URTEIL DES GERICHTSHOFES
23. Oktober 1997 *

In der Rechtssache C-158/94

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Hauptrechtsberater Richard B. Wainright und Antonio Aresu, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigte, Zustellungsbevollmächtigter: Carlos Gómez de la Cruz, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Klägerin,

unterstützt durch

Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland, vertreten durch Lindsey Nicoll vom Treasury Solicitor's Department als Bevollmächtigte, Beistand: Barrister David Anderson, Zustellungsanschrift: Britische Botschaft, 14, boulevard Roosevelt, Luxemburg,

Streithelfer,

gegen

Italienische Republik, vertreten durch Professor Umberto Leanza, Leiter des Servizio del contenzioso diplomatico beim Außenministerium, als Bevollmächtigten im Beistand des Avvocato dello Stato Ivo M. Braguglia, Zustellungsanschrift: Italienische Botschaft, 5, rue Marie-Adélaïde, Luxemburg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

unterstützt durch

Französische Republik, vertreten durch Catherine de Salins, Abteilungsleiterin in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, und Jean-Marc Belorgey, Chargé de misson ebenda, als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift: Französische Botschaft, 8 B, boulevard Joseph II, Luxemburg,

Irland, vertreten durch Chief State Solicitor Michael A. Buckley als Bevollmächtigten, Beistand: John D. Cooke, SC, und Barrister Jennifer Payne, Zustellungsanschrift: Irische Botschaft, 28, route d'Arlon, Luxemburg,

Streithelfer,

wegen Feststellung, daß die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 30, 34 und 37 EG-Vertrag verstoßen hat, daß sie im Rahmen eines nationalen Handelsmonopols gegenüber anderen Mitgliedstaaten ausschließliche Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität geschaffen und beibehalten hat,

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten G. C. Rodríguez Iglesias, der Kammerpräsidenten C. Gulmann, H. Ragnemalm und M. Wathelet sowie der Richter G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, D. A. O. Edward (Berichterstatter), J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann und L. Sevón,

Generalanwalt: G. Cosmas
Kanzler: H. von Holstein, Hilfskanzler,
D. Louterman-Hubeau, Hauptverwaltungsrätin

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der Beteiligten in der Sitzung vom 7. Mai 1996, in der die Kommission von Richard B. Wainright und Antonio Aresu, das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland von Barrister Nicholas Green, die Italienische Republik von Ivo M. Braguglia, die Französische Republik von Marc Perrin de Brichambaut, Leiter der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigten, und Jean-Marc Belorgey sowie Irland von Paul Gallagher, SC, und Jennifer Payne vertreten waren,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 26. November 1996,

folgendes

Urteil

1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift, die am 14. Juni 1994 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 169 EG-Vertrag Klage auf Feststellung erhoben, daß die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 30, 34 und 37 EG-Vertrag verstoßen hat, daß sie gegenüber anderen Mitgliedstaaten im Rahmen eines nationalen Handelsmonopols ausschließliche Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität geschaffen und beibehalten hat.

2 In Italien wurde mit dem Gesetz Nr. 1643 vom 6. Dezember 1962 (GURI Nr. 316 vom 12. Dezember 1962; nachfolgend: Verstaatlichungsgesetz) der Elektrizitätssek-

tor durch Schaffung der Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL) verstaatlicht; ihr wurden die auf dem Elektrizitätssektor tätigen Industrieunternehmen übertragen. Nach Artikel 1 Absatz 1 des Verstaatlichungsgesetzes hat die ENEL namentlich die Aufgabe, im Staatsgebiet Elektrizität zu erzeugen, einzuführen und auszuführen sowie unabhängig von ihrer Herkunft fortzuleiten, zu transformieren, abzugeben und zu verkaufen.

3 Die Rechte der ENEL wurden im Decreto legislativo Nr. 342 vom 18. März 1965 (GURI Nr. 104 vom 26. April 1965) näher beschrieben. Nach dessen Artikel 20 ist es allen Unternehmen mit Ausnahme der ENEL verboten, Einfuhren, Ausfuhren und Austausch von Elektrizität vorzunehmen sowie diese für Rechnung von Dritten fortzuleiten.

4 Im übrigen bedürfen die Ein- und Ausfuhr von Elektrizität nach den Artikeln 133 ff. des testo unico Nr. 1755 vom 11. Dezember 1933 über die Gewässer und die elektrischen Einrichtungen, geändert durch die Gesetze Nr. 127 vom 26. Januar 1942 und Nr. 606 vom 19. Juli 1959, einer Genehmigung des Ministers für öffentliche Arbeiten. Nach den Akten kann die ENEL kraft der derzeitigen, bis 31. Dezember 1997 gültigen Genehmigung bis zu 30 000 TWh (1 Terawattstunde = 1 Milliarde kWh) jährlich mit einem Spielraum von + 20 % aus europäischen Nachbarländern Italiens ein- oder ausführen.

