SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 11. Juli 1995 *

1. Mit dem vorliegenden Rechtsmittel beantragen die Gesellschaften niederländischen Rechts Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV und Regionaal Energiebedrijf Salland NV (im folgenden: Rechtsmittelführerinnen) beim Gerichtshof, das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 18. November 1992 in der Rechtssache T-16/91 (im folgenden: Urteil) [1] aufzuheben. Mit diesem Urteil hat das Gericht die Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung 91/50/EWG der Kommission vom 16. Januar 1991 (im folgenden: Entscheidung) [2] zum Teil für unzulässig erklärt und zum Teil als unbegründet abgewiesen.

Dieses Rechtsmittel stellt ein weiteres Glied in einem langwierigen und komplizierten Streit dar, der seit über sechs Jahren auf vertraglicher und gerichtlicher Ebene ausgetragen wird, in den zahlreiche Parteien verwikkelt sind und bei dem es darum geht, ob die in den Niederlanden geltenden Beschränkungen der Ein- und Ausfuhr von Elektrizität mit den Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrags vereinbar sind.

Der Sachverhalt und das nationale Recht

2. In den Niederlanden ist die Stromversorgung dreistufig aufgebaut: Vier Stromerzeuger beliefern die regionalen Versorgungsbetriebe; diese beliefern wiederum die lokalen Versorgungsunternehmen; diese versorgen schließlich die Endverbraucher mit Strom.

Am 3. Juni 1949 gründeten die Stromerzeuger eine Unternehmensvereinigung namens NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven (im folgenden: SEP) [3], der sie die Verwaltung des Hochspannungsnetzes und die Organisation der Beziehungen zu ausländischen Unternehmen des Sektors bei der Ein- und Ausfuhr von Strom übertrugen.

3. Am 22. Mai 1986 schloß die SEP mit ihren Anteilseignern eine Vereinbarung

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Rendo u. a./Kommission (Slg. 1992, II-2417).

2 — Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/32.732 — IJsselcentrale und andere) (ABl. L 28, S. 32).

3 — Streithelferin der Kommission in diesem Verfahren.

(Overeenkomst van Samenwerking, im folgenden: OVS) ab, die bei der Kommission nicht angemeldet wurde. Gemäß Artikel 21 dieser Vereinbarung behielt sich die SEP das ausschließliche Recht zur Ein- und Ausfuhr von Strom vor; ihre Anteilseigner verpflichteten sich, ihren Vertragspartnern, also den regionalen und lokalen Versorgungsunternehmen, die Ein- und Ausfuhr von Strom ausdrücklich zu verbieten [4].

Die Rechtsmittelführerinnen sind lokale Stromversorgungsunternehmen, die ihren Strom von dem regionalen Versorgungsunternehmen IJsselcentrale beziehen (die 1988 in IJsselmij, im folgenden IJC, umgewandelt wurde). 1985 hatte letztere gegenüber den Rechtsmittelführerinnen nicht nur eine Klausel über die ausschließliche Abnahme durchgesetzt, die das Einfuhrverbot in der OVS verstärkte, sondern auch einen Zuschlag (oder Ausgleichszuschlag) erhoben, mit dem die der IJC entstandenen höheren Kosten für die Stromversorgung ländlicher Gebiete, die von den lokalen Versorgungsunternehmen und den anderen regionalen Versorgungsunternehmen nicht gewährleistet wurde, gedeckt werden sollten.

4. 1988 legten die Rechtsmittelführerinnen im Anschluß an einen Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit dieses Zuschlags bei der Kommission eine Beschwerde gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates [5] ein, bei der es um die Frage ging, ob folgende Beschränkungen mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft vereinbar seien: a) das sowohl in der OVS als auch in einer früheren allgemeinen SEP-Vereinbarung von 1971 enthaltene ausdrückliche Einfuhrverbot [6]; b) die auch ein Einfuhrverbot umfassende ausschließliche Abnahmeverpflichtung; c) das Recht der IJC auf einseitige Festsetzung der Preise und auf Erhebung des Zuschlags.

5. Nach den bis zum 8. Dezember 1989 [7], also auch im Zeitpunkt des Abschlusses der OVS, gültigen niederländischen Vorschriften durfte Strom einführen, wer vorher eine Erlaubnis dazu eingeholt hatte. Ab 1. Juli 1990 behielt Artikel 34 des neuen Elektrizitätsgesetzes (Elektriciteitswet, im folgenden: ETW) dagegen der SEP als durch Ministerialerlaß „benannter Gesellschaft" im Sinne des Artikels 8 der ETW das ausschließliche Recht vor, Strom für die öffentliche Versorgung einzuführen [8]. Mit dem gleichen Gesetz wurde im übrigen die Einfuhr für den privaten Verbrauch liberalisiert, während die Ausfuhr nicht geregelt ist.

4 — Von diesem Verbot sind gemäß Artikel 21 Absatz 3 der OVS Lieferungen mit einer Höchstleistung von 5 000 kW bei einer Spannung von 15 kV ausgenommen.

5 — Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. Nr. 13, S. 204).

6 — Die allgemeine SEP-Vereinbarung von 1971, die vollständig durch die OVS-Vereinbarung ersetzt wurde, sah Klauseln ähnlichen Inhalts vor.

