierenden Vorgaben der Gasbinnenmarkt-RL (Art. 43) bezüglich der Benennung von Wasserstoffverteilternetzbetreiber siehe oben unter Pkt. 1.1.3 c).

### **1.3 Dritte Voraussetzung: Dienstleistung konkurriert nicht mit anderen Dienstleistungen**

Die staatlich unterstützte Monopol-Dienstleistung darf nicht mit anderen gleichartigen Dienstleistungen konkurrieren. Zu dieser Voraussetzung führt Rn 211 der NoA Folgendes aus:

*„Bestimmte Infrastrukturen stehen unter Umständen weder mit anderen Infrastrukturen derselben Art noch mit Infrastrukturen anderer Art, die in erheblichem Maße substituierbare Dienstleistungen anbieten, noch direkt mit solchen Dienstleistungen unmittelbar im Wettbewerb. Ein solcher unmittelbarer Wettbewerb zwischen Infrastrukturen ist in der Regel bezüglich flächendeckender Netze ausgeschlossen, sofern sie ein natürliches Monopol darstellen, d. h. sofern ein Nachbau des Netzes unrentabel wäre. Ferner kann in bestimmten Wirtschaftszweigen der Umfang privater Investitionen in den Bau von Infrastrukturen vernachlässigbar klein sein.“*

Gegenständlich stellt die Errichtung einschließlich des Betriebs und die Bereitstellung von Infrastruktur zum Transport von Wasserstoff die maßgebliche Dienstleistung dar. In unmittelbarer Konkurrenz hierzu würde der Betrieb einer – parallel betriebenen – gleich-

artigen Wasserstoffinfrastruktur angesehen werden. Dies dürfte aufgrund der hohen Investitionskosten aber auszuschließen sein. So geht auch der Unionsgesetzgeber vom Vorliegen eines natürlichen Monopols aus.<sup>32</sup>

Der Transport von Wasserstoff mittels LKW könnte als Dienstleistung, die demselben Zweck mit anderen Mitteln dient, gesehen werden. Hier wird aber wohl schon aufgrund der Unterschiedlichkeit der Technologien keine Substituierbarkeit vorliegen.<sup>33</sup> Diskussionswürdiger ist die Frage, ob der Betrieb von Erdgasleitungen eine „*in erheblichem Maße substituierbare Dienstleistung*“ darstellt, mit welcher eine monopolisierte Wasserstoffinfrastruktur konkurrieren würde. Dies erscheint in Anbetracht ähnlicher Einsatzgebiete von Erdgas und Wasserstoff grundsätzlich naheliegend. Allerdings ist der Betrieb von Erdgasleitungen in Österreich selbst Teil eines (natürlichen) Monopols. Zudem problematisiert die Kommission dieses Verhältnis in ihren Ausführungen zum möglichen rechtlichen Monopol für (u.a.) Wasserstoffinfrastruktur in den KUEBLL nicht, was jedoch zu erwarten wäre, würde die Kommission hierin einen Ausschlussgrund sehen. In der Sache kann schließlich noch ins Treffen geführt werden, dass sich Erdgas und Wasserstoff zwar in energetischer Hinsicht ähneln, soweit es sich um erneuerbaren Wasserstoff handelt, unterscheiden sich die beiden Gase allerdings wesentlich voneinander, kann erneuerbarer Wasserstoff doch zur klimaneutralen Produktion verwendet werden, was bei Erdgas (zumindest soweit keine Abscheidung und Sequestrierung des CO<sub>2</sub> erfolgt) nicht der Fall ist. Es ließe sich daher argumentieren, dass die beiden Gase und insoweit auch die dazugehörigen Transportdienstleistungen nicht substituierbar sind.

#### 1.4 Vierte Voraussetzung: Quersubventionen sind ausgeschlossen

Ist der Betreiber der Energieinfrastruktur auch auf einem anderen Markt (als dem des Wasserstoffnetzbetriebes) tätig und besteht auf diesem Markt Wettbewerb, müssen

---

<sup>32</sup> Siehe ErwG 77 zur RL (EU) 2024/1788.

<sup>33</sup> So zeichnet sich der Transport mittels Verteilernetze durch die feste Verbindung mit den Anlagen der Abnehmer aus, welche eine durchgängige Versorgung gewährleisten. LKWs hingegen können keine solche permanente Versorgung gewährleisten. Der Fernleitungstransport scheint schon aufgrund des Energieaufwandes für LKWs nicht mit dem Transport durch Leitungen vergleichbar zu sein.