5 Die Kommission gelangte zu der Auffassung, das italienische Recht übertrage mit dieser Regelung dem Staat ausschließliche Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität, die dieser über die ENEL ausübe, und verstoße deswegen gegen die Artikel 30, 34 und 37 EG-Vertrag. Gemäß Artikel 169 EG-Vertrag hat sie deshalb mit Schreiben vom 9. August 1991 die italienische Regierung aufgefordert, sich binnen zwei Monaten zu der ihr vorgeworfenen Vertragsverletzung zu äußern.

6 Mit Schreiben vom 5. November 1991 hat die italienische Regierung entgegnet, daß keine Vertragsverletzung vorliege, und insbesondere geltend gemacht, die Beibehaltung der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte zugunsten der ENEL sei nach Artikel 36 sowie Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag gerechtfertigt.

7 Am 26. November 1992 hat die Kommission der Italienischen Republik eine mit Gründen versehene Stellungnahme übersandt, in der sie das Vorbringen der italienischen Regierung verwarf; insbesondere seien die in den Artikeln 36 und 90 Absatz 2 EG-Vertrag vorgesehenen Ausnahmen im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

8 Mit Schreiben vom 6. Oktober 1993 hat die italienische Regierung an ihrer Auffassung festgehalten. Die Kommission hat daraufhin die vorliegende Klage erhoben.

9 Mit Beschlüssen vom 18. Januar 1995 hat der Präsident des Gerichtshofes die Französische Republik und Irland als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Italienischen Republik und das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen.

Die Vereinbarkeit der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte mit den Artikeln 30, 34 und 37 EG-Vertrag

10 Die Kommission bringt vor, das nationale Einfuhrmonopol der ENEL hindere einerseits die Erzeuger der anderen Mitgliedstaaten daran, ihre Erzeugung in Italien an andere Kunden als das Monopol zu verkaufen, und andererseits mögliche Kunden in Italien daran, die Quellen ihrer Elektrizitätsversorgung aus anderen Mitgliedstaaten frei zu wählen.

11 Somit könnten die ausschließlichen Einfuhrrechte der ENEL den Handel zwischen Mitgliedstaaten beschränken; als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen verstießen sie gegen Artikel 30 EG-Vertrag. Zugleich stellten sie eine Diskriminierung im Sinne des Artikels 37 EG-Vertrag

nicht nur gegenüber den Exporteuren in anderen Mitgliedstaaten, sondern auch gegenüber den Verbrauchern im betroffenen Mitgliedstaat dar.

12 Entsprechendes gelte für die ausschließlichen Ausfuhrrechte der ENEL. Inhaber solcher Rechte tendierten naturgemäß dazu, die nationale Erzeugung zum Nachteil der Nachfrage aus anderen Mitgliedstaaten auf dem nationalen Markt abzusetzen, so daß diese Rechte diskriminierend im Sinne der Artikel 34 und 37 EG-Vertrag seien.

13 Vor der Erörterung dieses Vorbringens ist zu prüfen, ob Elektrizität entsprechend dem Vorbringen der italienischen Regierung keine „Ware" im Sinne des EG-Vertrags darstellt und deshalb nicht unter dessen Bestimmungen über den freien Warenverkehr fällt.

Zur Eigenschaft von Elektrizität als „Ware" im Sinne des EG-Vertrags

14 Die italienische Regierung macht geltend, Elektrizität stehe der Gruppe der „Dienstleistungen" wesentlich näher als derjenigen der „Waren" und falle somit nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Artikel 30 bis 37 EG-Vertrag. Elektrizität sei ein immaterieller Stoff, der nicht gelagert werden könne und keine eigene wirtschaftliche Existenz habe, da er als solcher ohne Nutzen sei, vielmehr nur durch seine möglichen Anwendungen genutzt werden könne. Namentlich seine Ein- und Ausfuhr stelle sich als schlichte Verwaltung des Elektrizitätsnetzes dar, die ihrem Wesen nach zu den „Dienstleistungen" gehöre.

15 Selbst wenn Elektrizität eine Ware im Sinne des EG-Vertrags wäre, so ergebe sich aus den Urteilen vom 24. März 1994 in der Rechtssache C-275/92 (Schindler, Slg. 1994, I-1039) und vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925), daß die Ein- und Ausfuhr einer Ware mit dem alleinigen Ziel der Erbringung einer Dienstleistung unter die Dienstleistungen falle und damit den Regeln über den freien Warenverkehr entzogen sei.