7 — An diesem Tag traten die meisten Vorschriften des neuen Elektrizitätsgesetzes in Kraft, siehe gleich im Text.

8 — Ausgenommen Strom mit einer Spannung von unter 500 V.

Die Entscheidung der Kommission

6. Am 16. Januar 1991 erließ die Kommission die streitige Entscheidung. In dieser stellte sie klar, daß sie nur auf die sich aus der Vereinbarung ergebenden Beschränkungen der Ein- und Ausfuhr von Strom eingehe und auf eine Beurteilung des Zuschlags verzichte, da dieser keine Auswirkungen auf den innerstaatlichen Handel habe. Ferner führte sie aus:

— Artikel 21 der OVS stelle eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages dar, und zwar auch nach Einführung der Regelung der ETW [9];

— Im Bereich des *Privat*verbrauchs würde die SEP durch die Anwendung der Wettbewerbvorschriften zwar nicht an der ordnungsgemäßen Erbringung der ihr übertragenen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gehindert, jedoch beeinträchtigten die streitigen Beschränkungen den Handelsverkehr in einem dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufenden Ausmaß; folglich seien die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages nicht erfüllt [10];

— Im Bereich der *öffentlichen* Versorgung setze die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Einfuhrverbots, da dieses Einfuhrverbot nunmehr in Artikel 34 ETW geregelt sei, zunächst eine Prüfung der Vereinbarkeit des nationalen Gesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht voraus, die im Rahmen eines geeigneten Verfahrens vorzunehmen sei [11].

7. Zum einen geht die Entscheidung, wie auch in der Entscheidungsformel zum Ausdruck kommt, eindeutig von der Unvereinbarkeit von Artikel 21 OVS mit dem Vertrag aus, da er die Ein- und Ausfuhr im Bereich des *privaten* Verbrauchs einschränke. Zum anderen wird die Überprüfung der *nach* Erlaß der ETW im Bereich der *öffentlichen* Versorgung eingeführten Beschränkungen faktisch bis zur Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens hinausgeschoben, während auf die gerügten Beschränkungen in dem Zeitraum *davor* gar nicht Bezug genommen wird.

8. Mit Schreiben vom 20. November 1991 teilte die Kommission den Rechtsmittelführerinnen mit, sie wolle im Hinblick auf den in der Beschwerde vorgetragenen Sachverhalt ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten; bei dieser Gelegenheit erläuterte sie auch die erlassene Entscheidung, wobei sie an der gemeinschaftsrechtlichen Unerheb-

9 — Punkte 21 bis 38 der Entscheidung.

10 — Punkte 39 bis 48 der Entscheidung.

11 — Punkt 50 der Entscheidung.

lichkeit des Ausgleichszuschlags festhielt und die Entscheidung selbst hinsichtlich der Einfuhrbeschränkungen für die öffentliche Stromversorgung in der Zeit *vor* dem Inkrafttreten der ETW als teilweise Zurückweisung der Beschwerde bezeichnete [12].

Am 13. Juni 1994 erhob die Kommission beim Gerichtshof Klage gemäß Artikel 169 EG-Vertrag mit dem Antrag, festzustellen, daß das Königreich der Niederlande dadurch gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 30 und 37 EG-Vertrag verstoßen hat, daß es ein ausschließliches Recht zur Stromeinfuhr im Rahmen der öffentlichen Versorgung eingeführt hat. Dieses Verfahren ist noch anhängig [13].

Das Urteil des Gerichts

9. Am 14. März 1991 erhoben die Rechtsmittelführerinnen Klage beim Gericht, u. a. mit dem Antrag, die Entscheidung der Kommission insoweit aufzuheben, als sich die Kommission nicht zur Anwendung des Artikels 21 OVS auf Stromein- und -ausfuhren durch Versorgungsunternehmen im Rahmen der *öffentlichen* Versorgung geäußert hatte.

10. Mit dem Urteil, gegen das sich das vorliegende Rechtsmittel richtet, hat das Gericht die Klage teilweise als unzulässig, im übrigen als unbegründet abgewiesen.

Im einzelnen hat das Gericht aufgrund der Feststellung, daß die Kommission sich nicht zu dem Einfuhrverbot im Rahmen der *öffentlichen* Versorgung in der Zeit *vor* dem Inkrafttreten der ETW geäußert habe, ausgeführt, es fehle insoweit an einer anfechtbaren Handlung im Sinne von Artikel 173, und die Klage, soweit sie sich auf diesen Aspekt bezog, als unzulässig abgewiesen [14].

Bezüglich des Teils der Entscheidung, in dem die Kommision erklärt hatte, sie wolle zu der Zeit *nach* dem Inkrafttreten der ETW nicht Stellung nehmen, hat das Gericht festgestellt, dieser Teil habe Rechtswirkungen erzeugen und die Verfahrensrechte der Rechtsmittelführerinnen beeinträchtigen können. Es hat die Klage daher in diesem Punkt für zulässig erklärt [15].

11. Zur Begründetheit hat das Gericht ausgeführt, daß die Klage im wesentlichen auf drei Klagegründe gestützt sei: a) Verletzung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts

12 — Die Rechtsmittelführerinnen erhoben auch gegen dieses Schreiben Klage beim Gericht. Mit Beschluß vom 29. März 1993 in der Rechtssache T-2/92 (Rendo u. a./Kommission, nicht in der Sammlung veröffentlicht) wurde diese Klage für unzulässig erklärt, weil sie gegen eine Handlung gerichtet war, die keine Entscheidung enthielt und daher keine Rechtswirkungen erzeugen konnte.

