SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN vom 16. Oktober 1991 *

Inhaltsverzeichnis

A — Hintergrund der Rechtssache I-590

1. Die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen in den Niederlanden I-590

2. Die angefochtene Entscheidung I-592

B — Zulässigkeit der Klage in der Rechtssache C-66/90 ..... I-593

C — Prüfung der gegen die Entscheidung angeführten „formellen" Nichtigkeitsgründe I-593

1. Mißbrauch der Befugnis aus Artikel 90 Absatz 3 ..... I-594

2. Verletzung der Verteidigungsrechte I-599

3. Rügen im Zusammenhang mit der Begründung der angefochtenen Entscheidung I-604

a) Die in der Entscheidung verwendete Terminologie und die Berichtigungen I-604

b) Fehlendes Verständnis der betreffenden Vorschriften und Dienste? I-607

c) Fehlt der Entscheidung die tatsächliche Grundlage? I-608

d) Der verfügende Teil der Entscheidung I-611

D — Prüfung des Sachvorbringens I-614

1. Kein Verhalten eines Unternehmens I-614

2. Kein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung I-619

a) Ausweitung einer beherrschenden Stellung I-619

b) Auferlegung unbilliger Preise und Konditionen; Beschränkung des Angebots I-622

c) Schlußfolgerung I-623

3. Anwendung des Artikels 90 Absatz 2 ..... I-624

E — Zusammenfassung und Entscheidungsvorschlag I-626

* Originalsprache: Niederländisch.

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die niederländische Regierung, die Koninklijke PTT Nederland NV und die PTT Post BV (die beiden letztgenannten Parteien werde ich im folgenden als „Postunternehmen" oder „PTT Post BV" bezeichnen) begehren vom Gerichtshof die Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 1989 über die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen in den Niederlanden [1] (im folgenden: angefochtene Entscheidung). In dieser an die Niederlande gerichteten Entscheidung werden die Artikel 2 und 12 des niederländischen Gesetzes vom 26. Oktober 1988 zur Änderung der Rechtsvorschriften über das Postwesen in bezug auf die Durchführung des Postdienstes (im folgenden: Postgesetz von 1988) [2] in Verbindung mit den Bestimmungen der Verordnung vom 19. Dezember 1988, mit denen die Annahme, Beförderung und Zustellung von Briefen bis 500 g Gewicht zu einem niedrigeren Preis als 11,90 HFL für Eilsendungen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und einem niedrigeren Preis als 17,50 HFL für Eilsendungen außerhalb der Gemeinschaft den Postunternehmen vorbehalten werden, sowie die mit Verordnung vom 12. Mai 1989 [3] eingeführte Verpflichtung, die Tarife vorher registrieren zu lassen, für unvereinbar mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag erklärt (siehe Artikel 1 der Entscheidung).

Mit Beschluß vom 4. Juni 1991 hat der Gerichtshof die Rechtssache C-66/90 gemäß Artikel 47 Absatz 1 der Satzung an das Gericht erster Instanz verwiesen. Mit Beschluß vom 21. Juni 1991 hat sich das Gericht erster Instanz gemäß Artikel 47 Absatz 3 Satz 2 der Satzung für nicht zuständig erklärt, da die Rechtssachen C-48/90 und C-66/90 die Nichtigerklärung desselben Rechtsaktes betreffen. Der Gerichtshof hat nunmehr die beiden Sachen verbunden, so daß ich sie zusammen in ein und denselben Schlußanträgen behandeln werde.

A — Hintergrund der Rechtssache

1. *Die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen in den Niederlanden*

2. Vor dem Inkrafttreten des Postgesetzes von 1988 besaß der (damalige) Staatsbetrieb der Post aufgrund des Postgesetzes von 1954 ein Monopol für die Beförderung von Briefen bis 500 g Gewicht. Die Dienststellen der Post führten diese Beförderung (Annahme, Sortierung und Beförderung, Zustellung) herkömmlich in standardisierter Weise durch. Ende der sechziger Jahre zeigte sich jedoch, daß eine Nachfrage nach Beförderungsdienstleistungen mit höherer Wertschöpfung bestand, genauer, nach einer schnelleren und individualisierteren Beförderung. Auf diese Nachfrage stellte sich eine steigende Zahl privater Eil-Kurierdienste ein; die Post schien — und darin sind sich die Beteiligten einig — ihrerseits nicht bereit oder in der Lage zu sein, dergleichen Dienstleistungen zu erbringen. Die Nachfrage, auf die sich die privaten Eil-Kurierdienste einstellten, betraf in erster Linie die Beförderung wichtiger und/oder dringender Schriftstücke. Soweit es dabei um Briefe eines geringeren Gewichts als 500 g ging, handelten diese Unternehmen nach dem Wortlaut des Postgesetzes von 1954 unter Verstoß gegen das Postmonopol des Staatsbetriebs der Post. Trotzdem — und auch hierin sind sich die Beteiligten einig — wurde gegen diese Eil-Kuriertätigkeiten von

1 — ABl. 1990, L 10, S. 47.

2 — *Staatsblad* 1988, 522.

3 — Regeling registratie koeriersdiensten (Regelung über die Registrierung von Eil-Kurierdiensten), *Staatscourant* 1989, 109.

den niederländischen Behörden oder vom Staatsbetrieb der Post selbst nichts oder doch nur wenig unternommen. Allerdings wurde gegen private Stadtpostdienste — sporadisch — vorgegangen. Zu diesem Vorgehen machen die Beteiligten unterschiedliche Ausführungen: Die niederländische Regierung bleibt dabei, daß dieses Vorgehen im Rahmen einer Politik erfolgt sei, nach der unter den alten Rechtsvorschriften jede Eil-Kurierdienstleistung „im Wortsinne" habe geduldet werden sollen, d. h. eine Dienstleistung, die darin bestehe, eine Sendung völlig individuell unmittelbar vom Absender nach dem Empfänger ohne Sortierung in einer zentralen Stelle und daher auch ohne gemeinsame Beförderung mit anderen Sendungen zu befördern[4]. Demgegenüber erklärt die Kommission das Vorgehen gegen die privaten Stadtpostdienste damit, daß diese Unternehmen Dienstleistungen erbrächten, die nicht oder kaum über diejenigen des Basispostdienstes hinausgegangen seien. Wie dem auch sei, fest steht jedenfalls, daß die Nachfrage nach schnellen und individualisierten Beförderungsdienstleistungen für Briefe in starkem Maße zugenommen hat und daß die privaten Eil-Kurierunternehmen diese Nachfrage befriedigen konnten, ohne daß ihren Tätigkeiten behördlicherseits Beschränkungen auferlegt wurden. So nahm ihre Zahl erheblich zu.

3. Mit dem Postgesetz von 1988 wurden die Karten jedoch neu verteilt. Es bestätigt ausdrücklich das Monopol für die Beförderung von Postsendungen bis 500 g Gewicht aus und nach dem niederländischen Hoheitsgebiet (dazu zählen auch die Niederländischen Antillen und Aruba): Dieser Dienst darf nur vom Inhaber der vom Staat erteilten ausschließlichen Konzession, d. h. von der PTT Post BV durchgeführt werden[5]. Zuwiderhandlungen gegen diese Konzession sind nach Artikel 17 des neuen Postgesetzes strafbar. Trotzdem wird von diesem grundsätzlichen Monopol eine Ausnahme gemacht[6]. Andere als der Inhaber der Konzession dürfen Briefe bis 500 g Gewicht annehmen, befördern und zustellen, sofern sie kumulativ drei Voraussetzungen erfüllen: i) Sie müssen bei Briefen, die innerhalb der Niederlande oder aber von den Niederlanden ins Ausland oder aus dem Ausland in die Niederlande befördert werden, eine Dienstleistung erbringen, die die vom Konzessionsinhaber im Rahmen der normalen Eilbeförderung („spoedbesteldienst", Eilzustelldienst) gegenüber jedermann im Inland angebotene Dienstleistungsqualität hinsichtlich der Schnelligkeit der Beförderung, der Gewährleistung hierfür und der Lokalisierbarkeit während der Beförderung beträchtlich übertrifft (im folgenden werde ich diese Voraussetzung „Qualitätsvoraussetzung" nennen); ii) sie müssen diese Dienstleistung nach einem Tarif erbringen, dessen Preise nicht niedriger sind als ein behördlich festgesetzter Mindestpreis, und zwar 11,90 HFL für die Beförderung innerhalb der Niederlande und in andere Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und 17,50 HFL für die internationale Beförderung in Nichtgemeinschaftsländer (im folgenden: Mindestpreisregelung), und iii) sie müssen zuvor registriert sein und jährlich die von ihnen angewandten Tarife und Leistungsbedingungen anmelden (im folgenden: Registrierungsvoraussetzung)[7]. In der angefochtenen Entscheidung ist die Kommission davon ausgegangen (auf die Begründetheit dieser

4 — Hinsichtlich der Beschreibung von Eil-Kurierdienstleistungen „im eigentlichen Sinne" siehe u. a. die Erwiderung der Postunternehmen in der Rechtssache C-66/90, Nr. 50.

5 — Siehe Artikel 2 in Verbindung mit Artikel 12 Absatz 1 des Postgesetzes von 1988.

6 — Siehe Artikel 12 Absatz 2 des Postgesetzes von 1988.

7 — Die Verpflichtung, jährlich die angewandten Tarife anzumelden, wurde durch die „Regeling registratie Koeriersdiensten" (Regelung über die Eintragung von Eil-Kurierdiensten) vom 12. Mai 1989, *Staatscourant* 1989, 109, eingeführt.

Annahme komme ich später zu sprechen), daß diese drei kumulativen Voraussetzungen nicht für die PTT Post BV gelten, wenn auch dieses Unternehmen Eil-Kurierdienstleistungen aufnimmt, was es seit dem 1. Juni 1990 auch tatsächlich tut.

Im vorgerichtlichen Verfahren und auch vor dem Gerichtshof hat die niederländische Regierung ausgeführt, diese drei Voraussetzungen seien erforderlich, um die Qualität und die Kontinuität der Beförderungsverpflichtung der PTT Post BV zu gewährleisten, die über die ausschließliche Konzession hinausgehe. Die PTT Post BV sei nämlich verpflichtet, Briefe und Päckchen bestimmter Abmessungen bis 10 kg Gewicht im gesamten Inland zu befördern (sei es im Rahmen des normalen, sei es im Rahmen des Eilzustelldienstes). Die niederländische Regierung meint, daß die ausschließliche Konzession der PTT Post BV ohne die drei Voraussetzungen nicht wirksam geschützt werden könnte, genauer, daß private Eil-Kurierunternehmen diese Konzession dadurch aushöhlen würden, daß sie ihre Tätigkeiten auch auf rentable Bestimmungsorte (z. B. in großen Städten) ausdehnen und dabei die verlustbringenden Bestimmungsorte den Postunternehmen überlassen würden (die diese wegen ihrer Beförderungsverpflichtung nicht aufgeben könnten).

2. *Die angefochtene Entscheidung*

4. Wie gesagt, sind die in der vorstehenden Nummer skizzierten Voraussetzungen für die Durchführung von Eil-Kurierdiensten in den Niederlanden durch die angefochtene Entscheidung für unvereinbar mit Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag erklärt worden[8]. Die Entscheidung wird unter vielerlei Gesichtspunkten angefochten, und die Prüfung der von den Klägern angeführten Klagegründe wird mir Gelegenheit geben, auf die relevanten Teile der Entscheidung näher einzugehen. Im folgenden beschränke ich mich als Einleitung zu meiner Prüfung auf einen allgemeinen Überblick über die Entscheidung.

Die angefochtene Entscheidung geht vom Bestehen zweier unterschiedlicher, aber verwandter Märkte aus: des Marktes des Basispostdienstes und des Marktes der Eil-Kurierdienste[9]. Sodann wird in der Entscheidung behauptet, die PTT Post BV verfüge als Folge der ausschließlichen Konzession für Briefe bis 500 g Gewicht auf dem Markt des Basispostdienstes über eine beherrschende Stellung[10]. Da das Postgesetz von 1988 für private Eil-Kurierunternehmen hinsichtlich der Beförderung von Briefen bis 500 g Gewicht drei Voraussetzungen aufstellt, die PTT Post BV von diesen Voraussetzungen jedoch freistellt, führt es nach Ansicht der Kommission unter drei Gesichtspunkten zu einer mißbräuchlichen Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung. Erstens bewirke die Mindestpreisregelung, daß ein Teil des Marktes der Eil-Kurierdienste der PTT Post BV vorbehalten werde, so daß der Wettbewerb auf diesem Markt möglicherweise völlig ausgeschaltet werde[11]; zweitens bewirke die Mindest-

8 — Allerdings bezieht sich die Unvereinbarkeitserklärung nach dem verfügenden Teil der angefochtenen Entscheidung nur auf die Mindestpreisregelung und die Registrierungsvoraussetzung und nicht auf die Qualitätsvoraussetzung, auch wenn letztere nach der Begründung der Entscheidung (siehe Randnr. 14 der Begründung) ebenfalls gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 verstößt. Offenbar handelt es sich hierbei um ein Versehen, das zwar für die Verpflichtungen, die sich für die niederländische Regierung aus der angefochtenen Entscheidung ergeben, Konsequenzen hat, das jedoch für die Beurteilung der Rügen im Zusammenhang mit der Begründung und der Rechtmäßigkeit der Entscheidung unerheblich ist.

9 — Siehe Randnr. 3 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

10 — Siehe Randnr. 10 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

11 — Siehe Randnr. 11 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

preisregelung, daß Eil-Kurierdiensten unangemessene Preise und Bedingungen auferlegt würden [12]; drittens bewirkten die Mindestpreisregelung und die Qualitätsvoraussetzung, daß das Angebot auf dem Markt der Eil-Kurierdienste beschränkt werde [13]. Daraus schließt die Kommission auf einen Verstoß gegen Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86, der auch nicht durch Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag gerechtfertigt sei, das heißt, daß die Beibehaltung der bis zum Inkrafttreten des neuen Postgesetzes auf dem Markt der Eil-Kurierdienste bestehenden Wettbewerbsregelung den Verpflichtungen von allgemeinem Interesse, die die Niederlande der PTT Post BV auferlegt habe, nicht entgegenstehe [14].

B — Zulässigkeit der Klage in der Rechtssache C-66/90

5. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die PTT Post BV von der angefochtenen Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen ist, obwohl sie nicht ihr Adressat ist. Die Kommission zweifelt jedoch an der Zulässigkeit der Klage, da die PTT Post BV selbst behaupte, aus den Rechtsvorschriften, die in der angefochtenen Entscheidung für unvereinbar mit dem EWG-Vertrag erklärt worden seien, keinen Vorteil zu ziehen [15], so daß sie kein Klageinteresse habe.

Ich glaube nicht, daß die Kommission hier recht hat. Daß die PTT Post BV aus den niederländischen Rechtsvorschriften keinen Vorteil ziehe, wird von der Kommission gerade mit Nachdruck bestritten; dieser angebliche Vorteil liegt in erheblichem Maße der in der angefochtenen Entscheidung vertretenen Auffassung zugrunde, daß die neuen niederländischen Rechtsvorschriften zu einer mißbräuchlichen Ausnutzung der beherrschenden Stellung der PTT Post BV führten. Außerdem und vor allem hat die PTT Post BV ausgeführt, daß die angefochtene Entscheidung (die einen Teil des Postgesetzes für unvereinbar mit unmittelbar anwendbaren Bestimmungen des EWG-Vertrags erklärt) private Eil-Kurierunternehmen, die im Gegensatz zur PTT Post BV keiner Beförderungspflicht unterlägen, gegenüber der PTT Post BV in eine solche Wettbewerbslage bringe, daß diese aus dem finanziellen Gleichgewicht gerate und sie der ihr übertragenen Beförderungsverpflichtung nicht mehr nachkommen könne. Das Klageinteresse der PTT Post BV läßt sich somit nicht ernsthaft bestreiten.

C — Prüfung der gegen die Entscheidung angeführten „formellen" Nichtigkeitsgründe

6. Die von den Klägern vorgebrachten Klagegründe sind, wenn sie auch nicht in jedem Fall gleich strukturiert sind, großenteils die gleichen. Daher habe ich sie für die Zwecke meiner Prüfung in zwei Hauptgruppen eingeteilt. Im vorliegenden Abschnitt meiner Schlußanträge werde ich die „formellen" Nichtigkeitsgründe untersuchen, die mit der Befugnis der Kommission zum Erlaß der angefochtenen Entscheidung (nachstehender Abschnitt C Punkt 1), der Verletzung der Verteidigungsrechte (nachstehender Abschnitt C Punkt 2) und der Begründung der angefochtenen Entscheidung (nachstehender Abschnitt C Punkt 3) in Zusammenhang

12 — Siehe Randnr. 12 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

13 — Siehe Randnrn. 13 f. der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

14 — Siehe Randnrn. 16 bis 18 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

15 — Auf diesen Punkt, der mit der Anwendbarkeit der drei Voraussetzungen, denen Eil-Kurierdienste in bezug auf Briefe bis 500 g Gewicht unterworfen werden können (siehe oben, Nr. 3), auf die PTT Post BV in Zusammenhang steht, werde ich unten (Nrn. 28 bis 31) näher eingehen.

stehen. In dem sich anschließenden Abschnitt (D) prüfe ich dann die Begründetheit der angefochtenen Entscheidung.

Da ich bei meiner Prüfung in den Abschnitten C Punkt 1 und C Punkt 2 zu dem Ergebnis gelange, daß der Kommission zwar eine Befugnis zum Erlaß von Entscheidungen aus Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag zustand, daß sie diese Befugnis im vorliegenden Fall jedoch möglicherweise nicht unter hinreichender Beachtung der Verteidigungsrechte ausgeübt hat, führe ich die Prüfung in den Abschnitten C Punkt 3 und D nur subsidiär für den Fall durch, daß der Gerichtshof meine Auffassung zu den in den Abschnitten C Punkt 1 und C Punkt 2 behandelten Punkten nicht teilt.