16 In diesen Urteilen hat der Gerichtshof zum einen für Recht erkannt, daß die Einfuhr von Werbematerial und Losen in einen Mitgliedstaat, um die in diesem Staat wohnenden Personen an einer in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Lotterie teilnehmen zu lassen, zu den „Dienstleistungen" im Sinne des Artikels 60 EG-Vertrag gehört und folglich in den Anwendungsbereich des Artikels 59 EG-Vertrag fällt (Nr. 1 des Tenors des Urteils Schindler), und zum andern ausgeführt, daß es für sich genommen keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag darstellt, wenn einem einzigen Unternehmen ausschließliche Rechte im Bereich der Ausstrahlung von Fernsehsendungen eingeräumt werden und ihm zu diesem Zweck die ausschließliche Befugnis verliehen wird, die zur Verbreitung der Sendungen erforderlichen Materialien und Erzeugnisse einzuführen, zu vermieten oder zu vertreiben (Randnr. 15 des Urteils ERT).

17 Jedoch hat der Gerichtshof im Urteil vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92 (Almelo, Slg. 1994, I-1477, Randnr. 28) festgestellt, daß weder im Gemeinschaftsrecht noch auch in den nationalen Rechtssystemen bestritten werde, daß Elektrizität eine Ware im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag darstelle. So werde Elektrizität im Rahmen des Zolltarifschemas der Gemeinschaft als Ware angesehen (KN-Code 27.16). Außerdem habe der Gerichtshof bereits im Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64 (Costa Enel, Slg. 1964, 1253) entschieden, daß die Elektrizität in den Anwendungsbereich des Artikels 37 EG-Vertrag fallen könne.

18 Im Urteil Schindler hat der Gerichtshof in Randnummer 22 ausdrücklich hervorgehoben, daß die Einfuhr und die Verteilung von Papieren, die für die Durchführung einer Lotterie erforderlich seien, kein Selbstzweck seien, sondern den Personen, die in den Mitgliedstaaten wohnten, in die diese Gegenstände eingeführt und in denen sie verteilt würden, die Teilnahme an der Lotterie ermöglichen sollten. Damit läßt sich das Urteil Schindler nicht auf eine Fallgestaltung wie die vorliegende übertragen, in der die für die Ein- oder Ausfuhr von Elektrizität und ihre

Beförderung und Verteilung erforderlichen Dienstleistungen nur Mittel zur Lieferung einer Ware im Sinne des EG-Vertrags an die Verbraucher sind.

19 Außerdem hat der Gerichtshof im Urteil ERT (Randnr. 18) entschieden, daß es keine Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Sinne des Artikels 30 EG-Vertrag darstellt, wenn einem einzigen Unternehmen die ausschließliche Befugnis verliehen wird, die für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen erforderlichen Materialien und Erzeugnisse einzuführen, zu vermieten oder zu vertreiben, soweit sich daraus keine Diskriminierung eingeführter Erzeugnisse gegenüber inländischen Erzeugnissen ergibt. Damit läßt sich diesem Urteil nicht entnehmen, daß die Ein- und Ausfuhr der fraglichen Materialien schon nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr fällt.

20 Daher ist die Vereinbarkeit der streitigen ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität an diesen Bestimmungen, darunter Artikel 37, zu prüfen.

Artikel 37 EG-Vertrag

21 Nach Artikel 37 Absatz 1 formen die Mitgliedstaaten ihre staatlichen Handelsmonopole schrittweise derart um, daß am Ende der Übergangszeit jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Das gilt für alle Einrichtungen, durch die ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder die Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten rechtlich oder tatsächlich kontrolliert, lenkt oder merklich beeinflußt. Es gilt auch für die von einem Staat auf andere Rechtsträger

übertragenen Monopole. Im übrigen verpflichtet Artikel 37 Absatz 2 die Mitgliedstaaten, u. a. jede neue Maßnahme zu unterlassen, die den in Absatz 1 genannten Grundsätzen widerspricht.

22 Diese Bestimmung verlangt daher zwar nicht die Abschaffung dieser Monopole, schreibt aber bindend ihre Umformung derart vor, daß am Ende der Übergangszeit die vollständige Beseitigung der erwähnten Diskriminierungen gewährleistet ist (Urteil vom 3. Februar 1976 in der Rechtssache 59/75, Manghera, Slg. 1976, 91, Randnr. 5). Im übrigen verbot sie den Mitgliedstaaten schon vor Ablauf der Übergangszeit, neue Diskriminierungen der in Absatz 1 erfaßten Art einzuführen.

23 Wie der Gerichtshof bereits im Urteil Manghera (Randnr. 12) und im Urteil vom 13. Dezember 1990 in der Rechtssache C-347/88 (Kommission/Griechenland, Slg. 1990, I-4747, Randnr. 44) festgestellt hat, bewirken ausschließliche Einfuhrrechte eine von Artikel 37 Absatz 1 verbotene Diskriminierung der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Exporteure. Solche Rechte sind nämlich geeignet, die Absatzbedingungen nur der Wirtschaftsteilnehmer oder Verkäufer anderer Mitgliedstaaten unmittelbar zu beeinträchtigen.

