

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
MARCO DARMON  
vom 8. Februar 1994 \*

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

1. Durch diese Vorabentscheidungsvorlage werden Sie meines Wissens zum ersten Mal darum ersucht, die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages in bezug auf den Bereich der öffentlichen Bereitstellung von elektrischer Energie auszulegen. Ist bei der Lieferung von Elektrizität Wettbewerb möglich? Ist der Zugang von Dritten zu den öffentlichen Netzen zuzulassen, um einen wirksamen Wettbewerb zwischen den Lieferanten von Elektrizität zu ermöglichen? Wie man sieht, handelt es sich um eine Frage von Bedeutung.

2. Die ökonomischen und physischen Gegebenheiten der Elektrizitätsversorgung sind sehr spezifisch. Elektrizität kann nur über Leitungsdrähte befördert werden. Über große Entfernungen treten dabei erhebliche Energieverluste auf. Da Elektrizität nicht gelagert werden kann, muß die Erzeugung sich zu jedem Zeitpunkt nach dem Verbrauch richten. Da gleichzeitig mit der Elektrizität viele Bedürfnisse erfüllt werden können, ist sie ein ganz unentbehrliches Erzeugnis; die Versorgung mit ihr muß gewährleistet, allgemein verbreitet und von den Kosten her zugänglich sein.

3. Die Haupteigenart des Elektrizitätsmarktes besteht darin, daß die Bereitstellung wie beim herkömmlichen Fernsprechwesen über ein Netz und über feste Verbindungen erfolgt. Daraus folgt, daß der Kunde gebunden ist und die Quellen des Angebots und der Nachfrage nicht mobil sind. Die Mobilität, die die Wahl des Vertragspartners ermöglicht, gehört aber zum Wesen eines Systems nicht verfälschten Wettbewerbs. Dieses Netz wird *zentral* verwaltet, damit zu jedem Zeitpunkt der Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage und damit die Versorgungssicherheit gewährleistet werden kann.

4. Diese außergewöhnlichen wirtschaftlichen und technischen Zwänge wirken sich auf die für den Handel mit elektrischer Energie geltende rechtliche Regelung und auf den Entwicklungsstand der Gemeinschaftsintegration auf diesem Gebiet aus.

5. An dieser Stelle ist eine kurze Darstellung der Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften geboten.

6. Der Elektrizitätsmarkt hat beim Aufbau der Gemeinschaft lange Zeit abseits gestanden. Weder der ursprüngliche Vertrag noch die Einheitliche Akte sahen in diesem Bereich eine gemeinsame Politik vor.

\* Originalsprache: Französisch.

7. Nur zwei Bestimmungen des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft beziehen sich darauf: Nach Artikel 3t umfaßt die Tätigkeit der Gemeinschaft Maßnahmen im Bereich Energie. Gemäß Artikel 129b „trägt“ die Gemeinschaft zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze im Bereich der Energieinfrastruktur „bei“. In einer Erklärung zum Bereich Energie in der Schlußakte des Vertrages von Maastricht ist jedoch vorgesehen, daß die Frage der Einfügung eines Titels über den Bereich Energie anhand eines Berichts geprüft werden wird, den die Kommission dem Rat spätestens 1996 vorlegen wird.

8. In diesem Bereich sind durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zunächst nur die nationalen Politiken koordiniert worden<sup>1</sup>; die Materie blieb ganz und gar in der Zuständigkeit der Staaten.

9. Die Kommission gibt den Anstoß dafür<sup>2</sup>, daß schrittweise im Rahmen des Artikels 8a des Vertrages von Rom ein Elektrizitätsbinnenmarkt geschaffen wird, wie der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt<sup>3</sup> belegt, durch die — in beschränkter Form — der Zugang von Dritten zum Netz, eine Voraussetzung eines

wirksamen Wettbewerbs zwischen Lieferanten, eingeführt wird: „Die Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarkts muß schrittweise erfolgen und in Stufen verwirklicht werden, damit die Industrie sich flexibel und in geordneter Art und Weise dem neuen Umfeld anpassen kann.“<sup>4</sup> Die Kommission hat nicht — wie im Bereich der Telekommunikation — von ihrer Regelungsbefugnis aus Artikel 90 Absatz 3 des Vertrages Gebrauch gemacht und den Weg der Rechtsangleichung vorgezogen (Artikel 100a).

10. Hintergrund der Ihnen vorgelegten Vorabentscheidungsfragen ist das Versorgungssystem in den Niederlanden.

11. Beim Gerichtshof Arnheim ist ein Rechtsmittel gegen einen Schiedsspruch anhängig, der in einem Rechtsstreit zwischen *lokalen Versorgungsunternehmen* für Elektrizität (oder Gemeinden, die diese Verteilung selbst vornehmen) und einem Versorgungsunternehmen auf regionaler Ebene („IJsselcentrale“) erlassen worden ist.

12. In den Niederlanden gibt es vier Erzeuger, die Aktionäre einer gemeinsamen Gesellschaft sind, der NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (SEP)<sup>5</sup>. Die erzeugte Elektrizität wird an regionale

1 — Siehe z. B. die Richtlinie 90/377/EWG des Rates vom 29. Juni 1990 zur Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der vom industriellen Endverbraucher zu zahlenden Gas- und Strompreise (ABl. L 185, S. 16) und die Richtlinie 90/547/EWG des Rates vom 29. Oktober 1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze (ABl. L 313, S. 30).

2 — Weißbuch über den Energiebinnenmarkt vom 2. Mai 1988, KOM (88)238.

3 — 92/C 65/04 (ABl. C 65, S. 4); sie ist in dieser Fassung vom Rat nicht gebilligt worden.

4 — A. a. O., dritte Begründungserwägung.

5 — Zu den satzungsmäßigen Aufgaben der SEP gehören u. a. der Betrieb des Hochspannungsnetzes und der Abschluß von Vereinbarungen mit ausländischen Elektrizitätsunternehmen über die Einfuhr und die Ausfuhr von Elektrizität sowie die Nutzung der internationalen Verbindungen des Verbundnetzes (Urteil vom 18. November 1992 in der Rechtssache T-16/91, Rendo u. a., Slg. 1991, II-2417, Randnr. 4).

Versorgungsunternehmen (wie z. B. an die Beklagte des Ausgangsverfahrens) verkauft, die sie an die lokalen Versorgungsunternehmen (wie z. B. die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens) weiterverkaufen, die sie ihrerseits an die Verbraucher weiterverkaufen.

13. Von 1985 bis 1988 erhob die IJsselcentrale (die 1988 in IJsselmij, im folgenden: „IJM“, umbenannt wurde) bei den kommunalen Versorgungsunternehmen einen „Ausgleichszuschlag“ („egaliseringsbidrag“), durch den die zusätzlichen Kosten der Verteilung im ländlichen Bereich ausgeglichen werden sollten, um für alle Endverbraucher in dem erfaßten Bereich einheitliche Tarife anwenden zu können.

14. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens sind lokale Versorgungsunternehmen, die geltend machen, sie schuldeten den in diesem Zeitraum in Rechnung gestellten Ausgleichszuschlag, der sich auf 20 707 942 HFL belaufe, nicht.

15. Für die lokalen Versorgungsunternehmen besteht eine ausschließliche Abnahmeverpflichtung und ein Einfuhrverbot, die sich aus zwei getrennten Vereinbarungen ergeben:

- Eine am 22. Mai 1986 zwischen den stromerzeugenden Unternehmen einerseits und der SEP andererseits geschlossenen horizontale Vereinbarung (die als „Kooperationsvereinbarung“ bezeichnete „Overeenkomst van Samenwerking“, im

folgenden: „OvS“) sieht in *Artikel 21* vor, daß die Einfuhr und die Ausfuhr von Elektrizität der SEP vorbehalten sind und daß die Erzeuger verpflichtet sind, in den Lieferverträgen, die sie mit den Elektrizitätsversorgungsunternehmen abschließen, zu vereinbaren, daß diese keine Elektrizität einführen oder ausführen werden<sup>6</sup>;

- die Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung elektrischer Energie an die Gemeinden<sup>7</sup> (im folgenden: ALB) enthalten eine Ausschließlichkeitsklausel, die die Gemeinden zur ausschließlichen Abnahme verpflichten, und damit ein implizites Einfuhrverbot (*Artikel 2 Absatz 2*)<sup>8</sup>. Umgekehrt verpflichtet sich IJM im Gebiet einer Gemeinde ohne deren Zustimmung keine elektrische Energie an Dritte zu liefern (*Artikel 2 Absatz 1*). Es besteht also *gegenseitige Ausschließlichkeit*.

16. *Artikel 34* des Gesetzes vom 16. November 1989 („Elektriciteitswet“)<sup>9</sup> und die Ministerialverordnung vom 20. März 1990

6 — Die niederländische Regierung trägt vor, dieses Verbot sei dadurch gerechtfertigt, daß die Einfuhren ausschließlich zentral — und nach Plan — von der SEP vorgenommen würden (Erklärungen der niederländischen Regierung, Nr. 10).

7 — Allgemeine Bedingungen für die Lieferung elektrischer Energie an Gemeinden, die ihr eigenes Versorgungsunternehmen im Gebiet der in Zwolle niedergelassenen IJsselcentrale haben, vom 17. Dezember 1964, in Kraft getreten am 1. April 1965.

8 — „Die Gemeinde verpflichtet sich für die Verteilung von Elektrizität innerhalb ihres Gebietes elektrische Energie ausschließlich bei IJsselcentrale zu beziehen und diese Energie nur zum eigenen Verbrauch oder zur Lieferung an Dritte zur Verwendung innerhalb des Gemeindegebiets zu verwenden.“

9 — Staatsblad 535. Das Elektrizitätsgesetz vom 16. November 1989 hat den niederländischen Elektrizitätsmarkt in engen Grenzen geöffnet: Die Versorgungsunternehmen können ihr niederländisches Versorgungsunternehmen selbst wählen (horizontaler Einkauf) und die industriellen Verbraucher können Elektrizität für ihren eigenen Bedarf einführen, sofern dabei nicht das öffentliche Versorgungsnetz benutzt wird.

bestimmen, daß nur die SEP zur öffentlichen Versorgung bestimmte Elektrizität einführen darf, es sei denn, es handelt sich um Elektrizität mit einer Spannung von weniger als 500 V.

17. Nach Auffassung des vorliegenden Gerichts ist es wahrscheinlich, daß der Ausgleichszuschlag ohne das Einfuhrverbot nicht erhoben werden könnte. Es wäre nämlich nicht ausgeschlossen, daß die lokalen Versorgungsunternehmen sich dem Zuschlag zumindest teilweise entziehen könnten, wenn sie Elektrizität aus dem Ausland beziehen könnten<sup>10</sup>. Um festzustellen, ob der Zuschlag geschuldet ist, ist daher zu prüfen, ob dieses Verbot in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht steht.