13 — Rechtssache C-157/94, Kommission/Niederlande.

14 — Randnrn. 58 bis 62.

15 — Randnrn. 44 bis 57.

und allgemeiner Rechtsgrundsätze; b) Verstoß gegen die Begründungspflicht; c) Verletzung wesentlicher Formvorschriften, insbesondere der Pflicht der Kommission, dem Beschwerdeführer im Fall der Zurückweisung seiner Beschwerde eine Frist zur Mitteilung schriftlicher Bemerkungen zu setzen [16].

Zum ersten Klagegrund, insbesondere zum Fehlen einer Äußerung der Kommission im Hinblick auf die Zulässigkeit der Einfuhrbeschränkungen gemäß Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages, hat das Gericht zunächst ausgeführt, daß die Komission nicht *verpflichtet*, sondern lediglich *befugt* sei, eine Entscheidung zu erlassen, mit der die Unternehmen zur Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlungen verpflichtet würden; auch Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gebe dem Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Entscheidung über das Vorliegen der gerüten Zuwiderhandlung [17].

12. Nach Ansicht des Gerichts könnte eine solche Verpflichtung nur dann bestehen, wenn der Gegenstand der Beschwerde in die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission fiele. Dagegen sei es nach der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofes [18] auch Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob wettbewerbswidrige Praktiken eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens gemäß Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages gerechtfertigt sein könnten.

13. Unter Verweis auf das Ermessen, das der Kommission bei Verfahren auf von einzelnen nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 eingelegte Beschwerden zustehe, hat das Gericht daher geprüft, ob die Kommission dieses Ermessen ohne rechtlichen oder tatsächlichen Irrtum und ohne Beurteilungsfehler ausgeübt hatte.

Dazu hat das Gericht ausgeführt, daß die in Artikel 21 OVS und in Artikel 34 ETW vorgesehenen Einfuhrverbote, von geringfügigen Abweichungen abgesehen, die gleichen Wirkungen erzeugen könnten. Daraus folge, daß die Kommission zu Recht davon ausgegangen sei, daß die Prüfung der Vereinbarkeit des einzelstaatlichen Gesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht Vorrang vor der Prüfung der OVS habe. Die Kommission sei nämlich zum einen nicht berechtigt, Unternehmen zu

16 — Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (ABl. Nr. 127, S. 2268).

17 — Randnr. 98, wo auf das Urteil des Gerichtshofes vom 18. Oktober 1979 in der Rechtssache 125/78 (GEMA/Kommission, Slg. 1979, 3173) verwiesen wird.

18 — Vgl. das Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925) und das Urteil vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86 (Ahmed Saeed, Slg. 1989, 803), auf die das Gericht verweist.

einem Verhalten zu verpflichten, das einem innerstaatlichen Gesetz widerspäche, ohne dieses Gesetz im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht zu bewerten; zum anderen könne die Kommission im Hinblick auf diese Bewertung ein geeigneteres Verfahren einleiten, nämlich das Verfahren gemäß Artikel 169 des Vertrages [19].

14. Dieses Ergebnis beeinträchtigt nach Ansicht des Gerichts auch nicht den Rechtsschutz der einzelnen, die eine Beschwerde gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 einlegen. Diese Beschwerde, die nicht zurückgewiesen worden, sondern immer noch bei der Kommission anhängig sei, könnten die Klägerinnen nämlich wieder aufgreifen, falls das Verfahren nach Artikel 169 zu Ergebnissen führe, die sie als unzureichend betrachten sollten.

Zwar würde in einem solchen Fall die Ausübung dieser Verfahrensrechte beträchtlich verzögert, jedoch sei dies im konkreten Fall unvermeidbar, da das Verfahren nach Artikel 169 des Vertrages aus den oben dargestellten Gründen Vorrang gegenüber dem Verfahren nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 habe [20].

15. Das Gericht hat also mit der Feststellung, daß die Kommission durch ihre Weigerung, sich zur Zulässigkeit der betreffenden Beschränkungen gemäß Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages zu äußern, weder einen tatsächlichen oder rechtlichen Fehler noch einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen habe (und indem es auch den zweiten und dritten Klagegrund der Rechtsmittelführerinnen, die nicht Gegenstand des Rechtsmittels sind, für unbegründet gehalten hat), schließlich den für zulässig erklärten Teil der Klage abgewiesen.

Das Urteil Almelo

16. In der gleichen Angelegenheit, und zwar im Rahmen einer Berufung, die die Rechtsmittelführerinnen gegen ein Schiedsurteil eingelegt hatten, das dem vorliegenden ähnliches Vorbringen verworfen hatte, ersuchte das niederländische Gericht den Gerichtshof, vorab zu entscheiden, ob das in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer regionalen Stromversorgungsgesellschaft in den Jahren 1985 bis 1988 enthaltene Verbot der Einfuhr von *für die öffentliche Stromversorgung* bestimmter Elektrizität, gegebenenfalls im Zusammenhang mit einem Einfuhrverbot in einer Vereinbarung zwischen nationalen Stromerzeugern, mit den Artikeln 37, 85, 86 und 90 EWG-Vertrag vereinbar sei.