Quersubventionen verhindert werden. Zentral wird auf eine getrennte Buchführung abgestellt, die eine ordnungsgemäße Zuweisung von Einnahmen und Kosten ermöglichen soll. Die staatlichen Mittel dürfen demnach von vertikal integrierten Unternehmen nicht für andere Geschäftsbereiche verwendet werden. Rn 374 lit. d KUEBLL spezifiziert dies für Strom- und Gasinfrastruktur und führt aus, dass die vierte Voraussetzung „*aller Wahrscheinlichkeit nach*“ erfüllt ist, wenn die Entflechtungsbestimmungen für die Rechnungslegung des Art. 31 der (alten) Gasbinnenmarkt-RL 2009/73/EG eingehalten werden und „*vertikal integrierte Unternehmen verpflichtet sind, für jede ihrer Tätigkeiten getrennte Bücher zu führen*“.

Die zitierten Bestimmungen betreffen die **Entflechtung der Rechnungslegung**. Im gegenständlichen Fall sind – wenngleich die Umsetzungsfrist noch läuft – die Bestimmungen der neugefassten Gasbinnenmarkt-RL (EU) 2024/1788 und insbesondere die Art. 70 und 75 maßgeblich, welche die Entflechtung der Rechnungslegung (auch) für Wasserstoffnetzbetreiber vorschreiben. Demnach haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die Rechnungslegung der Erdgas- und Wasserstoffunternehmen richtlinienkonform erfolgen. Gemäß Art. 75 Abs. 3 Gasbinnenmarkt-RL haben Wasserstoffnetzbetreiber zur Vermeidung von Diskriminierungen, Quersubventionen und Wettbewerbsverzerrungen in ihrer internen Rechnungslegung getrennte Konten „*für jede ihrer Tätigkeiten in den Bereichen Fernleitung, Verteilung, LNG, Wasserstoffterminals, Speicherung von Erdgas und Wasserstoff sowie Wasserstofftransport*“ zu führen, und zwar „*in derselben Weise, wie sie dies tun müssten, wenn die betreffenden Tätigkeiten von separaten Unternehmen ausgeführt würden*“. Die detaillierten Anforderungen an die Umsetzung ergeben sich aus Art. 75 Abs. 2 bis 6 Gasbinnenmarkt-RL.

Im Ergebnis kann also auch einem solchen Unternehmen die Monopolstellung zugewiesen werden, das selbst oder im Konzern andere wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt.<sup>34</sup> Die

---

<sup>34</sup> Zu den gesellschaftsrechtlichen Unbundling-Vorgaben für den Wasserstofftransport siehe Art. 68 Gasbinnenmarkt-RL.

Kommission stellt darauf ab, dass in einem solchen Fall eine Quersubventionierung ausgeschlossen werden kann, indem die Kosten/Einnahmen der verschiedenen Tätigkeiten getrennt zugewiesen werden, sodass öffentliche Mittel, die für die dem gesetzlichen Monopol unterliegende Dienstleistung bereitgestellt werden, nicht anderen Tätigkeiten zu Gute kommen können.<sup>35</sup>

## 2. Zur zweiten Frage: Anpassungsbedarf des Gaswirtschaftsgesetzes

### 2.1 Bestehende Regelungen im GWG 2011

Die Verankerung der Monopolstellung von Wasserstoffnetzbetreibern soll im novellierten Gaswirtschaftsgesetz erfolgen. Bislang gibt es am österreichischen Gasmarkt für jedes Versorgungsgebiet einen Netzbetreiber, der für die Errichtung und den Betrieb des Netzes seines Versorgungsgebiets verantwortlich ist. Dieses System ist historisch gewachsen. Ein vergleichbares Netz für Wasserstoff ist, schon aufgrund der bestehenden und künftigen integrierten Netzplanung<sup>36</sup> detaillierter quasi „am Reißbrett“ planbar.