18. Durch Schiedsspruch vom 12. Dezember 1986 wurden die Klagen der lokalen Versorgungsunternehmen mit der Begründung abgewiesen, daß die gegenseitige Ausschließlichkeit dafür erforderlich sei, daß die IJM ihre Aufgabe erfüllen könne, daß sie den Handel nur unerheblich beeinträchtige und daß „der Umstand, daß die Klägerinnen nicht befugt seien, sich Elektrizität von Dritten zu beziehen, nicht unvereinbar mit Artikel 85 EWG-Vertrag“ sei, da die Ausnahmeregelung des Artikels 90 Absatz 2 anwendbar sei. Was den Ausgleichszuschlag angeht, vertrat das Schiedsgericht die Auffassung, es sei nicht nachgewiesen, daß sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtige.

<sup>10</sup> — Siehe Nr. 5.11 des Beschlusses des vorliegenden Gerichts.

19. Die Klägerinnen haben Rechtsmittel beim Gerichtshof Arnheim eingelegt; dieser legt Ihnen die zwei folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vor:

- 1) Ist ein nationales Gericht, das in einem gesetzlich vorgesehenen Fall im Rahmen einer Berufung gegen einen Schiedsspruch entscheidet, als ein einzelstaatliches Gericht im Sinne des Artikels 177 EWG-Vertrag anzusehen, wenn es gemäß dem Schiedsvertrag der Parteien als Schiedsrichter nach billigem Ermessen entscheiden muß?
- 2) Wie sind die Artikel 37 und/oder 85 und/oder 86 und/oder 90 EWG-Vertrag in bezug auf ein Verbot der Einfuhr von für die öffentliche Stromversorgung bestimmter Elektrizität in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer regionalen Stromversorgungsgesellschaft in den Jahren 1985 bis 1988, gegebenenfalls im Zusammenhang mit einem Einfuhrverbot in einer Vereinbarung von Elektrizitätserzeugungsbetrieben in dem betroffenen Mitgliedstaat, auszulegen?

20. Einige Aspekte des niederländischen Elektrizitätsversorgungssystems sind sowohl von der Kommission als auch von den Gemeinschaftsgerichten bereits untersucht worden oder werden gegenwärtig untersucht.

21. Parallel zum vorliegenden Verfahren haben lokale Elektrizitätsversorgungsunternehmen (IGMO in Meppel, Central

Overijsselse Nutsbedrijven in Almelo, Regionaal Energiebedrijf Salland in Deventer und die Gemeinde Hoogeveen) am 26. Mai 1988 eine Beschwerde gegen die IJM wegen Verstoßes gegen Artikel 85 EWG-Vertrag eingereicht, die sich auf die „zivilprozessrechtlichen Verfahren im Zusammenhang mit der Anwendung eines Einfuhr- und Ausfuhrverbots seitens ... [IJM] in Verbindung mit einer ausschließlichen Abnahmeverpflichtung sowie mit der Erhebung eines Ausgleichszuschlags“ bezieht<sup>11</sup>.

22. In ihrer Entscheidung 91/50 hat die Kommission festgestellt: „Artikel 21 der ... Vereinbarung über Zusammenarbeit ... stellt ... einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag dar, da er bezweckt oder bewirkt, die Elektrizitätseinfuhr *durch private industrielle Verbraucher* und die Stromausfuhr *außerhalb des Rahmens der öffentlichen Versorgung durch Stromversorgungsunternehmen und private industrielle Verbraucher* einschließlich solcher mit Elektrizitätseigenerzeugung einzuschränken.“<sup>12</sup>

23. Die gegen diese Entscheidung erhobene Klage ist durch Urteil des Gerichts erster Instanz vom 18. November 1992 abgewiesen worden<sup>13</sup>. Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel beim Gerichtshof eingelegt worden (Rechtssache C-19/93 P).

11 — Siehe die Entscheidung 91/50/EWG der Kommission vom 16. Januar 1991 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (ABl. L 28, S. 32, Randnr. 1).

12 — Artikel 1 des verfügenden Teils, Hervorhebung durch mich.

13 — Urteil Rendo, a. a. O.

24. Die Kommission hat sich in der Entscheidung nicht zu dem von IJM erhobenen Ausgleichszuschlag<sup>14</sup> und zu den *Einfuhrbeschränkungen* geäußert, die für die mit der öffentlichen Versorgung betrauten Stromversorgungsgesellschaften vor dem Inkrafttreten des Elektrizitätsgesetzes vom 16. November 1988 galten<sup>15</sup>.

25. Mit Schreiben vom 20. November 1991 teilte die Kommission den Beschwerdeführerinnen jedoch mit<sup>16</sup>, daß „die Ausgleichszuschlag, gegen die sich die ursprüngliche Beschwerde im wesentlichen richtete, nicht Gegenstand eines auf die Artikel 85 und/oder 86 EWG-Vertrag gestützten Verfahrens sein kann, weil sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht spürbar beeinträchtigt“. Dieses Schreiben war der Anlaß zu einer zweiten Klage, die durch — inzwischen rechtskräftig gewordenen — Beschluß des Gericht erster Instanz vom 29. März 1993 für unzulässig erklärt worden ist<sup>17</sup> (T-2/92, Rendo II).

26. Schließlich ist anzumerken, daß die Kommission am 26. November 1992 der niederländischen Regierung eine mit Gründen versehene Stellungnahme hat zugehen lassen: Das der SEP durch das Gesetz von 1989 eingeräumte ausschließliche Einfuhrrecht stelle

14 — Randnr. 1, vorletzter Absatz.

15 — Urteil Rendo, Randnrn. 58 und 61. Was die Einfuhrbeschränkungen angeht, die für die Versorgungsgesellschaften nach Artikel 34 des Elektrizitätsgesetzes von 1989 bestehen, hat sich die Kommission zu der Frage nicht geäußert, ob für eine solche Beschränkung eine Rechtfertigung im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag besteht, da in diesem Zusammenhang ein Vertragsverletzungsverfahren beabsichtigt war (Randnr. 50 der Entscheidung und Randnrn. 46 und 47 des Urteils des Gerichts).

16 — A. a. O., Randnr. 27.

17 — Mit der Begründung, daß das Schreiben in keiner Hinsicht Entscheidungscharakter besitze und keinerlei rechtliche Wirkung entfaltet habe.

einen Verstoß gegen die Artikel 30 und 37 EWG-Vertrag dar und sei weder nach Artikel 36 noch durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt<sup>18</sup>.

27. Weder die Kommission in ihrer Entscheidung 91/50 noch das Gericht erster Instanz haben geprüft, ob *das Verbot, elektrische Energie über das öffentliche Versorgungsnetz einzuführen*, wie es in den Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung elektrischer Energie an die Gemeinden vom 17. Dezember 1964 und in der dem Inkrafttreten des Elektrizitätsgesetzes von 1989 vorausgehenden Korporationsvereinbarung von einer regionalen Stromversorgungsgesellschaft gegenüber einer *lokalen Stromversorgungsgesellschaft* ausgesprochen wird, mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft in Einklang steht.

28. Genau das ist Gegenstand der zweiten Vorabentscheidungsfrage. Zunächst ist aber die erste Frage zu prüfen.

#### Zur ersten Vorabentscheidungsfrage

29. Ist ein staatliches Gericht, bei dem ein Rechtsmittel gegen einen Schiedsspruch anhängig ist und das als Schiedsrichter nach billigem Ermessen entscheidet, ein Gericht im Sinne von Artikel 177 EWG-Vertrag?

30. Im Urteil Vaassen-Göbbels<sup>19</sup> hat der Gerichtshof sich von den den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten gemeinsam allgemeinen Grundsätzen leiten lassen und entschieden, daß der gemeinschaftsrechtliche Gerichts begriff voraussetzt, daß eine Reihe von Kriterien erfüllt sind wie die gesetzliche Grundlage, der ständige Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren und die Anwendung von Rechtsnormen. In den späteren Urteilen hat der Gerichtshof auch den Grundsatz der Unabhängigkeit berücksichtigt<sup>20</sup>.

31. Um eine Stelle als „Gericht eines Mitgliedstaats“ im Sinne von Artikel 177 bezeichnen zu können, prüft der Gerichtshof, ob das vor ihr anwendbare Verfahren hinreichend enge Verbindungen mit dem allgemeinen Rechtsschutzsystem in dem betroffenen Mitgliedstaat aufweist<sup>21</sup>.

32. Zweifellos genügen innerstaatliche Verfahrensvorschriften, wonach die Berufung gegen einen Schiedsspruch bei dem Gericht einzulegen ist, das normalerweise ohne Schiedsklausel zuständig wäre<sup>22</sup>, und die damit ein staatliches Gericht verbindlich als Berufungsinstanz vorsehen, sofern die Parteien sich dafür entscheiden, ein solches Rechtsmittel vorzusehen<sup>23</sup>, diesem Erfordernis.

19 — Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 61/65 (Slg. 1966, 584).

20 — Siehe die Urteile vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache 14/86 (Pretore di Salò, Slg. 1987, 2545, Randnr. 7) und vom 21. April 1988 in der Rechtssache 338/85 (Pardini, Slg. 1988, 2041, Randnr. 9).

21 — Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 102/81 (Nordsee, Slg. 1982, 1095, Randnr. 13).

22 — Siehe Erklärungen der IJM, S. 8 der französischen Übersetzung.

23 — Siehe Artikel 647 der alten niederländischen Zivilprozessordnung, die *ratione temporis* für den beim vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit gilt, und Artikel 16 der zwischen den Parteien vereinbarten ALB.

18 — Schriftliche Erklärung der Kommission, Nrn. 16 und 17. Siehe auch Randnr. 26 des Urteils Rendo.

33. Ein durch Gesetz auf Dauer geschaffenes und unabhängiges staatliches Gericht, dessen Zusammensetzung nicht in das freie Ermessen der Parteien gestellt ist<sup>24</sup> und das eine verbindliche Entscheidung erläßt, erfüllt daher die Voraussetzung des Artikels 177.

34. Im übrigen ist die Möglichkeit, daß ein ordentliches Gericht, bei dem eine Berufung gegen einen Schiedsspruch anhängig ist, eine Vorlage zur Vorabentscheidung vornehmen kann, im Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Nordsee ausdrücklich anerkannt worden<sup>25</sup>.

35. Ändert sich an diesem Ergebnis etwas dadurch, daß dieses Gericht als Schiedsrichter nach billigem Ermessen entscheidet („als goede mannen naar billijkheid“)? Kann die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in einem solchen Fall ausgeschlossen werden?

36. Ich bin der Auffassung, daß ein staatliches Gericht, selbst wenn es als Schiedsrichter nach billigem Ermessen entscheidet, das Gemeinschaftsrecht anzuwenden hat.