1. *Mißbrauch der Befugnis aus Artikel 90 Absatz 3*

7. Nach Ansicht der Kläger hat die Kommission ihre Befugnis aus Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag durch den Erlaß der angefochtenen Entscheidung mißbraucht. Sie gehen nämlich davon aus, daß die Kommission, wenn sie gegen vermeintliche Vertragsverstöße der Mitgliedstaaten vorgehen wolle, das Verfahren des Artikels 169 EWG-Vertrag anwenden müsse, es sei denn, der EWG-Vertrag sehe eine ausdrückliche Ausnahme vor, wie z. B. in den Artikeln 93 Absatz 2, 100a Absatz 4 und 225. Mit anderen Worten, mit der angefochtenen Entscheidung habe die Kommission die ihr in Artikel 90 Absatz 3 ausdrücklich eingeräumte Befugnis, Entscheidungen zu erlassen, zweckentfremdet, um — wie es die niederländische Regierung ausdrückt — über einen Mitgliedstaat (hier die Niederlande) eine repressive Kontrolle auszuüben. Die Anwendung des „normalen" Verfahrens des Artikels 169 sei um so mehr geboten gewesen, als die angefochtene Entscheidung Rechtsvorschriften im formalen Sinne betreffe. Eine Entscheidung nach Artikel 90 Absatz 3 habe nämlich unmittelbare Rechtswirkung und eine gegen eine solche Entscheidung gerichtete Klage keine aufschiebende Wirkung; dagegen seien an ein Verfahren nach Artikel 169 keine so schwerwiegenden Folgen geknüpft. Denn die betreffenden Rechtsvorschriften behielten ihre Rechtswirkung sowohl im vorprozessualen Verfahren als auch im Verfahren vor dem Gerichtshof.

8. Dieses Vorbringen vermag mich nicht zu überzeugen. Was zunächst den zweiten Teil des Vorbringens angeht, der sich auf die unmittelbare *Rechtswirkung und* die an eine Entscheidung nach Artikel 90 Absatz 3 geknüpften schwerwiegenden *Folgen* bezieht, so ist der Unterschied zu einem Verfahren nach Artikel 169 zu relativieren. Dieses Verfahren kann zu einem Urteil des Gerichtshofes führen, das unanfechtbar ist, weil dagegen kein Rechtsmittel gegeben ist (siehe Artikel 171). Dagegen hat ein Tätigwerden der Kommission nach Artikel 90 Absatz 3 ganz andere Rechtsfolgen. Es führt nämlich zu einer Entscheidung, d. h. zu einer verbindlichen, jedoch anfechtbaren Handlung. Wenn der Mitgliedstaat, an den die Entscheidung gerichtet ist, diese für unvereinbar mit formell- oder materiellrechtlichen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts hält, kann er nämlich beim Gerichtshof eine Klage auf Nichtigerklärung nach Artikel 173 EWG-Vertrag einreichen und, wenn er es wünscht, nach Artikel 185 EWG-Vertrag einen Antrag auf Aussetzung der Durchführung der betreffenden Handlung stellen.

Außerdem ist es richtig, daß die der Kommission in Artikel 90 Absatz 3 eingeräumte Befugnis, Entscheidungen zu erlassen, ein zweckmäßigeres Tätigwerden als das Verfahren des Artikels 169 zuläßt. Im Gegensatz zu einer „mit Gründen versehenen Stellungnahme" im Sinne des Artikels 169 Absatz 1 hat nämlich eine Entscheidung im Sinne des Artikels 90 Absatz 3 unmittelbare Rechtswirkung selbst dann, wenn gegen sie eine Nichtigkeitsklage erhoben wird (vorbehaltlich der Möglichkeit, daß der Gerichtshof die Durchführung aussetzt). Das ist aber die logische und unvermeidliche Folge der der Kommission in Artikel 90 Absatz 3 eingeräumten und auf einem bestimmten Gebiet geltenden Aufsichtsbefugnis sowie des Umstands, daß diese Befugnis gemäß Artikel 90 Absatz 3 u. a. durch Entscheidungen ausgeübt werden kann. Nun hat aber der Gerichtshof unlängst im Urteil in der Rechtssache 226/87 [16] ausdrücklich bestätigt, daß eine nach Artikel 90 Absatz 3 ergangene Entscheidung zu der allgemeinen Kategorie von Entscheidungen im Sinne des Artikels 189 gehört und daher in allen ihren Teilen für den Mitgliedstaat verbindlich ist, an den sie gerichtet ist. Die Auslegung der niederländischen Regierung, daß derartige Entscheidungen nur „Hinweise" enthalten könnten, mit denen den Mitgliedstaaten dargelegt werde, wie sie ihre Verpflichtungen aus Artikel 90 Absatz 1 zu verstehen hätten, ist nicht haltbar; sie würde diese Entscheidungen nämlich zu nicht verbindlichen „Empfehlungen" und „Stellungnahmen" im Sinne des Artikels 189 herabstufen. Dieses Vorbringen ist übrigens nicht neu. Auch in der Rechtssache 226/87 [17] und in der Rechtssache C-202/88 [18] hat der Gerichtshof das Argument verworfen, die Kommission könne aufgrund des Artikels 90 Absatz 3 nur „Stellungnahmen" abgeben oder „Hinweise" geben [19]. (Auf die Rechtssache C-202/88, in der es um die Befugnis der Kommission ging, *Richtlinien* aufgrund des Artikels 90 Absatz 3 zu erlassen, komme ich gleich zurück.)

9. Was ist vom Hauptargument der niederländischen Regierung zu halten, daß nämlich die Kommission dadurch, daß sie auf Entscheidungen nach Artikel 90 Absatz 3 zurückgreife, um Bestimmungen des nationalen Rechts für mit dem EWG-Vertrag unvereinbar zu erklären, d. h. dadurch, daß sie — wie die niederländische Regierung es formuliert — von ihrer Befugnis, Entscheidungen zu erlassen, „repressiven" Gebrauch mache, ihre Befugnis *mißbrauche*? Ich glaube nicht, daß die niederländische Regierung recht hat, und stütze mich insoweit auf einen deutlichen Hinweis in der bereits angeführten Rechtssache 226/87 [20]. Diese Sache betraf ein Verfahren nach Artikel 169, das die Kommission gegen Griechenland angestrengt hatte, weil dieser Staat einer nach Artikel 90 Absatz 3 ergangenen Kommissionsentscheidung nicht nachgekommen sei, in der die Unvereinbarkeit eines griechischen Gesetzes mit den Artikeln 52, 54, 5 Absatz 2 und 3 Buchstabe f EWG-Vertrag festgestellt worden war. Die griechische Regierung bezweifelte vor dem Gerichtshof die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung, der Gerichtshof lehnte eine Prüfung dieses Verteidigungsvorbringens jedoch ab, da die griechische Regierung nicht innerhalb der in Artikel 173 festgelegten Frist auf Nichtiger-

16 — Urteil vom 30. Juni 1988 (Kommission/Griechenland, Slg. 1988, 3611, insbesondere Randnrn. 11 f.).

17 — Siehe Fußnote 16.

18 — Urteil vom 19. März 1991 (Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223).

19 — Siehe Randnrn. 10 bis 12 des Urteils in der Rechtssache 226/87, a. a. O., in denen der Gerichtshof das Vorbringen der griechischen Regierung, daß eine nach Artikel 90 Absatz 3 ergangene Entscheidung der Kommission nur eine „Stellungnahme" sei, zurückgewiesen hat. Siehe auch Randnr. 16 des Urteils in der Rechtssache 202/88, a. a. O., in der die Auffassung der französischen Regierung wiedergegeben wird, daß Artikel 90 Absatz 3 der Kommission nur erlaube, „die Mitgliedstaaten in den Fällen, in denen es nicht auf der Hand liege, wie die Übereinstimmung mit dem Vertrag herzustellen sei, darauf hinzuweisen, welche Mittel eingesetzt werden müßten, um diese Übereinstimmung sicherzustellen". Dieses Argument ist vom Gerichtshof in Randnr. 17 des Urteils verworfen worden.

20 — Siehe oben Fußnote 16 und die Textstelle, auf die sie sich bezieht.

klärung dieser Entscheidung geklagt hatte. Zwar hatte Griechenland eingewandt,

„der Gerichtshof müsse im vorliegenden Fall, um einem grundlegenden Erfordernis der Gemeinschaftsrechtsordnung nachzukommen, auf Einrede dennoch seine Kontrolle über die ... [fragliche Entscheidung der Kommission] ausüben. Diese verstoße nämlich gegen das grundlegende Prinzip der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, und es fehle ihr damit jede Rechtsgrundlage in der Gemeinschaftsrechtsordnung" (Randnr. 15 des Urteils).

Der Gerichtshof verwarf dieses Argument jedoch mit der Begründung, der Einwand der griechischen Regierung

„könnte nur durchgreifen, wenn der fragliche Rechtsakt mit besonders schweren und offensichtlichen Fehlern behaftet wäre, so daß er als inexistenter Rechtsakt qualifiziert werden könnte (Urteil vom 26. Februar 1987 in der Rechtssache 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo, Slg. 1987, 1005). Das Vorbringen der Griechischen Republik enthält jedoch keine genauen Angaben, aufgrund deren sich die Entscheidung der Kommission in dieser Weise qualifizieren ließe. Sie war im übrigen selbst der Auffassung, daß die ... [fragliche Kommissionsentscheidung] nicht inexistent sei, als sie während des gesamten Vorverfahrens ihre Absicht bekundete, der Entscheidung nachzukommen" (Randnr. 16 des Urteils).

Es scheint mir, daß die Gründe für eine Inexistenz im Sinne des vorstehenden Zitats auch die fehlende Zuständigkeit der Kommission umfassen, eine Entscheidung nach Artikel 90 Absatz 3 zu erlassen. So hat der Gerichtshof zwar implizit, doch ohne daß dies zweifelhaft wäre, angenommen, daß die Kommission aufgrund dieser Bestimmung befugt ist, die Unvereinbarkeit eines nationalen Gesetzes mit dem EWG-Vertrag im Entscheidungswege festzustellen.

10. Trotzdem bleibt die niederländische Regierung dabei, daß ihre Auffassung durch das Urteil in der Rechtssache C-202/88 [21] bestätigt werde. In dieser Sache hatte die französische Regierung die Befugnis der Kommission in Abrede gestellt, auf der Grundlage des Artikels 90 Absatz 3 die Unvereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem EWG-Vertrag durch eine *Richtlinie* festzustellen; nach Ansicht der französischen Regierung ist eine solche Feststellung nur über Artikel 169 möglich. Der Gerichtshof verwarf diese Auffassung mit folgenden Erwägungen:

„Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag [verleiht] der Kommission die Befugnis ..., die sich aus Absatz 1 dieses Artikels ergebenden Verpflichtungen allgemein durch den Erlaß von Richtlinien zu präzisieren. Die Kommission macht von dieser Befugnis Gebrauch, wenn sie ohne Berücksichtigung der in den einzelnen Mitgliedstaaten jeweils bestehenden Lage die diesen nach dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen konkretisiert. Eine solche Befugnis kann ihrem Wesen nach nicht der Feststellung dienen, daß ein Mitgliedstaat gegen eine bestimmte Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen hat.

Wie sich aber aus dem Inhalt der streitigen Richtlinie ergibt, hat sich die Kommission darauf beschränkt, allgemein Verpflichtungen zu bestimmen, die den Mitgliedstaaten nach dem Vertrag obliegen. Die Richtlinie kann daher nicht so ausgelegt werden, als enthielte sie die Feststellung konkreter Verletzungen von Vertragspflichten durch be-

21 — A. a. O., Fußnote 18.

stimmte Mitgliedstaaten; der von der französischen Regierung angeführte Klagegrund ist demnach als unbegründet zurückzuweisen" (Randnrn. 17 f. des Urteils).

An diese Ausführungen möchte ich zwei Überlegungen knüpfen. *Erstens* ist zu bemerken, daß der Gerichtshof sich nur zum Erlaß von *Richtlinien* geäußert und den Klagegrund der französischen Regierung wegen der allgemeinen Geltung der in dieser Rechtssache angefochtenen Richtlinie zurückgewiesen hat, so daß von einem „repressiven" Gebrauch der Befugnis der Kommission nicht die Rede sein konnte. Dagegen äußert sich das Urteil nicht zur Frage, ob die Kommission befugt ist, die Unvereinbarkeit einer Bestimmung des nationalen Rechts mit dem EWG-Vertrag *anhand einer Entscheidung* festzustellen. Es läßt sich daher nicht sagen, daß dieses Urteil das Vorbringen der niederländischen Regierung stützt. Überdies kann die vorstehend angeführte Urteilspassage nicht in der Weise ausgelegt werden, daß die Kommission auf der Grundlage des Artikels 90 Absatz 3 die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des nationalen Rechts *wegen der allgemeinen Geltung einer Richtlinie* nur durch den Erlaß einer solchen feststellen könne. Eine Richtlinie kann nämlich, ebenso wie eine Entscheidung, an nur einen Mitgliedstaat gerichtet werden[22]. Mit anderen Worten, wesentliches Merkmal einer Richtlinie ist *nicht* ihre allgemeine Geltung, *sondern vielmehr* der Umstand, daß sie dem Mitgliedstaat oder den Mitgliedstaaten, an den oder die sie gerichtet ist, ein „zu erreichendes Ziel" vorschreibt und ihnen die Wahl der Form und der Mittel zur Erreichung dieses Ziels überläßt.

Zweitens ist zu bemerken, daß der Gerichtshof in der oben angeführten Passage die Reichweite der der Kommission in Artikel 90 Absatz 3 eingeräumten Befugnis unter Hinweis auf Artikel 90 Absatz 1 umschreibt. Danach ist es Sache der Kommission, die Verpflichtungen, die Artikel 90 Absatz 1 den Mitgliedstaaten auferlegt, zu präzisieren oder zu konkretisieren. Artikel 90 Absatz 1 ist selbst eine Verweisungsbestimmung und verpflichtet die Mitgliedstaaten, in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie ausschließliche oder besondere Rechte gewähren, keine dem Vertrag widersprechenden Maßnahmen zu treffen. Nun ist aber nicht ersichtlich, weshalb die Verpflichtungen, die sich für einen bestimmten Mitgliedstaat aus dem EWG-Vertrag ergeben, nicht durch eine Entscheidung präzisiert werden können sollten, da Artikel 90 Absatz 3 der Kommission *ausdrücklich* erlaubt, ihre Aufsichtsbefugnis im Entscheidungswege auszuüben.

11. Die Einwände gegen den Gebrauch einer Entscheidung greifen meines Erachtens keinesfalls dann durch, wenn die Kommission — wie in der vorliegenden Entscheidung — die Unvereinbarkeit einer Bestimmung des nationalen Rechts mit einer *unmittelbar wirksamen* Vertragsbestimmung wie Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86[23] feststellt, d. h. einer Vertrags-

22 — Das geht bereits aus dem Wortlaut des Artikel 189 hervor, wonach eine Richtlinie im Gegensatz zu einer Verordnung, die „allgemeine Geltung [hat]" und „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat [gilt]", „für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird", nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist. In der Lehre ist sogar die Frage aufgeworfen worden, ob eine Richtlinie *überhaupt* allgemeine Geltung haben kann; siehe H. von der Groeben, H. von Boeckh, J. Thiesing und C.-D. Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1983, S. 562, Nr. 39. Der Rat und die Kommission richten übrigens eine Richtlinie regelmäßig an nur einen Mitgliedstaat, insbesondere wenn es um ein spezifisches Problem geht, das nur diesen Mitgliedstaat betrifft; siehe z. B. Richtlinie 79/174/EWG des Rates über ein Programm für Schutzmaßnahmen gegen Überschwemmungen im Flußlaufgebiet des Hérault, ABl. 1979, L 38, S. 18 (mit Frankreich als einzigem Adressaten), Richtlinie 81/6/EWG des Rates zur Ermächtigung der Republik Griechenland zur Übermittlung und Durchführung von einzelstaatlichen Plänen zur beschleunigten Tilgung der Brucellose und Tuberkulose der Rinder, ABl. 1981, L 14, S. 22, und Richtlinie 81/1060/EWG des Rates zur Ermächtigung des Königreichs der Niederlande, von der Richtlinie 73/403/EWG zur Synchronisierung der allgemeinen Volkszählungen abzuweichen, ABl. 1981, L 385, S. 34.

23 — Daß die in Artikel 90 Absatz 1 begründete Verpflichtung in Verbindung mit Artikel 86 unmittelbare Wirkung hat, wurde vom Gerichtshof bereits im Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 (Sacchi, Slg. 1974, 409, Randnr. 17) bestätigt.

bestimmung, die einem einzelnen Rechte verleiht, auf die er sich gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat unmittelbar berufen kann, ohne daß es eines Tätigwerdens eines Gemeinschaftsorgans oder einer nationalen Behörde bedarf. In einem solchen Fall hat eine Entscheidung der Kommission rein deklaratorischen und keineswegs konstitutiven Charakter, d. h. sie präzisiert eine bereits bestehende und begründet keine neue Verpflichtung. Mir ist nicht ersichtlich, wie man unter Berücksichtigung des Wortlauts des Artikels 90 Absatz 3 der Kommission diese Befugnis absprechen kann. Ebensowenig ist die Auffassung haltbar, eine solche Entscheidung sei ihrer Art nach „repressiv", da sich die Unvereinbarkeit der nationalen Rechtsvorschriften nicht aus der Entscheidung, sondern *unmittelbar aus der betreffenden Vertragsbestimmung* ergibt[24]. Dabei kann es keinen Unterschied machen, daß die fragliche nationale Vorschrift ein Gesetz ist, da der Vorrang der unmittelbar wirksamen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ebenso gegenüber nationalen Gesetzesbestimmungen gilt.

12. Die niederländische Regierung stützt sich für ihre enge Auslegung der Befugnis nach Artikel 90 Absatz 3 zum Erlaß von Entscheidungen ferner darauf, daß diese Bestimmung im Gegensatz zu Artikel 93 Absatz 2 (wonach die Kommission einen Mitgliedstaat, der einer Entscheidung über staatliche Beihilfen nicht nachkommt, unmittelbar vor dem Gerichtshof verklagen kann) keine Abweichung von Artikel 169 EWG-Vertrag enthält.

Auch dieses Argument ist zurückzuweisen. Daß in Artikel 90 Absatz 3 eine Verweisung auf Artikel 169 fehlt, ist nämlich kein Grund dafür, die *Tragweite* der Befugnis der Kommission nach Absatz 3, Entscheidungen zu erlassen, zu beschränken. Das Fehlen einer solchen Verweisung bedeutet nur, daß die Kommission zur *Durchsetzung* von Entscheidungen oder Richtlinien, die nach Artikel 90 Absatz 3 erlassen wurden, — anders als bei nach Artikel 93 Absatz 2 ergangenen Entscheidungen — nicht berechtigt ist, den Gerichtshof wegen eines Verstoßes gegen eine von ihr erlassene Maßnahme unter Umgehung des Vorverfahrens nach Artikel 169 unmittelbar anzurufen[25].