Das Gasnetz stellt nach Ansicht der E-Control ein **natürliches Monopol** dar.<sup>37</sup> Im GWG findet sich keine *explizite* Festlegung eines rechtlichen Monopols; das im Elektrizitätswirtschaftsrecht etablierte Konzessionssystem für gewisse (insoweit „monopolisierte“) Gebiete<sup>38</sup> ist, soweit ersichtlich, im Bereich des Erdgases ebenso wenig umgesetzt. Vielmehr wird die Ausübung der Tätigkeit eines Fernleitungsnetzbetreibers oder eines Verteilernetzbetreibers von der Erteilung einer Genehmigung gemäß § 43 GWG abhängig gemacht. Die **Einteilung der Netzebenen** für die Gasfernleitungen und Verteilernetze erfolgt über § 84 iVm Anlage 1 bis 3 GWG 2011, wobei die jeweils zuständigen Unternehmen in Anlage 2 (Fernleitung) und Anlagen 1 und 3 (Verteilernetze) genannt werden.

---

<sup>35</sup> Vgl. Kommission, *RVV and Nordwasser GmbH* Rn 91f.

<sup>36</sup> Vgl. auch Art. 55 Gasbinnenmarkt-RL: Jeder Mitgliedstaat hat über einen einheitlichen Netzentwicklungsplan für Wasserstoff zu verfügen.

<sup>37</sup> Siehe <https://www.e-control.at/econtrol/themen/netzregulierung> (14.10.2024).

<sup>38</sup> Siehe illustrativ in der Steiermark <https://www.verwaltung.steiermark.at/cms/beitrag/12541197/127384147/> (14.10.2024).

Diese Listen können durch Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft gemäß § 84 Abs. 3 GWG 2011, nach Stellungnahme der E-Control, geändert werden.

Insoweit dürfte sich – etwas verklausuliert – eine regionale Exklusivität des Gasnetzbetriebs auch aus dem GWG 2011 ableiten lassen. Ob diese eher indirekte Festlegung ausreicht, um die Vorgaben von der Kommission für ein rechtliches Monopol zu erfüllen (Benennung durch Gesetz oder Regulierungsmaßnahme), ist allerdings nicht gesichert. Aus meiner Sicht bietet es sich jedenfalls an, die Monopolzuweisung für Wasserstoffinfrastruktur im Zuge der ohnedies für die Einbeziehung des Wasserstoffes erforderliche Gesetzesadaptierung eigenständig und klarer zu regeln.

## 2.2 System der Monopolzuweisung: Gesetz oder Regulierungsmaßnahme

Nach Auffassung der Kommission kann die Monopol-Festlegung sowohl durch Gesetz als auch als Regulierungsmaßnahme erfolgen. Wenngleich der Begriff der Regulierungsmaßnahme nicht näher definiert ist, wird man hierunter wohl rechtsverbindliche Anordnungen u.a. auch der zuständigen Regulierungsbehörden verstehen dürfen. Aus meiner Sicht wären daher vor allem zwei Varianten denk- und umsetzbar:

- **Gesetzliche Regelung:** Die Monopol-Festlegung bzw. die Benennung des Monopolisten erfolgt in einem einfachen Gesetz (kompetenzrechtlich wohl Bundesgesetz) oder – Basis einer entsprechenden Grundlage im GWG 2025 – durch eine Verordnung der zuständigen Ministerin. Denkbar wären beide Varianten, wobei die Verordnung wohl etwas mehr Flexibilität bei der Anwendung und Abänderung bieten würde.
- **Regulierungsmaßnahme:** Das GWG 2025 könnte auch nur die rechtliche Grundlage für die Benennung eines Monopolisten durch die E-Control schaffen; der Bestellungsakt selbst erfolgt sodann nach Durchführung eines – den Vorgaben der Gasbinnenmarkt-RL und den sonstigen unionsrechtlichen Vorgaben entsprechenden – Ermittlungsverfahrens durch Bescheid oder allenfalls Verordnung. Diese Variante ist im Bezug auf andere Marktrollen im Gasbereich auch durchaus etabliert.