37. Aus den Grundsätzen des Vorrangs und der Einheitlichkeit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts ergibt sich nämlich, daß die Vorschriften des Vertrages, insbesondere die den Wettbewerb betreffenden, in allen Mitgliedstaaten gelten.

38. Wie der Gerichtshof im Urteil Broekmeulen<sup>26</sup> und in dem bereits zitierten Urteil Nordsee entschieden hat,

„ muß das Gemeinschaftsrecht auf dem Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten in vollem Umfang beachtet werden; den Parteien eines Vertrages steht es daher nicht frei, davon abzuweichen“<sup>27</sup>.

39. Außerdem hat der Gerichtshof festgestellt, daß

„nationale Praktiken in Gesetzgebung und *Rechtsprechung*, selbst wenn sie in allen Mitgliedstaaten gemeinsam wären, der Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrages nicht vorgehen dürfen“<sup>28</sup>.

40. Derartige Praktiken stünden nämlich im Widerspruch zu Artikel 5 Absatz 2 EWG-Vertrag und könnten den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ihre praktische Wirksamkeit nehmen<sup>29</sup>.

41. Daraus folgt, daß ein staatliches Gericht, auch wenn es nach billigem Ermessen

26 — Urteil vom 6. Oktober 1981 in der Rechtssache 246/80 (Slg. 1981, 2311).

27 — Urteil Nordsee, Randnr. 14.

28 — Siehe das Urteil vom 17. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 43/82 und 63/82 (VBVB und VBBB/Kommission, Slg. 1984, 19, Randnr. 40, Hervorhebung durch mich).

29 — Siehe Urteil vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83 (Leclerc/Au blé vert, Slg. 1985, 1, Randnr. 14).

24 — Siehe dazu das Urteil vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 109/88 (Danfoss, Slg. 1989, 3199, Randnr. 8).

25 — A. a. O. (Fundstelle siehe oben, Fußnote 21), Randnr. 14.

entscheidet, die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts zu beachten hat und in der Lage sein muß, dem Gerichtshof Fragen nach der Auslegung dieser Regeln oder, gegebenenfalls, ihrer Gültigkeit vorzulegen<sup>30</sup>.

42. Die Verpflichtung, als Schiedsrichter nach Billigkeit zu entscheiden, kann also nicht dazu führen, daß die Anwendung von Regeln ausgeschlossen wird, die der Gerichtshof im übrigen als *unbedingt zu beachtende* Vorschriften bezeichnet hat<sup>31</sup>.

43. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß das vorliegende Gericht darum ersucht wird, „für *Recht* zu erkennen“ („verzoek om een verklaring voor recht“)<sup>32</sup>.

44. Artikel 177 EWG-Vertrag ist daher mit Sicherheit anwendbar.

30 — Siehe zu dieser Frage meine Schlussanträge (Randnr. 19) zum Urteil vom 30. März 1993 in der Rechtssache C-24/92 (Corbiau, Slg. 1993, I-1277).

31 — Siehe die in mehreren Urteilen des Gerichtshofes vorkommende Randnummer: Urteile vom 21. September 1989 in den verbundenen Rechtssachen 46/87 und 227/88 (Hochst/Kommission, Slg. 1989, 2859, Randnr. 25), vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 85/87 (Dow Benelux/Kommission, Slg. 1989, 3137, Randnr. 36), vom 17. Oktober 1989 in den verbundenen Rechtssachen 97/87, 98/87 und 99/87 (Dow Chemical Iberica u. a./Kommission, Slg. 1989, 3165, Randnr. 22) und vom 18. Oktober 1989 in der Rechtssache 374/87 (Orkem/Kommission, Slg. 1989, 3283, Randnr. 19), die wie folgt lautet: „Nach Absatz 4 der Präambel des EWG-Vertrags, nach Artikel 3 Buchstabe f und nach den Artikeln 85 und 86 sollen diese [Wettbewerbs-]Regeln verhindern, daß der Wettbewerb entgegen dem öffentlichen Interesse zum Schaden der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher verfälscht wird. Die Ausübung der der Kommission in der Verordnung Nr. 17 übertragenen Befugnisse dient daher der Aufrechterhaltung der vom Vertrag gewollten Wettbewerbsordnung, die die Unternehmen *unbedingt zu beachten haben*.“ (Hervorhebung durch mich.)

32 — Entscheidung des vorliegenden Gerichts vom 24. April 1990.

## Zur zweiten Vorabentscheidungsfrage

45. Bevor ich die zweite Frage in der Sache prüfe, eine Vorbemerkung: Die französische Regierung macht geltend, diese Frage weise nur eine hypothetische Verbindung mit dem bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit auf und enthalte keine ausreichend genauen Angaben über den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen, in den sie sich einfüge.

46. Ich teile diese Auffassung nicht: Im Ausgangsverfahren geht es um die Zahlung eines Ausgleichszuschlags, den ein niederländisches regionales Stromversorgungsunternehmen nach den allgemeinen Bedingungen über die Energielieferung erhebt. Es ist möglich, daß die lokalen Stromversorgungsunternehmen der Zahlung dieses Zuschlags zumindest teilweise hätten entgegen können, wenn sie während des betreffenden Zeitraums bei einem ausländischen Lieferanten Elektrizität hätten beziehen können. Sie haben daher Interesse daran, feststellen zu lassen, daß das Gemeinschaftsrecht dem für sie geltenden impliziten Einfuhrverbot entgegensteht.

47. Im übrigen verfügt der Gerichtshof meines Erachtens über alle tatsächlichen und rechtlichen Angaben, um die Vorlagefrage beantworten zu können. Insbesondere hat das nationale Gericht zu Recht auf die Entscheidung 91/50 verweisen können, deren tatsächlicher Rahmen identisch war.

48. Die zweite Frage, die sich auf die Auslegung der Artikel 37, 85, 86 und 90 EWG-Vertrag bezieht, betrifft im wesentlichen für

den Zeitraum 1985 bis 1988 das Einfuhrverbot, soweit dieses für die Beziehungen zwischen den regionalen und den lokalen Versorgungsunternehmen gilt (aber nicht für die Verbraucher: ihre Lage ist in der Entscheidung 91/50 untersucht worden).

49. Wie die IJM feststellt<sup>33</sup>: „Das vorliegende Verfahren bezieht sich gerade auf das, was die Kommission in ihrer IJsselcentrale-Entscheidung offenbar bewußt nicht angesprochen hat: die niederländische privatrechtliche Regelung des Elektrizitätssektors, soweit sie die öffentliche Versorgung betrifft, so wie diese Regelung vor dem Inkrafttreten des Elektrizitätsgesetzes von 1989 gegolten hat.“

50. Was diesen Markt angeht, muß die Ihnen vorgelegte Frage genau eingegrenzt werden.

51. Im vorliegenden Fall steht der Grundsatz der Einheitlichkeit des Netzes nicht zur Diskussion: Der Vorteil, der sich aus der Einführung von Wettbewerb beim Transport von Elektrizität ergeben würde, wäre im übrigen viel geringer als die sich bei einer Verdoppelung des Netzes ergebenden Nachteile.

52. Auch der Grundsatz des einheitlichen Betreibers (im vorliegenden Fall der SEP) und der Bestand von regionalen Versorgungsmonopolen werden nicht in Frage gestellt.

53. Der einzige Punkt, der hier im Streit ist, ist das Verbot, Elektrizität unter Benutzung des öffentlichen Versorgungsnetzes einzuführen.

54. Prüfen wir in diesen Grenzen nacheinander jeweils die zitierten Artikel.

*Zu Artikel 37*

55. Die Anwendung des Artikels 37 setzt eine Prüfung unter drei Gesichtspunkten voraus:

- in bezug auf seinen Anwendungsbereich: er betrifft nur den Handel mit Waren;
- in bezug auf seinen Gegenstand: er bezieht sich nur auf die staatlichen Handelsmonopole;
- was seine Wirkungen angeht: er führt zum Ausschluß jeder Diskriminierung zwischen Angehörigen der Mitgliedstaaten.

33 — S. 24 der französischen Übersetzung ihrer Erklärungen.

56. Wie steht es mit diesen drei Punkten?

## 1. Ist Elektrizität eine Ware?

57. Im Urteil in der Rechtssache Sacchi heißt es<sup>34</sup>: „Sowohl aus der Stellung ... [des Artikels 37] innerhalb des Kapitels über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen als auch aus der Verwendung der Worte ‚Einfuhr‘ und ‚Ausfuhr‘ in Satz 2 des ersten Absatzes und der Worte ‚Waren‘ oder ‚Erzeugnisse‘ in den Absätzen 3 und 4 folgt, daß ... [er] den Handel mit Waren betrifft, sich aber nicht auf ein Dienstleistungsmonopol beziehen kann.“

58. Die Bedingungen des Transports und der Verteilung von Elektrizität sind ebenso wichtig wie die Bedingungen der Stromerzeugung. Man hat daher schreiben können, daß „die Bedingungen des Transports und der Verteilung unausweichlich zu gewissen Deformationen ihrer Merkmale führen“<sup>35</sup>. Man muß sich daher fragen, ob Elektrizität als Ware bezeichnet werden kann<sup>36</sup>.

59. So hat die französische Regierung in ihren Erklärungen in der Rechtssache C-22/92, EDF/Coramine<sup>37</sup>, festgestellt:

34 — Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 (Slg. 1974, 409, Randnr. 10, Hervorhebung durch mich). Dies ist in der Zwischenzeit ständige Rechtsprechung geworden: siehe Randnr. 8 des Urteils vom 28. Juni 1983 in der Rechtssache 271/81 (Amélioration de l'élevage/Mialocq, Slg. 1983, 2057), Urteil vom 27. Oktober 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-46/90 und C-93/91 (Lagauche und Evrard, Slg. 1993, I-5267, Randnr. 33).

35 — Sablière, P., „Anmerkung zum Urteil der Cour d'appel Angers vom 16. Dezember 1987“, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, Mai 1988, S. 182.

36 — Siehe Nr. 30 der Erklärungen der niederländischen Regierung.

37 — Vor der Rücknahme des Vorabentscheidungsersuchens eingereichte Erklärungen.

„Eine der spezifischen Eigenschaften der Elektrizität besteht im übrigen darin, daß ihre Qualität nur vom Leitungs- und Versorgungsnetz und praktisch nicht von den Stromerzeugungsbedingungen abhängt. Dieses Merkmal ist im übrigen der Anlaß dafür, die Elektrizität mehr als Dienstleistung denn als Ware anzusehen, wobei das Netz nicht nur eine Leitungsfunktion, sondern auch die Funktion besitzt, entscheidende Merkmale der an die Endverbraucher gelieferten Elektrizität zu optimieren und zu erzeugen“<sup>38</sup>.