13. Die Kläger führen noch ein letztes Argument an: Die Kommission könne sich nicht auf eine Befugnis zum Erlaß von Entscheidungen nach Artikel 90 Absatz 3 berufen, da diese Bestimmung dem betreffenden Mitgliedstaat keine Verfahrensgarantien biete. Die Kommission hält dem entgegen, daß das Fehlen geschriebener Verfahrensgarantien nicht für die Beantwortung der Frage ausschlaggebend sein könne, ob eine Vertragsbestimmung die Rechtsgrundlage für eine Handlung eines Gemeinschaftsorgans (d. h. für die *Befugnis* dieses Gemeinschaftsorgans) darstellen könne.

24 — Obwohl sich der Gerichtshof hierzu in der vorliegenden Rechtssache nicht zu äußern braucht, erscheint es mir logisch, daß die Kommission nach Artikel 90 Absatz 3 auch anordnen kann, daß ein Mitgliedstaat eine nationale Rechtsvorschrift mit einer nicht unmittelbar wirksamen Vertragsbestimmung (wie z. B. die Artikel 3 Buchstabe f und 5, die übrigens in der Entscheidung, die Gegenstand der Rechtssache 226/87 war, angeführt worden waren) in Übereinstimmung zu bringen hat. Eine solche Maßnahme hat dann *nicht* zur Folge, daß die betreffende nationale Vorschrift mit unmittelbarer Wirkung unverbindlich wird, sondern nur, daß der Mitgliedstaat verpflichtet ist, die betreffende Vorschrift zu ändern. In diesem Fall scheint mir eine an den betreffenden Mitgliedstaat gerichtete Richtlinie das geeignetste Instrument zu sein.

25 — Siehe auch unten Fußnote 27.

Grundsätzlich stimme ich der Kommission zu. Ungeachtet des Fehlens geschriebener Garantien ist die Kommission nämlich bei ihrem Tätigwerden an die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gebunden, zu denen auch der Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte (insbesondere der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens) und der Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung gehört. Der Gerichshof hat übrigens niemals gezögert, von der Kommission die Einhaltung dieser Grundsätze — auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift — zu verlangen, so z. B. im Zusammenhang mit dem Schutz der Vertraulichkeit des Schriftwechsels zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Mandanten, einem Recht, das nicht durch die Verordnung Nr. 17 verliehen wird [26].

Obwohl somit das Fehlen geschriebener Verfahrensgarantien der Befugnis der Kommission nicht entgegensteht, möchte ich doch betonen, daß die Kommission wegen der grundsätzlich unmittelbaren (aber nicht unanfechtbaren) Rechtswirkung der Maßnahmen, die sie treffen kann, wenn sie einen Verstoß gegen eine Vertragsbestimmung festgestellt hat, bei der Ausübung ihrer Befugnis auf die Beachtung der Verteidigungsrechte und des Grundsatzes der ordnungsgemäßen Verwaltung jedenfalls dann besonders achten muß, wenn durch ihre Entscheidung (wie im vorliegenden Fall) auch die Rechtsstellung von (öffentlichen) Unternehmen unmittelbar und individuell geändert wird. Das gilt hier um so mehr, als die Kommission zur Stützung ihres Vorbringens, ihr stehe nach Artikel 90 Absatz 3 eine umfassende Befugnis zum Erlaß von Entscheidungen zu, auf die Entscheidungsbefugnis verweist, die ihr bereits im Rahmen der Artikel 85 und 86 einerseits und Artikel 92 andererseits zustehe, und in diesem Zusammenhang geltend macht, ihre Aufsichtsbefugnis dürfe bei staatlichen Maßnahmen in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten keine Lücken aufweisen. Akzeptiert man dieses Vorbringen, wie ich es grundsätzlich tue [27], muß man logischerweise auch annehmen, daß die Kommission bei der Ausübung dieser Befugnis an Verfahrensvorschriften gebunden ist, die es ermöglichen, daß die Verteidigungsrechte in gleichem Maße beachtet werden. Im Rahmen der Prüfung des nachfolgenden Klagegrunds werde ich hieraus die notwendigen Schlüsse ziehen.

26 — Siehe Urteil vom 18. Mai 1982 in der Rechtssache 155/79 (AM & S/Kommission, Slg. 1982, 1575).

2. *Verletzung der Verteidigungsrechte*

14. Die Kläger werfen der Kommission vor, während des dem Erlaß der angefochtenen Entscheidung vorangegangenen Verfahrens die Verteidigungsrechte verletzt zu haben. Allerdings weist ihr Vorbringen einige Unterschiede auf. Die niederländische Regierung, an die die Entscheidung gerichtet ist, beklagt, daß sie im vorprozessualen Verfahren zu den Beschwerdepunkten, die die Kommission gegenüber den neuen Vorschriften im Zusammenhang mit den Eil-Kurierdiensten vorgebracht habe, unzureichend gehört worden sei. Die PTT Post BV, die zwar nicht Adressat der Entscheidung, von ihr jedoch unmittelbar und individuell betroffen ist (siehe oben Nr. 5), macht einen *eigenen* Anspruch geltend, von der Kommission zu den Beschwerdepunkten gehört zu werden.

27 — Dabei möchte ich aber darauf hinweisen, daß die Befugnis der Kommission, Entscheidungen zu erlassen, um den Artikeln 85 und 92 Geltung zu verschaffen, weiter reicht als die Entscheidungsbefugnis nach Artikel 90 Absatz 3, wie sie in der vorliegenden Rechtssache in Rede steht. In dieser geht es, wie oben (Nr. 10) erwähnt, um eine Entscheidung, mit der die Unvereinbarkeit nationaler Bestimmungen mit unmittelbar wirksamen Bestimmungen des Vertrages festgestellt wird. In Artikel 92 Absatz 3 und Artikel 85 Absatz 3 geht es (im Gegensatz zu Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 86) um Entscheidungen, bei denen nicht unmittelbar wirksame Bestimmungen des EWG-Vertrags angewandt werden und die somit Bestimmungen des EWG-Vertrags gegenüber bestimmten nationalen Beihilfemaßnahmen oder Unternehmensabsprachen unmittelbare Wirkung verleihen.

Ich prüfe zunächst das Vorbringen der *PTT Post BV*, das mir nicht haltbar zu sein scheint. Entscheidungen nach Artikel 90 EWG-Vertrag werden in Ausübung der Aufsichtsbefugnis der Kommission *gegenüber den Mitgliedstaaten* erlassen und betreffen Maßnahmen *der Mitgliedstaaten* in bezug auf öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt wurden. Artikel 90 erlegt nur den Mitgliedstaaten Verpflichtungen auf, so daß die aufgrund dieser Vorschrift erlassenen Entscheidungen auch nur Verpflichtungen der Mitgliedstaaten konkretisieren können, nicht aber Verpflichtungen, die Unternehmen durch andere Bestimmungen des EWG-Vertrags auferlegt werden[28]. Allerdings können derartige Entscheidungen eine Rückwirkung auf die materiellen Interessen der genannten Unternehmen haben, so daß diese in bestimmten Fällen (wie vorliegend im Fall der PTT Post BV) von diesen Entscheidungen unmittelbar und individuell betroffen sein können. Dies bedeutet aber noch nicht, daß die Kommission formell verpflichtet ist, diese Unternehmen vor Erlaß ihrer Entscheidung zu hören. Das ergibt sich aus einem Umkehrschluß aus dem Wortlaut des Artikels 93 Absatz 2, wonach die Kommission tatsächlich verpflichtet ist, vor Erlaß einer Entscheidung in bezug auf staatliche Beihilfen den „Beteiligten" eine Frist zur Äußerung zu setzen. Die unterschiedlichen Verfahrensgarantien lassen sich meines Erachtens durch die unterschiedliche Natur der Beziehungen erklären, die die Behörden zu den öffentlichen Unternehmen und den Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten einerseits und den Unternehmen, die staatliche Beihilfen erhalten, andererseits unterhalten. Es kann davon ausgegangen werden, daß die erstgenannten Unternehmen zumindest hinsichtlich der Wahrnehmung der ihnen übertragenen Aufgabe enge Beziehungen zum Staat haben[29], so daß angenommen werden kann, daß sie über ein anhängiges Verfahren informiert sind und es insoweit einer gesonderten Anhörungspflicht nicht bedarf; bei Unternehmen, die staatliche Beihilfen erhalten, ist das nicht unbedingt der Fall.

Auch wenn die Kommission daher gegenüber diesen Unternehmen zur Anhörung nicht formell verpflichtet ist, muß sie doch ihren Interessen besonders Rechnung tragen, wenn sie den betreffenden Mitgliedstaat anhört und insbesondere wenn ihr bekannt ist oder sein muß, daß diese Interessen durch die zu erlassende Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen sein können. Was konkret die vorliegende Sache angeht, hat die Kommission darauf hingewiesen, ohne daß ihr in diesem Punkt widersprochen worden wäre, i) daß die PTT Post BV über die Kontakte zwischen der niederländischen Regierung und den Dienststellen der Kommission unterrichtet gewesen sei, ii) daß am 5. Oktober 1988 ein (informelles) Gespräch zwischen Beamten der PTT Post BV und der Kommission über den Entwurf des neuen Postgesetzes stattgefunden habe und iii) daß sie am 7. November 1988 ein Schreiben an die Postunternehmen gerichtet habe, in dem sie die Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit dem EWG-Vertrag in Frage gestellt und ein besonderes Schreiben an die niederländische Regierung angekündigt habe, um darin ihre Einwendungen zu verdeutlichen[30]. Die Postunternehmen hätten somit nach ihrer Wahl unabhängig von der niederländischen Regierung der Kommission eine eigene Stellungnahme übermitteln können, der die Kommission

28 — Dies wird im Urteil vom 19. März 1991, bereits angeführt in Fußnote 18, Randnrn. 24 und 55, ausdrücklich bestätigt, in denen der Gerichtshof ausgeführt hat, daß Artikel 90 der Kommission eine Kontrollbefugnis nur im Hinblick auf staatliche Maßnahmen verleiht und daß gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen selbst nur mit Einzelentscheidungen auf der Grundlage der Artikel 85 und 86 vorgegangen werden kann.

29 — Dies liegt bei öffentlichen Unternehmen auf der Hand, es gilt aber auch für Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten, die in Artikel 90 mit den öffentlichen Unternehmen auf eine Ebene gestellt werden, weil die ihnen behördlicherseits eingeräumte (jedoch theoretisch auch wieder entziehbare) privilegierte Stellung sie von den Behörden besonders abhängig macht; vgl. Urteil vom 6. Juli 1982 in den verbundenen Rechtssachen 188/80 bis 190/80 (Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1982, 2545, insbesondere Randnr. 12).

30 — Hierbei handelt es sich um das Fernschreiben vom 29. November 1988; dazu sogleich mehr.

dann auf jeden Fall hätte Rechnung tragen müssen. Beim heutigen Stand des Gemeinschaftsrechts kann der Kommission jedoch nicht der Vorwurf gemacht werden, daß sie die Postunternehmen nicht von sich aus aufgefordert habe, eine solche Stellungnahme zu übermitteln.

15. Die *niederländische Regierung* ist der Ansicht, ihre Verfahrensrechte seien erheblich verletzt worden, da die Kommission sie unzureichend gehört habe. Im einzelnen wendet sie sich dagegen, daß die Kommission im Anschluß an ein Schreiben der Regierung vom 16. Januar 1989 die Entscheidung ohne weitere Kontaktnahme erlassen habe; ein wirklicher (mündlicher oder schriftlicher) Meinungsaustausch zwischen der Kommission und ihr habe nicht stattgefunden. Außerdem beanstandet die niederländische Regierung, daß die Kommission nach Erhalt ihres Schreibens vom 16. Januar 1989 noch mit einer Reihe Eil-Kurierorganisationen Kontakt aufgenommen habe, ohne ihr die Schlußfolgerungen aus diesem Gespräch mitzuteilen.

16. Bei der Prüfung dieses Klagegrunds ist unmittelbar an den Verlauf des Verfahrens anzuknüpfen, das dem Erlaß der angefochtenen Entscheidung voranging. Aufgrund der Verfahrensunterlagen kann dieser Verlauf wie folgt skizziert werden:

Die Kommission führte am 5. Oktober 1988 ein informelles Gespräch mit Vertretern der Postunternehmen über den Entwurf des neuen Postgesetzes; es ist unstreitig, daß hierbei auch die rechtliche Lage von Eil-Kurierunternehmen in den Niederlanden zur Sprache kam. Im Anschluß an dieses Gespräch richtete die Kommission am 7. November 1988 ein Schreiben an die Postunternehmen, in dem sie zu Artikel 12 Absatz 2 des Gesetzentwurfs (insbesondere zu der Mindestpreisregelung für Eil-Kurierdienste) den Standpunkt vertrat, daß diese Bestimmung „gegen den EG-Vertrag verstoßen [dürfte]“ [31]. In diesem Schreiben kündigte die Kommission außerdem an, daß sie „in einem gesonderten Schreiben an die niederländische Regierung ihre Bedenken hinsichtlich dieser Bestimmungen offiziell mitteilen“ werde. Dieses gesonderte Schreiben erging in Gestalt des Fernschreibens vom 29. November 1988 [32]. In diesem Fernschreiben wurde der niederländischen Regierung mitgeteilt, daß die Dienststellen der Kommission die Artikel 2 und 12 des Entwurfs eines neuen Postgesetzes „nach einer ersten Prüfung“ für unvereinbar mit Artikel 90 in Verbindung mit den Artikeln 30, 59, 85 und 86 EWG-Vertrag hielten, da das neue Postgesetz die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen

„beschränkenden Bedingungen unterwerfen [wird], die die betreffenden [Eil-Kurier-] Gesellschaften gegenüber dem Eil-Kurierdienst der Postunternehmen (EMS) stark benachteiligen und sie daran hindern, bestimmte Dienstleistungen weiter zu erbringen, und zwar diejenigen, für die eine niedrigere als die durch Verordnung festgelegte Mindestvergütung verlangt wurde.

Die Bedingung in Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe a bietet den internationalen Eil-Kurierdiensten nicht die geringste Rechtssicherheit.

Die Bedingung in Buchstabe b [33] dieser Bestimmung macht in vielen Fällen einen Preiswettbewerb unmöglich und hat die

31 — Siehe Anlage 6 der Klageschrift der niederländischen Regierung in der Rechtssache C-48/90.

32 — Siehe Anlage 3 der Klageschrift der niederländischen Regierung in der Rechtssache C-48/90.

33 — In der endgültigen Fassung des Postgesetzes wurde die Mindestpreisregelung in Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe a Nr. 2 untergebracht.

gleiche Wirkung wie eine nach den Bestimmungen des EWG-Vertrags verbotene Preisabsprache".

Außerdem nahm die Kommission in dem Fernschreiben zur etwaigen Anwendbarkeit des Artikels 90 Absatz 2 Stellung. Aufgrund der ihr vorliegenden tatsächlichen Anhaltspunkte vertrat sie die Auffassung, daß die aus Eilzustellungen erzielten Einkünfte für die Postunternehmen nur von untergeordneter Bedeutung seien und daß die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Postunternehmen nicht daran hindere, die ihnen übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Das Fernschreiben endet mit einer Aufforderung an die niederländische Regierung, ihren Standpunkt mitzuteilen, und mit dem Hinweis, daß sich die Kommission veranlaßt sehen könnte, eine Entscheidung nach Artikel 90 Absatz 3 zu erlassen, falls sich die im Fernschreiben angeführten Umstände bestätigten.

Dieses Fernschreiben beantwortete die niederländische Regierung mit Schreiben vom 16. Januar 1989. Nach Eingang dieses Schreibens führte die Kommission mit einer Reihe Eil-Kurierorganisationen Gespräche über die Antwort der niederländischen Regierung und über „die vorhersehbaren Auswirkungen der ... Bestimmungen des neuen Postgesetzes auf die Tätigkeit der unmittelbar betroffenen [Eil-Kurier-]Unternehmen"[34]. Daraufhin wurde ohne weiteres Gespräch mit der niederländischen Regierung am 20. Dezember 1989 die angefochtene Entscheidung erlassen.

17. Unter Berücksichtigung des Vorstehenden, genauer des Inhalts des Fernschreibens der Kommission und des späteren Gesprächs zwischen der Kommission und den Eil-Kurierorganisationen meine ich, daß der Klagegrund der niederländischen Regierung durchgreift.

Ich halte das Fernschreiben der Kommission für rechtlich zu wenig untermauert, um als Schriftstück akzeptiert werden zu können, das die niederländische Regierung ordnungsgemäß über die Erwägungen in Kenntnis gesetzt hätte, die die Kommission letztlich dazu bewogen haben, das Postgesetz in der angefochtenen Entscheidung für mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar zu erklären. In diesem Zusammenhang weise ich darauf hin, daß die Erklärung der Unvereinbarkeit des Postgesetzes *in der angefochtenen Entscheidung* ausschließlich darauf gestützt wird, daß das Postgesetz gegen Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 (und nicht mehr in Verbindung mit den im Fernschreiben auch genannten Artikeln 30, 59 und 85) verstoße. Hierzu wird in der angefochtenen Entscheidung der Umstand angeführt, daß die Postunternehmen auf dem Markt der Basispostdienste über eine beherrschende Stellung verfügten und daß das Postgesetz dazu führe, i) daß diese Machtstellung auf den Markt der Eil-Kurierdienste ausgeweitet werde, so daß die Gefahr bestehe, daß auf diesem Markt jeder Wettbewerb ausgeschaltet werde, ii) daß denjenigen, die Eil-Kurierdienste in Anspruch nähmen, unangemessene Preise und Bedingungen auferlegt würden und iii) daß das Angebot auf dem Markt der Eil-Kurierdienste beschränkt werde. Von dieser Argumentation ist *im Fernschreiben vom 29. November 1988* nichts mehr zu finden. Daß der Entwurf des Postgesetzes gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 verstoße, wird im Fernschreiben zwar angedeutet, aber keinesfalls rechtlich begründet. Die einzige rechtliche Erwägung im Zusammenhang mit der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags (dahin gehend, daß der Mindesttarif „die gleiche Wirkung [hat] wie eine nach den Bestimmungen des EWG-Vertrags verbotene Preisabsprache") bezieht sich auf die Geltung des Artikels 85 und nicht die des Artikels 86.