Bekanntlich hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 27. April 1994 [21] festgestellt, daß:
a) eine Klausel, die es einem lokalen Versorgungsunternehmen untersagt, für die öffent-

19 — Randnrn. 102 bis 107.
20 — Randnr. 111.
21 — Rechtssache C-393/92 (Almelo, Slg. 1994, I-1477).

liche Versorgung bestimmte Elektrizität einzuführen, gegen Artikel 85 des Vertrages verstößt; b) eine mit einem Einfuhrverbot verbundene Klausel über die ausschließliche Abnahme, die ein regionales Stromversorgungsunternehmen verwendet, das einer Unternehmensgruppe angehört, die eine kollektive beherrschende Stellung innehat, gegen Artikel 86 des Vertrages verstößt; c) es Sache des nationalen Gerichts ist, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Anwendung des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages erfüllt sind.

Das Rechtsmittel

17. Die Rechtsmittelführerinnen haben mit Rechtsmittelschrift, die am 21. Januar 1993 eingegangen ist, beim Gerichtshof Rechtsmittel gegen das Urteil eingelegt und beantragt, a) das Urteil aufzuheben; b) die Entscheidung entsprechend der ursprünglichen Klage vor dem Gericht teilweise für nichtig zu erklären oder, hilfsweise, die Rechtssache zur Entscheidung über die Frage, ob diese Entscheidung teilweise für nichtig zu erklären ist, an das Gericht zurückzuverweisen; c) der Kommission und/oder der Streithelferin die Kosten des Verfahrens vor dem Gericht und der Kommission die Kosten des Verfahrens vor dem Gerichtshof aufzuerlegen [22].

22 — Das Verfahren ist auf Antrag der Rechtsmittelführerinnen bis zum Erlaß des Urteils Almelo (a. a. O.) ausgesetzt worden und wiederum auf Antrag der Klägerinnen erst im Januar 1995 fortgesetzt worden.

Zum Rechtsschutzinteresse der Rechtsmittelführerinnen

18. Ohne ausdrücklich eine Einrede zu erheben, hat die Kommission gewisse Zweifel am Rechtsschutzinteresse der Rechtsmittelführerinnen geäußert. Die Kommission ist der Ansicht, daß das Urteil Almelo den Forderungen der Rechtsmittelführerinnen im Grunde ganz entsprochen habe, da darin die Unvereinbarkeit der streitigen Beschränkungen mit dem Vertrag auch im Rahmen der *öffentlichen* Versorgung, zu der sie sich in der Entscheidung nicht geäußert habe, festgestellt worden sei.

Jedenfalls trägt die Kommission zum anderen vor, daß den Rechtsmittelführerinnen durch die betreffenden Beschränkungen bisher kein Schaden entstanden sei und auch in Zukunft kein Schaden entstehen könne, da diese noch nie im Bereich der Stromeinfuhr tätig gewesen seien und sich dies für sie auch nicht lohne, weil die niederländischen Gebühren niedriger seien als die in den angrenzenden Ländern geltenden Gebühren.

19. Zunächst ist zu bemerken, daß der Gerichtshof auch ohne ausdrückliche Einrede durchaus von Amts wegen ein fehlendes Rechtsschutzinteresse feststellen und das Rechtsmittel als unzulässig zurückweisen könnte [23].

23 — Vgl. dazu den Beschluß vom 24. September 1987 in der Rechtssache 134/87 (Vlachou, Slg. 1987, 3633).

Das Interesse einer Partei an der Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein Urteil des Gerichts, in dem sie im Sinne von Artikel 49 Absatz 2 der Satzung des Gerichtshofes unterlegen ist, wäre aber nur dann zu verneinen, wenn eine neue Tatsache solche Rechtswirkungen erzeugt hätte, daß dem Urteil des Gerichtshofes keine praktische Wirksamkeit mehr zukäme.

20. Ich glaube nicht, daß dem Urteil Almelo eine solche Bedeutung beigemessen werden kann. Dieses Urteil betrifft nämlich zum einen ausdrücklich nur die sich aus der OVS ergebenden Beschränkungen, die sich also auf einen ganz bestimmten Zeitraum beziehen, nicht aber die heute in der ETW vorgesehenen Beschränkungen, die Gegenstand eines anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens sind.

Zum anderen ist das besagte Urteil auf ein Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung ergangen, so daß sich seine Wirkung formell auf das Ausgangsverfahren beschränkt. Einem solchen Urteil die ihm von der Kommission zugeschriebene Bedeutung beizumessen, würde bedeuten, ihm auch eine materielle Rechtskraftwirkung zuzuerkennen, die der Vertrag nicht kennt.

Daraus folgt, daß das Urteil Almelo, obwohl es weitere Gesichtspunkte zur Klärung der Angelegenheit beigetragen hat, keine gleichwertige Alternative zu der von den Rechtsmittelführerinnen beantragten Entscheidung gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 darstellen kann, die im Rahmen eines anderen, selbständigen Verfahrens ergeht.