60. Man könnte hinzufügen, daß Artikel 2 des am 11. April 1980 in Wien unterzeichneten Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf den Verkauf von Elektrizität aus seinem Anwendungsbereich ausschließt.

61. Schließlich würde auch noch das Fehlen einer gemeinsamen Politik in diesem Bereich<sup>39</sup>, falls erforderlich, darauf hinweisen, daß es sich um ein äußerst spezifisches Erzeugnis handelt.

62. Ich zweifle jedoch nicht daran, daß die Elektrizität als eine Ware im Sinne des Vertrages anzusehen ist.

38 — S. 7.

39 — Siehe Artikel 3 t EG-Vertrag und die Erklärung zu den Bereichen Katastrophenschutz, Energie und Fremdenverkehr, die der Schlussakte des Vertrages von Maastricht beigefügt ist.

63. Erstens ist sie Gegenstand eines Handels und eines Marktes, die denjenigen einer Ware vergleichbar sind, und ihr müssen die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zugute kommen, durch die Handelsschranken beseitigt werden sollen<sup>40</sup>.

64. Zweitens ist die Kategorie der Dienstleistungen eine Auffangkategorie, wie der Wortlaut des Artikels 60 des Vertrages zeigt.

65. Drittens hat der Gerichtshof — sei es auch implizit — in seinem berühmten Urteil Costa/ENEL bereits entschieden, daß die Elektrizität in den Anwendungsbereich des Artikels 37 fällt<sup>41</sup>.

66. Viertens gilt die Elektrizität nach dem Zolltarifschema als Ware (KN-Code 27.16).

67. Schließlich werden die anderen Energiequellen, wie z. B. Kohle, Erdgas oder Erdöl, im Gemeinschaftsrecht als Waren behandelt<sup>42</sup>.

68. Wenn die Elektrizität eine Ware ist, hat man es dann mit einem Handelsmonopol im Sinne von Artikel 37 zu tun?

2. *Handelt es sich um ein nationales Handelsmonopol?*

69. Aus dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Bodson<sup>43</sup> geht hervor, daß diese Bestimmung auch die Fälle umfaßt, in denen das Monopol sich nur auf einen Teil des staatlichen Hoheitsgebiets wie z. B. eine Region erstreckt<sup>44</sup>.

70. Die Anwendung des Artikels 37 setzt einen Fall voraus, in dem „die staatlichen Behörden in der Lage sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu kontrollieren oder zu lenken oder ihn über eine zu diesem Zweck geschaffene Einrichtung oder ein auf andere Rechtsträger übertragenes Monopol merklich zu beeinflussen“<sup>45</sup>.

71. Der Sachverhalt, den Ihnen das vorliegende Gericht unterbreitet, liegt aber nicht in einem solchen Rahmen. Die IJM verfügte

40 — Siehe in diesem Sinne: Everling, U., „Der Binnenmarkt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften“, in *Ein EWG-Binnenmarkt für Elektrizität-Realität oder Utopie*, herausgegeben von Rudolf Lukes, 1988, S. 142.

41 — Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64 (Slg. 1964, 1253, 1274).

42 — Siehe z. B. das Urteil vom 13. Dezember 1990 in der Rechtssache C-347/88 (Kommission/Griechenland, Slg. 1990, I-4747) betreffend Einfuhren von Rohöl- und Erdölzerzeugnissen.

43 — Urteil vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87 (Slg. 1988, 2479, Randnr. 13).

44 — Wie Generalanwalt Da Cruz Vilaça in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Bodson feststellt: Die Tatbestandsmerkmale des Artikels 37 machen seine Anwendung nicht von einer bestimmten räumlichen Dimension abhängig; „vielmehr stellen diese Merkmale auf die Folgen des Monopols für den innergemeinschaftlichen Handel ab“ (Slg. 1988, 2494, Randnr. 41).

45 — Urteil Bodson, Randnr. 13.

nämlich bis 1989 über eine nichtausschließliche staatliche Konzession<sup>46</sup> für die Sicherstellung der öffentlichen Stromversorgung, die kein Einfuhrverbot vorsieht<sup>47</sup>.

72. Dieses Verbot ist in der Vereinbarung über Zusammenarbeit zwischen den Elektrizitätserzeugern und der SEP (Artikel 21 Absatz 1) und — implizit — in den allgemeinen Bedingungen der IJM festgelegt, bei denen es sich in beiden Fällen, wie in der Entscheidung 91/50 in bezug auf die OvS zu Recht festgestellt wird<sup>48</sup>, um privatrechtliche Akte handelt.

73. Es gibt keinen Beleg dafür, daß dieses Verbot zwischen 1985 und 1988 vom Staat vorgeschrieben oder aber empfohlen worden wäre<sup>49</sup>. Das während des maßgeblichen Zeitraums geltende Gesetz über die Einfuhr von Elektrizität verbietet eine solche Einfuhr nicht und machte sie lediglich von einer Lizenz abhängig<sup>50</sup>.

74. Der Umstand, daß für die Inhaber der Konzessionen für die regionale Stromversorgung ein Einfuhrverbot gilt und daß sie dieses auch gegenüber ihren Kunden verhängen, beruht nicht auf dem Verhalten der staatlichen Stellen, sondern auf dem der Unternehmen selbst.

46 — Siehe dazu die Erklärungen der IJM Nr. 1.1, und Artikel 2 Absatz 1 der Konzession. Siehe auch die Entscheidung 91/50 der Kommission, Randnr. 9.

47 — Siehe diese Entscheidung und die königliche Verordnung Nr. 54 vom 13. Juni 1918 (*Staatscourant* 15.6.18, Nr. 138). Siehe auch die Erklärungen der IJM, S. 21 und 22: die niederländische Regelung verbietet die Einfuhr von Elektrizität nicht; diese setzt lediglich die Erteilung einer Lizenz voraus.

48 — Randnr. 21.

49 — A. a. O.

50 — Gesetz vom 22. Oktober 1938, Staatsblad 523. Siehe Nr. 3.2, a. F., der Erklärungen der IJM.

75. Daraus folgt, daß der vom vorlegenden Gericht geprüfte Sachverhalt nach dem im Urteil Bodson aufgestellten Grundsatz<sup>51</sup> anhand der für die Unternehmen geltenden Bestimmungen des Vertrages und nicht anhand der die staatlichen Monopole betreffenden Vorschriften des Artikels 37 zu beurteilen ist<sup>52</sup>.

76. Aus demselben Grund fällt das durch die OvS geschaffene Einfuhrmonopol nicht unter diesen Artikel. Erst von 1989 an hat nämlich eine staatliche Regelung (die am 1. Juli 1989 in Kraft getretene Elektrizitätsgesetz) der SEP die Einfuhr von Elektrizität für die öffentliche Stromversorgung vorbehalten. Auf diese Regelung, die mit unserem Fall nichts zu tun hat, bezieht sich im übrigen die am 26. November 1992 an die niederländische Regierung gerichtete mit Gründen versehene Stellungnahme<sup>53</sup>.

77. Daraus folgt, daß weder das Einfuhrverbot noch die ausschließliche Abnahmeverpflichtung in den Anwendungsbereich des Artikels 37 fallen; die dritte Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift braucht daher nicht mehr geprüft zu werden.

51 — Randnrn. 14 und 15.

52 — Siehe auch das Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 65/86 (Bayer/Süllhöfer, Slg. 1988, 5249, Randnr. 12).

53 — Siehe die Erklärungen der niederländischen Regierung, Randnr. 25.

*Zu Artikel 85*

78. Eine Frage vorab: Gelten die Artikel 85 bis 90 des Vertrages für die Elektrizitätsversorgung?

79. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden: „Soweit bestimmte Tätigkeiten von den Bestimmungen über den Wettbewerb ausgenommen sein sollten, ist das im EWG-Vertrag ... ausdrücklich vorgesehen.“<sup>54</sup> Die Ausnahmen von diesem Grundsatz sind restriktiv anzuwenden<sup>55</sup>.

80. Es gibt für den Bereich der Elektrizität keine Bestimmung, die dem landwirtschaftliche Erzeugnisse betreffenden Artikel 42 des Vertrages entspräche. Darüber hinaus hat der Rat auf diesem Gebiet niemals von der in Artikel 87 Absatz 2 Buchstabe c vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht.

81. Seit dem Urteil in der Rechtssache BNIC<sup>56</sup> bejaht der Gerichtshof, daß eine Vereinbarung über einen Rohstoff, der bei der Herstellung eines in der gesamten Gemeinschaft vertriebenen Endproduktes verwendet wird, in den Anwendungsbereich des Artikels 85 fällt.

54 — Urteile vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209/84, 210/84, 211/84, 212/84 und 213/84 (Asjes u. a., Slg. 1986, 1425, Randnr. 40) und vom 27. Januar 1987 in der Rechtssache 45/85 (Verband der Sachversicherer, Slg. 1987, 405, Randnr. 12).

55 — Siehe das Endurteil vom 2. Juli 1992 in der Rechtssache T-61/89 (Dansk Pelsdyravlerforening, Slg. 1992, II-1931, Randnr. 54).

56 — Urteil vom 30. Dezember 1987 in der Rechtssache 136/86 (Slg. 1987, 4789, Randnr. 18).

82. Die Artikel 85 ff. müssen daher auf Vereinbarungen über die Erzeugung und die Verteilung von Elektrizität angewendet werden können, und zwar ebenso wie Artikel 90 des Vertrages nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf Vorschriften, die die Versorgung Irlands mit Erölerzeugnissen betreffen<sup>57</sup>.

83. Zwischen 1985 und 1988 wird das Elektrizitätsversorgungssystem in den Niederlanden durch eine Reihe von Rechtsverhältnissen bestimmt, die sich wie folgt schematisch darstellen lassen:

1. eine horizontale Achse: das zwischen den Stromerzeugern und der SEP vereinbarte Einfuhrverbot (Artikel 21 Absatz 1 der OvS);
2. eine vertikale Achse, d. h. vom Erzeuger zum Verbraucher:
  - a) die Beziehungen zwischen den Stromerzeugern und den regionalen Versorgungsunternehmen: Artikel 21 Absatz 2 der OvS;

57 — Urteil vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 72/83 (Campus Oil u. a., Slg. 1984, 2727).

b) die Beziehungen zwischen den regionalen Versorgungsunternehmen und den lokalen Versorgungsunternehmen: Artikel 2 Absatz 2 der ALB;

c) die Beziehungen zwischen den lokalen Versorgungsunternehmen und den Verbrauchern: Auch dabei handelt es sich um Bestimmungen vertraglicher Art.

84. Stellen ein Einfuhrverbot wie das sich aus Artikel 21 Absatz 1 der OvS ergebende und eine Verpflichtung zur ausschließlichen Abnahme wie die in den vertikalen Vereinbarungen enthaltene Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 dar?