34 — Siehe die Gegenerwiderung der Kommission in der Rechtssache C-48/90, Nr. 32, S. 19.

Das Fehlen jeglichen Vorbringens zu diesem Punkt ist in meinen Augen um so schwerwiegender, als die angefochtene Entscheidung (wie die Kommission selbst offen einräumt) die Wettbewerbsregeln nicht routinemäßig anwendet, sondern im Gegenteil im Rahmen der Anwendung des Artikels 90 in Verbindung mit Artikel 86 einen neuen Weg geht, der auf einer entsprechenden Anwendung des Telemarketing-Urteils[35] beruht, das im Fernschreiben nicht einmal erwähnt wird. Insgesamt ist daher festzustellen, daß die rechtliche Argumentation, auf der die angefochtene Entscheidung beruht, *nach* der Versendung des bewußten Fernschreibens ausgebaut wurde, d. h., daß der niederländischen Regierung keine echte Möglichkeit geboten wurde, zu dieser Argumentation Stellung zu nehmen. Den Hinweis zu Beginn der Entscheidung, daß der niederländischen Regierung „Gelegenheit gegeben wurde, ihre Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten abzugeben, die von der Kommission zu den Artikeln 2 und 12 des Entwurfs eines neuen Postgesetzes erhoben worden waren", halte ich deshalb für unangebracht. Bezeichnend ist übrigens, daß die Kommission in ihrer Gegenerwiderung in Abrede stellt, daß sie das Fernschreiben vom 29. November als Mitteilung der Beschwerdepunkte qualifiziert habe[36] — wobei sie aber die Angabe schuldig geblieben ist, in welchem Schriftstück sie nun wirklich ihre Beschwerdepunkte mitgeteilt habe.

18. Auch das im Anschluß an das Schreiben der niederländischen Regierung vom 16. Januar 1989 zwischen der Kommission und den Eil-Kurierorganisationen geführte Gespräch gibt zu denken. Die Kommission räumt selbst ein, daß sich dieses Gespräch unter anderem auf die Auswirkungen des neuen Postgesetzes auf die Ausübung von Eil-Kuriertätigkeiten in den Niederlanden beziehe und daß die Eil-Kurierorganisationen in diesem Rahmen Gelegenheit gehabt hätten, zum Schreiben der niederländischen Regierung Stellung zu nehmen. Unter diesen Umständen läßt sich nicht ernsthaft bestreiten, daß die Kommission nach dem Grundsatz „audiatur et altera pars" verpflichtet war, *entweder* die niederländische Regierung an diesem Gespräch zu beteiligen *oder* sie zumindest von den von ihr aus diesem Gespräch gezogenen Schlußfolgerungen hinsichtlich der Vereinbarkeit des neuen Postgesetzes mit dem EWG-Vertrag in Kenntnis zu setzen. Zwischen dem Zeitpunkt der Reaktion der niederländischen Regierung auf das Fernschreiben vom 29. November 1988 (16. Januar 1989) und dem Erlaß der angefochtenen Entscheidung (20. Dezember 1989) hatte die Kommission für ein solches Gespräch genug Zeit. Daß sich das Gespräch, wie die Kommission darlegt, nur auf öffentlich zugängliche Unterlagen habe beziehen können, ist insoweit unerheblich.

19. Aufgrund alldessen ist zu folgern, i) daß die Rechte der niederländischen Regierung in zweierlei Hinsicht verletzt wurden, nämlich durch das Fehlen einer Mitteilung, in der die Beanstandungen der Kommission rechtlich hinreichend fundiert dargelegt worden wären, und durch die Mißachtung des Grundsatzes „audiatur et altera pars", und ii) daß der niederländischen Regierung durch diese Verstöße die Möglichkeit genommen wurde, sich in Kenntnis der Sachlage eine Meinung zu bilden und ihren Standpunkt zu vertreten. Meines Erachtens liegt daher eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften vor, so daß die Entscheidung der Kommission aus diesem Grund für nichtig zu erklären ist. Für den Fall jedoch, daß der Gerichtshof der Auffassung sein sollte, die Kommission habe die Verteidigungsrechte der niederländischen Regierung doch beachtet, sind im folgenden die von den Klägern angeführten weiteren Klagegründe zu prüfen.

35 — Urteil vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84 (CBEM/CLT und IPB, Slg. 1985, 3261).

36 — Siehe Gegenerwiderung in der Rechtssache C-48/90, Nr. 32 a. E.

3. *Rügen im Zusammenhang mit der Begründung der angefochtenen Entscheidung*

20. Die von der niederländischen Regierung und der PTT Post BV im Rahmen dieses Klagegrundes vorgebrachten Rügen lassen sich in vier Gruppen unterteilen:

i) *Terminologie:* Die Entscheidung sei unzureichend begründet oder sogar unverständlich, da die Kommission wesentliche Begriffe miteinander vermenge; die „Berichtigungen" vom 2. Februar 1990 könnten dem nicht abhelfen, da sie inhaltliche Änderungen der angefochtenen Entscheidung darstellten;

ii) die Entscheidung sei *unverständlich,* da sie das erforderliche Verständnis der fraglichen Vorschriften und Dienste vermissen lasse;

iii) der Entscheidung fehle die *tatsächliche Grundlage,* da sie von unrichtigen Fakten ausgehe;

iv) der *verfügende Teil* sei zu weit gefaßt, da er von der Begründung der Entscheidung nicht getragen werde; außerdem sei er zu ungenau, da er nicht verdeutliche, wie die niederländische Regierung ihren Verpflichtungen aus dem Vertrag nachkommen solle.

Bei der Prüfung dieser Rügen ist von der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes auszugehen, wonach die Verpflichtung aus Artikel 190 EWG-Vertrag, eine Handlung der Gemeinschaft zu begründen, einerseits den Betroffenen in die Lage versetzen soll, zu prüfen, ob die Handlung mit einem Fehler behaftet ist, aufgrund dessen ihre Rechtmäßigkeit bezweifelt werden kann, und andererseits die gerichtliche Nachprüfung ermöglichen soll. Daher müssen die Überlegungen des Organs, das die Handlung erlassen hat, klar und unzweideutig zum Ausdruck kommen, so daß die Betroffenen die Gründe für die erlassene Maßnahme erfahren können [37].

Hierzu werde ich längere Ausführungen machen, da die angeführten Klagegründe eine ins einzelne gehende und teilweise sehr differenzierte Prüfung erfordern. Wäre es üblich, so würde ich große Teile meiner Darlegungen bis einschließlich zur Nr. 34 in (bisweilen ganz) kleiner Schrifttype wiedergeben.

a) Die in der Entscheidung verwendete Terminologie und die Berichtigungen

21. Die niederländische Regierung und die PTT Post BV halten die Begründung der angefochtenen Entscheidung für unverständlich, da sie die zentralen Begriffe Basispostdienst, expressepost (oder spoedbesteldienst) und koeriersdiensten unrichtig und/oder doppeldeutig verwende. Ihrer Ansicht nach ergibt sich dies vor allem, aber nicht ausschließlich, aus dem Umstand, daß die Kommission einige Zeit nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung eine Reihe „Berichtigungen" zu dieser Entscheidung veröffentlicht habe [38]. Diese „Berichtigungen", die nur in der niederländischen Aus-

37 — Vgl. z. B. Urteil vom 30. September 1982 in der Rechtssache 108/81 (Amylum/Rat, Slg. 1982, 3107, insbesondere Randnr. 19) und Urteil vom 14. Juli 1983 in der Rechtssache 176/82 (Nebe/Kommission, Slg. 1983, 2475, insbesondere Randnr. 21).

38 — Die Berichtigungen wurden im Amtsblatt vom 2. Februar 1990, S. 46, veröffentlicht.

gabe des Amtsblatts bekanntgemacht wurden, ergingen nicht in Form einer Entscheidung (was von der Kommission auch nicht beabsichtigt war). Wenn diese Berichtigungen also (wie die niederländische Regierung und die PTT Post BV vortragen) inhaltliche Änderungen der angefochtenen Entscheidung enthalten, dürfen diese Änderungen bei der Beurteilung der Frage, ob die Entscheidung ordnungsgemäß begründet ist, nicht berücksichtigt werden[39]. Die niederländische Regierung hat sogar ausdrücklich die Nichtigerklärung dieser Berichtigungen beantragt, da es sich dabei ihrer Ansicht nach um eine neue Entscheidung der Kommission handelt, die ohne Beachtung der einschlägigen Verfahrensvorschriften erlassen worden sei.

22. Ich möchte vorab sagen, daß mich die Argumentation der Kläger hinsichtlich der inhaltlichen Auswirkung der Berichtigungen auf die angefochtene Entscheidung in ihrer Allgemeinheit nicht überzeugt. Meines Erachtens ist im vorliegenden Fall zwischen drei Arten von Berichtigungen zu unterscheiden. Die *erste* Art von Berichtigungen besteht in der Klar- oder Richtigstellung offensichtlicher sprachlicher Fehler — dies ist bei den letzten beiden Berichtigungen, nämlich der Ersetzung der Formulierung „de artikelen 2 en 12" (die Artikel 2 und 12)[40] durch „de bepalingen van de artikelen 2 en 12" (die Bestimmungen der Artikel 2 und 12) und der Korrektur von „opgelegt" in „opgelegd", der Fall —, die natürlich nicht auf einen Mangel in der Begründung der Entscheidung hindeuten.

39 — Vgl. Urteil vom 23. Februar 1988 in der Rechtssache 131/86 (Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1988, 905, Randnrn. 31 bis 39).

40 — Diese Änderung wurde unstreitig auf Wunsch der niederländischen Regierung vorgenommen, die klargestellt sehen wollte, daß *nicht alle* Bestimmungen der Artikel 2 und 12 des Postgesetzes von 1988 von der Unvereinbarkeitserklärung erfaßt seien.

23. Mit der *zweiten* Art von Berichtigungen sollte in die in der Entscheidung verwendete Terminologie mehr Einheitlichkeit gebracht (insbesondere die Ersetzung von „expressepost" durch „koeriersdiensten" oder „koeriersdienst" in den Randnummern 11 und 17 der Begründung) oder die verwendete Terminologie richtiggestellt werden; siehe Randnummer 3 der Begründung, in der „expressepost" durch „koeriersdienst" ersetzt wird, und Randnummer 9 der Begründung, in der die Formulierung „de verzending van expressebrieven" (der Versand von Expreß-Briefen) durch die Wendung „de versnelde verzending van brieven door koeriersdiensten" (der Eilversand von Briefen durch Eil-Kurierdienste) ersetzt wird.

Entgegen der Auffassung der niederländischen Regierung führen diese Berichtigungen jedoch ebensowenig zu inhaltlichen Änderungen der angefochtenen Entscheidung. Die durch diese Berichtigungen vorgenommenen terminologischen Klar- bzw. Richtigstellungen bestätigen nur, was sich bereits aus dem Zusammenhang der Entscheidung ergibt. Hierbei darf auch nicht aus den Augen verloren werden, daß die Bedeutung und die gegenseitige Abgrenzung der Begriffe „expressepost" (oder „expressevervoer" [Expreß-Beförderung] oder aber „expressedienst" [Expreß-Dienst]), „spoedbesteldienst" und „koeriersdienst" keineswegs sehr deutlich ist und daß dies für den Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung noch mehr gilt. Dies liegt daran, daß es sich dabei um Begriffe handelt, die sich auf Dienste beziehen, von denen einige sich erst vor kurzem entwickelt haben und die häufig durch eine anhaltende und schnelle Entwicklung gekennzeichnet sind, so daß es nicht immer einfach ist, sie voneinander zu unterscheiden. Die für diese Dienste gebräuchlichen Bezeichnungen lie-

gen daher auch keineswegs fest. Das gilt insbesondere für die Begriffe „expressepost", „expressevervoer" und „expressedienst" einerseits und „koeriersdienst" andererseits. Die erstgenannten Begriffe sind nämlich doppeldeutig, da sie als Synonyme sowohl für „spoedbesteldienst" (d. h. den Eilbeförderungsdienst, der im Rahmen des Basispostdienstes angeboten wird) als auch für „koeriersdienst" (d. h. die — mannigfaltigen — Dienste für die individualisierte Eilbeförderung von Briefen, die zunächst nur von Privatunternehmen und später auch von der Post angeboten wurden) gebraucht werden. Eben wegen dieser Doppeldeutigkeit hat es übrigens die PTT Post BV vorgezogen, in ihren Schriftsätzen den Begriff „expressepost" überhaupt nicht zu verwenden. Trotzdem gebraucht sie diesen Begriff in der Praxis durchaus, nämlich um ihren eigenen Eilzustelldienst zu bezeichnen, wie die Fotokopie des Briefumschlags zeigt, den die Kommission ihrer Klagebeantwortung in der Rechtssache C-66/90 als Anlage 2 beigefügt hat[41]. Überdies hat die Kommission darauf hingewiesen[42] — ohne daß ihr in diesem Punkt von den Postunternehmen widersprochen worden ist —, daß die Postunternehmen im Dezember 1989 (d. h. unmittelbar vor Erlaß der Entscheidung) angekündigt hätten, sie würden Eil-Kurierdienste sowohl unter der Bezeichnung „EMS Express" als auch unter der Bezeichnung „EMS Courier" anbieten[43]. Daher bin ich der Auffassung, daß in dieser Rechtssache der Kommission die Doppeldeutigkeit als Folge des vermengten Gebrauchs der Begriffe „expressepost", „spoedbesteldienst" und „koeriersdienst" nicht zum Vorwurf gemacht werden kann und daß die angefochtene Entscheidung durch die Berichtigungen, die auf eine deutlichere Unterscheidung zwischen „expressepost" (im Sinne von „spoedbesteldienst") und „koeriersdienst" abzielen, nicht geändert worden ist.

Außerdem ist — und hierum geht es letztlich — keiner der durch die zweite Art von Berichtigungen geänderten Ausdrücke dazu angetan, die Begründung der Entscheidung unverständlich zu machen. Aus dem Zusammenhang wird nämlich immer wieder deutlich, daß sich der Begriff „expressepost" auf „koeriersdiensten" und nicht auf „spoedbesteldiensten" bezieht. Mit anderen Worten, die Berichtigungen haben nur klargestellt, was sich bereits aus dem Zusammenhang der Entscheidung selbst ableiten läßt.

24. Bleibt noch eine *dritte* Art von Berichtigungen, und zwar die Berichtigung von Randnummer 4 der Begründung, in der in der zweiten Zeile das Wort „spoedbestelling" durch das Wort „koeriersdienst" ersetzt wurde. Es ist klar, daß der ursprüngliche Text der Entscheidung ein Redaktionsversehen enthält, das diesmal nicht durch die Unklarheit hinsichtlich der Ausdrücke „expressepost" und „koeriersdienst" gemildert wird. Demgegenüber kann jedoch meines Erachtens nicht ernsthaft behauptet werden, dieses Redaktionsversehen mache die Begründung der Entscheidung unverständlich. Das Versehen kommt nämlich im ersten Satz von Randnummer *4* der Begründung der Entscheidung vor, in der die un-

41 — Auch in der „amtlichen" Wortwahl des Weltpostvereins werden die Begriffe „spoedbesteldienst" und „expressepost" durcheinander verwendet, wie die PTT Post BV in ihrer Gegenerwiderung in der Rechtssache C-66/90 selbst bemerkt.

42 — Siehe Nr. 30 der Klagebeantwortung in der Rechtssache C-66/90 a. E.

43 — In Fußnote 24 der Gegenerwiderung in der Rechtssache C-66/90 führen die Postunternehmen zwar an, diese „Eildienste" seien erst am 1. Juni 1990, also nach Erlaß der Entscheidung, tatsächlich *eingerichtet* worden. Sie bestreiten jedoch nicht, daß diese Einrichtung bereits im Dezember 1989 angekündigt worden sei.

mittelbar zuvor in Randnummer 3 der Begründung getroffene Unterscheidung zwischen „basispostdienst" und „koeriersdienst" fortgeführt wird (vgl. die Verwendung des Wortes „eveneens" [ebenfalls]). Obwohl das Redaktionsversehen der Kommission gewiß zu bedauern ist, stellt es doch unter Berücksichtigung des Zusammenhangs kein Hindernis für die Verständlichkeit der Begründung der angefochtenen Entscheidung in diesem Punkt dar.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelange ich zu dem Schluß, daß die Berichtigungen entgegen der Auffassung der niederländischen Regierung und der PTT Post BV nicht beweisen, daß die Begründung der angefochtenen Entscheidung nicht deutlich genug oder gar unverständlich ist. Vielmehr bin ich zu der Auffassung gelangt, daß die fraglichen Berichtigungen *entweder* als offensichtliche grammatische oder stilistische Korrekturen *oder* als sprachliche Klarstellungen, die nicht der Kommission zurechenbare begriffliche Unsicherheiten ausräumen, *oder aber* als Korrekturen von Redaktionsversehen anzusehen sind und daß keine dieser Berichtigungen der Verständlichkeit der Begründung der angefochtenen Entscheidung entgegensteht. Für die Beurteilung der angefochtenen Entscheidung ist es daher nicht von großer Bedeutung, ob die fraglichen Berichtigungen berücksichtigt werden können. Was den gesonderten Antrag der niederländischen Regierung auf Nichtigerklärung der Berichtigungen angeht, so scheint mir dieser Antrag nur insoweit begründet zu sein, als er sich auf die dritte Art von Berichtigungen, d. h. die Ersetzung des Worts „spoedbestelling" durch das Wort „koeriersdienst" in Randnummer 4 der Begründung, bezieht. Alle anderen Berichtigungen bringen meines Erachtens keine materielle Änderung des Inhalts der Entscheidung mit sich.

25. Die Kläger tragen weiter vor, die Begründung der Entscheidung sei als Folge einer Reihe von der Kommission *nicht* berichtigter Begriffsvermengungen unverständlich.