24 Entsprechend bewirken ausschließliche Ausfuhrrechte eine Diskriminierung der Importeure in anderen Mitgliedstaaten, da diese Ausschließlichkeit die Versorgungsbedingungen nur der Wirtschaftsteilnehmer oder Verbraucher anderer Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

25 Im übrigen trägt die Kommission zu Recht vor, daß die ENEL gesetzlich beauftragt ist, im Staatsgebiet Elektrizität nicht nur zu erzeugen, einzuführen, auszuführen, fortzuleiten und zu transformieren, sondern auch abzugeben und zu verkaufen; sie behält damit die verfügbare nationale Erzeugung in erster Linie den Verbrauchern in Italien vor. Das zwingt zu dem Schluß, daß die ausschließlichen Ausfuhrrechte der ENEL das Ziel, jedenfalls aber die Wirkung haben, die Ausfuhrströme spezifisch zu beschränken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnen- und den Außenhandel eines Mitgliedstaats zu schaffen, so daß der

italienische Binnenmarkt einen besonderen Vorteil erlangt (siehe zu Artikel 34 EG-Vertrag insbesondere Urteil vom 9. Juni 1992 in der Rechtssache C-47/90, Delhaize, Slg. 1992, I-3669, Randnr. 12).

26 Die italienische Regierung macht jedoch geltend, nach dem Urteil ERT lasse sich, wenn der Verkehr mit einer Ware wie im Falle der Elektrizität eng mit Dienstleistungen verknüpft sei, ein Verstoß gegen die Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr im allgemeinen und gegen Artikel 37 im besonderen nicht bereits aufgrund mittelbarer oder potentieller Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft feststellen; vielmehr müsse der Nachweis eines tatsächlichen Hindernisses und damit einer tatsächlichen Diskriminierung des eingeführten gegenüber einem einheimischen Erzeugnis erbracht werden.

27 Von Belang sei hierbei, daß die Elektrizitätseinfuhren nach Italien im Laufe der letzten Jahre ständig zugenommen hätten und daß Italien nunmehr der größte Elektrizitätsimporteur der Europäischen Union sei.

28 Im übrigen habe der Gerichtshof im Urteil vom 24. November 1993 in den Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097, Randnr. 16) entschieden, die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränkten oder verböten, auf Erzeugnisse aus andern Mitgliedstaaten sei nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville (Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Slg. 1974, 837) unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berührten. Damit habe der Gerichtshof den Grundsatz des Urteils ERT verallgemeinert, so daß die ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der ENEL nur dann den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr widersprechen könnten, wenn sie der ENEL erlauben sollten, mit ihrer Hilfe im Rest der Europäischen Union erzeugte Elektrizität willkürlich gegenüber italienischer Elektrizität zu diskriminieren.

29 Es ist richtig, daß der Gerichtshof im Urteil ERT für Recht erkannt hat, daß die Artikel des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr dem nicht entgegenstehen, daß einem einzigen Unternehmen ausschließliche Rechte im Bereich der Ausstrahlung von Fernsehsendungen eingeräumt werden und ihm zu diesem Zweck die ausschließliche Befugnis verliehen wird, die für die Ausstrahlung erforderlichen Materialien und Erzeugnisse einzuführen, zu vermieten oder zu vertreiben, soweit sich daraus keine Diskriminierung eingeführter Erzeugnisse gegenüber inländischen Erzeugnissen ergibt.

30 Wie der Generalanwalt jedoch in Nummer 65 seiner Schlußanträge ausgeführt hat, waren die Wareneinfuhren, um die es in der Rechtssache ERT ging, ausschließlich für den Inhaber eines Dienstleistungsmonopols bestimmt, das als solches nicht dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, während im vorliegenden Fall die vom Inhaber der ausschließlichen Rechte eingeführte Elektrizität nicht zu dessen ausschließlichem Verbrauch bestimmt ist, sondern zum Verbrauch aller Unternehmen und Verbraucher im betroffenen Mitgliedstaat.

31 Ebenso betrifft das Urteil Keck und Mithouard nur nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nicht aber solche Bestimmungen, die eine Regelung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten bezwecken (Randnr. 11) oder die sich auf Vorschriften beziehen, denen die fraglichen Waren entsprechen müssen (Randnr. 15).