85. In beiden Fällen haben wir es mit Vereinbarungen zwischen Unternehmen zu tun. Zwar ergibt sich aus der Randnummer 18 des Urteils *Bodson*, daß Artikel 85 nicht auf Konzessionsverträge zwischen Gemeinden, die in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt handeln, und Unternehmen, die mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe betraut werden, zielt, die IJM hat aber nicht allein Gemeinden als Vertragspartner, sondern auch private Gesellschaften<sup>58</sup>.

86. Bei der Beurteilung der Wirkungen derartiger Vereinbarungen in bezug auf das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaften sind der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzu-

sammenhang, in dem die Vereinbarungen stehen, und die tatsächliche Bedeutung dieser wettbewerbsbeschränkenden Praktiken zu berücksichtigen<sup>59</sup>. Der Elektrizitätsmarkt weist spezifische Merkmale auf, auf die hier hinzuweisen ist.

87. Der Markt für den Handel mit Elektrizität zwischen den Niederlanden und dem Rest der Gemeinschaft weist ein Merkmal auf, das allen Mitgliedstaaten gemeinsam ist: es handelt sich um einen „Handel zwischen Großnetzen“<sup>60</sup>, der auf einer „freiwilligen Zusammenarbeit zwischen den nationalen Monopolunternehmen“ beruht<sup>61</sup>.

88. Wie wir gesehen haben, werden die Einfuhren von Elektrizität in die Niederlande von der SEP, die das Transportnetz betreibt und den Handel mit dem Ausland tätigt, zentralisiert.

89. Der Handel zwischen den verbundenen Netzen ist erheblich; 1988 wurde fast ein Zehntel des Bedarfs der Niederlande durch Einfuhren gedeckt<sup>62</sup>.

90. Die Gemeinschaft ist bemüht, diese Art von Handel zu fördern, wie die

59 — Urteil vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89 (*Delimitis*, Slg. 1991, I-935, Randnr. 14).

60 — Der Ausdruck stammt von Guizé, J. L.: Anmerkung zur Entscheidung 91/50 der Kommission, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, Januar 1992, S. 34.

61 — Entscheidung 91/50, Randnr. 11.

62 — A. a. O., Randnr. 12. Nach dem Weißbuch der Kommission über den Energiemarkt besitzt die EWG eines der am stärksten integrierten internationalen Hochspannungsnetze der Welt (bereits zitiert in Fußnote 2, S. 69).

58 — Randnr. 1.2 der Erklärungen der IJM.

Richtlinie 90/547 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze zeigt <sup>63</sup>.

91. Wie in der Entscheidung 91/50 festgestellt wird, gibt es praktisch keinen grenzüberschreitenden Handel mit Elektrizität *außerhalb des Handels zwischen den großen Netzen* <sup>64</sup>.

92. Die Diskussion in der vorliegenden Rechtssache hat gezeigt, daß die lokalen Versorgungsunternehmen nicht über „Verbundleitungen“ verfügen, die sie unmittelbar mit den ausländischen Elektrizitätsnetzen verbinden <sup>65</sup>, und daß eine Einfuhr über das öffentliche Versorgungsnetz erfolgen kann (in den Niederlanden dem von der SEP betriebenen Netz).

93. Werden die ausschließlichen Einfuhrrechte aufgehoben, so könnte die lokale Versorgungsgesellschaft folglich von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Stromerzeuger nur dann Elektrizität beziehen, wenn diese über das öffentliche Versorgungsnetz transportiert werden könnte.

94. Eine solche als Zugang Dritter zum Netz („third party access“) oder als „common carrier“ bezeichnete Möglichkeit erlaubt es, das

öffentliche Versorgungsnetz im Rahmen von Lieferverträgen zwischen einem Verbraucher (oder einem lokalen Stromversorgungsunternehmen) und einem Stromerzeuger unabhängig davon zu benutzen, ob diese Erzeuger in demselben Mitgliedstaat oder in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist.

95. Der Markt kann daher auf zweierlei Weise durch ein Einfuhrverbot betroffen werden, sofern es sich um ein vollständiges Verbot handelt <sup>66</sup>. Den regionalen oder lokalen Stromversorgungsgesellschaften ist die Möglichkeit genommen, über das öffentliche Netz bei einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Stromerzeuger Strom zu beziehen. Außerdem können die Stromkosten in dem Mitgliedstaat, in dem die Einfuhr verboten ist, sich auf die Ausfuhrmöglichkeiten der Stromverbraucher auswirken, die dort das Zentrum ihrer Produktion haben.

96. Führt das Zusammenwirken der OvS und der Allgemeinen Lieferbedingungen zu einer Beschränkung des Wettbewerbs <sup>67</sup>?

97. Artikel 21 Absatz 1 der OvS verbietet den Stromerzeugungsgesellschaften, Strom einzuführen. Artikel 21 Absatz 2 verbietet den Käufern von Elektrizität bei anderen Erzeugern als den Mitgliedern der SEP Elektrizität zu beziehen und nimmt ihnen damit den Zugang zu anderen Bezugsquellen.

63 — Bereits in Fußnote 1 zitiert. Die Richtlinie läßt zu, daß in einem Mitgliedstaat eine einzige Stelle für ein großes Hochspannungsnetz verantwortlich sein kann. Für die Niederlande wird in ihr die SEP genannt.

64 — Randnr. 16.

65 — Siehe u. a. Randnr. 3 a. E. (S. 30) der französischen Übersetzung der Erklärungen der IJM.

66 — Dies scheint in den Niederlanden der Fall zu sein. Siehe Randnr. 27 der Entscheidung 91/50.

67 — Siehe dazu die Randnrn. 25 ff. der Entscheidung 91/50.

98. Nach den ALB ist das lokale Versorgungsunternehmen verpflichtet, Elektrizität ausschließlich von dem regionalen Versorgungsunternehmen zu beziehen; diese Verpflichtung zur ausschließlichen Abnahme ist für eine unbestimmte Dauer mit einer Kündigungsfrist von drei Jahren vereinbart (Artikel 17 Absatz 2).

99. Die Gegenseitigkeit der Ausschließlichkeit bewirkt, daß der Zugang zu dem betreffenden Markt, der dadurch für eventuelle Konkurrenten sowohl der Stromerzeuger als auch der Versorgungsunternehmen unzugänglich gemacht wird, völlig abgeschottet wird. Daraus ergibt sich „ein logisch schlüssiges System“<sup>68</sup>, das eine Kanalisierung des Marktes zur Folge hat, durch die allen unabhängigen Stromerzeugern der Marktzugang verwehrt wird. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung derartiger Vereinbarungen ist daher sicher<sup>69</sup>.

100. Haben diese Vereinbarungen aber einen spürbar nachteiligen Einfluß auf den innergemeinschaftlichen Markt?

101. In ihrer Entscheidung 91/50 hat die Kommission dargelegt, wie die OvS, was die Erzeugung angeht, den Handel zwischen Mitgliedstaaten insbesondere aufgrund ihrer Geltungsdauer und ihres räumlichen Anwendungsbereichs beeinflusst<sup>70</sup>.

102. Meines Erachtens kann eine Verpflichtung zur ausschließlichen Abnahme, wie sie

in Artikel 2 Absatz 2 der ALB vorgesehen ist, eine solche Auswirkung auch auf die Beziehungen zwischen regionalen und lokalen Versorgungsunternehmen haben.

103. Dem lokalen Versorgungsunternehmen wird die Möglichkeit genommen, bei einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen regionalen Versorgungsunternehmen oder Stromerzeuger Elektrizität zu beziehen.

104. Man könnte an der spürbaren Wirkung einer solchen Ausschließlichkeit zweifeln, wenn sie auf eine dünn bevölkerte Region eines Mitgliedstaats beschränkt wäre. Seit den Urteilen des Gerichtshofes in den Rechtssachen Brasserie de Haecht<sup>71</sup> und Delimitis (a. a. O.) steht jedoch fest, daß eine solche Vereinbarung in ihrem wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang zu prüfen ist und daß dann, wenn sie neben anderen Ausschließlichkeitsvereinbarungen besteht, die eventuelle kumulative Wirkung dieser Vereinbarungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen ist<sup>72</sup>.

105. Anscheinend entsprechen die allgemeinen Bedingungen der IJM den allgemeinen Musterlieferbedingungen der Vereniging van Exploitanten van Elektriciteitsbedrijven in Nederland (VEEN)<sup>73</sup>. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß ihre kumulierte Wirkung sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erstreckte. Es ginge dann um einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes<sup>74</sup>. Daraus würde sich eine Abschottung eines nationalen Marktes ergeben, die die

71 — Urteil vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67 (Slg. 1967, 543).

72 — Siehe Randnr. 14 des Urteils Delimitis.

73 — Siehe Randnrn. 6 und 28 der Entscheidung 91/50.

74 — Siehe z. B. Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81 (Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnrn. 23 bis 28).

68 — Entscheidung 91/50, Randnr. 28.

69 — A. a. O., Randnrn. 25 und 28.

70 — A. a. O., Randnr. 32.

Verwirklichung eines einheitlichen Marktes verhindern würde. Es ist Sache des vorliegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies der Fall ist.

106. Ich bin folglich der Auffassung, daß sich bei Vereinbarungen der hier geprüften Art nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes „mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß sie den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell in einem der Erreichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteiligen Sinne beeinflussen“ können <sup>75</sup>.

107. Daraus folgt, daß ein solches Einfuhrverbot

- 1) den Handel mit Elektrizität zwischen den großen öffentlichen Versorgungsnetzen nicht beeinträchtigt,
- 2) aber den innergemeinschaftlichen Handel mit Elektrizität, bei dem das öffentliche Versorgungsnetz auf regionaler und auf lokaler Ebene genutzt wird, beeinträchtigen kann.

108. Ich weise darauf hin, daß Artikel 85 Absatz 3 hier nicht anwendbar ist. Weder die OvS noch die ALB, die nicht bei der Kommission angemeldet worden sind <sup>76</sup>, haben Gegenstand von Freistellungsentscheidungen sein können. Darüber hinaus fallen diese Vereinbarungen nicht in den Anwendungsbereich der von der Kommission bis jetzt erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen <sup>77</sup>.

#### *Zu Artikel 86*

109. Was einen eventuellen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung angeht, ist nur über die IJM und nicht über eine eventuelle Verletzung des Artikels 86 durch die SEP verhandelt worden. Diese Gesellschaft ist im übrigen beim Ausgangsrechtsstreit nicht beteiligt. Ich beschränke mich daher auf die Prüfung der Stellung der IJM.

110. Für sich allein genommen nimmt eine Gesellschaft, deren Konzession sich auf das Gebiet einer dünn bevölkerten Provinz eines Mitgliedstaats erstreckt, nicht a priori eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes ein.

<sup>76</sup> — Siehe Entscheidung 91/50, Randnr. 53, für die OvS.