Dabei zeigt sich aber, daß es immer wieder um den Gebrauch der Begriffe „expressepost" oder „expressedienst" geht, mit denen *entweder* die Eil-Kurierdienste (siehe die Randnummern 4, 5 und 15 der Begründung sowie Artikel 1 der Entscheidung) *oder* der von den Postunternehmen zum Zeitpunkt des Erlasses angebotene „EMS"-Dienst bezeichnet werden sollen, der (damals) in gewissem, jedoch nicht vollem Umfang mit den von privaten Unternehmen angebotenen Eil-Kurierdiensten vergleichbar war (siehe die Randnummern 5, 6, 14 und 17 der Begründung der Entscheidung). Ich brauche daher nur zu wiederholen, was ich bereits oben (Nr. 23) gesagt habe: Da die Ausdrücke „expressepost" und „expressedienst" auch zur Bezeichnung der Eil-Kurierdienste verwendet werden, kann ihr Gebrauch nicht als Redaktionsversehen qualifiziert werden. Ebensowenig macht der Gebrauch dieser Begriffe meines Erachtens die Begründung der angefochtenen Entscheidung unverständlich. Der erste Teil des dritten Klagegrunds ist daher zurückzuweisen.

b) Fehlendes Verständnis der betreffenden Vorschriften und Dienste?

26. Vor allem die PTT Post BV hat die angefochtene Entscheidung in diesem Punkt kritisiert. Ihre Ausführungen erscheinen jedoch nicht sehr überzeugend. So wird der Kommission vorgeworfen, in der angefochtenen Entscheidung die PTT Post BV (an-

statt ihre Muttergesellschaft, die Koninklijke PTT Nederland NV) als Inhaber der ausschließlichen Konzession für die Briefbeförderung bezeichnet und zu Unrecht behauptet zu haben, daß der Höchstpreis für die obligatorischen Beförderungsdienstleistungen der Postunternehmen 4,50 HFL anstatt 14 HFL, die dem Höchstpreis für die Eilzustellung eines Briefes in einen anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft entsprächen, betrage. Ich denke nicht, daß derartige Einzelversehen die Begründung der angefochtenen Entscheidung fehlerhaft oder unverständlich machen.

27. In grundsätzlicherer Hinsicht tragen die Postunternehmen noch vor, daß die Entscheidung fehlerhaft begründet sei, i) weil die Kommission den Sinn und Zweck der Mindestpreisregelung für Eil-Kurierdienste mißverstanden habe und ii) weil sie bei ihrer Meinungsbildung nicht dem Umstand Rechnung getragen habe, daß Eil-Kurierunternehmen zunehmend Dienstleistungen entwickelt hätten, die mit den von den Postunternehmen im Rahmen ihrer gesetzlichen Beförderungspflicht angebotenen Dienstleistungen in unmittelbarem Wettbewerb stünden.

Im Hinblick auf die Anwendung des Artikels 190 EWG-Vertrag erscheint diese Kritik als nicht sehr stichhaltig. Mit ihr soll nämlich nicht dargetan werden, daß die Begründung der streitigen Handlung doppeldeutig, unklar oder unverständlich sei. Die Rüge hinsichtlich Sinn und Zweck der Mindestpreisregelung steht vielmehr in engem Zusammenhang mit dem Kern der Sache: Es geht darum, ob die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zu Recht die Auffassung vertreten hat, daß die Mindestpreisregelung zur Aufrechterhaltung des Basispostdienstes nicht erforderlich sei[44]. Auf diesen Punkt komme ich später (Nrn. 48 bis 52) zu sprechen. Die Rüge hinsichtlich der Ausweitung des Dienstleistungsumfangs der Eil-Kurierunternehmen geht in Wirklichkeit dahin, daß die Kommission einen wesentlichen tatsächlichen Gesichtspunkt nicht in ihre Beurteilung einbezogen habe, so daß diese unzutreffend sei. Auch hier geht es, richtig betrachtet, nicht so sehr um einen Verfahrensverstoß, sondern um eine Sachrüge, die sich auf angebliche Unzulänglichkeiten bei der Tatsachenprüfung (nämlich hinsichtlich des Wettbewerbsverhältnisses zwischen der PTT Post BV und den privaten Eil-Kurierdiensten) und die darauf beruhenden rechtlichen Schlußfolgerungen bezieht. Diese Rüge ist im Rahmen des Sachvorbringens der Kläger zu prüfen[45].

c) Fehlt der Entscheidung die tatsächliche Grundlage?

28. Im Rahmen dieses Teils des dritten Klagegrundes tragen die Kläger vor, der angefochtenen Entscheidung fehle die tatsächliche Grundlage, da in ihr zu Unrecht angenommen werde, daß die Voraussetzungen, die im Postgesetz von 1988 für das Erbringen von Eil-Kurierdienstleistungen im, von oder nach dem niederländischen Hoheitsgebiet (oben, Nr. 3) aufgestellt würden, nicht für die PTT Post BV gälten, wenn dieses Unternehmen Eil-Kurierdienstleistungen anbiete.

Ich möchte gleich darauf hinweisen, daß es sich hier um einen Punkt handelt, der für die Entscheidung in den vorliegenden Rechtssachen von wesentlicher Bedeutung ist. Auf die Befreiung der Postunternehmen (anders gesagt, die Diskriminierung der privaten Eil-Kurierunternehmen) stützt sich

44 — Siehe Randnrn. 17 f. der Begründung der Entscheidung.

45 — Vgl. Urteil vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-62/86 (AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Randnrn. 25 f.).

nämlich die Auffassung der Kommission, daß wir es hier mit drei Arten des Mißbrauchs im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag zu tun haben[46]. Mit anderen Worten, wenn der Gerichtshof die Auffassung vertreten sollte, daß die Kommission zu Unrecht von der Befreiung der Postunternehmen ausgegangen ist, entfällt damit auch ein unentbehrlicher tatsächlicher Gesichtspunkt für die in der Entscheidung vorgenommene rechtliche Würdigung, so daß der Nichtigkeitsklage stattzugeben wäre.

29. Außerdem weise ich darauf hin, daß es hier *nicht* um die (objektiv) richtige Auslegung der fraglichen niederländischen Rechtsvorschriften geht, über die letztlich allein ein nationales Gericht Aufschluß geben kann. Vielmehr hat der Gerichtshof zu prüfen, ob die Kommission im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung *vernünftigerweise davon ausgehen durfte*, daß die drei im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen nicht für die Postunternehmen gälten[47]. Angesichts des Wortlauts des Postgesetzes von 1988 und der zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung bestehenden tatsächlichen Lage halte ich aber den Standpunkt der Kommission für vertretbar.

Der Hauptanhaltspunkt hierfür ist, daß das Postgesetz nach Systematik und Wortlaut auf die Einführung *zweier* unterschiedlicher rechtlicher Regelungen gerichtet ist, und zwar einer Regelung für den „Inhaber der Konzession" (d. h. die PTT Nederland NV und die PTT Post BV[48]) einerseits und eine Regelung für „andere als den Konzessionsinhaber" andererseits. Dieser Unterschied in der „rechtlichen Stellung" äußert sich insbesondere in Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe a des Postgesetzes, wonach es „anderen als dem Konzessionsinhaber" verboten ist, Briefe bis 500 g Gewicht zu befördern, wenn sie nicht die drei bereits genannten Voraussetzungen (Qualitätsvoraussetzungen, Mindestpreisregelung und Registrierungsvoraussetzung) erfüllen[49].

Er äußert sich auch in Artikel 12 Absatz 2 Buchstaben b und d, in denen weitere Ausnahmen vom Postmonopol für Briefe gemacht werden, die „im Auftrag des Konzessionsinhabers befördert werden" oder „offensichtlich zur Beförderung durch den Konzessionsinhaber oder zur Auslieferung nach Beförderung durch den Konzessionsinhaber bestimmt sind" (wobei sich der Begriff „Beförderung" ebenso sehr auf die normale wie die Eilbeförderung zu beziehen scheint).

Nach Auffassung der Kläger bezieht sich die Formulierung „andere als der Konzes-

46 — Siehe die Zusammenfassung der angefochtenen Entscheidung, oben Nr. 4. Ob die Diskriminierung der privaten Eil-Kurierdienste tatsächlich zu einem Mißbrauch der beherrschenden Stellung der PTT Post BV führt, wird unten in den Nrn. 41 bis 46 ausführlich behandelt.

47 — Vgl. Urteil vom 7. Februar 1979 in den verbundenen Rechtssachen 15/76 und 16/76 (Frankreich/Kommission, Slg. 1979, 321). Natürlich ist nicht auszuschließen, daß die Kommission, wenn sie der niederländischen Regierung in der gebotenen Weise Gelegenheit gegeben hätte, ihren Standpunkt sowohl zu den Beschwerdepunkten hinsichtlich des Postgesetzes von 1988, die sie später als begründet ansah, als auch zu der Stellungnahme der privaten Eil-Kurierdienste zum Antwortschreiben der niederländischen Regierung vom 16. Januar 1989 zu Gehör zu bringen, letztlich zur Frage der Geltung der Voraussetzungen des Postgesetzes von 1988 für die PTT Post BV zu einer anderen Schlußfolgerung gelangt wäre. Da ich oben (Nr. 19) jedoch zu dem Schluß gelangt bin, daß die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Verletzung wesentlicher Formvorschriften gleichkommt, brauche ich nicht zu prüfen, ob dieser Verstoß auch konkrete nachteilige Folgen für die Rechtsstellung der niederländischen Regierung hatte. In diesem Teil meiner Schlußanträge, der, wie gesagt, hilfsweise vorgetragen wird, prüfe ich das Vorbringen im Zusammenhang mit der tatsächlichen Geltung der im Postgesetz von 1988 aufgestellten Voraussetzungen für die PTT Post BV, wobei ich unterstelle, daß die Kommission keine wesentlichen Formvorschriften verletzt hat *und daher nicht verpflichtet war*, ein weiteres Gespräch mit der niederländischen Regierung zu führen. Mit anderen Worten, das im Text genannte Billigkeitsurteil bezieht sich auf das Verhalten der Kommission unter Berücksichtigung der ihr tatsächlich vorliegenden Informationen.

48 — Die ausschließliche Konzession wurde der PTT Nederland NV gewährt; diese Gesellschaft errichtete zur Durchführung des öffentlichen Postdienstes eine eigene Tochtergesellschaft, die PTT Post BV.

49 — Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschrift sind nach Artikel 17 Absatz 1 des Postgesetzes strafbar.

sionsinhaber" auch auf die PTT Post BV, soweit dieses Unternehmen Eil-Kurierdienstleistungen erbringe. Diese Auslegung ist aber kaum mit Systematik und Wortlaut des Postgesetzes zu vereinbaren, da die Postunternehmen zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes (26. Oktober 1988) keine Eil-Kurierdienstleistungen über ein besonderes und von ihnen klar getrenntes Unternehmen (z. B. eine eigens gegründete juristische Person mit unabhängiger Geschäftsleitung) anboten. Die von den Postunternehmen gegen Ende 1988 angebotenen Eil-Beförderungsdienste waren nämlich vollständig in die Postunternehmen selbst integriert und benutzten die Infrastruktur (u. a. die Postämter und Zustellfahrzeuge), die Erleichterungen (Befreiung von der Mehrwertsteuer hinsichtlich der Behandlung von Sendungen innerhalb der Niederlande) und den Handelsnamen der Postunternehmen.

30. Eine weitere Stütze findet die Auffassung der Kommission in der Formulierung der Qualitätsvoraussetzung in Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe a Nr. 1 des Postgesetzes, wonach Eil-Kurierunternehmen verpflichtet sind, Dienstleistungen zu erbringen, „die die Qualität der Dienstleistungen bei der normalen Eilbeförderung, die der Konzessionsinhaber jedermann im ganzen Land anbietet, ... deutlich übertreffen". Selbst wenn man entgegen der in Nummer 29 geäußerten Auffassung annähme, daß diese Voraussetzung auch für die von der PTT Post BV angebotenen Eil-Kurierdienstleistungen gilt, würde eine derartige Auslegung zu praktisch unlösbaren Anwendungsproblemen führen. Dann müßte man nämlich bei jedem „Eil"-Beförderungsdienst der Postunternehmen (zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung waren mindestens drei solcher Dienste angekündigt oder sogar schon tätig, und zwar die Dienste „EMS Express", „EMS Time-Net" und „EMS Courier") prüfen, ob er als (unter die ausschließliche Konzession fallender und damit nicht den Voraussetzungen unterworfener) Eilzustelldienst oder als Eil-Kurierdienst im echten Wortsinne anzusehen ist. Zur Veranschaulichung nur ein Beispiel: Es ist unstreitig, daß die Postunternehmen bis Juni 1990 einen Eilzustelldienst *mit Abholdienst* anboten. Es liegt auf der Hand, daß ein solcher Dienst wegen der Zusatzleistung mit einem Eil-Kurierdienst gleichzusetzen ist. Dann ergibt sich aber, daß diese Dienstleistung dem Qualitätserfordernis, insbesondere dem Erfordernis der „Lokalisierbarkeit während der Beförderung", nicht gerecht wird, da der Eilzustelldienst mit Abholdienst nicht mit Hilfe eines sogenannten „tracking-and-tracing"-Systems verrichtet wird. Ein solches „tracking-and-tracing"-System wurde nach Angaben der Postunternehmen selbst [50] erst am 1. Juni 1990 in Dienst gestellt, so daß auch die anderen bei Erlaß der Entscheidung bestehenden Eildienste der Postunternehmen (u. a. der EMS-Dienst „alten Stils") der Qualitätsvoraussetzung nicht entsprachen [51]. Daher lag es für die Kommission im Dezember 1989 nahe, aus dieser Situation zu folgern, daß die Eildienste der PTT Post BV der Qualitätsvoraussetzung einfach nicht unterlägen.

50 — Siehe Gegenerwiderung der Postunternehmen in der Rechtssache C-66/90, Fußnote 24 und dazugehöriger Textteil.

51 — Die Streithelferinnen NVIK und NOB haben überdies eine Reihe Unterlagen vorgelegt, die darauf hindeuten, daß sich die Postunternehmen zur Zeit des Erlasses der Entscheidung im Rahmen ihrer Eildienste nicht an die Mindestpreisregelung gehalten haben (siehe insbesondere Anlagen 21 und 24 ihrer Erklärungen). Die Postunternehmen bestreiten dies mit Nachdruck. Ich halte es nicht für erforderlich, diesen Punkt (in tatsächlicher Hinsicht) zu klären, da sich die Nichtgeltung der Voraussetzungen für die Postunternehmen bereits hinreichend deutlich daraus ergibt, daß die Eildienste der Postunternehmen die Qualitätsvoraussetzung nicht erfüllen.

31. Für die Auffassung der Kläger spricht allein eine „nota van toelichting" (Erläuterungsnote) zum „besluit minimumtarieven koeriersdiensten" (Verordnung über Mindestpreise der Eil-Kurierdienste)[52] sowie eine Passage aus den Materialien zum Gesetz[53]. Die Materialien sind aber durchaus nicht eindeutig. So hat der Bevollmächtigte der Streithelferinnen NOB und NVIK in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, daß der Minister für Verkehr und Wasserwirtschaft während der parlamentarischen Behandlung vorgeschlagen habe, in Artikel 13 des Gesetzes ein System von Einzelbefreiungen von der ausschließlichen Konzession zugunsten privater Eil-Kurierdienste einzuführen. Gegen Ende der parlamentarischen Behandlung wurde diese Regelung in eine allgemeine Ausnahme umgestaltet und in Artikel 12 Absatz 2 aufgenommen; mit anderen Worten, die Entstehungsgeschichte des Artikels 12 Absatz 2 deutet gewiß nicht darauf hin, daß diese Ausnahmen auch für Eil-Kurierdienste gelten sollten, die die Postunternehmen gegebenenfalls selbst wahrnehmen. Vor allem durfte die Kommission aber davon ausgehen, daß die Materialien keine Auslegung contra legem rechtfertigen könnten. Im übrigen ist bezeichnend, daß die niederländische Regierung, wie sie in ihrer Gegenerwiderung in der Rechtssache C-48/90 ausgeführt hat, „aus Anlaß der aufgeworfenen Fragen" einen Gesetzentwurf zur Änderung des Postgesetzes im niederländischen Parlament einbringen wird, „um jedes weitere Mißverständnis hinsichtlich der Postunternehmen auf diesem Gebiet auszuschließen".

Ich gelange deshalb zu dem Schluß, daß die Kommission in der angefochtenen Entscheidung vernünftigerweise davon ausgehen durfte, daß die PTT Post BV der Voraussetzung nicht unterworfen war, die das Postgesetz von 1988 für die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen im, von und nach dem niederländischen Hoheitsgebiet aufgestellt hatte. Das bedeutet, daß ich im folgenden (Nrn. 35 ff.) die *Begründetheit* der Entscheidung zu beurteilen habe, und zwar ausgehend von der Annahme, daß tatsächlich eine Diskriminierung der privaten Eil-Kurierdienste gegenüber den Postunternehmen vorlag.

d) Der verfügende Teil der Entscheidung

32. Die niederländische Regierung und die PTT Post BV machen zunächst geltend, der verfügende Teil der Entscheidung sei zu unklar, weil er keine Anweisungen an die niederländische Regierung in bezug auf die Maßnahmen enthalte, die sie ergreifen müsse, um den behaupteten Verstoß gegen den EWG-Vertrag abzustellen.

Diese Rüge ist meines Erachtens nicht stichhaltig. Die Kommission ist im Rahmen der nach Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag zu erlassenden Entscheidungen befugt und beauftragt, die Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewährt haben, mit dem EWG-Vertrag zu klären. Es geht daher um eine Beurteilung dieser Maßnahmen im Lichte vornehmlich[54] unmittelbar anwendbarer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts. Dagegen gehört es nicht zum Auftrag der Kommission, konkret zu ermitteln, welches Vorgehen nach innerstaatlichem Recht notwen-

52 — Siehe Anlage 2 zur Klageschrift der niederländischen Regierung in der Rechtssache C-48/90.

53 — „Nota naar aanleiding van het eindverslag" (Note zum Abschlußbericht), der Klageschrift der PTT Post BV in der Rechtssache C-66/90 als Anlage 2 beigefügt.

54 — Siehe oben, Nr. 10, und Fußnote 24.

dig, geboten oder möglich ist, um die festgestellten Zuwiderhandlungen abzustellen.