21. Was sodann den Umstand betrifft, daß die Rechtsmittelführerinnen durch die betreffenden Beschränkungen keinen Schaden erlitten hätten, weil sie nie im Bereich der Stromeinfuhr tätig gewesen seien, so glaube ich nicht, daß in diesem Stadium des Verfahrens dadurch das Interesse der Rechtsmittelführerinnen an der Anfechtung des Urteils entfallen kann.

Es handelt sich dabei nämlich um einen Umstand, der schon vor Beginn des Rechtsstreits gegeben war und dessen Erheblichkeit für das Rechtsschutzinteresse das Gericht gegebenenfalls hätte berücksichtigen müssen. Diesen Umstand kann der Gerichtshof daher nicht als neue Tatsache betrachten, die die Vermutung für ein Rechtsschutzinteresse der im Urteil unterlegenen Prozeßpartei widerlegen könnte.

Zur Begründetheit

22. Die Rechtsmittelführerinnen machen drei Rechtsmittelgründe geltend, die auf einen Verstoß des Gerichts gegen das Gemeinschaftsrecht gestützt sind, insbesondere gegen die Artikel 85 Absatz 1, 90 Absatz 2 und 190 des Vertrages.

Sie rügen erstens die rechtliche Qualifizierung der Entscheidung durch das Gericht insoweit, als diese sich nicht auf die in der Zeit *vor* dem Inkrafttreten der ETW im Rahmen der öffentlichen Versorgung geltenden Beschränkungen der Stromeinfuhr beziehe. Das Gericht habe dadurch, daß es die Klage in diesem Punkt wegen Fehlens einer anfechtbaren Handlung im Sinne des Artikels 173 des Vertrages als unzulässig abgewiesen habe, die Entscheidung fehlerhaft beurteilt.

Zur Stützung dieser Auffassung berufen sich die Rechtsmittelführerinnen auf die Auslegung der Entscheidung durch die Kommission selbst, die, wie auch das Gericht festgestellt habe, mit ihrer Weigerung, sich zu äußern, eine teilweise stillschweigende Zürückweisung der Beschwerde beabsichtigt habe.

23. Meiner Meinung nach greift dieser Rechtsmittelgrund durch.

Vorab stelle ich fest, daß — wie die Kommission in diesem Verfahren ausführt (und damit die Entscheidung übrigens ganz anders auslegt, als sie das anfangs vor dem Gericht getan hat) — die rechtliche Beurteilung einer Handlung durch das Organ, das sie erlassen hat, sich der zweistufigen gerichtlichen Nachprüfung durch den Gemeinschaftsrichter nicht entzieht.

Das Gericht hat entschieden, die Entscheidung sei, soweit sie sich zu einem der drei Gründe der von den Rechtsmittelführerinnen nach der Verordnung Nr. 17 eingelegten Beschwerde nicht äußere, keine anfechtbare Handlung im Sinne von Artikel 173 des Vertrages; die Klage der Rechtsmittelführerinnen sei daher insoweit als unzulässig abzuweisen. Damit hat es gegen den Grundsatz des Schutzes der Rechte des Beschwerdeführers verstoßen, wie er vom Gerichtshof und vom Gericht selbst ausgelegt worden ist.

24. Im Urteil Automec II [24] hat das Gericht, die in der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofes enthaltenen Grundsätze fortentwickelt und beispielsweise festgestellt, daß die Kommission durch die nach der Verordnung Nr. 17 eingelegte Beschwerde zwar weder zum Erlaß einer Entscheidung über das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln noch zur Prüfung der Beschwerde verpflichtet werde, daß sie aber gehalten sei, das Vorbringen des Beschwerdeführers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht aufmerksam zu prüfen, um das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens feststellen zu können. Wenn die Kommission dann das Verfahren einstelle, sei sie verpflichtet, dies zu begründen, um dem Gericht die Prüfung zu ermöglichen, ob sie tatsächliche oder rechtliche Fehler oder einen Ermessensmißbrauch begangen habe.

Um die Rechte des Beschwerdeführers besonders zu schützen, hat sich das Gericht

24 — Urteil vom 18. September 1992 in der Rechtssache T-24/90 (Slg. 1992, II-2223).

vorbehalten, seine richterliche Kontrolle im Hinblick auf die Begründung eines Einstellungsbeschlusses der Kommission auszudehnen und nachzuprüfen, ob diese den Voraussetzungen des Artikels 190 des Vertrages genügt. Dies muß erst recht gelten, wenn eine Begründung völlig fehlt.

25. Zwar verfügt der Beschwerdeführer, wenn die Kommission sich zu einer Beschwerde überhaupt nicht äußert, über den Rechtsbehelf der Untätigkeitsklage. Diese dient aber dem Zweck, die Kommission zu einer abschließenden Stellungnahme zu verpflichten, ist also für ganz andere Fallgestaltungen als den vorliegenden Sachverhalt gedacht.

In unserem Fall liegt nämlich eine Handlung vor, deren Entscheidungsgehalt und deren abschließender Charakter nicht in Frage stehen, was sich auch daran zeigt, daß das Gericht die Zulässigkeit anderer Teile der von den Rechtsmittelführerinnen erhobenen Nichtigkeitsklage bejaht hat. Es handelt sich daher ganz einfach um eine Handlung, die zu einem der drei Punkte, auf die die Rechtsmittelführerinnen ihre Beschwerde gestützt hatten, keine Stellungnahme enthält.