<sup>77</sup> — Die Verordnung (EWG) Nr. 1983/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen (ABl. L 173, S. 1) ist nach ihrem Artikel 3 Buchstabe c auf die ALB nicht anwendbar.

<sup>75</sup> — Urteil vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84 (Remia u. a./Kommission, Slg. 1985, 2545, Randnr. 22).

111. Dies wäre jedoch anders, wenn die Konzession sich auf die Gesamtheit — oder aber einen großen Teil — des Gebiets dieses Staates erstreckte <sup>78</sup>.

112. Wir haben gesehen, daß andere regionale niederländische Stromversorgungsunternehmen mit den lokalen Versorgungsunternehmen durch einen Vertrag verbunden sind, der von der gleichen Art wie die Verträge ist, die die IJM mit den Klägerinnen des Ausgabeverfahrens geschlossen hat.

113. Es stellt sich daher die Frage, ob eine kollektive beherrschende Stellung vorliegt.

114. Nach dem Wortlaut des Artikels 86 Absatz 1 ist es möglich, daß „mehrere Unternehmen“ eine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen.

115. So hat der Gerichtshof entschieden, daß diese Vorschrift auf eine Gesamtheit von Gemeindemonopolen (die den externen Bestattungsdienst betreffen) anwendbar ist, „die ein und derselben Unternehmensgruppe übertragen wurden, deren Vorgehen auf dem Markt von der Muttergesellschaft bestimmt wird“ <sup>79</sup>, u. a. unter der Voraussetzung, daß diese Gruppe eine wirtschaftliche Marktposition besitzt, aufgrund deren sie einen wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt verhindern kann.

116. Im „Flachglas“-Urteil (SIV u. a./Kommission) <sup>80</sup> hat das Gericht erster Instanz den Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung genauer umschrieben:

„Grundsätzlich kann nicht ausgeschlossen werden, daß zwei oder mehr *unabhängige* wirtschaftliche Einheiten auf einem spezifischen Markt durch wirtschaftliche Bande so miteinander verknüpft sind, daß sie infolgedessen eine beherrschende Stellung im Verhältnis zu den anderen Marktteilnehmern einnehmen. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn zwei oder mehr *unabhängige* Unternehmen gemeinsam aufgrund Vereinbarung oder Lizenzvergabe über einen technologischen Vorsprung verfügten, der ihnen in spürbarem Maße die Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten gegenüber ihren Wettbewerbern, Kunden und letztlich den Verbrauchern gäbe.“ <sup>81</sup>

117. Keine kollektive beherrschende Stellung also ohne ein Minimum an Verbindungen, aufgrund deren die betroffenen Unternehmen kollektiv den Markt beherrschen können.

118. Es wird Sache des vorlegenden Gerichts sein, zu prüfen, ob die regionalen Versorgungsgesellschaften durch wirtschaftliche Bande verknüpft sind, die dafür ausreichen, kollektiv eine solche Stellung einzunehmen. Die in den Niederlanden niedergelassenen regionalen Stromversorgungsunternehmen

78 — Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 31).

79 — Urteil Bodson, a. a. O., Randnr. 35.

80 — Endurteil vom 10. März 1992 in den verbundenen Rechtssachen T-68/89, T-77/89 und T-78/89 (Slg. 1992, II-1403, Randnrn. 357 ff.).

81 — Randnr. 358, Hervorhebung durch mich.

haben, so scheint es, gemeinsam, daß sie mit den lokalen Versorgungsunternehmen durch die *gleiche Art von Vertrag*<sup>82</sup> verbunden sind.

*Zu Artikel 90 Absatz 2*

119. Liegt aber ein Mißbrauch vor?

120. Die Gemeinschaftsgerichte haben wiederholt entschieden, daß „ein Unternehmen, das auf einem Markt eine beherrschende Stellung einnimmt und Abnehmer, sei es auch auf deren Wunsch, durch die Verpflichtung oder Zusage, ihren gesamten Bedarf oder einen beträchtlichen Teil desselben ausschließlich bei ihm zu beziehen, an sich bindet, ... seine Stellung im Sinne des Artikels 86 des Vertrages mißbräuchlich aus[nutzt], ohne daß es darauf ankäme, ob die fragliche Verpflichtung ohne weiteres oder gegen eine Rabattgewährung eingegangen worden ist“<sup>83</sup>.

121. Auch wenn für das regionale Versorgungsunternehmen eine nicht an Bedingungen genüpfte Lieferverpflichtung besteht, stellt die Verpflichtung zur ausschließlichen Abnahme, die es seinen Kunden auferlegt, somit ein unüberwindbares Hindernis für das Eindringen von Dritten in den Markt dar.

122. Unter den oben genannten Voraussetzungen wäre Artikel 86 daher anwendbar.

123. Könnte das Vorliegen von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen von Unternehmen, die gegen die Artikel 85 und 86 verstoßen, durch die diesen Unternehmen übertragene Aufgabe gerechtfertigt sein? Ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, daß die Stromversorgungsunternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind?

124. Bevor dies diskutiert wird, stellt sich die Frage, ob Artikel 90 Absatz 2 unmittelbare Wirkung hat.

125. Im Urteil „Hafen Mertert“<sup>84</sup> hat der Gerichtshof es ausdrücklich abgelehnt, eine solche Wirkung zu bejahen. Es ist jedoch klar, daß der Gerichtshof, auch wenn er dies nicht ausdrücklich entschieden hat, diese Bestimmung jetzt für unmittelbar anwendbar hält.

126. Anfänglich war der Gerichtshof der Auffassung, daß Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln zunächst durch eine gemäß Artikel 90 Absatz 3 erlassene Entscheidung der Kommission zugelassen werden müßten<sup>85</sup>.

82 — Randnr. 28 der Entscheidung 91/50.

83 — Zuletzt Urteil vom 1. April 1993 in der Rechtssache T-65/89 (BPB Industries/Kommission, Slg. 1993, II-389, Randnr. 68); siehe auch die Urteile vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979,461, Randnr. 89) und vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-62/86 (AKZO/Kommission, Slg. 1991, 3359, Randnr. 149).

84 — Urteil vom 14. Juli 1971 in der Rechtssache 10/71 (Muller, Slg. 1971, 723).

85 — Siehe das Urteil „Hafen Mertert“ (a. a. O., Randnr. 16) und das Urteil vom 20. März 1985 in der Rechtssache 41/83 (Italien/Kommission, Slg. 1985, 873, Randnr. 30) sowie Randnr. 16 der Entscheidung 90/16/EWG der Kommission vom 20. Dezember 1989 über die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen in den Niederlanden (ÄBl. L 10, S. 47). Diese Entscheidung ist durch das Urteil vom 12. Februar 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-48/90 und C-66/90 (Niederlande u. a./Kommission, Slg. 1992, I-565) aufgehoben worden.

127. Die Frage nach der unmittelbaren Wirkung ist dem Gerichtshof in der Rechtssache „BRT-II“<sup>86</sup> ausdrücklich gestellt worden; der Gerichtshof hat sie seinerzeit aber nicht zu beantworten brauchen, da das Unternehmen, das sich auf Artikel 90 Absatz 2 berief, nicht vom Staat mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut war.

128. Das Urteil vom 11. April 1989 in der Rechtssache Ahmed Saeed<sup>87</sup> markiert einen Wendepunkt in der Geschichte dieser Rechtsprechung: Der Gerichtshof räumt dem nationalen Gericht nämlich eine Befugnis zur Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift ein, die derjenigen der Kommission entspricht. Wie Professor Berlin angemerkt hat: „... Wenn ein staatliches Gericht diese Beurteilung vornehmen kann, so heißt dies, daß man sich vor ihm auf diese Vorschrift mit dem Ziel ihrer Anwendung berufen hat. Damit wird implizit bejaht, daß die Berufung auf diese Vorschrift möglich ist.“<sup>88</sup> Es ist Sache des nationalen Gerichts, 1) zu prüfen, ob das Unternehmen, das sich auf Artikel 90 Absatz 2 beruft auch mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist<sup>89</sup>, 2) die Erfordernisse der Erfüllung der betreffenden Aufgabe von allgemeinem Interesse und ihre Auswirkungen auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln zu bestimmen<sup>90</sup> („Es ist Sache des nationalen Gerichts, insoweit die erforderliche Sachverhaltsaufklärung durchzuführen.“<sup>91</sup>).

86 — Urteil vom 21. März 1974 in der Rechtssache 127/73 (Slg. 1974, 313, Randnrn. 19 bis 23). Siehe auch Urteil vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (*Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 27).

87 — Rechtssache 66/86 (Slg. 1989,803).

88 — „L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises“, *RTDE*, 1991, S. 1,5.

89 — Randnr. 55 des Urteils Ahmed Saeed, a. a. O.

90 — Randnr. 56.

91 — Randnr. 57.

129. Im Urteil in der Rechtssache ERT<sup>92</sup> hat der Gerichtshof seine Auffassung mit folgenden Worten bestätigt:

„... Das vorlegende Gericht [hat] die Vereinbarkeit der Praktiken eines solchen Unternehmens [das im betreffenden Fall ein Monopol für die Übertragung von ausländischen Fernsehsendungen besitzt] mit Artikel 86 zu beurteilen und zu prüfen, ob diese Praktiken, falls sie gegen diese Vorschrift verstoßen, durch die Notwendigkeiten gerechtfertigt sein können, die sich aus der dem Unternehmen gegebenenfalls übertragenden besonderen Aufgabe ergeben.“<sup>93</sup>

130. Das Urteil in der Rechtssache Corbeau<sup>94</sup> stellt bis jetzt die letzte Etappe dieser Entwicklung dar: Wenn es Sache des vorlegenden Gerichts ist, zu prüfen, ob ein Unternehmen sich auf Artikel 90 Absatz 2 berufen kann, so gilt dies unter der Voraussetzung, daß es bestimmte — vom Gerichtshof festgelegte — Kriterien für eine Abweichung von den Wettbewerbsregeln anwendet.

131. So muß es einem Unternehmen, das eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt, wie der Régie des postes, möglich sein, das wirtschaftliche Gleichgewicht seines Betriebs mit Hilfe von rentablen Tätigkeitsbereichen sicherzustellen<sup>95</sup>. Dagegen darf der Ausschluß des Wettbewerbs sich nicht auf spezifische, von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen erstrecken, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und

92 — Siehe oben Fußnote 78. Siehe auch Randnr. 99 des Urteils vom 18. November 1992, *Rendo*, a. a. O.

93 — Randnr. 34.

94 — Urteil vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Slg. 1993, I-2533).

95 — Randnr. 17.

bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet <sup>96</sup>.