Die Rüge der Kläger würde nur dann durchgreifen, wenn diese darlegten, daß die gemeinschaftsrechtliche Prüfung der staatlichen Maßnahmen durch die Kommission dermaßen unklar und/oder verworren sei, daß die Kommission es dem betreffenden Mitgliedstaat unmöglich mache, nachzuvollziehen, auf welche Art und Weise die festgestellten Zuwiderhandlungen beendet werden könnten. Daß dies der Fall sei, ist von den Klägern in den vorliegenden Rechtssachen aber nicht dargetan worden. Die streitige Entscheidung ist nämlich gegen die gesetzliche Vorzugsregelung gerichtet, in deren Genuß die PTT Post BV kommt, wenn dieses Unternehmen Eil-Kurierdienstleistungen anbietet, berücksichtigt man die Folgen, die diese Diskriminierung für den Wettbewerb auf dem Markt der Eil-Kurierdienstleistungen hat (siehe die umfassenden Darlegungen in den Randnummern 11 bis 18 der Begründung im Zusammenhang mit dem Mißbrauch einer beherrschenden Stellung, dessen Folgen für den zwischenstaatlichen Handelsverkehr und der Nichtanwendbarkeit der Ausnahme des Artikels 90 Absatz 2). Es ist Sache der niederländischen Regierung, die notwendigen Schritte zu unternehmen, um diese Verletzung des EWG-Vertrags abzustellen, falls der Gerichtshof die vorliegende Klage abweist. Die nächstliegende Maßnahme besteht natürlich in der Beseitigung der bestehenden Diskriminierung und in der Einführung anderer Vorschriften, die nicht gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen. Worin diese neuen Vorschriften genau zu bestehen haben, ist, wie gesagt, nicht von der Kommission, sondern von der niederländischen Regierung zu bestimmen. Das kann diese natürlich nicht daran hindern, sich, wenn sie es wünscht, an die Kommission zu wenden, um die Annehmbarkeit der von ihr geplanten Maßnahmen zu besprechen oder sogar um der Kommission im Hinblick auf die bei der Durchführung der Entscheidung entstehenden Schwierigkeiten angemessene Änderungen dieser Entscheidung vorzuschlagen [55]. Artikel 5 EWG-Vertrag verlangt nämlich von der Kommission und den Mitgliedstaaten, daß sie bei der Lösung etwaiger Probleme bei der Erfüllung der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen redlich zusammenwirken [56].

33. Die Kläger sind weiter der Ansicht, der verfügende Teil der angefochtenen Entscheidung sei zu weit, da er in zweierlei Hinsicht nicht von der Begründung getragen werde. Zunächst rügen sie, daß der verfügende Teil nicht nur gegen den Mindestpreis (von 11,90 HFL) für Bestimmungsorte innerhalb der Gemeinschaft, sondern auch gegen den Mindestpreis (von 17,50 HFL) für Bestimmungsorte außerhalb der Gemeinschaft gerichtet sei.

Diese Rüge scheint mir in der Tat begründet zu sein. Der Teil der Begründung der angefochtenen Entscheidung, in dem die Unvereinbarkeit der Mindestpreisregelung mit Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 dargelegt wird, ist speziell auf den Mindesttarif zugeschnitten, der für Bestimmungsorte in den Niederlanden oder in anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft gilt (siehe insbesondere Randnummer 15 der Begründung). Obwohl nicht auszuschließen ist, daß diese Begründung auch für den Mindestpreis für Eil-Kurierdienstleistungen zwischen den Niederlanden und Ländern au-

55 — Diese Schwierigkeiten können gegebenenfalls auch die *Frist* betreffen, die in der fraglichen Entscheidung für ihre Durchführung festgesetzt worden ist; so behauptet die niederländische Regierung, die in der angefochtenen Entscheidung gesetzte Frist sei „übertrieben kurz".

56 — Dies hat der Gerichtshof auf dem Gebiet der Beihilfemaßnahmen bereits mehrmals bestätigt, siehe z. B. Urteil vom 2. Februar 1989 in der Rechtssache 94/87 (Kommission/Deutschland, Slg. 1989, 175, insbesondere Randnr. 9) und Urteil vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 52/84 (Kommission/Belgien, Slg. 1986, 89, insbesondere Randnr. 16).

ßerhalb der Gemeinschaft gilt, enthebt dies die Kommission nicht ihrer Aufgabe, ihre Entscheidung in diesem Punkt zu begründen. Das gilt insbesondere dann, wenn eine derartige entsprechende Anwendung nicht auf der Hand liegt: So stellt sich zum Beispiel die Frage, ob der Mindestpreis für Eil-Kurierdienstleistungen zwischen den Niederlanden und Ländern außerhalb der Gemeinschaft geeignet ist, den Handel *zwischen Mitgliedstaaten* zu beeinträchtigen. Die angefochtene Entscheidung, insbesondere Randnummer 15 der Begründung, enthält insoweit keinen einzigen Hinweis, so daß sie in diesem Punkt nicht als hinreichend begründet angesehen werden kann.

34. Nach Ansicht der Kläger ist der verfügende Teil der angefochtenen Entscheidung noch unter einem zweiten Gesichtspunkt zu weit, und zwar soweit darin die Verpflichtung der Eil-Kurierunternehmen, ihre Tarife im voraus registrieren zu lassen, ohne hinreichende Begründung für mit dem EWG-Vertrag unvereinbar erklärt werde.

Auch diese Rüge greift meines Erachtens durch. In den Entscheidungsgründen der angefochtenen Entscheidung wird die Registrierungsverpflichtung nur im letzten Absatz der Randnummer 1 der Begründung behandelt. Dort heißt es, mit der Registrierungsverpflichtung

„soll jegliche Flexibilität bei der Aushandlung der Tarife mit Großkunden ausgeschaltet werden. Besonders betroffen von dieser ... [Verpflichtung] sind die außerhalb der Niederlande niedergelassenen Unternehmen, die ihre gesamten Tarife unabhängig von der Anzahl der in den Niederlanden angenommenen Sendungen jährlich [in Den Haag] eintragen lassen müssen".

Die Entscheidung beschränkt sich mit anderen Worten auf eine allgemeine Beschreibung der Auswirkung der Registrierungsverpflichtung auf die Tätigkeit privater Eil-Kurierunternehmen. Diese Auswirkung wird in der Begründung der angefochtenen Entscheidung zwar als ungünstig dargestellt, sie wird jedoch in keiner Weise rechtlich gewürdigt. Der Teil der Begründung, der sich mit dem Verstoß gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag befaßt, bezieht sich nämlich nur auf die Mindesttarife und die Qualitätsvoraussetzung und erwähnt die Registrierungsverpflichtung mit keinem Wort. Entgegen der Ansicht der Kommission ist diese rechtliche Bewertung nicht einfach im Analogieschluß auf die Registrierungsverpflichtung anzuwenden. Beispielsweise ist ohne Begründung nämlich nicht einsichtig, warum eine solche Verpflichtung bewirken soll, daß ein Teil des Marktes der Eil-Kurierdienste der PTT Post BV vorbehalten wird [57], warum die Benutzer von Eil-Kurierdiensten aufgrund dieser Verpflichtung genötigt sein sollen, auf den Eilpostdienst der PTT Post BV zurückzugreifen [58] oder warum diese Maßnahme die privaten Eil-Kurierdienste daran hindern soll, eine vollständige Palette von Eil-Kurierdienstleistungen anzubieten [59].

Daher ist die angefochtene Entscheidung wegen unzureichender Begründung für nichtig zu erklären, soweit sie sich auf die Mindestpreisregelung für Bestimmungsorte außerhalb der Gemeinschaft und auf die mit dem Postgesetz von 1988 eingeführte Regi-

57 — Vgl. Randnr. 11 Absatz 1 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

58 — Vgl. Randnr. 12 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

59 — Vgl. Randnr. 14 Absatz 1 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

strierungsverpflichtung für private Eil-Kurierdienste bezieht[60].

D — Prüfung des Sachvorbringens

1. *Kein Verhalten eines Unternehmens*

35. Nach Ansicht der Kläger wendet die Kommission Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 mit der angefochtenen Entscheidung falsch an. Insbesondere könnten diese beiden Bestimmungen nicht gegenüber einer Wettbewerbsbeschränkung Anwendung finden, die sich nicht aus dem Verhalten eines Unternehmens, sondern nur aus einer behördlichen Maßnahme ergebe.

Zum richtigen Verständnis dieses Klagegrunds ist der einschlägige Teil der Begründung der Entscheidung (d. h. die Randnummern 6 bis 18) näher zu betrachten. Nach Ansicht der Kommission verstoßen die vorgenannten Bestimmungen des Postgesetzes von 1988 gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86, da sie dazu führten, daß die PTT Post BV eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Eil-Kurierdienste erhalte. Dabei ist der Ausgangspunkt der, daß die PTT Post BV auf dem Markt des Basispostdienstes als Folge der ihr kraft Gesetzes zuerkannten ausschließlichen Konzession für die Beförderung von Briefen bis 500 g Gewicht über eine beherrschende Stellung verfüge[61]. Der Mißbrauch bestehe darin, daß diese beherrschende Stellung durch das Postgesetz auf den Markt der Eil-Kurierdienste ausgeweitet werde, so daß jeder Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschaltet zu werden drohe[62]. Außerdem heißt es in der angefochtenen Entscheidung, daß die neugeschaffene beherrschende Stellung der PTT Post BV auf dem Markt der Eil-Kurierdienste zu zwei weiteren Mißbräuchen führe. Erstens würden Unternehmen, die die Dienstleistungen privater Eil-Kurierunternehmen in Anspruch nehmen wollten, unbillige Preise und Konditionen auferlegt, da sie für diese Dienstleistungen einen Mindestpreis bezahlen müßten bzw. da sie Dienstleistungen unterhalb des Mindestpreises nur bei der PTT Post BV erhalten könnten[63]. Zweitens werde das Angebot auf dem Markt der Eil-Kurierdienste beschränkt, da die hochwertigen Dienstleistungen privater Eil-Kurierunternehmen nur noch zum Mindestpreis angeboten werden dürften und das Qualitätserfordernis private Eil-Kurierunternehmen daran hindere, eine vollständige Palette von Eildienstleistungen anzubieten[64]. Die Beteiligten sind sich darin einig, daß die in der angefochtenen Entscheidung genannten Wettbewerbsbeschränkungen sich nicht in erster Linie aus dem Verhalten der PTT Post BV ergäben; in der angefochtenen Entscheidung werden diese Wettbewerbsbeschränkungen vielmehr als Folge des Umstands angesehen, daß die im Postgesetz aufgestellten drei Voraussetzungen für die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen nicht für die PTT Post BV, sondern nur für die privaten Eil-Kurierunternehmen gälten. Diese Wettbewerbsbeschränkungen resultierten mit anderen Worten daraus, daß der niederländische Gesetzgeber, der die Tätig-

60 — Ich bin, mit anderen Worten, nicht der Auffassung, daß die beiden festgestellten Begründungsmängel die Gültigkeit der Entscheidung insgesamt beeinträchtigen. Die Mindestpreise für Bestimmungsorte innerhalb der Gemeinschaft bzw. für Bestimmungsorte in Drittländern können nämlich unabhängig voneinander beurteilt und angewandt werden. Was die Registrierungsvoraussetzung angeht, so geht aus der Begründung der Entscheidung (Randnrn. 11 bis 14) hervor, daß sich die wettbewerbsbeschränkenden Folgen des Postgesetzes von 1988 aus der Mindestpreisregelung und der Qualitätsvoraussetzung ergeben, und zwar auch ohne jedes Bestehen einer Registrierungsvoraussetzung. Diese stellt nach Auffassung der Kommission gleichsam einen „erschwerenden Umstand" dar.

61 — Siehe Randnr. 10 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

62 — Siehe Randnr. 11 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

63 — Siehe Randnr. 12 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

64 — Siehe Randnrn. 13 f. der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

keit eines bestimmten Unternehmens (PTT Post BV) einer günstigeren Regelung als der für seine Wettbewerber geltenden unterwerfe, unmittelbar in die Wettbewerbsstruktur eingreife. Nach Ansicht der Kommission wirkt sich dieser Eingriff in die Wettbewerbsstruktur auf den Gemeinsamen Markt genauso aus wie ein nach Artikel 86 verbotenes Verhalten eines Unternehmens, was für die Anwendung des Artikels 90 genüge. Im folgenden (Nummern 36 bis 46) werde ich zunächst auf die damit aufgeworfene grundsätzliche Frage eingehen, ob die Kommission nach Artikel 90 auch gegenüber Wettbewerbsverzerrungen tätig werden kann, die sich in erster Linie aus dem Handeln eines Mitgliedstaats ergeben.

36. Bevor ich in diesem Zusammenhang die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes erörtere, möchte ich auf die Eingrenzung dieser Frage hinweisen. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, daß die Bestimmungen des Artikels 90 *an die Mitgliedstaaten* gerichtet sind (auch wenn diese Bestimmungen Maßnahmen der Mitgliedstaaten *in bezug auf Unternehmen* betreffen). Ebensowenig ist streitig, daß die Kommission nach Artikel 90 gegen staatliche Maßnahmen vorgehen kann, die unabhängig von irgendeinem Verhalten eines Unternehmens den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt verzerren. Das wird dann der Fall sein, wenn staatliche Maßnahmen in bezug auf öffentliche Unternehmen oder Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten gegen die Vorschriften des EWG-Vertrags über die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr verstoßen. Zum Beispiel hat der Gerichtshof in dem unlängst ergangenen Urteil in der Rechtssache C-202/88 [65] ausgeführt, daß die Kommission nach Artikel 90 Absatz 3 die Mitgliedstaaten (in jener Rechtssache durch eine Richtlinie) verpflichten kann, die besonderen oder ausschließlichen Rechte betreffend den Vertrieb oder die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten, die sie Unternehmen gewährt haben, deshalb aufzuheben, weil diese Rechte gegen Artikel 30 EWG-Vertrag verstoßen. Ebenso hätte die Kommission angesichts der schwerwiegenden Beschränkungen, die Eil-Kurierunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die in den Niederlanden ihre Dienstleistungen anbieten wollen, mit der Registrierungsvoraussetzung des Postgesetzes auferlegt werden, diese Registrierungsvoraussetzung in der angefochtenen Entscheidung für unvereinbar mit Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 59 erklären können. Die Kommission hat es jedoch vorgezogen, das Postgesetz im Hinblick auf eine Bestimmung des EWG-Vertrags (nämlich Artikel 86), die nach Inhalt und Zweck das Verhalten von Unternehmen und nicht die gesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Maßnahmen der Mitgliedstaaten betrifft, zu prüfen und mit ihr für unvereinbar zu erklären. War sie dazu nach Artikel 90 befugt? Das ist die eingegrenzte Frage, die es nunmehr zu beantworten gilt.

37. Daß die Artikel 85 und 86 auch gegenüber Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten anwendbar sein können, ist seit langem in der Rechtsprechung des Gerichtshofes anerkannt. So hat er im Urteil INNO/ATAB vom 16. November 1977 [66] ausgeführt, daß, obgleich sich die Wettbewerbsregeln der Artikel 85 ff. an die Unternehmen richten, der Vertrag auch für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung begründet, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln ausschalten könnten [67]. Diese Verpflichtung wird vom Gerichtshof mit der sich für die Mitgliedstaaten aus Artikel 5 Absatz 2 ergebenden Verpflichtung in Verbindung gebracht, alle

65 — A. a. O., Fußnote 18.

66 — Rechtssache 13/77, Slg. 1977, 2115.

67 — Randnrn. 30 f. des Urteils.

Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung des in Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag genannten Ziels — d. h. die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt — gefährden könnten [68]. Daher ist es den Mitgliedstaaten untersagt, Maßnahmen, und zwar auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen, zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten [69]. Artikel 90 EWG-Vertrag stellt speziell in bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, eine besondere Ausprägung dieses Grundsatzes dar [70]. Aufgrund dessen hat der Gerichtshof übrigens befunden, daß ein einem Unternehmen von einem Mitgliedstaat verliehenes Monopol (oder die Ausweitung eines solchen) entgegen der Auffassung der niederländischen Regierung mit Artikel 90 EWG-Vertrag unvereinbar sein kann, insbesondere wenn die Modalitäten der Organisation und der Wirkungsweise eines derartigen Monopols den Bestimmungen des EWG-Vertrags, einschließlich der Wettbewerbsregeln, zuwiderlaufen [71].

38. In der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind die Kategorien staatlicher Maßnahmen, die die praktische Wirksamkeit von für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten, nach und nach immer deutlicher herausgearbeitet worden. Meines Erachtens kann zwischen vier Kategorien staatlicher Eingriffe unterschieden werden.

Erstens kann ein Mitgliedstaat einem nach Artikel 85 oder 86 verbotenen Verhalten eines Unternehmens *Vorschub leisten.* Hierbei geht es um staatliche Maßnahmen, die spezifische Verhaltensweisen von Unternehmen (Kartellabsprachen oder aber mißbräuchliche Verhaltensweisen) *begünstigen* oder in ihrer Wirkung *verstärken.* Mit einem solchen Fall hatte es der Gerichtshof im Urteil vom 11. April 1989 (Ahmed Saeed) [72] zu tun, in dem er entschieden hat, daß die Genehmigung von gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßenden Tarifvereinbarungen von Luftfahrtgesellschaften gegen Artikel 5 und gegebenenfalls Artikel 90 verstößt.

Zweitens kann ein Mitgliedstaat die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern übertragen und sich seiner eigenen Normsetzungsbefugnis entziehen. Damit wird Unternehmen *die Befugnis gegeben, selbst regulierend tätig zu werden* und dadurch den Wettbewerb zu verfälschen [73]. In der Rechtssache Van Eycke hatte der Kläger des Ausgangsverfahrens u. a. geltend gemacht, dies sei bei belgischen Rechtsvorschriften der Fall, mit denen eine Steuerbefreiung für Einkünfte aus Spareinlagen unter der Voraussetzung gewährt wurde, daß der Grundzins nicht höher war als der auf dem betreffenden Markt anwendbare niedrigste durchschnittliche Zinssatz, der nach Ansicht des Klägers tatsächlich nach Rücksprache mit Vertretern der Finanzinstitute und unter ihrer Mitwirkung festgelegt worden war [74].

Drittens kann ein Mitgliedstaat Unternehmen zu einem gegen die Artikel 85 oder 86 verstoßenden Verhalten *verpflichten.* Über

68 — Siehe z. B. Urteil vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83 (Leclerc/Au Blé vert, Slg. 1985, 1, Randnrn. 13 f.).

69 — Siehe z. B. Urteil vom 21. September 1988 in der Rechtssache 267/86 (Van Eycke, Slg. 1988, 4769, Randnr. 16).

70 — Siehe Randnr. 32 des Urteils INNO/ATAB, a. a. O.

71 — Dieser Grundsatz, der bereits im Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 (Sacchi, Slg. 1974, 409) allgemein aufgestellt worden ist, ist unlängst im Urteil in der Rechtssache C-202/88 (a. a. O., Randnr. 18, siehe insbesondere Randnrn. 22 und 34 bis 44) und im Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT/DEP, Slg. 1991, I-2925, insbesondere Randnrn. 24 und 31) bestätigt worden.