32 Daß schließlich das Handelsvolumen im Laufe der letzten Jahre ständig gestiegen ist, steht den Feststellungen oben in Randnummern 23 bis 25 nicht entgegen, daß ausschließliche Ein- und Ausfuhrrechte in einem Mitgliedstaat zu Diskriminierungen der Exporteure bzw. Importeure in anderen Mitgliedstaaten führen, da sie diese Handelsvorgänge dem Inhaber dieser Rechte ausschließlich vorbehalten, Wirtschaftsteilnehmer in den anderen Mitgliedstaaten kraft Gesetzes von direkten Ein- und Ausfuhren ausgeschlossen sind und ihnen die freie Wahl ihrer Kunden oder Lieferanten im Mitgliedstaat von dessen Sitz genommen wird.

Die Artikel 30, 34 und 36 EG-Vertrag

33 Da die streitigen ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte somit gegen Artikel 37 EG-Vertrag verstoßen, braucht nicht erörtert zu werden, ob diese Rechte auch gegen die Artikel 30 und 34 verstoßen, und folglich auch nicht, ob sie etwa nach Artikel 36 EG-Vertrag gerechtfertigt werden können.

34 Zu prüfen bleibt jedoch noch, ob die streitigen ausschließlichen Rechte entsprechend dem Vorbringen der italienischen Regierung nach Artikel 90 Absatz 2 oder nach den Artikeln 130a und 130b EG-Vertrag gerechtfertigt werden können.

Die Rechtfertigungen nach Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag

35 Die Kommission hat vorgebracht, Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag könne staatliche Maßnahmen, die mit den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr, u. a. Artikel 37, unvereinbar seien, nicht rechtfertigen.

36 Hilfsweise hat sie geltend gemacht, daß es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes für die in Artikel 90 Absatz 2 vorgesehene Befreiung nicht genüge, daß das betreffende Unternehmen von einem Mitgliedstaat mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden sei, sondern daß es außerdem erforderlich sei, daß die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags die Erfüllung der diesem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe verhindere und daß das Interesse der Gemeinschaft nicht beeinträchtigt werde (Urteil vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 26). Weiter ergebe sich aus den Urteilen vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnrn. 14 und 16) und Amelo (Randnr. 49), daß Beschränkungen des Wettbewerbs, zu denen die Verleihung ausschließlicher Rechte an Unternehmen führe, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut seien, nach

Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag nur gerechtfertigt seien, soweit sie erforderlich seien, um dem mit einer solchen Aufgabe betrauten Unternehmen die Erfüllung dieser Aufgabe insbesondere unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

37 Die Kommission hat vorgebracht, Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag könne staatliche Maßnahmen, die mit den Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr unvereinbar seien, nicht rechtfertigen. Das ist zunächst zu erörtern.

Die Anwendbarkeit des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Maßnahmen, die mit den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr unvereinbar sind

38 Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag verbietet den Mitgliedstaaten ganz allgemein, in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, dem EG-Vertrag, insbesondere den Artikeln 6 und 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Diese Bestimmung setzt damit voraus, daß die Mitgliedstaaten bestimmten Unternehmen ausschließliche Rechte gewähren und Monopole übertragen können.

39 Nach Artikel 90 Absatz 2 gelten für die Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften des EG-Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert, wobei die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

40 In seinem Urteil vom 6. Juli 1982 in den Rechtssachen 188/80 bis 190/80 (Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1982, 2545, Randnr. 12) hat der Gerichtshof festgestellt, daß Artikel 90 nur die Unternehmen betreffe, für deren Verhalten die Staaten aufgrund des Einflusses, den sie auf dieses Verhalten ausüben könnten, besondere Verantwortung trügen; er unterstreiche, daß für diese Unternehmen vorbehaltlich der in Absatz 2 getroffenen näheren Bestimmungen sämtliche Vorschriften des EG-Vertrags gölten, und verpflichte die Mitgliedstaaten zur Einhaltung dieser Vorschriften in ihren Beziehungen zu diesen Unternehmen.

41 Im Lichte dieser Erwägungen soll Artikel 90 Absatz 1 verhindern, daß die Mitgliedstaaten aus ihren Beziehungen zu diesen Unternehmen Nutzen in dem Sinne ziehen, daß sie die Verbote der anderen Vorschriften des EG-Vertrags, deren Adressaten sie unmittelbar sind, wie der Artikel 30, 34 und 37, umgehen, indem sie diese Unternehmen zu Verhaltensweisen verpflichten oder veranlassen, die als Verhaltensweisen der Mitgliedstaaten diesen Vorschriften widersprächen.

42 In diesem Zusammenhang legt Artikel 90 Absatz 2 fest, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ausnahmsweise von den Vorschriften des EG-Vertrags befreit sind.