132. Im übrigen gebietet die Systematik des Artikels 90 diese unmittelbare Wirkung.

133. In den Urteilen vom 19. März 1991, Frankreich/Kommission <sup>97</sup>, und vom 17. November 1992, Spanien u. a./Kommission <sup>98</sup>, die zu Richtlinien über den Wettbewerb auf den Märkten für Telekommunikations-Endgeräte und Telekommunikationsdienstleistungen ergangen sind, wird daran erinnert, daß „Artikel 90 EWG-Vertrag der Kommission eine Befugnis nur im Hinblick auf staatliche Maßnahmen verleiht“ <sup>99</sup>.

134. Parallel dazu können die einzelnen sich auf Artikel 90 Absatz 2 in bezug auf das Verhalten von Unternehmen berufen.

135. Diese Lösung ist um so mehr geboten, als dem nationalen Gericht immer die Möglichkeit offensteht, den Gerichtshof im Wege

der Vorabentscheidung anzurufen oder die Kommission zu konsultieren <sup>100</sup>.

136. In diesem Stadium ist zu ermitteln, ob die regionalen und lokalen Stromversorgungsunternehmen zur Kategorie der „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“ im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 gehören.

137. Da dieser Begriff eine Abweichung von den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsgrundsätzen zuläßt, ist er eng auszulegen <sup>101</sup>. Unter ihn fallen nur „Tätigkeiten, die der Allgemeinheit unmittelbar zugute kommen“ <sup>102</sup>.

138. Im benachbarten Bereich der Telekommunikation stellt das Monopol dafür, den Benutzern ein öffentliches Telefonnetz zur Verfügung zu stellen, nach Auffassung des Gerichtshofes eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 dar <sup>103</sup>. Das gleiche gilt für das Monopol der Régie des postes belges, soweit es auf das ausschließliche Recht zur Sammlung, Beförderung und Verteilung der Post beschränkt ist <sup>104</sup>.

96 — Randnr. 19.

97 — Rechtssache C-202/88, Slg. 1991, I-1223.

98 — Verbundene Rechtssachen C-271/90, C-281/90 und C-289/90, Slg. 1992, I-5833.

99 — Randnr. 55 des Urteils Frankreich/Kommission und Randnr. 24 des Urteils Spanien u. a./Kommission. Sie entscheiden nämlich, daß Artikel 90 Absatz 2 nicht nur für Unternehmen, sondern auch für die Staaten gilt, die daraus die Befugnis ableiten, Unternehmen, die sie mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauen, ausschließliche Rechte zu gewähren, die der Anwendung der Wettbewerbsregeln entgegenstehen (Urteil Corbeau, a. a. O., Randnr. 14). Das zeigt die praktische Bedeutung dieser Vorschrift.

100 — Siehe die Bekanntmachung 93/C39/05 über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrages (ABl. 1993, C 39, S. 6).

101 — Siehe Urteil vom 27. März 1974 in der Rechtssache „BRT-II“, a. a. O., Randnr. 19.

102 — Randnr. 27 der Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven zum Urteil vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache Mercei convenzionali Porto di Genova (a. a. O., Fußnote 86).

103 — Urteile vom 20. März 1985 in der Rechtssache Italien/Kommission (a. a. O., Fußnote 85, Randnrn. 28 bis 33), und vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88 (GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, Randnr. 16).

104 — Urteil Corbeau, a. a. O., Randnr. 15.

139. In ihrer Entscheidung 91/50 hat die Kommission angenommen, daß die SEP — und die an ihr beteiligten Stromerzeugungsunternehmen — Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, da es i) „wichtigste Aufgabe von SEP ist ..., für eine verlässliche und einwandfrei funktionierende flächendeckende öffentliche Elektrizitätsversorgung ... Sorge zu tragen“<sup>105</sup> und ii) diese Aufgabe den Stromerzeugungsunternehmen durch eine öffentlich-rechtliche Konzession übertragen worden sei<sup>106</sup>.

140. In ihrer Entscheidung 93/126/EWG vom 22. Dezember 1992<sup>107</sup> hat sie die Auffassung vertreten, daß die deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den Anwendungsbereich von Artikel 90 fielen, „soweit sie die Grundversorgung mit Elektrizität gewährleisten“<sup>108</sup>.

141. Sofern ihr vom Staat eine solche Dienstleistung übertragen worden ist<sup>109</sup>, muß dies daher anscheinend auch für eine mit der *öffentlichen Stromversorgung* betraute Gesellschaft gelten, die als Konzessionsinhaberin zur Lieferung *verpflichtet* ist (Randnr. 7 der Entscheidung 91/50).

142. Da Artikel 90 Absatz 2 unmittelbar anwendbar ist und eine derartige Gesellschaft in seinen Anwendungsbereich fällt,

stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Verhältnismäßigkeitserfordernis genügt wird, das in dieser Vorschrift zum Ausdruck gebracht wird?

143. Von jeher ist die Auslegung des Gerichtshofes in diesem Zusammenhang restriktiv. Er hat nämlich erklärt, daß

„nach Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln solange weiter gelten, wie nicht nachgewiesen ist, daß die Anwendung dieser Regeln mit der Erfüllung ihrer besonderen Aufgabe *unvereinbar* ist“<sup>110</sup>.

144. Das Urteil Corbeau markiert einen Wendepunkt: In ihm wird diese grundsätzliche Randnummer der Entscheidungsgründe nicht übernommen und die Mitgliedstaaten werden nicht daran erinnert, was ihnen auf dem Gebiet der ausschließlichen Rechte verboten ist, sondern es wird angegeben, was sie tun dürfen:

„[Artikel 90 Absatz 2] erlaubt es ... den Mitgliedstaaten, Unternehmen, die sie mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauen, ausschließliche Rechte zu verleihen, die der Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrags entgegen stehen können, soweit Wettbewerbsbeschränkungen oder sogar der

105 — Randnr. 40.

106 — Randnr. 41.

107 — Betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag und Artikel 65 EGKS-Vertrag (Jahrhundertvertrag) (ABl. 1993, L 50, S. 14).

108 — Randnr. 28.

109 — Dies ist bei der IJM, die eine staatliche Konzession besitzt, der Fall.

110 — Randnr. 33 des Urteils vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache ERT, a. a. O., Hervorhebung durch mich. Siehe auch die Urteile vom 30. April 1974 (Sacchi, a. a. O., Randnr. 15), vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84 (CBEM, Slg. 1985, 3261, Randnr. 17), und vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 24).

Ausschluß jeglichen Wettbewerbs<sup>111</sup> von seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer erforderlich sind, um die Erfüllung der den Unternehmen, die über die ausschließlichen Rechte verfügen, übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen“<sup>112</sup>.

145. Der Gerichtshof hat ausgeführt, daß der Inhaber eines ausschließlichen Rechts, um seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe erfüllen zu können, über „wirtschaftlich tragbare Bedingungen“<sup>113</sup> oder „wirtschaftlich ausgewogene Bedingungen“<sup>114</sup> verfügen muß.

146. Die Wettbewerbsregeln können also nicht nur außer acht gelassen werden, wenn sie dem betreffenden Unternehmen die Erfüllung seiner im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe unmöglich machen, sondern auch dann, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht dieses Unternehmens gefährden.

147. Dem Inhaber der ausschließlichen Rechte kann daher gestattet werden, rentable Dienstleistungen ausschließlich zu erbringen, um Defizite in anderen Bereichen seiner Tätigkeit auszugleichen: Eine Beschränkung oder sogar ein Ausschluß des Wettbewerbs

111 — Mit diesem Einschub im Satz nimmt der Gerichtshof meines Erachtens die Aussage in Randnr. 19 des Urteils vom 10. Juli 1984 (Campus Oil u. a., a. a. O., Fußnote 57, Randnr. 19) zurück, in dem festgestellt wird: „[Artikel 90 Absatz 2] befreit jedoch den Mitgliedstaat, der ein Unternehmen mit einer solchen Dienstleistung betraut hat, nicht von dem Verbot, zugunsten dieses Unternehmens und zum Schutze seiner Tätigkeiten Maßnahmen zu ergreifen, die entgegen Artikel 30 EWG-Vertrag die Einfuhren aus den übrigen Mitgliedstaaten behindern“. Muß man präzisieren, daß dieser Vorbehalt, der sich aus einem obiter dictum ergab, in der Rechtsprechung des Gerichtshofes niemals bestätigt worden war und daß er sich nur auf *staatliche Maßnahmen* bezog?

112 — Randnr. 14.

113 — Randnr. 16.

114 — Randnr. 17.

in diesen Bereichen ist daher zulässig, denn die Privatunternehmer sind zu einem solchen Ausgleich nicht gezwungen<sup>115</sup>.

148. Jedoch müssen „spezifische, von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen ...“, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet“ für den Wettbewerb offen sein, sofern sie „das wirtschaftliche Gleichgewicht der ... Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht in Frage stellen“<sup>116</sup>.

149. Der Gerichtshof hat daraus den Schluß gezogen, daß der Eil-Kurierdienst unter dieser Voraussetzung, deren Vorliegen das nationale Gericht zu prüfen hat, für den Wettbewerb offen sein muß.

150. Dabei sieht man das Ausmaß, in dem das Urteil Corbeau die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 90 Absatz 2 gelockert hat: Es „hat das Verdienst, auf die bei öffentlichen Dienstleistungen bestehenden Zwänge aufmerksam zu machen, die bei der neueren Entwicklung des Gemeinschaftsrechts vielleicht etwas vernachlässigt worden waren“<sup>117</sup>.

115 — Randnr. 18.

116 — Randnr. 19.

117 — Hamon, F.: „Note sous l'arrêt Corbeau“ (bereits zitiert in Fußnote 94), *AJDA*, 20. Dezember 1993, S. 866, 869.

151. Was sind „wirtschaftlich tragbare“ Bedingungen der Belieferung eines lokalen Versorgungsunternehmens mit Elektrizität? Oder — um den Ausdruck im Urteil GB-Inno-BM <sup>118</sup> zu übernehmen — was sind die „wesentlichen Anforderungen“, die an diese Belieferung gestellt werden?

152. Es ist Sache des Gerichtshofes, in der durch das Urteil Corbeau vorgegebenen Linie für das nationale Gericht Kriterien zu definieren, anhand deren dieses beurteilen kann, ob der ihm vorgelegte Fall eine Beschränkung des Wettbewerbs, wie z. B. ein Einfuhrverbot, rechtfertigt.

153. War es Sache der Stromerzeugungsunternehmen — anstatt den regionalen oder lokalen Versorgungsgesellschaften die Einfuhr von Elektrizität und der Benutzung des öffentlichen Versorgungsnetzes zu verbieten — den Zugang Dritter zu diesem Netz, sei es auch unter beschränkten Voraussetzungen, zu gestatten?