26. Ich bin auch nicht der Auffasung, die die Kommission jetzt zu vertreten scheint, daß sie sich mit ihrem Schweigen die Entscheidung über diesen Punkt vorbehalten, d. h. sie später in einem weiteren, anderen Verfahren treffen wollte, wie sie das bei den Beschränkungen in der Zeit *nach* dem Inkrafttreten der ETW getan hat, deren Beurteilung im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens sie sich vorbehalten hat. Eine solche Verzögerung wäre nämlich nicht gerechtfertigt gewesen.

Mangels anderer Anhaltspunkte ist die unterbliebene Stellungnahme zu einem Beschwerdepunkt daher als *teilweise* und *stillschweigende* Zurückweisung dieser Beschwerde zu betrachten.

27. In einem solchen Fall kann der Beschwerdeführer die Handlung im Rahmen einer Rechtmäßigkeitskontrolle gemäß Artikel 173 anfechten.

Ich schließe dagegen eine Untätigkeitsklage aus, die lediglich im Hinblick auf den einen Aspekt zu erheben wäre, zu dem sich die Kommission nicht geäußert hat. Wie ich schon angedeutet habe, dient die Untätigkeitsklage nämlich zum einen dem Zweck, eine Entscheidung der Kommission herbeizuführen, während diese im vorliegenden Fall schon abschließend zu diesem Punkt Stellung genommen hat.

28. Zum anderen hätte eine solche Lösung in Fällen wie dem vorliegenden zur Folge, daß

die Rechtsmittelführerinnen gezwungen würden, zwei verschiedene Klagen zu erheben, eine Nichtigkeitsklage und eine Untätigkeitsklage, die im Grunde den gleichen Gegenstand hätten, nämlich die Anfechtung der Entscheidung der Kommission, einer Beschwerde im Sinne der Verordnung Nr. 17 nicht ihrer Formulierung gemäß stattzugeben. Die Rechte des Beschwerdeführers wären dadurch nicht ausreichend gewährleistet und außerdem widerspräche dies den Erfordernissen der Prozeßökonomie.

Ich meine daher, daß den Rechtsmittelführerinnen, wollte man die rechtliche Beurteilung der Entscheidung der Kommission durch das Gericht akzeptieren und sie folglich insoweit als „*Nichthandlung*" betrachten, als sie zu einem Beschwerdepunkt keine Stellungnahme enthält, ihre Rechte gemäß der Verordnung Nr. 17 zumindest zum Teil entzogen würden; jedenfalls würde die Ausübung dieser Rechte aber erheblich erschwert.

29. Diese Ausführungen finden im übrigen in der jüngeren Rechtsprechung des Gerichts selbst eine Stütze. Ich denke dabei insbesondere an das Urteil BEMIM [25], in dem das Gericht über einen dem vorliegenden ähnlichen Sachverhalt zu entscheiden hatte und zu einem dem hier angefochtenen Urteil entgegengesetzten Ergebnis gelangt ist. In dieser Sache hatte die Klägerin eine Beschwerde im Sinne der Verordnung Nr. 17 eingelegt, die drei Punkte betraf, und zu einem dieser Punkte hatte sich die Kommission nicht geäußert.

30. Im Rahmen der Nichtigkeitsklage der Klägerin, die u. a. auch auf das Fehlen einer Begründung gestützt war, hat das Gericht, ohne irgendwelche Zweifel an der Zulässigkeit dieses Klagegrunds zu äußern, die Entscheidung unter diesem Gesichtspunkt geprüft und festgestellt, daß sie den Erfordernissen von Artikel 190 des Vertrages tatsächlich nicht genügte. Folglich hat es der Klage stattgegeben und die Handlung teilweise für nichtig erklärt.

Die Rechtsprechung des Gerichts selbst zu dem hier streitigen Punkt ist also durchaus nicht einheitlich.

31. Was die Begründetheit angeht, so kann im übrigen der Grundsatz, den das Gericht im Urteil BEMIM aufgestellt hat, nicht ganz überzeugen, vor allem wenn man bedenkt, welche Folgen sich aus seiner Anwendung ergeben könnten.

Meiner Ansicht nach besteht nämlich die Gefahr, daß eine nicht strikte Anwendung des Urteils BEMIM letztendlich im Widerspruch stünde zu dem, was der Gerichtshof mehrmals festgestellt hat und was auch das Gericht bekräftigt hat, nämlich daß die Kommission, wenn sie nach der Verordnung Nr. 17 mit einer Beschwerde befaßt wurde,

25 — Urteil vom 24. Januar 1995 in der Rechtssache T-114/92 (OPOCE, Slg. 1995, II-147).

„... bei der Begründung von Entscheidungen, die sie zur Sicherstellung der Anwendung der Wettbewerbsregeln zu treffen hat, nicht auf alle Argumente einzugehen [braucht], die die Betroffenen zur Stützung ihres Antrags vorbringen. Es reicht aus, wenn sie die Tatsachen anführt und die Rechtsausführungen macht, denen nach dem Aufbau der Entscheidung eine wesentliche Bedeutung zukommt" [26].