43 Zusammengenommen folgt aus Artikel 90 Absatz 1 und Absatz 2 in ihrer eben dargelegten Bedeutung, daß ein Mitgliedstaat sich auf Artikel 90 Absatz 2 berufen kann, um einem Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, insbesondere gegen Artikel 37 EG-Vertrag verstoßende ausschließliche Rechte zu übertragen, soweit die Erfüllung der diesem übertragenen besonderen Aufgabe nur durch die Einräumung solcher Rechte gesichert werden kann und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

44 Damit ist das Hilfsvorbringen der Kommission zu prüfen, diese Bedingungen seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

Die Erforderlichkeit ausschließlicher Ein- und Ausfuhrrechte der ENEL

45 Die Kommission hat in ihrem Aufforderungsschreiben dargelegt, daß die Italienische Republik gegenüber den anderen Mitgliedstaaten keine ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität beibehalten könne, die mit den Artikeln 30, 34 und 37 EG-Vertrag unvereinbar seien.

46 In ihrer Entgegnung hat die italienische Regierung den Zustand des nationalen Elektrizitätssektors vor Erlaß des Verstaatlichungsgesetzes detailliert beschrieben und insbesondere darauf hingewiesen, daß die Aufgabe der ENEL nach diesem Gesetz u. a. darin bestehe, mit möglichst geringem Verwaltungsaufwand elektrische Energie bereitzuhalten, die nach Menge und Preis eine ausgewogene Wirtschaftsentwicklung des Landes erlaube. Außerdem hat sie eine Reihe von wirtschaftlichen und rechtlichen Gesichtspunkten angeführt, die die Beibehaltung der streitigen ausschließlichen Rechte insbesondere unter Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag rechtfertige. Namentlich hätte eine Aufhebung der ausschließlichen Rechte unvermeidlich zur Folge, daß die ENEL ihre besondere Aufgabe nicht erfüllen könne.

47 In ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme ist die Kommission auf das wirtschaftliche Vorbringen kaum eingegangen; sie hat sich vielmehr auf rechtliche Erwägungen gestützt, nach denen die Beibehaltung der streitigen ausschließlichen Rechte mit den Artikeln 30, 34 und 37 EG-Vertrag unvereinbar sei. Zu Artikel 90 Absatz 2 hat sie nur vorgebracht, diese Bestimmung finde auf Maßnahmen, die gegen die genannten Artikel verstießen, keine Anwendung.

48 In ihren Erklärungen zu der mit Gründen versehenen Stellungnahme hat die italienische Regierung insbesondere auf die Folgen der Auffassung der Kommission hingewiesen, die gewisse Organisationsstrukturen des italienischen Elektrizitätssektors und damit eine Organisation gefährden würden, die den Zielen der nationalen Energiepolitik entspreche, ohne daß derzeit eine Gemeinschaftspolitik an deren Stelle treten könne.

49 Außerdem sei bei einer kritischen Erörterung von Teilaspekten dieser Organisation, nämlich den ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechten, die besondere Lage des jeweiligen Mitgliedstaats zu berücksichtigen.

50 Obwohl die italienische Regierung in diesen Erklärungen im übrigen an ihrer Auffassung zu der vorgeworfenen Vertragsverletzung festhielt, hat die Kommission auch in der Klageschrift, wie sich oben aus den Randnummern 35 und 36 ergibt, nur zum einen ihre Grundthese wiederholt, Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag sei auf staatliche Maßnahmen, die den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr widersprächen, nicht anwendbar, und zum anderen auf die Urteile Merci convenzionali porto di Genova, Corbeau und Almelo hingewiesen, ohne deren konkrete Anwendung im vorliegenden Fall zu erörtern.

51 Vor dem Gerichtshof hat die italienische Regierung im wesentlichen die Erwägungen erneut vorgetragen, die sie bereits im Laufe des vorprozessualen Verfahrens geltend gemacht hatte. Insbesondere wäre die ENEL bei einer Aufhebung ihrer ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte nicht mehr zur Erfüllung ihrer Verpflichtung in der Lage, Energie zu Kosten und zu Preisen zu liefern, die eine ausgewogene Wirtschaftsentwicklung des Landes erlaubten. Bei einer Aufhebung dieser Rechte würde der Großteil der Großverbraucher, die in Norditalien in der Nähe der Grenzen niedergelassen seien, sich bei ausländischen Lieferanten versorgen und der ENEL damit die Hauptquelle des Ausgleichs der Kosten des Vertriebs der Elektrizität nehmen, was zu einem Anstieg des Durchschnittspreises von Elektrizität führen würde, der diejenigen Verbraucher träfe, die entweder wegen ihres geringen Verbrauchs oder wegen ihrer Niederlassung in Mittel- oder Süditalien sich nur bei der ENEL mit Elektrizität versorgen könnten, da der Zugang zu ausländischen Lieferanten dort unmöglich oder wirtschaftlich nicht zu vertreten sei.