154. Es ist symptomatisch, daß die Kommission in ihrer Entscheidung 91/50 verurteilt hat, daß unmittelbare Einfuhren (bei denen also das öffentliche Versorgungsnetz nicht in Anspruch genommen wird) durch private industrielle Verbraucher nicht frei seien <sup>119</sup>, aber nicht zu den Einfuhren Stellung genommen hat, die über das öffentliche Versorgungsnetz laufen müssen <sup>120</sup>.

118 — Urteil vom 13. Dezember 1991 (a. a. O., Fußnote 103, Randnr. 22).

119 — Randnr. 44 unter c.

120 — Randnr. 50.

155. Die neue britische Regelung ist in diesem Zusammenhang aufschlußreich. Es ist bezeichnend, daß die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Stromerzeuger in das Vereinigte Königreich, in dem es das dem Wettbewerb am weitesten offen stehende Stromversorgungssystem in der Gemeinschaft gibt, nur auf dem Weg über den von der National Grid Company, der Eigentümerin und Betreiberin des Hochspannungsnetzes, geleiteten Pool Strom ausführen können. Es ist nicht möglich, das Netz dazu zu verwenden, einem lokalen Versorgungsunternehmen unmittelbar Strom zuzuführen <sup>121</sup>.

156. Wie wir gesehen haben, soll der von der Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Richtlinie betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt Hindernisse für die Lieferung von Elektrizität durch die Erzeuger an ihre Kunden beseitigen; auch wird durch ihn die Möglichkeit eines *beschränkten* Zugangs von Dritten zum Netz eröffnet.

157. Die Richtlinie soll eine „zweite Stufe“ im Liberalisierungsprozeß einleiten und trägt der Notwendigkeit Rechnung, „unter gleichzeitiger Stärkung der Versorgungssicherheit der Gemeinschaft die Effizienz bei der Erzeugung, Übertragung und Verteilung ... [von Elektrizität] zu verbessern“ und Wettbewerbsverzerrungen sowohl zwischen den

121 — Siehe dazu die Mitteilung 90/C191/04 gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17/62 des Rates über die Reorganisation der Elektrizitätswirtschaft in England und Wales (ABl. C 191, S. 9). Die Verbraucher können mit den Erzeugern sogenannte Differenzverträge schließen, die es ermöglichen, sich gegen die Schwankungen des Poolpreises abzusichern. Die Erzeugung eines gegebenen Stromerzeugers wird nicht an einen bestimmten Verbraucher geliefert.

Stromerzeugungsindustrien als auch zwischen den Abnehmerindustrien zu vermeiden<sup>122</sup>.

158. Sie sieht vor, daß die Unternehmen, die Strom übertragen und verteilen, verpflichtet sind, „dafür in Betracht kommenden“ Unternehmen „vorbehaltlich der verfügbaren Kapazität und gegen angemessenes Entgelt“ Zugang zu ihrem Netz zu gestatten<sup>123</sup>. Diese Liberalisierungsmaßnahme gilt für Großverbraucher und Versorgungsunternehmen. Die Benutzung des Netzes ist von der Genehmigung durch einen einheitlichen Betreiber abhängig; dieser kann die Genehmigung ablehnen, „wenn diese Benutzung die Stromverteilung in Erfüllung vorgeschriebener Verpflichtungen oder eingegangener Verbindlichkeiten in Frage stellen würde“<sup>124</sup>.

159. In dem Richtlinienvorschlag wird die Festlegung von allgemeinen Grundsätzen auf Gemeinschaftsebene befürwortet, „nach dem Subsidiaritätsprinzip“ wird es aber den Mitgliedstaaten überlassen, „Art und Umfang der Rechte der Versorgungsunternehmen ... sowie deren öffentliche Dienstleistungspflichten“ festzulegen, insbesondere was die Sicherheit des Netzes, die Befriedigung der Nachfrage und eine Tarifstruktur angeht, durch die die Gleichbehandlung der Benutzer gewährleistet werden soll<sup>125</sup>.

122 — Zweite und sechste Begründungserwägung.

123 — Zehnte Begründungserwägung.

124 — Artikel 21 Absatz 2 des Vorschlags.

125 — Siebzehnte Begründungserwägung.

160. Man kann nicht umhin, die Diskrepanz zwischen dem dieser Regelung zugrunde liegenden Gedanken und dem Standpunkt festzustellen, den die Kommission in der vorliegenden Rechtssache einnimmt.

161. Der Richtlinienvorschlag, der in seiner jetzigen Fassung vom Rat abgelehnt worden ist, wird zur Zeit vom Parlament geprüft<sup>126</sup>. Unabhängig davon setzt die Beseitigung aller Hindernisse in den Beziehungen zwischen den Stromerzeugern und ihren Kunden, insbesondere den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen, offenbar voraus, daß eine Reihe von Hindernissen — die im übrigen der Kommission nicht entgangen sind — überwunden werden müssen, soweit es sich um die Benutzung des öffentlichen Versorgungsnetzes handelt.

162. Meines Erachtens kann der Markt für die Lieferung von Elektrizität in Anbetracht der Besonderheiten dieser Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur dann geöffnet werden, wenn vier unabdingbare Voraussetzungen gegeben sind:

- eine Verpflichtung zur ununterbrochenen Belieferung aller Verbraucher;
- eine Gleichbehandlung dieser Verbraucher;

126 — Siehe *Agence Europe* vom 19. November 1993, S. 13, und die Antwort von Herrn Matutes im Namen der Kommission auf eine schriftliche Anfrage eines Mitglieds des Europäischen Parlaments (Nr. 827/93) (ABl. 1993, C 333, S. 14).

- eine Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen Erzeugern;
- ein wirksamer Umweltschutz.

163. Was den ersten Punkt angeht, muß die Versorgungssicherheit total sein: Die Erzeugung muß jederzeit die gesamte Nachfrage befriedigen können. Die Einfuhren müssen daher durch einen zentralisierten Betrieb des Netzes koordiniert und der Nachfrage angepaßt werden.

164. Zweitens muß die Versorgung — mehr noch als im Postdienst — „zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten ... [Konzessionsgebiet] zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit“ sichergestellt werden<sup>127</sup>. Es muß damit den besonderen Belastungen Rechnung getragen werden, die mit der Stromversorgung von Verbrauchern verbunden sind, die von den Produktionszentren weit entfernt sind.

165. Drittens setzt die Öffnung des Markts für die Lieferung von Elektrizität voraus, daß für die Stromerzeuger gleiche Wettbewerbsbedingungen bestehen. Wie kann man nämlich einen nationalen Erzeuger, der mit der öffentlichen Dienstleistung verbundene

Belastungen übernimmt, wie z. B. die Lasten, die auf die Unterhaltung des Netzes zurückzuführen sind, oder der aufgrund der durch Wärmekraftwerke verursachten Luftverschmutzung hohe Abgaben trägt, in die Lage versetzen, den Wettbewerb mit einem Erzeuger eines Nachbarmitgliedstaats, für den keine solchen Zwänge bestehen, normal anzugehen? Und muß man zulassen, daß die Einsparungen durch Produktion im großen Maßstab, die ein Erzeuger erzielt, dazu führen können, daß die gesamte nationale Erzeugung eines anderen Mitgliedstaats nicht mehr wettbewerbsfähig ist? Wird ein nationaler Erzeuger, der die Belastung durch langfristige Investitionen trägt, zu denen ihn sein Staat verpflichtet, den Wettbewerb mit einem völlig selbständigen Erzeuger, dem es nur um kurzfristige Rentabilität geht, mit gleichen Waffen aufnehmen können?

166. Schließlich muß es möglich sein, diese Öffnung von der Beachtung von Mindestnormen im Bereich des Umweltschutzes abhängig zu machen.

167. Man könnte in diesen Erfordernissen die objektive Rechtfertigung des Einfuhrmonopols für Elektrizität sehen, das die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft besitzen.

168. Ist das Bestehen eines solchen Monopols aber *unbedingt erforderlich*, um sicherzustellen, daß die vier genannten zwingenden Erfordernisse beachtet werden? Können die gleichen Ziele nicht durch Vereinbarungen — oder eine Regelung — erreicht werden, die weniger in das normale Funktionieren der Wettbewerbsregeln eingreifen?

<sup>127</sup> — Randnr. 15 des Urteils Corbeau.

169. Es ist Sache des Wirtschaftsteilnehmers, der sich auf die Ausnahmeregelung des Artikels 90 Absatz 2 beruft, deren Anwendung zu rechtfertigen. Es wäre folglich an der IJM, vor dem vorliegenden Gericht nachzuweisen, daß nur das Einfuhrverbot und die Verpflichtung zur ausschließlichen Abnahme, die im Streit sind, sie in die Lage versetzen können, die Erfüllung der vier oben genannten zwingenden Erfordernisse sicherzustellen.

170. Ich weise meinerseits darauf hin, daß in der Gemeinschaft bereits jetzt eine Verflechtung zwischen den Netzen besteht. Ich folgere daraus, daß die Entwicklung des Handels beim gegenwärtigen Stand des Aufbaus der Gemeinschaft durch die Aufrechterhaltung von Einfuhrmonopolen nicht in einem

Maße beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 widerspricht. Die operationellen Vorschläge der Kommission in bezug auf die transeuropäischen Netze im Energiebereich, in denen die Entwicklung von Verbindungen zwischen den Mitgliedstaaten vorgesehen sind, bestärken mich in dieser Auffassung<sup>128</sup>.

171. Eine letzte Anmerkung: Die sehr große Heterogenität der *Energiepolitiken* der Mitgliedstaaten macht eine *gemeinschaftliche Regelung* des Zugangs von Dritten zum Netz mit Hilfe von *Harmonisierungsmaßnahmen* erforderlich. Dies wird meines Erachtens durch die Rolle bestätigt, die Artikel 129b der Gemeinschaft auf diesem Gebiet überträgt.

172. Ich schlage daher vor, wie folgt für Recht zu erkennen:

- 1) Ein staatliches Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen einen Schiedsspruch als „Schiedsrichter nach billigem Ermessen“ entscheidet, ist ein Gericht im Sinne von Artikel 177 EWG-Vertrag.
- 2) Da es gegenwärtig an einer Gemeinschaftsregelung des Zugangs von Dritten zum öffentlichen Versorgungsnetz fehlt, steht Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag einem sich aus einer Vereinbarung zwischen Unternehmen ergebenden Elektrizitätseinfuhrmonopol und einer lokalen Stromversorgungsunternehmen von regionalen Stromversorgungsunternehmen auferlegten Verpflichtung zurausschließlichen Abnahme nicht entgegen, sofern

vor dem nationalen Gericht nachgewiesen wird, daß nur diese Maßnahmen geeignet sind,

- eine Verpflichtung zur ununterbrochenen Belieferung aller Verbraucher,
- eine Gleichbehandlung dieser Verbraucher,
- eine Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen Erzeugern,
- einen wirksamen Umweltschutz

zu gewährleisten.