32. Außerdem besteht die Gefahr eines Verstoßes gegen den Geist der Rechtsprechung Automec, die zwar die Absicht verfolgt, die Rechte des Beschwerdeführers gemäß der Verordnung Nr. 17 systematisch zu bestimmen, jedoch nicht den vom Gerichtshof aufgestellten und mittlerweile gefestigten Grundsatz in Frage gestellt hat, daß die Rechte des Beschwerdeführers nicht so weit gehen wie die Rechte des Unternehmens, gegen das sich das Verfahren richtet [27].

Dem Gerichtshof bietet sich hier die Gelegenheit zur deutlichen Abgrenzung der Rollen, die die Kommission (nach den Artikeln 89 und 155 des Vertrages) und die Beschwerdeführer (nach den Verordnungen Nr. 17 und Nr. 99/63) im Rahmen der Wettbewerbsregeln zu spielen haben: Die Beschwerdeführer tragen den *Sachverhalt* vor, und es steht ihnen frei, Anregungen für seine rechtliche Beurteilung zu geben. Die rechtliche Beurteilung dieses Sachverhalts fällt jedoch in die Zuständigkeit der Kommission und unterliegt im Fall der Beanstandung der gerichtlichen Nachprüfung durch den Gemeinschaftsrichter.

33. Im vorliegenden Fall komme ich daher zu dem Schluß, daß die fehlende Stellungnahme der Kommission zu einem der drei Beschwerdepunkte als stillschweigende teilweise Zurückweisung zu betrachten ist, gegen die die Rechsmittelführerinnen das Gericht anrufen konnten. Die Nichtigkeitsklage gegen diese Zurückweisung hätte daher für zulässig erklärt werden müssen; daraus folgt, daß der erste Rechtsmittelgrund durchgreift.

34. Außerdem sind meiner Ansicht nach auch die Voraussetzungen dafür erfüllt, daß der Gerichtshof das Urteil in diesem Punkt aufhebt und gleichzeitig selbst in der Sache entscheidet, ohne die Rechtssache an das Gericht zurückzuverweisen.

Der Gerichtshof kann nämlich nach der Aktenlage selbst über die Begründetheit der ersten Rüge entscheiden, die die Rechtsmittelführerinnen vor dem Gericht erhoben haben; sie ist unbegründet.

26 — Urteile des Gerichtshofes vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 55/69 (Cassella/Kommission, Slg. 1972, 887) und in der Rechtssache 56/69 (Hoechst/Kommission, Slg. 1972, 927) sowie Urteile des Gerichts vom 24. Januar 1992 in der Rechtssache T-44/90 (La Cinq, Slg. 1992, II-1) und vom 29. Juni 1993 in der Rechtssache T-7/92 (Asia Motor, Slg. 1993, II-669). Auch im Urteil BEMIM selbst wird von diesem Grundsatz ausgegangen.

27 — Urteil vom 17. November 1987 in den verbundenen Rechtssachen 142/84 und 156/84 (BAT und Reynolds, Slg. 1987, 4487).

35. Die Rüge betraf Verhaltensweisen in der Zeit vor dem Inkrafttreten der ETW, zu denen die Kommission nicht Stellung genommen hatte. Auf die behauptete Wettbewerbswidrigkeit kam es jedoch im Zeitpunkt der Entscheidung nicht an, vor allem weil — was unstreitig ist — die Rechtsmittelführerinnen keinen zu ersetzenden Schaden erlitten hatten [28].

Zum anderen steht es der Kommission frei, u. a. in Anbetracht des Interesses der Gemeinschaft zu entscheiden, welchem Verfahren der Vorrang einzuräumen ist [29]. Im vorliegenden Fall hat sie beschlossen, sich im Rahmen der Untersuchung und Entscheidung darauf zu konzentrieren, welche einschränkenden Wirkungen die OVS in der Zeit der Geltung der ETW haben konnte, und damit die Rügen der Rechtsmittelführerinnen, die sich auf frühere, nicht mehr aktuelle Verhaltensweisen bezogen, zurückgewiesen. Der Vorwurf, daß sie sich zu diesen Verhaltensweisen nicht geäußert habe, war daher unbegründet.

36. Im Ergebnis bin ich der Ansicht, daß der Gerichtshof den ersten Rechtsmittelgrund für begründet erklären und daher das Urteil des Gerichts aufheben sollte, soweit die erste Rüge der Rechtsmittelführerinnen an der Entscheidung darin als unzulässig abgewiesen worden ist; gleichzeitig sollte aber die Unbegründetheit der ursprünglichen Rüge festgestellt werden.

37. Ich wende mich nun kurz noch den beiden anderen Rechtsmittelgründen der Rechtsmittelführerinnen zu.

Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund werfen die Rechtsmittelführerinnen dem Gericht vor, es sei seiner Begründungspflicht gemäß Artikel 190 des Vertrages nicht nachgekommen. Mit der Feststellung, daß Beschwerdeführer nach der Verordnung Nr. 17 nur dann einen Anspruch auf eine abschließende, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung feststellende Entscheidung der Kommission hätten, wenn diese für den Gegenstand der Beschwerde ausschließlich zuständig sei, und indem es gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für die Anwendung von Artikel 90 Absatz 2 *Satz 1* des Vertrages abgelehnt habe, habe das Gericht die Existenz und Bedeutung von Artikel 90 Absatz 2 *Satz 2* nicht berücksichtigt.