72 — Rechtssache 66/86, Slg. 1989, 803.

73 — Siehe Urteil Van Eycke, a. a. O. (Fußnote 69), Randnr. 16.

74 — Siehe Randnrn. 5 bis 8 und 17 bis 19 des Urteils.

einen solchen Fall hatte der Gerichtshof im Urteil vom 4. Mai 1988 (Bodson)[75] zu befinden, in dem er ausgeführt hat, daß eine Gemeindebehörde, die Unternehmen mit beherrschender Stellung verpflichtet, besonders hohe Preise für ihre Dienstleistungen durchzusetzen, Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag zuwiderhandelt[76]. Während in der zweiten Fallgestaltung die Behörde es einem Unternehmen ermöglicht, *an ihrer Stelle* regelnd tätig zu werden, gebraucht sie das Unternehmen in dieser dritten Fallgestaltung als „willenloses Instrument", mit dem sie *selbst* in die Wettbewerbsstruktur des Gemeinsamen Marktes eingreift.

Viertens kann eine staatliche Maßnahme in der Weise in die Wettbewerbsstruktur eingreifen, daß sie ein nach Artikel 85 oder 86 verbotenes Verhalten *unabwendbar macht*, daß, mit anderen Worten, ein Unternehmen zu einem solchen Verhalten veranlaßt wird. Um eine derartige Maßnahme ging es in der Rechtssache Höfner und Elser[77], in der der Gerichtshof deutsche Rechtsvorschriften zu beurteilen hatte, durch die einer öffentlichrechtlichen Anstalt für Arbeit ein ausschließliches Recht zur Arbeitsvermittlung (einschließlich der Vermittlung von Führungskräften) verliehen wurde. Der Gerichtshof hat entschieden, daß derartige Rechtsvorschriften gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen, wenn diese öffentliche Einrichtung eindeutig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach der Vermittlung von Führungskräften zu befriedigen, und wenn diese Vorschriften es privaten Unternehmen gleichzeitig unmöglich machen, diese Nachfrage zu befriedigen (beispielsweise weil die von diesen Unternehmen geschlossenen Verträge als nichtig anzusehen sind). Bei diesem Sachverhalt schafft der Gesetzgeber nach dem Urteil des Gerichtshofes eine Lage, in der *die öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit* zwangsläufig gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen muß. Auch das noch jüngere Urteil ERT vom 18. Juni 1991[78] bezieht sich auf diese Art von Maßnahmen. In diesem Urteil hat der Gerichtshof die Regel aufgestellt, daß ein Mitgliedstaat gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag verstößt, wenn er einem Unternehmen ein ausschließliches Recht verleiht und dadurch eine Lage schafft, in der das Unternehmen dazu veranlaßt wird, gegen Artikel 86 EWG-Vertrag zu verstoßen[79].

39. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich meines Erachtens, daß sich Artikel 90 in Verbindung mit den Artikeln 85 und 86 nach der Auffassung des Gerichtshofes auf staatliche Maßnahmen (in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren) bezieht, die ein nur nach Artikel 85 oder 86 verbotenes Verhalten eines Unternehmens fördern, erfordern oder unabwendbar machen oder mit denen Unternehmen eine öffentliche Aufgabe der Wettbewerbsregulierung übertragen wird. Im Mittelpunkt dieser Rechtsprechung steht die Überlegung, daß derartige staatliche Maßnahmen in Verbindung mit der einen oder anderen Form eines Unternehmensverhaltens für die Wettbewerbsstruktur auf dem Gemeinschaftsmarkt *die gleichen Folgen* haben wie das Verhalten eines Unternehmens, das in keinem Zusammenhang mit staatlichen Eingriffen steht. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich weiter, daß das Unternehmensverhalten, das als „Anknüpfungskriterium" notwendig ist, um Artikel 90 Absatz 1 *in Verbindung mit Arti-*

75 — Rechtssache 30/87, Slg. 1988, 2507.

76 — Siehe insbesondere Randnrn. 30, 33 und 34 des Urteils.

77 — Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Slg. 1991, I-1979).

78 — A. a. O., Fußnote 71.

79 — Randnr. 37 des Urteils.

kel 85 oder 86 anwendbar werden zu lassen, dem staatlichen Eingriff nicht notwendig vorausgehen muß, sondern ihm auch nachfolgen, sich aus ihm ergeben oder sogar seine unabwendbare Folge sein kann. Ebensowenig ist es erforderlich, daß das Unternehmen selbst vorsätzlich gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen hat (es genügt mit anderen Worten, daß es in eine Lage versetzt wird, in der es nicht umhin kann, den Wettbewerb zu beschränken). So hat Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Höfner und Elser[80] darauf hingewiesen, daß der Bundesanstalt für Arbeit selbst kein Vorwurf gemacht werden konnte. Denn es lag kein Anhaltspunkt für die Annahme vor, daß sie sich nicht nach Kräften bemüht hätte, die auf dem Markt bestehende Nachfrage nach der Vermittlung von Führungskräften zu befriedigen; sie war sogar bestrebt, anderen Unternehmen durch freiwillige teilweise Beschränkung ihres Monopols soweit wie möglich Zugang zum Markt zu verschaffen. Das schloß es jedoch, wie der Generalanwalt hervorgehoben hat, nicht aus, daß das *Zusammenwirken* des staatlich eingeführten Monopols und des Unvermögens der Vermittlungsstelle, die bestehende Nachfrage zu befriedigen, dazu führte, daß die Verbraucher nicht die Dienstleistungen erhalten konnten, die auf einem Wettbewerbsmarkt verfügbar sein sollten. In einem solchen Fall, so der Generalanwalt, liegt ein Verstoß gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 vor[81]. Dieser Betrachtungsweise, die die „praktische Wirksamkeit" von Artikel 86 sehr weit faßt, hat sich der Gerichtshof in seinem Urteil angeschlossen[82].

Das Urteil Höfner und Elser zeigt übrigens auch, daß der Zusammenhang zwischen dem Eingreifen der Behörden und dem Handeln der Unternehmen so eng sein kann, daß diese ineinander aufgehen; in dem Urteil wird nämlich angenommen, daß das Tätigwerden einer staatlichen Stelle wie der Bundesanstalt für Arbeit als Tätigwerden eines Unternehmens im Sinne der Artikel 85 und 86 anzusehen ist, denn es geht von einer Einrichtung aus, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, auch wenn mit dieser normalerweise öffentliche Einrichtungen und nicht Unternehmen betraut werden[83].

40. Unter Berücksichtigung des Vorstehenden bin ich daher der Auffassung, daß das Vorbringen der Kläger insoweit fehl geht, als mit ihm die Anwendung von Artikel 90 auf Verhaltensweisen von Unternehmen ausgeschlossen werden soll, die wie die Tätigkeit der PTT Post BV für das betreffende Unternehmen die unabwendbare Folge staatlicher Maßnahmen sind und (in Verbindung mit diesen staatlichen Maßnahmen) für den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt genau die gleichen Folgen haben wie ein von irgendeinem staatlichen Eingreifen unabhängiges Verhalten eines Unternehmens, das nach den Artikeln 85 und 86 verboten ist. In Anbetracht dieser Schlußfolgerung ist nunmehr zu prüfen, ob die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zu Recht die Auffassung vertreten hat, daß das Postgesetz von 1988 in Verbindung mit dem sich daraus zwangsläufig ergebenden Verhalten der PTT Post BV — dessen Vorliegen unstreitig ist, da die PTT Post BV im Rahmen des Postgesetzes die Entwicklung eines vollwertigen Eil-Kurierdienstes angestrebt hat und weiter anstrebt — für den Wettbewerb auf dem Markt der Eil-Kurierdienste die gleichen Folgen habe wie ein nach Artikel 86 verbotener Mißbrauch einer beherrschenden Stellung. Wie oben

80 — Schlußanträge vom 15. Januar 1991, Nr. 45 (Slg. 1991, I-1994).

81 — Vgl. Randnrn. 46 f. seiner Schlußanträge.

82 — Randnr. 31 des Urteils.

83 — Randnrn. 20 bis 23.

(Nr. 31) ausgeführt, gehe ich dabei von der Annahme aus, daß die vom Postgesetz von 1988 für die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen aufgestellten Voraussetzungen für die PTT Post BV nicht gelten.

2. *Kein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung*

a) Ausweitung einer beherrschenden Stellung

41. Daß die Postunternehmen infolge der Erteilung der ausschließlichen Konzession eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Basispostdienstleistungen in den Niederlanden innehaben [84], läßt sich nicht ernsthaft bestreiten. Die Kommission hat meines Erachtens auch insoweit recht, als sie den Markt des Basispostdienstes und den Markt der Eil-Kurierdienste als zwei getrennte (wenn auch benachbarte) Märkte ansieht. Die Wertschöpfung ist bei Eil-Kurierdiensten größer, und sie befriedigen andere Bedürfnisse als der Basispostdienst; daher sind die beiden Dienste nicht austauschbar [85].

Nach der angefochtenen Entscheidung geht es in erster Linie um den Mißbrauch, der darin liegen soll, daß das Postgesetz von 1988 zur Ausweitung der beherrschenden Stellung, die die PTT Post BV auf dem Markt des Basispostdienstes habe, auf den Markt der Eil-Kurierdienste führe. Diese Ausweitung bestehe darin, daß ein „großer Teil" des Marktes der Eil-Kurierdienste, nämlich derjenige der Sendungen zu einem Preis von weniger als 11,90 HFL der PTT Post BV vorbehalten werde, während die Post vorher in diesem Marktsegment mit privaten Eil-Kurierdiensten im Wettbewerb gestanden habe. Die Tatsache, daß der Wettbewerb auf dem verbleibenden Teil des Marktes der Eil-Kurierdienste bestehen bleibe, ändere daran nichts, denn nach der angefochtenen Entscheidung könne die Post auf dem Marktsegment unter 11,90 HFL ohne Konkurrenzdruck ihre Strategie festlegen, da ihre Wettbewerber auf diesem Marktsegment zwar tätig werden könnten, aber keine Rabatte unterhalb des gesetzlich vorgeschriebenen Mindestpreises gewähren dürften [86].

42. Diese Begründung vermag mich nicht zu überzeugen, allerdings nicht, so füge ich gleich hinzu, wegen der rechtlichen Begründung, deren Stichhaltigkeit ich anerkenne. Diese juristische Begründung besteht darin, daß die Kommission unter Hinweis auf das Urteil CBEM (im folgenden: Telemarketing-Urteil) [87] die Auffassung vertritt, daß es einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung darstelle, „wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, sich oder einem zur selben Gruppe gehörenden Unternehmen eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so daß jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht". Genau dies wird nach Ansicht der Kommission mit dem Postgesetz bewirkt [88].

Dieser Argumentation stimme ich grundsätzlich zu. Aus dem Telemarketing-Urteil geht nämlich hervor, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes dann ein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung vorliegt, wenn ein Unternehmen, das eine be-

84 — Siehe Randnr. 10 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

85 — Siehe Nr. 3 und Nr. 4 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

86 — Siehe Randnr. 11 der Begründung der Entscheidung.

87 — A. a. O., Fußnote 35.

88 — Randnr. 11, Absatz 1, der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

herrschende Stellung auf dem Markt einer Dienstleistung (nämlich dem Markt der Fernsehübertragung von Werbespots) innehat, die für die Erbringung einer Dienstleistung auf einem benachbarten, aber getrennten Markt (nämlich dem Markt des Telefon-Marketings über das Fernsehen) *unerläßlich* ist[89], diese beherrschende Stellung auf dem ersten Markt tatsächlich ausnutzt, um auch die Dienstleistungen auf dem zweiten Markt sich selbst vorzubehalten, so daß der Wettbewerb auf diesem zweiten Markt völlig ausgeschaltet zu werden droht[90]. Die Ausweitung einer beherrschenden Stellung wurde mit anderen Worten dadurch *ermöglicht*, daß der zweite Markt nur über den ersten Markt (auf dem das Unternehmen eine beherrschende Stellung innehatte) funktionieren konnte. Das Telemarketing-Urteil schließt sich mit dieser Haltung ausdrücklich dem Urteil Commercial Solvents[91] an, das sich auf einen gleichgelagerten Fall bezog, diesmal jedoch im Zusammenhang mit Gütermärkten. In diesem Urteil hat der Gerichtshof ausgeführt, daß ein Unternehmen, das auf einem Markt für Rohstoffe eine beherrschende Stellung innehat und sich weigert, einem Unternehmen, das auf einem nachgeschalteten Markt (dem Markt für Derivate) tätig ist, Rohstoffe zu liefern, um sich diese für seine eigene Herstellung von Derivaten vorzubehalten, seine beherrschende Stellung auf dem Rohstoffmarkt mißbraucht, wenn dadurch jeder Wettbewerb durch einen Kunden auf dem Markt der Derivate ausgeschaltet wird. Für diese beiden Urteile ist bezeichnend, daß sie ein „refusal to deal" (Weigerung, Rechtsgeschäfte zu schließen) durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung nicht nur dann als mißbräuchlich ansehen, wenn mit der Weigerung bezweckt wird, sich aus der beherrschenden Stellung unbillige Vorteile (z. B. unangemessen hohe Verkaufspreise) zu verschaffen, sondern auch dann, wenn bezweckt wird, die beherrschende Stellung dadurch zu festigen, daß diese auf einen benachbarten, aber getrennten Markt ausgeweitet wird, und damit eine weitere beherrschende Stellung auf diesem Markt zu erlangen. Insoweit führt diese Rechtsprechung diejenige im Urteil Continental Can[92] fort, in dem der Gerichtshof erstmals annahm, daß ein Mißbrauch im Sinne des Artikels 86 nicht nur in einem Verhalten auf dem Markt bestehen kann, sondern auch in einem Verhalten, das die Marktstruktur dadurch ändert, daß es zu weniger Wettbewerb führt, wobei es in jenem Fall nicht um einen anderen Gütermarkt, sondern um einen anderen Markt in geographischer Hinsicht ging[93].

Nicht erheblich für die Anwendung des Artikels 86 scheint mir der Umstand zu sein, daß der Markt, auf den in der vorliegenden Rechtssache die beherrschende Stellung ausgeweitet sein soll, ein „benachbarter, aber getrennter" und kein „abgeleiteter" Markt (wie in der Rechtssache Telemarketing oder Commercial Solvents) ist, so daß die beherrschende Stellung der PTT Post BV auf dem Markt des Basispostdienstes in keinem ursächlichen Zusammenhang mit dem Erwerb einer beherrschenden Stellung auf dem Markt der Eil-Kurierdienste steht. Bereits im Urteil Continental Can hat der Gerichtshof gemeint, daß zwischen der beherrschenden Stellung eines Unternehmens und der mißbräuchlichen Ausnutzung dieser Stellung kein Kausalzusammenhang zu bestehen braucht, da die Verstärkung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens ungeachtet der hierfür angewandten Mittel oder Handlungsweisen auch *für sich genommen* einen Mißbrauch darstellen kann (und

89 — Siehe Randnr. 26, Satz 1, des Urteils.

90 — Siehe Randnr. 26, Sätze 2 und 3, des Urteils.

91 — Urteil vom 6. März 1974 in den verbundenen Rechtssachen 6/73 und 7/73 (Commercial Solvents/Kommission, Slg. 1974, 223).

92 — Urteil vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72 (Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215).

93 — In der Rechtssache Continental Can hatte ein Unternehmen in beherrschender Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinschaftsmarkts diese beherrschende Stellung dadurch ausgeweitet, daß es eine Kontrollbeteiligung an einem in einem anderen Teil des Gemeinschaftsmarkts tätigen Wettbewerber erworben hatte.

deshalb nach Artikel 86 verboten ist), nämlich dann, wenn diese Verstärkung den Wettbewerb so behindert, daß nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Verhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen[94]. Das ist aber gerade die Wirkung des niederländischen Postgesetzes, das in der angefochtenen Entscheidung für unvereinbar mit Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 1 erklärt worden ist.

43. Wenn die Begründung der angefochtenen Entscheidung im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Mißbrauchs mich nicht überzeugen kann, so liegt das also nicht an der rechtlichen Argumentation, sondern vielmehr an der dieser zugrunde liegenden Tatsachenwürdigung. Im Rahmen dieser Tatsachenwürdigung wird nämlich davon ausgegangen, daß der Markt der Eil-Kurierdienste zu einem Preis unterhalb von 11,90 HFL für den Versand von Briefen bis 500 g Gewicht einen großen Teil des Marktes der Eil-Kurierdienste ausmache. Der Mißbrauch soll darin bestehen, daß das Monopol, das die Post auf dem Markt des Basispostdienstes innehabe, auf diesen großen Teil des Marktes der Eil-Kurierdienste ausgeweitet werde, so daß die Post auch auf diesem Markt eine beherrschende Stellung erlange. Meiner Ansicht nach läßt diese Tatsachenwürdigung zu wünschen übrig. Der Markt der Eil-Kurierdienste besteht nach der angefochtenen Entscheidung aus drei Teilmärkten: dem Markt der Sendungen von über 500 g Gewicht, dem Markt der Sendungen bis 500 g Gewicht zu einem Preis von mindestens 11,90 HFL und dem Markt der Sendungen bis 500 g Gewicht zu einem Preis unterhalb von 11,90 HFL. Der erste Teilmarkt ist nicht geregelt, der zweite ist zwar geregelt, aber dem Wettbewerb zugänglich, und allein der dritte Teilmarkt (der sich vom zweiten nur im festgesetzten Mindestpreis unterscheidet) verschließt sich dem Wettbewerb. Der von der Kommission angeführte Mißbrauch betrifft ausschließlich diesen dritten Teilmarkt. Nach der angefochtenen Entscheidung hat das Postgesetz dadurch, daß es diesen (Teil-)Markt der PTT Post BV vorbehält, die beherrschende Stellung der PTT Post BV auf dem Markt der Basispostdienste auf einen „großen Teil" des Marktes der Eil-Kurierdienste ausgeweitet. Für die Richtigkeit dieser Behauptung werden jedoch keine Zahlen angeführt. Die niederländische Regierung weist zu Recht darauf hin, daß der Mindestpreis von 11,90 HFL sehr niedrig angesetzt ist. Obwohl gewichtige Hinweise darauf vorliegen, daß es *möglich* ist, Eil-Kurierdienstleistungen zu einem niedrigeren Preis als dem Mindestpreis (z. B. im Rahmen von Mengenrabatten) zu erbringen, läßt sich doch nur schwer bestreiten, daß derartige Dienstleistungen — jedenfalls während des für den Rechtsstreit maßgeblichen Zeitraums — nur einen sehr kleinen Teil des Marktes ausmachen[95]; auch liegt kein Hinweis darauf vor, daß sich dies in naher Zukunft ändern wird. Angesichts des niedrigen Mindestpreises kann vernünftigerweise auch nicht angenommen werden, daß der der PTT Post BV vorbehaltene Teilmarkt dieser solche Einkünfte bringen wird, daß sie ihren Standort auf den anderen Teilmärkten ohne Rücksicht auf ihre Wettbewerber bestimmen kann.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich somit, daß i) die von der Kommission behauptete Ausweitung des Monopols der PTT Post BV auf den Markt der Eil-Kurierdienste *nicht* die wichtigsten Teilmärkte (für Sendungen über 500 g Gewicht und Sendungen

94 — Siehe Randnrn. 26 f. des Urteils.