52 Ungeachtet dieses Vorbringens hat die Kommission in ihrer Erwiderung nur die in der Klageschrift enthaltenen Rechtserwägungen wiederholt und zusätzlich ausgeführt, die bloße Furcht, daß industrielle Verbraucher in großem Umfang dazu neigen würden, Elektrizität im Ausland zu kaufen, was der ENEL die interessante-

sten Kunden nähme, rechtfertige nicht den Schluß, daß deren Ausgleichsaufgabe gefährdet sei, da die italienische Regierung nicht bewiesen habe, daß es keine anderen, weniger einschneidenden wirtschaftlichen Maßnahmen wie Subventionen benachteiligter Verbraucher oder nationale Hilfsfonds gebe, mit denen sich dasselbe Ergebnis unter Beachtung des EG-Vertrags erreichen ließe.

53 Mit dieser allgemein gehaltenen Aufzählung bestimmter Alternativen zu den streitigen Rechten hat die Kommission jedoch weder die Besonderheiten der nationalen Elektrizitätsversorgung (insbes. die Anforderungen, die sich aus der geographischen Lage des Landes ergeben) berücksichtigt, die die italienische Regierung anführt, noch konkret geprüft, ob diese Mittel es der ENEL erlaubten, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben, mit denen sie betraut ist, unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen.

54 Zwar obliegt dem Mitgliedstaat, der sich auf Artikel 90 Absatz 2 beruft, der Nachweis, daß dessen Tatbestand erfüllt ist. Diese Beweislast geht jedoch nicht soweit, daß dieser Mitgliedstaat nicht nur eingehend darlegen müßte, aus welchen Gründen in seinen Augen die Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen im Falle einer Aufhebung der beanstandeten Maßnahmen gefährdet wäre, sondern darüber hinaus noch positiv belegen müßte, daß keine andere vorstellbare, der Natur der Sache nach hypothetische Maßnahme es erlaubte, die Erfüllung dieser Aufgaben unter solchen Bedingungen sicherzustellen.

55 Vielmehr obliegt im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Artikel 169 EG-Vertrag der Kommission der Nachweis für das Vorliegen einer solchen Verletzung. Außerdem muß sie dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefern, anhand deren dieser das Vorliegen der Vertragsverletzung prüfen kann (siehe Urteil vom 25. Mai 1982 in der Rechtssache 96/81, Kommission/Niederlande, Slg. 1982, 1791, Randnr. 6).

56 Hier ist von Belang, daß das vorprozessuale Verfahren nach Artikel 169 EG-Vertrag dem Mitgliedstaat erlauben soll, freiwillig seinen Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag nachzukommen oder gegebenenfalls seine Auffassung zu rechtfertigen (siehe hierzu Urteil vom 18. März 1986 in der Rechtssache 85/85, Kommission/Belgien, Slg. 1986, 1149, Randnr. 11). Eben das hat die italienische Regierung getan, als sie bereits in ihrer Entgegnung auf das Aufforderungsschreiben der Kommission eine Reihe von Gesichtspunkten anführte, die die Beibehaltung der streitigen ausschließlichen Rechte namentlich unter dem Gesichtspunkt des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag rechtfertigen konnten.

57 Die mit Gründen versehene Stellungnahme muß eine detaillierte und zusammenhängende Darlegung der Gründe enthalten, aus denen die Kommission zu der Überzeugung gelangt ist, daß der betreffende Mitgliedstaat gegen eine ihm nach dem EG-Vertrag obliegende Verpflichtung verstoßen hat (siehe namentlich Urteil vom 17. September 1996 in der Rechtssache C-289/94, Kommission/Italien, Slg. 1996, I-4405, Randnr. 16). Im vorliegenden Fall waren die von der Kommission angeführten Gründe im wesentlichen rechtliche Erwägungen dazu, daß die von der italienischen Regierung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe nicht einschlägig seien.

58 Zweck der späteren Klage der Kommission ist es, nach Maßgabe des vorprozessualen Verfahrens die Klagegründe darzulegen, über die zu entscheiden der Gerichtshof aufgerufen ist, sowie zumindest zusammenfassend die rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte darzustellen, auf denen diese Klagegründe beruhen (siehe insbesondere Urteil Kommission/Griechenland, Randnr. 28). Im vorliegenden Fall hat sich die Kommission im wesentlichen auf ein rein rechtliches Vorbringen beschränkt.

59 Im Rahmen eines solchen Rechtsstreits kann der Gerichtshof nur die Begründetheit des rechtlichen Vorbringens der Kommission überprüfen. Es ist sicherlich nicht Aufgabe des Gerichtshofes, auf der Grundlage allgemeiner Bemerkungen in der Erwiderung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, finanzieller und sozialer Gesichtspunkte die Maßnahmen zu würdigen, die ein Mitgliedstaat erlassen könnte, um die Lieferung von Elektrizität in seinem Gebiet zu Kosten und zu Preisen sicherzustellen, die eine ausgewogene wirtschaftliche Entwicklung des Landes erlauben.