Die Rechtsmittelführerinnen scheinen daher der Kommission eine ausschließliche Zustän-

28 — Der einzige Schaden, den die Rechtsmittelführerinnen für die Zeit vor dem Inkrafttreten der ETW geltend gemacht haben, könnte sich aus der Zahlung des Ausgleichszuschlags ergeben, den die Kommission allerdings als bedeutungslos für den innerstaatlichen Handel gewertet hat.

29 — Vgl. z. B. das Urteil Automec II, a. a. O.

digkeit für die Anwendung von Artikel 90 Absatz 2 Satz 2 zuzuschreiben, woraus sich nach den vom Gericht selbst aufgestellten Voraussetzungen ihr Anspruch auf eine Entscheidung ergebe. Der Umstand, daß das Gericht diese Frage nicht vertieft habe, stelle daher einen Begründungsmangel dar.

38. Dieser Rechtsmittelgrund ist zurückzuweisen, da er auf einem unrichtigen Verständnis des Urteils beruht. Es trifft zwar zu, daß im Urteil ausdrücklich nur auf Artikel 90 Absatz 2 Satz 1 des Vertrages Bezug genommen wird; es gibt allerdings auch keine Anhaltspunkte dafür, daß das Gericht durch die Nichtbezugnahme auf Satz 2 von der üblichen Auslegung des gesamten Artikels 90 Absatz 2 hätte abweichen wollen.

Der Gerichtshof hat nämlich schon mehrfach entschieden, daß es Sache der nationalen Gerichte ist, zu prüfen, ob wettbewerbswidrige Verhaltensweisen eines Unternehmens, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, durch die diesem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gerechtfertigt sein können [30]. Der Gerichtshof hat bei der Bestätigung dieses Grundsatzes nie zwischen Satz 1 und Satz 2 des Artikels 90 Absatz 2 unterschieden.

Ich bin daher der Ansicht, daß die Bezugnahme nur auf Artikel 90 Absatz 2 Satz 1 auf redaktionelle Gründe zurückzuführen ist und nicht auf eine mangelnde Vertiefung einer Frage, durch die das Gericht zu anderen Ergebnissen hätte kommen können.

39. Mit dem letzten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, daß das Gericht das Urteil unzureichend begründet habe, soweit es sich darin der Auffassung der Kommission zum Vorrang des Verfahrens nach Artikel 169 des Vertrages gegenüber dem Verfahren aufgrund der Verordnung Nr. 17 angeschlossen habe, obwohl es eingeräumt habe, daß die Ausübung der Rechte des Beschwerdeführers in diesem Fall verzögert würde.

Auch dieser letzte Rechtsmittelgrund greift nicht durch. Das Gericht, das durchaus keinen allgemeinen Grundsatz einer Rangordnung zwischen Verfahren begründen wollte, ist lediglich davon ausgegangen, daß im vorliegenden Fall die von den Rechtsmittelführerinnen gerügte wettbewerbswidrige Situation im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Artikel 169 besser beurteilt werden könne, weil es inzwischen eine Rechtsgrundlage für die gerügten Beschränkungen gab.

30 — Vgl. z. B. neben den erwähnten Urteilen des Gerichts (ERT und Ahmed Saeed, a. a. O.) das Urteil Almelo.

40. Außerdem hat das Gericht, wie schon gesagt, die Gründe seiner Entscheidung ausdrücklich und ausführlich angegeben, nämlich: a) daß die Unternehmen, gegen die das Verfahren eingeleitet wurde, nicht zur Abstellung einer eventuell festgestellten Zuwiderhandlung gezwungen werden könnten, wenn diese Zuwiderhandlung von einem nationalen Gesetz vorgeschrieben werde, dessen Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht noch nicht bewertet worden sei; b) daß dem betreffenden Staat die Abgabe von Erklärungen ermöglicht werden müsse, wenn die Rechtmäßigkeit dieses Gesetzes in Frage stehe; c) daß für Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten vorrangig und ausschließlich der Gerichtshof zuständig sei. Daraus folgt ganz eindeutig, daß das Gericht das Urteil in diesem Punkt entsprechend Artikel 190 des Vertrages ausreichend begründet hat.

41. Zu den Kosten ist schließlich zu bemerken, daß die Stellung der Rechtsmittelführerinnen durch den Erfolg des ersten Rechtsmittelgrundes im vorliegenden Verfahren keine wesentliche Veränderung erfährt, da sich letztlich an ihrem Unterliegen vor dem Gericht nichts ändert und sie auch vor dem Gerichtshof unterliegen. Meiner Ansicht nach sind ihnen daher sämtliche Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

42. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof daher vor, über das Rechtsmittel der Rechtsmittelführerinnen wie folgt zu entscheiden, und zwar:

1) dem ersten Rechtsmittelgrund stattzugeben und somit a) das Urteil des Gerichts insoweit aufzuheben, als die erste Rüge der Rechtsmittelführerinnen an der Entscheidung 91/50/EWG der Kommission vom 16. Januar 1991 darin als unzulässig abgewiesen worden ist; und b) die Unbegründetheit der ursprünglichen Rüge zu diesem Punkt festzustellen.

2) das Rechtsmittel im übrigen zurückzuweisen.

3) den Rechtsmittelführerinnen die Kosten des Verfahrens einschließlich des Verfahrens vor dem Gerichtshof aufzuerlegen.