95 — Interessant ist in diesem Zusammenhang die Anlage 1 zur Klageschrift der PTT Post BV in der Rechtssache C-66/90, eine Tabelle, in der eine Reihe Preisangaben privater Eil-Kurierbetriebe zusammengestellt sind. Der niedrigste Preis für den Versand eines Briefes zwischen Amsterdam und Rotterdam liegt bei 30 HFL.

unter 500 g Gewicht zu einem Preis von mindestens 11,90 HFL) betrifft und daß ii) die Kommission nicht hinreichend bewiesen hat, daß der dritte Teilmarkt, der von der Ausweitung *tatsächlich* betroffen ist, einen so großen Teil des Marktes der Eil-Kurierdienste ausmacht, daß die PTT Post BV die Möglichkeit erhält, sich weitgehend dem Wettbewerb vorhandener oder neuer Wettbewerber zu entziehen. Unter diesen Umständen bin ich der Ansicht, daß die Kommission das Vorliegen der ersten Form des Mißbrauchs in tatsächlicher Hinsicht nicht hinreichend bewiesen hat.

b) Auferlegung unbilliger Preise und Konditionen; Beschränkung des Angebots

44. Drei weitere Formen des Mißbrauchs, die in der angefochtenen Entscheidung unter der obenstehenden Überschrift gekennzeichnet sind, lassen sich zusammenfassen. Nach Ansicht der Kommission führt der Umstand, daß die privaten Eil-Kurierunternehmen in diskriminierender Weise dem Mindestpreis unterworfen werden, dazu, i) daß Unternehmen, die es früher vorgezogen hätten, die Dienste dieser Unternehmen in Anspruch zu nehmen (weil ihrer Ansicht nach die Dienste der Post nach Preis oder Qualität ihre diesbezüglichen Bedürfnisse weniger gut befriedigten), seit dem Postgesetz von 1988 verpflichtet seien, sich für ihre Sendungen bis 500 g Gewicht in der Preiskategorie bis 11,90 HFL des Eil-Kurierdienstes der PTT Post BV zu den Bedingungen dieses Unternehmens zu bedienen, unabhängig davon, ob diese ihren Bedürfnissen entsprächen oder nicht[96]. Diese Diskriminierung habe weiter zur Folge, ii) daß sich die Zahl der Dienstleistungserbringer in der genannten Preiskategorie auf einen einzigen reduziert habe und daß die Qualität der angebotenen Dienstleistungen in dieser Kategorie zurückgegangen sei, da die PTT Post BV im Rahmen ihres EMS-Dienstes bei Erlaß der Entscheidung noch keinen vollwertigen Eil-Kurierdienst angeboten habe. Wenn die Verbraucher eine höhere Qualität in Anspruch nehmen wollten, müßten sie zur Zahlung des Mindestpreises anstatt des früheren niedrigeren Preises bereit sein[97]. Außerde iii) hindere das Postgesetz von 1988 Wettbewerber der Post, die Eil-Kurierdienstleistungen für Sendungen von über 500 g Gewicht erbrächten, daran, eine vollständige Palette von Eil-Kurierdienstleistungen (nämlich — so verstehe ich dies — in den drei Marktsegmenten bis 500 g unter 11,90 HFL, bis 500 g ab 11,90 HFL und über 500 g) zu reellen Preisen anzubieten. Anders als die Post könnten sie nämlich ihre Kosten für die Behandlung von Briefen mit einem Gewicht von über 500 g (das entspricht dem nichtgeregelten Teil des Marktes) nicht „über die Dienstleistungen hereinholen ..., die außerhalb des Monopols der Post erbracht werden" (sic)[98].

45. Die hier in der angefochtenen Entscheidung beschriebene Auswirkung auf den Wettbewerb scheint auf den ersten Blick der Wirkung der deutschen Rechtsvorschriften zu entsprechen, die der Gerichtshof im Urteil Höfner und Elser (oben Nummern 38 f.) als mißbräuchlich im Sinne des Artikels 86 angesehen hat. Auch durch das Postgesetz wird nämlich ein Monopol für einen Teil des Marktes der Eil-Kurierdienste begründet und werden Handlungen bestraft, die dieses Monopol verletzen, so daß die Verbraucher, die Eil-Kurierdienste in Anspruch nehmen möchten, genötigt sind,

96 — Siehe Randnr. 12 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

97 — Randnr. 13 der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

98 — Randnr. 14, Absatz 1, der Begründung.

sich *entweder* an ein Unternehmen zu wenden, das ihren Bedürfnissen weniger entspricht, *oder* (wenn sie eine bessere Qualität wünschen) dafür einen Preis zu bezahlen, der höher ist als der Preis, der aufgrund des normalen Spiels von Angebot und Nachfrage gebildet wird. Im Gegensatz zu dem dem Urteil Höfner und Elser zugrunde liegenden Sachverhalt verleihen die niederländischen Rechtsvorschriften, wie wir oben gesehen haben, den Postunternehmen aber keine beherrschende Stellung auf dem Markt der Eil-Kurierdienste im ganzen (und ebensowenig — jedenfalls wurde dies nicht hinreichend dargetan — auf einem bedeutenden Teilmarkt dieses Marktes), sondern nur auf dem Markt des Basispostdienstes. Mangels einer beherrschenden Stellung auf dem Markt der Eil-Kurierdienste kann jedoch entsprechend der Sachlage im Urteil Höfner und Elser auf *diesem* Markt ebensowenig von einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 gesprochen werden.

46. Schließlich nennt die angefochtene Entscheidung noch eine vierte Form des Mißbrauchs, der darin liege, daß private Eil-Kurierunternehmen wegen der Qualitätsvoraussetzung in einen Zustand der Rechtsunsicherheit versetzt würden. Denn soweit die Eildienste der PTT Post BV (d. h. die „EMS"-Dienste) in Zukunft ein vergleichbares Qualitätsniveau erreichten, seien die Tätigkeiten der privaten Eil-Kurierunternehmen außer hinsichtlich von Sendungen von mehr als 500 g Gewicht nach dem Wortlaut des Gesetzes verboten[99].

Nach dieser Argumentation soll das Postgesetz von 1988 es der PTT Post BV offenbar ermöglichen, ihre Wettbewerber durch eine Verbesserung der Qualität ihrer Eildienste *im Rahmen der EMS-Dienste* in die Illegalität zu treiben, was die Eilbeförderung von Briefen bis 500 g Gewicht angeht. Auch wenn das Verdrängen von Wettbewerbern grundsätzlich als mißbräuchliches Verhalten angesehen werden kann, übersieht die Entscheidung doch, daß den privaten Eil-Kurierunternehmen mit der Qualitätsvoraussetzung nur die Verpflichtung auferlegt wird, eine bessere Dienstleistung zu erbringen als den von der PTT Post BV angebotenen „normaal versneld vervoer" (normale Eilbeförderung), mit anderen Worten den *spoedbesteldienst* (Eilzustelldienst). Somit führt die Entscheidung eine Gefährdung des Wettbewerbs an, die in Wahrheit gar nicht besteht.

c) Schlußfolgerung

47. Wenn die angefochtene Entscheidung auch von zutreffenden Prämissen ausgeht, wendet sie doch Artikel 86 in tatsächlicher Hinsicht falsch an, da sie keinen hinreichenden Beweis dafür anführt, daß das Postgesetz von 1988 dazu führt oder führen kann, daß die beherrschende Stellung der PTT Post BV auf dem Markt des Basispostdienstes auf den (gesamten) Markt der Eil-Kurierdienste ausgeweitet wird. Mangels einer solchen Ausweitung der beherrschenden Stellung kann der bloße Umstand, daß das Postgesetz von 1988 den Postunternehmen einen Teil des Marktes der Eil-Kurierdienste vorbehält, nicht als Mißbrauch angesehen werden; ebensowenig können die von der Kommission beanstandeten anderen Auswirkungen der Mindestpreisregelung und der Qualitätsvoraussetzung als Mißbräuche einer beherrschenden Stellung auf dem Markt der Eil-Kurierdienste qualifiziert werden. Obwohl ich meine Untersuchung mit diesem Befund abschließen könnte, will ich — für den Fall, daß der Gerichtshof dies bei seinen Überlegungen für notwendig erachten sollte — doch kurz auf die Frage eingehen, ob ein etwaiger Mißbrauch nach Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag zu bejahen wäre.

99 — Randnr. 14, Absatz 2.

3. *Anwendung des Artikels 90 Absatz 2*

48. In der angefochtenen Entscheidung hat sich die Kommission auf den Standpunkt gestellt, daß es Sache des betreffenden Mitgliedstaats sei, zu beweisen, daß die Voraussetzungen der Ausnahme des Artikels 90 Absatz 2 tatsächlich erfüllt seien [100]. Die niederländische Regierung stellt das mit Nachdruck in Abrede, meines Erachtens aber zu Unrecht. Allerdings muß die Kommission *prüfen*, ob Artikel 90 Absatz 2 anwendbar ist [101], man kann von ihr jedoch bei vernünftiger Betrachtungsweise nicht verlangen, von sich aus alle Umstände zu prüfen, die möglicherweise zu einer Anwendung der Ausnahme des Artikels 90 Absatz 2 Veranlassung geben könnten.

49. In Randnummer 17 der Begründung der angefochtenen Entscheidung wird der von der niederländischen Regierung angeführte Umstand behandelt, der ihrer Ansicht nach die Anwendung der Wettbewerbsregeln ausschließt. Die Niederlande hatten nämlich geltend gemacht, der Wettbewerb zwischen den privaten Eil-Kurierunternehmen und den Postunternehmen auf dem Gebiet der Eil-Kurierdienste führe dazu, daß für die Postunternehmen nur die finanziell weniger interessanten Bestimmungsorte übrig blieben. Aufgrund dessen sei es der Post unmöglich, sich die erforderlichen Einkünfte zu sichern und die ihr übertragene Beförderungsverpflichtung ordnungsgemäß zu erfüllen.

In der angefochtenen Entscheidung wird das Vorbringen der niederländischen Regierung aus drei Gründen zurückgewiesen, die ich im folgenden kurz prüfen werde.

50. Zunächst verweist die Entscheidung auf die günstige Entwicklung der Umsatz- und Gewinnzahlen in den der Entscheidung vorangegangenen Jahren. Aus diesen Zahlen leitet die Kommission ab, daß nicht nachgewiesen sei, „daß die Aufrechterhaltung der Wettbewerbslage, die bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes bestand, den Basispostdienst beeinträchtigt hat und daß diese Maßnahme für das finanzielle Gleichgewicht der Post entscheidend war" [102].

Dem hält die niederländische Regierung zunächst entgegen, daß „das Erzielen von Gewinn für sich genommen nicht notwendig bedeutet, daß eine Berufung auf Artikel 90 Absatz 2 nicht mehr möglich ist" [103]. Damit verkennt sie jedoch den Kern des Vortrags der Kommission, die nämlich die Nichtanwendbarkeit des Artikels 90 Absatz 2 in diesem Punkt aus der *Höhe* des von der Post erzielten Gewinns ableitet, die beweise, daß eine Wettbewerbssituation wie die, die bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes bestanden habe, weder die Wirkungsweise noch das finanzielle Gleichgewicht der Post gefährde.

Außerdem habe sich die Kommission zu Unrecht auf Zahlenmaterial aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Postgesetzes gestützt. Auch diese Kritik ist nicht begründet. Es lag nämlich nahe, daß die Kommission zur Be-

100 — Siehe Randnr. 16 a. E. der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

101 — Wegen weiterer Besonderheiten siehe meine Schlußanträge vom 19. September 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova, Nrn. 26 bis 28).

102 — Siehe Randnr. 17, Absatz 2, der Begründung der angefochtenen Entscheidung.

103 — Siehe Klageschrift in der Rechtssache C-48/90, S. 21 oben.

urteilung der Anwendbarkeit von Artikel 90 Absatz 2 ihre Aufmerksamkeit auf Zahlen richtete, die Hinweise auf die Wettbewerbsfähigkeit der Postunternehmen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes enthielten. Die Tatsache, daß die Postunternehmen vor diesem Zeitpunkt hinsichtlich der Eil-Kurierdienstleistungen für Briefe bis 500 g Gewicht ein theoretisches Monopol innehatten, ändert nichts daran, daß unmittelbar vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes hinsichtlich dieser Dienstleistungen *tatsächlich* ein lebhafter Wettbewerb bestand. Die von der Kommission herangezogenen Zahlen waren daher sehr wohl relevant.

51. Zweitens hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung Artikel 90 Absatz 2 deshalb nicht für anwendbar gehalten, weil die Post zur Erfüllung ihrer Aufgabe bereits über nicht unerhebliche gesetzliche und tatsächliche Vorteile verfüge, so daß die Ausweitung ihrer beherrschenden Stellung auf den Markt des Eil-Kurierdienstes zur Wahrnehmung dieser Aufgabe nicht objektiv erforderlich sein könne. Zwischen den Beteiligten besteht weitgehend Uneinigkeit über die genaue Auswirkung dieser Vorteile, jedoch halte ich diese Diskussion nicht für sehr bedeutsam. Es steht nämlich fest, daß die Befreiungen und Größenvorteile, über die die Postunternehmen verfügen (insbesondere Befreiungen von gesetzlichen Verpflichtungen im Bereich des Güterkraftverkehrs und der Lenkzeiten; Rationalisierungseffekte durch Einsatz des gleichen Personals und der gleichen Infrastruktur bei einem breitgefächerten Angebot von Postdiensten) bereits zur Verstärkung ihrer Wettbewerbsstellung gegenüber ihren privaten Wettbewerbern und zur Stärkung ihrer Finanzlage führen. Berücksichtigt man zudem den oben angesprochenen Faktor Gewinnrealisierung, so spricht nichts dafür, daß die Erfüllung der der PTT Post BV übertragenen Aufgabe des Gemeinwohls die Zuerkennung noch eines weiteren Wettbewerbsvorteils erfordert.

52. Schließlich geht drittens aus der angefochten Entscheidung hervor, daß die PTT Post BV für den Wettbewerb privater Unternehmen sehr wohl gerüstet sei, da die Post nicht verpflichtet sei, ihre Dienstleistungen im gesamten Gebiet der Niederlande zu einem einheitlichen Tarif anzubieten, was sie auch nicht tue, da sie bestimmten Kunden beträchtliche Rabatte (sogenannte „Vertragsrabatte") gewähre. Auch hier besteht zwischen den Beteiligten große Uneinigkeit über die Bedeutung dieser Rabatte, ohne daß deren Gewährung jedoch bestritten wird [104]. Meiner Ansicht nach wird in der angefochtenen Entscheidung zu Recht erwähnt, daß die Gewährung von Rabatten beweise, daß die Postunternehmen genauso wie ihre Wettbewerber in der Lage seien, bei der Festsetzung ihrer Tarife unterschiedlichen Kosten Rechnung zu tragen. Auch dies weist darauf hin, daß die Postunternehmen durch die der PTT Post BV auferlegte Beförderungsverpflichtung nicht gehindert sind, sich in geeigneter Weise auf die Marktentwicklung einzustellen.

Daher teile ich die Auffassung der Kommission hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit von Artikel 90 Absatz 2 sowie ihren Standpunkt, daß das Monopol der PTT Post BV bezüglich eines Teils des Basispostdienstes ausreicht, um die Erfüllung der Verpflichtungen eines öffentlichen Dienstes sicherzustellen (siehe Randnr. 18 der Begründung der angefochtenen Entscheidung).

104 — Siehe z. B. die Klageschrift der niederländischen Regierung in der Rechtssache C-48/90, S. 21 unten.

E — Zusammenfassung und Entscheidungsvorschlag

53. Aufgrund meiner Untersuchung komme ich zu dem Ergebnis, daß die angefochtene Entscheidung auf die der Kommission nach Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag verliehene Befugnis gestützt werden konnte, die Unvereinbarkeit eines nationalen Gesetzes mit einer Bestimmung des Vertrages, die unmittelbare Wirkung hat, festzustellen. Im vorliegenden Fall hat die Kommission von dieser Befugnis jedoch nicht unter gehöriger Beachtung der Verteidigungsrechte Gebrauch gemacht. Deswegen schlage ich Ihnen vor, die Entscheidung 90/16/EWG der Kommission über die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen in den Niederlanden für nichtig zu erklären und der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Hilfsweise halte ich auch eine Reihe anderer von den Klägern geltend gemachter Nichtigkeitsgründe für stichhaltig. So hat sich vorstehend gezeigt, daß die Kommission zu Unrecht einen Verstoß gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag festgestellt hat, da sie nicht hinreichend dargetan hat, daß die PTT Post BV durch die Auswirkungen des Postgesetzes von 1988 eine beherrschende Stellung auf dem gesamten Markt der Eil-Kurierdienste erlangt hat oder zu erlangen droht, so daß von der Ausweitung einer beherrschenden Stellung oder vom Mißbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem Markt der Eil-Kurierdienste nicht gesprochen werden kann. Außerdem halte ich die angefochtene Entscheidung für unzureichend begründet, soweit sie i) die Mindestpreisregelung für die Beförderung nach Orten außerhalb der Gemeinschaft und ii) die Verpflichtung der Eil-Kurierunternehmen zur vorherigen Registrierung ihrer Tarife für unvereinbar mit Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 erklärt. Über den Antrag auf Nichtigerklärung der Berichtigungen braucht nicht gesondert entschieden zu werden, da die Entscheidung selbst für nichtig zu erklären ist.