So benennt etwa die E-Control gemäß § 85 GWG 2011 die Bilanzgruppenkoordinatoren je Marktgebiet. Die Benennung geschieht „nach Durchführung eines transparenten Auswahlverfahrens nach den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber“ (Abs. 1 leg cit) durch „Bescheid, welcher mit Bedingungen, Befristungen und Auflagen versehen werden kann, soweit diese zur Erfüllung der Zielsetzungen dieses Gesetzes erforderlich sind“. Wie das 2021 durchgeführte Benennungsverfahren V BKK G 01/20/11 (*Keep in Balance AG*) zeigt, können dabei Ernennungsvoraussetzungen vorab definiert<sup>39</sup> und bei der Entscheidung objektive Parameter, wie etwa die Kosteneffizienz, berücksichtigt werden.<sup>40</sup> Ob eine Ausschreibung durchgeführt werden darf oder ob eine solche gegen das Verbot eines Wettbewerbes *um* den Markt verstoßen würde, bedürfte bei einem Weiterverfolgen dieser Variante noch einer eingehenden rechtlichen Betrachtung.

### 2.3 Grundsätze zur inhaltlichen Ausgestaltung

In inhaltlicher Hinsicht ist insbesondere der **Vorbehaltbereich** zu determinieren. Das heißt, es ist festzulegen, welche Tätigkeiten ausschließlich von dem ernannten Unternehmen ausgeübt werden dürfen. Hier gilt als Faustregel, dass der Vorbehaltbereich auf das notwendige Maß zu reduzieren ist, um etwaige Konflikte mit dem Primärrecht (insbesondere die Grundfreiheiten) hintanzuhalten.

Spiegelbildlich zur Benennung des Wasserstoffleitungs-Monopolisten bedarf es einer ausdrücklichen **Untersagung für andere Unternehmen, im Vorbehaltbereich tätig zu werden**. Hier bietet sich eine Sanktionierung des Zuwiderhandelns durch Strafbestimmungen im GWG 2025 an, wobei auch mögliche Einschränkungen des Verbotes (etwa

---

<sup>39</sup> Eine Zusammenfassung des Verfahrens ist abrufbar unter <https://www.e-control.at/marktteilnehmer/gas/ernennung-der-bilanzierungsstelle> (14.10.2024).

<sup>40</sup> Siehe den Bescheid der E-Control vom 20.7.2021, V BKK G 01/20/11, S 30; die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.e-control.at/documents/1785851/10678681/Bescheid%20vom%2020.07.2021.%20V%20BKK%20G%201%252F20.%20Ernennung%20des%20Bilanzgruppenkoordinators%20f%C3%BCr%20die%20Marktgebiete%20Ost.%20Tirol%20und%20Vorarlberg/58ced5ae-6648-d0e1-2993-e2137cb1b0d6> (14.10.2024).

für Direktleitungen) – soweit rechtlich zulässig und mit dem Monopol in Einklang stehend – angedacht werden sollten.

Zudem ist zu gewährleisten, dass die **Entflechtungsvorgaben** (insbesondere die Vorschriften zur buchhalterischen Entflechtung zur Vermeidung von Quersubventionen) und Bestimmungen für den **Wasserstoffnetzbetrieb** (insbesondere diskriminierungsfreier Zugang Dritter zur Infrastruktur) gemäß dem Gasmarkt-Paket vollständig umgesetzt und auf den Monopolbetrieb anwendbar sind.

### 3. Zur dritten Frage: Spruchpraxis der Kommission zum Monopolbegriff

Soweit ersichtlich sind keine Entscheidungen veröffentlicht, in welchen die Kommission die Monopolausnahme für Energieinfrastruktur gemäß Rn 374 KUEBLL anwendet. Die Kommission hat sich jedoch in einer Beihilfensache betreffend die Erbringung von wasserbezogenen Dienstleistungen mit der Monopolausnahme in Rn 188 NoA (dem die Rn 374 KUEBLL nachgebildet ist) eingehend auseinandergesetzt. In der Entscheidung [RVV und Nordwasser GmbH](#)<sup>41</sup> prüft die Kommission die Voraussetzung für das Vorliegen eines rechtlichen Monopols eines lokalen deutschen Abwasserverbandes und sah die Einrichtung des Monopols als zulässig an. Zu nennen ist weiters die Entscheidung der Kommission vom 16.6.2017, C(2017) 3987, [OSE S.A.](#)<sup>42</sup> zu einem Monopolbetrieb im Bereich der Eisenbahninfrastruktur.