60 Aus diesen Gründen, insbesondere aber, weil der Gerichtshof die Rechtsauffassung, auf der die mit Gründen versehene Stellungnahme und die Klage der Kommission beruhen, verworfen hat, ist der Gerichtshof im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht in der Lage, zu beurteilen, ob die Italienische Republik mit der Beibehaltung der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der ENEL tatsächlich die Grenzen dessen überschritten hat, was erforderlich ist, um dieser Einrichtung die Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

61 Die ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der ENEL sind von der Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags aufgrund von Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag jedoch nur befreit, wenn die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Die Beeinträchtigung der Entwicklung des innergemeinschaftlichen Handels

62 Wie oben in Randnummer 27 dargelegt, hat die italienische Regierung in ihrer Klagebeantwortung ausgeführt, daß die italienischen Elektrizitätseinfuhren im Laufe der letzten Jahre ständig gestiegen seien und daß Italien derzeit der größte Elektrizitätsimporteur der Europäischen Union sei. Ohne daß die Kommission dem widersprochen hätte, hat sie ausgeführt, daß die Elektrizitätseinfuhren 1993 gegenüber 1992 um 11,6 % gestiegen und damit beinahe 40 Milliarden kWh erreicht hätten, was der Gesamterzeugung Österreichs entspreche.

63 Die Kommission hat nur wiederholt, daß Maßnahmen von Bestimmungen des EG-Vertrags kraft dessen Artikel 90 Absatz 2 nicht bereits dann befreit seien, wenn deren Anwendung die Erfüllung der besonderen Aufgabe mittelbar oder unmittelbar gefährde, sondern nur dann, wenn das Interesse der Gemeinschaft nicht berührt werde; sie hat sich nicht um den Nachweis bemüht, daß der Binnen-

handel der Gemeinschaft mit Elektrizität sich aufgrund der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der ENEL weiterhin entgegen dem Interesse der Gemeinschaft entwickle.

64 Diesen Nachweis hätte sie jedoch erbringen müssen.

65 Angesichts der Ausführungen der italienischen Regierung oblag es nämlich der Kommission, im Rahmen des Nachweises der behaupteten Vertragsverletzung unter der Kontrolle des Gerichtshofes das Interesse der Gemeinschaft zu definieren, an dem die Entwicklung des Handels zu messen ist. Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag beauftragt die Kommission ausdrücklich, auf die Anwendung dieses Artikels zu achten und erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten.

66 Eine solche Definition war im vorliegenden Fall besonders erforderlich, weil die einzige unmittelbar auf den Handel mit Elektrizität anwendbare Gemeinschaftshandlung, nämlich die Richtlinie 90/547/EWG des Rates vom 29. Oktober 1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze (ABl. L 313, S. 30) in ihrer sechsten Begründungserwägung ausdrücklich feststellt, daß zwischen den großen Hochspannungsnetzen der europäischen Länder ein Austausch von elektrischer Energie besteht, dessen Umfang von Jahr zu Jahr zunimmt.

67 Die Kommission hat ausdrücklich ausgeführt, daß ihre Klage einzig und allein die ausschließlichen Einfuhr- und Ausfuhrrechte und keine anderen Rechte namentlich mit Bezug auf Fortleitung und Abgabe betrifft. Sie mußte daher namentlich aufzeigen, wie in Ermangelung einer einschlägigen Gemeinschaftspolitik eine

Entwicklung des unmittelbaren Austauschs zwischen Erzeugern und Verbrauchern neben dem Austausch zwischen den großen Netzen ohne ein Zugangsrecht der Erzeuger und Verbraucher zu den Fortleitungs- und Abgabenetzen möglich wäre.

68 Nach alledem ist die Klage abzuweisen, ohne daß das Vorbringen der italienischen Regierung zu den Artikeln 130a und 130b EG-Vertrag zu erörtern wäre.

Kosten

69 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung wird die unterliegende Partei auf Antrag in die Kosten verurteilt. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, hat sie die Kosten zu tragen. Nach Artikel 69 § 4 der Verfahrensordnung tragen die Mitgliedstaaten und die Organe, die dem Rechtsstreit beigetreten sind, ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften trägt die Kosten des Verfahrens.

3. Der Streithelfer Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland, die Streithelferin Französische Republik und der Streithelfer Irland tragen ihre eigenen Kosten.

Rodríguez Iglesias Gulmann Ragnemalm Wathelet

Mancini Moitinho de Almeida Kapteyn Murray

Edward Puissochet Hirsch Jann Sevón

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 23. Oktober 1997.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident

G. C. Rodríguez Iglesias