Der **EuGH** hat sich insbesondere in den beiden Entscheidungen EuGH 19.12.2019, C-385/18 ([Arriva Italia](#)) und EuGH 6.10.2021, C-174/19 P und C-175/19 P ([Scandlines Danmark ApS und Scandlines Deutschland GmbH](#)) mit dem Begriff des rechtlichen Monopols und den diesbezüglichen beihilferechtlichen Wertungen der Kommission auseinandergesetzt.

---

<sup>41</sup> Abrufbar unter [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases1/202131/273180\\_2302909\\_238\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202131/273180_2302909_238_2.pdf) (14.10.2024).

<sup>42</sup> Beschluss der Kommission vom 16.6.2017, Beihilfverfahren SA.32543 (*OSE S.A.*); abrufbar unter [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/239563/239563\\_1915231\\_3829\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/239563/239563_1915231_3829_2.pdf) (14.10.2024).

Weiters ergibt sich eine Konkretisierung der Rechtsansicht der Kommission aus einigen erläuternden Dokumenten der Kommission, die Hilfestellung in der beihilferechtlichen Ausgestaltung von Energieinfrastrukturmaßnahmen bieten soll, insbesondere:

- DG Competition: [Guiding template: Energy and hydrogen infrastructure](#) (updated on 04/04/2023)
- DG Competition: [Infrastructure Analytic Grid For Energy Infrastructure](#)
- DG Competition: [Infrastructure Analytic Grid For Water Infrastructures](#)
- Kommission: [Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe](#) (NoA)
- Kommission: [KUEBLL](#)

### III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Durch die Einführung eines rechtlichen Monopols für die Errichtung und den Betrieb von Wasserstoffleitungen kann eine Situation geschaffen werden, in der keine Wettbewerbsverfälschung droht, sodass mangels Vorliegens des Beihilfebegriffs dem Betreiber staatliche Förderungen gewährt werden könnten, ohne dass eine Notifikation an die Kommission nötig wäre.

Die KUEBLL definieren vier Voraussetzungen für die Monopol-Zuweisung: (i) unionsrechtskonforme Zuweisung der Monopolstellung durch Gesetz oder Regulierungsmaßnahme, (ii) kein Wettbewerb um den monopolisierten Markt, (iii) kein Wettbewerb mit anderen Dienstleistungen und (iv) Ausschluss von Quersubventionen.

Eine mögliche Regelungsform wäre die Zuweisung des Monopols direkt im GWG 2025 (bzw in Anhängen dazu) oder durch eine Verordnung (bspw.) der zuständigen Energieministerin. Alternativ könnte – ähnlich wie bei der Benennung von Bilanzgruppenkoordinatoren nach geltendem § GWG 2011 – die E-Control damit betraut werden, nach Durchführung eines entsprechenden Ermittlungsverfahrens einen Monopol-Betreiber für eine Wasserstoffleitung durch Bescheid oder allenfalls Verordnung festzulegen („Regulierungsmaßnahme“).

Hierdurch könnte auch gewährleistet werden, dass die – wohl auch für die Monopol-Festlegung einschlägigen – Vorgaben der Gasbinnenmarkt-RL (insbesondere Art. 43 betreffend die Ernennung von Wasserstoffverteilternetzbetreibern) berücksichtigt werden.

Inhaltlich ist zentral, den Vorbehaltsbereich zu definieren, wobei insbesondere aus grundfreiheitsrechtlichen Erwägungen ein möglichst enger Monopolbereich festgelegt werden sollte. Zudem ist sicherzustellen, dass die rechtlichen Vorgaben des Gasbinnenmarkts, insbesondere hinsichtlich der Entflechtung der Rechnungslegung und hinsichtlich jener Bestimmungen, die einen Missbrauch der Marktmacht hintanhaltend (etwa Zugang Dritter zur Infrastruktur), umgesetzt werden und für den betrauten Wasserstoffnetzbetreiber gelten.

Insgesamt liegt eine komplexe Rechtslage vor; aufgrund der nur spärlich vorhandenen Entscheidungspraxis von Kommission und EuG bzw. EuGH zur Monopol-Ausnahme, insbesondere im Energiebereich, verbleibt stets ein gewisser Rechtsunsicherheitsfaktor. Diese Rechtsunsicherheit könnte durch eine informelle Abstimmung mit der Kommission im Vorfeld der Umsetzung des Monopol-Benennung („non-aid“-Abklärung) reduziert werden.

\* \* \*

Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH

m.p. RA Dr. Florian Stangl, LL.M